

Karen Elaine Talsky *Appellant*;
and
Simon Talsky *Respondent*.

1975: May 6; 1975: October 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Infants—Custody—Appeal—Function of appellate Court.

The trial judge in awarding custody of the two infant children of the marriage to the appellant, first, treated the welfare of the children as the paramount consideration, but not the sole consideration, and second, regarded the view that children of tender years should be given to the custody of their mother not as any rule of law, but purely as a principle of common sense. The Court of Appeal decided that the judgment at trial should be reversed and awarded custody to the respondent.

Held (Spence and Beetz JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Judson and de Grandpré JJ.: The Court of Appeal erred in concluding that the trial judge had misdirected himself. There was no manifest error by the trial judge to justify an appellate court, in a case where facts only were under consideration, disturbing the judgment at trial which should be restored. The function of an appellate court is not to retry a case.

Per Spence and Beetz JJ. *dissenting*: While the conduct of the parties should not be considered in an attempt to make any award of custody punitive and the paramount consideration in custody matters is the welfare of the children, none the less the conduct of the parents is a necessary and most important consideration in assessing their worth as custodians of the infant children. Upon this subject the view expressed for the Court of Appeal is to be preferred to the conclusions of the trial judge who under the circumstances gave too much weight to the principle that custody of children of tender years should be given to their mother.

[*Hood v. Hood*, [1972] S.C.R. 244; *Sparks et al. v. Thompson*, [1975] 1 S.C.R. 618; *Métivier et al. v. Cadorette* S.C.C., June 26, 1975, to be published; *Stein et al. v. The Ship "Kathy K" et al.* (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; *Re L. (infants)*, [1962] 3 All E.R. 1 referred to.]

Karen Elaine Talsky *Appelante*;
et
Simon Talsky *Intimé*.

1975: le 6 mai; 1975: le 27 octobre.

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

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

Enfants mineurs—Garde d'enfants—Appel—Rôle de la Cour d'appel.

En attribuant à l'appelante la garde des deux enfants en bas âge issus du mariage, le juge de première instance a d'abord pris le bien-être des enfants comme étant la considération prépondérante mais non la seule considération, et il a ensuite estimé que des enfants en bas âge devraient être confiés à la garde de leur mère non pas en vertu d'une règle de droit mais uniquement en vertu du bon sens. La Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance et a attribué la garde des enfants à l'intimé.

Arrêt (les juges Spence et Beetz étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

Le juge en chef Laskin et les juges Judson et de Grandpré: La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le juge de première instance s'était trompé. Ce dernier n'a commis aucune erreur manifeste qui justifierait une cour d'appel, dans une affaire où l'on tient compte des faits seulement, à infirmer son jugement qui doit être rétabli. Le rôle d'une cour d'appel n'est pas de réentendre une affaire.

Les juges Spence et Beetz, *dissidents*: Bien que la conduite des parents ne doive pas entrer en ligne de compte dans le but de faire de l'attribution de la garde des enfants une sanction, et que la considération prépondérante dans le cas de la garde des enfants doive être le bien-être de ces derniers, la conduite des parents est néanmoins un facteur nécessaire et très important qui permet de les apprécier dans le rôle de gardien de leurs enfants en bas âge. Sur ce point, l'opinion émise par la Cour d'appel doit être préférée aux conclusions tirées par le juge de première instance qui, dans les circonstances, a accordé trop d'importance au principe selon lequel les enfants en bas âge doivent être confiés à la garde de leur mère.

[Arrêts mentionnés: *Hood c. Hood*, [1972] R.C.S. 244; *Sparks et al. c. Thompson*, [1975] 1 R.C.S. 618; *Métivier et al. c. Cadorette*, C.S.C. 26 juin 1975, à être publié; *Stein et al. v. The Ship "Kathy K" et al.* (1975), 62 D.L.R. (3rd) 1; *Re L. (infants)*, [1962] 3 All E.R. 1.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal¹ for Ontario allowing an appeal from a judgment of Houlden J. at trial awarding custody of infant children to the mother. Appeal allowed, Spence and Beetz JJ. dissenting.

J. J. Robinette, Q.C., and Charles B. Cohen, for the appellant.

Claude R. Thomson, and R. G. Chapman, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Judson and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—I have read with interest the reasons prepared for delivery by my brother Spence. Unfortunately, I cannot share his conclusions.

Obviously, I am in full accord with him that two basic principles must be kept in mind:

- (1) due weight has to be given to the inestimable advantage of a trial judge who, in considering a custody application, has seen the parties, observed them and thus obtained an opportunity to evaluate the character of the husband and wife;
- (2) the paramount consideration in custody matters is the welfare of the infants.

I also share my brother's view that the Court of Appeal has misread the trial judgment in two respects. The learned Trial Judge

- did not treat the welfare of the children as the sole consideration rather than the paramount consideration;
- did not regard the view that children of tender years should be given to the custody of their mother as any rule of law, but purely as a principle of common sense.

The criticism expressed by the Court of Appeal on these two points is not deserved; the Trial Judge did not misdirect himself.

¹ [1973] 3 O.R. 827.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ accueillant l'appel d'un jugement du juge Houlden qui a attribué à la mère la garde des enfants en bas âge. Pourvoi accueilli, les juges Spence et Beetz étant dissidents.

J. J. Robinette, c.r., et Charles B. Cohen, pour l'appelante.

Claude R. Thompson, et R. G. Chapman, pour l'intimé.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Judson et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—J'ai lu avec intérêt les motifs rédigés par mon collègue le juge Spence. Je ne puis malheureusement pas partager ses conclusions.

Je conviens avec lui que deux principes fondamentaux sont à retenir:

- (1) il faut donner toute l'importance qui lui est due à la situation privilégiée du juge de première instance qui, dans le cadre d'une demande de garde d'enfant, a pu voir et observer les parties en cause et donc a eu l'occasion de juger la personnalité des époux.
- (2) la considération prépondérante en matière de garde d'enfants est le bien-être de ceux-ci.

Tout comme mon collègue, je pense que la Cour d'appel a mal interprété le jugement de première instance à deux égards. Le savant juge de première instance

- n'a pas pris le bien-être des enfants comme seule considération plutôt que comme considération prépondérante;
- a estimé que des enfants en bas âge devraient être confiés à la garde de leur mère non pas au regard du droit mais uniquement en vertu du bon sens.

Le juge de première instance ne s'est pas trompé et ne mérite pas les critiques formulées par la Cour d'appel sur ces deux points.

¹ [1973] 3 O.R. 827.

