

Kimberly Van de Perre *Appellant*

v.

**Theodore Edwards and Valerie Cooper
Edwards** *Respondents*

and

**African Canadian Legal Clinic, Association
of Black Social Workers and Jamaican
Canadian Association** *Interveners*

INDEXED AS: VAN DE PERRE v. EDWARDS

Neutral citation: 2001 SCC 60.

File No.: 27897.

2001: June 14; 2001: September 28.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé,
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour
and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Family law — Custody and access — Standard of
appellate review — Custody dispute between unmarried
Caucasian mother and African-American father over
four-year-old child — Mother awarded sole custody at
trial — Father and his wife granted custody on appeal
— Whether Court of Appeal applied appropriate stan-
dard of appellate review — Whether trial judge made
material error or ignored relevant evidence — Impor-
tance of race in determining custody of child of mixed
racial heritage — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996,
c. 128, s. 24(1).*

*Civil procedure — Change of parties — Adding party
— Whether Court of Appeal erred in adding father's
wife as a party and custodial applicant during appeal
hearing — British Columbia Supreme Court Rules, B.C.
Reg. 221/90, Rule 15(5).*

K is a single Caucasian Canadian citizen living in
Vancouver. T is an African American and was a profes-
sional basketball player. T has been married to V since
1991 and they have twin daughters, born in 1990. K and

Kimberly Van de Perre *Appelante*

c.

**Theodore Edwards et Valerie Cooper
Edwards** *Intimés*

et

**African Canadian Legal Clinic, Association
of Black Social Workers et Jamaican
Canadian Association** *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : VAN DE PERRE c. EDWARDS

Référence neutre : 2001 CSC 60.

N° du greffe : 27897.

2001 : 14 juin; 2001 : 28 septembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE

*Droit de la famille — Garde et accès — Norme d'exa-
men en appel — Litige entre une mère célibataire de
race blanche et le père afro-américain au sujet de la
garde d'un enfant de quatre ans — La mère a obtenu la
garde exclusive au procès — Le père et sa femme ont
obtenu la garde en appel — La Cour d'appel a-t-elle
appliqué la norme appropriée d'examen en appel? — Le
juge de première instance a-t-il commis une erreur
importante ou négligé de prendre en considération des
preuves importantes? — Importance de la race dans la
décision touchant la garde d'un enfant ayant un patri-
moine racial mixte — Family Relations Act, R.S.B.C.
1996, ch. 128, art. 24(1).*

*Procédure civile — Changement de parties — Jonc-
tion d'une partie — La Cour d'appel a-t-elle commis
une erreur en joignant la femme du père comme partie
et corequérante de la garde au cours de l'audition en
appel? — British Columbia Supreme Court Rules, B.C.
Reg. 221/90, règle 15(5).*

K est une Canadienne de race blanche, célibataire,
vivant à Vancouver. T est un Afro-américain qui était
joueur professionnel de basketball. T est marié avec V
depuis 1991 et ils ont des filles jumelles, nées en 1990.

T met in the spring of 1996 and commenced a sexual relationship shortly thereafter. Their relationship lasted approximately 18 months. In June 1997, E, the son of K and T, was born. At the end of the 1996-1997 basketball season, T and V returned to North Carolina before the birth of E; however, in September 1997, T returned to Vancouver for the new basketball season and his relationship with K continued. When E was 3 months old, K commenced proceedings against T for custody and child support. The trial judge awarded sole custody to K, four one-week access periods per year being granted to T. T appealed. During the hearing, on the Court of Appeal's invitation, V applied for admission as a party and requested joint custody with her husband. The Court of Appeal granted the application and the joint request for custody; K was to receive generous access.

Held: The appeal should be allowed and the trial decision restored.

The principal determination to be made in cases involving custody is the best interests of the child. In making this determination, the trial judge must consider numerous factors, in particular those stated in the pertinent legislation. The narrow power of appellate review does not allow an appellate court to delve into all custody cases in the name of the best interests of the child where there is no material error. The scope of appellate review does not change because of the type of case on appeal. In this case, the Court of Appeal considered the trial judge's decision and decided that it was within the scope of review to examine all the evidence and determine whether the trial judge weighed the evidence improperly. It is in reconsidering the evidence that the Court of Appeal determined that the trial judge had made manifest errors. When one reconsiders the trial judge's decision in light of the appropriate test for appellate review, it is apparent that there was no basis upon which the Court of Appeal was required to reconsider the evidence.

The first key difficulty the Court of Appeal found in the trial judge's decision related to s. 24(1)(e) of the *Family Relations Act* and the ability of both K and T to exercise the rights and duties of custody. However, the trial judge's reasons indicate that he did consider T's parenting ability. Nor did he "ignore" K's negative attributes. The mere fact that K contested certain access applications is not evidence that she would not follow a court order. Secondly, the Court of Appeal held that the trial judge failed to consider the bonds that exist between E and V, the twins, and their extended family.

K et T se sont rencontrés au printemps 1996 et ont commencé peu après à avoir des rapports sexuels. Leur liaison a duré environ 18 mois. En juin 1997, est né E, le fils de K et de T. À la fin de la saison de basketball 1996-1997, T et V sont rentrés en Caroline du Nord avant la naissance de E; toutefois, en septembre 1997, T est retourné à Vancouver pour la nouvelle saison de basketball et sa liaison avec K s'est poursuivie. E avait 3 mois lorsque K a intenté des procédures contre T pour obtenir la garde et une pension alimentaire pour l'enfant. Le juge de première instance a accordé la garde exclusive à K et quatre périodes d'une semaine d'accès par an à T. T a fait appel. À l'audience et à l'invitation de la Cour d'appel, V a demandé d'être constituée partie à l'instance et a présenté une demande de garde conjointe avec son mari. La Cour d'appel a accueilli la demande et la requête conjointe de garde; K devait avoir des droits de visite généreux.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la décision de première instance rétablie.

La principale question à apprécier en matière de garde est l'intérêt de l'enfant. Pour définir cet intérêt, le juge de première instance doit prendre en considération plusieurs facteurs, en particulier ceux qui sont énoncés dans la loi applicable. Le pouvoir restreint de révision n'autorise pas une cour d'appel à intervenir au nom de l'intérêt de l'enfant dans les affaires de garde lorsqu'il n'y a aucune erreur importante. La portée de l'examen en appel ne varie pas selon le type d'affaire. En l'espèce, la Cour d'appel a examiné la décision du juge de première instance et décidé que, dans le cadre de l'examen en appel, il lui revenait d'examiner l'ensemble de la preuve et de déterminer si son appréciation par le juge était inappropriée. C'est en réexaminant la preuve que la Cour d'appel a décidé que le juge de première instance avait commis des erreurs importantes. L'analyse de la décision du juge de première instance à la lumière du critère applicable à l'examen en appel montre que rien n'exigeait le réexamen de la preuve par la Cour d'appel.

La première difficulté que la Cour d'appel a discernée dans la décision de première instance avait trait à l'al. 24(1)e) de la *Family Relations Act* et à la capacité de K et de T d'exercer les droits et les obligations afférents à la garde. Toutefois, les motifs du juge de première instance indiquent qu'il a pris en considération la compétence parentale de T. Il n'a pas non plus « négligé » les attributs négatifs de K. Le simple fait que K a contesté certaines demandes d'accès ne prouve pas qu'elle ne respecterait pas une ordonnance de la cour. Deuxièmement, la Cour d'appel a conclu que le juge de première

In fact, the trial judge discussed the bond between E, V and his sisters. There is no material error in this regard which would open the door to appellate intervention. Thirdly, the Court of Appeal found that the trial judge made findings of credibility but was diverted by the arguments made concerning T's extra-marital affairs and the parties' attitudes towards each other. The trial judge's finding that T and V both blame K for the relationship and believe she is a "gold digger" might be relevant; however, since the parties' attitudes towards and views of each other might impact the emotional well-being of the child and must thus be considered under s. 24(1)(a) of the Act. Moreover, the trial judge did not consider T in isolation from his family. While the negative and positive traits and influences of step-parents must be considered, the objective is to determine the parenting abilities of the specific person who will ultimately receive custody. In this case, it may be said that T's conduct impacts both ss. 24(1)(e) and 24(1)(a), and the trial judge was thus correct in considering it. Finally, it was unclear to the Court of Appeal whether the trial judge considered all s. 24(1) factors or whether he considered the "tender years" doctrine or had a stereotypical view of one or both parties. There is absolutely nothing, however, to give any indication that the trial judge even considered the tender years doctrine. Furthermore, nothing stated by him indicates a bias against Black people in general or Black basketball players in particular.

The question of which parent will best be able to contribute to a healthy racial socialization and overall healthy development of the child is a question of fact to be determined by the courts on a case-by-case basis and weighed by the trial judge with other relevant factors. The weight to be given to all relevant factors is a matter of discretion exercised with regard to the evidence. Racial identity is but one factor that may be considered in determining personal identity; the relevancy of this factor depends on the context. Notwithstanding the role that race may play in custody determinations, the trial judge apparently noted that this issue was not determinative and that, in this case, E would be in a more stable and loving environment if custody was granted to K. He clearly considered the mixed race of E and implied that race may impact s. 24(1)(a) in some cases. By intervening in the consideration of race by the trial judge, the

instance a omis de prendre en considération les liens existant entre E et V, les jumelles et leur famille élargie. En fait, le juge a examiné le lien entre E, V et ses sœurs. À cet égard, les motifs du juge de première instance ne contiennent aucune erreur importante qui puisse donner ouverture à une intervention en appel. Troisièmement, la Cour d'appel a estimé que le juge de première instance a tiré des conclusions sur la crédibilité mais qu'il a été détourné par les arguments concernant les liaisons extra-conjugales de T et l'attitude des parties l'une envers l'autre. La conclusion du juge selon laquelle T et V rejettent tous deux le blâme sur K et estiment tous deux qu'elle est une « aventurière », pourrait être pertinente; toutefois, les attitudes et les opinions réciproques des parties peuvent influencer sur le bien-être affectif de l'enfant et doivent donc être prises en considération dans le cadre de l'al. 24(1)a) de la Loi. De plus, le juge n'a pas examiné la situation de T isolément de sa famille. Les traits et les influences négatives et positives des beaux-parents doivent être pris en considération, mais l'objectif est d'évaluer les compétences parentales de la personne précise qui, en dernière analyse, obtiendra la garde. En l'espèce, on peut dire que la conduite de T influe à la fois sur l'al. 24(1)e) et sur l'al. 24(1)a), et que le juge de première instance a donc eu raison de la prendre en considération. Enfin, la Cour d'appel n'était pas certaine que le juge de première instance ait pris en considération tous les facteurs du par. 24(1) ou qu'il ait examiné la doctrine des « enfants en bas âge » ou ait eu une perception stéréotypée de l'une des parties ou des deux. Toutefois, absolument rien n'indique que le juge a même considéré la doctrine des enfants en bas âge. De plus, rien dans ce qu'il a dit ne révèle un préjugé contre les Noirs en général ou les joueurs de basketball noirs en particulier.

La question de savoir quel parent sera le mieux en mesure de contribuer à la saine socialisation raciale et au sain développement global de l'enfant est une question de fait, qu'il appartient aux tribunaux de trancher cas par cas, et au juge de première instance d'apprécier avec tous les autres facteurs. Le poids à donner à tous les facteurs pertinents est matière discrétionnaire, discrétion qui doit s'exercer en fonction de la preuve. L'identité raciale n'est qu'un des facteurs pouvant être considérés dans la détermination de l'identité personnelle; la pertinence de ce facteur dépend du contexte. Nonobstant le rôle que peut jouer la race en matière de garde, le juge de première instance a apparemment indiqué que cette question n'était pas déterminante et qu'en l'occurrence E serait dans un environnement plus stable et affectueux si la garde était confiée à K. À l'évidence, il a pris en considération la double origine raciale

Court of Appeal failed to apply the correct standard of review. In this case, there was absolutely no evidence adduced which indicates that race was an important consideration. Without evidence, it is not possible for any court, and certainly not the Court of Appeal, to make a decision based on the importance of race.

Adding a party on the initiative of the Court of Appeal is unfair to other parties and does not fall within the court's supervisory role. Moreover, even if the Court of Appeal had been correct in finding that the trial judge should have added V by reason of the court's *parens patriae* jurisdiction, it still exceeded its jurisdiction in finding that the trial judge would have awarded custody to T and V jointly had he not made the supposed error.

Cases Cited

Referred to: *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518; *L. (A.) v. K. (D.)* (2000), 190 D.L.R. (4th) 108, 2000 BCCA 455; *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27; *Van Mol (Guardian ad Litem of) v. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. vi; *Tyabji v. Sandana* (1994), 2 R.F.L. (4th) 265; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *H. (D.) v. M. (H.)*, [1997] B.C.J. No. 2144 (QL), rev'd (1998), 156 D.L.R. (4th) 548, rev'd [1999] 1 S.C.R. 328; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *J.R. v. D.W.*, [1992] B.C.J. No. 1610 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Adoption Act, R.S.B.C. 1996, c. 5, s. 3.
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, c. 46.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 15, 24(1), (1.1) [ad. 1998, c. 28, s. 1], (3), (4), 35(1.1) [*idem*, s. 2].
Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2, ss. 1, 129(2).
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, Rule 15(5) [am. B.C. Reg. 95/96, s. 4].

Authors Cited

McRoy, Ruth G., and Christine C. Iijima Hall. "Trans-racial Adoptions: In Whose Best Interest?" in Maria P. P. Root, ed., *The Multiracial Experience*. Thousand Oaks, California: Sage Publications, 1996, 63.

de E et a laissé entendre que la race pouvait influencer sur l'al. 24(1)a) dans certains cas. En intervenant dans l'examen par le juge de première instance de la question de l'origine raciale, la Cour d'appel n'a pas appliqué la norme appropriée de contrôle. En l'espèce, rien en preuve n'indiquait que la race était une considération importante. Faute de preuve, il est impossible pour tout tribunal, et certainement pour la Cour d'appel, de rendre une décision fondée sur l'importance de la race.

