

Shirley Mae Pelech Appellant

v.

John Pelech Respondent

INDEXED AS: PELECH v. PELECH

File No.: 19265.

1986: March 24; 1987: June 4.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Chouinard*,
Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Divorce — Maintenance — Variation — Agreement made after divorce providing for lump sum to wife in full satisfaction of future claims for maintenance — Court's order incorporating parties' agreement — Wife's financial situation deteriorating substantially over the years because of health problems — Application to vary the maintenance order — Whether the agreement should be respected and preclude judicial intervention — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11(2).

Courts — Jurisdiction — Divorce — Maintenance agreement incorporated in court order — Ex-wife's application to vary allowed — Jurisdiction of the Court of Appeal and the Supreme Court of Canada to review orders made under s. 11 of the Divorce Act — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 11(2), 17(2), 18(1).

Courts — Jurisdiction — Powers of the reviewing court — Divorce — Maintenance agreement incorporated in court order — Ex-wife's application to vary allowed — Whether appellate court should interfere with trial judge's discretion in the absence of material error — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 11(2), 17(2).

Married in 1954, the parties divorced in 1969. With advice of independent legal counsel, they entered into a maintenance agreement which provided for the payment by respondent of a lump sum over a period of thirteen months, while appellant agreed to accept the payments in full satisfaction of all future maintenance claims. The agreement was incorporated into an order of the court and respondent paid the maintenance monies as agreed. During the subsequent years, appellant's physical and

Shirley Mae Pelech Appelante

c.

John Pelech Intimé

a

RÉPERTORIÉ: PELECH c. PELECH

N° du greffe: 19265.

1986: 24 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 LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

c *Divorce — Aliments — Modification — Convention conclue après le divorce prévoyant le paiement d'un montant forfaitaire à l'épouse en paiement final de toute créance alimentaire future — Incorporation de la convention des parties dans l'ordonnance du tribunal —*
d *Grave détérioration de la situation financière de l'épouse au cours des années à cause de problèmes de santé — Demande de modification de l'ordonnance alimentaire — La convention devrait-elle être respectée et empêcher l'intervention judiciaire? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(2).*

Tribunaux — Compétence — Divorce — Convention alimentaire incorporée dans l'ordonnance du tribunal — Demande de modification par l'ex-épouse accueillie — Compétence de la Cour d'appel et de la Cour suprême du Canada pour examiner des ordonnances rendues aux termes de l'art. 11 de la Loi sur le divorce — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(2), 17(2), 18(1).

Tribunaux — Compétence — Pouvoirs du tribunal d'examen — Divorce — Convention alimentaire incorporée dans l'ordonnance du tribunal — Demande de modification par l'ex-épouse accueillie — Une cour d'appel devrait-elle intervenir dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance en l'absence d'erreur grave? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 11(2), 17(2).

Les parties se sont mariées en 1954 et ont divorcé en 1969. Après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants, elles ont conclu une convention alimentaire qui prévoyait le paiement par l'intimé d'un montant forfaitaire échelonné sur une période de treize mois, tandis que l'appelante acceptait les versements en paiement final de toute créance alimentaire future. La convention a été incorporée dans l'ordonnance du tribunal et l'intimé a versé les aliments convenus. Au cours

* Chouinard J. took no part in the judgment.

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

mental problems increased. As a result, she was often unable to work and was forced to use her maintenance fund in order to survive. In 1982, the fund was depleted and she lived on welfare. By contrast, respondent had become after the divorce a person of ample means. Notwithstanding the agreement, she applied to the British Columbia Supreme Court for a variation of the maintenance award made twelve years earlier under s. 11(1) of the *Divorce Act*. The Supreme Court allowed the application but the judgment was reversed by the Court of Appeal. This appeal is to determine (1) the jurisdiction of the Court of Appeal to review orders made under s. 11 of the *Divorce Act* and the jurisdiction of this Court to entertain appeals from judgments of the provincial appellate courts in relation to such orders, and (2) the effect of a valid and enforceable settlement agreement on the court's discretionary power under s. 11(2) of the *Divorce Act* to vary maintenance orders.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 17(2) of the *Divorce Act* which empowers a court of appeal to "pronounce the judgment that ought to have been pronounced" does not confer on the courts of appeal a broad power to review discretionary decisions made in the courts below. A court of appeal should only interfere with the trial judge's decision where it is persuaded that his reasons disclosed material error. The purpose of the enumeration of powers in s. 17(2) is to set out alternative dispositions open to the court in granting or dismissing an appeal in conformity with traditional principles of appellate review and does not give a court of appeal an independent discretion to decide a case afresh.

The present case, however, raises the question as to what the criteria are for determining the appropriateness of judicial intervention under s. 11(2) of the *Divorce Act*, i.e., when it is "fit and just" for the court to vary a s. 11(1) order in the face of an antecedent valid and enforceable settlement agreement. The criteria for the exercise of judicial discretion are essentially legal criteria and their delineation, as well as their non-application or misapplication, raises a question of law. This question of law is sufficient in itself to ground the Court of Appeal's jurisdiction, and on further appeal, to give jurisdiction to the Supreme Court of Canada under s. 18 of the *Divorce Act*. Section 41(1) of the *Supreme Court Act* can also serve as a basis for jurisdiction for

des années subséquentes, les problèmes de santé physique et mentale de l'appelante se sont aggravés. Par conséquent, elle a souvent été incapable de travailler et elle a dû recourir à son fonds alimentaire pour survivre.

- a En 1982, ce fonds était épuisé et elle vivait de prestations sociales. Par contre, l'intimé était devenu après le divorce une personne fortunée. Nonobstant la convention, elle a adressé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une demande de modification de l'ordonnance alimentaire accordée douze ans auparavant en vertu du par. 11(1) de la *Loi sur le divorce*. La Cour suprême a fait droit à la demande, mais ce jugement a été infirmé par la Cour d'appel. Le présent pourvoi a pour objet de déterminer (1) la compétence de la Cour d'appel d'examiner des ordonnances rendues en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* et celle de cette Cour de procéder à l'audition des pourvois formés contre les arrêts rendus par des cours d'appel provinciales relativement à de telles ordonnances; et (2) l'effet qu'a une convention valide et exécutoire sur le pouvoir discrétionnaire de modifier des ordonnances alimentaires, que confère au tribunal le par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

- Le paragraphe 17(2) de la *Loi sur le divorce* qui confère à une cour d'appel le pouvoir de «rendre le jugement qui aurait dû être rendu» ne confère pas aux cours d'appel un large pouvoir de contrôler les décisions rendues par les tribunaux d'instance inférieure dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Une cour d'appel ne devrait intervenir dans une décision du juge de première instance que si elle est persuadée que ses motifs recèlent une erreur grave. L'énumération des pouvoirs au par. 17(2) a pour but d'énoncer les solutions dont dispose la cour quand elle accorde ou rejette un appel, conformément aux principes traditionnels applicables à l'examen par voie d'appel, et ne confère pas à une cour d'appel le pouvoir discrétionnaire indépendant de statuer à nouveau sur l'affaire.

- Toutefois, la présente affaire soulève la question de savoir quels sont les critères applicables pour déterminer si une intervention judiciaire est appropriée en vertu du par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, c.-à-d., quand il est «juste et approprié» que le tribunal modifie une ordonnance rendue en vertu du par. 11(1) lorsqu'il existe une convention antérieure valide et exécutoire. Les critères d'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge sont essentiellement des critères juridiques et leur délimitation, tout comme leur non-application ou leur mauvaise application, pose une question de droit. Cette question de droit est suffisante en soi pour attribuer compétence à la Cour d'appel et, dans le cas d'un appel supplémentaire, pour attribuer compétence à la Cour suprême du

this Court where s. 41(1) is not in conflict with s. 18 of the *Divorce Act*.

Cases Cited

Applied: *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150; **not followed:** *Piller v. Piller*, [1975] 4 W.W.R. 342; *Carmichael v. Carmichael* (1976), 27 R.F.L. 325; *Guberman v. Guberman*, [1977] 2 W.W.R. 1; **considered:** *Nash v. Nash*, [1975] 2 S.C.R. 507; *Posener v. Posener* (1984), 4 D.L.R. (4th) 385; *Massicotte v. Boutin*, [1969] S.C.R. 818; **distinguished:** *Swain v. Dennison*, [1967] S.C.R. 7; **referred to:** *Carnochan v. Carnochan*, [1955] S.C.R. 669; *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126; *Gazdeczka v. Gazdeczka* (1982), 30 R.F.L. (2d) 428; *Schmeiser v. Schmeiser* (1982), 21 Sask. R. 437; *Dwelle v. Dwelle* (1982), 31 R.F.L. (2d) 113; *MacAllister v. MacAllister* (1984), 39 R.F.L. (2d) 307; *Webster v. Webster* (1978), 25 N.S.R. (2d) 33; *Droit de la famille—182*, [1985] C.A. 92; *Hallberg v. C.N.R.* (1955), 16 W.W.R. 538; *Baumgartner Estate v. Ripplinger* (1984), 34 Sask. R. 181; *Csada v. Csada* (1984), 35 Sask. R. 301; *Lensen v. Lensen*, [1984] 6 W.W.R. 673; *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857.

Per Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.: The court's supervisory jurisdiction over spouse's maintenance cannot be extinguished by contract. However, where the parties have negotiated their own agreement, freely and on the advice of independent legal counsel, as to how their financial affairs should be settled on the breakdown of their marriage, and the agreement is not unconscionable in the substantive law sense, it should be respected. It is only where a future misfortune has its genesis in the fact of the marriage that the court should be able to override the agreement. Accordingly, where an applicant seeking maintenance or an increase in the existing level of maintenance establishes that he or she has suffered a radical change in circumstances flowing from an economic pattern of dependency engendered by the marriage, the court may exercise its relieving power. Otherwise, the obligation to support the former spouse should be, as in the case of any other citizen, the communal responsibility of the state. In the case at bar, no link was found between the gross change in circumstances of appellant and her former marriage to respondent. Therefore, despite

Canada en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur le divorce*. Le paragraphe 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* peut également conférer compétence à cette Cour lorsqu'il n'entre pas en conflit avec l'art. 18 de la *Loi sur le divorce*.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150; **arrêts non suivis:** *Piller v. Piller*, [1975] 4 W.W.R. 342; *Carmichael v. Carmichael* (1976), 27 R.F.L. 325; *Guberman v. Guberman*, [1977] 2 W.W.R. 1; **arrêts examinés:** *Nash c. Nash*, [1975] 2 R.C.S. 507; *Posener v. Posener* (1984), 4 D.L.R. (4th) 385; *Massicotte v. Boutin*, [1969] R.C.S. 818; **distinction d'avec l'arrêt:** *Swain v. Dennison*, [1967] R.C.S. 7; **arrêts mentionnés:** *Carnochan v. Carnochan*, [1955] R.C.S. 669; *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126; *Gazdeczka v. Gazdeczka* (1982), 30 R.F.L. (2d) 428; *Schmeiser v. Schmeiser* (1982), 21 Sask. R. 437; *Dwelle v. Dwelle* (1982), 31 R.F.L. (2d) 113; *MacAllister v. MacAllister* (1984), 39 R.F.L. (2d) 307; *Webster v. Webster* (1978), 25 N.S.R. (2d) 33; *Droit de la famille—182*, [1985] C.A. 92; *Hallberg v. C.N.R.* (1955), 16 W.W.R. 538; *Baumgartner Estate v. Ripplinger* (1984), 34 Sask. R. 181; *Csada v. Csada* (1984), 35 Sask. R. 301; *Lensen v. Lensen*, [1984] 6 W.W.R. 673; *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857.

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain: La compétence du tribunal en matière de surveillance du paiement des aliments ne saurait être supprimée par contrat. Toutefois, lorsque les parties ont d'elles-mêmes, librement et après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants, négocié une convention sur la façon de régler leurs affaires financières au moment de la rupture de leur mariage, et que cette convention n'est pas lésionnaire au sens du droit positif, elle devrait être respectée. Ce n'est que lorsqu'une éventuelle infortune tire son origine du mariage lui-même que le tribunal devrait pouvoir passer outre à la convention. En conséquence, lorsque la personne qui fait une demande de pension alimentaire ou de majoration d'une pension alimentaire établit qu'elle a été victime d'un changement radical de circonstances, découlant d'un état de dépendance économique engendré par le mariage, le tribunal peut exercer son pouvoir de redressement. Dans les autres cas, l'obligation de soutenir l'ancien conjoint devrait être, comme dans le cas de tout autre citoyen, la responsabilité commune de l'État. En l'espèce, on n'a constaté l'existence d'aucun rapport entre le changement radical des circonstances dans lesquelles se trouve l'appelante et son ancien mariage avec l'intimé. Par conséquent, malgré que l'appelante soit

appellant's dependency on social assistance, the maintenance agreement should stand.

Per La Forest J.: Where the parties have attempted to finally settle their financial situation and a court, in the exercise of its discretion under s. 11(1) of the *Divorce Act*, has confirmed that settlement as being "fit and just", the element of finality inherent in divorce and in such an arrangement must be respected in the absence of the most cogent reasons. Where there has been a change of a highly significant character in the circumstances of a former spouse after the settlement was made and that such a change has a real causal connection with the marriage relationship or the settlement, the court may, under s. 11(2) of the *Divorce Act*, vary the settlement incorporated in an original maintenance order. There may also be exceptional cases, beyond those of unconscionability in the technical sense, where it is not so much the dimensions of the change as the circumstances existing at the time the original order was made that will warrant the making of a variation.

In the present case, the trial judge erred in ordering a variation. Although there were undoubtedly marked changes in the fortunes of the parties, appellant's poverty was not attributable to the marriage or the settlement. The fact that appellant's misfortune has resulted in her being a charge on the public purse was not a reason to transfer that burden to the respondent simply because he has had good fortune. The obligation to support her in such a case is on the public.

Cases Cited

By Wilson J.

Considered: *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244; *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113; *Katz v. Katz* (1983), 33 R.F.L. (2d) 412; *Newman v. Newman* (1980), 4 Man. R. (2d) 50; *Ross v. Ross* (1984), 39 R.F.L. (2d) 51; **referred to:** *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385; *Goldstein v. Goldstein* (1976), 23 R.F.L. 206; *Dal Santo v. Dal Santo* (1975), 21 R.F.L. 117; *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601; *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401; *Connelly v. Connelly* (1974), 47 D.L.R. (3d) 535; *Piasta v. Piasta* (1974), 15 R.F.L. 137; *Gandy v. Gandy* (1882), 7 P.D. 168; *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313; *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405; *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113; *Binns v. Binns* (1985), 45 R.F.L. (2d) 369.

tributaire de l'aide sociale, il convient de maintenir la convention alimentaire.

Le juge La Forest: Lorsque les parties ont tenté de régler définitivement leur situation financière et qu'un tribunal, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 11(1) de la *Loi sur le divorce*, a confirmé cette convention comme étant «juste et appropriée», le caractère définitif inhérent au divorce et à un tel arrangement doit être respecté en l'absence des raisons les plus convaincantes. Lorsqu'il y a eu un changement extrêmement important des circonstances dans lesquelles se trouve l'ancien conjoint après que la convention ait été conclue et qu'il existe un lien de causalité réel entre ce changement et le mariage ou la convention, la cour peut, en vertu du par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, modifier la convention incorporée dans l'ordonnance alimentaire initiale. Il peut également y avoir des cas exceptionnels, outre ceux où il y a lésion au sens technique, où ce n'est pas tant l'ampleur du changement que les circonstances qui prévalaient au moment où l'ordonnance initiale a été rendue qui justifieront une modification.

En l'espèce, le juge de première instance a eu tort d'ordonner la modification. Même s'il ne fait aucun doute que des changements marqués sont survenus dans le sort des parties, la pauvreté de l'appelante n'est imputable ni au mariage ni à la convention. L'infortune de l'appelante a fait qu'elle est à la charge du trésor public, mais ce n'est pas là une raison pour transférer ce fardeau à l'intimé simplement parce qu'il a été plus fortuné. L'obligation de soutien dans un cas comme celui-ci revient à la société.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêts examinés: *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244; *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113; *Katz v. Katz* (1983), 33 R.F.L. (2d) 412; *Newman v. Newman* (1980), 4 Man. R. (2d) 50; *Ross v. Ross* (1984), 39 R.F.L. (2d) 51; **arrêts mentionnés:** *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385; *Goldstein v. Goldstein* (1976), 23 R.F.L. 206; *Dal Santo v. Dal Santo* (1975), 21 R.F.L. 117; *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601; *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401; *Connelly v. Connelly* (1974), 47 D.L.R. (3d) 535; *Piasta v. Piasta* (1974), 15 R.F.L. 137; *Gandy v. Gandy* (1882), 7 P.D. 168; *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313; *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405; *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113; *Binns v. Binns* (1985), 45 R.F.L. (2d) 369.

By La Forest J.

Referred to: *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401.

Statutes and Regulations Cited

Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, c. C-42, s. 8.
Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 3, 11, 17(2), 18(1).
Judicature Act, R.S.O. 1970, c. 228, s. 30(1).
Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41(1) [rep. & subs. 1974-75-76, c. 18, s. 5], 42, 44, 47.

Authors Cited

Abella, Rosalie S. *Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support* (1981), 4 F.L.R. 1.
 Canada. Law Reform Commission. *Family Law*. Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1976.
 Canada. Law Reform Commission. *Maintenance on Divorce* (Working Paper 12). Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1975.
 Payne, D. Julien. "Policy Objectives of Private Law Spousal Support Rights and Obligations". In *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective*. Edited by K. Connell-Thouez and B. M. Knoppers. Toronto: Carswells, 1984, pp. 55-103.
 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 British Columbia Court of Appeal (1985), 45 R.F.L. (2d) 1, 17 D.L.R. (4th) 147, 61 B.C.L.R. 217, allowing respondent's appeal from an order of Wong L.J.S.C. (1984), 41 R.F.L. (2d) 274, granting appellant's application to vary maintenance agreement incorporated in court order. Appeal dismissed.

Scott Hall, for the appellant.

R. Kasting, for the respondent.

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

WILSON J.—Section 11(2) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, confers on the court the power to vary a previous order for maintenance

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401.

a Lois et règlements cités

Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, chap. C-42, art. 8.
Judicature Act, R.S.O. 1970, chap. 228, art. 30(1).
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41(1) [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 18, art. 5], 42, 44, 47.
Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 3, 11, 17(2), 18(1).

Doctrine citée

c Abella, Rosalie S. *Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support* (1981), 4 F.L.R. 1.
 Canada. Commission de réforme du droit. *Le droit de la famille*. Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1976.
 d Canada. Commission de réforme du droit. *Les divorcés et leur soutien* (Document de travail 12). Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1975.
 Payne, D. Julien. «Policy Objectives of Private Law Spousal Support Rights and Obligations». In *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective*. Edited by K. Connell-Thouez and B. M. Knoppers. Toronto: Carswells, 1984, pp. 55-103.
 e 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.
 f

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1985), 45 R.F.L. (2d) 1, 17 D.L.R. (4th) 147, 61 B.C.L.R. 217, qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimé contre une ordonnance du juge local Wong de la Cour suprême (1984), 41 R.F.L. (2d) 274, qui avait accueilli la demande faite par l'appelante en vue de faire modifier une convention alimentaire incorporée dans une ordonnance judiciaire. Pourvoi rejeté.

Scott Hall, pour l'appelante.

R. Kasting, pour l'intimé.

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

j LE JUGE WILSON—Le paragraphe 11(2) de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8, confère au tribunal le pouvoir de modifier une ordonnance

“having regard to the conduct of the parties since the making of the order or any change in the condition, means or other circumstances of either of them”. This appeal specifically addresses the extent of the constraints, if any, imposed on that power by the existence of a valid and enforceable maintenance agreement. Should the parties be held to the terms of their contract or should the court intervene to remedy the inequities now alleged by one of the parties to be flowing from the bargain previously entered into freely and on full knowledge and with the advice of counsel?

An ancillary issue raised on this appeal concerns jurisdiction — the jurisdiction of the Court of Appeal to review orders made under s. 11 of the *Divorce Act* and the jurisdiction of this Court to entertain appeals from judgments of the provincial appellate courts in relation to such orders.

I. The facts

The parties were married in 1954. They had two children. The respondent, Mr. Pelech, ran a general contracting business which later expanded and diversified. The appellant assisted her husband by acting as a receptionist and bookkeeper until the mid-1960's. The parties were divorced on May 1, 1969. Wilson C.J. of the British Columbia Supreme Court who presided at the petition for divorce found that Mrs. Pelech had serious psychological problems and awarded custody of the children to Mr. Pelech. He also awarded Mrs. Pelech permanent maintenance and referred the case to the Registrar for recommendations in this regard.

The parties, after obtaining the advice of counsel, entered into a maintenance agreement on September 15, 1969 which was approved by the Registrar. The agreement provided for a total payment of \$28,760 over a period of thirteen months. Clause (b) of the agreement stated:

alimentaire antérieure «compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent.» Le présent pourvoi porte précisément sur l'étendue de restrictions, s'il y a lieu, que l'existence d'une convention alimentaire valide et exécutoire pourrait imposer à ce pouvoir. Les parties devraient-elles s'en tenir aux conditions de leur contrat ou le tribunal devrait-il intervenir pour remédier aux inéquités qui, selon ce qu'allègue maintenant l'une des parties, découleraient de l'entente déjà conclue librement, en parfaite connaissance de cause et après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques?

Une question accessoire en l'espèce porte sur la compétence, savoir la compétence de la Cour d'appel d'examiner des ordonnances rendues en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur le divorce* et celle de notre Cour de procéder à l'audition des pourvois formés contre les arrêts rendus par des cours d'appel provinciales relativement à de telles ordonnances?

I. Les faits

Les parties se sont mariées en 1954. Elles ont eu deux enfants. L'intimé, M. Pelech, était un entrepreneur général dont l'entreprise a ultérieurement pris de l'expansion et s'est diversifiée. L'appelante a assisté son mari en agissant comme réceptionniste et en tenant sa comptabilité jusqu'au milieu des années 60. Les parties ont divorcé le 1^{er} mai 1969. Le juge en chef Wilson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, saisi de la requête en divorce, a conclu que M^{me} Pelech souffrait de troubles psychologiques graves et a confié la garde des enfants à M. Pelech. Il a aussi accordé une pension alimentaire permanente à M^{me} Pelech, renvoyant l'affaire au protonotaire pour qu'il fasse des recommandations à cet égard.

Après avoir consulté des avocats, les parties ont conclu, le 15 septembre 1969, une convention alimentaire qui fut ratifiée par le protonotaire. La convention prévoyait le paiement d'un montant total de 28 760 \$ effectué par versements échelonnés sur une période de treize mois. La clause b) de la convention porte:

(b) The Petitioner agrees to accept the foregoing periodic payments in full satisfaction of all claim she now has or may have in the future for maintenance from the Respondent.

Mrs. Pelech also agreed to transfer to Mr. Pelech one share which she held in a business operated by him. The agreement, on the recommendation of the Registrar and with the consent of the parties, was confirmed and incorporated into an order of the court. Mrs. Pelech subsequently transferred the share to Mr. Pelech and Mr. Pelech paid the maintenance monies as agreed. Mrs. Pelech was 37 years old at the time of the divorce and Mr. Pelech 44.

At the time of the divorce in 1969 Mr. Pelech's net worth was \$128,000. Fifteen years later, when the current application to vary the original order was heard, that net worth had increased to \$1,800,000. The intervening years were not so kind to Mrs. Pelech. She invested most of the money she received for maintenance and endeavoured to live on the interest from it supplemented by income she was able to earn from temporary work as a bookkeeper and sales clerk. However, over the years her psychological problems increased and were compounded by severe physical problems. Because of her bad health she was often unable to work and she encroached on the capital of her maintenance fund in order to survive. In April 1982 the fund was depleted and Mrs. Pelech applied for social assistance. Later that same year she received an inheritance which enabled her to make a \$15,000 down payment on a bachelor apartment. The balance of the purchase price was financed with a \$16,000 mortgage. The judge at first instance summarized the state of Mrs. Pelech's affairs at the time of this application as follows:

The wife currently receives monthly welfare payments of \$430, from which she pays all her living expenses. Other than the mortgage, she has no other debt. At present, this woman is definitely living at a poverty existence level. The medical prognosis for her future ability to undertake gainful employment appears to be guarded. In view of the wife's history of ongoing disabilities together with her inability to either obtain or

[TRADUCTION] b) La requérante accepte les versements échelonnés ci-dessus en paiement final de toute créance alimentaire qu'elle a ou pourrait à l'avenir avoir contre l'intimé.

M^{me} Pelech a aussi convenu de céder à M. Pelech une action qu'elle détenait dans l'entreprise de ce dernier. La convention, à la recommandation du protonotaire et avec le consentement des parties, a été homologuée et incorporée dans l'ordonnance du tribunal. M^{me} Pelech a par la suite cédé son action à M. Pelech et celui-ci lui a versé la prestation alimentaire convenue. M^{me} Pelech avait 37 ans au moment du divorce et M. Pelech 44.

Au moment du divorce, en 1969, l'avoir net de M. Pelech était de 128 000 \$. Quinze ans plus tard, au moment de l'audition de la présente demande de modification de l'ordonnance initiale, cet avoir net s'élevait à 1 800 000 \$. Dans l'intervalle, les années n'avaient pas été aussi favorables à M^{me} Pelech. Elle avait investi la plus grande partie de l'argent reçu à titre d'aliments et avait tenté de vivre des intérêts produits par cette somme et du revenu qu'elle parvenait à gagner en travaillant à temps partiel comme commis comptable et vendeuse. Mais, au cours des ans, il y a eu aggravation de ses problèmes psychologiques, auxquels se sont ajoutés des troubles physiques graves. À cause de sa mauvaise santé, elle a souvent été incapable de travailler et elle a dû entamer le capital de son fonds alimentaire pour survivre. En avril 1982, le fonds était épuisé et M^{me} Pelech a dû faire une demande d'aide sociale. Plus tard la même année, elle a touché une somme en héritage, qui lui a permis de verser un acompte de 15 000 \$ pour un studio. Pour payer le reste du prix d'achat, elle a souscrit une hypothèque de 16 000 \$. Le juge de première instance a résumé ainsi l'état des affaires de M^{me} Pelech à l'époque de la présente requête:

[TRADUCTION] L'épouse touche actuellement des prestations sociales de 430 \$ par mois dont elle se sert pour subvenir à ses besoins. À part l'hypothèque, elle n'a pas d'autre dette. Actuellement, cette femme vit manifestement sous le seuil de la pauvreté. Le pronostic médical quant à sa capacité éventuelle d'obtenir un emploi rémunérateur semble réservé. Compte tenu de ce passé d'incapacités de l'épouse et de son inaptitude à obtenir ou à

retain gainful employment for any appreciable period of time, I think the realistic prospects of this 53-year-old woman to obtain any type of future gainful employment will be most unlikely.