These two errors of the Court of Appeal committed in a case where facts only are under consideration (in the absence of a manifest error by the Trial Judge which I cannot find here) should bring this Court to the conclusion that the trial judgment must be restored; obviously, our function is not to retry the case. This is in accordance with a very long established jurisprudence and, in my view, ends the matter. Of considerable interest is the short canvas of the major cases to be found in the dissenting opinion of Laskin J., as he then was, in *Hood v. Hood*² at p. 250. Recent examples of the thinking of this Court on the question are to be found in *Sparks and Fairfax v. Thompson*³ at p. 624, *Métivier et al v. Cadorette*, a decision of June 26, 1975, still unreported, and *Stein et al v. The Ship "Kathy K" et al.*⁴

Should we go one step further and proceed to retry the case, I still believe that the conclusion of the Trial Judge is correct:

- (a) his detailed examination of the conduct of the parties on the issue of cruelty relieved him of the obligation to repeat the same facts when considering the issue of custody; this circumstance, however, does not establish that on this latter issue the judge had forgotten what he had said on the previous one;
- (b) I agree with the Trial Judge that a wife who is "well nigh impossible" as a wife may nevertheless be a wonderful mother;
- (c) I cannot put on the same footing the fact that the wife was "well nigh impossible" and the adulterous conduct of the mother, as in *Re L.*⁵;
- (d) the careful planning of the husband does not impress me more than it did the Trial Judge who, to repeat myself, had the occasion to see the witness in action;
- (e) the concern which the Trial Judge expressed shows that, before coming to his conclusion, he

Les deux erreurs commises par la Cour d'appel dans une affaire ne soulevant qu'une question de faits seulement (faute d'une erreur manifeste du juge de première instance que je ne trouve pas) doivent inciter cette Cour à conclure que le jugement de première instance doit être rétabli; naturellement, ce n'est pas à nous d'entendre l'affaire de nouveau conformément à la jurisprudence très ancienne en la matière, ce qui, à mon avis, règle la question. La brève étude des arrêts importants faite par le juge Laskin, alors juge puîné, dans ses motifs de dissidence dans *Hood c. Hood*² à la p. 250, est d'un grand intérêt. On peut trouver des illustrations récentes de l'opinion de cette Cour à ce sujet dans les affaires *Sparks et Fairfax c. Thompson*³ à la p. 624, *Métivier et al c. Cadorette* datée du 26 juin 1975 et non publiée, *Stein et al c. The Ship «Kathy K» et al.*⁴

Même si l'on allait jusqu'à juger l'affaire de nouveau, je resterais convaincu que la conclusion du juge de première instance est juste pour plusieurs raisons:

- a) l'étude approfondie qu'il a faite sur la conduite des parties à l'égard de la question de cruauté l'a dégagé de l'obligation de revoir les mêmes faits au moment de trancher la question de la garde des enfants; cela ne veut pas dire toutefois qu'en matière de garde des enfants, le juge a oublié ce qu'il a déclaré sur la question de cruauté.
- b) je conviens avec le juge de première instance qu'une épouse peut-être «quasiment insupportable» mais néanmoins une mère merveilleuse;
- c) je ne peux considérer l'épouse «quasiment insupportable» au même titre que la mère adultère, comme dans l'affaire *in Re L.*⁵;
- d) le projet soigneusement conçu de l'époux ne m'impressionne pas plus qu'il n'a impressionné le juge de première instance qui a eu, je le répète, l'occasion d'observer les faits et gestes du témoin;
- e) le souci dont a fait preuve le juge de première instance indique qu'avant de se faire une opi-

² [1972] S.C.R. 244.

³ [1975] 1 S.C.R. 618.

⁴ (1975), 62 D.L.R. (3d) 1.

⁵ [1962] 3 All E.R. 1.

² [1972] R.C.S. 244.

³ [1975] 1 R.C.S. 618.

⁴ (1975), 62 D.L.R. (3d) 1.

⁵ [1962] 3 All E.R. 1.

had weighed all the pros and cons so that, in a case like this one where facts alone are under consideration, the conclusion reached after this study in depth must receive its full weight.

Of course, if, at a later date, the mother for whatever reason becomes less wonderful, it will always be possible to pronounce another Order in the light of the new circumstances.

I would allow the appeal and restore the judgment of the Trial Judge as to the custody of the two children and as to the sums of money payable by the husband to the wife for the maintenance and support of the children, as well as to the costs payable in the Trial Court. I would grant to appellant her costs in this Court as well as in the Court of Appeal.

The judgment of Spence and Beetz JJ. was delivered by

SPENCE J. (*dissenting*)—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on June 29, 1973. By that judgment, the Court of Appeal allowed an appeal from the judgment of Houlden J. pronounced on July 12, 1972.

The appellant issued two actions against the respondent. The first was a petition for divorce based on cruelty and the second, the action presently under appeal, was for alimony and for custody and maintenance of the two infant children of the marriage. The respondent counterclaimed in both actions for the custody of the said infant children. The two actions were tried together and Houlden J., in his reasons for judgment, disposed of all issues.

In a very lengthy and most carefully considered judgment, Houlden J. found that the appellant as plaintiff had not established cruelty under the provisions of s. 3(d) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, and therefore dismissed the petition for divorce. The learned trial judge continued his reasons pointing out that when the petitioner had failed to establish cruelty under the provisions of the *Divorce Act* then, of course, she would have

nion, il a pesé le pour et le contre de manière à ce que dans une affaire comme celle-ci où l'on tient compte des faits seulement, la conclusion tirée doit alors revêtir toute son importance.

Naturellement, si l'appelante devenait par la suite une mère moins merveilleuse pour une raison quelconque, rien n'empêcherait de rendre une autre ordonnance à la lumière des nouvelles circonstances.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du juge de première instance concernant la garde des deux enfants et les sommes que l'époux doit verser à l'épouse pour l'entretien des enfants ainsi que les dépens en Cour de première instance. J'accorderais aussi à l'appelante ses dépens en cette Cour et en Cour d'appel.

Le jugement des juges Spence et Beetz a été rendu par

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario prononcé le 29 juin 1973 accueillant un appel de la décision rendue par le juge Houlden le 12 juillet 1972.

L'appelante a intenté deux actions contre l'intimé: il s'agit premièrement d'une requête en divorce pour cruauté et deuxièmement d'une action faisant actuellement l'objet d'un appel en vue d'obtenir une pension alimentaire pour la garde et l'entretien de deux enfants en bas âge nés de son mariage avec l'intimé. L'intimé a opposé à ces deux actions une demande de garde des deux enfants. Les deux affaires ont été entendues simultanément et dans ses motifs, le juge Houlden a statué sur tous les points soulevés.

Dans une décision très détaillée et soigneusement élaborée, le juge Houlden a déclaré que l'appelante, en tant que demanderesse, n'avait pas établi la preuve de cruauté au sens de l'art. 3d) de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8 et il a donc rejeté la requête en divorce. En outre, le savant juge de première instance a souligné qu'en n'établissant pas la preuve de cruauté aux termes de la *Loi sur le divorce*, la requérante n'a naturel-

failed to have established cruelty to the extent necessary to entitle her to alimony applying the definition thereof in *Russell v. Russell*⁶.

The learned trial judge then turned to the issue of custody and granted custody to the plaintiff, here appellant, together with an order for maintenance fixed at the rate of \$400 each for the two infant children. From that judgment, the husband as defendant appealed and the wife cross-appealed against the dismissal of her petition for divorce and action for alimony.

The Court of Appeal, in the reasons delivered for the Court by Jessup J.A., found that the cross-appeal was entirely without merit and dismissed it, then considered the present respondent's appeal on the issue of custody and maintenance and decided that the judgment of the learned trial judge must be reversed granting custody to the defendant, the appellant before that Court and the respondent in this Court.

By leave of this Court, the wife appeals that judgment of the Court of Appeal for Ontario and asks that she be granted custody and maintenance as directed by Houlden J. in his reasons after trial.

