

N.H. and D.H. *Appellants*

v.

H.M., M.H. and Director of Child, Family and Community Services *Respondents*

INDEXED AS: H. (D.) v. M. (H.)

File No.: 26555.

1999: May 3.

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

MOTION FOR A REHEARING OF AN APPEAL

Practice — Supreme Court of Canada — Rehearing — Motion for rehearing brought on ground that appellants failed to serve application for leave to appeal and notice of appeal on Court of Appeal intervenor — Application for leave to be served on “parties in the courts below” — “Party” as defined in British Columbia Court of Appeal Rules not including interveners — Applicant aware prior to original hearing in Supreme Court that intervenor had not been served — No potential failure of justice at original hearing shown — Motion for rehearing dismissed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 23 — Court of Appeal Rules, B.C. Reg. 303/82, Rule 1.

Cases Cited

Referred to: *Sawridge Indian Band v. Canada*, [1997] S.C.C.A. No. 430 (QL); *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 167.

Statutes and Regulations Cited

Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, c. 46, s. 4(2).
Court of Appeal Rules, B.C. Reg. 303/82, Rules 1, 4(1).
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rules 1, 18, 23.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 60.

N.H. et D.H. *Appellants*

c.

H.M., M.H. et Director of Child, Family and Community Services *Intimés*

RÉPERTORIÉ: H. (D.) c. M. (H.)

N° du greffe: 26555.

1999: 3 mai.

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

REQUÊTE EN NOUVELLE AUDITION DE POURVOI

Pratique — Cour suprême du Canada — Nouvelle audition — Requête en nouvelle audition déposée pour le motif que les appelants n'ont signifié ni la demande d'autorisation d'appel ni l'avis d'appel à un intervenant en Cour d'appel — Demande d'autorisation devant être signifiée «aux parties au litige devant le tribunal de juridiction inférieure» — Mot «partie» au sens des Court of Appeal Rules de la Colombie-Britannique n'incluant pas les intervenants — Requérant conscient de l'absence de signification à l'intervenant avant l'audience initiale en Cour suprême — Possibilité de déni de justice à l'audience initiale non démontrée — Requête en nouvelle audition rejetée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 23 — Court of Appeal Rules, B.C. Reg. 303/82, règle 1.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Bande indienne Sawridge c. Canada*, [1997] C.S.C.R. n° 430 (QL); *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 167.

Lois et règlements cités

Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 4(2).
Court of Appeal Rules, B.C. Reg. 303/82, règles 1, 4(1).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 60.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 1, 18, 23.

MOTION for a rehearing of an appeal, [1999] 1 S.C.R. 328. Motion dismissed.

Written submissions by *John B. Harvie* and *Amy R. Gough Farnworth*, for the applicant H.M.

Written submissions by *Julius H. Grey*, for N.H. and D.H., respondents on the motion.

The following is the order delivered by

¹ THE COURT — This is a custody case. The applicant Hubert M. applies for a rehearing of this appeal, which was heard by the Court on February 17, 1999. At that time the Court unanimously allowed the appeal, set aside the decision of the British Columbia Court of Appeal ((1998), 156 D.L.R. (4th) 548), and restored the trial judgment of the Supreme Court of British Columbia, delivered September 26, 1997 ([1997] B.C.J. No. 2144 (QL)). The result was to grant permanent custody of the child, Ishmael Tavarres H., the applicant's grandson, to his other grandparents, Nancy H. and Duncan H., who are the respondents in this motion for rehearing, with continuing rights of access to the mother and to the applicant. The applicant seeks a rehearing on the basis that the respondents failed to serve the Sagkeeng First Nation, an intervenor in the British Columbia Court of Appeal, with their application for leave to appeal to this Court and the notice of appeal herein. Ishmael is a member of the Swan Lake First Nation and is not a member of the Sagkeeng First Nation.

² The facts of this case are as follows. Ishmael was born March 8, 1995 and is four years old. The putative father is an African-American who lives in the United States, where the adoptive grandparents, the respondents, also live. The mother, Melissa, is an aboriginal Canadian. At birth, she was a member of the Swan Lake First Nation of Manitoba. She and her sister passed through a long list of foster homes in their infancy and were given up for adoption by the applicant and were adopted by the respondents when they were four and six years old respectively. After Melissa became pregnant with Ishmael, she resided with the respon-

REQUÊTE en nouvelle audition de pourvoi, [1999] 1 R.C.S. 328. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *John B. Harvie* et *Amy R. Gough Farnworth*, pour le requérant H.M.