Mrs. Pelech is now 54 years old and Mr. Pelech 61. The two children are grown up and fend for themselves.

II. The Legislation

In December 1982, Mrs. Pelech brought a motion under s. 11(2) of the *Divorce Act* to vary the award of maintenance made to her twelve years earlier under s. 11(1) of the same Act. Section 11 reads in its entirety:

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

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

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

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

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

(c) an order providing for the custody, care and upbringing of the children of the marriage.

(2) An order made pursuant to this section may be varied from time to time or rescinded by the court that made the order if it thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties since the making of the order or any change in the condition, means or other circumstances of either of them.

Since the scope of an appellate court's power in reviewing a lower court's order is also put in issue on this appeal, I reproduce s. 17(2) of the Act:

conserver un emploi rémunérateur pendant une période appréciable, je pense qu'il est très peu probable que cette femme de 53 ans puisse obtenir à l'avenir quelque emploi rémunérateur.

^a M^{me} Pelech est maintenant âgée de 54 ans et M. Pelech de 61 ans. Leurs deux enfants sont maintenant adultes et subviennent à leurs propres besoins.

II. La législation

^b En décembre 1982, M^{me} Pelech a présenté une requête, fondée sur le par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, en vue de faire modifier l'ordonnance alimentaire qui lui avait été accordée, douze ans auparavant, en vertu du par. 11(1) de la même loi. Voici le texte de l'art. 11 au complet:

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:

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

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

^f b) une ordonnance enjoignant à l'épouse d'assurer l'obtention ou d'effectuer le paiement de la somme globale ou des sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien

- (i) du mari,
- (ii) des enfants du mariage, ou
- (iii) du mari et des enfants du mariage; et

^g c) une ordonnance pourvoyant à la garde, à l'administration et à l'éducation des enfants du mariage.

^h (2) Une ordonnance rendue en conformité du présent article peut être modifiée à l'occasion ou révoquée par le tribunal qui l'a rendue s'il l'estime juste et approprié compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent.

^j Comme l'étendue du pouvoir d'une cour d'appel d'examiner l'ordonnance d'un tribunal d'instance inférieure est aussi en cause, je reproduis ici le par. 17(2) de la Loi:

17. (1) ...

(2) The court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal and

(i) pronounce the judgment that ought to have been pronounced including such order or such further or other order as it deems just, or

(ii) order a new trial where it deems it necessary to do so to correct a substantial wrong or miscarriage of justice.

In addition, the respondent challenges the jurisdiction of this Court to hear this case on the basis of s. 18(1) of the Act which provides:

18. (1) An appeal lies on a question of law to the Supreme Court of Canada with leave of that court from a decision of the court of appeal under section 17.

Sections 41(1), 42 and 44 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19 as amended, are also relevant to this latter issue:

41. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in such question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from such judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

42. Notwithstanding anything in this Act, the Supreme Court has jurisdiction as provided in any other Act conferring jurisdiction.

44. (1) No appeal lies to the Supreme Court from a judgment or order made in the exercise of judicial discretion except in proceedings in the nature of a suit or proceeding in equity originating elsewhere than in the Province of Quebec and except in *mandamus* proceedings.

(2) This section does not apply to an appeal under section 41.

17. (1) ...

(2) La cour d'appel peut

a) rejeter l'appel; ou

b) faire droit à l'appel et

(i) rendre le jugement qui aurait dû être rendu, y compris l'ordonnance ou toute ordonnance supplémentaire ou autre qu'elle estime juste, ou

(ii) ordonner un nouveau procès lorsqu'elle l'estime nécessaire dans le but de remédier à une injustice grave ou à une erreur judiciaire.

En outre, l'intimé conteste la compétence qu'aurait cette Cour pour entendre la présente affaire suivant le par. 18(1) de la Loi, qui porte:

18. (1) Appel d'une décision de la cour d'appel rendue en vertu de l'article 17 peut être interjeté, sur une question de droit, devant la Cour suprême du Canada, avec la permission de cette Cour.

Le paragraphe 41(1) et les art. 42 et 44 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19 et ses modifications, sont également pertinents sur ce dernier point:

41. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel à la Cour suprême de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la plus haute cour du dernier ressort habilitée, dans une province, à rendre jugement dans l'affaire en question, ou par l'un des juges de cette cour, que l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême ait ou non été refusée par un autre tribunal, lorsque la Cour suprême estime, étant donné l'importance de l'affaire pour le public, l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou sa nature ou son importance à tout autre égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde dès lors l'autorisation d'interjeter appel de ce jugement.

42. Nonobstant toute disposition de la présente loi, la Cour suprême a la compétence prévue par toute autre loi conférant juridiction.

44. (1) Nul appel ne peut être interjeté à la Cour suprême d'un jugement ou d'une ordonnance rendue dans l'exercice d'une discrétion judiciaire, sauf dans les procédures de la nature d'une poursuite ou procédure en *equity* qui prend naissance ailleurs que dans la province de Québec et sauf dans les procédures de *mandamus*.

(2) Le présent article ne s'applique pas à un appel sous le régime de l'article 41.

III. The Courts Below

Mrs. Pelech's application for a variation of the original maintenance award was granted by Wong L.J.S.C. of the British Columbia Supreme Court (1984), 41 R.F.L. (2d) 274. Wong L.J.S.C. first rejected Mrs. Pelech's allegation that her health problems stemmed from the physical cruelty of Mr. Pelech during their marriage. He found that there was no evidence of such cruelty and, indeed, that Mrs. Pelech's psychological problems were a contributing factor in the marriage breakdown. He expressed his satisfaction that Mrs. Pelech had been represented by independent counsel at the time of the divorce and that therefore the maintenance agreement could not be viewed as unconscionable. Moreover, its terms had long since been fully discharged. The question therefore became whether the court should vary the freely negotiated and fully discharged maintenance agreement which had formed the basis of the original court order.

The respondent submitted that the jurisdiction of the court under s. 11(2) depended upon there being an existing court order and that, once the s. 11(1) order had been fully discharged, nothing remained for the court to vary. He cited the decision of the Alberta Supreme Court in *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385 in support. In that case Dechene J. at p. 390 quoted with approval the comments of Sinclair J.A. dissenting in *Goldstein v. Goldstein* (1976), 23 R.F.L. 206 (Alta. C.A.) where he said at p. 216:

I say this because it is my view that Parliament did not intend that after divorce the divorced spouses were to be forever contingently liable for the support of each other. In my opinion Parliament must have intended that at some stage or another a divorced person is entitled to say 'That's it: my responsibilities to my former partner are at an end; I can look forward to a new life free of any contingent liability to my former spouse and can plan my affairs accordingly.'

Dechene J. also relied on the statement of Anderson J. in the British Columbia Supreme Court in

III. Les tribunaux d'instance inférieure

Le juge local Wong de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a fait droit à la requête présentée par M^{me} Pelech en vue de faire modifier l'ordonnance alimentaire initiale (1984), 41 R.F.L. (2d) 274. Le juge Wong a d'abord rejeté l'allégation de M^{me} Pelech portant que ses problèmes de santé découlaient de la cruauté physique dont elle aurait fait l'objet de la part de M. Pelech au cours de leur mariage. Il a conclu qu'il n'y avait aucune preuve de cruauté de cette nature et qu'en réalité les problèmes psychologiques de M^{me} Pelech avaient contribué à la rupture du mariage. Il s'est dit convaincu que M^{me} Pelech avait été représentée par un avocat indépendant au moment du divorce et que, par conséquent, la convention alimentaire ne pouvait être considérée comme lésionnaire. De plus, cette convention avait depuis longtemps été entièrement exécutée. Il s'agissait donc de déterminer si le tribunal devait modifier cette convention alimentaire, librement négociée et entièrement exécutée, sur laquelle se fondait l'ordonnance judiciaire initiale.

L'intimé a soutenu que la compétence que le par. 11(2) confère au tribunal repose sur l'existence d'une ordonnance judiciaire et qu'une fois l'ordonnance du par. 11(1) entièrement exécutée, il ne reste plus rien que le tribunal puisse modifier. Il a cité, à l'appui de cet argument, la décision de la Cour suprême de l'Alberta *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385. À la page 390 de cette décision, le juge Dechene cite, en les approuvant, les observations que fait le juge Sinclair, dissident, à la p. 216 de l'arrêt *Goldstein v. Goldstein* (1976), 23 R.F.L. 206 (C.A. Alb.):

[TRADUCTION] Si je dis cela c'est parce qu'à mon avis le législateur n'a jamais voulu qu'après le divorce les conjoints divorcés se doivent, pour toujours, mutuellement assistance en cas de besoin. À mon avis, l'intention du législateur doit avoir été qu'à un moment ou à un autre la personne divorcée puisse dire: «Ça y est, c'est la fin de mes responsabilités envers mon ancien partenaire; je puis envisager une nouvelle vie, libre de toute responsabilité éventuelle envers mon ancien conjoint et planifier mes affaires en conséquence.»

Le juge Dechene s'est aussi appuyé sur la déclaration du juge Anderson dans l'arrêt de la Cour

Dal Santo v. Dal Santo (1975), 21 R.F.L. 117 to the effect that it is in the community interest to encourage parties to negotiate an agreement upon which they may rely in the future and that "contracts of this kind should not be lightly disturbed" (p. 120).

Wong L.J.S.C. rejected this approach to s. 11(2). He felt that the need to preserve the court's jurisdiction to supervise the maintenance of former spouses "as an incident of divorce" was fully as important as the need for finality in the marital obligations of ex-spouses. He saw "the divorced relationship" as a continuing relationship involving an ongoing power in the court to supervise maintenance presumably for as long as the parties lived. He did not think that a broader interpretation of s. 11(2) had the effect of excluding the considerations voiced by the court in *Collins*. He accepted the view expressed in the authorities that a court should not ignore or lightly upset a previous agreement when making an order that is "fit and just" under s. 11(2). Judicial intervention therefore should only occur when there is "a gross change in circumstances" or when "the conscience of the court is shocked". Wong L.J.S.C. felt that at the time Mr. and Mrs. Pelech entered into the agreement they both assumed that Mrs. Pelech was employable and would become financially self-sufficient. Mrs. Pelech's current dire need constituted a gross change in circumstances and Mr. Pelech was now, by contrast, a person of ample means. The burden of maintaining Mrs. Pelech should therefore fall upon her ex-spouse rather than on the public purse. Wong L.J.S.C. ordered Mr. Pelech to pay periodic maintenance of \$2,000 per month to Mrs. Pelech.

Lambert J.A., for a unanimous Court of Appeal, overturned Wong L.J.S.C.'s decision to vary the original order (1985), 45 R.F.L. (2d) 1, 17 D.L.R.

suprême de la Colombie-Britannique *Dal Santo v. Dal Santo* (1975), 21 R.F.L. 117, portant qu'il est dans l'intérêt de la collectivité d'encourager les parties à négocier une convention à laquelle elles pourront se fier à l'avenir et que [TRADUCTION] «les contrats de ce genre ne devraient pas être modifiés à la légère» (p. 120).

Le juge Wong a rejeté cette interprétation du par. 11(2). Il a estimé que la nécessité de préserver la compétence du tribunal en matière de surveillance du paiement des aliments des anciens conjoints [TRADUCTION] «comme mesure accessoire au divorce» importe tout autant que celle du caractère définitif de leurs obligations matrimoniales. Il a considéré [TRADUCTION] «les rapports des divorcés» comme des rapports qui se poursuivent et qui comportent la faculté, toujours présente pour le tribunal, de s'assurer du respect des obligations alimentaires, présumément pendant aussi longtemps que les parties vivront. Il ne pensait pas qu'une interprétation plus large du par. 11(2) avait pour effet d'exclure les considérations énoncées par la cour dans l'arrêt *Collins*. Il a accepté l'opinion exprimée dans la jurisprudence, selon laquelle un tribunal ne devrait pas passer sous silence ni modifier à la légère une convention antérieure en rendant une ordonnance «juste et appropriée» au sens du par. 11(2). Le juge ne devrait donc intervenir qu'en cas de [TRADUCTION] «changement radical de circonstances» ou lorsque [TRADUCTION] «la conscience du tribunal est choquée». Le juge Wong a estimé qu'à l'époque où M. et M^{me} Pelech ont conclu la convention, ils ont tous deux présumé que M^{me} Pelech pourrait se trouver un emploi et qu'elle deviendrait autosuffisante financièrement. L'état actuel de grand dénuement dans lequel se trouve M^{me} Pelech constitue un changement radical de circonstances, alors que, de son côté, M. Pelech est devenu une personne bien pourvue. L'obligation de soutenir M^{me} Pelech devrait donc incomber à son ex-conjoint plutôt qu'au trésor public. Le juge Wong a donc ordonné à M. Pelech de verser une pension alimentaire de 2 000 \$ par mois à M^{me} Pelech.

Le juge Lambert, au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, a infirmé la décision du juge Wong de modifier l'ordonnance initiale (1985), 45 R.F.L.

(4th) 147, 61 B.C.L.R. 217. Although he agreed that the court's jurisdiction could not be extinguished by the fulfilment or satisfaction of the terms of the previous order, he had a different view of when it was appropriate to exercise that jurisdiction. Lambert J.A. referred to the extensive jurisprudence on this issue and suggested that the recurring concern in the modern authorities is that parties should be able to rely on their agreements. He quoted with approval Zuber J.A.'s reasons in the Ontario Court of Appeal in *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244 to the effect that, since changes in circumstance are inevitable, such changes should not be used to justify judicial intervention into otherwise valid and binding contractual arrangements. "If the parties agree to settle their affairs", said Zuber J.A., "then their affairs should be regarded as settled" (p. 253). Zuber J.A. went on to say, however, that if the agreement they enter into is vulnerable on some other basis, then the changes in circumstance will be a factor to be taken into account in determining the appropriate award of maintenance. In Lambert J.A.'s view Zuber J.A.'s reference to some other basis was to the traditional common law and equitable defences to the enforcement of ordinary contracts as well as to a "narrow range of cases" where relief is appropriate despite the binding effect of the contract.

Unfortunately Lambert J.A. did not elaborate on what he considered comprised the narrow range of cases in which a binding settlement agreement could be varied other than to say that cases "where the maintenance provisions adversely affect the custody of children come instantly to mind, as an example". Instead, he concentrated on the principle he was relying on for not intervening in this case, namely that where:

(a) there is an agreement for the payment of maintenance as a lump sum or as periodic payments for a set period, and

(2d) 1, 17 D.L.R. (4th) 147, 61 B.C.L.R. 217. Tout en convenant que le tribunal ne peut perdre sa compétence du seul fait que les conditions de l'ordonnance antérieure ont été exécutées ou remplies, il avait une opinion différente quant au moment où il convient d'exercer cette compétence. Le juge Lambert a renvoyé à la jurisprudence abondante qui existe sur la question, en laissant entendre que le souci qu'on retrouve fréquemment dans les précédents modernes est que les parties puissent se fier aux conventions qu'elles ont conclues. Il a cité, en les approuvant, les motifs du juge Zuber dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Farquar v. Farquar* (1983), 1 D.L.R. (4th) 244, où ce dernier affirme que, puisque les changements de circonstances sont inévitables, on ne devrait pas s'en servir pour justifier une intervention judiciaire dans des arrangements contractuels par ailleurs valides et exécutoires. [TRADUCTION] «Si les parties conviennent de régler leurs affaires», affirme le juge Zuber, [TRADUCTION] «alors leurs affaires devraient être considérées comme réglées» (p. 253). Le juge Zuber ajoute cependant que si la convention conclue peut être contestée pour quelque autre raison, le changement de circonstances devient alors un facteur dont il faut tenir compte pour déterminer la pension alimentaire appropriée. Selon le juge Lambert, la mention par le juge Zuber de quelque autre fondement visait les moyens de défense traditionnels, en *common law* et en *equity*, opposables à l'exécution des contrats ordinaires ainsi que la [TRADUCTION] «catégorie de cas limitée» où un redressement est approprié malgré la force exécutoire du contrat.

Malheureusement, le juge Lambert n'a pas donné les détails de ce qu'il considère comme inclus dans cette catégorie de cas limitée où une convention exécutoire peut être modifiée, si ce n'est pour dire que les cas [TRADUCTION] «où les stipulations alimentaires sont préjudiciables à la garde des enfants sont un exemple qui vient immédiatement à l'esprit». Il s'est concentré plutôt sur le principe qu'il invoquait pour ne pas intervenir en l'espèce, savoir lorsque:

[TRADUCTION] a) il existe une convention de paiement d'aliments sous forme de montant forfaitaire ou de sommes échelonnées à verser pendant une période fixe,

(b) the agreement releases all claims for future maintenance, and

(c) the agreement was valid and enforceable when it was made, and

(d) the agreement was not an unreasonable or unfair one when it was made, and

(e) the provisions of the agreement for payment of maintenance are incorporated in a court order without any change that has not been agreed to by the parties, and

(f) the agreement and the court order are carried out, and all maintenance payments are made, and

(g) there are no children whose care is directly affected by any subsequent application to vary the maintenance order . . .

there should be no intervention. Judicial intervention should be the exception and not the rule:

The rule is that settlement agreements must be respected. Marriage partners who decide to go their own way should be able to set for themselves, if they wish, the terms on which they will part, without risk of judicial intervention. If an agreement is not final and binding, then nothing can be achieved by making the compromises required to reach agreement, and the parties will have little incentive or encouragement to settle their differences.

Lambert J.A. acknowledged that the consequence of this principle was that Mrs. Pelech and others in similar circumstances would remain a public charge. However:

. . . against that must be weighed, among other financial consequences, the financial advantages to the community in having binding maintenance settlements made by the parties themselves, rather than by judges and other public officers in facilities provided and maintained at public expense.

Lambert J.A. concluded by allowing Mr. Pelech's appeal and dismissing Mrs. Pelech's application for a variation of the 1969 maintenance order.

IV. Jurisdictional Issues

A. *The Powers of the Reviewing Court*

The appellant submits that the principle enunciated by Lambert J.A. in the Court of Appeal amounts to a fettering of the trial judge's discre-

b) la convention prévoit la renonciation à toute créance alimentaire future,

c) la convention était valide et exécutoire au moment où elle a été conclue,

d) la convention n'était ni déraisonnable ni injuste au moment où elle a été conclue,

e) les dispositions de la convention relatives au paiement d'aliments sont incorporées dans une ordonnance judiciaire sans qu'aucune modification n'ait été apportée sans le consentement des parties,

f) la convention et l'ordonnance judiciaire sont exécutées et tous les paiements alimentaires faits, et

g) il n'y a pas d'enfant dont la garde est directement touchée par une demande subséquente de modification de l'ordonnance alimentaire . . .

il ne devrait pas y avoir d'intervention. L'intervention du juge devrait être l'exception et non la règle:

[TRADUCTION] La règle est que les conventions doivent être respectées. Les partenaires unis par le mariage qui décident de se séparer devraient pouvoir fixer eux-mêmes, s'ils le veulent, les conditions de leur séparation, sans courir le risque d'une intervention judiciaire. Si une convention n'est pas définitive et exécutoire, alors les compromis qu'il a fallu faire pour s'entendre n'auront servi à rien et les parties ne seront guère incitées ni encouragées à régler leurs divergences.

Le juge Lambert a reconnu que ce principe ferait en sorte que M^{me} Pelech et les autres personnes qui se trouvent dans une situation semblable demeureraient à la charge de la société. Cependant:

[TRADUCTION] . . . à cela on doit opposer, parmi d'autres conséquences financières, les avantages pécuniaires qu'il y a pour la société à ce que ce soient les parties elles-mêmes qui concluent une convention alimentaire exécutoire et non les juges ou d'autres officiers publics qui la leur imposent, dans des lieux fournis et entretenus à mêmes les deniers publics.

Le juge Lambert, pour conclure, a accueilli l'appel de M. Pelech et a rejeté la requête présentée par M^{me} Pelech en vue de faire modifier l'ordonnance alimentaire de 1969.

IV. Les moyens déclinatoires

A. *Les pouvoirs du tribunal d'examen*

L'appelante fait valoir que le principe énoncé par le juge Lambert de la Cour d'appel a pour effet d'entraver le pouvoir discrétionnaire attribué

tion under s. 11(2). That discretion, the appellant argues, confers on the trial judge "an untrammelled right to vary a maintenance order in appropriate circumstances". The Court of Appeal, on the other hand, does not have a wide open discretion to substitute its view for that of the trial judge but can only interfere where there has been error of law in the court below. The appellant cites *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150 (C.A.) in support.

The respondent takes issue with this view of the Court of Appeal's jurisdiction and refers to the proposition advanced in *Piller v. Piller*, [1975] 4 W.W.R. 342 (B.C.C.A.), to the effect that s. 17(2) of the *Divorce Act* does indeed give the Court of Appeal an independent discretion to decide the case afresh. I reproduce the section once more for convenience:

17. (1) ...

(2) The court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal and

(i) pronounce the judgment that ought to have been pronounced including such order or such further or other order as it deems just, or

(ii) order a new trial where it deems it necessary to do so to correct a substantial wrong or miscarriage of justice.

The respondent also relies on the comment of Laskin C.J. in *Nash v. Nash*, [1975] 2 S.C.R. 507, where he said at p. 516:

Counsel for the appellant founds himself, first, on the position that the Court of Appeal ought not to have interfered with the discretion of the trial judge in ordering periodic payments On the first point taken, s. 17 of the *Divorce Act* gives the widest powers to the Court of Appeal, and I am unable to say in this case that if that Court had the power to order security for the payment of periodic maintenance it was wrong in doing so.

Implicit in the appellant's argument is the premise that the trial judge in the present case acted within his discretion and that, as no error of law

au juge de première instance par le par. 11(2). Ce pouvoir discrétionnaire, soutient l'appelante, confère au juge de première instance [TRADUCTION] «le droit absolu de modifier une ordonnance alimentaire dans des circonstances appropriées». La Cour d'appel, d'autre part, ne jouit pas d'un pouvoir discrétionnaire étendu de substituer son opinion à celle du juge de première instance; elle ne peut intervenir qu'en cas d'erreur de droit de la part du tribunal inférieur. L'appelante cite à l'appui de cet argument l'arrêt *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150 (C.A.)

L'intimé conteste cette conception de la compétence de la Cour d'appel et mentionne la proposition énoncée dans l'arrêt *Piller v. Piller*, [1975] 4 W.W.R. 342 (C.A.C.B.), selon laquelle le par. 17(2) de la *Loi sur le divorce* confère effectivement à la Cour d'appel le pouvoir discrétionnaire indépendant de statuer à nouveau sur l'affaire. Je reproduis encore une fois cet article pour des motifs de commodité:

17. (1) ...

(2) La cour d'appel peut

a) rejeter l'appel; ou

b) faire droit à l'appel et

(i) rendre le jugement qui aurait dû être rendu, y compris l'ordonnance ou toute ordonnance supplémentaire ou autre qu'elle estime juste, ou

(ii) ordonner un nouveau procès lorsqu'elle l'estime nécessaire dans le but de remédier à une injustice grave ou à une erreur judiciaire.

L'intimé s'appuie aussi sur l'observation que fait le juge en chef Laskin, dans l'arrêt *Nash c. Nash*, [1975] 2 R.C.S. 507, lorsqu'il dit, à la p. 516:

L'avocat de l'appellant se fonde, premièrement, sur ce que la Cour d'appel n'aurait pas dû s'introduire dans la discrétion du juge de première instance en ordonnant des versements périodiques [. . .] Sur le premier point soulevé, l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* confère des pouvoirs des plus étendus à la Cour d'appel, et je ne saurais dire en l'espèce que si ce tribunal-là avait le pouvoir d'ordonner que l'on garantisse le paiement périodique d'allocations d'entretien, il a eu tort de le faire.

Implicitement, l'argument de l'appelante est fondé sur la prémisses que le juge de première instance, en l'espèce, a agi dans les limites de son

was demonstrated, the appellate court must defer to his decision. However, the appellant's description of the s. 11(2) jurisdiction of the trial judge as "an untrammelled right to vary . . . in appropriate circumstances" begs the question. The right is not "untrammelled"; it is clearly constrained by the appropriateness of the circumstances. While I agree that the so-called "principle" enunciated and applied by Lambert J.A. in this case is merely an illustration of one set of "appropriate circumstances" rather than a proposition of law, the criteria for the exercise of judicial discretion are essentially legal criteria. Their delineation, as well as a failure to apply them or a misapplication of them, raises a question of law. In my view, the present case squarely raises the question as to what the criteria are for determining the appropriateness of judicial intervention under s. 11(2) or, to use the language of the statute, when is it "fit and just" for the court to vary a s. 11(1) order in the face of an antecedent valid and enforceable settlement agreement. As this question of law is sufficient in itself to ground the Court of Appeal's jurisdiction, it is not, strictly speaking, necessary to resolve the disparate views expressed in the *Piller* and *Harrington* cases. However, the point has been raised by the parties and would appear to require clarification.