It is the submission strongly urged by counsel on behalf of the appellant that the Court of Appeal for Ontario has failed to give due weight to the inestimable advantage of a trial judge in considering a custody application in having seen the parties, having an opportunity to observe them during the trial which lasted nine days, and an opportunity to evaluate the character of the husband and wife contesting for custody of their children. Counsel for the appellant quotes *McKee v. McKee*⁷, where Lord Simonds said at p. 360:

Further, it was not, and could not be, disputed that the question of custody of an infant is a matter which peculiarly lies within the discretion of the judge who hears the case and has the opportunity generally denied to an appellate tribunal of seeing the parties and investigating the infant's circumstances, and that his decision

lement pas établi la preuve de la mesure de cruauté nécessaire pour lui permettre de recevoir une pension alimentaire comme le définit l'arrêt *Russell v. Russell*⁶.

Le savant juge de première instance s'est penché ensuite sur la question de la garde des enfants qu'il a confiée à la demanderesse, appelante en l'espèce, en fixant par ordonnance une somme de quatre cents dollars pour l'entretien de chaque enfant. L'époux défendeur en appela de cette décision et l'épouse répondit par un appel incident à l'encontre du rejet de sa requête en divorce et sa demande de pension alimentaire.

Dans les motifs énoncés au nom de la Cour d'appel, le juge d'appel Jessup a conclu que l'appel incident n'était pas fondé et il l'a rejeté pour examiner ensuite l'appel de l'intimé pour la garde des enfants et pour la pension alimentaire et statuer que la décision du savant juge de première instance confiant les enfants au défendeur, appellant en Cour d'appel et intimé devant cette Cour, devait être infirmée.

Avec l'autorisation de cette Cour, l'épouse en appelle de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et demande la garde des enfants ainsi qu'une somme pour leur entretien, conformément aux motifs exposés par le juge Houlden après le procès.

L'avocat de l'appelante soutient vivement que la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas accordé l'importance nécessaire à la situation privilégiée du juge de première instance qui a eu, dans le cadre d'une demande de garde des enfants, l'occasion de voir et d'observer les parties en cause pendant les neuf jours du procès et de juger la personnalité des époux réclamant chacun la garde des enfants. L'avocat de l'appelante a cité l'affaire *McKee v. McKee*⁷, où lord Simonds déclare ce qui suit à la p. 360:

[TRADUCTION] En outre, on n'a pas contesté, et l'on ne le pourrait pas d'ailleurs, que la garde d'un enfant en bas âge est une question relevant surtout de l'appréciation du juge qui entend l'affaire et qui a l'occasion, ne s'offrant pas généralement à la Cour d'appel, de voir les parties et d'étudier la situation de l'enfant et sa décision

⁶ [1895] P. 315; affd. [1897] A.C. 395.

⁷ [1951] A.C. 352.

⁶ [1895] P. 315; conf. [1897] A.C. 395.

⁷ [1951] A.C. 352.

should not be disturbed unless he has clearly acted on some wrong principle or disregarded material evidence.

Statements to similar effect have been made in many cases particularly *Willoughby v. Willoughby*⁸, per Cohen L.J. at p. 189, and indeed on several occasions by this Court. I cite *Bickley v. Bickley*⁹, where Cartwright J., as he then was, said at p. 333:

On reading and rereading the reasons of the learned trial judge in the light of all the evidence in the record we find it impossible to say that he 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 is not suggested that the learned judge misdirected himself on any question of law; and, in our respectful opinion, the Court of Appeal were not warranted in setting aside his decision that it was in the best interest of the children that they should be given into the custody of their father.

The present Chief Justice of this Court in *Retzer v. Retzer*¹⁰, expressed similar views.

Of course, I accept such a viewpoint in dealing with an appeal in a custody case but I stress that that viewpoint must be considered together with the necessity of dealing with each one of those cases by a careful consideration of the exact circumstances in each individual case. Often only very limited assistance can be obtained from the consideration of the decisions in different cases with very different circumstances present.

The learned trial judge, in the present case, said:

Each case of this kind must be judged on its own particular facts. Counsel referred me to many authorities, and I have read them. Although these decisions are of assistance in showing how other judges have approached the facts of the cases with which they were concerned, in the final analysis I must look at the facts of the present case and determine if, in my judgment, they establish cruelty within the meaning of sec. 3 (d) of

ne devrait pas être modifiée à moins qu'il ne se soit fondé sur un principe erroné ou ait négligé des preuves importantes.

Des paroles semblables ont été prononcées dans plusieurs affaires, en particulier dans *Willoughby v. Willoughby*⁸, par le juge Cohen à la p. 189 et à plusieurs reprises par cette Cour. Je cite à titre d'exemple l'opinion du juge Cartwright, alors juge puîné, dans l'affaire *Bickley c. Bickley*⁹, à la p. 333:

[TRADUCTION] En lisant attentivement à plusieurs reprises les motifs du savant juge de première instance à la lumière de tous les éléments de preuve dans le dossier, il nous est impossible de dire qu'il n'a pas saisi pleinement l'occasion qui s'offrait à lui, et non aux cours d'appel, de voir et d'entendre les parties en cause; l'avantage ainsi offert au juge de première instance est important particulièrement dans une affaire de ce genre où la personnalité des époux qui se trouvent en litige entre beaucoup en ligne de compte. On ne veut pas dire par là que le savant juge a mal interprété une question de droit; à notre avis, la Cour d'appel n'était pas justifiée d'infirmer sa décision selon laquelle il vaut mieux que les enfants soient confiés à la garde de leur père.

Le Juge en chef actuel de cette Cour a exprimé la même opinion dans l'affaire *Retzer c. Retzer*¹⁰.

Bien entendu, j'accepte une telle opinion lorsqu'il s'agit d'un pourvoi pour la garde des enfants mais il convient en même temps de tenir compte des circonstances précises qui entourent chaque affaire. Il est souvent peu utile de s'inspirer des arrêts rendus dans des affaires différentes au contexte très variable.

Dans l'affaire qui nous occupe, le savant juge de première instance a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] Toute affaire de ce genre doit être jugée en fonction des faits spécifiques qui l'entourent. J'ai lu la jurisprudence, à laquelle m'a renvoyé l'avocat, qui montre comment d'autres juges ont interprété les faits soulevés dans les affaires qu'ils devaient entendre, mais je dois en fin de compte étudier les faits énoncés dans l'affaire qui m'est soumise et juger si, à mon avis, ces derniers établissent une preuve de cruauté au sens de

⁸ [1951] P. 184.

⁹ [1957] S.C.R. 329.

¹⁰ [1975] 2 S.C.R. 881.

⁸ [1951] P. 184.

⁹ [1957] R.C.S. 329.

¹⁰ [1975] 2 R.C.S. 881.

the *Divorce Act*. Upon a careful and detailed consideration of all the evidence, I am of the opinion that they do not.

Although that statement was made as to the issue of the establishment of cruelty as a basis for divorce, I am of the opinion that it is equally applicable to the custody issue.