Prendre l'initiative de joindre une partie est inéquitable pour les autres parties et n'entre pas dans le rôle de surveillance de la Cour d'appel. De plus, même si la Cour d'appel avait eu raison de conclure que le juge de première instance aurait dû joindre V comme partie en raison de sa compétence *parens patriae*, elle a encore excédé sa compétence en concluant qu'il aurait accordé la garde à T et à V conjointement s'il n'avait pas commis l'erreur supposée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518; *L. (A.) c. K. (D.)* (2000), 190 D.L.R. (4th) 108, 2000 BCCA 455; *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27; *Van Mol (Guardian ad Litem of) c. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. vi; *Tyabji c. Sandana* (1994), 2 R.F.L. (4th) 265; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *H. (D.) c. M. (H.)*, [1997] B.C.J. No. 2144 (QL), inf. par (1998), 156 D.L.R. (4th) 548, inf. par [1999] 1 R.C.S. 328; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *J.R. c. D.W.*, [1992] B.C.J. No. 1610 (QL).

Lois et règlements cités

Adoption Act, R.S.B.C. 1996, ch. 5, art. 3.
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, ch. 46.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 15, 24(1), (1.1) [aj. 1998, ch. 28, art. 1], (3), (4), 35(1.1) [*idem*, art. 2].
Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 1, 129(2).
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, art. 15(5) [mod. B.C. Reg. 95/96, art. 4].

Doctrine citée

McRoy, Ruth G., and Christine C. Iijima Hall. « Trans-racial Adoptions: In Whose Best Interest? » in Maria P. P. Root, ed., *The Multiracial Experience*. Thousand Oaks, California: Sage Publications, 1996, 63.

Perry, Twila L. “The Transactional Adoption Controversy: An Analysis of Discourse and Subordination” (1993-94), 21 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 33.

Pollack, Gayle. “The Role of Race in Child Custody Decisions Between Natural Parents Over Biracial Children” (1997), 23 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 603.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 74 B.C.L.R. (3d) 122, 136 B.C.A.C. 21, 222 W.A.C. 21, 184 D.L.R. (4th) 486, 4 R.F.L. (5th) 436, [2000] B.C.J. No. 491 (QL), 2000 BCCA 167, allowing the respondents’ appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court, [1999] B.C.J. No. 434 (QL). Appeal allowed.

Steven N. Mansfield and Kenneth B. Oliver, for the appellant.

F. Ean Maxwell, Q.C., and *Barbara E. Bulmer*, for the respondents.

Sheena Scott and Marie Chen, for the interveners the African Canadian Legal Clinic, the Association of Black Social Workers, and the Jamaican Canadian Association.

The judgment of the Court was delivered by

¹ BASTARACHE J. — The appellant is a single Caucasian Canadian citizen living in Vancouver. At the time of trial, she was 24 years of age. She did not finish high school and has a spotty work record. Her upbringing was not ideal due to her parents’ divorce and her mother’s history of illness and drug use. Presently, however, she has a good relationship with both her mother and her father. She was actively involved in the professional basketball scene in Vancouver; this is how she came to know the respondent, Mr. Edwards.

² Mr. Edwards is an African American. At the time of trial, he was 34 years of age and living in Vancouver. He was a professional basketball player and, since 1989, was a member of numerous

Perry, Twila L. « The Transactional Adoption Controversy: An Analysis of Discourse and Subordination » (1993-94), 21 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 33.

Pollack, Gayle. « The Role of Race in Child Custody Decisions Between Natural Parents Over Biracial Children » (1997), 23 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 603.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (2000), 74 B.C.L.R. (3d) 122, 136 B.C.A.C. 21, 222 W.A.C. 21, 184 D.L.R. (4th) 486, 4 R.F.L. (5th) 436, [2000] B.C.J. No. 491 (QL), 2000 BCCA 167, qui a accueilli l’appel des intimés contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1999] B.C.J. No. 434 (QL). Pourvoi accueilli.

Steven N. Mansfield et Kenneth B. Oliver, pour l’appelante.

F. Ean Maxwell, c.r., et *Barbara E. Bulmer*, pour les intimés.

Sheena Scott et Marie Chen, pour les intervenantes African Canadian Legal Clinic, Association of Black Social Workers et Jamaican Canadian Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE — L’appelante est une Canadienne de race blanche, célibataire, vivant à Vancouver. Au moment du procès, elle avait 24 ans. Elle n’a pas terminé l’école secondaire et son dossier d’emploi est lacunaire. Elle n’a pas grandi dans des conditions idéales; ses parents avaient divorcé et sa mère était malade et toxicomane. À l’heure actuelle, toutefois, elle entretient une bonne relation avec sa mère et son père. Elle était impliquée dans les activités en marge du basketball professionnel à Vancouver; c’est ainsi qu’elle a fait la connaissance de l’intimé, M. Edwards.

Monsieur Edwards est Afro-Américain. Au moment du procès, il avait 34 ans et habitait Vancouver. Il était joueur professionnel de basketball et, depuis 1989, il avait fait partie de plusieurs

National Basketball Association (NBA) teams. At the time of trial and during his relationship with the appellant, Mr. Edwards was a member of the Vancouver Grizzlies NBA team and had been since 1995. Mr. Edwards has been married to the respondent Mrs. Edwards since 1991, one and a half years after the birth of their twin daughters in 1990. Although both had attended university, neither finished their university degrees. During his professional basketball career, Mr. Edwards has played for teams located in several North American cities. While the Edwards' home base is in North Carolina, the family is in the practice of moving with Mr. Edwards at the end of each trade. At the time of trial, the entire family was living in Richmond, British Columbia.

The appellant and the respondent Mr. Edwards met in the spring of 1996 and commenced a sexual relationship shortly thereafter. Their relationship lasted approximately 18 months. On June 3, 1997, Elijah Theodore Van de Perre was born. He is the son of the appellant and Mr. Edwards. Although disputed by the parties, it is clear from Mrs. Edwards' testimony that she learned of Mr. Edwards' extramarital affair with the appellant in December 1996 by accident, just as she did with at least two other affairs. Notwithstanding the circumstances, the respondents have remained married. Mrs. Edwards is a stay-at-home mother.

At the end of the 1996-1997 basketball season, the respondents returned to North Carolina. This was before the birth of Elijah; however, in September 1997, Mr. Edwards returned to Vancouver for the new basketball season and his relationship with the appellant continued. Mrs. Edwards and the twins had planned to stay in North Carolina, but after a telephone call with Mr. Edwards wherein she learned he had continued to have relations with the appellant, she decided to return to Vancouver.

When Elijah was 3 months old, the appellant commenced proceedings against Mr. Edwards for

équipes de la National Basketball Association (NBA). Au moment du procès et pendant sa liaison avec l'appelante, M. Edwards était dans l'équipe des Grizzlies de Vancouver, une équipe de la NBA, et ce depuis 1995. Monsieur Edwards est marié avec l'intimée M^{me} Edwards depuis 1991, soit un an et demi après la naissance de leurs filles jumelles en 1990. Ils ont tous deux fréquenté l'université, mais ni l'un ni l'autre n'a terminé ses études. Pendant sa carrière de professionnel du basketball, M. Edwards a joué dans des équipes de plusieurs villes d'Amérique du Nord. Le port d'attache des Edwards est la Caroline du Nord mais la famille déménage habituellement avec M. Edwards à la fin de chaque échange. Au moment du procès, toute la famille vivait à Richmond, en Colombie-Britannique.

L'appelante et l'intimé M. Edwards se sont rencontrés au printemps 1996 et ont commencé peu après à avoir des rapports sexuels. Leur liaison a duré environ 18 mois. Le 3 juin 1997 est né Elijah Theodore Van de Perre, fils de l'appelante et de M. Edwards. Bien que le fait soit contesté, il ressort du témoignage de M^{me} Edwards qu'elle a appris la liaison de M. Edwards avec l'appelante en décembre 1996, par accident, comme pour au moins deux autres de ses liaisons. Malgré les circonstances, les intimés sont restés mariés. Madame Edwards est une mère au foyer.

À la fin de la saison de basketball 1996-1997, les intimés sont rentrés en Caroline du Nord. C'était avant la naissance d'Elijah; toutefois, en septembre 1997, Edwards est retourné à Vancouver pour la nouvelle saison de basketball et sa liaison avec l'appelante s'est poursuivie. Madame Edwards et les jumelles avaient prévu de rester en Caroline du Nord, mais après avoir appris lors d'une conversation téléphonique avec M. Edwards qu'il continuait sa liaison avec l'appelante, elle a décidé de revenir à Vancouver.

Elijah avait 3 mois lorsque l'appelante a intenté des procédures contre M. Edwards pour obtenir la

3

4

5

custody and child support. Mr. Edwards initially sought joint custody and liberal access, but later amended his pleadings to seek sole custody. The trial lasted 26 days, from October 1998 to January 1999. The trial judge's decision was released on February 25, 1999: [1999] B.C.J. No. 434 (QL). Warren J. awarded sole custody to the appellant. The order granted Mr. Edwards access to Elijah for four one-week periods quarterly during the calendar year. The order also entitled Mr. Edwards to share the Christmas holidays and Elijah's birthday and, when in Vancouver, to exercise access upon short notice and for periods of no more than 48 hours.

garde et une pension alimentaire pour l'enfant. Monsieur Edwards a d'abord demandé la garde conjointe et des droits de visite généreux, mais il a par la suite modifié les actes de procédure pour demander la garde exclusive. Le procès a duré 26 jours, d'octobre 1998 à janvier 1999. Dans son jugement rendu le 25 février 1999, [1999] B.C.J. No. 434 (QL), le juge Warren a accordé la garde exclusive à l'appelante. L'ordonnance donnait à M. Edwards accès à Elijah pendant quatre périodes d'une semaine par an et l'autorisait aussi à partager les vacances de Noël et l'anniversaire de l'enfant. En outre, lorsqu'il était à Vancouver, il pouvait exercer ses droits de visite avec un court préavis, pour des périodes de 48 heures au plus.

6 Mr. Edwards became a free agent in June 1998 and was then without a contract. After the trial, the family moved to Miami where Mr. Edwards obtained a one-year contract with the city's NBA team. Subsequently, Mr. Edwards signed to play basketball with the European league and moved to Athens, Greece. His wife and daughters returned to North Carolina.

Devenu agent libre en juin 1998, M. Edwards était alors sans contrat. Après le procès, la famille s'est installée à Miami, où M. Edwards a obtenu un contrat d'un an avec l'équipe NBA de la ville. Par la suite, il a signé un contrat avec la ligue européenne et il a déménagé à Athènes, en Grèce. Sa femme et ses filles sont retournées en Caroline du Nord.

7 Mr. Edwards appealed the trial decision. During the hearing, on the invitation of the Court of Appeal, Mrs. Edwards applied for admission as a party and requested joint custody with her husband. The application and joint request for custody were granted. The court did not state any access provisions except to say that the appellant was to receive generous access: (2000), 184 D.L.R. (4th) 486, 2000 BCCA 167. The decision of the Court of Appeal was stayed pending the appellant's application for leave to this Court.

Monsieur Edwards a interjeté appel de la décision de première instance. Au cours de l'audience, Mme Edwards, à l'invitation de la Cour d'appel, a demandé d'être constituée partie à l'instance et a présenté une demande de garde conjointe avec son mari. Les deux demandes ont été accueillies. La cour n'a pas fixé les droits de visite de l'appelante, disant seulement qu'ils devaient être généreux : (2000), 184 D.L.R. (4th) 486, 2000 BCCA 167. Il a été sursis à la décision de la Cour d'appel quand l'appelante a présenté une demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour.

8 The key issue here is the applicable standard of review to be followed by appellate courts in family law cases involving custody. In the present case, other issues include a determination of whether the Court of Appeal erred in finding that the trial judge erred in his consideration, or lack thereof, of the child's mixed racial heritage, and whether the

La question clé en l'espèce est la norme de contrôle que doivent appliquer les cours d'appel dans les affaires de droit familial concernant la garde d'enfants. D'autres questions se posent également : La Cour d'appel a-t-elle conclu à tort que le juge de première instance avait fait erreur dans sa considération, ou absence de considération, du patri-

Court of Appeal erred in adding Mrs. Edwards as a party.

I. The Applicable Standard of Review for Appellate Courts in Custody Cases

The principal determination to be made in cases involving custody is the best interests of the child. In making this determination, as noted by Warren J., the trial judge must consider numerous factors, in particular those stated in the pertinent legislation, which in this case is the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128 (“Act”). Section 24(1) of the Act states:

- 24** (1) When making, varying or rescinding an order under this Part, a court must give paramount consideration to the best interests of the child and, in assessing those interests, must consider the following factors and give emphasis to each factor according to the child’s needs and circumstances:
- (a) the health and emotional well being of the child including any special needs for care and treatment;
 - (b) if appropriate, the views of the child;
 - (c) the love, affection and similar ties that exist between the child and other persons;
 - (d) education and training for the child;
 - (e) the capacity of each person to whom guardianship, custody or access rights and duties may be granted to exercise those rights and duties adequately.

In addition to these factors, the Act authorizes the trial judge to consider the conduct of the parents, but only in so far as it impacts one of the aforementioned factors. Sections 24(3) and (4) state:

- (3) If the conduct of a person does not substantially affect a factor set out in subsection (1) or (2), the court must not consider that conduct in a proceeding respecting an order under this Part.
- (4) If under subsection (3) the conduct of a person may be considered by a court, the court must consider

moins raciale mixte de l’enfant? A-t-elle eu tort de constituer M^{me} Edwards partie à l’instance?

I. La norme de contrôle applicable par les cours d’appel en matière de garde

La principale question à apprécier en matière de garde est l’intérêt de l’enfant. Pour définir cet intérêt, le juge qui préside l’instance doit, comme l’a souligné le juge Warren, prendre en considération plusieurs facteurs, en particulier ceux qui sont énoncés dans la loi applicable, en l’occurrence la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128 (« la Loi »), dont le par. 24(1) dispose :

[TRADUCTION]

- 24** (1) Lorsqu’il rend, modifie ou annule une ordonnance en application de la présente partie, le tribunal doit accorder une importance prépondérante à l’intérêt de l’enfant, qu’il apprécie en prenant en considération les facteurs suivants, en fonction des besoins de l’enfant et de sa situation :
- a) la santé et le bien-être affectif de l’enfant, y compris tout besoin spécial quant aux soins ou au traitement;
 - b) le point de vue de l’enfant lorsqu’il y a lieu;
 - c) l’amour, l’affection et autres liens semblables qui existent entre l’enfant et d’autres personnes;
 - d) l’éducation et la formation de l’enfant;
 - e) la capacité de chaque personne à qui les droits et devoirs de tutelle, de garde ou de visite sont confiés à s’acquitter convenablement de ces droits et devoirs.