The decision in *Piller* stands for the proposition that s. 17(2)(b)(i) of the *Divorce Act* confers a broad power on courts of appeal to review discretionary decisions made in the courts below. This interpretation was reaffirmed in unequivocal terms in *Carmichael v. Carmichael* (1976), 27 R.F.L. 325 (B.C.C.A.) In that case Farris C.J.B.C., who also delivered the judgment in *Piller*, stated at p. 329:

In approaching the question of whether the order made below is appropriate, this court has an independent discretion. It need not be shown before we can intervene that the trial judge proceeded on some wrong

pouvoir discrétionnaire et que, puisqu'on n'a démontré l'existence d'aucune erreur de droit, la Cour d'appel doit s'en remettre à sa décision. Toutefois, la description par l'appelante de la compétence du juge de première instance selon le par. 11(2), comme étant [TRADUCTION] «de droit absolu de modifier [...] dans des circonstances appropriées» constitue une pétition de principe. Ce droit n'est pas «absolu»; il est clairement assujéti au caractère approprié des circonstances. Tout en convenant que le soi-disant «principe» qu'énonce et applique le juge Lambert en l'espèce n'est qu'une illustration d'un ensemble de «circonstances appropriées» plutôt qu'une éventuelle règle de droit, les critères d'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge sont essentiellement des critères juridiques. Leur délimitation, tout comme leur non-application ou leur mauvaise application, pose une question de droit. À mon avis, la présente affaire soulève nettement la question de savoir quels sont les critères applicables pour déterminer si une intervention judiciaire est appropriée en vertu du par. 11(2) ou, pour reprendre les termes de la Loi, quand il est «juste et approprié» que le tribunal modifie une ordonnance rendue en vertu du par. 11(1) lorsqu'il existe une convention antérieure valide et exécutoire. Comme cette question de droit est suffisante en soi pour attribuer compétence à la Cour d'appel, il n'est pas, à proprement parler, nécessaire de réconcilier les opinions divergentes exprimées dans les arrêts *Piller* et *Harrington*. Cependant les parties ont soulevé la question et elle semblerait exiger des éclaircissements.

L'arrêt *Piller* appuie la thèse selon laquelle le sous-al. 17(2)(b)(i) de la *Loi sur le divorce* confère un large pouvoir aux cours d'appel de contrôler les décisions rendues par des tribunaux d'instance inférieure dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. L'arrêt *Carmichael v. Carmichael* (1976), 27 R.F.L. 325 (C.A.C.-B.) réaffirme cette interprétation en termes non équivoques. Dans cette affaire, le juge en chef Farris de la Colombie-Britannique, auteur également de l'arrêt *Piller*, dit à la p. 329:

[TRADUCTION] Quand elle se demande si l'ordonnance rendue par une instance inférieure est appropriée, notre cour jouit d'un pouvoir discrétionnaire indépendant. Il n'a pas à être démontré, pour que nous puissions

principle or failed to take into consideration factors that he should have, or took into consideration factors which were not appropriate: see *Piller v. Piller*, 17 R.F.L. 252, [1975] 4 W.W.R. 342 at 345, 54 D.L.R. (3d) 150 (B.C.C.A.). I therefore approach this problem as if the court was hearing the matter anew. The fact that I differ in the result does not necessarily mean that Aikins J. was wrong. It simply means that reasonable men may differ in their view of what is appropriate.

This expansive interpretation of s. 17(2) has generally been adhered to in the B.C. courts and has in addition found favour with the Manitoba Court of Appeal in *Guberman v. Guberman*, [1977] 2 W.W.R. 1.

A more restrictive view has been espoused by the Ontario courts. The following passage from Morden J.A.'s reasons in *Harrington* articulates the rationale for this alternative approach (at pp. 154-55):

The purpose of s. 17(2)(b)(i) of the *Divorce Act*, which enables us to "pronounce the judgment that ought to have been pronounced" is to prescribe the general kind of disposition open to us, on allowing an appeal, as an alternative to ordering a new trial (s. 17(2)(b)(ii)) and is not intended, in my view, to provide the rule governing when we will interfere with the challenged judgment, i.e., it does not set forth the standard for determining whether or not the challenged judgment should be set aside. The language of s. 17(2)(b)(i) is not new and is rather familiar in statutes relating to appeals (see, e.g., 1857 (U.C.), c. 5, s. 7, in a statute relating to the Court of Error and Appeal in Upper Canada, and the *Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228, s. 30(1)), and its function is, to repeat, to prescribe one aspect of the nature of our power after it has been decided, on proper grounds, that the appeal should be allowed.

Where the ultimate disposition turns on the relative weighting of principles and considerations (the broad mandate is set forth in s. 11(1) of the *Divorce Act*), different minds may fairly come to different conclusions, and there are no fixed rules for determining "correctness", it seems to me that general practicality and fairness require an appellant to show some material error in the reasoning of the trial Judge for an appellate Court to interfere. This approach applies with particular force in a case (and this is not one) where the only issue

intervenir, que le juge de première instance s'est fondé sur un principe erroné ou qu'il n'a pas tenu compte de facteurs dont il aurait dû tenir compte ou qu'il a tenu compte de facteurs qui n'étaient pas appropriés: voir l'arrêt *Piller v. Piller*, 17 R.F.L. 252, [1975] 4 W.W.R. 342, à la p. 345, 54 D.L.R. (3d) 150 (C.A.C.-B.) J'aborde donc ce problème comme si la cour était saisie de l'affaire pour la première fois. Le fait que j'arrive à un résultat différent ne signifie pas nécessairement que le juge Aikins avait tort. Cela signifie simplement que des hommes raisonnables peuvent avoir des opinions divergentes sur ce qui est approprié.

Les tribunaux de Colombie-Britannique ont en général adhéré à cette interprétation large du par. 17(2), qui a aussi trouvé faveur auprès de la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *Guberman v. Guberman*, [1977] 2 W.W.R. 1.

Les tribunaux ontariens ont adopté un point de vue plus restrictif. Le passage suivant des motifs du juge Morden de la Cour d'appel dans l'arrêt *Harrington* expose le raisonnement sur lequel se fonde cet autre point de vue (aux pp. 154 et 155):

[TRANSDUCTION] L'alinéa 17(2)b(i) de la *Loi sur le divorce*, qui nous permet de «rendre le jugement qui aurait dû être rendu» a pour objet de prescrire le type général de décision que nous pouvons rendre quand nous accueillons l'appel, au lieu d'ordonner un nouveau procès (al. 17(2)b(ii)); il n'a pas pour but, à mon avis, d'énoncer une règle régissant les cas où nous pouvons modifier le jugement attaqué, c.-à-d., il n'établit pas la norme applicable pour déterminer si le jugement attaqué doit ou non être annulé. Le texte de l'al. 17(2)b(i) n'est pas nouveau mais, au contraire, assez courant dans les lois qui traitent des appels (voir, par ex. 1857 (H.-C.), chap. 5, art. 7, une loi relative à la Court of Error and Appeal du Haut-Canada, et la *Judicature Act*, R.S.O. 1970, chap. 228, par. 30(1)) et sa fonction est, redisons-le, de prescrire un aspect de la nature de notre pouvoir, après qu'il a été décidé, à bon droit, que l'appel devrait être accueilli.

Lorsque la décision ultime dépend d'une évaluation des principes et des considérations (c'est là le vaste mandat conféré par le par. 11(1) de la *Loi sur le divorce*), des esprits différents peuvent en toute honnêteté arriver à des conclusions différentes et il n'y a aucune règle fixe qui permet de déterminer de ce qui est «correct», il me semble que le sens pratique général et l'équité requièrent de l'appellant qu'il démontre l'existence d'une erreur grave dans le raisonnement du juge de première instance pour qu'une juridiction d'appel

is the amount of entitlement. Because he has the benefit of the atmosphere of the trial, a trial Judge is generally in a better position than an appellate Court to exercise his evaluative judgment correctly. Also, an independent discretion, approach, involving a reconsideration of all matters *de novo*, would inevitably result in there being a fairly arguable appeal in just about every case.

Both the *Piller* and the *Harrington* lines of authority are of great force and persuasion. However, it seems to me that if one examines the basis of each approach and, in addition, their impact in general terms on traditional notions of appellate review, the views expressed in *Harrington* afford the most acceptable result.

The court in *Piller* drew support from Martland J.'s reasons in *Swain v. Dennison*, [1967] S.C.R. 7, and from the remarks referred to earlier by Laskin C.J. in *Nash*. The legislative provision at issue in *Swain v. Dennison* was s. 17 of the *Testator's Family Maintenance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 378. It provides:

17. From any order made under this Act a party deeming himself prejudicially affected may appeal to the Court of Appeal within the same time and the same manner as from a final judgment of the Court in a civil cause.

Martland J. reasoned that because of the discretionary nature of the trial judge's jurisdiction under the Act and the specific right of appeal conferred in s. 17, the appellate court was empowered to reach its own conclusion whenever a party deemed itself "prejudicially affected". It seems to me, however, that the language of the legislation in *Swain v. Dennison* differs significantly from that of s. 17(2) of the *Divorce Act*. The former provision sets out the conditions under which a party may appeal, i.e., whenever it deems itself prejudiced by the decision at first instance. In order that that very broad right of appeal be meaningful the court to which such an appeal is taken should be able to intervene on the same basis and correct the prejudice complained of. This is dictated both by

intervienne. Cela est d'autant plus vrai dans une affaire (et ce n'est pas le cas en l'espèce) où la seule question en cause est le montant de la créance. Ayant pu apprécier l'atmosphère du débat sur les faits, le juge de première instance est en général mieux placé que la juridiction d'appel pour exercer correctement son jugement en matière d'évaluation. Aussi, procéder selon un pouvoir discrétionnaire indépendant, comportant un examen *de novo* de toutes les questions, engendrerait inévitablement la possibilité d'arguer d'un droit d'appel dans à peu près tous les cas.

L'arrêt *Piller* et l'arrêt *Harrington* représentent tous les deux des courants de jurisprudence qui ont une grande force persuasive. Toutefois, il me semble que si l'on étudie le fondement de chaque conception et, en outre, leur effet général sur les notions traditionnelles de l'examen par voie d'appel, le point de vue exprimé dans l'arrêt *Harrington* conduit au résultat le plus acceptable.

La cour, dans l'arrêt *Piller*, s'est fondée sur les motifs du juge Martland dans l'arrêt *Swain v. Dennison*, [1967] R.C.S. 7, et sur les remarques déjà citées du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Nash*. L'article 17 de la *Testator's Family Maintenance Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 378, était la disposition législative en cause dans l'arrêt *Swain v. Dennison*. Elle porte:

[TRADUCTION] 17. La partie qui s'estime lésée peut interjeter appel, contre toute ordonnance rendue en vertu de la présente loi, à la Cour d'appel dans le même délai et de la même manière que dans le cas d'un jugement définitif rendu par la cour en matière civile.

Le juge Martland tient le raisonnement selon lequel, étant donné la nature discrétionnaire de la compétence que possède le juge de première instance en vertu de la Loi, et vu le droit d'appel expressément conféré par l'art. 17, la juridiction d'appel a le pouvoir de tirer ses propres conclusions quand une partie s'estime [TRADUCTION] «lésée». Il me semble cependant que le texte de loi en cause dans l'arrêt *Swain v. Dennison* diffère sensiblement du par. 17(2) de la *Loi sur le divorce*. La première disposition énonce les circonstances dans lesquelles une partie peut interjeter appel, c.-à-d., lorsqu'elle s'estime lésée par le jugement de première instance. Pour que ce droit d'appel très général ait un sens, la cour saisie de l'appel devrait pouvoir intervenir pour les mêmes raisons et corri-

common sense and the principle in *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126, which presumes that the conferral of a right is accompanied by the conferral of a remedy. Thus s. 17 of the *Testator's Family Maintenance Act*, by identifying the scope of a party's appeal rights, by implication identifies the scope of the reviewing court's power to intervene.

In contrast, s. 17(2) of the *Divorce Act* sets out the remedial powers of the reviewing court upon hearing an appeal rather than the conditions under which that appeal can be heard in the first place. Those powers are threefold: it may dismiss the appeal, allow the appeal and pronounce judgment that ought to have been pronounced below or allow the appeal and order a new trial. It is the phrasing of the second remedial alternative in terms of pronouncing the judgment "that ought to have been pronounced" which has given rise to the divergence in views. However, I do not think that by itself the reasoning in *Swain v. Dennison* requires the enlarged interpretation of what "ought to have been pronounced" proposed by Farris C.J.B.C. Rather I would agree with Morden J.A. in *Harrington* that the purpose of the enumeration of powers in s. 17(2) is to set out alternative dispositions open to the court in granting or dismissing an appeal in conformity with traditional principles of appellate review. The legislation in *Swain v. Dennison* does not directly address this remedial aspect of the court's jurisdiction.

On the other hand, Laskin C.J.'s remarks in *Nash* offer support for the *Piller* approach which is not in any way dependent on the parallel treatment in *Swain v. Dennison* of the *Testator's Family Maintenance Act*. The substantive issue in *Nash* was whether the Court of Appeal could condition the grant of a decree *nisi* on the provision of adequate security for maintenance payments. In Laskin C.J.'s view neither the trial judge nor the Court of Appeal had jurisdiction to fashion such a remedy. Consequently, he did not have to

ger le préjudice dont on se plaint. C'est ce que dictent à la fois le bon sens et le principe dégagé dans l'arrêt *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126, où l'on présume que l'attribution d'un droit s'accompagne de l'attribution d'un recours. Ainsi, l'art. 17 de la *Testator's Family Maintenance Act*, en délimitant la portée des droits d'appel d'une partie, délimite tacitement l'étendue du pouvoir d'intervention du tribunal d'examen.

Par contre, le par. 17(2) de la *Loi sur le divorce* énonce les pouvoirs de redressement que possède la cour qui procède à un examen par voie d'appel plutôt que les conditions auxquelles cet appel peut être entendu en premier lieu. Ces pouvoirs sont de trois ordres: elle peut rejeter l'appel, faire droit à l'appel et rendre le jugement qui aurait dû être rendu en premier lieu ou faire droit à l'appel et ordonner un nouveau procès. C'est la formulation de la deuxième forme possible de redressement, savoir rendre le jugement «qui aurait dû être rendu», qui a suscité la divergence d'opinions. Toutefois, je ne pense pas qu'en lui-même le raisonnement de l'arrêt *Swain v. Dennison* exige l'interprétation élargie que propose le juge en chef Farris de la Colombie-Britannique, en ce qui concerne le genre de jugement qui «aurait dû être rendu». Je serais plutôt portée à penser, comme l'a fait le juge Morden dans l'arrêt *Harrington*, que l'énumération des pouvoirs au par. 17(2) a pour but d'énoncer les solutions dont dispose la cour quand elle accorde ou rejette un appel, conformément aux principes traditionnels applicables à l'examen par voie d'appel. La loi en cause dans l'arrêt *Swain v. Dennison* ne portait pas directement sur l'aspect redressement de la compétence de la cour.

D'autre part, les remarques du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Nash* étayaient le point de vue adopté dans l'arrêt *Piller*, qui ne dépend aucunement du traitement parallèle de la *Testator's Family Maintenance Act* dans l'arrêt *Swain v. Dennison*. La question de fond dans l'affaire *Nash* était de savoir si la Cour d'appel pouvait assujettir un jugement conditionnel à la fourniture d'une garantie suffisante pour assurer les paiements alimentaires. Selon le juge en chef Laskin, ni le juge de première instance ni la Cour d'appel n'avaient

deal with the issue of whether the court was additionally prevented from doing so because of the traditional limits on appellate review. Strictly speaking, therefore, the comments relied upon by the respondent in the present appeal and Farris C.J.B.C. in *Piller* are *obiter*. Nevertheless they are fairly weighty *obiter* and they do indeed suggest that in Laskin C.J.'s view s. 17(2) would have allowed the Court of Appeal to substitute its own discretion for that of the trial judge.

Morden J.A. did not address the impact of Laskin C.J.'s comments in *Nash* other than to state that he did not interpret them as leading to the conclusion that s. 17 of the *Divorce Act* gives the Court of Appeal an independent discretion. He went on to point out at p. 155 that "such an approach has not been followed with respect to other kinds of decisions, such as those relating to the decree *nisi* of the divorce itself and to custody, which are appealable under s. 17".

With regard to this latter point, it appears that even the B.C. Court of Appeal which has, in general, adhered to the *Piller* approach has expressed its doubts with regard to the suitability of that approach where custody is at issue. In *Gazdeczka v. Gazdeczka* (1982), 30 R.F.L. (2d) 428 (B.C.C.A.), the central issue concerned an award of custody made incidentally to proceedings for divorce. In the course of dismissing the appeal from the trial judge's decision, Hinkson J.A. for the court stated (at pp. 430-31):

In *Genest v. Genest* (1970), 3 R.F.L. 97, 73 W.W.R. 81, 11 D.L.R. (3d) 254, this court had occasion to consider an appeal in a custody matter, McFarlane J.A. made reference to the decision in *Bickley v. Bickley*, [1957] S.C.R. 329, 7 D.L.R. (2d) 465, and what was said there by Cartwright J. (as he then was) at p. 333, as follows:

"... in the light of all evidence in the record we find it impossible to say that he (that is, the learned trial

compétence pour concevoir une telle forme de redressement. Par conséquent, il n'avait pas à examiner la question de savoir si la cour était en outre empêchée de le faire à cause des limites traditionnelles imposées à l'examen par voie d'appel. À proprement parler donc, les observations sur lesquelles se sont fondés l'intimé en l'espèce et le juge en chef Farris de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Piller* constituent des opinions incidentes. Néanmoins, il s'agit d'opinions incidentes assez importantes qui, d'ailleurs, laissent penser qu'aux yeux du juge en chef Laskin le par. 17(2) autoriserait la Cour d'appel à substituer son propre pouvoir discrétionnaire à celui du juge de première instance.

Le juge Morden n'a pas examiné l'effet que pourraient avoir les observations du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Nash*, si ce n'est pour dire qu'il ne les interprétait pas comme menant à la conclusion que l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* confère à la Cour d'appel un pouvoir discrétionnaire indépendant. Il rappelle, à la p. 155, que [TRADUCTION] «ce point de vue n'a pas été suivi dans des décisions d'un autre genre, comme celles relatives au jugement conditionnel de divorce lui-même et à la garde, qui peuvent faire l'objet d'un appel en vertu de l'art. 17».

Quant à ce dernier point, il appert que même la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a, en général, souscrit au point de vue de l'arrêt *Piller*, a entretenu des doutes sur l'à-propos de cette conception lorsque c'est la garde qui est en cause. Dans l'arrêt *Gazdeczka v. Gazdeczka* (1982), 30 R.F.L. (2d) 428 (C.A.C.-B.), la principale question en litige concernait l'attribution de la garde, faite accessoirement à des procédures de divorce. En rejetant l'appel interjeté contre la décision du juge de première instance, le juge Hinkson de la Cour d'appel affirme (aux pp. 430 et 431):

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Genest v. Genest* (1970), 3 R.F.L. 97, 73 W.W.R. 81, 11 D.L.R. (3d) 254, cette cour avait été saisie d'un appel en matière de garde. Le juge McFarlane s'est référé ainsi à l'arrêt *Bickley v. Bickley*, [1957] R.C.S. 329, 7 D.L.R. (2d) 465, et à ce qui a été dit par le juge Cartwright (plus tard Juge en chef), à la p. 333:

«... compte tenu de tous les éléments de preuve versés au dossier, nous concluons qu'il est impossible

judge) did not make full judicial use of the opportunity given to him, and denied to the appellate Courts, of seeing and hearing the parties; the advantage thus afforded to the trial judge is always great but peculiarly so in a case of this sort where so much depends upon the character of the parents whose claims are in conflict."

It seems to me that that principle has application in the present case.

Hinkson J.A. went on nevertheless at the urging of counsel to draw his own conclusion in the matter on the basis of *Piller*. However, even on this approach, he found himself in agreement with the trial judge's disposition.

A further erosion of *Piller* seems to have occurred in a recent decision by MacFarlane J.A. in *Posener v. Posener* (1984), 4 D.L.R. (4th) 385 (B.C.C.A.) In *Posener* the parties were divorced in 1973. There was no claim for maintenance in the divorce petition and no provision in that regard in the decree *nisi*. However, the parties had previously arranged their affairs in a separation agreement which provided *inter alia* that the husband pay periodic maintenance to the wife. The amount of maintenance was varied under the *Family Relations Act*, S.B.C. 1972, c. 20, in 1975. The husband complied with the amended terms of maintenance until 1979. In 1981, the wife commenced an action for a judgment in the amount of the arrears. The husband counterclaimed for an order varying the decree *nisi* by incorporating the amended agreement, by making further changes in the amount of periodic maintenance, and by rescinding the arrears. The trial judge granted the order for variation in part. He incorporated the agreement but refused to rescind the arrears. He also refused to vary the amount of periodic maintenance other than by providing a formula by which maintenance could be reduced if the husband's income was reduced. On appeal, MacFarlane J.A. refused to interfere with the trial judge's ruling. Although he does not refer to either the *Piller* or *Harrington* lines of authority, the perception of the limits on appellate review of s. 11(2) orders which emerges from MacFarlane J.A.'s reasons clearly subscribes to the traditional notions put forward

de dire qu'il (c.-à-d. le savant juge de première instance) n'a pas profité pleinement sur le plan judiciaire de l'occasion qui lui était offerte, et qui est refusée aux tribunaux d'appel, de voir et d'entendre les parties; l'avantage dont jouit ainsi le juge de première instance est toujours considérable, mais plus particulièrement dans un cas de ce genre où tant de choses dépendent de la moralité des parents dont les demandes s'opposent.»

Il me semble que ce principe s'applique en l'espèce.

Le juge Hinkson a quand même, à l'invitation pressante des avocats, tiré ses propres conclusions à ce propos en se fondant sur l'arrêt *Piller*. Mais, même là, il s'est trouvé en accord avec le jugement de première instance.

Une autre entorse à l'arrêt *Piller* semble avoir été faite dans l'arrêt récent du juge MacFarlane, *Posener v. Posener* (1984), 4 D.L.R. (4th) 385 (C.A.C.B.) Dans l'affaire *Posener*, les parties avaient divorcé en 1973. Il n'y avait eu aucune demande d'aliments dans la requête en divorce et le jugement conditionnel de divorce ne contenait aucune disposition à cet égard. Toutefois, les parties avaient antérieurement réglé leurs affaires dans une convention de séparation qui stipulait notamment que le mari verserait une pension alimentaire à sa femme. Le montant de la pension avait été modifié en 1975, en vertu de la *Family Relations Act*, S.B.C. 1972, chap. 20. Le mari se conforma aux nouvelles conditions de la pension jusqu'en 1979. En 1981, la femme intenta une action en paiement des arrérages. Le mari a déposé une demande reconventionnelle en vue d'obtenir une ordonnance modifiant le jugement conditionnel en y incorporant la nouvelle convention, en faisant d'autres changements quant au montant de la pension et en éliminant les arrérages. Le juge de première instance a accordé en partie l'ordonnance de modification. Il a incorporé la convention, mais a refusé d'éliminer les arrérages. Il a aussi refusé de modifier le montant de la pension, si ce n'est pour établir une formule de réduction de celle-ci, au cas où les revenus du mari diminueraient. En appel, le juge MacFarlane a refusé de modifier la décision du juge de première instance. Bien qu'il ne mentionne ni le courant de jurisprudence fondé sur l'arrêt *Piller* ni celui fondé

by Morden J.A. in *Harrington*. For example, MacFarlane J.A. states on p. 387:

The finding made by the chambers judge, however, reveals that he was alive to the question whether the balance between the parties had become so distorted that it was unjust. He considered not only the amount by which the wife's income had increased and the husband's had become reduced, but he considered a number of other factors which would have some bearing on his conclusion. It is not for us to retry that issue, the judge having had before him all the necessary and relevant evidence.

MacFarlane J.A.'s adherence to the principle of deference to matters which fall within the special province of the trial judge is stated with even greater clarity in this later passage at p. 388:

Interference would only be justified if this court was clearly of the opinion that the chambers judge had acted on a wrong principle or had wrongly exercised his discretion, or that the decision might result in an injustice. I am not persuaded that the chambers judge acted on any wrong principle and I do not think the circumstances warrant any interference with the discretion exercised by the judge. He considered the relevant law and all of the relevant facts.

MacFarlane J.A. then alludes to the particular reluctance of courts to disturb contractual arrangements between parties and concluded on p. 389:

In this case, having heard argument at great length, it appears that what we are really being asked to do is to substitute our opinion for that of the chambers judge as to the quantum of maintenance. We ought not to do that. The judge considered the proper question, that is, whether there were unusual circumstances requiring alteration of the terms of the separation agreement. He found one unusual circumstance and remedied the defect in the way in which I have indicated. I think that was appropriate. Otherwise, the circumstances are not so compelling that I would interfere further with the terms of the separation agreement. I would dismiss the appeal.

sur l'arrêt *Harrington*, la perception des limites de l'examen par voie d'appel des ordonnances rendues en vertu du par. 11(2), qui émerge des motifs du juge MacFarlane, s'accorde manifestement avec les notions traditionnelles avancées par le juge Morden dans l'arrêt *Harrington*. Par exemple, le juge MacFarlane dit, à la p. 387:

[TRADUCTION] La conclusion du juge en chambre révèle toutefois qu'il était conscient qu'il devait se demander si l'équilibre entre les parties s'était déformé au point de devenir injuste. Il a tenu compte non seulement des montants dont s'étaient accrus les revenus de l'épouse et dont ceux du mari avaient été réduits, mais aussi de plusieurs autres facteurs qui influeraient dans une certaine mesure sur sa conclusion. Il ne nous revient pas de juger à nouveau cette question, le juge ayant été saisi de tous les éléments de preuve pertinents nécessaires.

L'adhésion du juge MacFarlane au principe de la déférence pour les questions qui sont du ressort particulier du juge de première instance, est affirmée plus clairement encore dans ce dernier passage, à la p. 388:

[TRADUCTION] Une intervention serait justifiée uniquement si la cour était nettement d'avis que le juge en chambre s'est fondé sur un mauvais principe ou qu'il a mal exercé son pouvoir discrétionnaire, ou encore que sa décision pourrait causer une injustice. Je ne suis pas convaincu que le juge en chambre s'est fondé sur un mauvais principe et je ne pense pas que les circonstances justifient une intervention dans cet exercice du pouvoir discrétionnaire du juge. Il a tenu compte du droit applicable et de tous les faits pertinents.