The learned trial judge, in his reasons for judgment, dealt in a most detailed manner with the conduct of the parties from the date of their marriage up to the time of trial and came to the conclusion that the wife had not established the degree of cruelty required by the provisions of the *Divorce Act* to succeed in a petition for divorce or to succeed upon an alimony action, and only then turned to consider the issue of custody of the two infants. One cannot, however, consider only the learned trial judge's reasons expressed on two pages for his decision on the issue of custody without considering the very extended reasons on the issue of cruelty for it is in the latter that he dealt with the character of both the husband and the wife and those assessments of character are, of course, all important upon the issue of custody. Firstly, I cite the learned trial judge's statement particularly referable to the character, using the word in the broadest sense, of the respondent husband:

The husband is a hard-working, successful, young dentist with a steadily increasing income. He is highly intelligent with a most presentable appearance. He is a devoted and affectionate father. In 1969, when the stock market turned down, he suffered some financial reverses. But, in my view, these were only temporary in nature, and I am certain it will not be long before he has these problems straightened away.

and also:

I do not propose to review all the matters which Mrs. Talsky dealt with in her two and a half days in the witness box. Suffice it to say, that I came to the conclusion, after hearing all the evidence, that the respondent was a fairly considerate husband. When his wife was ill, he seems to have been most attentive. On weekends, it was his custom to get his wife her breakfast in bed. It was his practice to take off Wednesday mornings of each week, and on these occasions, he would look after the children so that his wife could go shopping by herself. He assisted in the feeding and care of the

l'art. 3 d) de la *Loi sur le divorce*. Après avoir examiné soigneusement tous les faits, je suis d'avis qu'ils n'établissent aucune preuve dans ce sens.

Bien que cette conclusion porte sur la preuve de cruauté justifiant le divorce, je suis d'avis qu'on peut l'étendre également à la garde des enfants.

Dans ses motifs, le savant juge de première instance a exposé en détail la conduite des parties en cause depuis leur mariage jusqu'à la date du procès et conclu que l'épouse n'a pas établi la preuve de la mesure de cruauté exigée par la *Loi sur le divorce* pour obtenir un divorce ou une pension alimentaire. C'est ensuite qu'il s'est penché sur la garde des deux enfants. Cependant, on ne peut pas tenir compte seulement des motifs exprimés en deux pages par le savant juge de première instance sur la garde des enfants sans tenir compte aussi des motifs très détaillés sur la cruauté car c'est dans ces derniers qu'il a analysé la personnalité des conjoints, élément fondamental pour la garde des enfants. Je cite tout d'abord la conclusion du savant juge de première instance sur la personnalité, au sens le plus large, de l'époux intimé:

[TRADUCTION] L'époux est un jeune dentiste, travailleur, ayant une bonne clientèle et un revenu croissant. Il est doué d'une grande intelligence et d'un physique séduisant. C'est un père aimant et dévoué. En 1969, lorsque la Bourse enregistra un certain déclin, il subit des pertes financières qui, à mon avis, étaient de courte durée et il se rétablira certainement dans un proche avenir.

Et plus loin:

[TRADUCTION] Je ne me propose pas de passer en revue toutes les dépositions de Madame Talsky devant cette Cour pendant deux jours et demi. Il me suffit de dire qu'après avoir entendu toutes les dépositions, j'ai conclu que l'intimé est un époux assez prévenant, et de plus très attentionné envers sa femme lorsque celle-ci était malade. Il avait aussi l'habitude de lui porter le petit déjeuner au lit pendant les fins de semaine. Il n'exerçait pas le mercredi matin et gardait les enfants pour que son épouse puisse aller faire ses courses et il l'aidait à s'en occuper. La requérante a admis que son époux n'était

children. The petitioner acknowledged that her husband was generous with his money, and in that respect, she was amply provided for. He supplied the petitioner with part-time help from time to time to assist in the household duties even though his financial situation did not warrant this expenditure. In these ways, and in many other ways, Dr. Talsky, right to the date of separation, showed himself as being thoughtful and concerned for the well-being and welfare of his wife.

The learned trial judge referred to the appellant wife, *inter alia*, in these terms:

The wife is a most attractive young woman. She is also very intelligent. She keeps a neat, tidy, well-organized house for her husband and family. She was able to mix well socially, and to maintain the social position that her husband expected of her. I am satisfied that the wife is equally as fond of the children as her husband, and she is a loving and affectionate mother.

And again:

I believe the petitioner has exaggerated and overstated incidents which were of little consequence. She has taken trivial matters and blown them out of all proportion to their real significance. A woman with her intelligence, if she had put her mind to it, could have easily solved the matters of which she complains. For some reason, she decided very early in the marriage that she had made a mistake and she wanted out. It is unfortunate that she bore two children to the respondent when she had this approach to her marriage, for they have gravely compounded the difficulties which exist between the parties.

I, therefore, am of the opinion that I may briefly state the learned trial judge's conclusions as to cruelty in this fashion. The husband, although not perfect—no husbands are—was nevertheless a hard working and thoughtful husband devoted to his wife and to his children and most anxious for their physical and mental welfare, and more than able and willing to support them handsomely. The wife, on the other hand, came from a background where her mother, brother and sister had all suffered from emotional and psychiatric problems which the learned trial judge found had put the wife under a considerable strain and that under such conditions there was a greater tendency for a person to have mental difficulties. The learned trial judge, however, stated he was fully satisfied on the evidence that the wife was mentally healthy. He determined that shortly after the mar-

pas avare et lui donnait tout l'argent dont elle avait besoin. Il avait même engagé occasionnellement une domestique à temps partiel pour aider son épouse dans les travaux ménagers bien que ses moyens financiers ne le lui permettaient pas. Ainsi, le docteur Talsky avait fait preuve, jusqu'à la date même de la séparation, de prévenance envers son épouse dont le bien-être lui tenait à cœur.

Le savant juge de première instance a parlé de l'épouse appelante en ces termes, *inter alia*:

[TRADUCTION] L'épouse est une femme très belle et intelligente. Elle dirige une maison propre et bien organisée. Elle est à son aise en société et maintient des activités sociales qui correspondent à la situation de son mari. Je suis certain qu'elle aime ses enfants tout autant que son époux et qu'elle est une mère tendre et affectueuse.

et plus loin:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que la requérante a exagéré hors de toute proportion certains événements assez insignifiants. Une femme de son intelligence aurait pu résoudre facilement les problèmes dont elle se plaint si elle l'avait voulu. Pour une raison inconnue, elle a découvert tout au début de son mariage qu'elle avait fait une erreur et voulut rompre cette union. Il est regrettable qu'elle ait donné deux enfants à son mari car ils n'ont fait qu'aggraver les problèmes au sein du couple.

Voici comment je pourrais résumer les conclusions du savant juge de première instance sur la cruauté. Bien que n'étant pas parfait, aucun époux ne l'est, le conjoint était néanmoins travailleur, prévenant, dévoué envers son épouse et ses enfants dont le bien-être lui tenait à cœur et auxquels il assurait les moyens nécessaires pour subvenir amplement à leurs besoins. Par contre, l'épouse était née dans une famille où la mère, le frère et la sœur avaient souffert de troubles émotifs et psychiques qui, de l'avis du savant juge de première instance, avait contribué à la mettre dans un état de tension grave et donc accru ses risques d'avoir des troubles mentaux. Cependant, le juge de première instance s'est montré convaincu que l'épouse était saine d'esprit, au vu des témoignages. Il a ajouté que peu après le mariage, elle avait décidé de se séparer, son seul désir étant d'avoir la garde

riage, the wife had decided that she did not wish to continue in married life with her husband and that her one desire thereafter was to end the marriage but to have custody of the two infant children and most adequate allowances for her own support and the support of the two infants. To that end, the learned trial judge found the wife had exaggerated and overstated incidents which were of trivial significance. This tendency to exaggerate trivial and almost usual incidents of marital discord, the learned trial judge found had actually affected her credibility.

