

Nancy Ann Hood (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

John Russell Hood (*Defendant*) *Respondent*.

1971: May 10, 11; 1971: June 28.

Present: Martland, Judson, Ritchie, Hall and Laskin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Husband and wife—Alimony action dismissed—Husband refusing wife's subsequent offer to resume cohabitation—Second alimony action brought—Allegation that husband's refusal constituted desertion—Husband having valid reasons for refusing to accept offer.

The appellant left the matrimonial home and on the following day laid a charge of assault against her husband. Shortly thereafter she commenced proceedings against him, alleging cruelty on his part. The pleadings were subsequently amended to allege desertion by the husband. The action was dismissed, the trial judge finding that the disruptive attitude of the appellant throughout the period of cohabitation was planned and deliberate, that she had left the matrimonial home, that there was no desertion by the husband, and that the charge of assault had been laid for the purpose of founding a cause of action for alimony.

Prior to that trial the appellant, through her solicitor, made overtures about reconciliation, which were futile. A further offer of reconciliation, made while an appeal from the trial judgment was pending, also failed. The appeal was dismissed and a few days later the appellant withdrew the charge of assault. Later in the same month the appellant wrote to her husband, offering to resume cohabitation. The husband refused.

The appellant then sued her husband a second time. She alleged that his refusal to resume cohabitation constituted desertion, which entitled her to live separate and apart from him, and to receive alimony from him. This action was successful, but, on appeal, the judgment at trial was reversed. The wife appealed to this Court.

Held (Hall and Laskin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson and Ritchie JJ.: The important fact was that a judicial finding, as between

Nancy Ann Hood (*Demanderesse*) *Appelante*;

et

John Russell Hood (*Défendeur*) *Intimé*.

1971: les 10 et 11 mai; 1971: le 28 juin.

Présents: Les Juges Martland, Judson, Ritchie, Hall et Laskin.

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

Mari et femme—Rejet d'une action pour pension alimentaire—Le mari refuse l'offre de l'épouse de reprendre la cohabitation—Seconde action pour pension alimentaire instituée—Allégation que le refus du mari constitue un abandon—Raisons valables de refuser l'offre.

L'appelante a quitté le foyer matrimonial et le lendemain, elle portait une accusation de voies de fait contre son mari. Peu de temps après, elle a engagé des procédures contre lui, pour excès et sévices. Elle a par la suite modifié sa demande et allégué que son mari l'avait abandonnée. Cette action a été rejetée, le juge de première instance ayant conclu que l'attitude perturbatrice de l'appelante durant toute la période de cohabitation était voulue et délibérée, qu'elle avait quitté le foyer matrimonial, que le mari n'avait pas abandonné son épouse et que l'accusation de voies de fait avait été portée en vue de fonder la demande alimentaire.

Avant le procès, l'appelante avait, par l'intermédiaire de son avocat, fait des ouvertures de réconciliation qui sont demeurées vaines. Alors que l'appel était pendant, d'autres ouvertures de réconciliation ont été rejetées. L'appel a été rejeté et quelques jours plus tard, l'appelante a retiré son accusation de voies de fait. Un peu plus tard, le même mois, l'appelante a écrit à son mari qu'elle était disposée à reprendre la cohabitation. Le mari a refusé.

L'appelante a alors intenté une seconde action contre son mari. Elle a allégué que le refus de celui-ci de reprendre la cohabitation constituait un abandon, ce qui lui donnait le droit de vivre séparée de lui et de recevoir une pension alimentaire. Cette action a été accueillie, mais le jugement de première instance a été infirmé en appel. L'épouse a appelé à cette Cour.

Arrêt: L'appel doit être rejeté, les Juges Hall et Laskin étant dissidents.

Les Juges Martland, Judson et Ritchie: Ce qui importe, c'est qu'une décision judiciaire a été rendue

the parties, had been made. The trial judge in the earlier action had dismissed the appellant's allegations of cruelty and desertion, and found that she had deserted her husband. That judgment was affirmed by the Court of Appeal. The appellant's letter to her husband was written only 18 days later.

Under these circumstances, the respondent had ample grounds for refusing to accept the offer contained in that letter. The trial judge thought the offer was genuine. But that did not conclude the matter. The respondent had good reason, in the light of his past experience with the appellant, to doubt that it was genuine. In any event, genuine or not, he had valid reason for refusing to accept her offer to resume cohabitation. His refusal did not make him into a deserter.

Per Hall and Laskin JJ., dissenting: The kernel of this case lay in the genuineness or sincerity of the appellant's offer. The trial judge believed the plaintiff wife and concluded that her offer to return, with restitution of conjugal rights, was sincere. The Court of Appeal's reversal of the findings of the trial judge rested, ultimately, on that Court's refusal to believe in the wife's sincerity because of the shadow cast by the first action. The wife did have a *locus poenitentiae*; and in the light of the fact that she gave credited evidence and the husband did not testify, the Court of Appeal should not have interfered with the trial judge's assessment and findings.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario, dismissing the plaintiff's action, and reversing the judgment of Donoghue J., awarding the plaintiff alimony. Appeal dismissed, Hall and Laskin JJ. dissenting.

E. A. Cherniak, for the plaintiff, appellant.

G. D. Findlayson, Q.C., for the defendant, respondent.

The judgment of Martland, Judson and Ritchie JJ. was delivered by

MARTLAND J.—This is an appeal from the unanimous judgment of the Court of Appeal for Ontario, which allowed the appeal of the present respondent from a judgment which had declared that the present appellant was living separate

en ce qui concerne les parties. Dans la première action, le juge de première instance a rejeté les allégations d'excès et sévices et d'abandon, et a conclu que c'est l'appelante qui a abandonné son mari. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel. Ce n'est que dix-huit jours plus tard que l'appelante a écrit la lettre à son mari.

Dans les circonstances, l'intimé avait de bonnes raisons de refuser l'offre que renfermait la lettre. Le juge de première instance a cru que l'offre était sincère. Mais cela ne résout pas l'affaire. L'intimé avait de bonnes raisons, à la lumière de ses relations avec l'appelante par le passé, de douter de la sincérité de celle-ci. De toute façon, qu'elle ait été sincère ou non, il avait des raisons valables de refuser son offre de recommencer à cohabiter. Ce refus ne vaut pas abandon.

Les Juges Hall et Laskin, dissidents: L'affaire repose essentiellement sur l'existence d'une offre réelle et sincère de la part de l'appelante. Le juge de première instance a cru l'épouse demanderesse et a conclu que son offre de revenir et de reprendre la vie conjugale avec son mari était sincère. Si la Cour d'appel a infirmé les conclusions du juge de première instance c'est, en fin de compte, parce qu'elle a refusé de croire à la sincérité de l'épouse, la première demande rendant cette sincérité douteuse. L'épouse a un *locus poenitentiae*; étant donné qu'elle a rendu un témoignage auquel on a ajouté foi et que son mari n'a pas témoigné, la Cour d'appel n'aurait pas dû modifier la décision et les conclusions du juge de première instance.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario, rejetant l'action de la demanderesse et infirmant le jugement du Juge Donoghue, qui avait accordé à la demanderesse une pension alimentaire. Appel rejeté, les Juges Hall et Laskin étant dissidents.

