

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

14-12-CA

PROVINCE OF NEW BRUNSWICK, as
represented by THE MINISTER OF JUSTICE
AND CONSUMER AFFAIRS

(Respondent) APPELLANT

- and -

C.M.

(Applicant) RESPONDENT

PROVINCE OF NEW BRUNSWICK, as
represented by THE MINISTER OF JUSTICE
AND CONSUMER AFFAIRS

(Respondent) APPELLANT

- and -

P.M.

(Applicant) RESPONDENT

Province of New Brunswick, as represented by the
Minister of Justice and Consumer Affairs v. C.M.
and P.M., 2012 NBCA 45

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Appeal from decisions
of the Court of Queen's Bench:
November 17, 2011

History of Case:

Decisions under appeal:
2012 NBQB 36
2012 NBQB 37

PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK,
représentée par LA MINISTRE DE LA JUSTICE
ET DE LA CONSOMMATION

(Intimée) APPELANTE

- et -

C.M.

(Requérant) INTIMÉ

PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK,
représentée par LA MINISTRE DE LA JUSTICE
ET DE LA CONSOMMATION

(Intimée) APPELANTE

- et -

P.M.

(Requérant) INTIMÉ

Province du Nouveau-Brunswick, représentée par la
ministre de la Justice et de la Consommation c.
C.M. et P.M., 2012 NBCA 45

CORAM :

L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Quigg
L'honorable juge Green

Appel des décisions
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 17 novembre 2011

Historique de la cause :

Décisions frappées d'appel :
2012 NBBR 36
2012 NBBR 37

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal
2012 NBCA 45
[2012] N.B.J. No. 93 (QL)
(2012), 384 N.B.R. (2d) 357

Appeal heard and judgment rendered:
May 9, 2012

Reasons delivered:
December 13, 2012

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Green

Concurred in by:
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant:
Michael L. Hynes

For the respondents:
No one appeared for C.M. and P.M.

THE COURT

The appeal is allowed, and the orders for state-funded counsel are set aside.

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel
2012 NBCA 45
[2012] A.N.-B. n° 93 (QL)
(2012), 384 R.N.-B. (2^e) 357

Appel entendu et jugement rendu :
Le 9 mai 2012

Motifs déposés :
Le 13 décembre 2012

Motifs de jugement :
L'honorable juge Green

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Quigg

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Michael L. Hynes

Pour les intimés :
Personne n'a comparu pour C.M. et P.M.

LA COUR

L'appel est accueilli. Les ordonnances prescrivant la prestation de services d'un avocat rémunéré par l'État sont annulées.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN J.A.

I. Introduction

[1] These two related appeals consider when it is appropriate for a court to order the appointment of state-funded counsel for parties to a guardianship application. In companion decisions dated November 17, 2011, a judge of the New Brunswick Court of Queen’s Bench, Family Division, ordered the Province to provide the respondents, C.M. and P.M., with state-funded legal counsel in relation to an ongoing guardianship application. The Province, as represented by the Minister of Justice and Consumer Affairs, appealed both decisions. At the conclusion of the hearing, we allowed the appeals, set aside the orders issued below, and indicated reasons would follow. Here are said reasons.

II. Factual and Procedural Background

[2] The underlying guardianship application involves two children. A.M. was born in 1999. The respondent C.M. is A’s biological father. H.M. was born in 2001. The respondent P.M. is H’s biological father. H.F. is the biological mother of both children.

A. *The Respondent C.M.*

[3] The respondent C.M. resided in Nova Scotia with his daughter A. and her mother H.F. from the time of A’s birth in May, 1999, until July, 2000. He was present at the hospital when A. was born. During this fourteen month period, C.M. acted as a parent to A., and was involved in her day to day care.

[4] Prior to the date of separation, the respondent C.M. and H.F. resided together for six years, during which time C.M. was “continuously on disability”.

[5] When the respondent C.M. and H.F. separated, H.F. decided to move to Moncton, New Brunswick. H.F. took A. to live with her, while C.M. remained in Nova Scotia. At the time of the hearing giving rise to this appeal, C.M. was residing in Amherst, Nova Scotia.

[6] At the time of the Queen's Bench hearing in September and October of 2011, C.M. had neither seen nor communicated with his daughter A. since July, 2000.

[7] The application judge received evidence to the effect C.M. had attempted at one point in 2001 to initiate legal proceedings with respect to securing some level of custody of his daughter. He was unable to afford to engage a lawyer to assist him, and consequently the matter did not proceed.

[8] C.M. did not provide any financial support for A., and played no role in decision-making for his daughter, following July, 2000.

[9] The application judge noted C.M. faced significant obstacles in locating his child, even though she and her mother were living relatively close by, albeit in New Brunswick rather than Nova Scotia. The application judge further noted C.M.'s lack of sophistication and financial resources.