Outre ces facteurs, la Loi autorise le juge à prendre en considération la conduite des parents, mais uniquement dans la mesure où elle influe sur l’un des facteurs susmentionnés. Les paragraphes 24(3) et (4) disposent :

[TRADUCTION]

- (3) Dans les procédures engagées en application de la présente partie, le tribunal ne peut pas prendre en considération la conduite d’une personne si cette conduite n’influe pas de façon importante sur l’un des facteurs énumérés aux paragraphes (1) ou (2).
- (4) Dans le cas où il peut prendre en considération la conduite d’une personne suivant le paragraphe (3),

the conduct only to the extent that the conduct affects a factor set out in subsection (1) or (2).

le tribunal ne prend cette conduite en considération que dans la mesure où elle influe sur un facteur énuméré aux paragraphes (1) ou (2).

10

In preparing reasons in custody cases, a trial judge is expected to consider each of these factors in light of the evidence adduced at trial; however, this is not to say that he or she is obligated to discuss every piece of evidence in detail, or at all, when explaining his or her reasons for awarding custody to one person over another. This would indeed be an unreasonable requirement at the end of a 26-day trial. Because of this, trial judges might sometimes appear to stress one factor over another and, in fact, it may be said that this is inevitable in custody cases which are heavily dependant on the particular factual circumstances at issue. This situation does not open the door to a redetermination of the facts by the Court of Appeal.

Lorsqu'il élabore les motifs de sa décision dans une affaire de garde, le juge est censé prendre en considération chacun de ces facteurs à la lumière de la preuve soumise; cependant, cela ne signifie pas qu'il est tenu d'analyser chaque élément de preuve ou d'analyser chacun en détail lorsqu'il explique les raisons d'accorder la garde à une personne plutôt qu'à une autre. Une telle exigence serait à vrai dire déraisonnable après un procès de 26 jours. C'est pourquoi les juges peuvent parfois sembler privilégier un facteur parmi d'autres et, en fait, cela paraît inévitable dans les affaires de garde car elles dépendent fortement des circonstances factuelles particulières. Cette situation n'ouvre pas la voie à une nouvelle appréciation des faits par la Cour d'appel.

11

In reviewing the decisions of trial judges in all cases, including family law cases involving custody, it is important that the appellate court remind itself of the narrow scope of appellate review. L'Heureux-Dubé J. stated in *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, at paras. 10 and 12:

Lorsqu'une cour d'appel examine une décision de première instance, dans tous les domaines, y compris dans les affaires familiales relatives à la garde, il importe qu'elle ne perde pas de vue la portée restreinte du mécanisme de révision. Le juge L'Heureux-Dubé dit ceci dans *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, par. 10 et 12 :

[Trial judges] must balance the objectives and factors set out in the *Divorce Act* or in provincial support statutes with an appreciation of the particular facts of the case. It is a difficult but important determination, which is critical to the lives of the parties and to their children. Because of its fact-based and discretionary nature, trial judges must be given considerable deference by appellate courts when such decisions are reviewed.

[Les juges de première instance] doivent, dans l'appréciation des faits, soupeser les objectifs et les facteurs énoncés dans la *Loi sur le divorce* ou dans les lois provinciales relatives aux ordonnances alimentaires. Il s'agit d'une décision difficile mais importante, qui peut s'avérer cruciale dans la vie des ex-époux et de leurs enfants. Vu sa nature factuelle et discrétionnaire, la décision du juge de première instance doit faire l'objet d'une grande déférence par la cour d'appel appelée à réviser une telle décision.

There are strong reasons for the significant deference that must be given to trial judges in relation to support orders. This standard of appellate review recognizes that the discretion involved in making a support order is best exercised by the judge who has heard the parties directly. It avoids giving parties an incentive to appeal judgments and incur added expenses in the hope that the appeal court will have a different appreciation of the relevant factors and evidence. This approach promotes finality in family law litigation and recognizes the

Il existe des raisons sérieuses de faire preuve d'une grande retenue envers les décisions rendues par les juges de première instance en matière d'aliments. Cette norme d'examen en appel reconnaît que le juge qui a entendu les parties est le mieux placé pour exercer le pouvoir discrétionnaire qu'implique le prononcé d'une ordonnance alimentaire. On dissuade ainsi les parties d'interjeter appel du jugement et d'engager des frais supplémentaires dans l'espoir que la cour d'appel appréciera différemment les facteurs pertinents et la preuve. Cette

importance of the appreciation of the facts by the trial judge. Though an appeal court must intervene when there is a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error in law, it is not entitled to overturn a support order simply because it would have made a different decision or balanced the factors differently. [Emphasis added.]

Hickey involved the appellate review of support orders, but the principles related to appellate review discussed therein are equally applicable to orders concerning child custody. This is where the British Columbia Court of Appeal fell into error. Although Newbury J.A. cited *Hickey* and discussed the narrow scope of review, at para. 6, she stated:

As L'Heureux-Dubé J. observed in *Hickey*, there are strong reasons for this deferential standard in family law cases: most importantly, it promotes finality in family law litigation and recognizes the importance of the appreciation of the facts by the trial judge. Still, the interests of the child, being paramount, must prevail over those of the parties and of society in finality, and appellate courts must do more than "rubber-stamp" trial judgments unless serious errors appear on their face. Otherwise, the possibility for clear injustice exists. As indicated by the passages quoted above, a trial court's ignoring of relevant evidence, or the drawing of incorrect conclusions from the evidence, may also require appellate interference. [Emphasis added.]

This statement seems to imply that *Hickey* and the basic principles of appellate review are not fully applicable to child custody cases. The approach of the Court of Appeal is wrong. The narrow power of appellate review does not allow an appellate court to delve into all custody cases in the name of the best interests of the child where there is no material error as decided in *Hickey*. The Court of Appeal is not in a position to determine what it considers to be the correct conclusions from the evidence. This is the role of the trial judge. The Court of Appeal's reasoning in this case is reaf-

approche est de nature à promouvoir la finalité des affaires en matière familiale et reconnaît l'importance de l'appréciation des faits par le juge de première instance. Bien qu'une cour d'appel doive intervenir lorsqu'elle relève une erreur importante, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou une erreur de droit, il ne lui est pas permis d'infirmer une ordonnance alimentaire pour le seul motif qu'elle aurait rendu une décision différente ou soupesé les facteurs différemment. [Je souligne.]

Il s'agissait, dans *Hickey*, d'ordonnances alimentaires, mais les principes de l'examen en appel qui y sont examinés s'appliquent également aux ordonnances de garde d'enfants. C'est sur ce point que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait erreur. Bien qu'elle cite l'arrêt *Hickey* et souligne la portée étroite de la révision, le juge Newbury déclare ceci, au par. 6 :

[TRADUCTION] Comme le juge L'Heureux-Dubé le fait observer dans *Hickey*, des raisons sérieuses expliquent le recours à une norme rigoureuse de retenue en matière familiale : avant tout, cette retenue est de nature à promouvoir la résolution définitive des litiges de droit familial et reconnaît l'importance de l'appréciation des faits par le juge de première instance. Il n'en demeure pas moins que les intérêts de l'enfant sont primordiaux et doivent prévaloir sur les intérêts que peuvent avoir les parties et la société dans la résolution définitive des litiges, et les tribunaux d'appel doivent faire davantage que simplement entériner les jugements de première instance à moins d'erreurs graves manifestes. Sinon, il y a risque évident d'injustice. Comme l'indiquent les passages précités, le fait que le tribunal de première instance n'a pas tenu compte d'éléments de preuve pertinents, ou a tiré des conclusions erronées de la preuve, peut aussi requérir l'intervention de la cour d'appel. [Je souligne.]

Cet énoncé semble vouloir dire que l'arrêt *Hickey* et les principes fondamentaux de l'examen en appel ne sont pas pleinement applicables en matière de garde d'enfants. L'approche de la Cour d'appel est erronée. L'arrêt *Hickey* décide que le pouvoir restreint de révision n'autorise pas une cour d'appel à intervenir au nom de l'intérêt de l'enfant dans les affaires de garde, lorsqu'il n'y a aucune erreur importante. La Cour d'appel n'est pas en mesure de déterminer ce qu'elle estime être les conclusions justes qui se dégagent de la preuve. C'est le rôle du juge de première instance. Le rai-

firmed in the more recent British Columbia Court of Appeal decision in *L. (A.) v. K. (D.)* (2000), 190 D.L.R. (4th) 108, 2000 BCCA 455. In her concurring decision, Newbury J.A. writes, at para. 23:

With respect, I must say that where the custody of a child is concerned, statements of the applicable “standard of review”, most of which are imported from cases involving civil damages, seem to me ill-suited. To have a child’s future depend on whether an error of law has been shown in a trial judgment, or on whether the trial judge has committed a “palpable and overriding” error in fact-finding, instead of simply being wrong, seems contrary to the principle, which has been stated over and over again by Canadian courts, that the best interests of the child is the primary consideration. I have always understood that this was applicable to appellate as well as to trial courts. At the same time, there is no doubt that in cases such as this, where each “side” has much to offer the child, the trial judge has a great advantage in being able to see all the parties over the period of trial and to make the subtle judgment-calls necessary in determining the child’s best interests. [Emphasis added.]

13

As I have stated, the Court of Appeal was incorrect to imply that *Hickey, supra*, and the narrow scope of appellate review it advocates are not applicable to custodial determinations where the best interests of the child come into play. Its reasoning cannot be accepted. First, finality is not merely a social interest; rather, it is particularly important for the parties and children involved in custodial disputes. A child should not be unsure of his or her home for four years, as in this case. Finality is a significant consideration in child custody cases, maybe more so than in support cases, and reinforces deference to the trial judge’s decision. Second, an appellate court may only intervene in the decision of a trial judge if he or she erred in law or made a material error in the appreciation of the facts. Custody and access decisions are inherently exercises in discretion. Case-by-case consideration of the unique circumstances of each child is the hallmark of the process. This discretion vested in the trial judge enables a balanced evaluation of the best interests of the child and permits

sonnement de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique en l’espèce est repris plus récemment dans un autre de ses arrêts, *L. (A.) c. K. (D.)* (2000), 190 D.L.R. (4th) 108, 2000 BCCA 455. Dans des motifs concordants, le juge Newbury écrit ceci au par. 23 :

[TRADUCTION] Avec égards, je dois dire que s’agissant de la garde d’enfants, la formulation de la « norme de contrôle » applicable, tirée le plus souvent d’affaires civiles en dommages-intérêts, m’apparaît mal adaptée. Faire dépendre l’avenir d’un enfant de la preuve que le jugement de première instance comporte une erreur de droit, ou que le juge a commis une « erreur manifeste et dominante » dans son appréciation des faits, plutôt que d’avoir simplement fait erreur, semble contraire au principe, maintes et maintes fois réitéré par les tribunaux canadiens, que l’intérêt de l’enfant est la considération primordiale. J’ai toujours pensé que ce principe vaut autant pour les cours d’appel que pour les cours de première instance. Par ailleurs, dans des affaires comme la présente, où chaque « côté » a beaucoup à offrir à l’enfant, le juge de première instance a incontestablement le grand avantage de pouvoir observer les parties pendant le procès et de porter les subtils jugements que nécessite l’évaluation de l’intérêt de l’enfant. [Je souligne.]

Je le répète, c’est à tort que la Cour d’appel laisse entendre que *Hickey*, précité, et l’examen restreint en appel qu’il préconise ne s’appliquent pas aux décisions en matière de garde mettant en jeu l’intérêt de l’enfant. Son raisonnement ne peut être accepté. Premièrement, la résolution définitive des litiges n’est pas uniquement un intérêt social; elle est aussi extrêmement importante pour les parties et les enfants en cause dans un litige sur les droits de garde. Un enfant ne devrait pas, comme en l’espèce, rester dans l’incertitude quant à son foyer pendant quatre ans. La résolution définitive des litiges est, en matière de garde d’enfants, une considération peut-être encore plus importante qu’en matière d’obligation alimentaire, et renforce l’obligation de retenue envers la décision de première instance. Deuxièmement, une cour d’appel ne peut intervenir dans la décision du juge de première instance que s’il a fait une erreur de droit ou une erreur importante dans l’appréciation des faits. Les décisions en matière de garde et d’accès sont intrinsèquement discrétionnaires. Elles se caracté-

courts to respond to the spectrum of factors which can both positively and negatively affect a child.

It is clear from this case that it is necessary for this Court to state explicitly that the scope of appellate review does not change because of the type of case on appeal. The Court of Appeal discussed, and the respondents relied heavily on, the decision of McLachlin J. (as she then was) in *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27. In that case, the Court found that the trial judge had only mentioned one factor to be considered in determining the best interests of the child. As noted by McLachlin J., there was no way of knowing if the trial judge had considered the other applicable factors. Further, the Court noted that the trial judge had stated that he was relying heavily upon the findings of another judge. As a result, McLachlin J. stated, at para. 52: “. . . one may equally infer that the necessary fresh inquiry was not fully undertaken. . . . [I]t seems clear that the trial judge failed to give sufficient weight to all relevant considerations . . . and it is therefore appropriate for this Court to review the decision and, should it find the conclusion unsupported on the evidence, vary the order accordingly”. Rather than indicating that appellate review differs when a court must consider the best interests of the child, *Gordon* is consistent with the narrow scope of appellate review discussed later in *Hickey*, *supra*. The case does not suggest that appellate review is appropriate whenever a trial judge has failed to mention a relevant factor or to discuss a relevant factor in depth.

As indicated in both *Gordon* and *Hickey*, the approach to appellate review requires an indication of a material error. If there is an indication that the trial judge did not consider relevant factors or evidence, this might indicate that he did not properly weigh all of the factors. In such a case, an appel-

risent par l'examen cas par cas de la situation propre à chaque enfant. Grâce à ce pouvoir discrétionnaire, le juge de première instance peut procéder à une appréciation pondérée de l'intérêt de l'enfant et prendre en considération l'éventail des facteurs positifs et négatifs pouvant le toucher.