E. A. Cherniak, pour la demanderesse, appelante.

G. D. Findlayson, c.r., pour le défendeur, intimé.

Le jugement des Juges Martland, Judson et Ritchie a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Le présent appel est à l'encontre d'un arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Ontario accueillant l'appel du présent intimé d'un jugement où il était déclaré que la présente appelante vivait séparée de l'intimé parce que ce

and apart from the respondent by reason of his desertion, and was entitled to alimony in the amount of \$750 per month.

The parties were married on November 30, 1963. The appellant was then 43 years of age, and the respondent 55. There is no issue of the marriage. The appellant left the matrimonial home on October 16, 1966. On the following day she laid a charge of assault against her husband in the Juvenile and Family Court for the City of Stratford. On November 1, 1966, she commenced proceedings in the Supreme Court of Ontario against the respondent, alleging cruelty on his part. The pleadings were subsequently amended to allege desertion by the respondent.

This action came on for trial, and on January 11, 1968, the action was dismissed. The trial judge found that the disruptive attitude of the appellant throughout the period of cohabitation was planned and deliberate, that she had left the matrimonial home, that there was no desertion by the respondent, and that the charge of assault had been laid for the purpose of founding a cause of action for alimony.

Prior to that trial the appellant, through her solicitor, made overtures about reconciliation, which were futile.

The appellant appealed from the judgment at trial, but the appeal was dismissed. While the appeal was pending, her solicitor wrote to the respondent's solicitor stating:

My client is renewing the offer, and is prepared unequivocally to resume marital cohabitation with her husband, forget past differences, and start afresh.

The respondent's solicitor replied:

My client believes, as surely your client must, that the marriage is beyond repair and thus there is no useful purpose to be served in pursuing the matter.

The appeal was dismissed on April 2, 1968. The appellant withdrew the charge of assault, which was then pending, a few days later.

The same month, on April 20, the appellant wrote to the respondent, as follows:

I should like to talk to you about our getting back together again. I know we have had our differences in the past but I think we could resume our life

dernier l'avait abandonnée, et qu'elle avait droit à une pension alimentaire de \$750 par mois.

Les parties se sont mariées le 30 novembre 1963. L'appelante avait alors 43 ans et l'intimé 55. Ils n'ont pas d'enfant. L'appelante a quitté le foyer matrimonial le 16 octobre 1966. Le lendemain, elle portait une accusation de voies de fait contre son mari devant la Cour de la famille et des jeunes délinquants de la ville de Stratford. Le 1^{er} novembre 1966, elle a engagé des procédures contre l'intimé devant la Cour suprême de l'Ontario, pour excès et sévices. Elle a par la suite modifié sa demande et allégué que l'intimé l'avait abandonnée.

La cause a été entendue et le 11 janvier 1968 l'action a été rejetée. Le juge de première instance a conclu que l'attitude perturbatrice de l'appelante durant toute la période de cohabitation était voulue et délibérée, qu'elle avait quitté le foyer matrimonial, que l'intimé n'avait pas abandonné son épouse et que l'accusation de voies de fait avait été portée en vue de fonder la demande alimentaire.

Avant le procès, l'appelante avait, par l'intermédiaire de son avocat, fait des ouvertures de réconciliation qui sont demeurées vaines.

L'appelante a interjeté appel du jugement de première instance, mais l'appel a été rejeté. Pendant que l'appel était pendant, l'avocat de l'appelante a écrit la lettre suivante à l'avocat de l'intimé:

[TRADUCTION] Ma cliente renouvelle son offre; elle est clairement disposée à retourner habiter avec son mari, à oublier les différends passés et à recommencer à neuf.

L'avocat de l'intimé a répondu:

[TRADUCTION] Mon client croit, tout comme doit le croire votre cliente, que l'union est brisée à tout jamais; il ne sert donc à rien de pousser l'affaire plus loin.

L'appel a été rejeté le 2 avril 1968. Quelques jours plus tard, l'appelante a retiré son accusation de voies de fait, alors pendante.

Le même mois, le 20 avril, l'appelante écrivait la lettre suivante à l'intimé:

[TRADUCTION] J'aimerais te parler au sujet de la possibilité de reprendre notre vie commune. Je sais que nous avons déjà eu des différends, mais je crois

together successfully now that we have been apart for a while.

At our ages there are many years ahead that we could enjoy together if we took up our marriage again. I am willing to come back and try, and I know we can make a go of it if we both work at it. I was very sorry that you wouldn't meet with me last December when I asked my lawyer to speak to your lawyer so that the trial had to go ahead in January. I think we could have talked things over at that time and resumed our married life. It would really be more rewarding for both of us to have each other for the rest of our lives. Remember you told me when I tried so hard to get you to make up after a quarrel that if I hadn't done it you never would. You said you just couldn't give in, it was your nature. Well, I'm trying again and I'd like you to think about it seriously and to think what we are both missing by not being together. I will look forward to hearing from you in the meantime.

Love,
Nancy.

The husband wrote on the bottom of the letter, "No. Thanks just the same", and presumably returned it to the wife with that notation endorsed thereon.

On July 15, 1968, the appellant sued her husband a second time. She alleged that his refusal to resume cohabitation constituted desertion, which entitled her to live separate and apart from him, and to receive alimony from him.

The position is, therefore, that, there having been a judicial finding as between the parties, confirmed on appeal, on April 2, 1968, that the respondent had not deserted the appellant, the appellant now alleged desertion on his part because of his failure to resume cohabitation with her, following her letter.

The second action was successful. The relevant portions of the reasons for judgment, at trial, are as follows:

After the dismissal of her appeal in the first action, the plaintiff wrote to her husband on April 20th, 1968, ex. 5.

que nous pourrions recommencer à vivre ensemble avec succès, maintenant que nous avons été séparés quelque temps.

A notre âge, il nous reste encore plusieurs années dont nous pourrions jouir ensemble si nous recommençons à vivre sous le même toit. Je suis prête à revenir et à essayer et je sais que nous pouvons réussir si nous y mettons tous deux du nôtre. Cela m'a fait beaucoup de peine que tu aies refusé de me voir au mois de décembre dernier, lorsque j'ai demandé à mon avocat de parler au tien, de sorte que le procès a dû avoir lieu en janvier. Je crois que nous aurions pu en discuter à ce moment-là et reprendre notre vie conjugale. Vraiment, nous serions tous deux plus heureux si nous passions le reste de notre vie ensemble. Rappelle-toi ce que tu m'as déjà dit, lorsque après une querelle j'ai tout fait pour que tu acceptes la réconciliation, que si je n'avais pas agi ainsi, tu ne l'aurais jamais fait de toi-même. Tu as dit que tu ne pouvais pas céder, ce n'était pas dans ta nature. Eh bien, j'essaie encore et j'aimerais que tu y penses sérieusement et aussi à ce que nous manquons tous deux en n'étant pas ensemble. J'attends ta réponse avec impatience.

Affectueusement,
Nancy.

Au bas de la lettre, le mari écrit: "Non. Merci quand même", et il est à présumer qu'il a renvoyé la lettre ainsi annotée à son épouse.