B. *The Respondent P.M.*

[10] The respondent P.M. and H.F. commenced a relationship in the summer of 2000, and began living together in August of that year. They continued to cohabit, interrupted by brief periods of separation, until approximately June, 2002. During this period, the child A. resided with them, as did the child H. following her birth in June, 2001, and the respondent P.M. acted as a parent, and was involved in the day to day care of the children.

[11] In March or April, 2002, the family moved to Nova Scotia. The respondent P.M. had gone first, rented an apartment, and H.F. and the children joined him approximately one month later. The arrangement was short lived, and by June, 2002, the couple had separated, and H.F. returned to Moncton, New Brunswick, with the two children.

[12] The respondent P.M. maintained contact with both H. and A. post-separation. The application judge stated P.M. “would see the children at least three or four times in the run of a month then ultimately once or twice a month”. P.M. now has two other children with a new partner.

[13] From the time of separation until October, 2003, the respondent P.M. resided in Nova Scotia. He then lived briefly in Moncton before returning to Nova Scotia in early 2004. Throughout this time, the children resided with their mother in New Brunswick.

[14] In 2008, P.M. was convicted of a criminal offence and received a sentence of two and one half years’ incarceration. He was ultimately released in October, 2010. Visits and telephone conversations with the children continued.

C. *The Guardianship Application*

[15] The Minister of Social Development filed a Notice of Application on November 15, 2010, seeking custody, care and control of A. and H. for a period of six months. Various interim custody orders were issued until May 15, 2011.

[16] On May 13, 2011, the Minister of Social Development commenced an application seeking an order that guardianship of the children be transferred on a permanent basis to the Minister pursuant to subsection 56(1) of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2.

[17] On June 7, 2011, a judge of the Court of Queen's Bench, Family Division, issued an Interim Custody Order concerning the parental rights and obligations of H.F. and the respondent P.M. As a result, the custody, care and control of the children was transferred to the Minister pending the hearing of the application. With respect to the parental rights and obligations of the respondent C.M., the custody, care and control of the children was transferred to the Minister pending the next court appearance.

[18] The next order was issued on June 21, 2011. This order was with respect to the respondent C.M., and resulted in an Interim Custody Order in favour of the Minister pending the next court appearance. A similar order was issued on July 26, 2011.

[19] On August 23, 2011, the application judge issued another Interim Custody Order, which included an order for a parenting capacity assessment of C.M. The custody, care, and control of the children remained with the Minister pending the next court appearance. The application judge noted the respondent C.M.'s Legal Aid appeal had been denied, and that the respondent P.M. had yet to hear from Legal Aid with respect to his appeal. The application judge then directed that a one-hour hearing take place prior to September 30, 2011, to consider applications for state-funded counsel from the respondents C.M. and P.M.

[20] On September 7, 2011, a different judge of the Court of Queen's Bench, Family Division, ordered with respect to C.M. that the custody, care and control of the children be transferred to the Minister pending the next court appearance.

[21] Two thirty-minute hearings were set for September 30, 2011. On September 27, 2011, the Clerk of the Court for the Judicial District of Moncton received notice the Minister of Justice and Consumer Affairs intended to intervene with respect to both hearings.

[22] At the appearance on September 30, 2011, the respondents were advised their applications for state-funded counsel were being contested. The matter was adjourned until October 6, 2011, at which time the applications were heard.

[23] The application judge considered the applicable law, the evidence before him, and the arguments advanced and concluded as follows:

A person objectively assessing the State interference in question would certainly find this state action in relation to Mr. [C.M./P.M.] would cause a serious [and] profound effect on the psychological integrity of a person of reasonable sensibilities.

[Trial Decision, para. 188 (C.M.)]

[Trial Decision, para. 192 (P.M.)]

[...]

I find that in the circumstances the failure of the Government of New Brunswick to provide a lawyer to the Applicant herein in relation [to] the Minister of Social Development[’s] Guardianship Application, would constitute an infringement of the Applicant’s rights pursuant to s. 7 of the [...] *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[Trial Decision, para. 210 (C.M.)]

[Trial Decision, para. 228 (P.M.)]

[...]

The Province of New Brunswick will provide state funded legal counsel to Mr. [C.M./P.M.] in relation to the Minister[’s] Application herein for Guardianship.

[Trial Decision, para. 211 (C.M.)]

[Trial Decision, para. 229 (P.M.)]

III. Issues

[24] The Minister of Justice and Consumer Affairs relies on four grounds of appeal, and alleges the application judge erred by:

1. Concluding a refusal to provide state-funded counsel to a party to a guardianship application may constitute an infringement of that person's section 7 *Charter* rights, if the individual in question has had no custody, or has only had custody in the past, of the child who is the subject of the application;
2. Including irrelevant factors in his analysis of whether refusal to provide state-funded counsel to a party to a guardianship application may constitute an infringement of that person's section 7 *Charter* rights;
3. Finding the potential granting of the guardianship application "would result in a serious and profound effect on the psychological integrity of a person of reasonable sensibilities given the respondents' circumstances"; and
4. Ordering the provision of state funded counsel for P.M. in spite of his not meeting the definition of "parent" as set out in section 1 of the *Family Services Act*.