Le juge MacFarlane fait ensuite allusion à la répugnance particulière qu'éprouvent les tribunaux à perturber les arrangements contractuels intervenus entre des parties, pour conclure, à la p. 389:

[TRADUCTION] En l'espèce, après audition d'un débat prolongé, il appert que ce qui nous est réellement demandé de faire c'est de substituer notre opinion à celle du juge en chambre quant au montant des aliments. Nous ne devrions pas le faire. Le juge s'est posé la bonne question, c'est-à-dire celle de savoir s'il y avait des circonstances inhabituelles qui exigeaient la modification des modalités de la convention de séparation. Il a découvert une circonstance inhabituelle à laquelle il a remédié de la manière que j'ai indiquée. Je pense que c'était à bon droit. À part cela, les circonstances ne me paraissent pas exiger une plus grande intervention dans les modalités de la convention de séparation. Je suis d'avis de rejeter l'appel.

Thus to a certain extent, the British Columbia courts have questioned, if not departed from, the idea that s. 17(2) confers a broad unconstrained discretion on appeal courts to decide matters anew. In addition the narrower and more traditional view put forward in *Harrington* appears to have found favour in several other jurisdictions, either by express reference to Morden J.A.'s reasons or simply by an assertion that only material error or a decision that is wrong in principle warrants intervention: see *Schmeiser v. Schmeiser* (1982), 21 Sask. R. 437 (C.A.); *Dwelle v. Dwelle* (1982), 31 R.F.L. (2d) 113 (Alta. C.A.); *MacAllister v. MacAllister* (1984), 39 R.F.L. (2d) 307 (N.B.C.A.), and *Webster v. Webster* (1978), 25 N.S.R. (2d) 33 (C.A.) The Quebec Court of Appeal also seems to prefer the *Harrington* approach although there is disagreement over exactly what this means in terms of its application. (See *Droit de la famille*—182, [1985] C.A. 92.)

In my view, however, the most compelling reason for adhering to the *Harrington* approach lies in the similarity noted by Morden J.A. between the wording of s. 17(2) of the *Divorce Act* and that of s. 30(1) of *The Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228. That section states:

30.—(1) The court upon an appeal may give any judgment that ought to have been pronounced and may make such further or other order as is considered just.

Section 47 of the *Supreme Court Act* which governs appeals to this Court also employs similar wording although there is no direction as to further orders:

47. The Court may dismiss an appeal or give the judgment and award the process or other proceedings that the court, whose decision is appealed against, should have given or awarded.

Furthermore, s. 8 of the *Court of Appeal Act*, R.S.S. 1978, c. C-42, provides an instructive contrast:

8. Upon appeal from, or motion against, the order, decision, verdict or decree of a trial judge, or on the

Ainsi, dans une certaine mesure, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont remis en cause, voire abandonné, l'idée que le par. 17(2) confère aux tribunaux d'appel un pouvoir discrétionnaire large et illimité de statuer à nouveau sur des affaires. En outre, la conception plus étroite et plus traditionnelle avancée dans l'arrêt *Harrington* paraît avoir été accueillie favorablement dans plusieurs autres ressorts, soit par référence expresse aux motifs du juge Morden, soit simplement par l'affirmation que seule une erreur grave ou une décision fondée sur un principe erroné justifie une intervention: voir *Schmeiser v. Schmeiser* (1982), 21 Sask. R. 437 (C.A.), *Dwelle v. Dwelle* (1982), 31 R.F.L. (2d) 113 (C.A. Alb.), *MacAllister v. MacAllister* (1984), 39 R.F.L. (2d) 307 (C.A.N.-B.), et *Webster v. Webster* (1978), 25 N.S.R. (2d) 33 (C.A.) La Cour d'appel du Québec semble aussi préférer le point de vue de l'arrêt *Harrington*, quoique l'on ne s'entende pas exactement sur ce que cela signifie quand il s'agit de l'appliquer. (Voir *Droit de la famille*—182, [1985] C.A. 92.)

À mon avis toutefois, la raison la plus impérieuse d'adopter le point de vue de l'arrêt *Harrington* réside dans la similarité, que souligne le juge Morden, entre le texte du par. 17(2) de la *Loi sur le divorce* et celui du par. 30(1) de *The Judicature Act*, R.S.O. 1970, chap. 228. Ce paragraphe se lit ainsi:

[TRADUCTION] 30.—(1) En cas d'appel, la cour peut rendre tout jugement qui aurait dû être rendu et toute ordonnance supplémentaire ou autre qu'elle estime juste.

L'article 47 de la *Loi sur la Cour suprême* qui régit les pourvois formés devant cette Cour emploie aussi des termes similaires, bien qu'on n'y trouve aucune directive quant à des ordonnance supplémentaires:

47. La Cour peut rejeter un appel, ou elle peut prononcer le jugement et décerner les ordonnances ou autres procédures que la cour dont le jugement est porté en appel aurait dû prononcer ou décerner.

De plus, l'art. 8 de la *Court of Appeal Act*, R.S.S. 1978, chap. C-42, fournit un contraste instructif:

[TRADUCTION] 8. En cas d'appel ou de requête contre l'ordonnance, la décision, le verdict ou le juge-

rehearing of any cause, application or matter, it shall not be obligatory on the court to grant a new trial, or to adopt the view of the evidence taken by the trial judge, but the court shall act upon its own view of what the evidence in its judgment proves, and the court may draw inferences of fact and pronounce the verdict, decision or order that, in its judgment, the judge who tried the case ought to have pronounced.

The clear mandate to "act upon its own view of what the evidence in its judgment proves" and the permission to "draw inferences of fact" would seem to signal a deliberate departure from the principles that are considered in some other jurisdictions to circumscribe appellate powers. Because of the section Gordon J.A. in *Hallberg v. C.N.R.* (1955), 16 W.W.R. 538 concluded at p. 544 that the powers of the Saskatchewan Court of Appeal are "the widest powers given an appellate court in Canada". In spite of this, however, recent decisions in Saskatchewan seem to have taken a more cautious approach to the powers set out in s. 8. In *Baumgartner Estate v. Ripplinger* (1984), 34 Sask. R. 181, Brownridge J.A. was careful to justify the court's intervention on established principles before invoking the further authority to be found in s. 8. In *Csada v. Csada* (1984), 35 Sask. R. 301, Bayda C.J.S. drew a distinction between primary and inferential facts, stating that s. 8 only allows findings with regard to the latter to be disturbed on appeal. Finally in *Lensen v. Lensen*, [1984] 6 W.W.R. 673, although Tallis J.A. distinguished the leading authorities on appellate jurisdiction on the basis of s. 8, the question of fact raised at the appeal had not been the subject of a finding by the trial judge.

While the breadth of the Saskatchewan provisions is not at issue in the present appeal, it would seem surprising if equally broad powers were conferred on this Court and on courts of appeal whose enabling legislation uses wording similar to that in the *Divorce Act*. Such a departure from estab-

ment d'un juge de première instance, ou en cas de nouvelle audition de toute cause, demande ou affaire, la cour n'est pas tenue d'ordonner un nouveau procès ni d'adopter l'opinion du juge de première instance quant à la preuve soumise; mais la cour se fonde sur sa propre opinion de ce que la preuve soumise démontre à son avis, et elle peut faire des déductions de fait et rendre le verdict, la décision ou l'ordonnance qu'à son avis le juge saisi de l'affaire aurait dû rendre.

Le mandat clair de «se fonde[r] sur sa propre opinion de ce que la preuve soumise démontre à son avis» et l'autorisation de «faire les déductions de fait» sembleraient indiquer qu'on s'écarte délibérément des principes dont on tient compte dans d'autres ressorts pour circonscrire les pouvoirs des juridictions d'appel. À la page 544 de l'arrêt *Hallberg v. C.N.R.* (1955), 16 W.W.R. 538, le juge Gordon conclut, à cause de cet article, que les pouvoirs de la Cour d'appel de la Saskatchewan sont [TRADUCTION] «les pouvoirs les plus larges jamais conférés à une juridiction d'appel au Canada». Malgré cela toutefois, dans certaines décisions récentes rendues en Saskatchewan, on semble avoir abordé de manière plus prudente les pouvoirs énoncés à l'art. 8. Dans l'arrêt *Baumgartner Estate v. Ripplinger* (1984), 34 Sask. R. 181, le juge Brownridge de la Cour d'appel prend soin de justifier l'intervention de la cour en fonction de principes bien établis avant d'invoquer l'autorité supplémentaire de l'art. 8. Dans l'arrêt *Csada v. Csada* (1984), 35 Sask. R. 301, le juge en chef Bayda de la Saskatchewan fait la distinction entre la simple constatation de fait et les déductions de fait, en disant que l'art. 8 n'autorise l'intervention de la Cour d'appel que dans le cas de ces dernières. Enfin, dans l'arrêt *Lensen v. Lensen*, [1984] 6 W.W.R. 673, le juge Tallis de la Cour d'appel a établi une distinction entre les divers arrêts de principe relatifs à la compétence d'appel fondée sur l'art. 8, mais la question de fait soulevée dans cet appel n'avait pas fait l'objet d'une conclusion du juge de première instance.

Bien que la portée des dispositions en vigueur en Saskatchewan ne soit pas en cause en l'espèce, il serait surprenant que des pouvoirs aussi larges aient été conférés à cette Cour ainsi qu'aux cours d'appel dont la loi habilitante utilise des termes semblables à ceux de la *Loi sur le divorce*. Pour

lished principles would seem to require clearer language than the legislative direction to pronounce the judgment that "ought" or "should" have been pronounced and to give such further orders as are "deemed" and "considered" just. Indeed, it seems implicit in such language that the judgment which was pronounced below should not have been pronounced, i.e., that it contained some vitiating element that led to an injustice which must be corrected on appeal. In summary, I agree with Morden J.A.'s delineation of appellate powers in the following passage from his reasons in *Harrington* at p. 154:

As far as the applicable standard of appellate review is concerned I am of the view that we should not interfere with the trial Judge's decision unless we are persuaded that his reasons disclose material error, and this would include a significant misapprehension of the evidence, of course, and to use familiar language, the trial Judge's having "gone wrong in principle or (his) final award (being) otherwise clearly wrong": *Attwood v. Attwood*, [1968] P. 591 at 596. In other words, in the absence of material error, I do not think that this Court has an "independent discretion" to decide afresh the question of maintenance and I say this with due respect for decisions to the contrary: see, e.g., *Piller v. Piller* (1975), 54 D.L.R. (3d) 150, [1975] 4 W.W.R. 342, 17 R.F.L. 252 (B.C.C.A.), and *Carmichael v. Carmichael* (1976), 69 D.L.R. (3d) 297, 27 R.F.L. 325 (B.C.C.A.)

B. The Jurisdiction of this Court

The second jurisdictional question involves the basis on which appeals may be heard by this Court. The respondent makes the same argument with regard to this Court's reviewing power that the appellant has made with regard to the British Columbia Court of Appeal's power to overturn the trial judge. The respondent contends that s. 18 of the *Divorce Act* which gives this Court a limited jurisdiction to hear appeals on questions of law cannot be broadened by s. 41(1) of the *Supreme Court Act* which allows the Court to hear questions of "public importance". The respondent cites *Massicotte v. Boutin*, [1969] S.C.R. 818, and

s'écarter autant des principes établis, il faudrait, semble-t-il, des termes plus clairs qu'une directive législative de rendre le jugement qui «aurait dû» ou «devrait» être rendu et de rendre toute ordonnance supplémentaire qu'on «estime» ou «considère» juste. En fait, il semble implicite dans ces termes mêmes que le jugement prononcé en cour d'instance inférieure n'aurait pas dû l'être, c.-à-d. qu'il contient un vice quelconque qui est à la source d'une injustice à laquelle on doit remédier en appel. En résumé, je suis d'accord avec la délimitation des pouvoirs d'appel que fait le juge Morden dans le passage suivant de ses motifs, dans l'arrêt *Harrington*, à la p. 154:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la norme applicable à l'examen par voie d'appel, je suis d'avis que nous ne devrions pas intervenir dans une décision du juge de première instance à moins d'être persuadés que ses motifs recèlent une erreur grave, ce qui inclurait une méprise sérieuse dans l'appréciation de la preuve soumise, bien entendu, et, pour reprendre une expression bien connue, le cas où le juge de première instance a «commis une erreur de principe ou (si son) jugement définitif (est) par ailleurs manifestement erroné»: *Attwood v. Attwood*, [1968] P. 591, à la p. 596. En d'autres termes, en l'absence d'erreur grave, je ne pense pas que la cour jouisse du «pouvoir discrétionnaire indépendant» de se prononcer à nouveau sur la question des aliments, et ce, malgré tout le respect que j'ai pour les décisions contraires: voir, par ex., *Piller v. Piller* (1975), 54 D.L.R. (3d) 150, [1975] 4 W.W.R. 342, 17 R.F.L. 252 (C.A.C.-B.), et *Carmichael v. Carmichael* (1976), 69 D.L.R. (3d) 297, 27 R.F.L. 325 (C.A.C.-B.)

g B. La compétence de cette Cour

Le second moyen déclinatoire porte sur le fondement d'un pourvoi en cette Cour. L'intimé invoque, au sujet du pouvoir de la Cour en matière d'examen, le même argument que l'appelante a avancé quant au pouvoir de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de renverser la décision du juge de première instance. L'intimé soutient que l'art. 18 de la *Loi sur le divorce*, qui confère à cette Cour une compétence limitée d'entendre des pourvois formés relativement à des questions de droit, ne saurait être élargi par le par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, qui autorise la Cour à statuer sur des questions qui ont une «importance [...] pour le public». L'intimé s'appuie à cet égard sur les arrêts *Massicotte v. Boutin*, [1969]

Carnochan v. Carnochan, [1955] S.C.R. 669, in support.

Again the implication is that the court below, in this instance the Court of Appeal, acted within its discretion and therefore no question of law arose. The short answer, once more, is in my opinion that the articulation of the criteria according to which judicial discretion must be exercised involves legal principles. The appeal therefore comes within s. 18. This is consistent with the jurisprudence cited by the respondent.

The respondent submits that in *Massicotte v. Boutin* this Court held that s. 18 of the *Divorce Act* rather than s. 41(1) of the *Supreme Court Act* provides the enabling jurisdiction for this Court. However, in that case the governing principle was enunciated by Fauteux J. (as he then was) as follows at p. 821:

[TRANSLATION] When faced with two acts of Parliament, one of which, generally, is intended to deal with the establishment of the Supreme Court and the appellate jurisdiction possessed by it, and the other one of which, specifically, is intended to deal with divorce, and does, in fact, deal with the subject exhaustively, we must, in my view, apply the principle which states that the provisions of the specific statute, in cases where they cannot be reconciled with those of the general statute, must take priority over those of the general statute.

Thus the gist of *Massicotte* is that where s. 18 of the *Divorce Act* and s. 41(1) of the *Supreme Court Act* conflict, the provisions of the more specialized *Divorce Act* prevail. Presumably then, where there is no conflict, both statutes may serve as a basis for jurisdiction. Indeed, leave to appeal in the companion cases to the present case, *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857, and *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892, was granted under s. 41(1) of the *Supreme Court Act*.

The respondent also argues that this Court's decision in *Carnochan* established that a s. 11 order is by definition an exercise of judicial discretion. Since s. 44 of the *Supreme Court Act* in general precludes this Court from reviewing discretionary decisions, appeals of s. 11(2) orders must inevitably fail at this level. However, no such

R.C.S. 818, et *Carnochan v. Carnochan*, [1955] R.C.S. 669.

De nouveau ce qui est sous-entendu, c'est que la cour d'instance inférieure, en l'occurrence la Cour d'appel, a agi dans les limites de son pouvoir discrétionnaire et que, par conséquent, aucune question de droit ne se pose. Tout simplement encore une fois, je suis d'avis que l'énoncé des critères applicables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge fait intervenir des principes juridiques. Le pourvoi relève donc de l'art. 18. Cela est conforme à la jurisprudence citée par l'intimé.

L'intimé soutient que, dans l'arrêt *Massicotte v. Boutin*, cette Cour a jugé que l'art. 18 de la *Loi sur le divorce*, et non le par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, lui conférait compétence. Mais, dans cette affaire, le juge Fauteux (alors juge puîné) énonce ainsi le principe applicable, à la p. 821:

En présence de deux lois du Parlement, dont l'une, générale, a pour objet l'établissement de la Cour suprême et la définition de la juridiction d'appel de cette Cour et l'autre, spéciale, a exclusivement pour objet le divorce et épuise, sur le sujet, la matière de la loi, nous devons, à mon avis, appliquer le principe voulant que les dispositions de la loi spéciale, dans le cas où elles sont inconciliables avec celles de la loi générale, priment celles de la loi générale.

Ainsi, en substance, l'arrêt *Massicotte* porte que, lorsque l'art. 18 de la *Loi sur le divorce* et le par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* entrent en conflit, les dispositions de la *Loi sur le divorce*, plus spécialisée, prévalent. Présument donc, lorsqu'il n'y a pas conflit, les deux lois peuvent conférer compétence. D'ailleurs, l'autorisation de pourvoi dans les affaires connexes, *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, et *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892, a été accordée en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

L'intimé prétend aussi que l'arrêt *Carnochan* de cette Cour a établi qu'une ordonnance fondée sur l'art. 11 est, par définition, un exercice de pouvoir discrétionnaire judiciaire. Comme l'art. 44 de la *Loi sur la Cour suprême* interdit généralement à cette Cour de réviser les décisions rendues dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, les pourvois

hard and fast proposition emerges from *Carnochan*. The decision turned on s. 12(1) of *The Married Women's Property Act*, R.S.O. 1950, c. 233, which uses some of the same language as s. 11(2) of the *Divorce Act*, namely that "the judge may make such order with respect to the property in dispute . . . as he thinks fit . . ." Cartwright J. (as he then was) for the Court granted the motion to quash the leave application on the basis that the trial judge acted within his discretion and that therefore s. 44 of the *Supreme Court Act*, which is the same as the current provision, precluded a further appeal. However, Cartwright J. stated in the course of his reasons at p. 673 that "There may well be cases falling within s. 12 of *The Married Women's Property Act* in which an appeal lies to this Court". He gave as an example the case of a dispute as to title where the judge fails to decide the matter in accordance with the applicable principles of law. In my view, any situation in which the court below errs in formulating the principles upon which it exercises its discretion gives rise to a question of law. In addition, the discretion in s. 11(2) of the *Divorce Act* is a much more structured one than the discretion in s. 12(1) of *The Married Women's Property Act* since it is to be exercised "having regard to the conduct of the parties since the making of the order or any change in the condition, means, or other circumstances of either of them". Indeed, part of the task before this Court is to identify the legal content to be given to "change in the condition, means, or other circumstances . . ."

contre les ordonnances fondées sur le par. 11(2) doivent inévitablement être rejetés dès ce stade. Toutefois, aucune proposition aussi stricte ne se dégage de l'arrêt *Carnochan*. L'arrêt reposait sur le par. 12(1) de la *Married Women's Property Act*, R.S.O. 1950, chap. 233, qui reprend certains termes du par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, savoir que [TRADUCTION] «le juge peut rendre toute ordonnance concernant les biens en litige [...] qu'il estime appropriée. . .» Le juge Cartwright (alors juge puîné) a fait droit, au nom de la Cour, à la requête en cassation de la demande d'autorisation pour le motif que le juge de première instance avait agi dans les limites de son pouvoir discrétionnaire et que, par conséquent, l'art. 44 de la *Loi sur la Cour suprême*, identique à la disposition actuelle, interdisait tout autre pourvoi. Toutefois, le juge Cartwright affirme dans ses motifs, à la p. 673, que [TRADUCTION] «Il peut bien y avoir des cas relevant de l'art. 12 de la *Married Women's Property Act* où l'on peut se pourvoir devant cette Cour». Il cite comme exemple le cas d'un litige portant sur un droit de propriété où le juge ne statue pas sur l'affaire conformément aux principes de droit applicables. À mon avis, tous les cas où le tribunal d'instance inférieure commet une erreur dans sa formulation des principes sur lesquels il se fonde pour exercer son pouvoir discrétionnaire soulèvent une question de droit. En outre, le pouvoir discrétionnaire prévu au par. 11(2) de la *Loi sur le divorce* est beaucoup plus structuré que celui prévu au par. 12(1) de la *Married Women's Property Act*, puisqu'il doit être exercé «compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent». En réalité, cela fait partie de la tâche de la Cour de cerner le contenu juridique à donner à ce «changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances. . .»

i V. Observations préliminaires

V. Preliminary Observations

The central issue in this case concerns the effect of a valid and enforceable antecedent settlement agreement on the court's discretionary power under s. 11(2) to vary maintenance orders. Some preliminary observations might be helpful.

Le noeud du litige en l'espèce porte sur l'effet qu'a une convention antérieure valide et exécutoire sur le pouvoir discrétionnaire que le par. 11(2) confère au tribunal de modifier les ordonnances alimentaires. Certaines observations préliminaires pourraient être utiles.

The first observation concerns the principle that a maintenance agreement can never totally extinguish the jurisdiction of the court to impose its own terms on the parties. This principle derives from the House of Lords' decision in *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601. In that case, Lord Hailsham L.C. stated at p. 614:

However this may be, it is sufficient for the decision of the present case to hold, as I do, that the power of the Court to make provision for a wife on the dissolution of her marriage is a necessary incident of the power to decree such a dissolution, conferred not merely in the interests of the wife, but of the public, and that the wife cannot by her own covenant preclude herself from invoking the jurisdiction of the Court or preclude the Court from the exercise of that jurisdiction.

The view that a freely negotiated and informed waiver of legal rights cannot oust the jurisdiction of the court is supported by the language of s. 11(2) and by the case law. Although the recent decision of this Court in *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401, did not involve a maintenance agreement, the *Hyman* principle underlies the view expressed by Chouinard J., speaking for the majority of the Court, that s. 11(1) orders can never be truly final. Chouinard J. described the implications of the scheme in s. 11 in the following passage at pp. 411-12:

In the case at bar the issue turned exclusively on s. 11 of the *Divorce Act*. Subsection (2) of that section is concerned with four factors:

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

Section 11(2) states that an order may be varied from time to time or rescinded in light of the foregoing factors, which the Court must weigh against each other. In my opinion what is significant about this subsection is that an order is never final. It may be varied from time to time or rescinded if the Court thinks it fit and just to do so, taking these factors into consideration.

Comme première observation, il y a le principe qu'une convention alimentaire ne peut jamais totalement supprimer la compétence du tribunal d'imposer ses propres conditions aux parties. Ce principe découle de l'arrêt de la Chambre des lords *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601. Dans cet arrêt, le lord chancelier Hailsham dit, à la p. 614:

[TRADUCTION] Quoi qu'il en soit, il suffit pour les fins de l'espèce de conclure, comme je le fais, que le pouvoir du tribunal de prescrire une pension alimentaire au profit de la femme au moment de la dissolution de son mariage est nécessairement accessoire au pouvoir de décréter cette dissolution, qui lui est conféré non seulement dans l'intérêt de la femme, mais aussi dans celui du public, et que la femme ne saurait d'elle-même, par convention, s'interdire d'invoquer la compétence du tribunal ni interdire au tribunal d'exercer cette compétence.

L'opinion selon laquelle la renonciation éclairée et négociée librement à des droits conférés par la loi ne saurait rendre le tribunal incompétent est étayée par le texte même du par. 11(2) et aussi par la jurisprudence. Quoique l'arrêt récent de cette Cour *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401, ne mettait pas en cause une convention alimentaire, le principe de l'arrêt *Hyman* sous-tend le point de vue exprimé par le juge Chouinard, au nom de la Cour à la majorité, que les ordonnances rendues en vertu du par. 11(1) ne peuvent jamais être vraiment définitives. Le juge Chouinard expose l'incidence du régime de l'art. 11 dans le passage suivant, aux pp. 411 et 412:

En l'espèce le débat a porté exclusivement sur l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*. Le paragraphe (2) de cet article met en jeu quatre facteurs:

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

Le paragraphe 11(2) porte qu'une ordonnance peut être modifiée à l'occasion (*from time to time*) ou révoquée en tenant compte des facteurs ci-dessus que le tribunal doit peser l'un en regard de l'autre. Ce qui caractérise ce paragraphe c'est, à mon avis, qu'une ordonnance n'est jamais définitive. Elle peut être modifiée à l'occasion (*from time to time*) ou révoquée si le tribunal l'estime juste et approprié compte tenu de ces facteurs.

Hyman and *Messier* settle the narrow issue of the court's jurisdiction to intervene. However, they do not answer the broader question of when it is fit and just to exercise that jurisdiction having regard to the enumerated factors. Accordingly, the second observation I would make concerns the change in emphasis which has occurred since the enactment of the current legislation in 1968. The jurisprudence discloses a distinct movement away from the concept of moral blameworthiness or "fault" and towards a search for what is fair and reasonable having regard to all the circumstances of the parties including their means and needs.

Prior to 1968, the granting of a decree of divorce under the various legislative schemes operative throughout Canada was linked to the commission of a matrimonial offence. The 1968 Act consolidated several regimes into a single code and by and large preserved the concept of matrimonial fault as the measure of relief. However, it also introduced in s. 4 the criterion of permanent marriage breakdown as an alternative basis of relief. MacKeigan C.J. summarized the shift in attitude signalled by the new legislation in *Connelly v. Connelly* (1974), 47 D.L.R. (3d) 535 (N.S.C.A.), at p. 539:

I respectfully agree with this implied recognition that the Canadian *Divorce Act* of 1968, 1967-68 (Can.), c. 24, by making marriage breakdown the primary practical basis for divorce, has removed "blame" as a determining factor in maintenance. No longer is it necessary, if it ever was necessary, which may be doubted, to balance and assess relative degrees of "guilt". Certainly there is now no basis in the Act for applying a moralistic appraisal process to breakdown cases in general.