Le 15 juillet 1968, l'appelante a intenté une seconde action contre son mari. Elle alléguait que le refus de celui-ci de reprendre la cohabitation constituait un abandon, ce qui lui donnait le droit de vivre séparée de lui et de recevoir une pension alimentaire.

La situation est donc qu'après une décision judiciaire qui détermine les rapports juridiques entre les parties, décision confirmée en appel le 2 avril 1968 et portant que l'intimé n'avait pas abandonné son épouse, l'appelante allègue maintenant que l'intimé l'a abandonnée parce qu'il n'avait pas recommencé à habiter avec elle à la suite de la lettre qu'elle lui avait adressée.

La seconde action a été accueillie. Les passages pertinents des motifs du jugement de première instance sont les suivants:

[TRADUCTION] Après le rejet de son appel dans la première action, la demanderesse a écrit à son mari le 20 avril 1968, pièce 5.

As much of the dispute in this action concerns whether the plaintiff made a real offer to resume cohabitation and her good faith in this respect, it is important to peruse this letter carefully. As I read it, it is conciliatory in tone, affectionate to a degree appropriate to mature persons, apologetic without being abject, constructive and clearly sets out that the plaintiff wishes to resume cohabitation with the defendant. The defendant returned this letter to the plaintiff with this answer written upon it above his initials "No. Thanks just the same."

The plaintiff stated that after this letter of April 20th, 1968, she wrote little notes to the defendant recalling the good times of their marriage. The defendant neither denied these notes nor produced or explained them. I can only infer that they did not help his case. She says further that in the winter of 1969 she met her husband by chance and he refused to talk to her.

I formed a favourable impression of the plaintiff. She gave her evidence in a forthright and direct way. In his cross-examination Mr. Isbister put it to her that she had set her cap for the defendant at a time when he was separated from his first wife. She met this suggestion candidly saying that it was true to a degree but that she felt sure that he was likewise interested in her. Further, when questioned as to whether she really wanted to return to the defendant she said she was willing to return during the first trial and the appeal, but she was not so sure now. She said that as a condition of returning she would expect the defendant to be kind to her. The plaintiff made these answers with honesty and candour. I did not then or on deep reflection since take these answers to mean that she had changed her mind about wanting to return to her husband, but rather that because he had so curtly rejected all her advances, she was beginning to lose hope that he would ever be kind to her if she did return. In my view, the plaintiff had adequate grounds for any misgivings she might have expressed at trial about returning to her husband. It was he who first brought solicitors into the breach if there were one. His adamant refusals to talk to her remained unexplained.

The judgment at trial was reversed on appeal. In the reasons for judgment, reference was made

Comme une bonne partie du présent litige porte sur la question de savoir si la demanderesse a réellement offert de reprendre la cohabitation et si elle était de bonne foi à cet égard, il importe d'examiner cette lettre avec soin. Selon moi, la demanderesse a rédigé cette lettre dans un esprit de conciliation, et le ton affectueux dont elle se sert sied à une personne sérieuse; elle y fait des excuses sans aller jusqu'à l'abaissement, il s'agit d'un geste positif par lequel elle manifeste clairement son désir de recommencer à habiter avec le défendeur. Celui-ci a renvoyé la lettre à la demanderesse, après avoir inscrit au-dessus de ses initiales: «Non. Merci quand même.»

La demanderesse affirme qu'après cette lettre du 20 avril 1968, elle a écrit de petites notes au défendeur, lui rappelant les bons moments de leur vie matrimoniale. Le défendeur n'a pas nié l'existence de ces notes, il ne les a pas produites ni expliquées. Je puis seulement déduire qu'elles ne favorisaient pas sa cause. La demanderesse dit également qu'au cours de l'hiver de 1969, elle a rencontré son mari par hasard et qu'il a refusé de lui parler.

La demanderesse m'a favorablement impressionné. Elle a témoigné de façon franche et directe. Au cours du contre-interrogatoire, M. Isbister a exprimé l'avis qu'elle avait entrepris la conquête du défendeur alors qu'il était séparé de sa première épouse. C'est avec franchise qu'elle a répondu à cela en disant que c'était vrai dans une certaine mesure mais qu'elle était sûre qu'il s'intéressait également à elle. De plus, lorsqu'on lui a demandé si elle voulait vraiment revenir au défendeur, elle a dit qu'elle avait été prête à lui revenir au cours du premier procès et de l'appel, mais qu'elle n'en était plus certaine. Elle a dit qu'elle retournerait si le défendeur se montrait bon envers elle. C'est en toute honnêteté et avec franchise que la demanderesse a fait ces réponses. Ni à ce moment-là ni depuis, en y réfléchissant bien, je n'ai considéré que ces réponses laissent entendre qu'elle avait changé d'idée et qu'elle ne voulait plus revenir à son mari, mais plutôt que, parce qu'il avait repoussé toutes ses avances de façon aussi sèche, elle commençait à perdre espoir, doutant de sa bonté envers elle si jamais elle lui revenait. A mon avis, la demanderesse avait des motifs suffisants de craintes, si elle décidait de revenir à son mari, craintes qu'elle a pu exprimer au procès. C'est lui qui le premier a mêlé les avocats à cette rupture, s'il y en a bien eu une. Son refus péremptoire de lui parler est demeuré inexpliqué.

Le jugement de première instance a été infirmé en appel. Dans les motifs de jugement, il est fait

to the case of *H. v. H.*¹, and to the necessity, in the circumstances of this case, for the appellant to establish that the respondent was living apart from her:

1. without sufficient cause; and
2. under circumstances which would entitle her, by the law of England, to a decree of restitution of conjugal rights.

The Court of Appeal did not place the same interpretation on the letter as had the trial judge:

Having regard to all of the circumstances at the time at which it was written, my brothers and I find it difficult to detect any tone of conciliation in the letter; we discern no feeling of affection; and, while it may be constructive, it does not, in our view, contain an express statement by the plaintiff that she truly wished to resume cohabitation.

In assessing the respondent's sincerity as reflected only in that letter, it must be borne in mind that Mr. Justice Moorhouse had found that her attitude which resulted in the break up of the home was planned and deliberate on her part, that she had threatened to harm her husband financially and in his standing in the community, and that she did not wish to live with him; and at the time of the second trial, she gave a clear indication that she did not wish to return to him.

The Court of Appeal was also of the opinion that the appellant, by her conduct, was disentitled to alimony:

There is another reason why the respondent was not entitled to succeed in her action. As it seems to me, she was guilty of sufficiently grave and weighty misconduct as to disentitle her to alimony. I have in mind her boasts as to causing harm to the appellant, her unwarranted allegation of cruelty, her invalid charge against him for assault, and, lastly, the fact that at no time, not even in the letter, ex. 5, did she express regret for her prior misconduct or promise improvement. We agree, therefore, that the appellant had good and sufficient reason to refuse the invitation to negotiate the matter and that the circumstances thus are quite different from those which confronted the Court in *Dowcett v. Dowcett*, [1948] O.W.N. 685.

¹ [1944] O.R. 438.

mention de la cause *H. v. H.*¹, et de la nécessité pour l'appelante, dans les circonstances particulières de l'espèce, d'établir que l'intimé vivait séparé d'elle:

1. sans motif suffisant; et
2. dans des circonstances qui permettraient à celle-ci, en vertu du droit d'Angleterre, d'obtenir une ordonnance de reprise des relations conjugales.