IV. Law and Analysis

A. *Legal Framework and Prior Consideration by this Court*

[25] The law with respect to ordering state funded counsel in cases involving the state seeking custody of a child was set out by the Supreme Court of Canada in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, [1999] S.C.J. No. 47 (QL). Chief Justice Lamer, as he then was, held:

For a restriction of security of the person to be made out, then, the impugned state action must have a serious and profound effect on a person's psychological integrity. The effects of the state interference must be assessed

objectively, with a view to their impact on the psychological integrity of a person of reasonable sensibility. This need not rise to the level of nervous shock or psychiatric illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety.

I have little doubt that **state removal of a child from parental custody pursuant to the state's *parens patriae* jurisdiction constitutes a serious interference with the psychological integrity of the parent.** The parental interest in raising and caring for a child is, as La Forest J. held in *B. (R.)*, *supra*, at para. 83, “an individual interest of fundamental importance in our society”. Besides the obvious distress arising from the loss of companionship of the child, direct state interference with the parent-child relationship, through a procedure in which the relationship is subject to state inspection and review, is a gross intrusion into a private and intimate sphere. **Further, the parent is often stigmatized as “unfit” when relieved of custody.** As an individual's status as a parent is often fundamental to personal identity, the stigma and distress resulting from a loss of parental status is a particularly serious consequence of the state's conduct. [paras. 60-61] [Emphasis added.]

[26] The Supreme Court has thus recognized the existence of a constitutional obligation on the part of the state to provide state-funded counsel to individuals, confronted with the prospect of having a child or children being taken into care, finding themselves in the “particular circumstances” of Ms. “G”. The Chief Justice went on to explain how the courts were to give practical application to this obligation:

As similar cases may arise in the future, I will briefly outline the procedure that should be followed when an unrepresented parent in a custody application seeks state-funded counsel. The judge at the hearing should first inquire as to whether the parent applied for legal aid or any other form of state-funded legal assistance offered by the province. If the parent has not exhausted all possible avenues for obtaining state-funded legal assistance, the proceedings should be adjourned to give the parent a reasonable time to make the appropriate applications, provided the best interests of the children are not compromised. It goes without saying that if the parent, whether or not he or she is able to pay for a lawyer, chooses

not to have one that there will be no entitlement to state-funded legal assistance: see *Rowbotham, supra*, at p. 64. This is because the parent voluntarily assumes the risk of ineffective representation, for which the government cannot be held responsible.

If the parent wants a lawyer but is unable to afford one, the judge should next consider whether the parent can receive a fair hearing through a consideration of the following criteria: the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the parent. The judge should also bear in mind his or her ability to assist the parent within the limits of the judicial role. If, after considering these criteria, the judge is not satisfied that the parent can receive a fair hearing and there is no other way to provide the parent with a lawyer (i.e., pursuant to a statutory power to appoint counsel), the judge should order the government to provide the parent with state-funded counsel under s. 24(1) of the *Charter*. I hasten to add that I am limiting my comments here to child protection proceedings, and need not and should not comment as to other kinds of proceedings. [paras. 103-104]

[27] In the aftermath of that decision, Family Division courts in New Brunswick have frequently conducted what have become known as “G” hearings when an unrepresented party in a child protection matter, facing a Ministerial application for custody or guardianship of a child, requests the appointment of legal counsel paid for by the provincial government. The procedure outlined above is followed, and a determination is made. However, the challenge which soon emerged was with respect to the breadth of the constitutional obligation recognized in “G”: to whom does it apply? The answer is clear if the circumstances of the case mirror those considered by the Supreme Court in the “G” case: the Minister removes a child or children from the custody of the parent who is providing day to day care. Such an individual falls squarely within the obligation. What then of other adults, somehow connected with a child taken into care, who do not meet that threshold?

[28] Our Court has had an opportunity to consider that question on more than one occasion. Quigg J.A. did so in *New Brunswick (Minister of Social Development) v.*

T.S., 2009 NBCA 67, 351 N.B.R. (2d) 162. The facts of that case involved an application for state-funded counsel from the great aunt (and her husband) of a child taken into care:

Early in the “G” decision, Chief Justice Lamer concluded the Government of New Brunswick’s constitutional obligation to provide state-funded counsel arose pursuant to the “particular circumstances” of the “G” case. That case concerned an indigent natural mother who faced the prospect of losing custody of her three children to the Minister of Health and Community Services. In this case, the Speights are not the natural or adoptive parents of the child in question and therefore do not fall squarely within the parameters of the “G” decision. This leads one to ask whether the Speights will be deprived of their s. 7 security rights if they are denied state-funded counsel. The answer has to be no. This is not to suggest that s. 7 comes into play only in cases involving natural and adoptive parents. **Rather this case establishes the general principle that s. 7 is not engaged in cases where the applicant for state-funded counsel is a non-custodial relative of the child.** In my view, the fact that the Speights are non-parents is a critical but not necessarily determinative factor. In that regard, I turn to the definition of “parent” found in s. 1 of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2:

