

Cynthia Gay MacDonald *Appellant*;

and

Robert Edward Alexander MacDonald
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

Divorce—Corollary relief—Custody—Infants not of tender years—Award of custody to father—Relevance of fault for marriage breakdown in awarding custody—Welfare of the children paramount consideration—The Infants Act, R.S.O. 1970, c. 222, s. 1.

The trial judge, in a judgment concerned solely with the issue as to custody of the three sons of the parties, in dealing at length with the evidence indicated *inter alia* that, though in such a marriage breakdown neither party was likely to be blameless or faultless, in his opinion the greater fault lay with appellant and that in view of the circumstances of the parties the custody of the sons should be awarded to respondent. The Court of Appeal found that the trial judge had not erred in principle and had fully exercised his discretion in considering the evidence and not failing in any way to comprehend its full impact. On further appeal it was argued that the trial judge had erred in allowing his allocation of blame for the breakdown to become a compelling factor in his award of custody and that he had been overruled by the relative financial positions of the parties.

Held: The appeal should be dismissed.

The conduct of the parties in a marriage breakdown is a relevant factor to be considered in the trial judge's assessment of their relative fitness to have the care and custody of the infant children of the marriage and the conduct of a spouse who has deliberately acted in such a fashion as to make impossible the continuation of life of infant children in a two parent family is relevant to the fitness of that person to be the custodian of the children. It is however, only one factor and each case must be judged on its own circumstances with the paramount consideration being the welfare of the children. The trial judge rightly considered the welfare of the children as the paramount consideration and did not appear to allow allocation of fault to be a controlling factor in his award

Cynthia Gay MacDonald *Appelante*;

et

Robert Edward Alexander MacDonald
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

Divorce—Mesure accessoire—Garde d'enfants—Les enfants ne sont pas en bas âge—La garde des enfants attribuée au père—La responsabilité de l'échec du mariage est un facteur déterminant de l'attribution de la garde des enfants—La considération prépondérante doit être le bien-être des enfants—The Infants Act, R.S.O. 1970, c. 222, art. 1.

Dans un jugement portant uniquement sur la question de la garde des trois garçons des parties, le juge de première instance, après une étude minutieuse des témoignages, a décidé, entre autres, que l'appelante est celle qui est la plus en faute, même si dans le cas de l'échec d'un mariage aucune des parties n'est innocente, et qu'en raison de ces circonstances la garde des enfants devait être attribuée à l'intimé. La Cour d'appel a statué que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur de principe, qu'il avait exercé sa compétence de plein droit en examinant la preuve et qu'il en avait saisi toute la portée. Devant cette Cour, on a plaidé que le juge de première instance s'était trompé en faisant de la responsabilité de l'échec du mariage un facteur déterminant de l'attribution de la garde des enfants et qu'il avait été trop influencé par la situation financière des parties.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le juge de première instance doit considérer la conduite des parties au regard de l'échec du mariage afin de déterminer laquelle est la plus apte à garder les enfants mineurs issus du mariage, et la conduite d'un conjoint agissant volontairement d'une façon qui rend impossible la continuation de la vie d'enfants mineurs avec leurs deux parents est à considérer en décidant s'il est apte ou non à avoir la garde des enfants mineurs. Ce n'est toutefois qu'un seul facteur et il faut juger chaque cas d'espèce selon ses circonstances propres, la considération prépondérante étant toujours le bien-être des enfants. Le juge de première instance a, à juste titre, tenu comme considération prépondérante le bien-être des enfants, et il n'a pas fait de l'imputation de faute un facteur

of custody. Under all the circumstances the trial judge rightly found that it was to the advantage and welfare of the children that they should be in the custody of their father in the home in which they had been brought up and where they could be most adequately supervised by the father and the mother. As the children were not of tender age the principle of common sense that children of tender age should be with their mother was not applicable.