La Cour d'appel n'a pas interprété la lettre de la même façon que le juge de première instance:

[TRADUCTION] Eu égard à l'ensemble des circonstances au moment où la lettre a été écrite, mes collègues et moi-même y décelons difficilement un esprit de conciliation; nous n'y discernons aucun sentiment d'affection; même s'il se peut que ce soit un geste positif, à notre avis, la demanderesse ne déclare nulle part de façon expresse qu'elle est réellement prête à reprendre la cohabitation.

En appréciant la sincérité de l'intimée uniquement d'après la lettre, il faut avoir à l'esprit que le Juge Moorhouse a conclu que son attitude, qui a amené la rupture, était voulue et délibérée, que l'intimée avait menacé son mari de lui nuire financièrement et de porter atteinte à sa réputation dans leur collectivité et qu'elle ne voulait pas vivre avec lui; au moment du second procès, elle a clairement fait savoir qu'elle ne voulait pas lui revenir.

La Cour d'appel est également d'avis que l'appelante, à cause de sa conduite, n'avait pas droit à une pension alimentaire:

[TRADUCTION] Il existe une autre raison pour laquelle l'action de l'intimée devait échouer. Selon moi, sa mauvaise conduite était suffisamment grave et importante pour qu'elle n'ait pas droit à une pension alimentaire. Je pense à sa menace de nuire à l'appelant, son allégation non fondée d'excès et sévices, son accusation non valable de voies de fait, et enfin le fait qu'elle n'a jamais, même pas dans la lettre, pièce 5, regretté sa mauvaise conduite antérieure, ni promis de s'améliorer. Par conséquent, nous croyons que l'appelant avait des raisons valables et suffisantes de refuser de discuter de l'affaire et que les circonstances sont ainsi très différentes de celles qui ont été portées à la connaissance de la Cour dans *Dowcett v. Dowcett* [1948] O.W.N. 685.

¹ [1944] O.R. 438.

It is my opinion that the Court of Appeal reached the correct conclusion. The Court gave careful attention to the effect of the first proceedings by the appellant against the respondent. A transcript of the evidence in the earlier trial was in evidence before the learned trial judge in the second action, but he makes no mention of the findings of the learned trial judge in that action.

The important fact is that a judicial finding, as between the parties, had been made. The appellant's allegation of cruelty had been dismissed, the allegation of the respondent's desertion of his wife was dismissed, and it was found that she had deserted him. That judgment was affirmed by the Court of Appeal. The letter, upon which so much reliance was placed by the learned trial judge in the present case, was written by the appellant only 18 days later.

In my opinion, under these circumstances, the respondent had ample grounds for refusing to accept the offer contained in that letter. The learned trial judge thought the offer was genuine. But that does not conclude the matter. The respondent had good reason, in the light of his past experience with the appellant, to doubt that it was genuine. In any event, genuine or not, he had valid reasons for refusing to accept her offer to resume cohabitation. His refusal did not, on the facts of this case, make him into a deserter.

For these reasons, I would dismiss this appeal, with costs.

The judgment of Hall and Laskin JJ. was delivered by

LASKIN J. (*dissenting*)—This appeal arises out of an alimony action, the second brought by the appellant wife against her husband. The first was dismissed by Moorhouse J. on January 11, 1968, with strong findings of fact against the wife, and an appeal by the wife failed on April 2, 1968. The second action was begun on July 15, 1968, and succeeded after trial on December 10, 1969, before Donohue J. who delivered reasons on January 6, 1970. His finding of fact in favour of

A mon avis, la Cour d'appel est arrivée à la bonne conclusion. La Cour a soigneusement étudié l'effet de la première action de l'appelante contre l'intimé. La transcription des témoignages entendus lors du premier procès a été déposée devant le savant juge de première instance lors de la seconde action, mais ce dernier ne fait pas mention des conclusions du savant juge de première instance dans cette action-là.

Ce qui importe, c'est qu'une décision judiciaire a été rendue, en ce qui concerne les parties, l'une par rapport à l'autre. L'allégation d'excès et sévices formulée par l'appelante a été rejetée et son allégation d'abandon a aussi été rejetée, la conclusion étant que c'est l'appelante qui a abandonné son mari. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel. Ce n'est que 18 jours plus tard que l'appelante a écrit la lettre sur laquelle s'est en grande partie fondé le savant juge de première instance dans la présente cause.

Dans ces circonstances, l'intimé avait à mon avis de bonnes raisons de refuser l'offre que renfermait la lettre. Le savant juge de première instance croit que l'offre est sincère. Mais cela ne résout pas l'affaire. L'intimé avait de bonnes raisons, à la lumière de ses relations avec l'appelante par le passé, de douter de la sincérité de celle-ci. De toute façon, qu'elle ait été sincère ou non, il avait des raisons valables de refuser son offre de recommencer à cohabiter. Compte tenu des faits particuliers de l'espèce, ce refus ne vaut pas abandon.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Le jugement des Juges Hall et Laskin a été rendu par

LE JUGE LASKIN (*dissident*)—L'appel découle d'une demande en paiement de pension alimentaire, la seconde formée par l'épouse appelante contre son mari. La première action a été rejetée, le 11 janvier 1968, par le Juge Moorhouse dont les conclusions de fait étaient fortement contre l'épouse; l'appel interjeté par cette dernière a été rejeté le 2 avril 1968. La seconde demande a été formée le 15 juillet 1968; elle a été accueillie après avoir été entendue le 10 décembre 1969

the wife on the crucial issue whether she was sincere in her desire to resume cohabitation, with restitution to her husband of conjugal rights, was reversed by the Ontario Court of Appeal on June 24, 1970. The case is now here, substantially on that issue.

A threshold question for me is the position of this Court in cases where we are asked to choose between different findings of fact by the trial judge and by the provincial Court of Appeal on the same issue; and especially where, as here, the determination of that issue determines the result of the action. Is the preferable position that this Court should proceed on the view that it will not interfere with the Court of Appeal's finding unless satisfied that it is wrong or is the preferable position that this Court should proceed on the view that it will not interfere with the Court of Appeal's finding only if it is satisfied that the trial judge was wrong.

I realize, of course, that given the jurisdiction which this Court possesses to interfere with findings of fact below, there can be no invariable rule; and certainly the Court's exercise of this jurisdiction has been demonstrated even in "concurrent findings" cases, despite general statements that it should rarely be done. Formulae of abstinence and of intervention abound through the case law, each suited to the particular situation. It would be rash, however, to see them as merely result-oriented; they do provide guidelines, although their reiteration against contrary results must rob them of trustworthiness. It may be the better course to assert the jurisdiction to review facts unequivocally, whenever it is proposed to interfere with findings of fact.

The two approaches to fact review that I have mentioned, where the trial judge and the Court of Appeal differ on a factual issue, are exemplified in *Demers v. Montreal Steam Laundry*

par le Juge Donohue qui a rendu jugement le 6 janvier 1970. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé, le 24 juin 1970, la conclusion de fait du Juge Donohue en faveur de l'épouse, sur la question cruciale de savoir si celle-ci désirait sincèrement reprendre la cohabitation et les relations conjugales avec son mari. Cette Cour est maintenant saisie de l'affaire, et principalement de cette question.