Family Services Act,
S.N.B. 1980, c. F-2.2

“parent” means a mother or father and includes

(a) a guardian; and

(b) for purposes of Parts III, IV and VII, a person with whom the child ordinarily resides who has demonstrated a settled intention to treat the child as a child of his or her family;

but does not include

(c) a foster parent;

(c.1) a prospective adopting parent with whom the Minister has entered into an agreement under the authority of section 70.1;

(d) a natural parent or adopting parent whose rights with respect to the guardianship of the child have been terminated by a guardianship agreement or a guardianship order under Part IV or who has been

deprived of the status of guardian under subsection 3(1) of the *Guardianship of Children Act*; or

(e) the natural father of the child who is not married to the mother of the child unless he has signed the birth registration form under section 9 of the *Vital Statistics Act* or he has filed, with the mother, a statutory declaration under section 105, or he has been named the father of the child in a declaratory order made under Part VI or he is a parent within the meaning of paragraph (b);

It is clear the Speights do not even qualify as parents within the extended meaning of parent as provided for under the above definition. I note that the definition includes a “guardian” and a person with whom the child ordinarily resides in circumstances where the person is treating the child as member of the family. Had the Speights, for example, qualified under the latter category, they could have argued that their s. 7 security interests were engaged. But those are not the facts of our case.

[paras. 12-13] [Emphasis added.]

[29] The following year, Larlee J.A. considered the issue in *J.R. v. New Brunswick (Minister of Social Development)*, 2010 NBCA 81, 365 N.B.R. (2d) 377, in this instance with respect to non-custodial grandparents:

There does not exist, in Canada, a general constitutional right to counsel in civil proceedings before courts and tribunals (see *New Brunswick Legal Aid Services Commission v. Comeau and Comeau*, 2009 NBCA 78 (CanLII), 2009 NBCA 78, 351 N.B.R. (2d) 269, at para. 11).

New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G.(J.), recognized an exception to this rule. A custodial biological parent has a constitutional right to state-funded counsel in a child protection proceeding based on s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: the right that protects life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice. In “G”, Chief Justice Lamer states:

I have concluded that the Government of New Brunswick was under a constitutional obligation to

provide the appellant with state-funded counsel in the particular circumstances of this case. When government action triggers a hearing in which the interests protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are engaged, it is under an obligation to do whatever is required to ensure that the hearing be fair. In some circumstances, depending on the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the parent, the government may be required to provide an indigent parent with state-funded counsel. Where the government fails to discharge its constitutional obligation, a judge has the power to order the government to provide a parent with state-funded counsel under s. 24(1) of the *Charter* through whatever means the government wishes, be it through the Attorney General's budget, the consolidated funds of the province, or the budget of the legal aid system, if one is in place. [para. 2]

The Supreme Court explained that, in the context of child protection proceedings, when the state seeks to take custody of a child from his parents, such an action threatens to restrict the custodial parent's security of the person. For a restriction of security of the person to be made out, the impugned state action must have a serious and profound effect on a person's psychological integrity (para. 60). The state may only relieve a parent of custody when it is necessary to protect the best interests of the child, provided that there is a fair procedure for making this determination (para. 70). As the Court points out, the concept of a fair hearing includes more than having a neutral and impartial arbiter, it also requires effective participation by the parents. Effective parental participation at the hearing is essential for determining the best interests of the child in circumstances where the parent seeks to maintain custody of the child. The best interests of the child are presumed to lie within the parental home. However, when the state makes an application for custody, it does so because there are grounds to believe that is not the case. A judge must then determine whether the parent should retain custody. In order to make this determination, the judge must be presented with evidence of the child's home life and the quality of parenting the child has been receiving and is expected to receive. The parent is in a unique position to provide this information to the court. If denied the

opportunity to participate effectively at the hearing, the judge may be unable to make an accurate determination of the child's best interests. There is a risk that the parent will lose custody of the child when, in actual fact, it might have been in the child's best interests to remain in his or her care (para. 73).

Consequently, the Supreme Court directs judges to consider what constitutes effective participation for a party whose security of the person is threatened by the state action. If a judge concludes the parent does not need counsel, after assessing the complexity of the prospective proceedings and the abilities of the parent (and after considering the bounds of assistance a judge might be able to provide), then no order is required. This is because the hearing would be fair and the principles of fundamental justice met (at para. 86). If, however, a judge concludes the parent cannot effectively participate without the assistance of a lawyer then an order for state-funded counsel is required.

It should be noted that the "G" decision dealt only with custodial parents. In fact the word "parent" is used throughout the text of the decision.

[...]