The judicial response however has by no means been uniform and, indeed, it would seem that the legislative direction in s. 11 to have regard to the "conduct of the parties" is inconsistent with the clear departure from culpability and punishment in s. 3. As Her Honour Judge Rosalie Abella has pointed out in *Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support* (1981), 4 F.L.R. 1, the introduction of the concept of marriage breakdown as a basis for divorce has made the court focus on the

Les arrêts *Hyman* et *Messier* règlent la question limitée de la compétence d'intervention du tribunal. Cependant, ils ne répondent pas à la question plus générale de savoir dans quels cas il est juste et approprié d'exercer cette compétence, compte tenu des facteurs énumérés. Par conséquent, ma seconde observation porte sur le nouvel accent mis depuis l'adoption de la loi actuelle en 1968. La jurisprudence révèle qu'on s'écarte nettement de la notion de la responsabilité morale ou de la «faute», pour passer à la recherche de ce qui est juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances dans lesquelles se trouvent les parties, y compris leurs facultés et leurs besoins.

Avant 1968, le jugement de divorce accordé en vertu des divers régimes législatifs en vigueur au Canada, était lié à la perpétration d'un délit conjugal. La loi de 1968 a fusionné plusieurs régimes en un seul code et, généralement parlant, a conservé la notion de la faute conjugale comme mesure de redressement. Mais elle a aussi introduit, à son art. 4, le critère de la rupture définitive du mariage comme autre motif de redressement. Le juge en chef MacKeigan résume ce changement d'attitude qu'indique la nouvelle législation, dans l'arrêt *Connelly v. Connelly* (1974), 47 D.L.R. (3d) 535 (C.A.N.-É.), à la p. 539:

[TRADUCTION] Avec égards, je souscris à cette reconnaissance tacite que, au Canada, la *Loi sur le divorce* de 1968, 1967-68 (Can.), chap. 24, en faisant de la rupture du mariage le motif premier du divorce en pratique, a supprimé la notion de «blâme» comme facteur déterminant en matière d'aliments. Il n'est plus nécessaire, si jamais ce fut déjà le cas, ce dont on peut douter, de soupeser et d'évaluer les degrés relatifs de «culpabilité». Certainement, il n'y a rien maintenant dans la Loi qui justifie de procéder à une évaluation moraliste des cas de rupture matrimoniale en général.

Toutefois, la réaction des juges a été loin d'être uniforme et, en fait, il semblerait que la directive législative, à l'art. 11, de tenir compte de «la conduite des parties» soit incompatible avec l'abandon manifeste des notions de culpabilité et de punition de l'art. 3. Comme le juge Rosalie Abella le souligne dans *Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support* (1981), 4 F.L.R. 1, l'introduction de la notion de rupture du mariage comme motif de divorce a amené le tribunal à

financial relationship of the parties during the marriage as being more relevant in determining what is a fit and just disposition of their assets than an apportionment of blame. She explains the trend at p. 6 in terms of the privacy rights of spouses:

Government really has no business assessing the moral quality of a marriage relationship to decide what economic consequences should flow from the marital behavior. The conduct should be relevant only insofar as it reveals a history of financial interaction which will likely predetermine monetary needs and capacities when the relationship ends.

Bayda J. (as he then was) expresses the same sentiment in *Piasta v. Piasta* (1974), 15 R.F.L. 137 (Sask. Q.B.), at p. 139:

I do not propose to dissect each petty squabble (and there were many) recounted in evidence and with respect to each squabble identify the victim and the victimizer, for I do not intend to penalize either one party or the other for supposed misbehaviour in the course of their unhappy married life. The circumstances here disclose matters, more material and important, that have to be looked at and examined if I am to make a "fit and just" order under s. 11 of the Divorce Act. It should be realized that whereas in times past when considering matters of maintenance great emphasis was placed upon the conduct of the parties, now a new order of priorities has been established and conduct does not occupy the position of prominence it once did. And I have no hesitation in saying that in the case now before me, a better use of the Court's time and counsel's would have been to concentrate on what really matters, the financial position of the family.

While the shift in focus away from moral blameworthiness is salutary, it renders the calculation of what is "fit and just" under s. 11 much more difficult and complex. The courts are required to analyze the pattern of financial interdependence generated by each particular relationship and devise a support order that minimizes as far as possible the economic consequences of the relationship's breakdown. In this sense, each case

considérer d'abord et avant tout les rapports financiers établis entre les parties au cours du mariage comme étant plus pertinents, que l'attribution du blâme, pour déterminer ce qui constitue un partage juste et approprié de leurs biens. Elle explique la tendance, à la p. 6, en termes de droits à la vie privée des conjoints:

[TRADUCTION] Il n'appartient vraiment pas au gouvernement d'apprécier la moralité des rapports conjugaux pour décider quelles conséquences économiques devraient découler du comportement des conjoints. La conduite des parties ne devrait être pertinente que dans la mesure où elle révèle un passé d'interactions financières qui prédétermineront vraisemblablement les besoins et les capacités monétaires lorsqu'un terme sera mis à ces rapports.

Le juge Bayda (plus tard juge en chef de la Saskatchewan) exprime le même sentiment dans l'arrêt *Piasta v. Piasta* (1974), 15 R.F.L. 137 (B.R. Sask.), à la p. 139:

[TRADUCTION] Je ne vais pas disséquer chaque petite chamaillerie (il y en a eu beaucoup) rapportée en preuve, pour rechercher dans chaque cas qui en est victime ou responsable, car je n'ai l'intention de pénaliser ni l'une ni l'autre des parties pour leur comportement prétendument fautif au cours de leur vie conjugale malheureuse. Les circonstances de l'espèce indiquent qu'il y a des choses plus graves et plus importantes à considérer et à étudier si je veux rendre une ordonnance «juste et appropriée» au sens de l'art. 11 de la Loi sur le divorce. Il faudrait réaliser que, tandis que par le passé le juge accordait une grande importance à la conduite des parties lorsqu'il examinait la question des aliments, aujourd'hui un nouvel ordre de priorités a été établi et la conduite des parties ne revêt plus l'importance qu'elle avait autrefois. C'est sans la moindre hésitation que je dis que, dans l'affaire dont je suis saisi, on aurait fait un meilleur usage du temps dont dispose le tribunal si les avocats s'étaient intéressés à ce qui importe réellement, la situation financière de la famille.

Certes, il est salubre de s'intéresser moins à la responsabilité morale des parties, mais cela rend le calcul de ce qui est «juste et approprié» au sens de l'art. 11 beaucoup plus difficile et complexe. Les tribunaux sont obligés d'analyser le type d'interdépendance financière qui s'établit dans chaque ménage en particulier et de concevoir une ordonnance alimentaire qui minimise autant que possible les conséquences économiques de la rupture du

is *sui generis* as declared by this Court in *Messier*. However, the order made must meet a uniform standard of fairness and reasonableness. As Monnin J.A. (as he then was) stated in *Katz v. Katz* (1983), 33 R.F.L. (2d) 412 (Man. C.A.), "fairness is the essential consideration". He then went on to dismiss the applicant's request for increased maintenance because in his view she could "reasonably live" on the current amount of periodic support and had failed to demonstrate "meritorious need". The Law Reform Commission of Canada in *Family Law* (1976) suggests at pp. 42-43 that "reasonable needs" should be assessed upon a weighing of the following factors:

- (a) the division of function in the marriage;
- (b) the express or tacit understanding of the spouses that one will make financial provision for the other;
- (c) custodial arrangements made with respect to the children of the marriage at the time of dissolution;
- (d) the physical or mental disability of either spouse that affects his or her ability to provide for himself or herself; or
- (e) the inability of a spouse to obtain gainful employment.

The Commission goes on to suggest that "A right to financial provision should continue for so long as the reasonable needs exist, and no longer; financial provision may be temporary or permanent".

The change in focus from apportionment of blame to an assessment of what is reasonable based on the needs and means of the parties applies both to orders made under s. 11(1) as in *Connelly* and variation orders made under s. 11(2) as in *Katz*. In the latter context the added criterion of change can thus be viewed in terms of changes in circumstance which make the original order no longer fair and reasonable.

ménage. En ce sens, chaque cas est *sui generis* comme cette Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Messier*. Cependant, l'ordonnance rendue doit être conforme à une norme uniforme d'équité et de caractère raisonnable. Comme le juge Monnin (plus tard juge en chef du Manitoba) le dit dans l'arrêt *Katz v. Katz* (1983), 33 R.F.L. (2d) 412 (C.A. Man.), [TRADUCTION] «l'équité est l'élément essentiel». Il a alors rejeté la demande de la requérante visant à obtenir une hausse de sa pension alimentaire, pour le motif qu'à son avis la pension alimentaire qu'elle touchait alors lui permettait de [TRADUCTION] «vivre raisonnablement» et qu'elle n'avait pas démontré l'existence d'un «besoin valable». La Commission de réforme du droit du Canada, dans son rapport intitulé *Le droit de la famille* (1976), affirme, aux pp. 45 et 46, que «les besoins raisonnables» devraient être évalués en fonction des facteurs suivants:

- a) la répartition des rôles au cours du mariage;
- b) l'accord exprès ou tacite par lequel l'un des époux s'engage à assurer le soutien de l'autre;
- c) les accords intervenus quant à la garde des enfants du mariage au moment de la dissolution;
- d) l'incapacité physique ou mentale de l'un des époux affectant sa capacité de subvenir à ses propres besoins; ou
- e) l'incapacité pour l'un des époux d'obtenir un emploi rémunéré.

La Commission propose ensuite que «Un droit au soutien devrait se prolonger aussi longtemps que les besoins raisonnables existent, sans toutefois leur survivre; le soutien peut être temporaire ou permanent».

Le changement qui consiste à s'intéresser non plus à l'attribution du blâme, mais à l'évaluation de ce qui est raisonnable d'après les besoins et les facultés des parties, s'applique tant aux ordonnances rendues en vertu du par. 11(1), comme dans l'arrêt *Connelly*, qu'aux ordonnances de modification fondées sur le par. 11(2), comme dans l'arrêt *Katz*. Dans ce dernier cas, ce critère supplémentaire qu'est le changement peut donc être perçu comme un changement de circonstances qui fait que l'ordonnance initiale n'est plus juste et raisonnable.

The third and final observation I want to make concerns the significance under s. 11 of the fact that the parties have themselves agreed on the issue of maintenance. It is clear from the case law that this has to be an important factor in the court's consideration under either subs. (1) or (2). It is clear also that it has a significant impact on the degree or nature of the change in circumstances required to trigger the s. 11(2) discretion. Unfortunately, the extent of this impact has eluded definition. Blair J.A. in *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113 (Ont. C.A.), summarizes at p. 131 the various attempts to do so:

Canadian courts have recognized, when making or varying maintenance orders pursuant to s. 11 of the Divorce Act, that a pre-existing agreement cannot be "lightly disregarded", as Morden J.A. said in *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150 at 154, 22 R.F.L. (2d) 40 at 45, 123 D.L.R. (3d) 689 (C.A.). A more rigorous test applies to the change of circumstances justifying a departure from the terms of an agreement, upon which a divorce decree is based, than applies to ordinary applications for variation under s. 11(2). A variety of words, phrases and epithets have been used to describe this higher standard including a "very significant change (of) circumstances" in *Bjornson v. Bjornson* (1970), 2 R.F.L. 414 at 415 (B.C.C.A.), Davey C.J.B.C.; a "gross" change in *Ditullio v. Ditullio* (1974), 3 O.R. (2d) 519, 16 R.F.L. 148 at 151, 46 D.L.R. (3d) 66 (H.C.), DuPont L.J.S.C.; an "unexpected change ... quite outside the realization of expectations" in *Burns v. Burns*, [1963] 2 O.R. 142 at 146, 38 D.L.R. (2d) 572 (H.C.), Gale J.; and "not only some change in circumstances but conditions which arouse the conscience of the court, and call for action" in *Poste v. Poste*, [1973] 2 O.R. 674 at 676, 11 R.F.L. 264, 35 D.L.R. (3d) 71 (H.C.) Wright J.

The inevitable imprecision of such a standard has created great uncertainty and lies at the heart of the divergence of views expressed by the parties and by the courts below in the present appeal. An examination of the case law reveals that the spec-

La troisième et dernière observation que je tiens à faire concerne l'importance qu'il faut attacher, en vertu de l'art. 11, au fait que les parties ont elles-mêmes donné leur accord sur la question des aliments. La jurisprudence dit clairement qu'il doit s'agir là d'un facteur important dont le tribunal doit tenir compte en procédant à un examen fondé sur le par. (1) ou le par. (2). Il est clair aussi que cela a un effet important sur le degré ou la nature du changement de circonstances requis pour pouvoir exercer le pouvoir discrétionnaire accordé par le par. 11(2). Malheureusement, l'étendue de cet effet a échappé à toute définition. Le juge Blair de la Cour d'appel, dans l'arrêt *Webb v. Webb* (1984), 39 R.F.L. (2d) 113 (C.A. Ont.), résume, à la p. 131, les diverses tentatives faites en ce sens:

[TRADUCTION] Les tribunaux canadiens ont reconnu, en rendant ou en modifiant des ordonnances alimentaires conformément à l'art. 11 de la Loi sur le divorce, qu'une convention préexistante ne pouvait être «écartée à la légère», comme le juge Morden l'a dit dans l'arrêt *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150, à la p. 154, 22 R.F.L. (2d) 40, à la p. 45, 123 D.L.R. (3d) 689 (C.A.) Un critère plus strict s'applique dans le cas d'un changement de circonstances qui justifie de s'écarter des modalités d'une convention sur laquelle se fonde un jugement de divorce, que dans le cas des demandes de modification habituelles fondées sur le par. 11(2). On a eu recours à divers termes, expressions et épithètes pour décrire cette norme supérieure, notamment: un «changement (de) circonstances très important» dans l'arrêt *Bjornson v. Bjornson* (1970), 2 R.F.L. 414, à la p. 415 (C.A.C.-B.), le juge en chef Davey; un changement «radical» dans l'arrêt *Ditullio v. Ditullio* (1974), 3 O.R. (2d) 519, 16 R.F.L. 148, à la p. 151, 46 D.L.R. (3d) 66 (H.C.), le juge local DuPont de la Cour suprême; un «changement imprévu ... fort différent de ce à quoi on s'attendait» dans l'arrêt *Burns v. Burns*, [1963] 2 O.R. 142, à la p. 146, 38 D.L.R. (2d) 572 (H.C.), le juge Gale; et «non seulement un changement quelconque de circonstances, mais encore des conditions qui heurtent la conscience du tribunal et exigent qu'il agisse», dans l'arrêt *Poste v. Poste*, [1973] 2 O.R. 674, à la p. 676, 11 R.F.L. 264, 35 D.L.R. (3d) 71 (H.C.), le juge Wright.

L'imprécision inévitable d'une telle norme est à la source d'une grande incertitude et elle est au cœur de la divergence des opinions exprimées par les parties et par les tribunaux d'instance inférieure en l'espèce. L'examen de la jurisprudence

trum of opinion ranges from an extremely restrictive approach, which would allow intervention only where children are at risk or where the agreement is unconscionable, to a very broad approach which gives the parties' agreement very little weight and affirms the position of the court as the arbiter of what is fair and reasonable.

These preliminary observations may be summed up as follows:

1) It is a well established principle that the court's supervisory jurisdiction over maintenance cannot be extinguished by contract.

2) The general trend of the case law in fashioning maintenance orders has been to move away from "fault" and achieve an arrangement that is fair and reasonable in light of all the circumstances of the parties including their means and needs.

3) While it is generally accepted that the existence of an antecedent settlement agreement made by the parties is an important fact, there is a wide range of views as to how this affects the legal principles governing the exercise of the discretion conferred in s. 11.

VI. Alternative Views

Lambert J.A.'s decision in the Court of Appeal reflects the view that an antecedent settlement agreement effectively restricts the power of the court under s. 11 of the *Divorce Act*. The clearest expression of this view is to be found in the judgment of the Ontario Court of Appeal in *Farquar v. Farquar*, *supra*, in which Zuber J.A. held that the courts should overturn a valid and enforceable maintenance agreement only in "a narrow range of cases".

A very different and arguably more paternalistic philosophy is manifest in judgments of the Manitoba Court of Appeal such as *Newman v. Newman* (1980), 4 Man. R. (2d) 50 which minimize the importance of freedom of contract and impose on the parties a judicial standard of reasonableness notwithstanding their agreement to the contrary.

révèle que ces opinions varient d'une conception extrêmement restrictive, qui n'autoriserait l'intervention que si les enfants sont en péril ou si la convention est lésionnaire, à une conception très large, qui n'accorde à la convention des parties que fort peu de poids et confirme que le tribunal fait office d'arbitre de ce qui est juste et raisonnable.

Ces observations préliminaires peuvent être résumées ainsi:

1) C'est un principe bien établi que la compétence du tribunal en matière de surveillance du paiement des aliments ne saurait être supprimée par contrat.

2) La tendance générale de la jurisprudence, quand elle façonne des ordonnances alimentaires, a été de s'écarter de la notion de «faute» pour tenter d'arriver à un arrangement juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances dans lesquelles se trouvent les parties, y compris leurs facultés et leurs besoins.

3) S'il est généralement accepté que l'existence d'une convention antérieure conclue par les parties constitue un fait important, il existe une grande variété d'opinions sur l'effet qu'elle a sur les principes juridiques qui régissent l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 11.

VI. Autres conceptions

L'arrêt du juge Lambert de la Cour d'appel reflète l'opinion voulant qu'une convention antérieure restreigne effectivement le pouvoir que confère au tribunal l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*. On trouve l'expression la plus claire de ce point de vue dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Farquar v. Farquar*, précité, où le juge Zuber conclut que les tribunaux ne devraient écarter une convention alimentaire valide et exécutoire que dans «une catégorie de cas limitée».

Une philosophie fort différente et, certes, plus paternaliste se manifeste dans les arrêts de la Cour d'appel du Manitoba, tel l'arrêt *Newman v. Newman* (1980), 4 Man. R. (2d) 50, qui minimise l'importance de la liberté contractuelle et impose aux parties la norme judiciaire du caractère raisonnable, malgré leur convention contraire.

A third "compromise" view emerges from *Webb* where Blair J.A. suggests that the change in circumstances which triggers the court's discretionary power in s. 11(2) must be a "gross" or "catastrophic" change.

Finally, a fourth possibility is suggested by recurrent references in the case-law to specific categories of change as a justification for judicial intervention rather than simply change of a certain magnitude.

A. The "Private Choice" Approach

In *Farquar* the respondent wife expressly waived her right to maintenance in the minutes of settlement which were incorporated in the divorce decree. A year later she applied for a s. 11(2) variation and was granted a lump sum order. The husband appealed. Zuber J.A., for a unanimous court, agreed that the maintenance provisions imposed by the trial judge were much more appropriate than those arrived at by the parties in the minutes of settlement. However, he found that that was not the issue before him; the issue before him was whether the settlement should be respected and precluded judicial intervention.

Zuber J.A. started with the proposition that it is preferable for parties to settle their own affairs. He gave a number of reasons for this including that (1) the parties are more likely to accept and live with an arrangement they have made themselves as opposed to one imposed upon them; (2) the administrative burden of the courts is relieved by respecting the parties' freedom of contract; and (3) treating the agreement reached by the parties as final allows them to plan their separate futures with relative peace of mind. In this last regard Zuber J.A. quoted from Anderson J.'s decision in *Dal Santo v. Dal Santo*, *supra*, at p. 120:

It is of great importance not only to the parties but to the community as a whole that contracts of this kind

Une troisième opinion, «de compromis», se dégage de l'arrêt *Webb* où le juge Blair propose que le changement de circonstances, nécessaire à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal a conféré par le par. 11(2), soit un changement «radical» ou «catastrophique».

Enfin, une quatrième possibilité ressort du fait que la jurisprudence fait souvent référence à des catégories spécifiques de changement pour justifier l'intervention du juge, plutôt qu'à un simple changement d'une certaine ampleur.

A. La thèse de «l'autonomie de la volonté»

Dans l'affaire *Farquar*, l'épouse intimée avait expressément renoncé à son droit à des aliments dans la convention qui avait été incorporée dans le jugement de divorce. Un an plus tard, elle a demandé une modification en vertu du par. 11(2) et elle a obtenu une ordonnance de paiement d'un montant forfaitaire. Le mari a interjeté appel. Le juge Zuber, au nom de la cour à l'unanimité, a reconnu que les conditions alimentaires imposées par le juge de première instance étaient beaucoup plus appropriées que celles auxquelles les parties étaient arrivées dans leur convention. Mais, a-t-il jugé, ce n'était pas là la question dont il était saisi; la question dont il était saisi était de savoir si la convention devait être respectée et interdisait toute intervention judiciaire.

Le juge Zuber a commencé par affirmer qu'il est préférable que les parties règlent leurs propres affaires. Il donne plusieurs raisons à l'appui de cela, notamment: (1) les parties sont plus susceptibles d'accepter et de respecter un arrangement qu'elles ont elles-mêmes conclu, par opposition à un arrangement qui leur est imposé; (2) la charge administrative des tribunaux se trouve allégée quand on respecte la liberté contractuelle des parties, et (3) considérer comme définitive la convention intervenue entre les parties leur permet de planifier leur avenir, chacun de leur côté en ayant l'esprit relativement en paix. À cet égard, le juge Zuber a repris un passage de la décision *Dal Santo v. Dal Santo*, précitée, du juge Anderson, à la p. 120:

[TRADUCTION] Il est très important non seulement pour les parties, mais pour la société en général, que les

should not be lightly disturbed. Lawyers must be able to advise their clients in respect of their future rights and obligations with some degree of certainty. Clients must be able to rely on these agreements and know with some degree of assurance that once a separation agreement is executed their affairs have been settled on a permanent basis. The courts must encourage parties to settle their differences without recourse to litigation. The modern approach in family law is to mediate and conciliate so as to enable the parties to make a fresh start in life on a secure basis. If separation agreements can be varied at will, it will become much more difficult to persuade the parties to enter into such agreements.

Zuber J.A. also observed that property issues and maintenance issues are nowadays frequently intertwined in the terms of a settlement. Thus, it might be quite unfair to alter the provisions for maintenance without also altering the division of property.

Zuber J.A. acknowledged that there were nevertheless two kinds of circumstance in which a settlement is not binding. The first is where the settlement is invalid according to traditional common law or equitable doctrines. The second is comprised of "that narrow range of cases where a court will relieve against a matrimonial settlement even though the contract is valid" (p. 252). Unfortunately, Zuber J.A. did not find it necessary to elaborate on this "narrow range of cases" other than to reject the notion that change by itself is a determining factor. In this regard he said at p. 253:

In my respectful view, changed circumstances, even substantially changed circumstances, are not a sufficient basis for avoiding the minutes of settlement. It is inevitable that the circumstances of the contracting parties will change following the agreement. If the change of circumstances would allow a party to avoid an otherwise enforceable agreement, then it is apparent that no separation agreement or minutes of settlement can ever finally resolve anything. If the parties agree to settle their affairs, then their affairs should be regarded as settled. Changed circumstances, however, are not irrelevant. If the agreement is vulnerable on some other basis

contrats de ce genre ne soient pas modifiés à la légère. Les avocats doivent pouvoir conseiller leurs clients sur leurs droits et obligations futurs avec un certain degré de certitude. Les clients doivent pouvoir se fier à ces conventions et savoir, avec une certaine assurance, qu'une fois la convention de séparation signée, leurs affaires seront réglées de façon permanente. Les tribunaux doivent encourager les parties à régler leurs différends sans recourir à la justice. La façon moderne de procéder en droit de la famille consiste à assurer la médiation et la conciliation, afin de permettre aux parties de repartir dans la vie sur une base sûre. Si les conventions de séparation peuvent être modifiées à volonté, il deviendra beaucoup plus difficile de persuader les parties d'en conclure.

Le juge Zuber a fait également observer que, de nos jours, les questions relatives aux biens et celles relatives aux aliments sont fréquemment entremêlées dans les conventions. Ainsi, il pourrait être fort injuste de modifier les stipulations relatives aux aliments sans aussi modifier le partage des biens.

Le juge Zuber a reconnu qu'il y a néanmoins deux types de circonstances où la convention n'est pas exécutoire. En premier lieu, lorsque la convention est invalide selon les principes traditionnels de la *common law* ou de l'*equity*. En second lieu, il y a cette [TRADUCTION] «catégorie de cas limitée où le tribunal révisera une convention matrimoniale même si le contrat est valide» (p. 252). Malheureusement, le juge Zuber n'a pas jugé nécessaire de donner des détails sur cette «catégorie de cas limitée», si ce n'est pour rejeter la notion que le changement en soi est un facteur déterminant. À cet égard, il affirme à la p. 253:

[TRADUCTION] À mon humble avis, le changement de circonstances, même s'il est substantiel, ne constitue pas un motif suffisant pour écarter une convention. Il est inévitable que les circonstances dans lesquelles se trouvent les parties contractantes changeront à la suite de la convention. Si le changement de circonstances devait autoriser une partie à se soustraire à une convention par ailleurs exécutoire, il est évident qu'aucune convention de séparation ou autre ne pourrait jamais résoudre quoi que ce soit définitivement. Si les parties conviennent de régler leurs affaires, alors leurs affaires devraient être considérées comme réglées. Le changement de circonstances n'est pas sans importance cependant. Si la convention est vulnérable à quelque autre égard, les nouvelles circonstances dans lesquelles se trouvent les parties

the new circumstances of the parties will be a factor in the determination of the amount of maintenance.

Zuber J.A. applied these principles to the case before him and concluded that the Court had no basis on which to intervene and that the settlement freely negotiated by the parties should be respected.

B. *The Court's Overriding Power*

The core values underlying the approach in *Farquar* are those of individual responsibility and freedom of contract. An opposing view is to be found in the judgments of the Manitoba Court of Appeal in *Newman v. Newman*, *supra*, *Katz v. Katz*, *supra*, and *Ross v. Ross* (1984), 39 R.F.L. (2d) 51. In this line of cases the Court asserts its supervisory role and finds that it is not significantly constrained by the presence of a binding agreement. Although the Court often acknowledges that the existence of an agreement is an important circumstance to be considered and that finality in the ordering of post-marital obligations is a laudable objective, a finding that the agreement does not meet the court's standard of fairness or reasonableness justifies an exercise of the s. 11(2) power.