Ce qu'il faut déterminer avant autre chose, à mon avis, c'est la position de cette Cour lorsqu'on lui demande d'opter entre les conclusions de fait différentes du juge de première instance et de la Cour d'appel provinciale sur le même point et en particulier lorsque, comme en l'espèce, la décision de ce point détermine le sort de la demande. Est-il préférable que cette Cour adopte l'attitude de ne modifier la conclusion de la Cour d'appel que si elle est convaincue que cette conclusion est erronée ou est-il préférable qu'elle décide de ne pas modifier la conclusion de la Cour d'appel dans les seuls cas où elle est convaincue que le juge de première instance a commis une erreur?

Évidemment, je me rends compte, étant donné la compétence de cette Cour pour modifier les conclusions de fait des cours d'instance inférieure, qu'il ne peut y avoir de règle absolue; il est certain que la Cour a exercé cette compétence même dans des cas de «conclusions concordantes», bien qu'on ait déclaré de façon générale qu'elle ne devrait le faire que très rarement. Le droit jurisprudentiel renferme de nombreuses formules d'abstention et d'intervention, chacune adaptée à une situation particulière. Toutefois, il serait téméraire de les considérer comme étant simplement axées sur les résultats; elles fournissent des critères, bien que leur emploi réitéré avec des résultats contraires leur enlève nécessairement de la valeur. Il vaut peut-être mieux exercer sans équivoque cette compétence pour revoir les faits dès qu'il s'agit de modifier des conclusions de fait.

Les deux façons d'aborder l'examen des faits, que j'ai mentionnées, dans les cas où le juge de première instance et la Cour d'appel ont une opinion divergente sur une question de fait, sont illus-

*Co.*² and in *Palsky v. Humphrey*³. In *Demers*, Taschereau J., for the Court, put the matter as follows (at p. 538):

...it is settled law upon which we have often acted here, that where a judgment upon facts has been rendered by a court of first instance, and a first court of appeal has reversed that judgment, a second court of appeal should interfere with the judgment on the first appeal, only if clearly satisfied that it is erroneous.

(I note the reference to "settled law", which, in my opinion, overstates the situation because we are dealing merely with the practice of the Court in exercising an admitted jurisdiction.) In the *Palsky* case, Spence J., for the Court, said this (at p. 583):

I accept the propositions put by counsel for the appellants in this Court that [the trial judge's] finding should not be reversed unless the inferences which he drew were clearly wrong or that he acted on some incorrect principle of law.

There are cases in which a trial judge's findings of fact have been restored by this Court without dwelling on guiding rules, but simply on review of the facts: see, for example, *Hayes v. Day*⁴; *Massicotte v. Les Commissaires d'Écoles d'Outremont*⁵. In others, the *Palsky* view, if I may so term it, has been justified in terms of the credibility given by the trial judge to the witnesses: see *Granger v. Brydon-Jack*⁶, per Brodeur J. at p. 500. Indeed, it has also been said that where credibility is not involved in the first tribunal's findings, this Court must be satisfied that the provincial appellate Court is wrong before interfering with its contrary view of facts: see *Duthoit v. Province of Manitoba*⁷, at p. 132. Nor has the *Demers* view been without its subsequent supporters: see *Annable v. Coventry*⁸, per Anglin J., at p. 588.

trées dans *Demers c. Montreal Steam Laundry Co.*² et dans *Palsky c. Humphrey*³. Dans l'arrêt *Demers*, le Juge Taschereau a, au nom de la Cour, exposé la question en ces termes (p. 538):

[TRADUCTION] C'est un principe juridique établi sur lequel nous nous sommes souvent fondés en cette Cour que lorsqu'une cour de première instance a rendu jugement sur des faits et qu'une cour d'appel a infirmé ce jugement, la seconde cour d'appel ne devrait modifier le jugement rendu dans le premier appel que si elle est absolument convaincue que ce jugement est erroné.

(Je note l'expression «principe juridique établi» qui, à mon avis, exagère la situation, parce qu'il s'agit simplement de la pratique de la cour dans l'exercice d'une compétence reconnue.) Dans l'arrêt *Palsky*, le Juge Spence a affirmé ce qui suit, au nom de la Cour (p. 583):

[TRADUCTION] J'accepte les principes que l'avocat des appelants a énoncés en cette Cour, savoir que la conclusion (du juge de première instance) ne devrait être infirmée que si les déductions qu'il a tirées sont clairement erronées ou s'il s'est fondé sur un principe juridique inexact.

Cette Cour a parfois rétabli les conclusions de fait d'un juge de première instance sans s'arrêter à des principes directeurs, mais simplement après une revue des faits: voir, par exemple, *Hayes c. Day*⁴; *Massicotte c. Les Commissaires d'Écoles d'Outremont*⁵. Dans d'autres causes, on a justifié le point de vue *Palsky*, si je peux ainsi l'appeler, en se fondant sur la crédibilité accordée aux témoins par le juge de première instance: voir *Granger c. Brydon-Jack*⁶, par le Juge Brodeur, p. 500. De fait, on a également dit que lorsque la crédibilité n'est pas en cause dans les conclusions du tribunal de première instance, cette Cour doit être convaincue que la cour d'appel provinciale a commis une erreur avant de modifier l'opinion contraire de celle-ci sur les faits: voir *Duthoit c. Province of Manitoba*⁷, p. 132. Le point de vue exprimé dans l'arrêt *Demers* a également été repris par la suite: voir *Annable c. Coventry*⁸, par le Juge Anglin, p. 588.

²(1897), 27 S.C.R. 537.

³[1964] S.C.R. 580.

⁴(1908), 41 S.C.R. 134.

⁵[1969] S.C.R. 521.

⁶(1919), 58 S.C.R. 491.

⁷[1967] S.C.R. 128.

⁸(1912), 46 S.C.R. 573.

²(1897), 27 R.C.S. 537.

³[1964] R.C.S. 580.

⁴(1908), 41 R.C.S. 134.

⁵[1969] R.C.S. 521.

⁶(1919), 58 R.C.S. 491.

⁷[1967] R.C.S. 128.

⁸(1912), 46 R.C.S. 573.

Overall, on my reading of the cases that have in recent years come before this Court, it has leaned in favour of the rule that carries support for the findings of the trial judge unless he was clearly wrong. Considerable influence to this end has been wielded by the judgments of the House of Lords in *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*⁹, and in *Watt or Thomas v. Thomas*¹⁰. Illustrative are the judgments of this Court in *Prudential Insurance Co. Ltd. v. Forseth*¹¹, *Maze v. Empson*¹², and in *Vinnal v. The Queen*¹³. None the less, the other view has also been recently affirmed, as in *Dorval v. Bouvier*¹⁴, although not without dissent.

The two views are simply generalities and, as such, they do not appear to depend on any particular case classifications. The application of the one or the other reflects attitudes that influence judgment. Reducing their application to rules is impossible, because each of them is qualified in a way which permits opposite results to be reached by judges who proceed from a common standard. As good an illustration as I have been able to find is *Little v. Little*¹⁵ where, in a matrimonial case, this Court divided three to two in restoring the trial judge's finding of fact, although all members of the Court avowed support for the view (emphasized in *Watt or Thomas v. Thomas*, *supra*, as especially appropriate to matrimonial cases) that the trial judge's findings, based on his advantage of hearing and observing witnesses, should not be interfered with unless they are clearly wrong.