The application judge referred to this Court's decision and ratio in *New Brunswick (Minister of Social Development) v. T.S.* He tried to distinguish the case from the circumstances before him. In my respectful view, he erred. In his attempt to distinguish the case law, and in his attempt to establish a parallel between the word "parent" and "grandparent" in the "G" case, the application judge drafted five criteria describing a grandparent's relationship to a grandchild. He suggests they are simply built on common sense and the experience of everyday life. It is not necessary to do a critical analysis of those criteria. It should be noted, however, the application judge did not analyze any evidence with respect to a s. 7 breach of the *Charter* that related specifically to the grandparents in this case. Rather he referred generally to grandparents' "obvious distress" should they lose the companionship of a grandchild.

Not all the problems of the world are solved by logic and common sense. This case comes down to a question of statutory interpretation: whether the grandparents fit within

the definition of parent in *the Family Services Act* or, put another way, whether there is evidence that they stood in *loco parentis* with the child. The application judge's finding on that point is clear. They do not. Once the application judge came to that conclusion he could go no farther. These grandparents were not entitled to state-funded counsel in the context of the "G" or *T.S.* decisions. The ratio of the latter case is confirmed by this decision: **s. 7 of the Charter is not engaged in child protection cases where the applicant for state-funded counsel is a non-custodial relative of the child.** [paras. 11-15 and 20-21] [Emphasis added.]

B. *The Application Judge's Decision*

[30] The application judge considered the decision of the Supreme Court in "G" as well as the jurisprudence of this Court. In response to the argument advanced by the Minister of Justice and Consumer Affairs, the judge came to the following conclusions:

[The Minister] would say that if there is no custodial relationship there is no state funded counsel. [The Minister's] position is that the "G" case and the two New Brunswick Court of Appeal cases and the New Brunswick QB decisions referenced have established clearly that there is a requirement for a custodial relationship.

I do not believe the Court of Appeal itself has made any such determination.

[...]

In any event with respect I cannot conclude that the denial of state funded counsel solely on the basis of no previous custodial relationship alone is the test. [paras. 80-83]

C. *The Importance of the Custodial Relationship*

[31] My reading of the "G" decision suggests the remarks of the former Chief Justice were firmly rooted in the notion that an individual's rights under s. 7 of the *Charter* are threatened when the state seeks the "removal of a child from parental

custody”. The stigmatization referred to in “G” flows from a parent being “relieved of custody”. The existence of custody played a central role in the Court’s analysis and subsequent decision. What, then, is meant by custody?

[32] The *Family Services Act* does not provide a definition of “custody” per se, but the *Act* does provide definitions of both “custody agreement” and “custody order” in s. 43 under Part IV of the *Act*, said part being titled “Children In Care”. Both definitions speak to the transfer of the “custody, care and control of a child”. Conceptually, “custody” in child protection matters initiated under this legislation is tied firmly to the legal responsibility for the care and control of the child in question. Similarly, the *Act* defines “guardianship order”, which is at the heart of the underlying application in this case, as involving the transfer of the “custody, care and control” of a child.

[33] This is an opportune point to highlight the potential problem of focusing on “custody” in the absence of the “care and control” component. I refer to the wording employed in s. 129 of the *Act*, which reads as follows:

129(1) Unless otherwise agreed by written agreement or unless otherwise ordered by the court, where the child has more than one parent, the parents jointly have custody of their child.

129(1) Sauf convention contraire faite par écrit ou ordonnance contraire e la cour, la garde d’un enfant qui a plus d’un parent revient conjointement à ces parents.

[34] I believe it is clear the Supreme Court in “G” was not contemplating custody in this sense, but rather a notion of custody which reflected the realities of a child’s day to day life. What adult was responsible for the child’s well-being? With whom did the child reside? Who was expected to provide the child with the necessities of life? The answers to these questions provide a much more fulsome picture of custody, and are of critical importance to meeting the threshold for conducting a s. 7 *Charter* analysis pursuant to “G”.

D. *Jurisprudence of this Court*

[35] The *T.S.* decision provides clear direction for the courts of the Province in applying “*G*” to requests for state-funded counsel in child protection matters:

[...] this case establishes the general principle that s. 7 is not engaged in cases where the applicant for state-funded counsel is a non-custodial relative of the child. [...]
[para. 12]

[36] In my opinion, this decision (subsequently applied in *J.R.*) firmly establishes the presumptive requirement that an individual seeking state-funded counsel to challenge state intervention in child protection cases of this nature must have been exercising custody, care and control of the child at the heart of the application. To be even clearer, it must have been from that individual’s “custody” that the child was taken into care by the Minister. When the application judge held that our Court had not made any such determination, he fell into error, and opened the door to appellate intervention. It was for this reason I was convinced to join with my colleagues in allowing the appeal. Given the appeal was allowed on this basis, my consideration of the grounds of appeal need progress no further. Specifically, I make no comment with respect to the ground of appeal which alleges C.M. does not meet the definition of “parent” and therefore could not qualify for state-funded counsel.