McKee v. McKee, [1951] A.C. 352; *Bickley v. Bickley*, [1957] S.C.R. 329; *Retzer v. Retzer*, [1975] 2 S.C.R. 881; *Talsky v. Talsky*, [1973] 3 O.R. 827 revd. [1976] 2 S.C.R. 292; *Re L.*, [1962] 3 All E.R. 1 referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from a judgment of Zuber J. at trial awarding custody of infant children to the father. Appeal dismissed.

W. J. C. Binnie, for the appellant.

W. G. Dingwall, Q.C., and *W. A. McLauchlin*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on June 11, 1974. By that judgment, delivered orally at the close of the argument, the Court dismissed an appeal from the judgment of Mr. Justice Zuber, delivered on January 28, 1974.

The judgment delivered by the learned trial judge in this action, which was concerned solely with the issue as to the custody of the three young sons of the parties, although delivered orally after the argument had been completed, was a rather lengthy judgment in which the effect of the evidence was very carefully and astutely examined. The very great advantage which a learned trial judge has in the disposition of a custody issue has been stressed in the Judicial Committee in *McKee v. McKee*¹, and in this Court in, *inter alia*, *Bickley v. Bickley*² and *Retzer v. Retzer*³.

déterminant dans son attribution de la garde des enfants. Dans les circonstances, le juge de première instance a eu raison de décider qu'il était à l'avantage des enfants et dans leur intérêt d'être confiés à la garde de leur père dans la maison où ils ont été élevés et où ils pourraient le mieux être surveillés par celui-ci et sa mère. Puisque les enfants n'étaient pas en bas âge on ne pouvait appliquer le principe de bon sens voulant que des enfants en bas âge restent avec leur mère.

Arrêts mentionnés: *McKee v. McKee*, [1951] A.C. 352; *Bickley v. Bickley*, [1957] R.C.S. 329; *Retzer v. Retzer*, [1975] 2 R.C.S. 881; *Talsky v. Talsky* [1973] 3 O.R. 827, infirmé à [1976] 2 R.C.S. 292; *Re L.*, [1962] 3 All E.R. 1.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Zuber accordant la garde des enfants mineurs au père. Pourvoi rejeté.

W. J. C. Binnie, pour l'appellante.

W. G. Dingwall, c.r., et *W. A. McLauchlin*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 11 juin 1974. Par cet arrêt, rendu oralement à la fin des plaidoiries, la Cour a rejeté un appel d'un jugement de M. le juge Zuber, prononcé le 28 janvier 1974.

Bien qu'il ait été prononcé oralement après les plaidoiries, le jugement du savant juge de première instance dans cette action, qui ne visait que la question de la garde des trois jeunes garçons des parties, était un jugement assez long, qui se fondait sur une étude très minutieuse et pénétrante des conséquences des témoignages entendus. Le Comité judiciaire, dans l'arrêt *McKee v. McKee*¹, et cette Cour, dans l'arrêt *Bickley v. Bickley*² et dans l'arrêt *Retzer c. Retzer*³, entre autres, ont souligné l'immense avantage qu'a le juge de première instance pour statuer sur la garde d'enfants.

¹ [1951] A.C. 352.

² [1957] S.C.R. 329.

³ [1975] 2 S.C.R. 881.

¹ [1951] A.C. 352.

² [1957] R.C.S. 329.

³ [1975] 2 R.C.S. 881.

It was the opinion of the Court of Appeal for Ontario, and I share the view, that Mr. Justice Zuber fell into no error in principle and fully exercised his jurisdiction in considering the evidence not failing in any way to comprehend its full import. I, therefore, shall concern myself only with certain specific arguments made to this Court.

Counsel for the appellant argued that the learned trial judge had erred in allowing an allocation of the blame for the breakdown of the marriage to become a compelling factor in his award of custody citing the judgment of the Court of Appeal for Ontario in *Talsky v. Talsky*⁴. Judgment in this Court upon an appeal in that case is being delivered contemporaneously with the judgment in the present appeal. The learned trial judge said:

Of all of the evidence that I heard I am driven to the conclusion that in 1968 and 1969 Mrs. MacDonald arrived at the position where she felt that her marriage, in her eyes, was not succeeding and did nothing to save the situation and in fact aggravated it by her subsequent conduct; that is the several occasions on which she left Dr. MacDonald. As for Dr. MacDonald, he may have been insensitive, critical or demanding but he was unaware of it and when he was aware that this may have been causing the problem he was prepared to correct it and did his utmost to save the marriage. In cases like this it is likely that neither party is blameless and that neither party is totally at fault but in the assessment of the question of the conduct of the parties, in my opinion the greater fault must be laid at the feet of Mrs. MacDonald.