This short canvass leaves me with no sense of accomplishment, other than to encourage me in my view that on factual issues the proper starting point, even in this Court, is deference to a trial judge's findings. That being said, it remains a mere homily, from which each judge can pro-

Somme toute, d'après la lecture que j'ai faite des causes dont cette Cour a été saisie ces dernières années, la règle que les conclusions du juge de première instance doivent prévaloir sauf s'il a nettement commis une erreur l'emporte. Les jugements de la Chambre des Lords dans *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*⁹ et dans *Watt or Thomas v. Thomas*¹⁰ ont exercé une influence considérable à cet égard. On le voit dans les jugements de cette Cour dans *Prudential Insurance Co. Ltd. c. Forseth*¹¹, *Maze c. Empson*¹², et *Vinnal c. La Reine*¹³. Néanmoins, l'autre point de vue a également été affirmé récemment, notamment dans l'affaire *Dorval c. Bouvier*¹⁴, mais non sans dissidence.

Ces deux points de vue sont simplement des généralités et, par conséquent, ils ne paraissent pas dépendre d'une classification particulière des causes. L'application de l'un ou de l'autre est le reflet d'attitudes qui influent sur le jugement. Il est impossible de réduire leur application à des règles, l'un et l'autre étant limités, de façon à permettre aux juges d'aboutir à des résultats opposés à partir d'une norme commune. Le meilleur exemple que j'aie pu trouver est l'arrêt *Little c. Little*¹⁵, une cause en matière de mariage où cette Cour était divisée, trois contre deux, quant au rétablissement de la conclusion de fait du juge de première instance, même si tous les membres de la Cour ont admis souscrire à l'opinion (reconnue dans *Watt or Thomas v. Thomas*, précité, comme étant particulièrement appropriée dans les causes en matière de mariage) que les conclusions du juge de première instance, qui a eu l'avantage d'entendre et d'observer les témoins, ne devraient pas être modifiées à moins d'être clairement erronées.

Cette brève revue ne m'a rien apporté, si ce n'est qu'elle me renforce dans mon opinion qu'en ce qui concerne les questions de fait, il convient, même en cette Cour, de déférer d'abord aux conclusions du juge de première instance. Cela dit, elle ne constitue qu'un simple exposé, un point de

⁹ [1935] A.C. 243.

¹⁰ [1947] A.C. 484.

¹¹ [1960] S.C.R. 210.

¹² [1964] S.C.R. 576.

¹³ [1970] S.C.R. 502.

¹⁴ [1968] S.C.R. 288.

¹⁵ [1958] S.C.R. 566.

⁹ [1935] A.C. 243.

¹⁰ [1947] A.C. 484.

¹¹ [1960] R.C.S. 210.

¹² [1964] R.C.S. 576.

¹³ [1970] R.C.S. 502.

¹⁴ [1968] R.C.S. 288.

¹⁵ [1958] R.C.S. 566.

ceed in his assessment of the appeal as he sees fit. Whatever sense of restraint flows from the starting point is too individual a matter to be susceptible of a generalized rule that would be of any help. The exercise becomes, if anything, circular.

Having declared my approach as above stated, I turn, first, to the findings at trial in the present case and then to the contrary findings of the Court of Appeal. In order for the wife to claim alimony, following her first unsuccessful action, she was obliged to prove that she wished sincerely to return to her husband, from whom she had separated (wrongly as was found in the first action), and to receive and to restore conjugal rights, and that he had wrongly refused such a reconciliation. The wife alone gave evidence in the second action and it is clear that the defendant husband was unwilling to have her return.

A deserting wife's right to reinstate herself, so to speak, as consort of her husband is not disputed. If he wrongly refuses to take her back, he must suffer the consequence of liability for alimony. In a case like the present one, where there has previously been an adjudication adverse to the wife, it is understandable that her sincerity in wishing to return and to offer and resume conjugal rights and duties should be carefully assessed. That assessment, in my view, ought not, however, to descend to the point where she is robbed of dignity and reduced to abjectness. I may observe that the discord between the spouses in this case did not involve marital infidelity or any element of public disrepute on the wife's part.

The record in the first alimony action was put before Donohue J. in the present case. He also had before him a letter of April 20, 1968, written by the wife to the husband a few weeks after the dismissal of her appeal in the first action, in which she asked for a reconciliation. She had sought reconciliation through her solicitors after the trial judgment in the first action but had been rebuffed. There was outstanding at the time, and it remained outstanding until after the appeal

départ pour chaque juge dans l'examen de l'appel comme il l'entend. Quant aux limites qu'il faut s'imposer après avoir adopté le point de départ, c'est là une question trop particulière pour pouvoir être formulée en une règle générale de quelque utilité. On risque ainsi de tomber dans un cercle vicieux.

Ayant exposé la façon dont j'aborde le problème, j'examinerai d'abord les conclusions formulées en première instance dans le cas qui nous occupe, puis les conclusions contraires de la Cour d'appel. Pour réclamer une pension alimentaire après avoir échoué dans sa première demande, l'épouse devait prouver d'une part qu'elle désirait sincèrement revenir à son mari dont elle s'était séparée (à tort, comme il a été décidé dans la première demande) et reprendre avec son mari les relations conjugales, et d'autre part, que son mari avait refusé à tort cette réconciliation. Seule l'épouse a témoigné lors de la seconde demande et il est clair que le mari défendeur ne voulait pas qu'elle lui revienne.

Le droit d'une femme qui a abandonné le foyer conjugal de se réintégrer dans son rôle d'épouse, pour ainsi dire, n'est pas contesté. Si le mari refuse à tort de la reprendre, il doit en subir les conséquences et lui payer une pension alimentaire. Dans une cause comme celle-ci, où il y a déjà eu un jugement à l'encontre de l'épouse, il est compréhensible qu'il faille examiner avec soin si celle-ci est sincère dans son désir de revenir au foyer, de reprendre les relations conjugales avec son mari et de remplir les obligations y relatives. Toutefois, à mon avis, cette appréciation ne devrait pas aller jusqu'à enlever toute dignité à l'épouse et à l'abaisser. Remarquons qu'en l'espèce la mésentente entre les époux ne porte pas sur l'infidélité conjugale ni sur rien qui compromette la réputation de l'épouse.

Dans la présente cause, le dossier de la première demande en pension alimentaire a été déposé devant le Juge Donohue qui avait également une lettre du 20 avril 1968 que l'épouse a adressée à son mari quelques semaines avant le rejet de son appel dans la première demande, et dans laquelle elle demandait une réconciliation. L'épouse avait cherché à se réconcilier par l'entremise de ses avocats, une fois rendu le jugement de première instance dans la première action, mais ses

judgment in the first action, a complaint of assault by the wife against the husband, a complaint laid following an incident on October 16, 1966, which led to the separation of the spouses. The letter of April 20, 1968, was returned by the husband with a notation "No. Thanks just the same."