Argumentation écrite par *Julius H. Grey*, pour N.H. et D.H., intimés dans la requête.

Version française de l'ordonnance rendue par

LA COUR — Il est question en l'espèce d'une affaire de garde. Le requérant Hubert M. demande une nouvelle audition du présent pourvoi, que notre Cour a entendu le 17 février 1999. À cette date, la Cour à l'unanimité a accueilli le pourvoi, annulé l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((1998), 156 D.L.R. (4th) 548), et rétabli le jugement de première instance rendu, le 26 septembre 1997, par la Cour suprême de la Colombie-Britannique ([1997] B.C.J. No. 2144 (QL)). Notre Cour a alors accordé la garde permanente de l'enfant, Ishmael Tavarres H., petit-fils du requérant, à ses autres grands-parents, Nancy H. et Duncan H., intimés dans la présente requête en nouvelle audition, en l'assortissant de droits d'accès en faveur de la mère et du requérant. Ce dernier sollicite une nouvelle audition pour le motif que les intimés n'ont signifié à la première nation Sagkeeng, intervenante devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, ni leur demande d'autorisation d'appel devant notre Cour ni l'avis d'appel en l'espèce. Ishmael est un membre de la première nation de Swan Lake et non de la première nation Sagkeeng.

Les faits de la présente affaire sont les suivants. Ishmael est né le 8 mars 1995 et est maintenant âgé de quatre ans. Le père putatif est un Afro-Américain qui vit aux États-Unis, où habitent également les grands-parents adoptifs intimés. La mère, Melissa, est une Canadienne d'origine autochtone. À sa naissance, elle faisait partie de la première nation de Swan Lake au Manitoba. Sa sœur et elle ont été placées dans de nombreuses familles d'accueil pendant leur enfance et ont été données en adoption par le requérant et adoptées par les intimés lorsqu'elles étaient âgées de six et quatre ans respectivement. Lorsque Melissa est tombée

dents for some time both before and after his birth. Shortly following the birth, Melissa being unable or unwilling to look after Ishmael, the respondents took over his care. Ishmael was subsequently taken by his mother to British Columbia where, eventually, he came into the care of the British Columbia Ministry of Children and Families (as it now is).

The trial judge found that both the applicant and the respondents were sincere and loving grandparents and each were capable of offering a good home to Ishmael. In his reasons, he gave considerable emphasis to the aboriginal heritage of Ishmael's mother's side. He said that "aboriginal heritage and the ability of his biological grandfather to preserve and enhance it are important considerations" (para. 46), and that the claims of the applicant to custody were soundly based on "ties of blood, his obvious love and affection for Ishmael, his aboriginal heritage, [and] his demonstrated ability to provide a home and care for his family" (para. 49). At the same time, the trial judge extensively reviewed the other circumstances of the parties, including the stability of the respective homes, and concluded that "[t]he submission that Ishmael's aboriginal heritage is virtually a determining factor here, oversimplifies a very complex case" (para. 47). The trial judge did not agree that an order granting custody of Ishmael to the respondents would uproot him from his culture. Ishmael is African-American on his putative father's side, aboriginal Canadian on his mother's side, and has lived a significant part of his life with his adoptive grandparents, who are neither. As the trial judge said, "[t]his 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 fact is that Melissa is the [adopted] daughter of [the respondents] and Ishmael is their grandson" (para. 46).

enceinte d'Ishmael, elle a habité chez les intimes pendant un certain temps tant avant qu'après la naissance de son fils. Peu après la naissance d'Ishmael, les intimes l'ont pris en charge parce que Melissa était incapable ou refusait de s'en occuper. Ishmael a par la suite été emmené par sa mère en Colombie-Britannique, où il a fini par être confié aux soins du Ministry of Children and Families de la Colombie-Britannique (tel qu'on l'appelle aujourd'hui).