It is to be noted that although Zuber J. had found the appellant Cynthia Gay MacDonald more at fault than the respondent; having made that finding, he does not seem to have used it as a factor in arriving at his ultimate conclusion. I am of the opinion that in compliance with the direction in s. 1(1) of *The Infants Act*, R.S.O. 1970, c. 222, the trial judge must consider the conduct of the parties but, as I have said in *Talsky v. Talsky*, I am of the opinion that the conduct of the parties must be considered in the assessment of the relative fitness of the contesting parties to have the care and custody of the infant children of the marriage and, as pointed out by Lord Denning in

La Cour d'appel de l'Ontario statua, et je l'approuve, que M. le juge Zuber n'avait pas commis d'erreur de principe et avait exercé sa compétence de plein droit en examinant la preuve, car il en avait saisi toute la portée. Par conséquent, je verrai seulement quelques-uns des arguments soumis à cette Cour.

L'avocat de l'appelante plaida que le savant juge de première instance s'était trompé en faisant de la responsabilité de l'échec du mariage un facteur déterminant de l'attribution de la garde des enfants, citant l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Talsky v. Talsky*⁴. Cette Cour statue actuellement en appel sur cette affaire. Le savant juge de première instance dit:

[TRADUCTION] Tous les témoignages entendus me conduisent à conclure qu'en 1968 et en 1969, Mme MacDonald s'est mise à considérer son mariage comme un échec et qu'elle n'a rien fait pour le sauver; au contraire, elle a même aggravé la situation par sa conduite ultérieure en quittant le docteur MacDonald à plusieurs reprises. Quant au docteur MacDonald, il a peut-être été insensible, sévère ou exigeant, mais il ne s'en rendait pas compte et, lorsqu'il a vu que cela pouvait être la cause du problème, il était prêt à se corriger et il a fait tout ce qui était possible pour sauver le mariage. Dans des cas comme celui-ci, aucune des parties sans doute n'est innocente mais personne n'est le seul responsable. Cependant, si l'on cherche à évaluer la conduite des parties, à mon avis, Mme MacDonald est celle qui est la plus en faute.

Il faut souligner que, bien qu'il ait attribué à l'appelante Cynthia Gay MacDonald la plus grande part de responsabilité, le juge Zuber, après avoir fait cette constatation, ne semble pas en avoir tenu compte pour arriver à sa conclusion finale. Je suis d'avis qu'en accord avec la prescription contenue dans le par. (1) de l'art. 1 du *Infants Act*, R.S.O. 1970, c. 222, le juge de première instance doit tenir compte de la conduite des parties. Cependant, pour répéter mes arguments de l'affaire *Talsky v. Talsky*, je pense qu'il faut considérer la conduite des parties quand on veut déterminer laquelle est la plus apte à garder les enfants mineurs issus du mariage. Comme l'a souligné lord

⁴ [1973] 3 O.R. 827 revd. [1976] 2 S.C.R. 292.

⁴ [1973] 3 O.R. 827 infirmé [1976] 2 R.C.S. 292.

*Re L.*⁵, the conduct of a spouse who has deliberately acted in such a fashion as to make impossible continuation of life of infant children in a two-parent family is relevant to the fitness of that person to be the custodian of the said infant children. It is, however, only one factor and each particular case must be judged on its own circumstances.

The learned trial judge, immediately after the paragraph which I have quoted above, turned to what he termed, and rightly, as "the paramount consideration in the case, that is, the welfare of the children". Therefore, I am not ready to agree that the learned trial judge allowed his allocation of fault to be any controlling factor in his award of custody.