In *Newman*, Monnin J.A. (as he then was), Matas J.A. concurring, considered the relevance of a prior separation agreement to a s. 11(1) order for maintenance and stated at p. 52:

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 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.

The agreement in question provided *inter alia* that the wife was to receive maintenance of \$450 per

seront un facteur dont il faudra tenir compte en déterminant le montant des aliments.

Le juge Zuber a appliqué ces principes à l'espèce dont il était saisi, pour conclure que la cour n'était aucunement justifiée d'intervenir et que la convention, librement négociée par les parties, devait être respectée.

B. *L'autorité prépondérante du tribunal*

Les valeurs fondamentales qui sous-tendent le point de vue de l'arrêt *Farquar* sont la responsabilité individuelle et la liberté contractuelle. On trouve un point de vue opposé dans les arrêts de la Cour d'appel du Manitoba *Newman v. Newman*, précité, *Katz v. Katz*, précité, et *Ross v. Ross* (1984), 39 R.F.L. (2d) 51. Dans ce courant de jurisprudence, la cour affirme son rôle de surveillance et conclut qu'il n'est pas limité sensiblement par l'existence d'une convention exécutoire. Bien que la cour reconnaisse souvent que l'existence d'une convention constitue une circonstance importante dont il faut tenir compte et que le caractère définitif dans l'imposition par ordonnance d'obligations post-matrimoniales constitue un objectif louable, la conclusion que la convention ne satisfait pas à la norme d'équité ou de caractère raisonnable du tribunal justifie l'exercice du pouvoir conféré au par. 11(2).

Dans l'arrêt *Newman*, le juge Monnin (plus tard juge en chef du Manitoba), à l'opinion duquel a souscrit le juge Matas, a analysé le rapport qui existe entre une convention de séparation antérieure et une ordonnance alimentaire fondée sur le par. 11(1), pour dire, à la p. 52:

[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 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.

La convention en cause prévoyait notamment que l'épouse toucherait une pension alimentaire de

month. At the hearing the wife argued that the payments were inadequate. The Court, on finding that the husband could "without difficulty" afford to pay more, raised the rate to \$650 per month. O'Sullivan J.A. registered a strong dissent criticizing the decision in *Hyman* and urging the Manitoba Court to follow the English Court of Appeal's decision in *Gandy v. Gandy* (1882), 7 P.D. 168 which held that a contract should not be interfered with unless one of the parties has acted in a way which disentitles him or her to rely upon its terms. O'Sullivan J.A. construed the s. 11 power to vary maintenance orders as a power to award an amount for maintenance over and above the terms of an agreement if appropriate. He stated that where children are involved or where there is a danger that one of the parties will become a public charge, public policy considerations might favour an increase in maintenance. Otherwise, respect for the parties' contract should be the rule.

In *Katz*, Monnin J.A. and Hall J.A. in separate reasons both acknowledged that the agreement entered into by the parties was a factor to be considered but went on to suggest that, where the dependent spouse can demonstrate a need, a variation could be granted. Hall J.A. rejected the trial judge's test of "moving hardship" in the following passage at p. 422:

With great respect, it is my opinion that it is both fit and just to grant the wife a variation, having regard to the change in her circumstances and the presumed financial ability of the husband to afford those changes. Indeed, I am sure he would want to make them if the law so provides, notwithstanding that the settlement agreement is being varied.

In my view, the test is what is reasonable rather than one of moving hardship. What is the just course for the husband to follow? The settlement agreement is only a factor to be taken into account and is not conclusive of the issue of variation.

This broad approach to the court's discretion under s. 11 has recently been affirmed in *Ross*. In

450 \$ par mois. À l'audience, l'épouse a soutenu que les sommes versées étaient insuffisantes. La cour, après avoir conclu que le mari pouvait [TRA-
DUCTION] «sans difficulté» se permettre de payer
a plus, a haussé le taux mensuel à 650 \$. Le juge
O'Sullivan de la Cour d'appel a inscrit une forte
dissidence, en critiquant l'arrêt *Hyman* et en invi-
tant la cour manitobaine à suivre l'arrêt de la Cour
d'appel anglaise *Gandy v. Gandy* (1882), 7 P.D.
b 168, où on avait jugé qu'un contrat ne saurait être
modifié à moins que l'une des parties n'ait agi
d'une manière qui lui enlève le droit de l'invoquer.
Le juge O'Sullivan a interprété le pouvoir, conféré
c par l'art. 11, de modifier les ordonnances alimen-
taires comme le pouvoir d'accorder un montant
d'aliments supérieur à celui stipulé dans une con-
vention lorsque cela s'impose. Quand, a-t-il dit, des
enfants sont en cause ou qu'il y a risque que l'une
d des parties tombe à la charge de la société, des
considérations d'ordre public pourraient militer en
faveur d'une hausse des aliments. Dans les autres
cas, le respect du contrat conclu par les parties
devrait être de règle.

Dans l'arrêt *Katz*, le juge Monnin et le juge Hall ont reconnu tous les deux, dans des motifs séparés, que la convention conclue par les parties était un facteur dont il fallait tenir compte, mais
f ils ont ensuite laissé entendre que, lorsque le con-
joint à charge peut démontrer l'existence d'un
besoin, la modification peut être accordée. Dans le
passage suivant, à la p. 422, le juge Hall rejette le
critère du [TRADUCTION] «dénouement pathétique»
g établi par le juge de première instance:

[TRADUCTION] Avec égards, je suis d'avis qu'il est à la fois juste et approprié d'accorder à l'épouse une modification, compte tenu du changement de circon-
h stances et de la capacité financière présumée du mari d'y
pourvoir. D'ailleurs, je suis sûr qu'il voudrait le faire si
la loi le prévoyait, malgré que la convention soit
modifiée.

À mon avis, le critère applicable est de savoir ce qui est raisonnable plutôt qu'un critère de dénouement pathétique. Quelle est la juste voie que doit emprunter le mari? La convention n'est qu'un facteur dont il faut tenir compte et elle n'est pas décisive en matière de modification.

Cette conception large du pouvoir discrétionnaire que possède le tribunal en vertu de l'art. 11 a

that case the parties negotiated a settlement which in the court's view did not reflect the husband's relatively extensive financial resources. There was evidence that during the negotiations the husband pressured the wife with threats into accepting his offer. However, the wife did have assistance from independent counsel before executing the contract and in fact a certificate of independent legal advice was attached to the agreement. Hall J.A., with whom Monnin C.J.M. and O'Sullivan J.A. concurred, after stating that the contract was an "important circumstance" and should not be "lightly disturbed", went on to hold at p. 54:

But where, as here, there exists an unfair and unbalanced settlement arrived at in the circumstances described, I think the learned trial judge was justified in making the award which he did. In other words, it was reasonable in the circumstances for him to have added a lump sum award maintenance to that provided in the separation agreement.

Matas J.A. also approved of the trial judge's test of what is fair and reasonable. His reasons, however, are especially useful in that he discussed the underlying rationale for advocating a larger role for the courts. At page 64 he wrote:

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.

Only Huband J.A. in dissent took issue with the broad flexible approach of the majority. He wrote at p. 68:

I subscribe to the general statement in the reasons of Hall J.A. that the court has the right to depart from the terms of a separation agreement under certain circumstances. Differences, however, arise in attempting to

récemment été confirmée dans l'arrêt *Ross*. Dans cette affaire, les parties avaient négocié un règlement qui, de l'avis du tribunal, ne correspondait pas aux ressources financières relativement importantes du mari. Il existait des éléments de preuve qu'au cours des négociations le mari avait proféré des menaces à sa femme, pour qu'elle accepte son offre. Toutefois, la femme avait bénéficié de l'assistance d'un avocat indépendant avant de signer le contrat, auquel d'ailleurs était joint un certificat attestant cela. Le juge Hall, à l'avis duquel ont souscrit le juge en chef Monnin du Manitoba et le juge O'Sullivan, conclut ceci à la p. 54, après avoir affirmé que le contrat constituait une [TRADUCTION] «circonstance importante» et qu'il ne devait pas être [TRADUCTION] «modifié à la légère»:

[TRADUCTION] Mais lorsque, comme en l'espèce, il existe une convention inéquitable et déséquilibrée, conclue dans les circonstances qui viennent d'être décrites, je pense que le savant juge de première instance était justifié de statuer comme il l'a fait. En d'autres termes, il était raisonnable dans les circonstances qu'il ajoute le paiement d'une somme globale aux aliments prévus dans la convention de séparation.

Le juge Matas a aussi approuvé le critère qui, selon le juge de première instance, s'applique pour déterminer ce qui est juste et raisonnable. Toutefois, l'utilité de ses motifs découle plus particulièrement du fait qu'il analyse la raison sous-jacente de préconiser l'attribution aux tribunaux d'un rôle plus important. À la page 64, il écrit:

[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.

Seul le juge Huband, dans ses motifs de dissidence, s'en prend à la conception large et souple de la majorité. Il écrit, à la p. 68:

[TRADUCTION] Je souscris à la déclaration générale dans les motifs du juge Hall, que le tribunal a le droit de s'écarter des modalités d'une convention de séparation dans certaines circonstances. Cependant, des divergen-

determine those proper circumstances. As Hall J.A. has noted, the presence of a separation agreement is an important circumstance for the court to take into account when exercising jurisdiction under s. 11(1) of the Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8. The question is no longer what is reasonable maintenance, but, rather, what is reasonable maintenance, given that the parties have executed an agreement to determine that issue? Normally, a separation agreement constitutes a formidable limitation on the court's discretion. If it were not so, there would be no point in parties bothering to negotiate an out-of-court maintenance agreement.

What is reasonable maintenance must be determined in light of a valid, voluntary separation agreement. Conversely, it is *prima facie* unreasonable for a party to such an agreement to take benefits under the contract and then seek court assistance to obtain more favourable maintenance arrangements.

And later at pp. 73-74:

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.

Huband J.A. went on to find that the application to vary should be dismissed.

In summary, the Manitoba decisions do not distinguish in any significant manner between applications for maintenance in the face of an antecedent agreement and applications in which there is no such agreement. The court exercises its discretion on the basis of what it considers fair and reasonable whether or not the parties have, in effect, settled their own financial affairs.

C. *The Compromise*

In some cases an attempt has been made by the courts to forge a middle ground between the *Farquar* and *Ross* approaches by holding that, when there is an antecedent agreement, the s. 11(2) criterion of change can only be satisfied by a change of considerable magnitude. The courts

ces apparaissent quand il s'agit de déterminer quelles sont ces circonstances. Comme le juge Hall l'a noté, l'existence d'une convention de séparation constitue une circonstance importante dont le tribunal doit tenir compte quand il exerce la compétence que lui confère le par. 11(1) de la Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8. La question n'est plus quels aliments sont raisonnables mais, plutôt, quels aliments sont raisonnables étant donné que les parties ont signé une convention pour régler cela? Normalement, une convention de séparation constitue une restriction considérable du pouvoir discrétionnaire du tribunal. S'il en était autrement, il ne servirait à rien aux parties de prendre le temps de négocier une convention alimentaire hors cour.

Ce qui constitue des aliments raisonnables doit être déterminé en fonction de l'existence d'une convention de séparation volontaire et valide. À l'inverse, il est déraisonnable à première vue pour une partie à une telle convention de tirer profit du contrat, pour ensuite demander l'aide du tribunal afin d'obtenir des arrangements alimentaires plus favorables.

Et, plus loin, aux pp. 73 et 74:

[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.

Le juge Huband conclut ensuite que la demande de modification doit être rejetée.

En résumé, les décisions manitobaines n'établissent pas de distinction importante entre les demandes de prestation alimentaire qui sont faites lorsqu'il existe une convention antérieure et celles qui sont faites en l'absence d'une telle convention. Le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire selon ce qu'il estime juste et raisonnable peu importe que les parties aient ou non effectivement réglé leurs propres affaires financières.

i C. *Le compromis*

Dans certaines cas, les tribunaux ont tenté de trouver le juste milieu entre les conceptions des arrêts *Farquar* et *Ross*, en concluant que, lorsqu'il existe une convention antérieure, le critère du changement, formulé au par. 11(2), ne peut être satisfait que par un changement d'une ampleur

which apply this standard often attempt to rationalize judicial intervention in terms of contract principles by describing such a change as one which negates a fundamental assumption upon which the original agreement was premised.

Wong L.J.S.C.'s decision at trial is an illustration. He regarded Mrs. Pelech's current impoverishment as a "gross" change in circumstances. In addition, he seems to suggest that the contractual arrangements were predicated on Mrs. Pelech's employability and eventual self-sufficiency. Time did not bear out that prediction. Although Wong L.J.S.C. does not expressly find that this vitiates the agreement, it seems to be an important legitimating factor in his ultimate decision to intervene.

The emphasis on the magnitude of the change is also at the root of the Ontario Court of Appeal's decision in *Webb*. The parties in *Webb* entered into an agreement in 1981 which made ample provision for the wife and which expressly stated that the periodic payments were not subject to variation. Shortly after the issuance in 1982 of a decree *nisi* incorporating the agreement (minus the non-variation clause), the husband experienced a catastrophic and unforeseeable financial loss. He applied to vary the maintenance award. His application was dismissed at trial.

Arnup J.A., with whom Weatherston J.A. concurred, allowed Mr. Webb's appeal. He maintained that Zuber J.A.'s statement in *Farquar* that change, even if it is substantial, is not a sufficient basis for avoiding the terms of a valid agreement, did not extend to all change regardless of magnitude. Rather, he interpreted Zuber J.A.'s proposition as simply imposing an extremely heavy onus on the party seeking the variation. He found, therefore, that there was no distinction in principle between the views of the Ontario Court of Appeal and those of the Manitoba Court of Appeal as expressed in *Ross*. In addition, like Wong L.J.S.C., Arnup J.A. reinforced his decision by alluding to the lack of a factual basis at the time of the application to support the assumptions implicit

considérable. Les tribunaux qui appliquent cette norme tentent souvent de justifier leur intervention en fonction de principes contractuels, en décrivant le changement en cause comme un changement qui réduit à néant une hypothèse fondamentale sur laquelle la convention initiale était fondée.

La décision du juge Wong en première instance en est un exemple. Il a considéré l'état actuel de pauvreté de M^{me} Pelech comme un changement «radical» de circonstances. En outre, il semble laisser entendre que les arrangements contractuels reposaient sur la possibilité pour M^{me} Pelech de se trouver un emploi et de finir par devenir autosuffisante. Cette prédiction ne s'est pas réalisée. Le juge Wong ne conclut pas expressément, il est vrai, que la convention s'en trouve viciée, mais cela paraît constituer un important facteur qui contribue à légitimer sa décision ultime d'intervenir.

L'accent mis sur l'importance du changement est aussi à la source de l'arrêt *Webb* de la Cour d'appel de l'Ontario. Les parties, dans l'affaire *Webb*, avaient conclu une convention en 1981, qui accordait amplement d'aliments à la femme et qui prévoyait expressément que les paiements échelonnés ne pouvaient pas être modifiés. Peu après le prononcé, en 1982, du jugement conditionnel incorporant la convention (sans la clause de non-modification), le mari a subi une perte financière catastrophique imprévisible. Il a demandé la modification de l'ordonnance alimentaire. Sa demande a été rejetée en première instance.

Le juge Arnup, aux motifs duquel a souscrit le juge Weatherston, a accueilli l'appel de M. Webb. Il a maintenu que l'affirmation du juge Zuber dans l'arrêt *Farquar*, portant que le changement, même substantiel, ne constitue pas un motif suffisant pour échapper aux conditions d'une convention valide, ne s'appliquait pas à toutes les sortes de changement, indépendamment de leur importance. Plutôt, il a interprété la proposition du juge Zuber comme imposant simplement une charge de preuve extrêmement lourde à la partie qui demande la modification. Il a donc conclu qu'il n'existe pas de distinction de principe entre le point de vue de la Cour d'appel de l'Ontario et celui que la Cour d'appel du Manitoba exprime dans l'arrêt *Ross*. En outre, à l'instar du juge

in the separation agreement. In the present appeal Wong L.J.S.C., before concluding that the maintenance provision should be varied, emphasized the expectation of the parties that Mrs. Pelech would be employable, something which had not happened. In *Webb*, Arnup J.A. pointed to the belief that the husband would be in receipt of large amounts of capital in the future. Like Mrs. Webb's employability the capital did not materialize and Arnup J.A. accordingly concluded that the contract should be varied.

Blair J.A., in separate reasons, concurred in Arnup J.A.'s disposition of the case. He reviewed the jurisprudence and agreed that *Farquar* does not preclude a court from exercising its power where there has been a "profound change". He added that even in the absence of such change the courts will intervene in a "narrow range of cases where public policy is offended if [the agreement] makes a spouse a public charge, deprives children or is unconscionable" (p. 145).

D. *Specific Categories of Change*

Blair J.A.'s enumeration of separate categories of change in *Webb* suggests a fourth approach. Indeed, in several cases the courts have justified upsetting the terms of a valid agreement because of the nature rather than the degree of change experienced by the applicant. As Blair J.A.'s comments suggest, the cases can be divided into at least three separate types: where the applicant has become a public charge, where the terms of the existing agreement cause deprivation to children, and where the agreement is unenforceable on other grounds.

(1) Public Charge

In the present case the appellant, Mrs. Pelech, has become a public charge. As Professor Julien

Wong, le juge Arnup a renforcé sa décision par une allusion à l'absence, au moment de la demande, de fondement factuel étayant les hypothèses implicites dans la convention de séparation. En l'espèce, le juge Wong, avant de conclure que la pension alimentaire devait être modifiée, a insisté sur le fait que les parties s'attendaient à ce que M^{me} Pelech se trouve un emploi, ce qui ne s'est pas produit. Dans l'arrêt *Webb*, le juge Arnup a rappelé qu'on croyait que le mari toucherait par la suite des capitaux considérables. De même que M^{me} Webb n'a pas trouvé d'emploi, ces prévisions de capitaux ne se sont pas concrétisées et le juge Arnup a donc conclu que le contrat devait être modifié.

Le juge Blair, dans des motifs séparés, a souscrit à la façon dont le juge Arnup a tranché l'affaire. Il a passé en revue la jurisprudence pour convenir que l'arrêt *Farquar* n'interdit pas au tribunal d'exercer son pouvoir lorsqu'il y a eu un [TRADUCTION] «changement profond». Il a ajouté que, même en l'absence d'un changement de ce genre, les tribunaux interviendront dans une [TRADUCTION] «catégorie de cas limitée où il y aura atteinte à l'ordre public si [la convention] a pour effet de faire tomber un conjoint à la charge de la société, d'imposer des privations aux enfants ou est lésionnaire» (p. 145).

D. *Catégories de changement spécifiques*

L'énumération par le juge Blair de catégories particulières de changement, dans l'arrêt *Webb*, laisse entrevoir une quatrième conception. En fait, dans plusieurs affaires, les tribunaux ont justifié la modification des modalités d'une convention valide par la nature plutôt que par l'ampleur du changement connu par le requérant. Comme le laissent entendre les observations du juge Blair, les affaires peuvent être réparties en au moins trois catégories distinctes: lorsque le requérant est tombé à la charge de la société, lorsque les modalités de la convention existante ont pour effet d'imposer des privations aux enfants et lorsque la convention est lésionnaire pour d'autres raisons.

(1) À la charge de la société

En l'espèce, l'appelante, M^{me} Pelech, est maintenant à la charge de la société. Comme le profes-

D. Payne points out in his article "Policy Objectives of Private Law Spousal Support Rights and Obligations" in K. Connell-Thouez and B. M. Knoppers (eds.), *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective* (1984), the factual circumstance of an applicant's dependence on the state for sustenance is often an unspoken but influential element in the private law response to maintenance claims. He states at pp. 86-87:

The conservation of public funds is a commonly unacknowledged objective of the private law system of spousal and child support. Indeed, the private law system is premised on the foundation that the primary family support obligation falls on the individual, not on the State. It is only when this obligation is not, or cannot be, discharged by the individual that the State intervenes to provide a subsistence level of financial support for the economic victims of marriage breakdown and divorce. Even in this latter context, the need to protect the public purse has been legislatively recognized in the province of Alberta and elsewhere. There are statutory provisions that authorize (or require) the appropriate authorities to obtain reimbursement for social assistance payments made to dependent spouses and children from the financially independent spouses and parents upon whom the primary obligation for family support is imposed by the private law system.

The Scottish Law Commission has emphatically rejected the conservation of public funds as an appropriate objective of the law regulating spousal financial provision on divorce. It stressed that the whole point of divorce is to sever the relationship between husband and wife and to require former spouses to maintain each other is contrary to this objective.

In contrast, the Institute of Law Research and Reform in the province of Alberta has stated:

The principal objective of the system of support obligations is to obtain money for spouses and children who need it. The importance of that objective can hardly be over-emphasized. As we have already said, a second objective is to reimburse the state (in this case, the province) for the cost of providing such support when the other spouse, or a parent, can provide all or part of the necessary money but does not do so.

seur Julien D. Payne le souligne dans son article intitulé «Policy Objectives of Private Law Spousal Support Rights and Obligations» dans K. Connell-Thouez et B. M. Knoppers (éd.), *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective* (1984), cette circonstance de fait que constitue l'état de dépendance de la requérante vis-à-vis de l'État pour ce qui est d'assurer son soutien, est un élément souvent passé sous silence, mais qui a de l'importance quant à la réaction du droit privé aux demandes d'aliments. Il dit, aux pp. 86 et 87:

[TRADUCTION] Économiser les fonds publics est un objectif habituellement inavoué du régime du droit privé en matière de soutien du conjoint et des enfants. D'ailleurs, le régime du droit privé a pour fondement qu'une obligation alimentaire envers la famille incombe en premier lieu à l'individu et non à l'État. Ce n'est que lorsque cette obligation n'est pas ou ne peut pas être exécutée par l'individu que l'État intervient pour fournir des moyens financiers de subsistance aux victimes, sur le plan économique, des ruptures conjugales et du divorce. Même dans ce dernier cas, la nécessité de protéger les deniers publics a été reconnue par voie législative en Alberta et ailleurs. Il existe des dispositions législatives qui autorisent (ou qui obligent) les autorités compétentes à se faire rembourser les prestations sociales versées au conjoint et aux enfants à charge par le conjoint et parent financièrement indépendant, auquel l'obligation première de soutien de la famille est imposée par le régime du droit privé.

La Scottish Law Commission a catégoriquement rejeté l'idée qu'une économie des fonds publics puisse constituer un objectif approprié du droit régissant l'aide financière au conjoint, au moment du divorce. Elle a souligné que la raison même du divorce est de rompre le lien matrimonial entre le mari et la femme et qu'obliger les anciens conjoints à subvenir mutuellement à leurs besoins est contraire à cet objectif.

Par contre, l'Institute of Law Research and Reform de l'Alberta a affirmé ceci:

L'objectif principal du régime d'obligations alimentaires, c'est d'obtenir de l'argent pour les conjoints et les enfants qui en ont besoin. On ne saurait trop insister sur l'importance de cet objectif. Comme nous l'avons déjà dit, l'objectif secondaire est de rembourser à l'État (en l'espèce, la province) le coût de ce soutien lorsque l'autre conjoint, ou un parent, peut fournir les sommes nécessaires en totalité ou en partie, mais ne le fait pas.

An examination of *Hyman* reveals that part of the rationale for the principle expressed in that case that the court's jurisdiction cannot be extinguished by contract relates to the concern for burdening public funds. Lord Hailsham L.C., in discussing the court's power to compel a husband to provide for his wife upon divorce, stated at p. 608:

Such a provision is not made solely in the interests of the wife, but also in the interests of third parties who may deal with the wife or who may, as in the case of Poor Law Guardians, become responsible for her sustenance.

One can surmise from this that Lord Hailsham L.C.'s reference to the public interest in his concluding statement quoted in the earlier part of these reasons is a reference to the interest in having husbands rather than the state support indigent ex-spouses. Lord Atkin's accompanying reasons are, if anything, even more explicit. He states at pp. 628-29:

The necessity for such provisions is obvious. While the marriage tie exists the husband is under a legal obligation to maintain his wife. The duty can be enforced by the wife, who can pledge his credit for necessities as an agent of necessity, if, while she lives apart from him with his consent, he either fails to pay her an agreed allowance or fails to make her any allowance at all; or, if she lives apart from him under a decree for separation, he fails to pay the alimony ordered by the Court. But the duty of the husband is also a public obligation, and can be enforced against him by the State under the Vagrancy Acts and under the Poor Relief Acts. When the marriage is dissolved the duty to maintain arising out of the marriage tie disappears. In the absence of any statutory enactment the former wife would be left without any provision for her maintenance other than recourse to the poor law authorities. In my opinion the statutory powers of the Court to which I have referred were granted partly in the public interest to provide a substitute for this husband's duty of maintenance and to prevent the wife from being thrown upon the public for support. If this be true, the powers of the Court in this respect cannot be restricted by the private agreement of the parties . . . The wife's right to future maintenance is

L'étude de l'arrêt *Hyman* révèle qu'une partie du raisonnement à la source du principe énoncé dans cette affaire, selon lequel la compétence du tribunal ne saurait être supprimée par contrat, est liée à un souci de ne pas grever les fonds publics. Le lord chancelier Hailsham, en traitant du pouvoir qu'a le tribunal de forcer le mari à subvenir aux besoins de sa femme en cas de divorce affirme, à la p. 608:

[TRADUCTION] Cette prestation d'aliments est faite non seulement dans l'intérêt de la femme, mais aussi dans l'intérêt des tiers qui peuvent traiter avec la femme ou qui peuvent, comme dans le cas des personnes chargées de l'assistance sociale, être responsables de son soutien.