Le juge de première instance a conclu que le requérant et les intimes étaient des grands-parents honnêtes et affectueux et que chacun était en mesure d'offrir un bon foyer à Ishmael. Dans ses motifs, il a insisté considérablement sur le patrimoine autochtone maternel d'Ishmael. Il a affirmé que [TRADUCTION] «le patrimoine autochtone de son grand-père biologique et sa capacité d'en promouvoir le maintien et la valorisation sont des facteurs importants» (par. 46), et que les demandes de garde de la part du requérant étaient fondées solidement sur «les liens du sang, l'affection et l'amour évidents qu'il avait pour Ishmael, son patrimoine autochtone, [et] sa capacité manifeste d'offrir un toit et des soins à sa famille» (par. 49). En même temps, le juge de première instance a examiné en profondeur les autres facettes de la situation des parties, y compris la stabilité des foyers respectifs, pour ensuite conclure que [TRADUCTION] «[l']argument selon lequel le patrimoine autochtone d'Ishmael est pratiquement un facteur déterminant en l'espèce simplifie à l'extrême une affaire très complexe» (par. 47). Il n'acceptait pas qu'une ordonnance accordant la garde d'Ishmael aux intimes le déracinerait de sa culture. Ishmael, qui est un Afro-Américain du côté paternel et Canadien d'origine autochtone du côté maternel, a passé une partie importante de sa vie avec ses grands-parents, qui ne sont ni l'un ni l'autre. Comme l'a affirmé le juge de première instance, [TRADUCTION] «[i]l ne s'agit pas, en l'espèce, du placement d'un enfant autochtone dans une famille non autochtone au mépris total de sa culture et de son patrimoine. Il reste que Melissa est la fille [adoptive des intimes] et que Ishmael est leur petit-fils» (par. 46).

4

The trial judgment was reversed by the Court of Appeal, which put emphasis on the apparent stability at the time of the appeal of the relationship between the applicant and J.S., and the fact Ishmael appeared “well integrated into the family unit of [the applicant], J.S., and their daughter, Sharleen. . . . J.S. is proving to be a resource of stability to [the applicant] and the family and is able, together with [the applicant], to provide a good home milieu for Ishmael. . . . As well, Ishmael has in his present home a young sibling, the child Sharleen, to whom he relates well” (pp. 551 and 554-55). We were advised at the hearing of the appeal that the applicant no longer lives with J.S. and Sharleen, but has returned to live in Manitoba.

Le jugement de première instance a été infirmé par la Cour d’appel, qui a insisté sur la stabilité apparente, à l’époque de l’appel, des rapports entre le requérant et J.S., et sur le fait que Ishmael paraissait [TRADUCTION] «bien intégré dans la cellule familiale [du requérant], de J.S. et de leur fille Sharleen. [. . .] J.S. s’avère une source de stabilité pour [le requérant] et la famille, et est en mesure, de concert avec [le requérant], de fournir un bon environnement familial à Ishmael. [. . .] De même, Ishmael compte, dans son foyer actuel, une jeune sœur, l’enfant Sharleen, avec qui il s’entend bien» (pp. 551, 554 et 555). Nous avons appris, pendant l’audition du pourvoi, que le requérant a quitté J.S. et Sharleen pour retourner vivre au Manitoba.

5

Both the trial judge and the Court of Appeal referred to the *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, which provides a statutory direction to public authorities in British Columbia to have careful regard to the cultural identity of aboriginal children. In particular, s. 4(2) provides that: “If the child is an aboriginal child, the importance of preserving the child’s cultural identity must be considered in determining the child’s best interests.” The Court of Appeal noted that “[a]s a strict matter of law, the *Child, Family and Community Service Act* is not applicable to the proceedings” (p. 555). That court nevertheless concluded that the trial judge had “underemphasized ties of blood and culture” (p. 554). This Court, on appeal, disagreed. We concluded that in fact the trial judge had given careful attention to the aboriginal ancestry of Ishmael, together with all the other factors relevant to Ishmael’s best interest, and that there was no error in his decision, which was reached after five days of evidence and two weeks of reflection, that justified its reversal by the Court of Appeal. The importance of the findings of the trial judge in custody cases cannot be forgotten. They should not be lightly set aside by appellate courts.

Le juge de première instance et la Cour d’appel se sont tous les deux référés à la *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, qui enjoint aux autorités publiques de la Colombie-Britannique de tenir compte soigneusement de l’identité culturelle des enfants autochtones. En particulier, le par. 4(2) prévoit ceci: [TRADUCTION] «Si l’enfant est un autochtone, l’importance de préserver son identité culturelle doit être prise en considération au moment de décider ce qui est dans son intérêt.» La Cour d’appel a souligné que, [TRADUCTION] «[s]ur le plan strictement juridique, la *Child, Family and Community Service Act* ne s’applique pas aux présentes procédures» (p. 555). Cette cour a néanmoins conclu que le juge de première instance n’avait [TRADUCTION] «pas accordé l’importance nécessaire aux liens du sang et à la culture» (p. 554). Lors du pourvoi, notre Cour a exprimé son désaccord avec cette conclusion. Nous avons statué qu’en réalité le juge de première instance avait pris soigneusement en considération l’ascendance autochtone d’Ishmael, ainsi que tous les autres facteurs pertinents pour déterminer ce qui était dans son intérêt, et que sa décision, qui a été rendue après cinq jours de témoignages et deux semaines de réflexion, ne comportait aucune erreur qui justifiait la Cour d’appel de l’infirmier. On ne saurait oublier l’importance des conclusions du juge de première instance dans les affaires de garde. Les cours d’appel devraient s’abstenir de les écarter à la légère.