Counsel for the appellant also stressed that the learned trial judge was overruled by the very considerable degree of wealth which the husband possessed and which would enable him to give to the three sons a much more advantageous physical surrounding than could have been provided by the wife, and that in doing so he even under-estimated her financial resources. We were informed during the argument of the appeal that the husband had paid his wife the sum of \$65,000 which was to be in full payment of her share of both the marital home and the summer cottage and in discharge of all or other claims which she had personally against her husband. Even with these changed circumstances, surely the advantage which these three young boys would have in living with their father is easily apparent. The boys will continue to reside in the home in which they have resided for some years in a neighbourhood in which they had gone to school since they first started going to school and in a home which was more than adequate for their needs. On the other hand, the wife had no specific plan as to how she would care for the children. The learned trial judge stated that in his view the wife would have to assume some employment as she could not look to any award of maintenance for the children as means of support for herself and is subject to the altered financial circumstances to which I have referred above. She

Denning dans l'arrêt *Re L.*⁵, la conduite d'un conjoint agissant volontairement d'une façon qui rend impossible la continuation de la vie d'enfants mineurs avec leurs deux parents est à considérer en décidant s'il est apte ou non à avoir la garde desdits enfants mineurs. Ce n'est toutefois qu'un seul facteur et il faut juger chaque cas d'espèce selon ses circonstances propres.

Le savant juge de première instance, tout de suite après le passage que j'ai cité ci-dessus, a étudié ce qu'il a qualifié à juste titre de [TRADUCTION] «considération prépondérante dans cette affaire, c'est-à-dire le bien-être des enfants». Par conséquent, je ne pense pas que le savant juge de première instance ait fait de son imputation de faute un facteur déterminant dans son attribution de la garde des enfants.

L'avocat de l'appelante a également souligné le fait que le savant juge de première instance avait été trop influencé par la grande fortune du mari qui lui permettrait de donner à ses trois fils un milieu beaucoup plus aisé que celui que pourrait leur donner sa femme et que, ce faisant, il avait même sous-estimé les ressources financières de celle-là. On nous a fait savoir, lors de l'audition du pourvoi, que le mari avait versé \$65,000 à sa femme en règlement final de sa part de la maison familiale, du chalet d'été et de toute autre réclamation personnelle contre son mari. Même au vu de ces nouvelles circonstances, ces trois jeunes garçons auraient sans aucun doute avantage à vivre avec leur père. Ils continueront de vivre dans la maison où ils ont vécu plusieurs années, dans un quartier où ils sont allés à l'école depuis l'enfance et dans une demeure qui répond amplement à leurs besoins. Par ailleurs, l'épouse n'est pas très fixée sur la façon dont elle subviendrait aux besoins des enfants. Le savant juge de première instance a dit qu'à son avis, la femme devrait travailler parce qu'elle ne pouvait recevoir pour les enfants une pension alimentaire qui puisse servir à sa propre subsistance et qu'elle est dans la situation financière précaire à laquelle j'ai fait référence. Elle n'a toujours pas de maison et l'achat d'une maison au prix actuel des immeubles à Toronto diminuerait tellement ses revenus qu'elle devrait se chercher un

⁵ [1962] 3 All E.R. 1.

⁵ [1962] 3 All E.R.1.

still has no home and the purchase of a home at the present real estate prices in Toronto would so deplete her resources that she would have to seek employment. Or, if she chose to live in rented accommodation, an apartment of a size sufficient to house herself and the three boys in a style comparable to that in which they were living with their parents would entail a very large rental and again would deplete her capital. Therefore, I am of the opinion that the changed circumstances due to the moneys given by the husband to the wife in discharge of her interests still would not permit her to provide any home at all comparable to the marital home in which the parties lived with these three children which the husband has now retained and where he proposes to have the three boys living with him and with his mother.

The learned trial judge pointed out that Mrs. MacDonald, Sr., although sixty-eight years of age, was in good health, and was certainly fully capable of taking charge of the household.