La présente affaire fait clairement ressortir la nécessité pour notre Cour d'énoncer explicitement que la portée de l'examen en appel ne varie pas selon le type d'affaire. La Cour d'appel a analysé le jugement du juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, sur lequel les intimés se sont fortement appuyés. Notre Cour a conclu dans cet arrêt que le juge de première instance avait mentionné un seul facteur à considérer pour déterminer l'intérêt de l'enfant. Comme le soulignait le juge McLachlin, il n'y avait aucune façon de savoir si le juge de première instance avait aussi examiné les autres facteurs applicables. De plus, la Cour a noté que le juge de première instance disait s'être inspiré fortement de constatations d'un autre juge. Ceci a fait dire au juge McLachlin : « . . . on pourrait tout aussi bien inférer qu'il n'a pas effectué de façon exhaustive la nouvelle analyse requise. [. . .] [I]l semble évident que le juge de première instance n'a pas accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes [. . .] de sorte qu'il convient que notre Cour révise la décision et, si elle conclut que la preuve n'appuie pas la conclusion, qu'elle modifie l'ordonnance en conséquence » (par. 52). L'arrêt *Gordon* n'indique pas que l'examen en appel diffère lorsqu'il s'agit d'apprécier l'intérêt de l'enfant et cet arrêt est compatible avec la portée restreinte de l'examen dont il est question ultérieurement dans l'arrêt *Hickey*, précité. Cet arrêt n'indique pas que la révision en appel est appropriée dès lors qu'un juge de première instance omet de mentionner ou d'analyser en profondeur un facteur pertinent.

Comme l'indiquent les arrêts *Gordon* et *Hickey*, la révision en appel exige l'indication d'une erreur importante. S'il existe une indication que le juge de première instance n'a pas pris en considération des facteurs ou des éléments de preuve pertinents, cela peut vouloir dire qu'il n'a pas dûment appréc-

14

15

late court may review the evidence proffered at trial to determine if the trial judge ignored or misdirected himself with respect to relevant evidence. This being said, I repeat that omissions in the reasons will not necessarily mean that the appellate court has jurisdiction to review the evidence heard at trial. As stated in *Van Mol (Guardian ad Litem of) v. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (B.C.C.A.), leave to appeal refused [2000] 1 S.C.R. vi, an omission is only a material error if it gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion. Without this reasoned belief, the appellate court cannot reconsider the evidence.

cié tous les facteurs. Dans ce cas, la cour d'appel peut revoir la preuve produite au procès pour déterminer si le juge a négligé d'examiner ou mal interprété des éléments pertinents de la preuve. Cela dit, je répète que des omissions dans les motifs ne signifieront pas nécessairement que la cour d'appel a compétence pour examiner la preuve entendue au procès. Comme le dit l'arrêt *Van Mol (Guardian ad Litem of) c. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (C.A.C.-B.), autorisation d'appel refusée [2000] 1 R.C.S. vi, une omission ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée. Faute d'une telle conviction rationnelle, la cour d'appel ne peut pas réexaminer la preuve.

16

In the present case, the Court of Appeal considered the decision of the trial judge and decided that it was within the scope of review to examine all the evidence and determine whether the trial judge weighed the evidence improperly. It is in reconsidering the evidence that the Court of Appeal determined that the trial judge had made material errors. As discussed above, this is not the proper method of appellate review. If the Court of Appeal had followed the appropriate method, it would not have reconsidered the evidence and found what it described as material errors in Warren J.'s decision. There was no scope for appellate intervention in this case. This can be illustrated by a review of the key difficulties that the Court of Appeal found in the trial decision. These difficulties can be divided into (i) concerns related to s. 24(1)(e) of the Act, (ii) the failure of the trial judge to consider the bonds that exist between Elijah and his paternal family (s. 24(1)(c)), (iii) an emphasis on the attitudes of the parties towards each other and Mr. Edwards' extra-marital affairs, and (iv) the concern that the trial judge based his decision on stereotypical views including the tender years doctrine.

En l'espèce, la Cour d'appel a examiné la décision du juge de première instance et décidé que, dans le cadre de l'examen en appel, il lui revenait d'examiner l'ensemble de la preuve et de déterminer si son appréciation par le juge était inappropriée. C'est en réexaminant la preuve que la Cour d'appel a décidé que le juge de première instance avait commis des erreurs importantes. Comme je l'ai dit précédemment, ce n'est pas la bonne façon de procéder à l'examen en appel. Si la Cour d'appel avait appliqué la bonne méthode, elle n'aurait pas réexaminé la preuve et n'aurait pas trouvé ce qu'elle décrit comme des erreurs importantes dans la décision du juge Warren. Il n'y avait pas lieu à l'intervention de la Cour d'appel en l'espèce, comme en témoigne l'examen des principales difficultés que la Cour d'appel a discernées dans la décision de première instance. Ces difficultés sont de plusieurs ordres : (i) des préoccupations relatives à l'al. 24(1)e de la Loi; (ii) l'omission du juge de prendre en considération les liens existant entre Elijah et sa famille paternelle (al. 24(1)c); (iii) l'importance accordée à l'attitude des parties l'une envers l'autre et aux liaisons extra-conjugales de M. Edwards; et (iv) la crainte que le juge ait fondé sa décision sur des conceptions stéréotypées, telle la doctrine relative aux enfants en bas âge.

A. *Concerns Related to Section 24(1)(e) of the Act*

The Court of Appeal found that Warren J. focussed on the negative attributes of Mr. Edwards while ignoring those of Ms. Van de Perre. In addition, it found that he did not properly consider the parenting ability of each biological parent. The Court of Appeal held that the trial judge ignored the appellant's troubling family background which, it stated, would impact her ability to raise a child, and found that Warren J. erred in finding that the appellant's mother provided "some" childcare when, in fact, the appellant relied heavily on her mother. Finally, the Court of Appeal held that, based on the number of court orders related to access, the appellant might thwart access in the future. In essence, the concerns raised by the Court of Appeal relate to s. 24(1)(e) of the Act: the ability of Ms. Van de Perre and Mr. Edwards to exercise the rights and duties of custody.

Dealing first with the parenting ability of Mr. Edwards, the reasons of the trial judge indicate that he did consider this factor. Warren J. mentioned that he was a good father to his twin daughters; however, he left the day-to-day childcare with his wife. There appears to have been very little additional evidence concerning Mr. Edwards' parenting abilities. As noted by the trial judge, the respondent focussed on the negative attributes of the appellant and her social life, as well as her perceived interference with access, rather than his actual parenting ability. This was acknowledged by the Court of Appeal, which noted that the respondents' counsel focussed primarily on the negative attributes of the appellant. The Court of Appeal also quoted portions of Dr. Korpach's psychological evaluation, which was completed pursuant to s. 15 of the Act. It is noteworthy that there are several concerns regarding the parenting ability of Mr. Edwards stated therein that were not mentioned by the trial judge; for instance, the psychologist's report states that Mr. Edwards spans his twin daughters and that it will be difficult for him to learn day-to-day childcare requirements. The

A. *Préoccupations relatives à l'al. 24(1)e) de la Loi*

La Cour d'appel estime que le juge Warren s'est attaché aux attributs négatifs de M. Edwards tout en négligeant ceux de M^{me} Van de Perre. De plus, elle estime qu'il n'a pas correctement pris en considération les aptitudes parentales de chacun des parents biologiques. La Cour d'appel conclut que le juge a négligé de tenir compte du bagage familial trouble de l'appelante, qui, selon elle, influencerait sur sa capacité d'élever un enfant, et qu'il a conclu à tort que la mère de l'appelante prodiguait « certains » soins à l'enfant, alors qu'en réalité l'appelante s'appuyait fortement sur sa mère. Enfin, la Cour d'appel a statué que, vu le nombre d'ordonnances déjà rendues sur les droits de visite, l'appelante pourrait entraver l'accès dans l'avenir. Pour l'essentiel, les préoccupations soulevées par la Cour d'appel se rattachent à l'al. 24(1)e) de la Loi : la capacité de M^{me} Van de Perre et de M. Edwards d'exercer les droits et les obligations afférents à la garde.

17

S'agissant d'abord des compétences parentales de M. Edwards, les motifs du juge de première instance indiquent qu'il a bel et bien pris ce facteur en considération. Le juge Warren dit qu'il est un bon père pour ses filles jumelles; toutefois, il en laisse le soin quotidien à sa femme. La preuve touchant les compétences parentales de M. Edwards paraît se limiter à cela. Comme le souligne le juge, l'intimé a mis l'accent sur les aspects négatifs de l'appelante et de sa vie sociale, ainsi que sur l'impression qu'elle faisait obstacle aux droits de visite, plutôt que sur ses propres compétences véritables comme père. La Cour d'appel le reconnaît d'ailleurs en soulignant que l'avocat de l'intimé insistait surtout sur les attributs négatifs de l'appelante. La Cour d'appel a également cité des extraits de l'évaluation psychologique faite par le D^r Korpach, conformément à l'art. 15 de la Loi. Il convient de noter que plusieurs préoccupations touchant les compétences parentales de l'intimé, qui y sont exprimées, n'ont pas été reprises par le juge : par exemple, le rapport du psychologue indique que l'intimé donne la fessée à ses filles jumelles et qu'il lui sera difficile d'apprendre à s'occuper des

18

Court of Appeal attempts to infer positive evidence of Mr. Edwards' parenting abilities from his success in basketball and his community activities. It can however hardly be said that the failure of the trial judge to discuss an inference made by the Court of Appeal was a material error.

19 Second, the trial judge did not "ignore" the negative attributes of the appellant. These negative attributes, although not focussed on in detail, were referred to throughout the trial judge's reasons. As an example, at para. 6, Warren J. stated:

During the course of this very lengthy trial it became obvious that the plaintiff was doing her very best to minimize the extent of the conflict between the demands of her social life and the demands of her parental responsibilities, certainly during the first year of E.'s life. Further, it was only when she was faced with the probability of evidence of her relationships with other men that she was forthcoming. Finally, I cannot accept her evidence that she has no memory of many of her long distance telephone calls and trips to the United States and I conclude that she was endeavoring to hide evidence which may have been embarrassing.

20 Third, concerning the way in which the appellant was raised and the difficulties she faced during her childhood, the trial judge mentioned these from the outset. He specifically mentioned the appellant's mother's drug problem and the difficulties that the appellant had with her mother before Elijah was born. It is clear that Warren J. considered this evidence; therefore, there is no material error.

21 Finally, the respondents stress the fact that the appellant objected to numerous access orders and argue that this is evidence that she would not follow access provisions. The Court of Appeal agreed. This is very speculative. There was no evidence raised that indicated that the appellant failed to follow the court orders. The only suggestion of this is found in the wording of the June 15, 2000 order; however, this order was granted post-appeal and was therefore not available to the Court of Appeal or the trial judge for consideration. When

besoins quotidiens d'un enfant. La Cour d'appel tente d'inférer des succès de M. Edwards au basketball et de ses activités dans la communauté la preuve positive de ses compétences parentales. Cependant, on peut difficilement affirmer que le fait que le juge de première instance n'a pas traité d'une inférence faite par la Cour d'appel constitue une erreur importante.

En second lieu, le juge de première instance n'a pas « négligé » les attributs négatifs de l'appelante. Bien qu'il ne les expose pas en détail, le juge Warren évoque ces attributs négatifs tout au long de ses motifs. Par exemple, il dit au par. 6 :

[TRADUCTION] Durant ce très long procès, il est devenu évident que la demanderesse faisait de son mieux pour minimiser le conflit entre les exigences de sa vie sociale et celles de ses responsabilités parentales, à coup sûr pendant la première année de vie de E. De plus, ce n'est que confrontée à la probabilité que soit présentée une preuve de ses relations avec d'autres hommes qu'elle a été plus franche. Enfin, je ne peux accepter son témoignage selon lequel elle ne souvient pas d'un grand nombre de ses appels interurbains et de ses voyages aux États-Unis, et je conclus qu'elle s'efforçait de dissimuler une preuve qui pouvait s'avérer embarrassante.

En troisième lieu, s'agissant de l'éducation de l'appelante et des difficultés auxquelles elle a fait face dans son enfance, le juge de première instance en parle dès le départ. Il évoque spécifiquement le problème de toxicomanie de sa mère et ses difficultés avec l'appelante avant la naissance d'Elijah. Il est clair que le juge Warren a pris ces preuves en considération; il n'y a donc aucune erreur importante.

Enfin, les intimés soulignent le fait que l'appelante s'est opposée à plusieurs ordonnances d'accès et ils font valoir que cela prouve qu'elle ne se conformerait pas aux dispositions relatives aux droits de visite. La Cour d'appel souscrit à cet argument. Or cette situation est très hypothétique. Rien dans la preuve n'indique que l'appelante n'a pas respecté les ordonnances. Le seul indice à ce sujet se trouve dans le texte de l'ordonnance du 15 juin 2000; toutefois, cette ordonnance a été accordée après l'appel et ne fait donc pas partie de ce

one parent requests an extension of access, the other parent has the right to dispute the application. This does not mean that the appellant would not facilitate access if she were to get custody. Further, this does not imply that a court order will be necessary for all changes in access. The affidavit of Valerie Edwards dated February 14, 2000, almost a month prior to the Court of Appeal decision, supports the view that the appellant has agreed, without court intervention, to some modifications and extensions of access. The mere fact that she contested certain applications with regard to access is not evidence that she would not follow a court order. There is no evidence that the trial judge erred in finding, at para. 45, that “there has been extensive access which, by and large, has been facilitated by the plaintiff rather than thwarted”.

B. The Failure of the Trial Judge to Consider the Bonds that Exist Between Elijah and His Paternal Family (Section 24(1)(c))

The Court of Appeal held that the trial judge failed to consider the bonds that exist between Elijah and Mrs. Edwards, the twins and the respondents’ extended family. In fact, the trial judge discussed the bond between Elijah and Mrs. Edwards and his sisters. In addition, he explicitly stated, at para. 19:

The defendant’s family continues to live in North Carolina and he has contributed to their financial needs. Other than knowing that his mother is alive and that he has two brothers and three sisters, I know very little of their circumstances. Mrs. V.E.’s father, a retired New York policeman, recently died. She testified that he was a very important factor in her life. Again, I know very little about other members of Mrs. V.E.’s family.

The respondents state, at para. 115 of their factum, that there is evidence that the Edwards are “involved with and close to members of their respective extended families and Elijah knows who they are”. However, when reviewing the trial transcript at p. 596 of the respondents’ record, it is

qui était soumis à la Cour d’appel ou au juge de première instance. Lorsqu’un parent demande l’élargissement de ses droits d’accès, l’autre parent a le droit de contester la demande. Cela ne signifie pas que l’appelante ne faciliterait pas l’accès si elle devait obtenir la garde. Cela n’implique pas non plus qu’il sera nécessaire d’obtenir une ordonnance judiciaire pour chaque modification des droits d’accès. L’affidavit de Valerie Edwards daté du 14 février 2000, près d’un mois avant la décision de la Cour d’appel, étaye l’opinion que l’appelante a accepté, sans intervention judiciaire, certaines modifications et extensions des droits d’accès. Le simple fait qu’elle a contesté certaines demandes relatives aux droits de visite ne prouve pas qu’elle ne respecterait pas une ordonnance de la cour. Rien n’indique que le juge de première instance a commis une erreur en concluant au par. 45 qu’ [TRADUCTION] « il y a eu accès étendu, que la demanderesse a, de façon générale, facilité et non entravé ».