The trial judge in the second action had before him, as already mentioned, the wife's testimony. In it she referred to her attempts at reconciliation prior to the institution of the second action and to subsequent attempts to re-establish rapport (as a basis for reconciliation) by sending her husband a number of notes, of some of which she kept copies. Her testimony was unanswered save by a cross-examination which dwelt largely on matters which were of record in the first action and in the appeal therein. Although the first action concluded in the husband's favour, the record also shows that from the time of the separation after October 16, 1966, he refused to consider reconciliation, refused to meet with her or to correspond with her, and even refused to talk to her when she met him by chance prior to the trial before Donohue J.

The learned judge made a number of findings as the basis of his award of alimony. I refer to the critical ones in the trial judge's words, and they are as follows:

(1) I formed a favourable impression of the plaintiff. She gave her evidence in a forthright and direct way. In his cross-examination Mr. Isbister put it to her that she had set her cap for the defendant at a time when he was separated from his first wife. She met this suggestion candidly saying that it was true to a degree but that she felt sure that he was likewise interested in her. Further, when questioned as to whether she really wanted to return to the defendant she said she was willing to return during the first trial and the appeal, but she was not so sure now. She said that as a condition of returning she would expect the defendant to be kind to her. The plaintiff made these answers with honesty and candour. I did not then or on deep reflection since take

avances ont été repoussées. A cette époque, une plainte de voies de fait, portée par l'épouse contre son mari à la suite d'un incident qui s'est produit le 16 octobre 1966 et qui a entraîné la séparation des époux, était pendante et elle l'est demeurée jusqu'après la date du jugement rendu en appel dans la première demande. Le mari a retourné la lettre du 20 avril 1968 avec la note: [TRADUCTION] «Non. Merci quand même».

Dans la seconde demande, le juge de première instance a entendu le témoignage de l'épouse, comme je l'ai déjà dit. Celle-ci a parlé de ses tentatives de réconciliation avant l'introduction de la seconde demande et de ses tentatives subséquentes pour établir de nouveau des rapports (en vue d'une réconciliation) en envoyant à son mari un certain nombre de notes, dont elle a conservé une copie de quelques-unes. Son témoignage est demeuré sans réponse à part un contre-interrogatoire qui a surtout porté sur des questions au dossier de la première demande et de l'appel qui a suivi. Bien que la première demande ait été réglée en faveur du mari, le dossier indique également qu'à compter de la date de la séparation, après le 16 octobre 1966, ce dernier a refusé d'envisager la possibilité d'une réconciliation, de rencontrer son épouse ou de correspondre avec elle, et a même refusé de lui parler lorsqu'elle l'a rencontré par hasard avant le procès devant le Juge Donohue.

Le savant juge a formulé un certain nombre de conclusions qui fondent l'accueil de la demande en pension alimentaire. Je me reporte aux conclusions essentielles du juge de première instance en le citant:

[TRADUCTION] (1) La demanderesse m'a favorablement impressionné. Elle a témoigné de façon franche et directe. Au cours du contre-interrogatoire, M. Isbister a exprimé l'avis qu'elle avait entrepris la conquête du défendeur alors qu'il était séparé de sa première épouse. C'est avec franchise qu'elle a répondu à cela en disant que c'était vrai dans une certaine mesure mais qu'elle était sûre qu'il s'intéressait également à elle. De plus, lorsqu'on lui a demandé si elle voulait vraiment revenir au défendeur, elle a dit qu'elle avait été prête à lui revenir au cours du premier procès et de l'appel, mais qu'elle n'en était plus certaine. Elle a dit qu'elle retournerait si le défendeur se montrait bon envers elle. C'est en toute honnêteté et avec franchise que

these answers to mean that she had changed her mind about wanting to return to her husband, but rather that because he had so curtly rejected all her advances, she was beginning to lose hope that he would ever be kind to her if she did return. In my view, the plaintiff had adequate grounds for any misgivings she might have expressed at trial about returning to her husband. It was he who first brought solicitors into the breach if there was one. His adamant refusals to talk to her remained unexplained.

(2) As much of the dispute in this action concerns whether the plaintiff made a real offer to resume cohabitation and her good faith in this respect, it is important to peruse this letter [of April 20, 1968] carefully. As I read it, it is conciliatory in tone, affectionate to a degree appropriate to mature persons, apologetic without being abject, constructive and clearly sets out that the plaintiff wishes to resume cohabitation with the defendant.

(3) It is my view that the whole question here turns upon the sincerity or genuineness of the wife's desire to resume cohabitation. No suggestion is made here that the wife has in any way disentitled herself to live with her husband in his home. . . . I hold that the plaintiff is entitled to alimony.

These findings speak clearly to me that the trial judge believed the plaintiff wife, that he concluded that her offer to return, with restitution of conjugal rights, was sincere, and that any misgivings about how her husband would receive her were reasonably founded in the light of his continuing rebuffs and unwillingness to meet with her.

The Court of Appeal's reversal of the findings of Donohue J. leans heavily on the findings at the first trial. It rests, ultimately, on that Court's refusal to believe in the wife's sincerity because of the shadow cast by the first action. The wife does have a *locus poenitentiae*; and in the light of the fact that she gave credited evidence and the husband did not testify, I am unable to appre-

la demanderesse a fait ces réponses. Ni à ce moment-là ni depuis, en y réfléchissant bien, je n'ai considéré que ces réponses laissaient entendre qu'elle avait changé d'idée et qu'elle ne voulait plus revenir à son mari, mais plutôt que, parce qu'il avait repoussé toutes ses avances de façon aussi sèche, elle commençait à perdre espoir, doutant de sa bonté envers elle si jamais elle lui revenait. A mon avis, la demanderesse avait des motifs suffisants de craintes, si elle décidait de revenir à son mari, craintes qu'elle a pu exprimer au procès. C'est lui qui a le premier mêlé les avocats à cette rupture, s'il y en a bien eu une. Son refus péremptoire de lui parler est demeuré inexpliqué.

(2) Comme une bonne partie du présent litige porte sur la question de savoir si la demanderesse a réellement offert de reprendre la cohabitation et si elle était de bonne foi à cet égard, il importe d'examiner cette lettre [du 20 avril 1968] avec soin. Selon moi, la demanderesse a rédigé cette lettre dans un esprit de conciliation, et le ton affectueux dont elle se sert sied à une personne sérieuse; elle y fait des excuses sans aller jusqu'à l'abaissement, il s'agit d'un geste positif par lequel elle manifeste clairement son désir de recommencer à habiter avec le défendeur.

(3) Je crois que toute la question se résume à savoir si l'épouse désirait sincèrement et réellement reprendre la cohabitation. Personne ne soutient ici que, pour quelque raison que ce soit, l'épouse n'a plus le droit de vivre avec son mari, chez lui. . . . Je décide que la demanderesse a droit à la pension alimentaire.

A mon sens, ces conclusions montrent clairement que le juge de première instance a cru l'épouse demanderesse, qu'il a conclu que son offre de revenir et de reprendre la vie conjugale avec son mari était sincère et que toute crainte qu'elle pouvait avoir sur la façon dont son mari l'accueillerait était raisonnablement fondée, étant donné ses rebuffades répétées et son refus de la rencontrer.

