

Milorad Novic *Appellant*;

and

Radmilla Novic *Respondent*.

File No.: 16780.

1983: May 19; 1983: June 7.

Present: Laskin C.J. and Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Family law — Custody — Best interests of the child — Whether or not trial judge failed to consider proper principles.

Appeal — Factual determinations — Right of appellate court to overturn factual determinations.

The trial judge, in a bitterly contested custody battle, found fault in both parents but understood his duty to be the determination of what was in the best interests of the children. The children had been with their mother for most of their lives. Yet, after full consideration of the matter, custody was awarded to the father. The Court of Appeal overturned that judgment without reasons.

Held (McIntyre J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Dickson, Estey and Chouinard JJ.: An appellate Court should not disturb factual determinations of a trial judge in a custody case. Here, the Court of Appeal overturned a well-reasoned trial judgment which was supported by extensive findings of fact and based that judgment on the statement that "the trial judge did not consider all the proper principles". The trial judge, however, did consider the proper principles and made no error.

Per McIntyre J. *dissenting*: As a long delay intervened after the making of the original order, circumstances could have changed justifying a variation of the custody order. A new trial limited to the question of custody and access should be directed. This disposition would avoid the sudden uprooting of the children that would occur were the trial judgment restored.

[*Talsky v. Talsky*, [1976] 2 S.C.R. 292, applied.]

Milorad Novic *Appelant*;

et

Radmilla Novic *Intimée*;

N° du greffe: 16780.

1983: 19 mai; 1983: 7 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

Droit de la famille — Garde d'enfants — Intérêt de l'enfant — Le juge de première instance a-t-il tenu compte des principes applicables?

Appel — Détermination des faits — Droit de la cour d'appel d'écarter les constatations de faits.

Dans une cause de garde d'enfants âprement contestée, le juge de première instance a attribué une part de responsabilité à chacun des parents, mais il a compris qu'il devait déterminer ce qui était l'intérêt des enfants. Les enfants ont vécu avec leur mère pendant presque toute leur vie. Cependant, après avoir bien étudié toute la situation, il a accordé la garde des enfants au père. La Cour d'appel a écarté cette décision sans justification.

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

Le juge en chef Laskin et les juges Dickson, Estey et Chouinard: Une cour d'appel ne doit pas modifier les conclusions de fait du juge de première instance dans une affaire de garde d'enfants. En l'espèce, la Cour d'appel a renversé un jugement bien motivé et étayé sur des conclusions de fait nombreuses; elle a fondé son arrêt sur l'affirmation que «le juge de première instance n'a pas tenu compte de tous les principes applicables». Le juge de première instance a effectivement tenu compte des principes applicables et n'a pas commis d'erreur.

Le juge McIntyre, dissident: À cause de la longue période de temps écoulée depuis l'ordonnance initiale, le changement des circonstances pourrait justifier une modification de l'ordonnance de garde. Il y aurait lieu d'ordonner un nouveau procès limité à la question de la garde des enfants et des droits de visite. Cette solution éviterait le déracinement subit des enfants qu'apporterait le rétablissement du jugement de première instance.

Jurisprudence: [arrêt appliqué: *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292.]

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal allowing an appeal from a judgment of Hawkins L.J.S.C.O. awarding custody to appellant. Appeal allowed, McIntyre J. dissenting.

Paul Jewell, Q.C., and Miles Obradovich, for the appellant.

R. H. Raphael and M. B. Koreen, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Dickson, Estey and Chouinard JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—Custody appeals are rare in this Court. This case, brought here by our leave, involved an unexplained reversal by the Ontario Court of Appeal of a well-reasoned judgment of a trial judge, Hawkins L.J.S.C.O., supported by extensive findings of fact. It was, of course, open to the Court of Appeal to re-examine the findings if they revealed any marked deficiency in the trial judge's determination. That, however, was not the situation here. The entire judgment of the Court of Appeal rested on the single statement that "the trial judge did not consider all the proper principles". It was abundantly clear that the trial judge did consider them and that there was no error of principle as strongly urged by counsel for the respondent wife. The view of this Court in *Talsky v. Talsky*, [1976] 2 S.C.R. 292, that an appellate Court should not disturb factual determinations of a trial judge in a custody case is even more cogent in the present case.

The custody trial was strongly contested between the parents whose animosity towards each other was manifest in the record. The subjects of the contest were two young children, a daughter now age six and a son now age seven. Two and one half years have elapsed since the judgment in appeal and three years since the judgment at trial. It is always unfortunate when custody proceedings are even marginally protracted but the proceedings

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a accueilli l'appel interjeté à l'encontre d'un jugement du juge Hawkins, juge local de la Cour suprême de l'Ontario, qui accordait la garde des enfants à l'appelant. Pourvoi accueilli, le juge McIntyre est dissident.

Paul Jewell, c.r., et Miles Obradovich, pour l'appelant.

R. H. Raphael et M.B. Koreen, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Dickson, Estey et Chouinard rendu par

LE JUGE EN CHEF—Les pourvois relatifs à la garde d'enfants sont rares en Cour suprême. Celui-ci, que nous avons autorisé, vise un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a infirmé de façon inexplicable un jugement bien motivé et étayé sur des conclusions de fait nombreuses, rendu en première instance par le juge Hawkins de la Cour de comté. Il était, bien sûr, loisible à la Cour d'appel de réévaluer les conclusions de fait si elles révélaient une lacune manifeste dans la décision du juge de première instance. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Tout l'arrêt de la Cour d'appel tient à la seule affirmation que [TRADUCTION] «le juge de première instance n'a pas tenu compte de tous les principes applicables». Il est très clair que le juge de première instance en a effectivement tenu compte et qu'il n'y a pas d'erreur de principe comme l'a affirmé avec insistance l'avocat de l'intimée. L'avis que cette Cour a exprimé dans l'arrêt *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292, selon lequel une cour d'appel ne doit pas modifier les conclusions de fait du juge de première instance dans une affaire de garde d'enfants est encore plus valable en l'espèce.