B. L’omission du juge de première instance de prendre en considération les liens existant entre Elijah et sa famille paternelle (al. 24(1)c))

La Cour d’appel conclut que le juge de première instance a omis de prendre en considération les liens existant entre Elijah et M^{me} Edwards, les jumelles et la famille élargie des intimes. En fait, le juge a examiné le lien entre Elijah et M^{me} Edwards et ses sœurs. En outre, il dit expressément ceci au par. 19 :

[TRADUCTION] La famille du défendeur vit toujours en Caroline du Nord et le défendeur pourvoit à ses besoins financiers. À part de savoir que sa mère vit toujours et qu’il a deux frères et trois sœurs, j’en sais très peu sur leur situation. Le père de V.E., policier de New York à la retraite, est décédé récemment. Elle a dit en témoignage qu’il était quelqu’un de très important dans sa vie. Encore là, je sais très peu de choses sur les autres membres de la famille de V.E.

Les intimes affirment, au par. 115 de leur mémoire, que la preuve montre que les Edwards [TRADUCTION] « entretiennent des liens étroits avec les membres de leurs familles élargies respectives et Elijah sait qui ils sont ». Toutefois, il ressort de la transcription de l’audience (p. 596 du dossier

clear that Elijah only “knows” who these relatives are through pictures. At the time of trial, he had never met them. There was no evidence that the Edwards presently see or speak to family members mentioned peripherally in their testimony. The respondents simply did not put evidence forward concerning this, and the trial judge mentioned this lack of evidence in his reasons. As such, there is no material error in this regard that would open the door to appellate intervention.

C. An Emphasis on the Attitudes of the Parties Towards Each Other and Mr. Edwards’ Extra-marital Affairs

23

Aside from the above findings, which implicate ss. 24(1)(e) and 24(1)(c) of the Act, the Court of Appeal found that the trial judge made findings of credibility but was diverted by the arguments made concerning Mr. Edwards’ extra-marital affairs and the parties’ attitudes towards each other. The Court of Appeal remarked that the trial judge criticized Mrs. Edwards for blaming the appellant for the relationship with Mr. Edwards. It stated that the appellant was in part to blame but, in any event, this had nothing to do with the best interests of the child. I disagree with this conclusion. First, it is irrelevant who is to blame for the extra-marital affair. However, the parties’ attitudes towards and views of each other are important. These attitudes might impact the emotional well-being of the child and, as such, must be considered pursuant to s. 24(1)(a) of the Act. A child should be with someone who fosters the relationship between him or her and the non-custodial parent. The trial judge’s finding that the respondents both blame the appellant for the relationship and both believe that she is a “gold digger” might be relevant in this respect. This discussion by the trial judge does not justify appellate intervention.

24

With respect to the discussion of Mr. Edwards’ extra-marital affairs, the Court of Appeal found that Warren J. incorrectly considered the impact of these relationships on the marriage of the respon-

des intimes) que Elijah « sait » seulement qui sont ces parents sur des photos. Au moment du procès, il ne les avait jamais rencontrés. Rien dans la preuve n’indique que les Edwards voient des membres de la famille dont ils ont cité les noms accessoirement dans leur témoignage. Les intimes n’ont tout simplement pas présenté de preuve à ce sujet et le juge a mentionné cette absence de preuve dans ses motifs. En cela, les motifs du juge de première instance ne contiennent aucune erreur importante qui puisse donner ouverture à une intervention en appel.

C. L’importance accordée à l’attitude des parties l’une envers l’autre et aux liaisons extra-conjugales de M. Edwards

Outre les conclusions susmentionnées, qui concernent les al. 24(1)(e) et 24(1)(c) de la Loi, la Cour d’appel estime que le juge de première instance a tiré des conclusions sur la crédibilité mais qu’il a été détourné par les arguments concernant les liaisons extra-conjugales de M. Edwards et l’attitude des parties l’une envers l’autre. La Cour d’appel fait remarquer que le juge a reproché à M^{me} Edwards de blâmer l’appelante pour sa liaison avec M. Edwards. Elle dit que l’appelante portait certes une partie du blâme, mais qu’en tout état de cause, cela n’avait rien à voir avec l’intérêt de l’enfant. Je ne partage pas cette conclusion. D’abord, il est inutile de savoir qui est à blâmer pour cette liaison. Mais les attitudes et les opinions réciproques des parties sont importantes. Ces attitudes peuvent influencer sur le bien-être affectif de l’enfant et doivent donc être prises en considération dans le cadre de l’al. 24(1)(a) de la Loi. L’enfant doit être avec une personne qui favorise sa relation avec le parent non gardien. La conclusion du juge de première instance selon laquelle les intimes rejettent tous deux le blâme sur l’appelante et estiment tous deux qu’elle est une « aventurière », pourrait être pertinente à cet égard. L’analyse qu’a faite le juge de cette question ne justifie pas l’intervention en appel.

Au sujet des liaisons de M. Edwards, la Cour d’appel conclut que le juge Warren a eu tort de prendre en considération l’effet de ces liaisons sur le mariage des intimes. Elle dit qu’une rupture du

dents. It held that a marriage breakdown was speculative and that the trial judge considered Mr. Edwards in isolation from his family. It found that this was a material error of law. Again, I disagree. Warren J. did not consider Mr. Edwards in isolation from his family. Rather, he considered both biological parents as individuals as well as in conjunction with their support network. This is consistent with ss. 24(1)(a), 24(1)(c) and 24(1)(e).

I agree with the Court of Appeal that a trial judge cannot consider a parent completely in isolation from his or her support network. Step-parents and siblings are important in a child's life (s. 24(1)(c)). These individuals play an important role in the child's emotional well-being (s. 24(1)(a)) since they are a part of the family unit in which the child might end up living. The negative and the positive traits and influences of step-parents must be considered. This being said, there is a distinction between taking a step-parent into consideration to determine the family unit in which the child would live if that biological parent were awarded custody and taking a step-parent into consideration to determine if his or her positive qualities are sufficient to override the negative qualities of his or her custody-seeking spouse. Section 24(1)(e) is clear and requires the trial judge to consider the ability of the person who can exercise custody to actually exercise the right and duties adequately. As will be discussed later in this case, this refers to Mr. Edwards and Ms. Van de Perre.

Section 24(1)(e) requires that the trial judge consider the merits of each applicant with regard to the whole context. In most families, the biological parent is not completely alone. He or she will have support networks to help him or her in times of need. In many cases, there is also an actual family unit that must be considered in determining if the parent applying for custody is capable of adequately parenting the child. In some cases, the family unit will assist the custodial parent; in others, it may hinder good parenting. Support networks and family units are, however, only two of

mariage relevait de la conjecture et que le juge a examiné le cas de M. Edwards isolément de sa famille. Elle conclut que c'est une erreur importante de droit. Là non plus, je ne suis pas d'accord. Le juge Warren n'a pas examiné la situation de M. Edwards isolément de sa famille. Il a plutôt considéré les deux parents biologiques comme individus et en relation avec leur réseau de soutien. Cela est conforme aux al. 24(1)a), 24(1)c) et 24(1)e).

Je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'un juge de première instance ne peut examiner la situation d'un parent de façon complètement isolée de son réseau de soutien. Les beaux-parents et les frères et sœurs sont importants dans la vie d'un enfant (al. 24(1)c)). Ces personnes jouent un rôle important dans son bien-être affectif (al. 24(1)a)) puisqu'elles constituent une partie de la cellule familiale dans laquelle il pourrait éventuellement se retrouver. Les traits et les influences négatives et positives des beaux-parents doivent être pris en considération. Cela dit, il y a une distinction entre prendre en considération un beau-parent pour déterminer la cellule familiale dans laquelle l'enfant vivrait si ce parent biologique obtenait la garde, et prendre un beau-parent en considération pour déterminer si ses qualités positives l'emportent sur les qualités négatives de son conjoint qui demande la garde. L'alinéa 24(1)e) est clair : il exige que le juge prenne en considération l'aptitude de la personne qui peut exercer la garde à effectivement s'acquitter de ses droits et devoirs convenablement. Comme nous le verrons plus loin, il s'agit en l'espèce de M. Edwards et de M^{me} Van de Perre.

L'alinéa 24(1)e) exige que le juge de première instance prenne en considération le mérite de chaque requérant au vu de l'ensemble du contexte. Dans la plupart des familles, le parent biologique n'est pas complètement seul. Il pourra compter sur des réseaux de soutien pour l'aider en cas de besoin. Souvent, il existe aussi une véritable cellule familiale qu'il faut prendre en considération pour déterminer si le parent qui demande la garde est apte à assumer convenablement son rôle parental envers l'enfant. Dans certains cas, la cellule familiale viendra en aide au parent gardien; dans

25

26

many factors to be considered. Pursuant to the specific wording of s. 24(1)(e), the objective in every case is to determine the parenting abilities of the specific person who will ultimately receive custody.

27 In the present case, Mrs. Edwards and her daughters are important in determining the best interests of the child because of the bond that might exist between them and Elijah. This is stated in s. 24(1)(c) and, as discussed earlier, was noted by the trial judge.

28 With respect to s. 24(1)(e), the trial judge considered the family unit when he discussed the stability of Mr. Edwards' marriage. He considered the factual circumstances brought out in evidence and possible problems that might arise. Pursuant to s. 24(3) of the Act, the conduct of a parent cannot generally be considered; however, if this conduct impacts a factor stated in s. 24(1), such as the emotional well-being of Elijah or the ability of Mr. Edwards to exercise custody with and without Mrs. Edwards, it is relevant. When considering the family unit, the trial judge found that Mr. Edwards has a weak and unstable marriage. As such, this might impact the parenting support he receives both during the marriage and following a possible marriage breakdown. The appellant, on the other hand, will likely have her parents' support and assistance until their death.

29 Warren J. was also obligated to consider whether Mr. Edwards' conduct might impact his individual ability to exercise the duties and rights of custody. The trial judge and Court of Appeal both found that Mr. Edwards worked long periods of time away from home. He travelled extensively and Dr. Korpach stated that he was unlikely to terminate his work to care for his children. This said, it is important to add that many fathers and mothers work long hours; many are also required to travel extensively. Work commitments do not always have a negative effect on parenting. This is a circumstance which must be considered in light

d'autres, elle pourra inhiber le bon rapport parent-enfant. Les réseaux de soutien et les cellules familiales ne sont, toutefois, que deux parmi de nombreux facteurs à prendre en compte. Selon les termes spécifiques de l'al. 24(1)e), l'objectif dans chaque cas est d'évaluer les compétences parentales de la personne précise qui, en dernière analyse, obtiendra la garde.

En l'espèce, M^{me} Edwards et ses filles sont importantes dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant à cause du lien qui pourrait exister entre elles et Elijah. C'est ce que dit l'al. 24(1)c) et, comme nous l'avons vu, le juge de première instance en a pris note.

S'agissant de l'al. 24(1)e), le juge de première instance a pris en considération la cellule familiale lorsqu'il a examiné la stabilité du mariage de M. Edwards. Il a pris en compte les circonstances factuelles mises en preuve et les problèmes éventuels. Suivant le par. 24(3) de la Loi, la conduite d'un parent ne peut pas, en règle générale, être prise en considération; toutefois, si cette conduite influe sur un facteur énuméré au par. 24(1), tel le bien-être affectif d'Elijah ou l'aptitude de M. Edwards à assumer la garde avec ou sans M^{me} Edwards, elle est pertinente. Lorsqu'il a examiné la cellule familiale, le juge a estimé que le mariage de M. Edwards était faible et instable. Cela peut, en soi, influencer sur le soutien parental tant durant le mariage qu'advenant une possible rupture. L'appellante, par contre, pourra vraisemblablement compter sur le soutien et l'aide de ses parents jusqu'à leur mort.

Le juge Warren était aussi tenu d'examiner si la conduite de M. Edwards pouvait influencer sur son aptitude individuelle à s'acquitter des droits et des devoirs afférents à la garde. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux conclu que son travail obligeait M. Edwards à s'absenter de son foyer pour de longues périodes. Il voyageait beaucoup et, selon le Dr Korpach, tout indique qu'il ne renoncerait pas à son travail pour prendre soin de ses enfants. Cela dit, il importe d'ajouter que beaucoup de pères et de mères ont de longues heures de travail; beaucoup sont aussi obligés de voyager souvent. Les exigences du travail n'ont

of all other relevant facts. In this particular case, Mr. Edwards not only has extremely long periods away from home, but it was also found by the trial judge that while at home, he is very active in the professional basketball social scene and has had several extra-marital affairs. This, combined with the findings that he leaves all the day-to-day child-care activities to his wife, and the evidence of Dr. Korpach, which indicates that he might not learn this role, raises doubt as to his ability to parent on his own.

A trial judge cannot give custody to a father merely because his wife is a good mother. Her presence is a factor but, overall, the court must consider if the applicant would make a good father in her absence. Even if the family were stable, this would not be determinative in a s. 24(1)(e) analysis. Here, it is Mr. Edwards' personal capacity to exercise custody that must be considered, and the support provided by his wife is but a factor to be weighed in assessing these parental abilities.

As a final note, s. 24(1)(a) might also be affected by the extra-marital affairs. The trial judge found that the daughters of Mr. and Mrs. Edwards were very upset when Mr. Edwards' affair with the appellant was discovered. It is probable that Elijah would be affected in the same way if Mr. Edwards were to have another affair.

In this case, it may be said that Mr. Edwards' conduct impacts both ss. 24(1)(e) and 24(1)(a), and, as such, the trial judge was correct in considering his conduct. The Court of Appeal criticized Warren J. for not considering similar conduct of the appellant. It is clear from Warren J.'s reasons that he was aware of the appellant's social behaviour; yet, he did not discuss any impact that this might have on her ability to parent Elijah. Instead, he found that the appellant was a good mother. This finding is supported by the evidence of Dr. Korpach who stated that the appellant has acquired good parenting skills since learning of her preg-

pas toujours un effet négatif sur l'aptitude parentale. C'est une situation qu'il faut apprécier à la lumière de tous les autres faits pertinents. En l'espèce, M. Edwards est absent du foyer pendant des périodes extrêmement longues, et de plus, comme le constate le juge de première instance, lorsqu'il est à la maison, il est très impliqué dans les activités en marge du basketball professionnel et il a eu plusieurs liaisons extra-conjugales. Ceci, combiné avec la constatation qu'il laisse tout le soin quotidien des enfants à sa femme, et le témoignage de Dr Korpach indiquant qu'il pourrait ne pas apprendre ce rôle, soulève des doutes quant à son aptitude à exercer seul le rôle de parent.