[37] Recognizing that absolutism is often not entirely realistic in the challenging pantheon of family law, I accept there may be exceptional circumstances which could extend entitlement to state-funded counsel under the rubric of s. 7 of the *Charter* beyond the custodial individual or individuals with whom the child resides. Such cases would be rare. For example, a parent who sees his or her child on a regular basis, who spends considerable time with the child, who provides aspects of care and control whilst with the child, who perhaps participates in the making of significant decisions with respect to the child’s health and/or education, and whose life is unquestionably interwoven with that of the child, may well qualify. Such is not the case with either of the respondents in this matter. If the child plays no significant and

meaningful role in the life of the applicant, and the applicant plays no significant and meaningful role in the life of the child, s. 7 is not engaged and the application for state-funded counsel must fail.

[38] A final comment is in order. Care must be taken in these matters to not equate the word “parent” with only a biological or adoptive parent. As more fully set out in paragraph 27 of these reasons, s. 1 of the *Family Services Act* casts a wider net, and defines “parent” as follows:

“parent” means a mother or father and includes

(a) a guardian; and

(b) for purposes of Parts III, IV and VII, a person with whom the child ordinarily resides who has demonstrated a settled intention to treat the child as a child of his or her family;

« parent » désigne une mère ou un père et s’entend également

a) d’un tuteur; et

b) aux fins des Parties III, IV et VII, d’une personne avec laquelle l’enfant réside ordinairement qui a manifesté l’intention bien arrêtée de traiter l’enfant comme faisant partie de sa famille;

Let us then consider a situation in which a child ordinarily resides with a grandparent, an aunt, or uncle, and that person has “demonstrated a settled intention to treat the child as a child of his or her family”. In the event the Minister is seeking to remove a child from the custody of such a person, she or he should be entitled to the same consideration under “G” as a custodial biological parent.

V. Disposition

[39] For the reasons set out above, I agreed the appeals should be allowed with reasons to follow, and the orders for state-funded counsel should be set aside. I would not order costs.

LE JUGE GREEN

I. Introduction

[1] Il s'agit en l'espèce de deux appels connexes où l'on examine la question de savoir dans quelles circonstances un tribunal doit ordonner la nomination d'un avocat rémunéré par l'État aux fins de représenter des parties à une demande de tutelle. Dans des décisions connexes datées du 17 novembre 2011, un juge de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, Division de la famille, a ordonné à la Province de fournir aux intimés, P.M. et C.M., les services d'un avocat rémunéré par l'État relativement à une demande de tutelle en cours. La Province, représentée par la ministre de la Justice et de la Consommation, a interjeté appel des deux décisions. À la fin de l'audience, nous avons accueilli les appels, annulé les ordonnances rendues par le tribunal d'instance inférieure et précisé que les motifs suivraient. Voici ces motifs.

II. Le cadre factuel et procédural

[2] La demande de tutelle sous-jacente concerne deux enfants. A.M. est née en 1999. L'intimé C.M. est le père biologique d'A. H.M. est née en 2001. L'intimé P.M. est le père biologique de H. H.F. est la mère biologique des deux enfants.

A. *L'intimé C.M.*

[3] L'intimé C.M. a vécu en Nouvelle-Écosse avec sa fille, A., et la mère de cette dernière, H.F., de la naissance de A., en 1999, jusqu'en juillet 2000. Il était présent à l'hôpital lorsqu'A. est née. Pendant cette période de quatorze mois, C.M. a agi comme parent envers A. et il a participé aux soins quotidiens de l'enfant.

[4] Avant le jour de la séparation, l'intimé C.M. et H.F. avaient vécu ensemble pendant six ans et pendant cette période, C.M. avait [TRADUCTION] « constamment été incapable de travailler ».

[5] Lorsque l'intimé C.M. et H.F. se sont séparés, H.F. a décidé de déménager à Moncton, au Nouveau-Brunswick. H.F. a emmené A. vivre avec elle, tandis que C.M. est resté en Nouvelle-Écosse. Au moment de l'audience qui a donné lieu au présent appel, C.M. habitait à Amherst, en Nouvelle-Écosse.

[6] Au moment de l'audience devant la Cour du Banc de la Reine en septembre et octobre 2011, C.M. n'avait ni vu sa fille, A., ni communiqué avec elle depuis juillet 2000.

[7] Le juge saisi de la requête a reçu des éléments de preuve établissant que C.M. avait essayé à un certain moment en 2001 d'engager une procédure en vue d'obtenir certains droits de garde relativement à sa fille. Il n'avait pas les moyens de retenir les services d'un avocat afin qu'il l'aide, de sorte que l'affaire n'a pas été instruite.

[8] C.M. n'a apporté aucun soutien financier à A. et passé juillet 2000, il n'a joué aucun rôle dans la prise de décisions touchant sa fille.

[9] Le juge saisi de la requête a souligné que C.M. avait dû surmonter des obstacles considérables pour retrouver son enfant, malgré le fait que sa mère et elle vivaient relativement près de chez lui, bien que ce fût au Nouveau-Brunswick plutôt qu'en Nouvelle-Écosse. Il a également souligné les lacunes de C.M. sur le plan des finances et des moyens sophistiqués.