Now that was the learned trial judge's assessment of the character of the two contesting parties when he dealt with the issue of cruelty. When he came to deal with the issue of custody, he found, and, of course, there was more than adequate evidence to support it, that both husband and wife were extremely fond of their two children. I pause to outline the family. A son, Mark Aaron, had been born on August 4, 1966, and so on the date of the trial he was almost six years of age. That boy was a normal, healthy young boy. A daughter, Susan Gay, had been born on March 11, 1969, and was at the date of the trial three years and four months old. She had had the misfortune to have been born with a dislocated hip only discovered by her mother after return from the hospital and suffered a great deal of pain and disability. She was in a cast from hip to toes for eighteen months and a heavy brace thereafter. There is no doubt that the worry and the work of the care of this infant daughter during that time did affect the mother and there is no doubt that her loving care was a considerable element in the child's apparent normal condition at the time of the trial.

At the time of the final separation of the husband and wife, the wife took the two children with her. Thereafter, through the negotiations of solicitors, the husband vacated the large home in Thornhill which had previously been occupied by the family, allowing the wife and the two children to move back into that home which he supported completely until the trial. The learned trial judge stated:

I am completely satisfied that the children are being well looked after by the petitioner. I am fully convinced

des deux enfants en bas âge et d'obtenir une pension alimentaire très confortable pour subvenir à ses besoins et ceux des enfants. C'est dans ce contexte que le savant juge de première instance a trouvé que l'épouse a exagéré des événements insignifiants. De l'avis du savant juge de première instance, cette tendance à exagérer des détails futiles et presque courants de la mésentente conjugale avaient en fait entamé la crédibilité de l'épouse.

Telle était l'appréciation de la personnalité des deux parties en cause par le savant juge de première instance sur la question de la cruauté. Quant à celui de la garde des enfants, il a trouvé, preuves à l'appui naturellement, que les deux époux étaient très attachés à leurs enfants. Leur fils Mark Aaron né le 4 août 1966 avait environ six ans au moment du procès. C'était un jeune garçon sain et normal. Leur fille Susan Gay née le 11 mars 1969 était âgée de trois ans et quatre mois au moment du procès. Elle était née malheureusement avec une hanche disloquée qui l'a fait beaucoup souffrir, sa mère ne l'ayant découvert qu'à son retour de l'hôpital. Elle dut rester dans un plâtre de la hanche aux orteils pendant dix-huit mois et porter une prothèse par la suite. Les soucis que causait la petite fille et tout le travail et les soins qu'elle nécessitait ont sans nul doute affecté la mère et il est certain que l'amour de celle-ci a largement contribué à redonner à sa fille une apparence normale au moment du procès.

Lors de la séparation finale des deux conjoints, l'épouse emmena les enfants avec elle. Suite aux négociations entamées par leurs avocats, l'époux abandonna la grande maison à Thornhill qu'il avait habitée précédemment avec sa famille, permettant à son épouse et à ses deux enfants d'y emménager de nouveau et s'en occupa entièrement jusqu'au procès. A ce propos, le savant juge de première instance a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] Je suis tout à fait convaincu que la requérante s'occupe très bien des enfants, qu'elle est une

that she is a loving and affectionate mother, and that the children are in all respects properly provided for.

The matter of custody, of course, is governed by the provisions of *The Infants Act*, R.S.O. 1970, c. 222, and particularly s. 1(1) thereof which reads as follows:

1. (1) The court, upon the application of the father or the mother of an infant, who may apply without a next friend, may make such order as the court sees fit regarding the custody of the infant and the right of access thereto of either parent, having regard to the welfare of the infant, and to the conduct of the parents, and to the wishes as well of the mother as of the father, and may alter, vary or discharge the order on the application of either parent, or, after the death of either parent, of any guardian appointed under this Act, and in every case may make such order respecting the costs of the mother and the liability of the father for such costs, or otherwise, as the court considers just.

That section has been interpreted in a very large number of cases to put the paramount consideration to be that of the welfare of the infants whose custody is at issue. I need not make further reference to those cases, sufficient to say that this is the firmly established jurisprudence in the matter. Houlden J. so recognized. In fact, the learned trial judge said:

Further the paramount consideration in a custody application is the welfare of the children and there is no doubt in my mind that it is in their best interests that they remain with the mother.

The learned trial judge acknowledged that many of the matters referred to by counsel for the husband had caused him concern but expressed himself as satisfied on the evidence that the children were being well looked after at the present time by their mother, there being nothing to indicate that she was a bad mother or a poor housekeeper or otherwise unfit or incapable of looking after the children. Again, I paraphrase the learned trial judge's conclusion on all of the issues by saying that he had found that the wife was a well nigh impossible wife but nevertheless a wonderful mother and that therefore she should have custody.

It is my view and I am of the opinion it was the opinion of the Court of Appeal for Ontario that in coming to the latter conclusion, the learned trial

mère tendre et aimante et que les enfants ne manquent de rien.

Bien entendu, la garde des enfants est prévue au par. (1) de l'art. 1 en particulier de l'*Infants Act*, R.S.O. 1970, c. 222 qui se lit ainsi:

[TRADUCTION] 1. (1) A la demande du père ou de la mère d'un enfant en bas âge qui peuvent faire une demande sans représentant, la Cour peut rendre une ordonnance concernant la garde d'un enfant et le droit de visite des parents dans la mesure où elle le juge raisonnable en tenant compte du bien-être de l'enfant, de la conduite et du désir des parents, et elle peut modifier ou annuler l'ordonnance à la demande de chaque conjoint ou, après leur décès, d'un tuteur nommé en vertu de la présente Loi et le cas échéant, elle peut rendre une ordonnance sur les dépens de la mère et l'obligation du père en la matière ou toute autre ordonnance comme il semble juste à la Cour.

On s'est inspiré de cet article dans de nombreuses affaires pour souligner l'importance énorme du bien-être des enfants dont la garde fait l'objet du litige. Sans avoir à se reporter à ces affaires, il suffit de dire que ceci est fermement confirmé par la jurisprudence en la matière, comme le reconnaît le juge Houlden. En fait, le savant juge de première instance a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] En outre, la considération prépondérante dans une demande de garde des enfants est le bien-être de ces derniers et je n'ai aucun doute que leur intérêt est de rester avec leur mère.

Le savant juge de première instance a admis que certaines affirmations de l'avocat de l'époux l'avaient inquiété mais il s'est montré convaincu, d'après la preuve, que les enfants étaient bien soignés par leur mère dont rien n'indique qu'elle soit incapable, mauvaise maîtresse de maison ou indigne de s'occuper de ses enfants. De nouveau, pour paraphraser la conclusion du savant juge de première instance sur tous les points soulevés, l'épouse était quasi insupportable mais néanmoins une mère merveilleuse qui devrait avoir la garde de ses enfants.