Le juge de première instance ne peut confier la garde à un père uniquement parce que sa femme est une bonne mère. Sa présence est certes un facteur mais, avant tout, le tribunal doit se demander si le requérant ferait un bon père en son absence. Même si la famille était stable, cela ne serait pas déterminant dans l'analyse selon l'al. 24(1)e). Ici, c'est l'aptitude personnelle de M. Edwards à exercer la garde qu'il faut considérer et le soutien apporté par sa femme n'est qu'un facteur à évaluer dans l'examen de ses qualités parentales.

Pour terminer, les liaisons de l'intimé pourraient faire jouer l'al. 24(1)a). Le juge de première instance a constaté que les filles de M. et M^{me} Edwards ont été bouleversées lorsqu'elles ont appris la liaison de M. Edwards avec l'appelante. Il est probable qu'Elijah serait troublé de la même manière si M. Edwards devait avoir une autre liaison.

En l'espèce, on peut dire que la conduite de M. Edwards influe à la fois sur l'al. 24(1)e) et sur l'al. 24(1)a), et, qu'à ce titre, le juge de première instance a eu raison de la prendre en considération. La Cour d'appel reproche au juge Warren de ne pas avoir pris en considération la conduite similaire de l'appelante. Il ressort des motifs du juge Warren qu'il était conscient du comportement social de l'appelante; mais il n'a pas examiné l'impact que cela pourrait avoir sur son aptitude à s'occuper de Elijah. Au contraire, il a estimé que l'appelante était une bonne mère. Cette conclusion est étayée par le témoignage de Dr Korpach qui a dit

30

31

32

nancy. It is unclear how her behaviour might affect her ability to exercise custody pursuant to s. 24(1)(e) either by negatively impacting the family unit or her individual ability. In addition, it is unclear how this behaviour might impact Elijah's emotional well-being. Without an impact on one of the factors in s. 24(1), her conduct is irrelevant and, pursuant to s. 24(3), should not be considered. Past or present conduct by a parent that does not, in the words of the Act, "substantially affect" the best interests of the child has no bearing on a custody determination and does not require comment.

que l'appelante a acquis de bonnes compétences parentales depuis qu'elle a su qu'elle était enceinte. Il n'apparaît pas clairement en quoi son comportement pourrait influencer sur son aptitude à exercer la garde suivant l'al. 24(1)e), en affectant négativement soit la cellule familiale, soit son aptitude individuelle. De plus, il n'apparaît pas clairement en quoi ce comportement pourrait influencer sur le bien-être affectif d'Elijah. Sans incidence sur l'un des facteurs énumérés au par. 24(1), sa conduite est sans pertinence et, suivant le par. 24(3), ne devrait pas être prise en considération. La conduite antérieure ou présente d'un parent qui, selon les termes de la Loi, « n'influe pas de façon importante » sur l'intérêt de l'enfant n'est pas pertinente dans une décision sur la garde et ne mérite aucun commentaire.

33 Returning to the test for appellate intervention, there is no indication that Warren J. erred materially in considering the attitudes of the parties towards each other or in considering the extra-marital affairs of Mr. Edwards. He noted s. 24(3) which provides that conduct cannot be considered unless it impacts a factor listed in s. 24(1) and, although he did not explicitly refer to the factors in question, he did discuss this conduct with reference to Mr. Edwards' parenting abilities and Elijah's emotional well-being.

Si l'on revient au critère justifiant l'intervention en appel, rien n'indique que le juge Warren a commis une erreur importante en examinant l'attitude des parties l'une envers l'autre ou encore les liaisons extra-conjugales de M. Edwards. Il cite le par. 24(3) qui dispose qu'une conduite ne peut être prise en considération que si elle a une incidence sur un facteur énuméré au par. 24(1) et, bien qu'il n'ait pas mentionné expressément les facteurs en question, il a effectivement examiné cette conduite eu égard aux compétences parentales de M. Edwards et au bien-être affectif d'Elijah.

D. *The Concern that the Trial Judge Based his Decision on Stereotypical Views Including the Tender Years Doctrine*

D. *La crainte que le juge de première instance ait fondé sa décision sur des conceptions stéréotypées, telle la doctrine des enfants en bas âge*

34 The Court of Appeal stated that it was unclear whether the trial judge considered all the factors in s. 24(1) or whether he considered the "tender years" doctrine or had a stereotypical view of one or both parties. First, as noted above, the trial judge clearly stated and discussed all factors listed in s. 24(1). With respect to the tender years doctrine, the trial judge, quoting from the case of *Tyabji v. Sandana* (1994), 2 R.F.L. (4th) 265 (B.C.S.C.), specifically stated that stereotypical gender views have no place in custody determinations. Nowhere in his reasons does the trial judge mention this doctrine or state that it is important for the child to be with the mother during his early

La Cour d'appel dit qu'il n'est pas certain que le juge de première instance a pris en considération tous les facteurs du par. 24(1) ou qu'il a examiné la doctrine des « enfants en bas âge » ou avait une perception stéréotypée de l'une des parties ou des deux. D'abord, on a vu que le juge a clairement énoncé et examiné tous les facteurs énumérés au par. 24(1). Pour ce qui est de la doctrine relative aux enfants en bas âge, le juge, citant un extrait de *Tyabji c. Sandana* (1994), 2 R.F.L. (4th) 265 (C.S.C.-B.), dit spécifiquement que les perceptions stéréotypées n'ont pas leur place en matière de garde. Nulle part dans ses motifs le juge n'évoque cette doctrine ni ne dit qu'il est important pour

years. In other words, there is absolutely nothing to give any indication that the trial judge even considered the tender years doctrine. As for other stereotypical views, the respondents argue that the trial judge incorrectly relied upon stereotypical views of Mr. Edwards as a Black man or as a Black basketball player. It is important to stress that nothing stated by Warren J. indicates a bias against Black people in general or Black basketball players in particular. The respondents rely upon Warren J.'s statements at trial during the cross examination of Dr. Korpach and argue that these indicate that he looked at Mr. Edwards only as a Black athlete. However, as noted by counsel for the appellant in reply, these statements were made as a result of the witness's reference to the influences that the respondents' culture had on his parenting abilities. As a result of this testimony, the court asked several questions related to this cultural impact.

When one reconsiders the decision of Warren J. in light of the appropriate test for appellate review, there is no indication from his reasons that he made any material error or ignored any relevant evidence. Warren J. discussed all factors listed in s. 24 of the Act. It was not the role of the Court of Appeal to reconsider the evidence and determine if the trial judge properly weighed the evidence discussed in his reasons.

II. The Importance of Race in the Custody Determination of a Child of Mixed Racial Heritage

The Court of Appeal found that the trial judge gave "no consideration" to issues of race and interracial problems that Elijah might face. In fact, the trial judge noted that there had been some testimony at trial related to the race of Elijah and the importance of being exposed to his heritage and culture as the son of an African-American father. Rather than discussing the child's race in detail, however, the trial judge noted that this child is of

l'enfant d'être avec sa mère dans les premières années de sa vie. En d'autres termes, absolument rien n'indique que le juge a même considéré la doctrine des enfants en bas âge. En ce qui concerne d'autres stéréotypes, les intimés font valoir que le juge s'est fondé sur une perception stéréotypée de M. Edwards comme homme noir ou joueur de basketball noir. Il importe de souligner que rien dans ce que dit le juge Warren ne révèle un préjugé contre les Noirs en général ou les joueurs de basketball noirs en particulier. Les intimés invoquent les propos qu'a tenus le juge Warren au procès durant le contre-interrogatoire de Dr Korpach et y voient l'indication qu'il n'a perçu M. Edwards que comme un athlète noir. Toutefois, comme l'a fait observer l'avocat de l'appelante en réponse, ces propos étaient liés à la référence qu'avait faite le témoin à l'influence de la culture de l'intimé sur ses aptitudes parentales. C'est à la suite de ce témoignage que le juge a posé diverses questions sur cette incidence culturelle.

Si l'on reconsidère la décision du juge Warren à la lumière du critère applicable à l'examen en appel, rien dans ses motifs n'indique qu'il ait commis une erreur importante ou négligé de prendre en considération des preuves pertinentes. Le juge Warren a examiné tous les facteurs énumérés à l'art. 24 de la Loi. Il n'appartenait pas à la Cour d'appel de réexaminer la preuve pour déterminer s'il avait bien apprécié la preuve analysée dans ses motifs.

II. L'importance de la race dans la décision touchant la garde d'un enfant ayant un patrimoine racial mixte

La Cour d'appel estime que le juge de première instance n'a accordé [TRADUCTION] « aucune considération » aux questions de race et aux problèmes interraciaux auxquels Elijah pourrait être confronté. En fait, le juge a fait remarquer que certains témoignages au procès concernaient la race d'Elijah et l'importance pour lui d'être exposé à son patrimoine et à sa culture comme fils d'un Afro-Américain. Plutôt que d'examiner en détail la question de la race de l'enfant, toutefois, le juge a souligné qu'il était d'origine raciale mixte et que

35

36

mixed race and, as such, his Caucasian Canadian heritage must also be considered.

son patrimoine blanc devait donc aussi être pris en compte.

37 The interveners, the African Canadian Legal Clinic, the Association of Black Social Workers and the Jamaican Canadian Association, submit that race is a critical factor in custody and access cases. In my view, the importance of this factor will depend greatly on many factual considerations. The interveners state that there are key tools a Canadian biracial child will need in order to foster racial identity and pride: the need to develop a means to deal with racism and the need to develop a positive racial identity. The corollary to these needs is the parental ability to meet them. The interveners do not state that the minority parent should necessarily be granted custody; rather, the question is which parent will best be able to contribute to a healthy racial socialization and overall healthy development of the child. This question is one of fact to be determined by the courts on a case-by-case basis and weighed by the trial judge with other relevant factors.

Les intervenantes, African Canadian Legal Clinic, Association of Black Social Workers et Jamaican Canadian Association, soutiennent que la race est un facteur crucial dans les affaires de garde et d'accès. À mon avis, l'importance de ce facteur dépend grandement de nombreuses considérations factuelles. Les intervenantes affirment qu'un enfant canadien d'origine biraciale aura besoin d'outils pour développer son identité et sa fierté raciales, les outils qui lui permettront de faire face au racisme et de développer une identité raciale positive. Ces besoins ont comme corollaire l'aptitude parentale à y répondre. Les intervenantes n'affirment pas que le parent appartenant à la minorité devrait nécessairement obtenir la garde; il s'agit plutôt de savoir quel parent sera le mieux en mesure de contribuer à la saine socialisation raciale et au sain développement global de l'enfant. Cette question est une question de fait, qu'il appartient aux tribunaux de trancher cas par cas, et au juge de première instance d'apprécier avec tous les autres facteurs.

38 The interveners submit that, although some studies show that Black parents are more likely to be aware of the need to prepare their children to cope with racism, the main issue is which parent will facilitate contact and the development of racial identity in a manner that avoids conflict, discord and disharmony. But again, this is only one factor to be considered by the trial judge. I would also add that evidence of race relations in the relevant communities may be important to define the context in which the child and his parents will function. It is not always possible to address these sensitive issues by judicial notice, even though some notice of racial facts can be taken; see *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128. The weight to be given to all relevant factors is a matter of discretion, but discretion must be exercised with regard to the evidence. In essence, the interveners argue that race is always a crucial factor and that it should never be ignored, even if not addressed by the parties. They favour forced judicial consideration of race because it is essential in deciding

Les intervenantes font valoir que, bien que certaines études montrent que les parents noirs sont probablement plus conscients du besoin de préparer leurs enfants à faire face au racisme, la principale question est de savoir quel parent facilitera le contact et le développement de l'identité raciale d'une manière qui évitera les conflits, la discorde et le manque d'harmonie. Mais, là encore, ce n'est qu'un des facteurs que le juge de première instance prendra en considération. J'ajouterais qu'il peut aussi être important de présenter une preuve touchant les relations raciales dans les communautés pertinentes afin de définir le contexte dans lequel évolueront l'enfant et ses parents. Il n'est pas toujours possible de traiter ces questions délicates par connaissance judiciaire, même si certains faits raciaux peuvent être reconnus d'office : voir *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128. Le poids à donner à tous les facteurs pertinents est matière discrétionnaire, mais cette discrétion doit s'exercer en fonction de la preuve. Pour l'essentiel, les intervenantes soutiennent que la race est toujours un

which parent is best able to cope with difficulties biracial children may face. This approach is based on the conclusions reached concerning the present state of race relations in Canada. As I have said, racial identity is but one factor that may be considered in determining personal identity; the relevancy of this factor depends on the context. Other factors are more directly related to primary needs and must be considered in priority (see R. G. McRoy and C. C. Iijima Hall, "Transracial Adoptions: In Whose Best Interest?", in Maria P. P. Root, ed., *The Multicultural Experience* (1996), 63, at pp. 71-73). All factors must be considered pragmatically. Different situations and different philosophies require an individual analysis on the basis of reliable evidence.

There is also a distinction between the role of race in adoption cases and those cases involving two biological parents desiring custody; see G. Pollack, "The Role of Race in Child Custody Decisions Between Natural Parents Over Biracial Children" (1997), 23 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 603, at p. 617. In adoption cases, the situation might arise whereby the court must make an either/or decision; in other words, the child is either granted or denied exposure to his or her own heritage. Here, however, we have two biological parents, each of whom shares a part of the race and culture of the child. Of these two biological parents, one will be granted custody and one will be granted access. The result here is that Elijah will have exposure to both sides of his racial and cultural heritage. There was no evidence introduced to suggest that greater exposure to one's racial background through custody as opposed to access is in the better interests of the child in every case. Consequently, cultural concerns are not the same as those involving prospective adoptive parents who do not share the same race and culture as the child. This said, I wish to note that the approach taken in this case is not new. In *H. (D.) v. M. (H.)*, [1997]

facteur crucial qu'il ne faut jamais négliger, même si la question n'est pas soulevée par les parties. Elles préconisent la prise en considération judiciaire obligatoire de la race parce que c'est un élément essentiel pour décider quel parent est le mieux en mesure d'affronter les difficultés auxquelles les enfants d'origine biraciale sont susceptibles d'être confrontés. Cette approche se fonde sur les conclusions tirées concernant l'état actuel des relations raciales au Canada. Comme je l'ai dit, l'identité raciale n'est qu'un des facteurs pouvant être considérés dans la détermination de l'identité personnelle; la pertinence de ce facteur dépend du contexte. D'autres facteurs sont plus directement liés aux besoins primaires et doivent être traités prioritairement (voir R. G. McRoy et C. C. Iijima Hall, "Transracial Adoptions : In Whose Best Interest?", dans Maria P. P. Root, dir., *The Multicultural Experience* (1996), 63, p. 71-73). Il faut examiner tous les facteurs de façon pragmatique. Des situations et philosophies différentes exigent une analyse individuelle sur la base de preuves fiables.