Si la Cour d'appel a infirmé les conclusions du Juge Donohue, c'est parce qu'elle s'est fortement appuyée sur les conclusions qui ressortent du premier procès et, en fin de compte, parce qu'elle a refusé de croire à la sincérité de l'épouse, la première demande rendant cette sincérité douteuse. L'épouse a un *locus poenitentiae*; étant donné qu'elle a rendu un témoignage auquel on

ciate how an appellate Court could properly interfere with the trial judge's assessment and findings.

I do not see the need for any extensive canvass of the reasons delivered on appeal. A few references are, however, necessary to indicate their perspective. The Court of Appeal's reasons include the following:

(1) "It is I think most significant that at the trial before Mr. Justice Moorhouse the wife took the position that she would not return to her husband if given the opportunity to do so." This is simply not so. She was asked by her counsel: "If your husband treated you as a wife were you prepared to go back and live with him?" Her answer was "if he was loving and kind, yes." This answer stood uncontradicted.

(2) Referring to the reasons of Donohue J., the Court of Appeal said: "Apparently he decided she was sincere . . . He did not, however, expressly find such sincerity." Surely, the finding was sufficiently obvious without being punctuated.

(3) The Court of Appeal said: ". . . at the time of the second trial, she gave a clear indication that she did not wish to return to him." That is not an accurate statement; and, moreover, it ignores the context of the wife's evidence, and is at variance with the finding on this issue made by the trial judge.

(4) The Court of Appeal charged Donohue J. with error when he said in his reasons that "no suggestion is made here that the wife has in any way disintituled herself to live with her husband in his home." The error is that of the Court of Appeal because the context shows clearly that the learned trial judge had in mind other misconduct of the wife than that involved in the desertion which she was seeking to terminate. There is otherwise a logical fallacy in criticising the trial judge in relation to the very issue which was before him for determination.

a ajouté foi et que son mari n'a pas témoigné, il m'est impossible de voir comment la Cour d'appel pouvait avec raison modifier la décision et les conclusions du juge de première instance.

Je ne pense pas qu'il soit nécessaire d'examiner au long les motifs du jugement rendu en appel. Toutefois, il est nécessaire d'en dégager certains points pour comprendre le point de vue auquel s'est placée la Cour d'appel pour rendre ses motifs qui sont entre autres les suivants:

(1) [TRADUCTION] «J'estime qu'il importe au plus haut point de noter qu'au procès devant le Juge Moorhouse l'épouse a affirmé qu'elle ne reviendrait pas à son mari si elle en avait l'occasion.» Or tel n'est pas le cas. Son avocat lui a demandé: [TRADUCTION] «Si votre mari vous traitait comme une épouse, seriez-vous disposée à retourner vivre avec lui?» Elle a répondu: [TRADUCTION] «S'il se montrait affectueux et bon, oui.» Cette réponse n'a pas été contredite.

(2) Se reportant aux motifs du Juge Donohue, la Cour d'appel a dit: [TRADUCTION] «Apparemment, il a décidé qu'elle était sincère . . . Toutefois, il n'a pas expressément conclu à cette sincérité.» A coup sûr, cette conclusion était suffisamment évidente sans qu'il soit nécessaire de l'accentuer.

(3) La Cour d'appel a dit: [TRADUCTION] «. . . à l'époque du second procès, elle a clairement manifesté qu'elle ne voulait pas lui revenir.» Cette affirmation n'est pas exacte; de plus, elle ne tient pas compte du contexte dans lequel la femme a témoigné et ne concorde pas avec la conclusion formulée par le juge de première instance sur ce point.

(4) La Cour d'appel a accusé le Juge Donohue de s'être trompé en disant dans ses motifs: [TRADUCTION] «personne ne soutient ici que, pour quelque raison que ce soit, l'épouse n'a plus le droit de vivre avec son mari, chez lui.» L'erreur, c'est la Cour d'appel qui l'a commise parce que, d'après le contexte, il est clair que le savant juge de première instance avait à l'esprit une mauvaise conduite de l'épouse, qui ne serait pas l'abandon du foyer conjugal auquel elle cherchait à mettre un terme. Autrement, on commet une erreur de logique en critiquant le juge de première instance quant à la question même sur laquelle il devait se prononcer.

Although a wide range of cases was brought to the Court's attention, including many that refer to a duty to consider an offer of restitution of conjugal rights, the kernel of this case lies in the genuineness or sincerity of the offer. The difference between the trial judge and the Court of Appeal is, apart from what I have already alluded to, a difference on the proper degree of abjectness and how demonstrably it must be manifested by the wife. The trial judge saw and heard the wife, and concluded that she could properly stand on her offer of amends. He was, in my view, not clearly wrong but clearly right, having regard to the fact that a marriage during its subsistence is not governed by contract rules relating to excuse from performance. Although not necessary to support my view of this case, the record would justify a finding that the husband was unwilling to accept an offer of restitution of conjugal rights, even if made with the utmost sincerity and with complete abjectness.

This is a case where this Court should, under s. 46 of its constituent Act, give the judgment that the Court of Appeal should have given.

I would, therefore, allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the judgment of Donohue J. awarding the wife \$750 per month from May 1, 1968, and her costs on a solicitor and client basis. The wife is also entitled to costs in the Court of Appeal and in this Court.

Appeal dismissed with costs, HALL and LASKIN JJ. dissenting.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Lerner, Lerner, Bradley, Cherniak & Granger, London.

Solicitors for the defendant, respondent: Lash, Johnston, Sheard & Pringle, Toronto.

Bien qu'un grand nombre de causes aient été portées à l'attention de la Cour, dont plusieurs ont trait à l'obligation de tenir compte d'une offre de reprendre les relations conjugales, l'affaire repose essentiellement sur l'existence d'une offre réelle et sincère. Le juge de première instance et la Cour d'appel, indépendamment de ce à quoi j'ai déjà fait allusion, diffèrent d'opinion sur la question de savoir jusqu'à quel point l'épouse doit s'abaisser et prouver son abaissement. Le juge de première instance a vu et entendu l'épouse et conclu qu'on pouvait raisonnablement ajouter foi à son offre de réparation. A mon avis, il n'avait pas clairement tort, mais plutôt clairement raison, eu égard au fait que le mariage, au cours de son existence, n'est pas régi par les règles contractuelles sur les circonstances qui justifient la non-exécution. Bien que cela ne soit pas nécessaire pour étayer mon avis en l'espèce, le dossier justifierait la conclusion que le mari ne voulait pas accepter une offre de reprendre les relations conjugales, même si elle avait été faite en toute sincérité et avec le plus grand abaissement.

Il s'agit d'un cas où cette Cour devrait, en vertu de l'art. 46 de la Loi la créant, rendre le jugement que la Cour d'appel aurait dû rendre.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du Juge Donohue accordant à l'épouse \$750 par mois à compter du 1^{er} mai 1968, et ses dépens sur une base procureur-client. L'épouse a également droit aux dépens en Cour d'appel et en cette Cour.

Appel rejeté avec dépens, les JUGES HALL et LASKIN étant dissidents.

Procureurs de la demanderesse, appelante: Lerner, Lerner, Bradley, Cherniak & Granger, London.

Procureurs du défendeur, intimé: Lash, Johnston, Sheard & Pringle, Toronto.