On peut supposer en conséquence que la mention par le lord chancelier Hailsham de l'intérêt public dans sa conclusion, déjà citée dans les présents motifs, est une référence à l'intérêt qu'il y a à ce que ce soient les maris, plutôt que l'État, qui subviennent aux besoins de leur ex-épouse indigente. Les motifs de lord Atkin joints à cette opinion sont, à vrai dire, plus explicites encore. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 628 et 629:

[TRADUCTION] La nécessité de ces prestations alimentaires est évidente. Tant que le lien conjugal existe, le mari est tenu légalement de pourvoir aux besoins de son épouse. L'exécution de cette obligation peut être forcée par l'épouse qui peut engager son crédit pour les objets de première nécessité à titre de mandataire domestique, si, alors qu'elle vit séparée de lui avec son consentement, il ne lui paie pas la pension convenue ou ne lui paie aucune pension; ou, si alors qu'elle vit séparée de lui en vertu d'un jugement de séparation de corps, il ne lui verse pas la pension alimentaire ordonnée par le tribunal. Mais l'obligation du mari est aussi une obligation d'intérêt public dont l'État peut demander l'exécution en vertu des Vagrancy Acts et des Poor Relief Acts. Lorsqu'il y a dissolution du mariage, l'obligation alimentaire découlant du lien conjugal disparaît. En l'absence de toute disposition légale, l'ancienne épouse perdrait tout droit à des aliments et il ne lui resterait qu'à recourir aux autorités responsables de l'application de la législation sur l'assistance sociale. À mon avis, les pouvoirs légaux du tribunal, que je viens de mentionner, lui ont été conférés en partie pour des motifs d'intérêt public, afin de prévoir un substitut à l'obligation alimentaire du mari et afin que la femme ne soit pas abandonnée à l'assistance publique. Si cela est exact, les pouvoirs conférés au tribunal à cet égard ne sauraient être limités par une convention privée entre les parties [...] Le

a matter of public concern, which she cannot barter away.

In Canada the leading case in this regard is *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313 (Ont. C.A.) In that case a separation agreement was entered into which did not provide for the support or maintenance of the wife. The husband was ordered to pay spousal support in the course of the subsequent divorce proceedings. His appeal of the order was dismissed by a unanimous court. Lacourcière J.A. held at p. 316:

We are also satisfied that it is incumbent on the court to have regard to the interest of the public as well as to that of the deserving spouse. A spouse's primary obligation and duty of maintenance should be enforced when necessary to prevent the other spouse from having to seek or continuing to receive public support . . .

This statement was recently put forward as a principle of law by Filer L.J.S.C. in *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405 (Ont. H.C.), a case which also turned on the effect of a contract in light of an ex-spouse's dependence on public assistance. Filer L.J.S.C. reviewed the case law at pp. 417-18:

In his reasons in the *Webb* case, Arnup J.A. (with whom Weatherston J.A. concurred) stated at p. 467 O.R., p. 127 R.F.L.:

"... the burden of showing that the interests of justice require the intervention of the court is a very heavy one ..."

At p. 473 O.R., p. 133 R.F.L., Blair J.A. lists:

"... three situations which are clearly accepted as justifying a departure from the terms of a separation agreement in the decree nisi even though there has been no change in circumstances:

(1) Where the failure to provide maintenance in the agreement is likely to result in a spouse becoming a public charge the courts have frequently refused to be bound by the agreement: *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313 (Ont. C.A.)."

droit de l'épouse de recevoir des aliments à l'avenir est une question d'intérêt public qu'elle ne saurait aliéner.

Au Canada, l'arrêt de principe à cet égard est *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313 (C.A. Ont.) Dans cette affaire, on avait conclu une convention de séparation qui ne stipulait pas le versement d'une pension alimentaire à la femme. Lors des procédures de divorce subséquentes, on a ordonné au mari de payer des aliments à la femme. L'appel qu'il a interjeté contre l'ordonnance fut rejeté par une cour unanime. Le juge Lacourcière conclut, à la p. 316:

[TRADUCTION] Nous sommes également convaincus qu'il incombe au tribunal de tenir compte de l'intérêt public autant que de celui du conjoint qui le mérite. L'exécution de l'obligation première du conjoint, son obligation alimentaire, devrait être forcée lorsque cela est nécessaire pour éviter que l'autre conjoint ait à recourir à l'assistance publique ou continue d'en bénéficier ...

Le juge local Filer a récemment érigé cette affirmation en principe de droit dans l'arrêt *Barrett v. Barrett* (1985), 43 R.F.L. (2d) 405 (H.C. Ont.), une affaire qui dépendait elle aussi de l'effet d'un contrat, compte tenu du fait que l'ancien conjoint était tributaire de l'assistance publique. Le juge Filer étudie la jurisprudence, aux pp. 417 et 418:

[TRADUCTION] Dans les motifs qu'il a rédigés dans l'arrêt *Webb*, le juge Arnup (à l'opinion duquel a souscrit le juge Weatherston) dit, à la p. 467 O.R. et à la p. 127 R.F.L.:

"... la charge de démontrer que les intérêts de la justice exigent une intervention judiciaire est très lourde ..."

À la p. 473 O.R. et à la p. 133 R.F.L., le juge Blair énumère:

"... trois situations qui sont clairement acceptées pour justifier que l'on s'écarte des modalités d'une convention de séparation que contient le jugement conditionnel de divorce, même en l'absence d'un changement de circonstances:

(1) Lorsque l'absence de stipulation alimentaire dans la convention aura vraisemblablement pour résultat qu'un conjoint sera à la charge de la société, les tribunaux ont fréquemment refusé d'être liés par la convention: *Fabian v. Fabian* (1983), 34 R.F.L. (2d) 313 (C.A. Ont.)"

See also *Hall v. Hall* (1979), 13 R.F.L. (2d) 77 at 79 (B.C.S.C.):

“Maintenance is not only for the benefit of the wife but also for the benefit of the general public in the sense that it may relieve the public from supporting a divorced spouse.”

In *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385 at 392, 5 Alta. L.R. (2d) 315, 10 A.R. 214 (T.D.), Dechene J. stated “... the public has an interest in assuring that spouses do not become public charges.”

He then concluded at p. 418:

The consequences of her return and her present circumstances are so serious that they necessitate the plaintiff's partial reliance at this time upon welfare assistance. On the evidence, there was a period of some four months where she was even more dependent on welfare. In the circumstances this court is bound to act to vary the amount of maintenance being provided for the plaintiff wife, in accordance with the principles enunciated in *Fabian v. Fabian*, supra, and cited with approval by Blair J.A. in the case of *Webb v. Webb*, supra.

However, there is also some indication of judicial dissatisfaction with the public charge basis for intervention. Although it was not directly relevant to the case before him, Kerans J.A. in *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113 (Alta. C.A.), expressed the view that such intervention was inconsistent with the current trends in the jurisprudence. He wrote at p. 116:

At least until recently, the “public purse” exception was well established. The leading case is *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601 (H.L.), where Lord Atkin said at p. 628: “But the duty of the husband is also a public obligation ...” and, at p. 629, that the power of the court to override an agreement was “... granted partly in the public interest to ... prevent the wife from being thrown upon the public for support”. This rule has come to be doubted. Sinclair J.A., as he then was, suggested in *Goldstein v. Goldstein*, [1976] 4 W.W.R. 646 at 656, 23 R.F.L. 206, 67 D.L.R. (3d) 624 (Alta. C.A.), that:

“... it is my view that Parliament did not intend that after divorce the divorced spouses were to be forever contingently liable for the support of each other.”

Voir aussi l'arrêt *Hall v. Hall* (1979), 13 R.F.L. (2d) 77, à la p. 79 (C.S.C.-B.):

«La pension alimentaire est dans l'intérêt non seulement de l'épouse, mais aussi dans celui du public en général, en ce sens qu'elle peut le dispenser d'avoir à subvenir aux besoins du conjoint divorcé.»

Dans l'affaire *Collins v. Collins* (1978), 2 R.F.L. (2d) 385, à la p. 392, 5 Alta. L.R. (2d) 315, 10 A.R. 214 (D.P.I.), le juge Dechene affirme: «... la société a intérêt à s'assurer que les conjoints ne tombent pas à sa charge.»

Il conclut alors, à la p. 418:

[TRADUCTION] Les conséquences de son retour et sa situation actuelle sont si graves qu'elles nécessitent que la demanderesse ait maintenant recours en partie à l'aide sociale. D'après la preuve soumise, pendant quelque quatre mois, elle a été encore plus tributaire de l'aide sociale. Dans les circonstances, la cour se doit de modifier le montant des aliments versés à l'épouse demanderesse, conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Fabian v. Fabian*, précité, et que le juge Blair le la Cour d'appel a repris, en les approuvant, dans l'arrêt *Webb v. Webb*, précité.

Toutefois, certains indices portent à croire que les juges sont mécontents du motif d'intervention portant que le conjoint sera à la charge de la société. Quoique cela n'ait pas été directement pertinent dans l'affaire dont il était saisi, le juge Kerans, dans l'arrêt *Jull v. Jull* (1984), 42 R.F.L. (2d) 113 (C.A. Alb.), a exprimé l'avis qu'une telle intervention est incompatible avec les tendances actuelles de la jurisprudence. Voici ce qu'il écrit, à la p. 116:

[TRADUCTION] Jusqu'à récemment à tout le moins, l'exception dite du «trésor public» était bien établie. L'arrêt de principe est l'arrêt *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601 (H.L.), où lord Atkin dit, à la p. 628: «Mais l'obligation du mari est aussi une obligation d'intérêt public ...» et, à la p. 629: le pouvoir de la cour de passer outre à une convention avait été «... conféré [...] en partie pour des motifs d'intérêt public ... afin que la femme ne soit pas abandonnée à l'assistance publique». On a fini par mettre en doute cette règle. Le juge Sinclair, alors juge de la Cour d'appel, propose dans l'arrêt *Goldstein v. Goldstein*, [1976] 4 W.W.R. 646, à la p. 656, 23 R.F.L. 206, 67 D.L.R. (3d) 624 (C.A. Alb.), ce qui suit:

«... à mon avis le législateur n'a jamais voulu qu'après le divorce les conjoints divorcés se doivent, pour toujours, mutuellement assistance en cas de besoin.»

A minority of the Supreme Court of Canada in *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401, 35 R.F.L. (2d) 337, 2 D.L.R. (4th) 1, 50 N.R. 16, affirmed and enlarged upon this point of view. The majority decided the case on the narrow ground that the order under appeal was improperly speculative. Chouinard J. added [at pp. 416-17]:

"That does not mean that the obligation of support between ex-spouses should continue indefinitely when the marriage bond is dissolved, or that one spouse can continue to be a drag on the other indefinitely or acquire a lifetime pension as a result of the marriage, or to luxuriate in idleness at the expense of the other, to use the expression one finds in some discussions of the subject . . ."

However, as the facts were such that the exception did not arise in the case before him, Kerans J.A. found it unnecessary to pursue the matter further.

(2) Indirect Deprivation of Children

The second category mentioned by Blair J.A. in *Webb* is made up of cases in which the terms of a valid and binding agreement adversely affect the well-being of children in the custody of the dependent ex-spouse. While it is fairly clear that a parent cannot barter away his or her child's entitlement to parental support, and thus the courts may always intervene to change agreed terms relating to child support, the more difficult question is whether the courts should acknowledge the reality that the nurture of children is inextricably intertwined with the well being of the nurturing parent. Thus, in some circumstances a denial of spousal maintenance will result in the deprivation of the children of the marriage.

I suggested an affirmative answer to this question in "The Variation of Support Orders", in Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé (eds.), *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), and there is now some support for it in the case law.

Les juges formant la minorité dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401, 35 R.F.L. (2d) 337, 2 D.L.R. (4th) 1, 50 N.R. 16, ont confirmé et approfondi ce point de vue. La Cour à la majorité a tranché l'affaire en fonction du motif limité que l'ordonnance visée par le pourvoi était indûment spéculative. Le juge Chouinard ajoute [aux pp. 416 et 417]:

«Ce n'est pas à dire que l'obligation de secours entre ex-conjoints doit survivre indéfiniment à la dissolution du lien matrimonial, ni qu'un conjoint peut compter être indéfiniment à la remorque de l'autre ou bénéficier par l'effet de son mariage d'une pension à vie, ou se complaire dans l'indolence aux dépens de l'autre, suivant les expressions que l'on rencontre dans certains écrits sur le sujet. . .»

Toutefois, comme les faits en cause étaient tels que l'exception ne pouvait jouer, le juge Kerans a conclu qu'il n'était pas nécessaire de pousser plus loin son investigation.

(2) Les privations imposées indirectement aux enfants

La seconde catégorie que mentionne le juge Blair dans l'arrêt *Webb* est formée de cas où les modalités d'une convention valide et exécutoire portent préjudice au bien-être des enfants confiés à la garde de l'ex-conjoint à charge. S'il est raisonnablement clair qu'un père ou une mère ne peuvent aliéner la créance alimentaire que détient l'enfant contre ses parents et que les tribunaux peuvent ainsi toujours intervenir pour modifier les modalités convenues relativement au soutien d'un enfant, il reste que la question plus difficile qui se pose est de savoir si les tribunaux devraient reconnaître la réalité que les soins prodigués aux enfants sont inextricablement liés au bien-être du parent nourricier. Ainsi, dans certaines circonstances, refuser des aliments au conjoint a pour résultat d'imposer des privations aux enfants issus du mariage.

J'ai déjà proposé de répondre par l'affirmative à cette question dans l'article intitulé «The Variation of Support Orders», que l'on trouve dans Rosalie S. Abella et Claire L'Heureux-Dubé (éd.), *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), et cette opinion jouit maintenant d'un certain appui dans la jurisprudence.

In *Jull v. Jull*, *supra*, the parties entered into an agreement at the time of divorce which gave custody of the children to the wife as well as more than her share of the matrimonial assets. The wife waived her claim to maintenance and the husband undertook to pay child support. At the time the wife ran a profitable business. However, two years later because of a downturn in the economy her business suffered a loss. She had no other source of income. She applied to vary the divorce decree in order to obtain spousal maintenance and increased child maintenance.

Kerans J.A. for the Court of Appeal examined the various approaches. As mentioned earlier, he expressed dissatisfaction with the notion that an applicant's dependence on public assistance is a justification for judicial interference with the parties' contract. He then quoted from the authorities favouring freedom of contract in the interest of finality and concluded at p. 118:

I am inclined to agree that the standards for interference offer too little security to contractual arrangements and must tend to discourage settlements at least where both spouses keep their careers throughout the marriage and there are no children. In such cases, it is curious that we would refuse to enforce a bargain arrived at by two competent and informed equals, and I think that the Alberta courts have tended to affirm this view.

Kerans J.A. also pointed out that it could reasonably be assumed that the wife's waiver of spousal maintenance was given partly in consideration for an unequal division of assets in her favour. In his view this was a circumstance which spoke strongly against interference. However, he went on to find that the issue of spousal support could not be disentangled from the issue of child support. He wrote at pp. 118-19:

On the other hand, one cannot, in this case, treat spousal maintenance in isolation from the problem of support for the children. The figure ordered directly in the name of the children was, apparently, settled by consent. This does not deprive the court, however, of

Dans l'arrêt *Jull v. Jull*, précité, les parties avaient, au moment du divorce, conclu une convention en vertu de laquelle la garde des enfants était confiée à l'épouse qui obtenait aussi plus que sa part des biens matrimoniaux. La femme renonçait à sa créance alimentaire et le mari s'engageait à verser des aliments aux enfants. À cette époque, l'épouse était à la tête d'une entreprise lucrative. Mais, deux années plus tard, à cause d'un revirement de l'économie, son entreprise a subi des pertes. Elle ne disposait d'aucune autre source de revenus. Elle a demandé la modification du jugement de divorce, afin d'obtenir des aliments pour elle-même et la hausse de ceux versés aux enfants.

Le juge Kerans de la Cour d'appel a étudié les divers points de vue. Comme je l'ai dit auparavant, il s'est dit mécontent de la notion selon laquelle le fait qu'un requérant soit tributaire de l'aide sociale justifie l'intervention du juge dans le contrat conclu par les parties. Il cite alors la jurisprudence qui favorise la liberté contractuelle afin d'assurer le caractère définitif, et conclut, à la p. 118:

[TRADUCTION] Je suis enclin à convenir que les normes d'intervention n'offrent pas assez de protection aux arrangements contractuels et qu'elles ont nécessairement pour effet de décourager les conventions, au moins lorsque les deux conjoints ont continué de faire carrière tout au long du mariage et qu'il n'ont pas d'enfant. Dans de tels cas, il serait curieux que nous refusions de donner effet à un marché conclu entre deux personnes égales, juridiquement capables et éclairées; je pense que les tribunaux albertains ont eu tendance à confirmer ce point de vue.

Le juge Kerans a aussi fait remarquer qu'on pouvait raisonnablement présumer que si la femme avait renoncé à recevoir des aliments, c'était partiellement en échange d'un partage inégal des biens en sa faveur. De l'avis du juge, c'était là une circonstance qui militait fortement contre toute intervention. Mais il a conclu en outre que la question du soutien du conjoint ne pouvait être séparée de celle du soutien des enfants. Voici ce qu'il écrit, aux pp. 118 et 119:

[TRADUCTION] D'autre part, on ne peut, en l'espèce, traiter la question du soutien du conjoint séparément de la question du soutien des enfants. Le montant fixé directement à l'intention des enfants l'a été, apparemment, par consentement. Toutefois, cela ne prive pas le

jurisdiction to make a different order. The comfortable standard of living previously offered to these children by these parents could not possibly be maintained at \$150 or indeed at \$225 monthly. These awards assume that somebody is making a major contribution by some other means. An examination of the \$1,800 monthly expenditure of the mother demonstrates that the bulk is expended for the children. This is not a case where the mother has received a handsome property settlement or lump sum maintenance to provide for such expenses. It is a proper case to accept and apply this observation by Wilson J. ["The Variation of Support Orders", *op. cit.*] (at p. 42):

"While it may make sense in principle to differentiate between the enforceability of separation agreements as they affect child maintenance as opposed to spousal maintenance, I wonder whether as a practical matter we may not to some extent be deluding ourselves when we do this. A family is an indivisible economic unit. When a needy spouse is denied maintenance because she has unwisely, but freely, bargained her rights away, the children who live with that spouse inevitably are affected adversely. Anderson J. of the British Columbia Supreme Court in *Sumner v. Sumner* (1973), 12 R.F.L. 324 at 325, recognized the realities of the situation:

"In conclusion, I wish to add that in my opinion the children have a right to an increased standard of living, in accordance with the combined increase in the earnings of their parents. This increase in the standard of living cannot be limited to the children. The family unit cannot be divided into parts so that the standard of living of the children increases while that of their mother, who maintains and cares for them, remains the same. This will be so even if the petitioner would not have been entitled to increased maintenance for herself had the children remained with and been maintained by the father."

Kerans J.A. accordingly granted the wife's appeal and made an order for spousal maintenance.

The principle in *Jull* was also applied in the Nova Scotia Family Court in *Binns v. Binns* (1985) 45 R.F.L. (2d) 369. As in the former case, the wife in *Binns* obtained custody of the children of the marriage and waived her right to spousal maintenance in a separation agreement. A few

tribunal de son pouvoir de rendre une ordonnance différente. Le niveau de vie aisé dont ces parents faisaient auparavant bénéficier leurs enfants ne saurait être maintenu par une pension mensuelle de 150 \$, ni même de 225 \$. Ces pensions laissent présupposer que quelqu'un apporte une contribution majeure par quelque autre moyen. Un examen des 1 800 \$ dépensés mensuellement par la mère démontre que cette somme est en majeure partie consacrée aux enfants. Il ne s'agit pas d'un cas où la mère a reçu certains biens importants à titre de règlement ou un montant alimentaire forfaitaire quelconque permettant de pourvoir à de telles dépenses. C'est un cas où il convient d'accepter et d'appliquer cette observation du juge Wilson ["The Variation of Support Orders", *op. cit.*] (à la p. 42):

"S'il paraît logique en principe d'établir une distinction entre la possibilité de forcer l'exécution des conventions de séparation qui touchent aux aliments à verser aux enfants par opposition à ceux à verser au conjoint, je me demande si, en pratique, nous ne nous leurrions pas jusqu'à un certain point en faisant cela. La famille constitue une unité économique indivisible. Lorsqu'un conjoint nécessiteux se voit refuser des aliments parce qu'il a imprudemment mais librement renoncé à ses droits, les enfants qui vivent avec lui en souffrent inévitablement. Le juge Anderson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans la décision *Sumner v. Sumner* (1973), 12 R.F.L. 324, à la p. 325, était conscient de la situation réelle:

"En conclusion, je tiens à ajouter qu'à mon avis les enfants ont droit à une hausse de leur niveau de vie proportionnelle à la hausse totale des revenus de leurs parents. Cette hausse de niveau de vie ne saurait être limitée aux enfants. La cellule familiale ne saurait être démembrée de façon que le niveau de vie des enfants s'élève alors que celui de leur mère, qui voit à leur entretien et prend soin d'eux, demeure le même. Il en sera ainsi même si la requérante n'avait pas eu droit à une hausse d'aliments pour elle-même, si les enfants avaient été confiés au père et entretenus par lui."

Le juge Kerans a donc fait droit à l'appel formé par la femme et rendu une ordonnance alimentaire à son profit.

Le principe de l'arrêt *Jull* a aussi été appliqué par le tribunal de la famille de la Nouvelle-Écosse dans son arrêt *Binns v. Binns* (1985), 45 R.F.L. (2d) 369. Comme dans l'affaire précédente, l'épouse, dans l'affaire *Binns*, avait obtenu la garde des enfants issus du mariage et avait renoncé à son

years later the wife left her job in order to care for her children full time. The husband agreed to increase his child support payments. As well, the wife sought spousal maintenance for herself under s. 11(2). Butler Fam. Ct. J. granted the application. He commented on *Jull* as follows at p. 374:

It is interesting to note that the Court of Appeal of Alberta took this action in spite of the minutes of settlement. What is more interesting is that the court linked the mother to the children. The children being deprived because of the mother's dire circumstances brought the matter to the court's attention and she was granted her maintenance. There appears to have been no concern about the fact that a benefit was being conferred on the mother as long as the children benefited.

(3) Unconscionability

Blair J.A.'s third category comprises cases in which the maintenance provisions are part of an invalid and unenforceable contract. Zuber J.A. treats this as a separate category entirely and I think rightly so. If the contract is invalid then the question as to whether or not the court should defer to its terms disappears. Thus, unconscionability in the technical sense, it seems to me, is not properly a part of this discussion. However, I would like to address the comment of Lambert J.A. that unconscionability is only indirectly relevant to a s. 11(2) application since the order made under s. 11(1) would not be a nullity even if the agreement it incorporated was found to be unconscionable. While this is technically correct, it seems to me that a court in these circumstances would legitimately feel less constrained in exercising its power to vary, the rationale for judicial restraint being deference to presumably valid arrangements. Conversely, I agree with Zuber J.A.'s view in *Farquar* that, where the incorporated agreement is valid, the fact of its incorporation into the order does not add much weight. What is important is the fact that the parties endeavoured to settle their obligations through negotiation rather than litiga-

droit à des aliments dans une convention de séparation. Quelques années plus tard, la femme quittait son travail pour s'occuper à plein temps de ses enfants. Le mari accepta de hausser la pension alimentaire des enfants. De même, la femme demanda une pension alimentaire pour elle-même en se fondant sur le par. 11(2). Le juge Butler du tribunal de la famille a fait droit à la demande. Il a commenté l'arrêt *Jull* dans les termes suivants à la p. 374:

[TRADUCTION] Il est intéressant de noter que la Cour d'appel de l'Alberta a agi en ce sens malgré la convention. Ce qui est encore plus intéressant, c'est que la cour a lié les intérêts de la mère à ceux des enfants. Les enfants qui subissaient un préjudice du fait de l'état de dénuement de la mère, ont porté cela à l'attention de la cour qui lui a accordé des aliments. On ne paraît pas s'être préoccupé du fait que la mère se voyait ainsi conférer un avantage, dans la mesure où les enfants en profitaient.

(3) La lésion

La troisième catégorie énumérée par le juge Blair regroupe les cas où les stipulations alimentaires font partie d'un contrat invalide et inexécutoire. Le juge Zuber considère cette catégorie comme entièrement distincte, et ce, à bon droit je pense. Si le contrat est invalide, alors la question de savoir si le tribunal doit ou non s'en tenir à ses modalités disparaît. Ainsi, la lésion au sens technique, me semble-t-il, ne fait pas proprement partie de la présente analyse. Je tiens néanmoins à aborder les observations du juge Lambert, selon lesquelles la lésion n'est pertinente qu'indirectement dans le cas d'une requête fondée sur le par. 11(2), puisque l'ordonnance rendue en vertu du par. 11(1) ne saurait être nulle, même si la convention qui y est incorporée devait être jugée lésionnaire. Bien que cela soit vrai en principe, il me semble que, dans ces circonstances, un tribunal se sentirait, à bon droit, moins limité dans l'exercice de son pouvoir de modification, la raison de la non-intervention des juges étant leur respect pour des arrangements présumément valides. À l'inverse, je suis d'accord avec le point de vue exprimé par le juge Zuber dans l'arrêt *Farquar* que, lorsque la convention incorporée est valide, le fait qu'elle soit incorporée dans l'ordonnance n'ajoute pas beaucoup de poids. Ce qui importe, c'est que les parties

tion and arrived at a valid and enforceable agreement.

VII. Conclusions

The need to compensate for systemic gender-based inequality advanced by Matas J.A. in *Ross* forms a counterpoint to the need for finality identified by Anderson J. in *Dal Santo* and approved by Zuber J.A. in *Farquar* and Lambert J.A. in the present appeal. The Alberta Court of Appeal in *Jull* describes the tension in terms of the competing values of fairness and freedom. While I am in sympathy with Matas J.A.'s concern, I believe that the case by case approach and the continuing surveillance by the courts over the consensual arrangements of former spouses which he advocates will ultimately reinforce the very bias he seeks to counteract. In addition, I believe that every encouragement should be given to ex-spouses to settle their financial affairs in a final way so that they can put their mistakes behind them and get on with their lives. I would, with all due respect, reject the Manitoba Court of Appeal's broad and unrestricted interpretation of the court's jurisdiction in maintenance matters. It seems to me that it goes against the main stream of recent authority, both legislative and judicial, which emphasizes mediation, conciliation and negotiation as the appropriate means of settling the affairs of the spouses when the marriage relationship dissolves.