Il faut aussi faire une distinction entre le rôle de la race dans les affaires d'adoption et les affaires où deux parents biologiques se disputent la garde (voir G. Pollack, "The Role of Race in Child Custody Decisions Between Natural Parents Over Biracial Children" (1997), 23 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 603, p. 617). Dans les affaires d'adoption, il peut arriver que le tribunal ait à choisir entre deux options : que l'enfant soit exposé au patrimoine qui lui est propre ou qu'il en soit privé. Ici nous sommes toutefois en présence de deux parents biologiques, dont chacun partage une partie de la race et de la culture de l'enfant. De ces deux parents biologiques, l'un obtiendra la garde et l'autre des droits de visite, de sorte qu'Elijah sera exposé aux deux facettes de son patrimoine racial et culturel. Aucune preuve n'a été produite pour démontrer qu'il est, dans tous les cas, dans l'intérêt de l'enfant d'être davantage exposé à son patrimoine racial par le biais de la garde, plutôt que par le biais des droits de visite. Par conséquent, les préoccupations culturelles ne sont pas du même ordre que dans le cas de parents adoptifs potentiels qui ne sont pas de même race et de même culture que l'enfant. Cela dit, je tiens à souligner que la

B.C.J. No. 2144 (QL) (S.C.), (subsequently conf'd by [1999] 1 S.C.R. 328), Bauman J. considered a case involving an adoption dispute between two sets of grandparents: the mother's biological father and her adoptive parents. The mother of the child was aboriginal and the father was African American. The mother's adoptive parents were Caucasian and her biological father was aboriginal. In that case, counsel for the child's biological grandfather argued that the child's aboriginal heritage should be given great weight especially in light of the *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, which notes the importance of cultural identity of aboriginal children in consideration of their well-being. Bauman J. stated, at paras. 46 and 47, that the child's

aboriginal heritage and the ability of his biological grandfather to preserve and enhance it are important considerations, but we must not overlook the obvious fact that Ishmael has an African-American background and American citizenship. That heritage is also of importance and it is equally deserving of preservation and nurturing. This is not a case of taking an aboriginal child and placing him with a non-aboriginal family in complete disregard for his culture and heritage. . . .

. . . The submission that Ishmael's aboriginal heritage is virtually a determining factor here, oversimplifies a very complex case. [Emphasis added.]

He next proceeded to consider all factors which impact the best interests of the child, including his aboriginal heritage and, having weighed all these factors, decided that the parenting and family environment of the mother's adoptive parents was superior and better served the child's best interests. This Court upheld this decision. It is therefore clear that, even in adoption cases where it might play a more important role, race is not a determinative factor and its importance will depend greatly on the facts.

démarche proposée en l'espèce n'est pas nouvelle. Dans *H. (D.) c. M. (H.)*, [1997] B.C.J. No. 2144 (QL) (C.S.) (conf. ensuite par [1999] 1 R.C.S. 328), le juge Bauman examinait un cas d'adoption mettant aux prises deux familles de grands-parents : le père biologique de la mère et ses parents adoptifs. La mère de l'enfant était d'origine autochtone et le père d'origine afro-américaine. Les parents adoptifs de la mère étaient de race blanche et son père biologique était autochtone. L'avocat du grand-père biologique plaidait qu'on devait accorder un poids considérable au patrimoine autochtone de l'enfant, compte tenu notamment de la *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, qui énonce l'importance de prendre en considération l'identité culturelle des enfants autochtones au moment d'apprécier leur bien-être. Le juge Bauman dit (aux par. 46-47) :

[TRADUCTION] . . . le patrimoine autochtone de l'enfant et la capacité de son grand-père biologique de le maintenir et de le valoriser sont des facteurs importants, mais nous ne devons pas négliger le fait évident qu'Ishmael a une origine afro-américaine et la citoyenneté américaine. Ce patrimoine revêt aussi une importance et mérite tout autant d'être préservé et nourri. Il ne s'agit pas ici du placement d'un enfant autochtone dans une famille non autochtone au mépris total de sa culture et de son patrimoine. . .

. . . Soutenir que le patrimoine autochtone d'Ishmael est pratiquement un facteur déterminant en l'espèce c'est simplifier à l'extrême une affaire très complexe. [Je souligne.]

Il examine ensuite l'ensemble des facteurs influant sur l'intérêt de l'enfant, dont son patrimoine autochtone, et après les avoir tous soupesés, il décide que l'environnement parental et familial qu'offrent les parents adoptifs de la mère est supérieur et correspond mieux à l'intérêt de l'enfant. Notre Cour a confirmé cette décision. Il est donc clair que, même dans les affaires d'adoption où elle peut jouer un rôle plus important, la race n'est pas un facteur déterminant et que son importance dépend grandement des faits.

La race peut être un facteur dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant parce qu'elle est liée à sa culture, à son identité et à son bien-être affectif. Le

Race can be a factor in determining the best interests of the child because it is connected to the culture, identity and emotional well-being of the

child. New Brunswick, for example, has adopted legislation prescribing mandatory consideration of “cultural and religious heritage” for all custody determinations (*Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, ss. 1 and 129(2)). British Columbia has included similar language in its provisions regarding adoption, but not in those found in the *Family Relations Act* applicable in this case (*Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, c. 5, s. 3). The adoption and custody contexts may differ because the adopted child will generally cease to have contact with the biological parent while custody will generally favour contact with both parents. Nevertheless, it is generally understood that biracial children should be encouraged to positively identify with both racial heritages. This suggests the possibility of a biracial identity (i.e. “forming an identity that incorporates . . . multiple racial heritages”, see Pollack, *supra*, at p. 619). It is important that the custodial parent recognize the child’s need of cultural identity and foster its development accordingly. I would therefore agree that evidence regarding the so-called “cultural dilemma” of biracial children (i.e. the conflict that arises from belonging to two races where one may be dominant for one reason or another) is relevant and should always be accepted. But the significance of evidence relating to race in any given custody case must be carefully considered by the trial judge. Although general public information is useful, it appears to be often contradictory (T. L. Perry, “The Transracial Adoption Controversy: An Analysis of Discourse and Subordination” (1993-94), 21 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 33, at p. 59), and may not be sufficient to inform the judge about the current status of race relations in a particular community or the ability of either applicant to deal with these issues.

For the Court of Appeal to intervene, it would have to find a material error. Although Warren J. did not discuss in detail the role that race plays in determining the best interests of the child, he did

Nouveau-Brunswick, par exemple, a adopté une loi prescrivant la prise en considération obligatoire du « patrimoine culturel et religieux » dans toutes les décisions relatives à la garde (*Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 1 et 129(2)). La Colombie-Britannique a inclus des termes similaires dans ses dispositions touchant l’adoption (*Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 5, art. 3), mais non dans les dispositions de la *Family Relations Act* applicables en l’espèce. Les contextes de l’adoption et de la garde peuvent être différents puisque l’enfant adopté cesse en général d’être en contact avec le parent biologique alors que la garde va en général favoriser le contact avec les deux parents. Néanmoins, on considère généralement qu’il convient d’encourager les enfants d’origine biraciale à s’identifier positivement à leurs deux patrimoines raciaux. Ceci atteste la possibilité d’une double identité raciale, ou [TRADUCTION] « de la formation d’une identité qui incorpore [...] des patrimoines raciaux multiples » (voir Pollack, *loc. cit.*, p. 619). Il est important que le parent gardien reconnaisse le besoin d’identité culturelle de l’enfant et qu’il favorise son développement en ce sens. Je serais donc d’accord pour dire que la preuve touchant ce qu’on appelle le « dilemme culturel » des enfants issus de deux races (c.-à-d. le conflit résultant de l’appartenance à deux races dont l’une peut dominer pour une raison ou pour une autre) est pertinente et devrait toujours être reçue. Mais, dans une affaire de garde, l’importance de la preuve relative à la race doit être soigneusement examinée par le juge de première instance. Bien que l’information générale soit utile, elle paraît souvent contradictoire (voir T. L. Perry, “The Transracial Adoption Controversy: An Analysis of Discourse and Subordination” (1993-94), 21 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 33, p. 59), et peut ne pas être suffisante pour éclairer le juge sur la situation courante des relations raciales dans une communauté donnée, ou sur l’aptitude de l’un ou l’autre requérant à faire face à ces questions.

Pour intervenir, la Cour d’appel doit conclure à l’existence d’une erreur importante. Bien que le juge Warren n’ait pas analysé en détail le rôle que joue la race dans l’appréciation de l’intérêt de l’en-

state that there is an overarching need for the child to be in a stable and loving environment. The limited findings of the trial judge on this issue reflected the minimal weight that the parties themselves placed on the issue at trial. Therefore, notwithstanding the role that race may play in custody determinations, it appears that the trial judge noted that this issue was not determinative and that, in this case, Elijah would be in a more stable and loving environment if custody was granted to the appellant. He clearly considered the mixed race of Elijah and implied that race may impact s. 24(1)(a) in some cases; however, the trial judge obviously was of the view that, even if the biological father provided some benefits as regards fostering a positive racial identity, these benefits did not outweigh the negative findings related to him. By intervening in the consideration of race by the trial judge, the Court of Appeal failed to apply the correct standard of review. It should not have intervened; this issue was given disproportionate emphasis at the initiative of the Court of Appeal.

fant, il a bel et bien dit que l'enfant a prioritairement besoin d'un environnement stable et affectueux. Les constatations limitées du juge à ce sujet correspondent au poids minime que les parties elles-mêmes ont donné à la question durant le procès. Par conséquent, nonobstant le rôle que peut jouer la race en matière de garde, il semble que le juge a indiqué que cette question n'était pas déterminante et qu'en l'occurrence Elijah serait dans un environnement plus stable et affectueux si la garde était confiée à l'appelante. À l'évidence, il a pris en considération la double origine raciale d'Elijah et a laissé entendre que la race pouvait influencer sur l'al. 24(1)a dans certains cas. Toutefois, il est évident que le juge pensait que, même si le père biologique pouvait présenter des avantages en favorisant une identité raciale positive, ces avantages ne l'emportaient pas sur les constatations négatives le concernant. En intervenant dans l'examen par le juge de première instance de la question de l'origine raciale, la Cour d'appel n'a pas appliqué la norme appropriée de contrôle. Elle n'aurait pas dû intervenir. À l'initiative de la Cour d'appel, cette question a reçu une attention disproportionnée.

42

In this case, there was absolutely no evidence adduced which indicates that race was an important consideration. As noted by the appellant in her factum, there was essentially no evidence of racial identity by reason of skin colour or of race relations in Vancouver or North Carolina; there was no evidence of the racial awareness of the applicants or of their attitudes concerning the needs of the child with regard to racial and cultural identity. The issues of race and ethnicity were not argued at trial, nor were written submissions provided in the appeal. The sole evidence relied upon by the respondents in this Court was a blanket statement by Mrs. Edwards that the appellant could not teach Elijah what it was to be Black and the testimony of Dr. Korpach that Elijah would likely be considered to be of Black colour. The Court of Appeal acknowledged this, at para. 48, where it stated:

En l'espèce, rien en preuve n'indiquait que la race était une considération importante. Comme le souligne l'appelante dans son mémoire, il n'y avait essentiellement aucune preuve d'identité raciale du fait de la couleur de la peau ou des relations raciales à Vancouver ou en Caroline du Nord; il n'y avait aucune preuve de la conscience raciale des requérants ou de leur attitude concernant les besoins de l'enfant en matière d'identité raciale et culturelle. Les questions de race et d'ethnicité n'ont pas été débattues au procès, ni dans l'argumentation écrite en appel. L'unique preuve qu'invoquent les intimés devant notre Cour est la déclaration générale de M^{me} Edwards, selon laquelle l'appelante ne pouvait enseigner à Elijah ce que c'était que d'être un Noir et le témoignage de D^r Korpach selon lequel Elijah serait vraisemblablement considéré comme étant de couleur noire. La Cour d'appel le reconnaît quand elle dit au par. 48 :

Perhaps because of the sensitivity of racial and cultural factors, counsel made very little reference to these matters, although Mrs. Edwards was asked in cross-exami-

[TRADUCTION] Peut-être à cause du caractère délicat des facteurs raciaux et culturels, les avocats ont peu parlé de ces questions, bien qu'on ait demandé en contre-interro-

nation whether she agreed that Elijah's "heritage" was a "complicating issue" between the two parents.

In fact, in this Court, counsel for the respondents stated that "neither of the parties wanted to touch it, because it's so politically incorrect to say that race has any bearing" (emphasis added). This is an unacceptable reason for counsel to fail to raise evidence on a factor that he or she believes may impact the best interests of the child. Without evidence, it is not possible for any court, and certainly not the Court of Appeal, to make a decision based on the importance of race. Unfortunately, this is what the Court of Appeal did when Newbury J.A. stated, at para. 50: "If it is correct that Elijah will be seen by the world at large as 'being black', it would obviously be in his interests to live with a parent or family who can nurture his identity. . . ." She further stated, at para. 51:

... it seems to me likely that being raised in an Afro-American family in a part of the world where the black population is proportionately greater than it is here, would to some extent be less difficult than it would be in Canada. Elijah would in this event have a greater chance of achieving a sense of cultural belonging and identity and would in his father have a strong role model who has succeeded in the world of professional sports.

III. The Addition of Mrs. Edwards as a Custodial Applicant at the Court of Appeal

The trial was conducted from October 1998 to January 1999. The *Family Relations Act* was amended to add ss. 24(1.1) and 35(1.1) on December 8, 1998. The respondent Mrs. Edwards did not apply to become a custodial parent at this time. The trial judge mentioned that Mrs. Edwards had no custody rights to Elijah and made his order accordingly.