La Cour d'appel de l'Ontario considère que la conclusion du savant juge de première instance au sujet de la garde des enfants n'a pas tenu compte

judge failed to take into account, on the issue of fitness for custody, the facts which he had found on the issue of cruelty. Section 1(1) of *The Infants Act* does make reference to "the conduct of the parents" and it has been a matter of very considerable debate what should be the importance given to such conduct of the parents. In *Re L.*¹¹, the Court of Appeal of the United Kingdom considered the appeal from a judgment awarding a mother custody of two infant daughters, four and six years of age. The mother had committed adultery with a married man and after the separation went to live near the man. The break-up of the home was in no way due to the father's conduct. The mother refused to return giving as her only reason her affection for this other man. Lord Denning said at p. 3:

Of course, the discretion of a judge who has seen the parties in a case of this kind is very important, but when I read that passage, it seems to me that he has fallen into error: for, whilst a judge is right to give great weight to the welfare of the children, and indeed to make it, as the statute says, the first, and paramount consideration, he must nevertheless remember that whilst it is the paramount consideration, it is not the sole consideration. In this case whilst no doubt the mother is a good mother in one sense of the word, in that she looks after the children well, giving them love and, as far as she can, security, one must remember that to be a good mother involves not only looking after the children, but making and keeping a home for them with their father, bringing up the two children in the love and security of the home with both parents. In so far as she herself by her conduct broke up that home, she is not a good mother.

In the present appeal, one of the reasons advanced by Jessup J.A. for the reversal of the reasons of the learned trial court judge was that the learned trial judge had treated the welfare of the children as the sole consideration rather than the paramount consideration and did not have regard for the conduct of the parties as he was required to under s. 1(1) of *The Infants Act*. Jessup J.A. quoted the above passage from Lord Denning's judgment *In Re L.*

With respect, I am of the opinion that the learned trial judge expressly stated the welfare of

des faits qu'il avait exposés sur la question de la cruauté. C'est aussi mon avis. Le paragraphe 1(1) de l'*Infants Act* mentionne «la conduite des parents» et l'importance qu'il faudrait lui accorder a fait l'objet d'une vive controverse. Dans l'affaire *In Re L.*,¹¹ la Cour d'appel d'Angleterre a été saisie d'un appel à l'encontre d'une décision accordant à une mère la garde de ses deux fillettes de quatre et six ans. La mère était coupable d'adultère avec un homme marié près duquel elle est allée vivre après la séparation. La rupture de son union ne pouvait en aucun cas être attribuée à la conduite du père. La mère a refusé de réintégrer le domicile conjugal en invoquant comme seul motif son affection pour l'autre homme. Lord Denning a déclaré ce qui suit à la p. 3:

[TRADUCTION] Il va de soi que l'appréciation d'un juge qui a vu les parties en cause dans une affaire de ce genre est très importante, mais lorsque je lis le passage en question, il me semble qu'il s'est trompé: bien qu'un juge ait raison d'accorder beaucoup d'importance au bien-être des enfants et d'en faire, comme le prévoit la loi, la considération prépondérante, il doit néanmoins se rappeler qu'elle n'est pas la seule considération. Dans ce cas, bien que l'épouse soit certainement une bonne mère dans un sens du mot puisqu'elle s'occupe des enfants avec amour et assure leur sécurité dans la mesure de ses moyens, on doit se rappeler que le fait d'être une bonne mère signifie aussi former avec leur père un foyer heureux et les élever tendrement à deux. Dans la mesure où sa conduite a contribué à rompre l'équilibre du foyer, elle n'est donc pas une bonne mère.

En l'espèce, l'un des motifs avancés par le juge d'appel Jessup pour infirmer la décision du savant juge de première instance est que ce dernier a traité le bien-être des enfants comme la seule considération plutôt que comme considération prépondérante et n'a pas tenu compte de la conduite des parties en cause comme le prévoit le par. (1) de l'art. 1 de l'*Infants Act*. Le juge d'appel Jessup a cité le passage précédent de la décision rendue par Lord Denning dans l'affaire *In Re L.*

Avec respect, je suis d'avis que le savant juge de première instance a déclaré expressément et tex-

¹¹ [1962] 3 All E.R.1.

¹¹ [1962] 3 All E.R.1.

the infants was the paramount consideration and, as I have pointed out, in his reasons for judgment he actually used that phrase.

In *Francis v. Francis*¹² the Saskatchewan Court of Appeal also referred, *inter alia*, to the judgment *In Re L.* Culliton C.J.S., speaking for the Court, said at p. 218:

While there may be cases in which consideration should be given to the question as to which spouse was responsible for the break-up of the marriage, such consideration should not detract from the primary concern, the welfare of the child or children. Thus, the consideration, if any, to be given to this factor depends entirely on the circumstances in each case. If this factor should be considered, any reliance thereon should never be punitive in character. When, as here, the respondent, although responsible for the break-up of the marriage, is admittedly a good mother and a fit person to have custody of the children, little, if any, weight should be given to that factor, particularly when the association which led to the break-up of the marriage has been finally and completely ended.

It is my view that the conduct of the parents should not be considered in an attempt to make any award of custody punitive to the person whose conduct the court found to be improper. Such a course would be exactly contrary to what I have said was the paramount consideration, that is, the welfare of the children, and would be using the children as a whip to beat the misdoer. On the other hand, I am of the opinion that the conduct of the parents is a necessary and most important consideration in assessing their comparative worth as custodians of their infant children. It is upon this subject I am in disagreement with the learned trial judge and agree with the view expressed for the Court of Appeal by Jessup J.A.

The learned trial judge, as I have outlined, has found that the wife was, in fact, a most immature person who had simply decided to get rid of her husband but to retain his full support for herself and their children. The husband was a very busy and successful dentist practising in suburban Toronto and well able to afford handsome alimony and maintenance payments had the wife been suc-

turellement dans ses motifs que le bien-être des enfants était la considération prépondérante.

Dans *Francis c. Francis*¹², la Cour d'appel de la Saskatchewan a renvoyé aussi, *inter alia*, au jugement dans l'affaire *In Re L.*, le juge en chef Culliton a déclaré ce qui suit au nom de la Cour à la p. 218:

[TRADUCTION] Même si l'on doit dans certains cas se demander lequel des deux conjoints est responsable de la rupture du mariage, on ne doit pas pour autant oublier le but principal, c'est-à-dire le bien-être des enfants. Ainsi, l'importance accordée à ce facteur dépend entièrement des circonstances entourant chaque cas. En tenant compte du facteur en question, il ne faut pas lui donner un sens répressif. Lorsqu'en l'espèce, l'intimée responsable de la rupture du mariage, est de l'avis général une bonne mère digne de se voir confier la garde de ses enfants, on devrait presque négliger ledit facteur surtout lorsque les raisons qui ont causé la rupture n'existent pratiquement plus.