B. *L'intimé P.M.*

[10] L'intimé P.M. et H.F. ont noué une relation à l'été 2000 et ont commencé à vivre ensemble en août de la même année. Ils ont continué à cohabiter, leur cohabitation ayant été interrompue par de courtes périodes de séparation, jusque vers le

mois de juin 2002. Pendant cette période, l'enfant A. a vécu avec eux, tout comme l'enfant H. après sa naissance en juin 2001, et l'intimé P.M. a agi comme parent envers les enfants et il a participé à leurs soins quotidiens.

[11] En mars 2002, la famille a déménagé en Nouvelle-Écosse. L'intimé P.M. s'y était rendu le premier et avait loué un appartement; H.F. et les enfants étaient venues le rejoindre environ un mois plus tard. L'arrangement n'a pas duré longtemps et en juin 2002, le couple était séparé et H.F. est retournée à Moncton avec les deux enfants.

[12] L'intimé P.M. est resté en contact avec H. et A. après la séparation. Le juge saisi de la demande a dit que P.M. [TRADUCTION] « voyait les enfants au moins trois ou quatre fois sur une période d'un mois puis, finalement, une ou deux fois par mois ». P.M. a maintenant deux autres enfants avec une nouvelle conjointe.

[13] Entre le moment de la séparation et octobre 2003, l'intimé P.M. a vécu en Nouvelle-Écosse. Il a par la suite habité à Moncton pendant une courte période avant de retourner en Nouvelle-Écosse au début de 2004. Pendant toute cette période, les enfants ont vécu avec leur mère au Nouveau-Brunswick.

[14] En 2008, P.M. a été déclaré coupable d'une infraction criminelle et il a été condamné à un emprisonnement de deux ans et demi. Il a finalement recouvré sa liberté en octobre 2010. Les visites auprès des enfants et les conversations téléphoniques avec elles se sont poursuivies.

C. *La demande de tutelle*

[15] Le 15 novembre 2010, la ministre du Développement social a déposé un avis de requête dans lequel elle sollicitait la garde, la charge et la direction d'A. et de H. pour une période de six mois. Différentes ordonnances de garde provisoires ont été rendues jusqu'au 15 mai 2011.

- [16] Le 13 mai 2011, en vertu du par. 56(1) de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, la ministre du Développement social a introduit une requête visant à obtenir à titre permanent le transfert de la tutelle des enfants à la Ministre.
- [17] Le 7 juin 2011, un juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, a rendu une ordonnance de garde provisoire relative aux obligations et droits parentaux de H.F. et de l'intimé P.M. Il s'en est suivi que la garde, la charge et la direction des enfants ont été transférées à la Ministre en attendant l'audition de la requête. Pour ce qui concernait les obligations et droits parentaux de l'intimé C.M., la garde, la charge et la direction des enfants ont été transférées à la Ministre en attendant la prochaine comparution en Cour.
- [18] L'ordonnance suivante a été rendue le 21 juin 2011. Cette ordonnance concernait l'intimé C.M. et il en a découlé une ordonnance de garde provisoire en faveur de la Ministre en attendant la prochaine comparution en Cour. Une ordonnance semblable a été rendue le 26 juillet 2011.
- [19] Le 23 août 2011, le juge saisi de la requête a rendu une autre ordonnance de garde provisoire prescrivant notamment une évaluation des compétences parentales de C.M. La Ministre a conservé la garde, la charge et la direction des enfants en attendant la prochaine comparution en Cour. Le juge saisi de la requête a souligné que l'appel au service d'aide juridique de l'intimé C.M. avait été rejeté et que l'intimé P.M. avait déclaré ne pas encore avoir eu de nouvelles du service d'aide juridique concernant son appel. Le juge saisi de la requête a alors ordonné la tenue d'une audience d'une heure, avant le 30 septembre 2011, pour étudier les demandes des intimés C.M. et P.M. en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État.
- [20] Le 7 septembre 2011, une autre juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, a ordonné, pour ce qui concernait C.M., que la garde, la charge et

la direction des enfants soient transférées à la Ministre en attendant la prochaine comparution en Cour.

[21] Deux audiences d'une durée de trente minutes chacune ont été inscrites au rôle du 30 septembre 2011. Le 27 septembre 2011, la greffière de la circonscription judiciaire de Moncton a été avisée que la ministre de la Justice et de la Consommation avait l'intention d'intervenir dans les deux audiences.

[22] Lors de la comparution du 30 septembre 2011, les intimés ont été informés que leurs demandes en vue d'obtenir l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État étaient contestées. L'affaire a été reportée au 6 octobre 2011, date à laquelle les demandes ont été entendues.

[23] Le juge saisi de la requête a examiné le droit applicable, la preuve produite devant lui ainsi que les arguments invoqués et il a tiré les conclusions suivantes :

Une personne qui évalue objectivement l'ingérence de l'État en question conclurait certainement que cette mesure de l'État à l'endroit de [MM.] C.M. [et P.M.] entraînerait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne ayant une sensibilité raisonnable.