Under these circumstances, I am of the opinion that the learned trial judge rightly found that it was to the advantage and welfare of the children that they should be in the custody of their father in the home in which they had been brought up and where they could be most adequately supervised by him and by his mother.

The learned trial judge was also appreciative of the fact that the infant children in this case were all boys born, respectively, in November 1960, January 1963 and November 1964. The youngest, therefore, is now almost eleven years old. They are not children of tender age and the principle of common sense often expressed that such children of tender age should be with their mother is simply not applicable. The learned trial judge in his reasons noted that the wishes of the children had been consulted and that these boys had expressed a preference to stay with their mother. The learned trial judge astutely observed that, in fact, the children had been with their mother for about a year previous to the trial. It would be only natural that a parent who had custody of his or her children for that period of time would see to it that those children expressed a preference to have such a situation continue. The learned trial judge found

emploi. Si elle décidait de louer un logement assez grand pour la loger, elle et ses enfants, dans le style de celui où ils ont vécu avec leurs parents, le loyer serait très élevé et elle épuiserait aussi son capital. Par conséquent, je suis d'avis que le versement par le mari à sa femme d'une somme en règlement de sa part ne permet pas à celle-ci d'acheter une maison le moins comparable à la maison familiale dans laquelle ont vécu les parties avec les trois enfants, que le mari a gardée et dans laquelle il entend habiter avec ses trois garçons et sa mère.

Le savant juge de première instance a souligné que M^{me} MacDonald mère, quoique âgée de soixante-huit ans, était en bonne santé et était certainement capable de diriger la maison.

Dans ces circonstances, le savant juge de première instance a eu raison de décider qu'il était à l'avantage des enfants et dans leur intérêt d'être confiés à la garde de leur père dans la maison où ils ont été élevés et où ils pourraient le mieux être surveillés par celui-ci et sa mère.

Le savant juge de première instance a aussi tenu compte du fait que les enfants mineurs en l'espèce étaient tous des garçons nés, respectivement, en novembre 1960, janvier 1963 et novembre 1964. Le plus jeune est donc âgé de presque onze ans aujourd'hui. Ce ne sont pas des enfants en bas âge et on ne peut tout simplement pas appliquer ici le principe de bon sens souvent énoncé voulant que des enfants en bas âge restent avec leur mère. Dans ses motifs, le savant juge de première instance a fait remarquer que l'on avait consulté les enfants et que ceux-ci avaient opté pour leur mère. Le savant juge a fait remarquer avec finesse que les enfants avaient en réalité demeuré chez leur mère pendant à peu près un an avant le procès. Il est tout à fait naturel qu'un père ou une mère qui a eu la garde de son enfant ou de ses enfants pendant une telle période de temps s'arrange pour que ces enfants disent leur préférence de continuer de

that the three boys loved both their parents and that their real desire was to live with both their parents. Such a viewpoint was much more reasonable than that of either of their parents. It is most unfortunate that in these cases the parents often do not show the good sense of the children in these most important matters.

For these reasons, I would dismiss the appeal. No costs were awarded at trial or in the Court of Appeal. I am of the opinion that it would be proper to adopt a like course and give no order as to costs in this Court.

Appeal dismissed, no order as to costs.

Solicitor for the appellant: D. H. Lissaman, Toronto.

Solicitors for the respondent: Woolley, Hames, Dale & Dingwall, Toronto.

la même manière. Le savant juge de première instance a constaté que les trois garçons aimaient leurs deux parents et que leur souhait véritable était de vivre avec eux deux. Ce point de vue était beaucoup plus raisonnable que celui de l'un ou l'autre des parents. Il est très regrettable que, dans ces cas-là, souvent les parents ne fassent pas preuve du même bon sens que leurs enfants dans ces questions d'une extrême importance.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. On n'a pas accordé de dépens en première instance, ni en Cour d'appel. Je crois qu'il est opportun de faire de même et de ne pas adjuger de dépens dans cette Cour.

Appel réjeté sans adjudication de dépens.

Procureur de l'appelante: D. H. Lissaman, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Woolley, Hames, Dale & Dingwall, Toronto.