Dans le cas de la garde des enfants, j'estime que la conduite des parents ne devrait pas entrer en ligne de compte pour servir de sanction contre la personne dont la conduite a été jugée immorale par la cour. Cela reviendrait à négliger totalement la considération prépondérante, à savoir le bien-être des enfants et à se servir de ces derniers comme sanction contre le coupable. Par ailleurs, je suis d'avis que la conduite des parents est un facteur nécessaire et très important en vue de les apprécier dans leur rôle de gardiens. C'est sur ce point que je ne partage pas l'opinion du savant juge de première instance mais plutôt celle qu'exprime le juge d'appel Jessup au nom de la Cour.

Comme je l'ai souligné, le savant juge de première instance a conclu qu'en fait l'épouse est une personne immature qui a tout simplement décidé de se débarrasser de son époux tout en touchant une pension alimentaire pour elle et ses enfants. L'époux est un dentiste de bonne réputation, très occupé, ayant un cabinet dans la banlieue de Toronto et pouvant se permettre de verser une

¹² (1972), 8 R.F.L. 209.

¹² (1972), 8 R.F.L. 209.

cessful on those issues. After the separation and at trial he was able to outline a carefully conceived and most admirable plan for the proper care and upbringing of the two infants. It was his intention to purchase a property in the suburban area in which he was carrying on his practice and establish his dental practice on the lower floor and use the balance of the house as the residence for himself and his two infant children. In this fashion, he would be able to have every meal with his children and be immediately present at any time his attention was required. He intended to hire a housekeeper who would under these circumstances be merely a housekeeper and not particularly a children's nurse. This was, in my view, a workable plan conceived by someone who devoted careful thought to the matter.

On the other hand, the wife, having set her sights solely on evicting her husband from her life but continuing to enjoy a full measure of support from him, had made no plans whatsoever to deal with the situation which would result when she would be unsuccessful in her petition for divorce or action for alimony.

The large home in Thornhill which the couple had occupied during the latter years of their married life was owned by them jointly and as Jessup J.A. points out, was being sold in a partition action at the time of the argument in the Court of Appeal. Therefore, the wife would have been unable to occupy that residence and it would seem she intended to take an apartment. Since she had failed in her attempt to obtain maintenance or alimony for herself from her husband, she would have been faced with the necessity of earning a living and that necessity would require her to avail herself of someone else's aid in the actual day to day care for the children. There may be some significance in the fact that when she had moved back into the house with her husband's consent pending the trial she had that care given the children by a series of eight or nine pregnant, unmarried girls.

It is this consideration of the conduct of the parents which illustrates the careful planning of the husband and the apparent irresponsibility of the wife which is important in determining wheth-

bonne pension alimentaire pour l'entretien de l'épouse au cas où elle aurait gain de cause. Après la séparation ainsi qu'au procès, il a exposé un projet admirablement conçu pour élever ses deux enfants convenablement. Son intention était d'acheter une propriété dans la banlieue où il exerçait pour y ouvrir un cabinet au rez-de-chaussée et occuper le reste de la maison avec ses enfants. De cette manière, il pourrait prendre tous ses repas avec eux et être toujours présent en cas de nécessité. Il comptait engager une domestique qui ne remplirait pas des fonctions de gouvernante. A mon avis, il s'agissait d'un projet minutieusement préparé et tout à fait réalisable.

Par ailleurs, l'épouse dont le seul but était de se débarrasser de son mari tout en percevant une pension alimentaire n'avait pas du tout pensé à la situation nouvelle qu'elle aurait à affronter si elle n'avait pas gain de cause pour ce qui est du divorce ou de la pension alimentaire.

La grande maison de Thornhill où le couple avait habité durant les dernières années de leur mariage était en copropriété et, comme l'indique le juge d'appel Jessup, elle devait être vendue dans le cadre d'un partage des biens au moment du procès en Cour d'appel. L'épouse n'aurait donc pas pu habiter ladite résidence et elle aurait eu l'intention de louer un appartement. N'ayant pu obtenir de son époux une pension alimentaire pour elle-même ou pour l'entretien des enfants, elle se voyait contrainte de se trouver du travail et donc d'engager quelqu'un pour s'occuper des enfants pendant la journée. Détail important: lorsqu'elle avait réintégré la maison avec le consentement de son époux en attendant le procès, elle avait laissé les enfants aux soins d'une série de huit ou neuf futures mères célibataires.

L'examen de la conduite des parents révèle l'attitude sérieuse de l'époux et l'insouciance apparente de l'épouse et nous aide à décider s'il convient de confier la garde des enfants à leur père.

er the welfare of the children would be better suited by giving their custody to the father. These factors Jessup J.A. dealt with in his reasons.

In saying what I have just said, I wish to avoid any conclusion that the very considerably greater fortune of a husband would make it almost irresistible that he should be awarded custody. If a husband has a more considerable fortune, and that is the usual situation, then he is more able to make proper and adequate provision for maintenance so that he has not any irresistible position in the contest for custody. But here, there is the established financial worth of the husband plus a carefully conceived and most workable plan for the proper care and upbringing of the children as contrasted with a haphazard future of how that care and upbringing can be properly accomplished.

There are several additional matters which are most relevant in considering the welfare of the children. Firstly, there is a well-established tendency that the custody of children of a tender age should be given to the mother. Sometimes that tendency has been put in most graphic terms. In *Bell v. Bell*¹³, Roach J.A., giving judgment for the Court, said at p. 344:

There is another circumstance which in my very respectful opinion the learned judge has overlooked, or if it was present to his mind he has not given due weight to it, namely that this infant is a little girl of very tender years. No father, no matter how well-intentioned or how solicitous for the welfare of such a child, can take the full place of the mother. Instinctively, a little child, particularly a little girl, turns to her mother in her troubles, her doubts and her fears. In that respect nature seems to assert itself. The feminine touch means so much to a little girl; the frills and the flounces and the ribbons in the matter of dress; the whispered consultations and confidences on matters which to the child's mind should only be discussed with Mother; the tender care, the soothing voice; all these things have a tremendous effect on the emotions of the child. This is nothing new; it is as old as human nature and has been recognized time after time in the decisions of our Courts.

Jessup J.A., in the Court of Appeal, quoted the learned trial judge as follows:

Le juge d'appel Jessup a tenu compte de ces facteurs dans ses motifs.

De ces propos, j'aimerais éviter la conclusion que l'époux bien plus riche devrait se voir presque toujours confier la garde des enfants. Si l'époux jouit, en général, d'une plus grande fortune, il est mieux préparé pour verser une pension alimentaire pour l'entretien des enfants et non pour se voir forcément confier leur garde. Mais en l'occurrence l'époux pouvait se prévaloir, en plus de sa situation assez aisée, d'un projet soigneusement conçu et fort pratique pour élever ses enfants dont il ne laissait pas l'éducation au hasard contrairement à sa femme.