The question that now arises for decision is whether this appeal should be reheard because the respondents did not serve on the Sagkeeng First Nation a copy of the application for leave to appeal and the notice of appeal herein. Rule 23 of the *Rules of the Supreme Court of Canada* requires service of the application for leave “on the parties in the courts below”. The Sagkeeng First Nation did not participate at the trial level but was granted limited intervenor status by the British Columbia Court of Appeal. Such interveners do not thereby acquire the rights of a party in this Court: *Sawridge Indian Band v. Canada*, [1997] S.C.C.A. No. 430 (QL). Rule 1 of the Supreme Court of Canada Rules defines “party” to include interveners “unless the context does not so permit”. Rule 23 clearly refers to those who have “party” status “in the courts below”. “Party” is defined in the British Columbia *Court of Appeal Rules*, B.C. Reg. 303/82, Rule 1, to mean “the appellant and each respondent who has filed a notice of appearance under rule 4(1)”. The Sagkeeng First Nation did not bring itself within that definition. While it is good practice for parties seeking leave to appeal to this Court to serve interveners as well as parties in the courts below, the technical objection raised by the applicant is met by the technical answer of Rule 4(1) of the British Columbia *Court of Appeal Rules*. Equally, the respondents were not required by s. 60 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, to serve the Notice of Appeal on the Sagkeeng First Nation unless and until an order granting intervention status was made by a judge of this Court after application under Supreme Court Rule 18. This procedure was implemented by a change in the Rules to which the attention of the profession was drawn by the Court’s Notice to the Profession dated January 16, 1984. No such order was made in favour of the Sagkeeng First Nation. More substantively, however, we do not think it fair for the applicant, who lives on the Sagkeeng First Nation Reserve, who received all proper notices and who fully participated in the proceedings in this Court, who knew of the absence of the Sagkeeng First Nation and who could if he had wished have provided notification on his own to the Sagkeeng First Nation, to now complain of the respondents’ alleged oversight.

La question qui doit maintenant être tranchée est de savoir s’il y a lieu de réentendre le présent pourvoi parce que les intimés n’ont signifié à la première nation Sagkeeng ni un exemplaire de la demande d’autorisation d’appel ni l’avis d’appel en l’espèce. L’article 23 des *Règles de la Cour suprême du Canada* prescrit la signification de la demande d’autorisation «aux parties au litige devant le tribunal de juridiction inférieure». La première nation Sagkeeng n’était pas partie au litige en première instance, mais s’est vu accorder la simple qualité d’intervenante par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. Ces intervenants n’acquièrent pas de ce fait les droits d’une partie à un litige devant notre Cour: *Bande indienne Sawridge c. Canada*, [1997] C.S.C.R. n° 430 (QL). L’article 1 des *Règles de la Cour suprême du Canada* définit le mot «partie» comme incluant les intervenants «sauf indication contraire du contexte». L’article 23 mentionne clairement ceux qui ont la qualité de «partie» «au litige devant le tribunal de juridiction inférieure». La règle 1 des *Court of Appeal Rules*, B.C. Reg. 303/82, de la Colombie-Britannique définit le mot [TRADUCTION] «partie» comme désignant «l’appellant et chaque intimé qui a déposé un avis de comparution en vertu de la règle 4(1)». La première nation Sagkeeng n’a rien fait pour que cette définition s’applique à elle. Même s’il est bon que les parties qui demandent l’autorisation d’appel devant notre Cour signifient leur demande aux intervenants et aux parties au litige devant le tribunal de juridiction inférieure, l’objection de nature procédurale soulevée par le requérant trouve sa réponse au par. 4(1) des *Court of Appeal Rules* de la Colombie-Britannique. L’article 60 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, n’obligeait pas non plus les intimés à signifier l’avis d’appel à la première nation Sagkeeng tant et aussi longtemps qu’elle n’aurait pas obtenu auprès d’un juge de notre Cour une ordonnance l’autorisant à intervenir, à la suite d’une demande fondée sur l’art. 18 des *Règles de la Cour suprême du Canada*. Cette procédure a été implantée par une modification des Règles que notre Cour a portée à l’attention des membres de la profession dans son avis aux avocats daté du 16 janvier 1984. Aucune ordonnance de cette nature n’a été rendue en faveur de la pre-