La garde des enfants a été âprement contestée par les parents dont l'animosité réciproque ressort nettement du dossier. L'objet de cette contestation sont deux jeunes enfants, leur fille âgée aujourd'hui de six ans et leur fils âgé aujourd'hui de sept ans. Il s'est écoulé deux ans et demi depuis le jugement d'appel et trois ans depuis le jugement de première instance. Il est toujours malheureux que des procédures de garde d'enfants se prolongent,

here, ending in this Court, were brought with reasonable dispatch.

The children had lived with their mother for most of their lives, although the son had lived with the father for about eighteen months following the separation of the parties in December 1976. An interim custody order was made in June 1978, in favour of the mother when the father had refused access to the son by the mother. The trial judge found fault in both parents, certainly in their animosity to each other, but understood that his duty was to determine what was in the best interests of the children. The case was not an easy one, given the allegations and counter-allegations of the parents, but after his full examination of the matter the trial judge concluded that custody should go to the father. The Court of Appeal's reversal was in no way defensible.

It was strongly urged by counsel for the respondent that this Court re-examine the findings at trial and, indeed, consider the entire record. That is not this Court's function. There can be no escape here from our conclusion that this appeal by the father must be allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside and the custody order of the trial judge be restored. The appellant has not asked for costs and none will be awarded.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J. (*dissenting*)—I agree with the Chief Justice that this appeal must be allowed, and I also agree that the reasons of the trial judge disclose that he addressed himself to the question of the welfare of the children in reaching his decision. I observe, however, that the decree *nisi* of divorce, which gave effect to this judgment, was dated May 28, 1980, and that, with the exception of a period of about eighteen months in 1976 and 1977, when the boy lived with his father, the children have resided with their mother. The six year-old girl has always lived with her mother and

même le moindrement, quoique celles qui ont abouti en cette Cour ont été menées avec une célérité raisonnable.

Les enfants ont vécu avec leur mère pendant presque toute leur vie, bien que le fils ait vécu avec son père pendant environ dix-huit mois après la séparation du couple en décembre 1976. Une ordonnance provisoire de garde des enfants a été rendue en faveur de la mère, en juin 1978, après que le père eut refusé que la mère rende visite à leur fils. Le juge de première instance a attribué une part de responsabilité à chacun des parents, notamment en raison de leur animosité réciproque, mais il a compris qu'il devait déterminer ce qui était dans le meilleur intérêt des enfants. Le cas n'était pas facile à trancher à cause des prétentions contradictoires de chacun des parents, mais après avoir bien étudié toute la situation, le juge de première instance a conclu que le père devait avoir la garde des enfants. Le renversement de cette décision par la Cour d'appel est absolument injustifié.

L'avocat de l'intimée a instamment demandé à cette Cour de réexaminer les conclusions du juge de première instance et même, à vrai dire, la totalité de la preuve. Ce n'est pas le rôle de cette Cour. La conclusion à laquelle nous en sommes venus d'accueillir le pourvoi du père, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance de garde du juge de première instance s'impose en l'espèce. L'appelant n'a pas demandé de dépens et il n'en sera pas adjugé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE (*dissident*)—Je suis d'accord avec le Juge en chef qu'il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi et je suis aussi d'avis que les motifs du juge de première instance révèlent qu'il a bien tenu compte du bien-être des enfants pour arriver à sa décision. Je note cependant que le jugement provisoire de divorce, qui rend cette décision applicable, a été rendu le 28 mai 1980 et que, sauf pour une période de dix-huit mois, en 1976 et 1977, où le fils a vécu avec son père, les enfants ont vécu avec leur mère. La fillette de six ans a toujours vécu avec sa mère et ne connaît pas

knows no other home environment than that created by her mother.

In view of the fact that a sudden uprooting of the children would result from a restoration of the trial judgment relating to custody, and in view of the long delay which has occurred since the making of the original order, for which neither party may be blamed, I would make a different disposition of the matter than that of the majority. It appears that this may be a case in which there has been such a change in circumstances since the trial as would justify a variation of the custody order, under s. 11(2) of the *Divorce Act*. I would be reluctant to restore the trial judgment in the absence of an inquiry on this point. Upon allowing the appeal, I would direct a new trial limited to the question of custody and access alone.

Appeal allowed, MCINTYRE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Jewell, Angus & Michael, Toronto.

Solicitors for the respondent: Feigman & Chernos, Toronto.

d'autre décor quotidien que celui que sa mère a créé.

À cause du déracinement subit qu'apporterait aux enfants le rétablissement de l'ordonnance de garde du jugement de première instance et à cause de la longue période de temps écoulée depuis l'ordonnance initiale, ce délai n'étant imputable à aucune des parties, je disposerais du cas différemment de la majorité. C'est peut-être un des cas où, à cause du changement si radical des circonstances survenu depuis l'audition en première instance, il y aurait lieu de modifier l'ordonnance de garde, en application du par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*. J'aurais des réticences à rétablir le jugement de première instance sans vérifier ce point. Tout en accueillant le pourvoi, j'ordonnerais un nouveau procès limité à la question de la garde des enfants et des droits de visite.

Pourvoi accueilli, le juge MCINTYRE est dissident.

Procureurs de l'appelant: Jewell, Angus & Michael, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Feigman & Chernos, Toronto.