D'autres questions très pertinentes entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit du bien-être des enfants. Tout d'abord, la tendance fermement établie en la matière est de confier les enfants en bas âge à la garde de leur mère. Cette tendance a été parfois illustrée de façon assez vivante. Dans l'affaire *Bell v. Bell*¹³, le juge d'appel Roach a prononcé le jugement au nom de la Cour en disant à la p. 344:

[TRADUCTION] A mon humble avis, le savant juge a négligé un autre facteur ou ne lui a pas accordé assez d'importance, à savoir qu'il s'agit d'une petite fille en bas âge. Même le père le plus prévenant et le mieux intentionné du monde ne peut remplacer une mère. Un enfant, surtout si c'est une fille, va s'adresser d'instinct à sa mère lorsqu'elle a des problèmes, du chagrin ou des craintes. C'est la nature qui l'emporte, il y a des questions auxquelles une petite fille accorde de l'importance: volants, rubans, conseils demandés et confidences chuchotées seulement à maman, les soins tendres, la voix réconfortante; tous ces détails ont un effet considérable sur la vie psychique de l'enfant. Ce facteur n'est pas nouveau, il est aussi vieux que le monde et nos tribunaux l'ont admis dans leurs jugements de façon régulière.

Le juge d'appel Jessup a cité le savant juge de première instance comme suit:

¹³ [1955] O.W.N. 341.

¹³ [1955] O.W.N. 341.

In order for a Court to deprive a mother of children of tender age, the case must be very strong: *Weeks v. Weeks*, (1955), 14 W.W.R. 529, [1955] 3 D.L.R. 704; *Bell v. Bell*, [1955] O.W.N. 341; *Re Doucette* (1970), 3 R.F.L. 115. Rather than this being so, I believe the evidence is very strong that Mrs. Talsky is in all respects an excellent mother.

And continued:

In my view the rule that children of tender years belong with their mother is a rule of human sense rather than a rule of law as it is erroneously treated by the learned trial judge; cf., *Re Pittman and Pittman*. It is only one factor to be considered with all the circumstances.

I am of the opinion that that criticism is not deserved. The learned trial judge did not regard the view that children of tender years should be given to the custody of their mother as any rule of law. As Roach J.A. put it, it is as old as human nature, and as learned counsel for the appellant put it in this Court, it is a principle of common sense. It is simply one of the more important factors which must be considered in the granting of custody. In the view of the learned trial judge in the present appeal, it was such a strong factor as to be well nigh conclusive. In the view of the Court of Appeal, it was outweighed by the other matters to which I have referred. Under all the circumstances in the present case and particularly in view of what I have already outlined as the careful plans of the husband for the care and upbringing of the children in his immediate presence, I am of the opinion that the learned trial judge gave too great a weight to that factor.

Another consideration is the one which quite evidently troubled the learned trial judge and which I am inclined to think he dismissed too lightly. The wife's mother had suffered some psychiatric illness and had on several occasions been institutionalized. The wife's brother and sister had not unlike illnesses. The learned trial judge pointed out that there was a greater tendency in a person coming from that family background to have mental conditions but concluded that the wife was mentally healthy. When the stabilizing influence of the husband was removed, then I am of the view the evidence has shown that the erratic conduct of

[TRANSLATION] Une cour décidera de ne pas confier un enfant en bas âge à la garde de sa mère pour des raisons exceptionnelles: voir *Weeks v. Weeks*, (1955) 14 W.W.R. 529, (1955) 3 D.L.R. 704; *Bell v. Bell* (1955) O.W.N. 341; *Re Doucette* (1970), 3 R.F.L. 115. Il n'en est pas ainsi dans l'affaire qui nous occupe, à mon avis Madame Talsky est une mère excellente à tout point de vue.

et plus loin:

[TRANSLATION] A mon avis, le principe selon lequel des enfants en bas âge doivent être confiés à la garde de leur mère découle du bon sens; il ne s'agit pas d'une question de droit comme le croit à tort le savant juge de première instance; voir l'affaire *Re Pittman and Pittman*. Ce n'est qu'un facteur à considérer parmi tous les autres.

Je suis d'avis que les critiques ne se justifient pas. Le savant juge de première instance n'était pas d'avis qu'en droit les enfants en bas âge devraient être confiés à la garde de leur mère. Comme l'a dit le juge d'appel Roach, c'est un principe vieux comme le monde et selon le savant avocat de l'appelante, c'est une question de bon sens. C'est un des facteurs importants qui doivent entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de la garde des enfants et le savant juge de première instance a décidé que c'était un facteur décisif mais il a eu, aux yeux de la Cour d'appel, moins de poids que les autres auxquels j'ai renvoyé. Étant donné les circonstances entourant la présente affaire et en raison de ce que j'ai souligné à propos du projet soigneusement conçu par l'époux pour élever ses enfants et être à leurs côtés, je suis d'avis que le savant juge de première instance a accordé trop d'importance à ce facteur.

Je pense aussi que le savant juge de première instance a écarté un peu trop hâtivement un autre facteur qui l'avait profondément troublé. La mère de l'épouse avait souffert de troubles psychiques et été internée à plusieurs reprises. Le frère et la sœur de l'épouse avaient souffert de troubles analogues. Le savant juge de première instance a souligné qu'une personne issue d'une telle famille avait plus de risque de souffrir des mêmes troubles mais il a conclu pourtant qu'elle jouissait de toutes ses facultés mentales. Une fois la présence équilibrante de l'époux disparue, la preuve indique, à mon avis, que la conduite erratique de la famille

the members of the wife's family could possibly have a deleterious effect on her stability and this factor has an important influence in assessing what will be her ability in the future to be a proper custodian of her infant children. The learned trial judge used these words in his conclusion:

While many of the matters referred to by counsel for the husband have caused me concern, I am satisfied on the evidence I have heard that the children are being well looked after at the present time by their mother.

(The underlining is mine.)

Although the underlining is my own, I am of the opinion that the use of those words demonstrated a certain doubt in the mind of the learned trial judge that the situation would continue and, in my view, he was reflecting the same fear that I have expressed in the above paragraph.

For all of these reasons, I would dismiss the appeal. The respondent, in his factum, simply asks that the appeal be dismissed and makes no application for an order as to costs. In so far as the judgment of the Court of Appeal dealt with the issue of custody, it made no award of costs and I am of the opinion that this Court should make no award as to costs.

Appeal allowed with costs, SPENCE and BEETZ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Atlin, Goldenberg, Cohen, Gamble & Armel, Toronto.

Solicitors for the respondent: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

de l'épouse pourrait avoir un effet néfaste sur l'équilibre de cette dernière, ledit facteur étant très important lorsqu'il s'agit de juger si l'épouse pourra plus tard s'occuper convenablement des enfants confiés à sa garde. Le savant juge de première instance conclut ainsi:

[TRADUCTION] Bien que certaines affirmations de l'avocat de l'époux m'aient inquiété, je suis convaincu que les enfants sont actuellement bien soignés par leur mère d'après la preuve.

(C'est moi qui souligne.)

Bien que j'aie souligné le mot «actuellement», je suis d'avis que son usage démontre que le savant juge de première instance doutait que la situation restât ainsi et j'estime que ce mot exprime les mêmes craintes que les miennes dans le paragraphe précédent.

Pour tous ces motifs, je rejetterais le pourvoi. Dans son factum, l'intimé demande simplement que le pourvoi soit rejeté et ne demande aucune adjudication de dépens. En tranchant la question de la garde des enfants, la Cour d'appel n'a pas adjugé de dépens et je suis d'avis que cette Cour devrait de même ne pas adjuger de dépens.

Appel accueilli avec dépens, les JUGES SPENCE et BEETZ dissidents.

Procureurs de l'appelante: Atlin, Goldenberg, Cohen, Gamble & Armel, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.