The applicant's argument that the original hearing of the appeal was improperly constituted is rejected.

mière nation Sagkeeng. De manière plus substantielle, toutefois, nous pensons qu'il n'est pas juste que le requérant, qui vit dans la réserve de la première nation Sagkeeng, qui a reçu tous les avis appropriés et qui a participé pleinement aux procédures devant notre Cour, qui était au courant de l'absence de la première nation Sagkeeng et qui aurait pu, s'il l'avait voulu, effectuer lui-même une signification à la première nation Sagkeeng, vienne maintenant se plaindre de l'oubli qu'auraient commis les intimés. L'argument du requérant selon lequel l'audition initiale du pourvoi était irrégulière est rejeté.

7 The Court would, nevertheless, consider the grant of a rehearing if this were one of those truly exceptional cases where the applicant could show a potential failure of justice at the original hearing. No such potential has been identified. Both the applicant and the mother were ably represented by counsel at the hearing of February 17, 1999. At that time, counsel addressed the relevant arguments which the Sagkeeng First Nation now wishes to reargue, except for its demand for an updated psychological assessment of Ishmael, which the applicant himself did not request at the time of the hearing of February 17, 1999. Interveners address the general legal issues raised by an appeal. It is not their role to seek to expand the record of adjudicative facts beyond that which satisfies the immediate parties.

La Cour considérerait néanmoins la possibilité d'accorder une nouvelle audition, s'il s'agissait de l'un de ces cas vraiment exceptionnels où le requérant serait en mesure de démontrer qu'il a pu y avoir déni de justice à l'audition initiale. Aucune possibilité de cette nature n'a été identifiée. Le requérant et la mère ont tous les deux été bien représentés par avocat lors de l'audition du 17 février 1999. À ce moment, les avocats ont examiné les arguments pertinents que la première nation Sagkeeng souhaite maintenant débattre de nouveau, sauf en ce qui concerne sa demande d'évaluation psychologique à jour d'Ishmael, que le requérant lui-même n'avait pas sollicitée au moment de l'audition du 17 février 1999. Les intervenants abordent les questions de droit générales que soulève un appel. Il ne leur appartient pas de chercher à élargir le dossier des faits en litige au-delà de ce qui satisfait les parties immédiates.

8 In *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 167, the Court said, in terms equally applicable to the present application, at p. 168:

In essence the applicants are saying that, when one considers all of the material before the Court, and more particularly certain items brought to its attention at the time of the application, one cannot but make . . . findings in a manner favourable to their case. Having found adversely to the applicants, the Court, argue [the] applicants, must have overlooked this material and therefore should rehear the case.

Dans l'arrêt *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 167, à la p. 168, la Cour a fait l'affirmation suivante, qui est tout aussi applicable à la présente demande:

En substance, les requérantes disent que si on tient compte de toute la documentation soumise à la Cour, et plus particulièrement de certains éléments portés à son attention au moment de la requête, on ne peut que conclure en leur faveur sur ces deux points. Les requérantes plaident que, comme la Cour les a déboutées, elle n'a pas dû tenir compte de ces documents et qu'elle devrait donc ordonner une nouvelle audition.

That is an argument that any unsuccessful party could make seeking a rehearing. There is nothing here before us supportive of the fact that the Court misled itself or was misled as regards what was the record before it, the nature of the issues, or the questions to be addressed.

We conclude that no rehearing is justified. The motion for a rehearing is therefore dismissed with costs.

Motion dismissed with costs.

Solicitors for the applicant H.M.: Duboff Edwards Haight & Schachter, Winnipeg.

Solicitors for N.H. and D.H., respondents on the motion: Grey, Casgrain, Montreal.

C'est un argument que toute partie déboutée pourrait faire valoir pour chercher à obtenir une nouvelle audition. On ne nous a rien soumis qui appuie le fait que la Cour s'est fourvoyée ou a été induite en erreur en ce qui concerne la teneur du dossier dont elle était saisie, la nature des questions en litige ou les questions à examiner.

Nous concluons qu'une nouvelle audition n'est pas justifiée. La requête en nouvelle audition est donc rejetée avec dépens.

Requête rejetée avec dépens.

Procureurs du requérant H.M.: Duboff Edwards Haight & Schachter, Winnipeg.

Procureurs de N.H. et D.H., intimés dans la requête: Grey, Casgrain, Montréal.