However, as I stated at the outset, the *Hyman* principle that parties cannot by contract oust the jurisdiction of the court in matters of spousal maintenance is an established tenet of Canadian law. The question thus becomes the nature and extent of the constraint imposed on the courts by the presence of an agreement which was intended by the parties to settle their affairs in a final and conclusive manner. The *Webb* standard of catastrophic change (by which is meant, I believe, that the change must be "dramatic" or "radical" or "gross", not that it must be the result of a catastrophe) is one attempt to reconcile the competing values represented by *Farquar* and *Ross* and still remain within the ambit of the *Hyman* principle

aient cherché à fixer leurs obligations par la négociation plutôt que par le débat judiciaire et qu'elles soient arrivées à un accord valide et exécutoire.

VII. Conclusions

La nécessité de contrebalancer l'inégalité systémique fondée sur le sexe, dont parle le juge Matas dans l'arrêt *Ross*, fait contrepoids au besoin de caractère définitif identifié par le juge Anderson dans la décision *Dal Santo* qui a été approuvée par le juge Zuber dans l'arrêt *Farquar* et par le juge Lambert en l'espèce. La Cour d'appel de l'Alberta, dans l'arrêt *Jull*, décrit cette tension en fonction des valeurs concurrentes de l'équité et de la liberté. Certes, je partage le souci du juge Matas, mais je crois que l'étude cas par cas et la surveillance constante par les tribunaux des arrangements consensuels intervenus entre ex-époux, qu'il préconise, finiront par renforcer l'inéquité même qu'il cherche à combattre. De plus, je crois que les anciens conjoints devraient toujours être encouragés à régler définitivement leurs affaires financières, de manière à pouvoir laisser derrière eux leurs erreurs et à refaire leur vie. Je rejetterais, avec égards, l'interprétation large et illimitée que la Cour d'appel du Manitoba donne à la compétence d'un tribunal en matière alimentaire. Elle me semble aller à l'encontre du principal courant du droit récent, tant législatif que prétorien, qui met l'accent sur la médiation, la conciliation et la négociation comme moyens appropriés pour les époux de régler leurs affaires au moment de la dissolution du lien conjugal.

Toutefois, comme je l'ai dit au départ, le principe de l'arrêt *Hyman* selon lequel les parties ne peuvent écarter par contrat la compétence du tribunal en matière alimentaire conjugale constitue un précepte bien établi du droit canadien. La question devient donc celle de la nature et de l'étendue des restrictions imposées aux tribunaux par l'existence d'une convention qui, selon l'intention des parties, devait régler leurs affaires de manière définitive et décisive. La norme du changement catastrophique énoncée dans l'arrêt *Webb* (qui signifie, selon moi, que le changement doit être «dramatique» ou «radical», et non pas qu'il doit résulter d'une catastrophe) est une tentative de concilier les valeurs concurrentes représentées par

and the language of the statute. However, although I agree that radical change should be an important factor in a court's decision to interfere with freely negotiated minutes of settlement, by itself it provides too imprecise a standard. It fails to relate the change in any way to the fact of the marriage so as to justify attributing responsibility for it to the former spouse. Moreover, the legitimization offered in *Webb* and by Wong L.J.S.C. in the present appeal in terms of a change which negates a fundamental premise of the contract provides no guidance whatsoever in cases of totally unexpected and unanticipated misfortunes.

The approach taken by Zuber J.A. in *Farquar* also falls short of articulating a workable criterion by failing to identify the requisites of the "narrow range of cases". I do, however, agree with Zuber J.A.'s emphasis on the importance of finality in the financial affairs of former spouses and that considerable deference should be paid to the right and the responsibility of individuals to make their own decisions.

It seems to me that where the parties have negotiated their own agreement, freely and on the advice of independent legal counsel, as to how their financial affairs should be settled on the breakdown of their marriage, and the agreement is not unconscionable in the substantive law sense, it should be respected. People should be encouraged to take responsibility for their own lives and their own decisions. This should be the overriding policy consideration.

The test of radical change in *Webb* is an attempt to carve a fairly narrow exception to the general policy of restraint. It fails, however, in my opinion in one important particular. It makes the mere magnitude of the change the justification for the Court's intervention and takes no account of whether or not the change is in any way related to the fact of the marriage. In order to impose responsibility for changed circumstances on a former spouse it seems to me essential that there be some relationship between the change and the marriage. Matas J.A. hinted at this in *Ross*. In the case of a

les arrêts *Farquar* et *Ross*, et demeure néanmoins fidèle au principe de l'arrêt *Hyman* et à la lettre de la loi. Mais, bien que je reconnaisse qu'un changement radical constituerait un facteur important dans la décision d'un tribunal d'intervenir dans une convention librement négociée, c'est en soi une norme trop imprécise. Elle ne relie aucunement le changement au mariage de manière à justifier d'en attribuer la responsabilité à l'ancien conjoint. De plus, la légitimation qu'offrent l'arrêt *Webb* et le juge Wong en l'espèce, au sens d'un changement qui anéantirait une hypothèse fondamentale du contrat, ne peut nous guider dans les cas d'infortunes totalement imprévues et inattendues.

Le point de vue adopté par le juge Zuber dans l'arrêt *Farquar* est également loin de formuler un critère pratique du fait qu'il ne dégage pas les caractéristiques requises de la «catégorie de cas limitée». Je conviens cependant avec le juge Zuber qu'on ne saurait trop souligner l'importance du caractère définitif dans les affaires financières des anciens conjoints et de tout le respect qui devrait être accordé au droit et à l'obligation qu'ont les individus de prendre leurs propres décisions.

Il me semble que lorsque les parties ont d'elles-mêmes, librement et après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants, négocié une convention sur la façon de régler leurs affaires financières au moment de la rupture de leur mariage, et que cette convention n'est pas lésionnaire au sens du droit positif, elle devrait être respectée. Les gens devraient être encouragés à assumer la responsabilité de leur propre vie et de leurs propres décisions. Ce devrait être là le souci d'ordre public prédominant.

Le critère du changement radical énoncé dans l'arrêt *Webb* constitue une tentative de création d'une exception passablement limitée à la politique générale de non-intervention. Cependant, j'estime qu'il échoue sur un aspect important. Il justifie par la simple ampleur du changement l'intervention du tribunal, sans tenir compte des rapports que le changement peut avoir avec le mariage lui-même. Pour imputer à un ancien conjoint la responsabilité d'un changement de circonstances, il me semble essentiel qu'il y ait un rapport quelconque entre ce changement et le mariage. Le juge Matas avait

wife who has devoted herself exclusively to home and children and has acquired no working skills outside the home, this relationship is readily established. The former spouse in these circumstances should have a responsibility for a radical change in his ex-wife's circumstances generated as a consequence of her total dependency during the period of the marriage. By way of contrast, a former spouse who simply falls upon hard times through unwise investment, business adversity, or a life style beyond his or her means should not be able to fall back on the former spouse, no matter how radical the change may be, simply because they once were husband and wife.

Absent some causal connection between the changed circumstances and the marriage, it seems to me that parties who have declared their relationship at an end should be taken at their word. They made the decision to marry and they made the decision to terminate their marriage. Their decisions should be respected. They should thereafter be free to make new lives for themselves without an ongoing contingent liability for future misfortunes which may befall the other. It is only, in my view, where the future misfortune has its genesis in the fact of the marriage that the court should be able to override the settlement of their affairs made by the parties themselves. Each marriage relationship creates its own economic pattern from which the self-sufficiency or dependency of the partners flows. The assessment of the extent of that pattern's post-marital impact is essentially a matter for the judge of first instance. The causal connection between the severe hardship being experienced by the former spouse and the marriage provides, in my view, the necessary legal criterion for determining when a case falls within the "narrow range of cases" referred to by Zuber J.A. in *Farquar*. It is this element which is missing in *Webb*. Accordingly, where an applicant seeking maintenance or an increase in the existing level of maintenance establishes that he or she has suffered a radical change in circumstances flowing from an economic pattern of dependency engendered by the marriage, the court may exercise its relieving

déjà fait allusion à cela dans l'arrêt *Ross*. Dans le cas d'une épouse qui s'est consacrée exclusivement à son foyer et à ses enfants et qui n'a acquis aucune compétence professionnelle en dehors du foyer, ce rapport s'établit facilement. L'ancien conjoint, dans ces circonstances, devrait assumer la responsabilité d'un changement radical de la situation de son ex-épouse découlant de son état de dépendance totale pendant la durée du mariage. À l'inverse, l'ancien conjoint qui doit faire face à des temps difficiles simplement parce qu'il a fait des placements risqués, parce qu'il subit un revers en affaires ou parce qu'il vit au-dessus de ses moyens, ne devrait pas pouvoir se retourner contre son ancien conjoint, si radical que ce changement puisse être, simplement parce qu'ils ont déjà été mariés.

En l'absence d'un lien de causalité entre le changement de circonstances et le mariage, il me semble que les parties qui déclarent mettre fin à leurs rapports devraient être prises au mot. Elles ont décidé de se marier, puis de dissoudre leur mariage. Leurs décisions devraient être respectées. Elles devraient par la suite être libres de refaire leur vie sans avoir à assumer une responsabilité contingente permanente pour les éventuelles infortunes de l'autre. Ce n'est, à mon avis, que lorsque cette éventuelle infortune tire son origine du mariage lui-même que le tribunal devrait pouvoir passer outre au règlement de leurs affaires, auquel elles sont elles-mêmes arrivées. Chaque relation conjugale crée son propre régime économique dont découle l'autosuffisance ou l'état de dépendance des partenaires. L'évaluation de l'étendue des répercussions post-conjugales de ce régime est essentiellement l'affaire du juge de première instance. Le lien de causalité entre les difficultés importantes éprouvées par l'ancien conjoint et le mariage offre, à mon avis, le critère juridique nécessaire pour déterminer quand une affaire se situe dans la «catégorie de cas limitée» dont parle le juge Zuber dans l'arrêt *Farquar*. C'est cet élément qui manque dans l'arrêt *Webb*. En conséquence, lorsque la personne qui fait une demande de pension alimentaire ou de majoration d'une pension alimentaire établit qu'elle a été victime d'un changement radical de circonstances, découlant d'un état de dépendance économique engendré

power. Otherwise, the obligation to support the former spouse should be, as in the case of any other citizen, the communal responsibility of the state.

VIII. Disposition of the Appeal

The dependency of the appellant Mrs. Pelech on social assistance is evidence of the extremity of her need. In addition, there are the observations of Wong L.J.S.C. at trial that her impoverishment is dire and her future prospects limited if not non-existent. However, although I agree with him that her present state evidences "a gross change in circumstances" since the time of the original order incorporating the minutes of settlement in 1969, no link is found by the trial judge between the change of circumstances and her former marriage to Mr. Pelech. Indeed, quite the contrary. Wong L.J.S.C. found that the psychological problems which have resulted in her inability to care for herself pre-dated the marriage and contributed to its failure. He specifically rejected the submission that they stemmed from the marriage or from the behaviour of the respondent during it.

Wong L.J.S.C. also rejected the submission that the agreement was improvident and unconscionable. He found that it was entered into freely by Mrs. Pelech on the advice of counsel and was perfectly fair at the time it was made. He found, however, that the basic premise on which it was entered into, namely that Mrs. Pelech would be able to work and support herself, had not materialized.

While I realize that Mrs. Pelech's present hardship is great, to burden the respondent with her care fifteen years after their marriage has ended for no other reason than that they were once husband and wife seems to me to create a fiction of marital responsibility at the expense of individual responsibility. I believe that the courts must recognize the right of the individual to end a

par le mariage, le tribunal peut exercer son pouvoir de redressement. Dans les autres cas, l'obligation de soutenir l'ancien conjoint devrait être, comme dans le cas de tout autre citoyen, la responsabilité commune de l'État.

VIII. Dispositif

Le fait que l'appelante, M^{me} Pelech, soit titulaire de l'aide sociale est la preuve de l'état d'extrême nécessité dans lequel elle se trouve. En outre, il y a les observations faites par le juge Wong, en première instance, selon lesquelles son dénuement est extrême et ses perspectives d'avenir sombres, voire désespérées. Mais, bien que je convienne avec lui que sa situation présente démontre [TRADUCTION] «un changement radical de circonstances» depuis l'époque où a été rendue la première ordonnance qui incorporait la convention de 1969, le juge de première instance n'a constaté l'existence d'aucun rapport entre ce changement de circonstances et son ancien mariage avec M. Pelech. En vérité, c'est tout le contraire. Le juge Wong a constaté que ses problèmes psychologiques, à l'origine de son incapacité de subvenir à ses propres besoins, remontaient à une époque antérieure au mariage et ont contribué à son échec. Il a expressément rejeté l'argument selon lequel ils résultaient du mariage ou du comportement de l'intimé au cours de celui-ci.

Le juge Wong a aussi rejeté la prétention que la convention ne tenait aucun compte de l'avenir et était lésionnaire. Il a jugé que M^{me} Pelech y avait souscrit librement, après avoir consulté un avocat, et que cette convention était parfaitement équitable au moment où elle a été conclue. Il a jugé cependant que l'hypothèse fondamentale sur laquelle elle se fondait, soit que M^{me} Pelech pourrait travailler et subvenir à ses propres besoins, ne s'était pas concrétisée.

Tout en étant consciente du grand dénuement dans lequel se trouve actuellement M^{me} Pelech, il me semble qu'imposer à l'intimé le fardeau de prendre soin d'elle, quinze ans après la rupture de leur mariage, pour la seule raison qu'ils ont déjà été mariés revient à créer une fiction de responsabilité conjugale aux dépens de la responsabilité individuelle. Je crois que les tribunaux doivent

relationship as well as to begin one and should not, when all other aspects of the relationship have long since ceased, treat the financial responsibility as continuing indefinitely into the future. Where parties, instead of resorting to litigation, have acted in a mature and responsible fashion to settle their financial affairs in a final way and their settlement is not vulnerable to attack on any other basis, it should not, in my view, be undermined by courts concluding with the benefit of hindsight that they should have done it differently.

For these reasons I would dismiss the appeal. I would make no award as to costs.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—This case is concerned with the nature of “the change in the conditions, means or circumstances” that will, under s. 11(2) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, justify a court in ordering a variation of an order for maintenance made under s. 11(1) of that Act. I have had the advantage of reading the judgment of my colleague, Justice Wilson, and I agree with her proposed disposition of this case. I also agree with her reasons for judgment regarding the jurisdictional issues and, subject to the remarks in this judgment and in my judgment in the companion case of *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857, with those regarding the meaning and effect of s. 11(2) as well. It may be useful, however, for me to succinctly set forth my views on some of the central issues in my own words.

Inherent in the nature of divorce is the element of finality. Spouses wish to put an end to their relationship and Parliament has provided a legal procedure for doing so. All aspects of the marital relationship should, as much as possible, come to an end on divorce. As Lamer J., McIntyre and Wilson JJ. concurring, put it in *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401, at p. 421: “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, prov-

reconnaître à l'individu le droit de mettre fin à une relation tout comme celui d'en commencer une et qu'ils ne devraient pas, lorsque tous les autres aspects de la relation ont depuis longtemps cessé d'exister, considérer que la responsabilité financière se prolonge indéfiniment dans l'avenir. Lorsque les parties, au lieu d'avoir recours à la justice, ont agi en adultes responsables pour régler leurs affaires financières d'une manière définitive, et que le règlement ne peut être contesté sur aucun autre fondement, les tribunaux ne devraient pas, à mon avis, miner ce règlement en concluant, après coup, que les parties auraient dû régler leurs affaires différemment.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Cette affaire porte sur la nature du «changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances» qui, aux termes du par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8, permet à un tribunal de modifier une ordonnance alimentaire rendue en vertu du par. 11(1) de la Loi. J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge Wilson et je souscris à la solution qu'elle propose d'apporter au litige. Je souscris aussi à ses motifs de jugement concernant les moyens déclinatoires et également, sous réserve des remarques que je fais en l'espèce et dans l'affaire connexe *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, concernant le sens et l'effet du par. 11(2). Toutefois, il peut être utile que j'expose succinctement, dans mes propres termes, mon opinion sur certains des principaux points litigieux.

Le caractère définitif est un élément inhérent au divorce. Les conjoints veulent mettre fin à leur relation et le législateur fédéral leur a prescrit une procédure pour ce faire. Tous les aspects du lien conjugal devraient, autant que faire se peut, disparaître avec le divorce. Comme l'a affirmé le juge Lamer, à l'opinion duquel ont souscrit les juges McIntyre et Wilson, dans l'arrêt *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401, à la p. 421: «Si le divorce met fin au mariage, il est souhaitable que la *Loi sur le divorce* s'applique de façon à favoriser

ided—this must be borne in mind—that such a thing is possible.” Lamer J. was dissenting in that case, but I see no real difference on this point between him and Chouinard J. who gave the majority judgment. At page 416, Chouinard J., speaking of the situation in that case, made it clear that “the obligation of support between ex-spouses should [not] continue indefinitely when the marriage bond is dissolved, or that one spouse can continue to be a drag on the other indefinitely ...”.

Yet as the proviso in Lamer J.’s judgment indicates, it is often not possible for all financial ties to be severed on divorce, and it becomes necessary to “require that the former spouse who does not have an economic need created by the marriage to assist the one who has such a need to become financially rehabilitated”. (The words are those of the Law Reform Commission of Canada in its Working Paper No. 12, *Maintenance on Divorce* (1975), p. 30, which is cited with approval by Lamer J. at pp. 421-22.) Moreover, both the Commission and Lamer J. recognize that in some cases maintenance must be permanent.

Section 11(1) provides for all these eventualities with its intentional flexibility, to use Chouinard J.’s phrase. In some respects, it is true, as he points out, that a maintenance award is never final, for Parliament has by s. 11(2) provided for variations to maintenance orders where there is any change in the conditions, means or other circumstances of the parties. Chouinard J.’s words must, however, be read in the context in which they were made, one involving periodic maintenance where the wife had as yet been unable to find employment following the divorce.

The situation here is entirely different. Where the parties have attempted to finally settle their financial situation and a court, in the exercise of its discretion under s. 11(1), has confirmed that settlement as being “fit and just”, the element of finality inherent in divorce and in such an arrange-

la fin de toutes relations, mêmes financières, toujours, il est bon de le rappeler, lorsque la chose est possible.» Le juge Lamer était dissident dans cette affaire, mais je ne vois pas de véritable différence sur ce point entre lui et le juge Chouinard, auteur de l’arrêt majoritaire. À la page 416, le juge Chouinard, parlant de la situation dans cette affaire, affirme clairement que «l’obligation de secours entre ex-conjoints [ne] doit [pas] survivre indéfiniment à la dissolution du lien matrimonial [...et] qu’un conjoint [ne] peut compter être indéfiniment à la remorque de l’autre. . .»

Mais pourtant, comme l’indique la réserve dans les motifs du juge Lamer, souvent il n’est pas possible que tous les liens financiers soient rompus au moment du divorce, aussi devient-il nécessaire d’intervenir pour que l’ex-époux n’ayant aucun besoin financier créé par le mariage, soit tenu d’aider l’autre qui a besoin de cette aide pour se réadapter financièrement.» (Ces termes sont ceux qu’emploie la Commission de réforme du droit du Canada dans son document de travail n° 12, intitulé *Les divorcés et leur soutien* (1975), à la p. 33, que cite et approuve le juge Lamer aux pp. 421 et 422.) De plus, la Commission et le juge Lamer reconnaissent tous les deux que, dans certains cas, le soutien alimentaire doit être permanent.

Le paragraphe 11(1) pourvoit à toutes ces éventualités avec la souplesse voulue, pour reprendre l’expression du juge Chouinard. À certains égards, il est vrai, comme il le fait remarquer, une ordonnance alimentaire n’est jamais définitive, car le Parlement a prévu, au par. 11(2), la possibilité de modifier les ordonnances alimentaires quand survient un changement de l’état ou des facultés de l’une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent. Il faut cependant situer les propos du juge Chouinard dans leur contexte, celui d’une pension alimentaire échelonnée où la femme n’était pas encore parvenue à se trouver un emploi après le divorce.

La situation ici est entièrement différente. Lorsque les parties ont tenté de régler définitivement leur situation financière et qu’un tribunal, dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 11(1), a confirmé cette convention comme étant «juste et appropriée», le caractère

ment must be respected in the absence of the most cogent reasons. As Wilson J. has stated extrajudicially, "The court applied to must start off with the premise that the order sought to be varied was a proper one when made"; see her paper, "The Variation of Support Orders" in Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé (eds.), *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), p. 35, at p. 36. Here it is not argued that the original order was inequitable. The trial judge stated that viewed objectively, even in retrospect, he could not say the settlement was unfair.

Where, in my view, the trial judge erred was in the changes he took into account in ordering a variation. There were undoubtedly marked changes in the fortunes of the parties. Mr. Pelech's affairs prospered and he is now a wealthy man. By contrast, Mrs. Pelech, owing to ill health, is unable to work and is now receiving public assistance. But neither the affluence of the one nor the poverty of the other is really attributable to the marriage or the marriage settlement. They arise, rather, from circumstances unconnected with them.

So far at least as spousal maintenance is concerned, I agree with Wilson J. that in employing the phrase "any change" in s. 11(2), Parliament did not have in mind changes having no real causal connection with the marriage relationship or the settlement. Broad general words like these must, of course, be read in context and in light of the intention of Parliament. What Parliament has sought to do by the *Divorce Act* is to bring an end to the marriage while providing a mechanism to apportion equitably the burden of the economic disadvantages that may have resulted to a spouse by reason of the marriage. Mrs. Pelech's misfortune has resulted in her being a charge on the public purse. But that is no reason to transfer that burden to Mr. Pelech simply because he has had good fortune. The obligation to support her in such a case is on the public. This is not a case, as in my

définitif inhérent au divorce et à un tel arrangement doit être respecté en l'absence des raisons les plus convaincantes. Comme le juge Wilson l'a déjà dit en dehors du prétoire: [TRADUCTION] «Le tribunal saisi doit au départ tenir pour acquis que l'ordonnance qu'on demande de modifier était appropriée lorsqu'elle a été rendue»; voir son article intitulé «The Variation of Support Orders» dans Rosalie S. Abella et Claire L'Heureux-Dubé (éd.), *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), p. 35, à la p. 36. On ne prétend pas ici que l'ordonnance initiale était inéquitable. Le juge de première instance a affirmé qu'objectivement, même après coup, il ne pouvait dire que la convention était inéquitable.

Là où, à mon avis, le juge de première instance a eu tort, c'est dans les changements dont il a tenu compte pour ordonner la modification. Il ne fait aucun doute que des changements marqués sont survenus dans le sort des parties. Les affaires de M. Pelech ont prospéré et c'est maintenant un homme riche. Au contraire, M^{me} Pelech, en raison d'une mauvaise santé, est incapable de travailler et doit maintenant avoir recours à l'aide sociale. Mais ni la richesse de l'un ni la pauvreté de l'autre ne sont vraiment attribuables au mariage ou à la convention qui y a mis un terme. Ils découlent plutôt de circonstances n'ayant aucun rapport avec ceux-ci.

Pour ce qui est à tout le moins des aliments dus au conjoint, je conviens avec le juge Wilson qu'en employant l'expression «tout changement» au par. 11(2), le législateur ne pensait pas à des changements n'ayant aucun lien de causalité réel avec le mariage ou la convention. Des termes aussi généraux que ceux-ci doivent, bien entendu, être situés dans leur contexte et interprétés en tenant compte de l'intention du législateur. Ce que le législateur a voulu faire au moyen de la *Loi sur le divorce*, c'est de mettre fin au mariage, tout en prévoyant un mécanisme de partage équitable des désavantages économiques, liés à l'existence du mariage, qui pourraient en résulter pour un conjoint. L'infortune de M^{me} Pelech a fait qu'elle est à la charge du trésor public. Mais ce n'est pas là une raison pour transférer ce fardeau à M. Pelech, simplement parce qu'il a été plus fortuné. L'obligation de

view *Richardson* is, where the poverty of the spouse results from the marriage.

It is not so much that the changes in circumstances are not radical that is important here, but that these changes are irrelevant to the nature of the change required to warrant a variation. I might add that I agree that the changes will usually need to be of a highly significant character to warrant a variation of a settlement incorporated in an original maintenance order. However, I can imagine cases beyond those of unconscionability in the technical sense where it is not so much the dimensions of the change as the circumstances existing at the time the original order was made that will warrant the making of a variation, but these too will be highly exceptional cases.

For these reasons, I would dispose of the appeal in the manner proposed by Wilson J.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Buffam, Hall, Victoria.

Solicitors for the respondent: Stewart, Aulinger & Company, Vancouver.

soutien dans un cas comme celui-ci revient à la société. Il ne s'agit pas d'un cas, comme en est un à mon avis celui de *Richardson*, où la pauvreté du conjoint résulte du mariage.

^a Ce qui importe ici ce n'est pas tant le fait que ces changements de circonstances ne sont pas radicaux, mais plutôt le fait qu'ils n'ont rien à voir avec le changement requis pour justifier une modification. Je pourrais ajouter que je conviens que ces changements doivent ordinairement être extrêmement importants pour justifier la modification d'une convention incorporée dans l'ordonnance alimentaire initiale. Toutefois, je puis imaginer des cas, outre ceux où il y a lésion au sens technique, où ce n'est pas tant l'ampleur du changement que les circonstances qui prévalaient au moment où l'ordonnance initiale a été rendue qui justifieront une modification, mais là aussi il s'agira de cas très exceptionnels.

Pour ces motifs, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge Wilson.

^e *Pourvoi rejeté.*

«Procureurs de l'appelante: Buffam, Hall, Victoria.

Procureurs de l'intimé: Stewart, Aulinger & Company, Vancouver.