During the Court of Appeal hearing, the Court of Appeal itself invited counsel to make a custody application on behalf of Mrs. Edwards. The Court of Appeal later found that the trial judge had erred in stating that Mrs. Edwards had no custody rights.

gatoire à M^{me} Edwards si elle convenait que « le patrimoine » d'Elijah « compliquait » la situation entre les deux parents.

En fait, devant notre Cour, l'avocat des intimés a dit que [TRADUCTION] « ni l'une ni l'autre partie ne voulait aborder la question, parce qu'il n'est pas conforme à la rectitude politique de dire que la race a une incidence quelconque » (je souligne). Ce n'est pas une raison acceptable de la part d'un avocat pour omettre de présenter une preuve sur un facteur qu'il estime pouvoir influencer sur l'intérêt de l'enfant. Faute de preuve, il est impossible pour tout tribunal, et certainement pour la Cour d'appel, de rendre une décision fondée sur l'importance de la race. Malheureusement, c'est ce que fait la Cour d'appel lorsque le juge Newbury dit au par. 50 : [TRADUCTION] « S'il est exact qu'Elijah sera perçu par le monde en général comme "noir", il serait à l'évidence dans son intérêt de vivre avec le parent ou la famille qui peut nourrir son identité ». Elle ajoute ceci au par. 51 :

[TRADUCTION] ... il me semble vraisemblable qu'être élevé dans une famille afro-américaine, dans une partie du monde où la population noire est proportionnellement plus grande qu'ici, serait dans une certaine mesure moins difficile qu'au Canada. Elijah aurait dans ce cas plus de chance de développer un sentiment d'appartenance et d'identité culturelles et il aurait en son père le modèle de quelqu'un qui a réussi dans le monde du sport professionnel.

III. La jonction de M^{me} Edwards comme corequérante de la garde en Cour d'appel

Le procès a eu lieu d'octobre 1998 à janvier 1999. La *Family Relations Act* a été modifiée par l'ajout des par. 24(1.1) et 35(1.1) le 8 décembre 1998. L'intimée M^{me} Edwards n'a pas demandé à devenir parent gardien à ce moment. Le juge de première instance a noté qu'elle n'avait aucun droit à la garde d'Elijah et a rendu son ordonnance en conséquence.

À l'audience en appel, la Cour d'appel a elle-même invité l'avocat à présenter une demande de garde au nom de M^{me} Edwards. La Cour d'appel a par la suite conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en disant que M^{me}

43

44

45

It found that the amended legislation allowed for her to request and be granted custody, and that procedural requirements were not an important impediment since Mrs. Edwards had been questioned at length at trial and the court had *parens patriae* jurisdiction to act in the best interests of the child.

Edwards n'avait aucun droit à la garde. La cour estimait que la loi modifiée lui permettait de demander et d'obtenir la garde, et que les exigences procédurales n'étaient pas un obstacle important étant donné que M^{me} Edwards avait été longuement interrogée au procès et que la cour pouvait, en vertu de sa compétence *parens patriae*, agir dans l'intérêt de l'enfant.

46 When faced with a custody determination, the role of the Court of Appeal is to analyse the trial decision in its proper context. In other words, in making its decision, it must take notice of the persons who are the actual parties before the court. Mrs. Edwards did not apply for custody during the trial. As a result, it can hardly be said that Warren J. erred in not awarding joint custody to her and Mr. Edwards.

Lorsqu'elle doit se prononcer sur une question de garde, la cour d'appel a pour rôle d'analyser la décision de première instance dans son juste contexte. En d'autres termes, elle doit, pour rendre sa décision, prendre acte des parties qui sont effectivement devant elle. Puisque M^{me} Edwards n'a pas présenté de demande de garde pendant le procès, on ne peut pas dire que le juge Warren a commis une erreur en ne lui accordant pas la garde conjointe à elle et à M. Edwards.

47 The Court of Appeal relied upon its *parens patriae* jurisdiction to award custody to a new party together with Mr. Edwards; in my view, adding a party on the initiative of the Court of Appeal is unfair to other parties and does not fall within the court's supervisory role. *Parens patriae* jurisdiction does not justify the avoidance of the rules of civil procedure. The respondents rely on Rule 15(5) of the British Columbia *Supreme Court Rules*, Reg. 221/90, which states:

La Cour d'appel s'est fondée sur sa compétence *parens patriae* pour accorder à une nouvelle partie la garde conjointe avec M. Edwards. À mon avis, prendre l'initiative de joindre une partie est inéquitable pour les autres parties et n'entre pas dans le rôle de surveillance de la cour d'appel. La compétence *parens patriae* ne justifie pas la non-application des règles de procédure civile. Les intimés invoquent le par. 15(5) des règles de procédure de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, Reg. 221/90, qui dispose :

[TRANSDUCTION]

Rule 15 — Change of Parties

Règle 15 — Jonction ou substitution d'une partie

(5) (a) At any stage of a proceeding, the court on application by any person may

(5) a) Sur demande, le tribunal peut, par ordonnance au cours de l'instance,

(ii) order that a person, who ought to have been joined as a party or whose participation in the proceeding is necessary to ensure that all matters in the proceeding may be effectually adjudicated upon, be added or substituted as a party, and

(ii) joindre ou substituer comme partie la personne qui aurait dû être partie ou celle dont la participation à l'instance est nécessaire à la résolution effective des questions en litige,

(iii) order that a person be added as a party where there may exist, between the person and any party to the proceeding, a question or issue relating to or connected

(A) with any relief claimed in the proceeding, or

(B) with the subject matter of the proceeding,

which in the opinion of the court it would be just and convenient to determine as between the person and that party.

(iii) joindre une personne comme partie lorsqu'il peut exister, entre cette personne et toute partie à l'instance, une question reliée

(A) à toute mesure de redressement demandée en l'instance, ou

(B) à l'objet de l'instance,

qu'il serait, de l'avis du tribunal, juste et convenable de trancher entre la personne et cette partie.

For Mrs. Edwards to be added in accordance with Rule 15, the court must find that she “ought to have been joined” or “is necessary”. I do not believe that it can be said that it was “necessary” that she become a party to the proceedings or that she “ought to have been joined” as a party. Rule 15(5)(a) is meant to cover situations where it is practically necessary for a person to be added as a party for the proper determination of the case; in a custody case, where the trial judge finds that both biological parents are suitable, even though they might not be perfect parents, it is not necessary for others to be added as parties, and the court should not try to find on its own a better party to whom custody should be granted. There is no indication that the trial judge in the case at bar erred in this regard, and there is therefore no reason for appellate intervention.

In this case, Mrs. Edwards, who was not a party, did not apply for custody at trial, and it was wrong for the Court of Appeal to initiate this process. The parties were Mr. Edwards and Ms. Van de Perre. In suggesting that Mrs. Edwards apply for custody, the Court of Appeal essentially added a party to a custody dispute on its own initiative. If Mrs. Edwards was to be considered, it would have to be by the trial judge, and a decision would have to be taken in light of all relevant evidence and pursuant to a satisfactory cross-examination on that basis. In the circumstances, since Mrs. Edwards was the cornerstone of her husband's case, she had little choice but to apply for custody after the intervention by the appellate court; otherwise, she would have risked irreparable damage to her husband's case. The Court of Appeal had no power to inter-

Pour que M^{me} Edwards puisse être jointe comme partie conformément à la règle 15, le tribunal doit conclure qu'elle « aurait dû être partie » ou que sa participation « est nécessaire ». Je ne crois pas qu'on puisse dire l'un ou l'autre. La règle 15(5)a) est censée viser les situations où la jonction d'une personne est pratiquement nécessaire pour la résolution adéquate du litige; quand, dans une affaire de garde, le juge estime que les deux parents biologiques sont des parents convenables, même s'ils ne sont pas des parents parfaits, il n'est pas nécessaire de joindre des tiers à l'instance et le tribunal ne devrait pas chercher de son propre chef une meilleure partie à qui accorder la garde. Rien n'indique que le juge de première instance en l'espèce a fait une erreur à cet égard et il n'y avait donc aucune raison d'intervenir en appel.

48

En l'espèce, M^{me} Edwards n'était pas partie à l'instance, n'avait pas demandé la garde au procès et c'est à tort que la Cour d'appel a engagé ce processus. Les parties étaient M. Edwards et M^{me} Van de Perre. En suggérant que M^{me} Edwards présente une demande de garde, la Cour d'appel a essentiellement joint de sa propre initiative une partie à un litige concernant la garde. S'il fallait prendre M^{me} Edwards en considération, il appartenait au juge de première instance de le faire et la décision devait être prise au vu de l'ensemble de la preuve et à la suite d'un contre-interrogatoire satisfaisant sur cette base. Dans les circonstances, étant donné que M^{me} Edwards constituait la pierre angulaire de la cause de son mari, elle n'avait d'autre choix que de présenter une demande de garde après l'intervention de la Cour d'appel; sinon, elle risquait de pro-

49

vene in such a manner and, as a result, exceeded its jurisdiction.

50

It should also be noted that, even if the Court of Appeal had been correct in finding that the trial judge should have added Mrs. Edwards by reason of the court's *parens patriae* jurisdiction, it still exceeded its jurisdiction in finding that the trial judge would have awarded custody to Mr. and Mrs. Edwards jointly, had Warren J. not made this supposed error. Custody determinations are necessarily decisions of mixed law and fact. Even if it were possible in law to allow the pleadings to be amended and award custody to Mrs. Edwards jointly with her husband, this consideration is only the legal aspect of a custody decision; it does not deal with the findings of fact. The only statement made by the trial judge as to Mrs. Edwards' ability to parent Elijah was that if left to her alone, she would fulfill Elijah's best interests. The Court of Appeal inferred from this statement that if the trial judge believed he could grant custody to Mr. and Mrs. Edwards, he would have. The Court of Appeal stated, at para. 44:

... I do not believe the procedural deficiency should preclude a custody award in favour of Mr. and Mrs. Edwards jointly. As I read the trial judge's Reasons, this was the outcome he would have preferred, from the viewpoint of Elijah's best interests, had he thought that option was available. [Emphasis added.]

51

Although the trial judge thought very highly of Mrs. Edwards and her parenting ability, he never stated that he would prefer to grant custody to Mrs. Edwards along with Mr. Edwards. Rather, the trial judge said that Mrs. Edwards alone satisfies Elijah's best interests. The trial judge did not think highly of Mr. Edwards, nor did he think his unstable family unit was in the best interests of the child. The Court of Appeal erred in making this finding of fact, which is contrary to the actual findings of the trial judge. If it was open to the Court of Appeal to add Mrs. Edwards as a party, which it was not, this should have been returned to trial for

voquer un préjudice irréparable à la cause de son mari. La Cour d'appel n'était pas habilitée à intervenir de cette façon et a donc excédé sa compétence.

Ajoutons que, même si la Cour d'appel avait eu raison de conclure que le juge de première instance aurait dû joindre M^{me} Edwards comme partie en raison de sa compétence *parens patriae*, elle a encore là excédé sa compétence en concluant qu'il aurait accordé la garde à M. et à M^{me} Edwards conjointement s'il n'avait pas commis l'erreur supposée. Les décisions en matière de garde sont inévitablement des décisions mixtes de droit et de fait. Même s'il était possible en droit de permettre la modification des actes de procédure et d'accorder à M^{me} Edwards la garde conjointe avec son mari, cette considération ne touche que l'aspect juridique de la décision; elle ne touche pas les conclusions de fait. La seule chose que le juge de première instance ait dite sur l'aptitude de M^{me} Edwards à assumer le rôle de parent à l'égard d'Elijah était que si elle en assumait seule la garde, elle servirait l'intérêt de l'enfant. La Cour d'appel en a déduit que si le juge avait pensé pouvoir accorder la garde à M. et M^{me} Edwards, il l'aurait fait. La Cour d'appel dit au par. 44:

[TRADUCTION] Je ne crois pas que le vice de procédure devrait faire obstacle à l'octroi de la garde conjointe à M. et M^{me} Edwards. Selon la lecture que je fais des motifs du juge de première instance, c'est le résultat qu'il aurait préféré, du point de vue de l'intérêt d'Elijah, s'il avait estimé que cette option était possible. [Je souligne.]

Bien que le juge de première instance ait une très haute opinion de M^{me} Edwards et de ses compétences parentales, il n'a jamais dit qu'il préférerait lui confier la garde conjointement avec M. Edwards. Il a dit uniquement que M^{me} Edwards était apte à assurer seule l'intérêt d'Elijah. Le juge n'avait pas une haute opinion de M. Edwards, et il ne pensait pas non plus qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de vivre dans sa cellule familiale instable. La Cour d'appel a commis une erreur en tirant cette conclusion de fait contraire aux véritables conclusions du juge de première instance. S'il avait été loisible à la Cour d'appel de joindre

a determination of the best interests of the child. Upon return to trial, evidence should have been adduced concerning the impact of such a decision. As noted by the appellant, at para. 119 of her factum, the Court of Appeal heard and allowed no argument on this issue. I also note in passing that a contest between biological parents and non-parents gives rise to special considerations which were not addressed here; see *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *J.R. v. D.W.*, [1992] B.C.J. No. 1610 (QL) (S.C.); *L. (A.) v. K. (D.)*, *supra*, at para. 25.

Given the above conclusions, the appeal is allowed. The judgment of the British Columbia Court of Appeal is set aside with costs throughout and the decision of Warren J. is restored.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Bayshore Law Group, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Maxwell, Schuman & Company, Vancouver.

Solicitor for the interveners: African Canadian Legal Clinic, Toronto.

M^{me} Edwards comme partie, ce qui n'était pas le cas, l'affaire aurait dû être renvoyée en première instance pour appréciation de l'intérêt de l'enfant. Au procès, il aurait fallu présenter une preuve concernant l'impact d'une telle décision. Comme l'a fait observer l'appelante dans son mémoire, au par. 119, la Cour d'appel n'a entendu et n'a permis aucun argument sur cette question. Je note en passant qu'un litige entre des parents biologiques et des personnes autres que des parents fait jouer des considérations particulières qui n'ont pas été traitées ici; voir *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *J.R. c. D.W.*, [1992] B.C.J. No. 1610 (QL) (C.S.); *L. (A.) c. K. (D.)*, précité, par. 25.

Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est infirmé avec dépens dans toutes les cours et la décision du juge Warren est rétablie.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Bayshore Law Group, Vancouver.

Procureurs des intimés: Maxwell, Schuman & Company, Vancouver.

Procureur des intervenantes: African Canadian Legal Clinic, Toronto.