[Décision rendue en première instance, par. 188 (C.M.)]

[Décision rendue en première instance, par. 192 (P.M.)]

[...]

Je conclus que dans les circonstances, le défaut du gouvernement du Nouveau-Brunswick de fournir un avocat au demandeur en l'espèce aux fins de la demande de tutelle de la ministre du Développement social constituerait une violation des droits garantis au demandeur par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[Décision rendue en première instance, par. 210 (C.M.)]

[Décision rendue en première instance, par. 228 (P.M.)]

[...]

La Province du Nouveau-Brunswick offrira à [MM.] C.M. [et P.M.] les services d'un avocat rémunéré par l'État relativement à la demande de tutelle faite en l'espèce par la Ministre.

[Décision rendue en première instance, par. 211 (C.M.)]

[Décision rendue en première instance, par. 229 (P.M.)]

III. Les questions à trancher

[24] La ministre de la Justice et de la Consommation formule quatre moyens d'appel et prétend que le juge saisi de la requête a commis les erreurs suivantes :

1. Il a conclu que le refus de fournir les services d'un avocat rémunéré par l'État à une partie à une demande de tutelle peut constituer une violation des droits qui sont garantis à cette personne par l'art. 7 de la *Charte* lorsque la personne en question n'a pas eu la garde de l'enfant qui fait l'objet de la demande ou n'en a eu la garde que dans le passé;
2. Il a inclus des facteurs non pertinents dans son analyse de la question de savoir si le refus de fournir les services d'un avocat rémunéré par l'État à une partie à une demande de tutelle peut constituer une violation des droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit à cette personne;
3. Il a conclu que le fait de faire droit à la demande de tutelle [TRADUCTION] « entraînerait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne ayant une sensibilité raisonnable compte tenu de la situation des intimes »;
4. Il a ordonné que l'on fournisse à P.M. les services d'un avocat rémunéré par l'État malgré le fait qu'il ne

correspondait pas à la définition du mot « parent » énoncée à l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille*.

IV. Règles de droit et analyse

A. *Le cadre juridique et son examen antérieur par notre Cour*

[25] Les règles de droit qui s'appliquent lorsqu'il s'agit d'ordonner la fourniture des services d'un avocat rémunéré par l'État dans une instance où l'État sollicite la garde d'un enfant ont été énoncées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, [1999] A.C.S. n° 47 (QL). Le juge en chef Lamer, tel était alors son titre, a dit ce qui suit :

Pour qu'une restriction de la sécurité de la personne soit établie, il faut donc que l'acte de l'État faisant l'objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne. On doit procéder à l'évaluation objective des répercussions de l'ingérence de l'État, en particulier de son incidence sur l'intégrité psychologique d'une personne ayant une sensibilité raisonnable. Il n'est pas nécessaire que l'ingérence de l'État ait entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais ses répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires.

Je ne doute aucunement que le retrait de la garde par l'État conformément à la compétence *parens patriae* de celui-ci ne porte gravement atteinte à l'intégrité psychologique du parent. Le droit des parents d'élever l'enfant et d'en prendre soin est, comme le juge La Forest l'a conclu dans *B. (R.)*, précité, au par. 83, « un droit individuel d'importance fondamentale dans notre société ». Outre l'affliction évidente causée par la perte de la compagnie de l'enfant, l'ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant, par le biais d'une procédure dans laquelle le lien est examiné et contrôlé par l'État, est une intrusion flagrante dans un domaine privé et intime. De plus, les parents sont souvent marqués comme étant « inaptes » quand on leur retire la garde de leurs enfants. Comme la qualité de parent est souvent fondamentale à l'identité

personnelle, la honte et l'affliction résultant de la perte de cette qualité est une conséquence particulièrement grave de la conduite de l'État. [Par. 60 et 61] [C'est moi qui souligne.]

[26] La Cour suprême a donc reconnu l'existence de l'obligation constitutionnelle de l'État de fournir les services d'avocats rémunérés par l'État à des personnes qui sont confrontées à la possibilité de voir leur enfant ou leurs enfants être pris en charge et qui se trouvent dans les « circonstances particulières » où se trouvait M^{me} « G ». Le juge en chef a ensuite expliqué comment les tribunaux doivent traduire cette obligation dans la pratique :

Des affaires semblables pouvant survenir à l'avenir, je souligne brièvement la procédure à suivre lorsqu'un parent non représenté dans une demande de garde cherche à obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État. À l'audience, le juge doit d'abord vérifier si le parent a présenté une demande d'aide juridique ou a demandé une autre forme d'assistance juridique payée par l'État et offerte par la province. Si le parent n'a pas épuisé toutes les possibilités en vue d'obtenir une aide juridique rémunérée par l'État, l'instance devrait être ajournée pour donner au parent suffisamment de temps pour présenter les demandes appropriées, pourvu que l'intérêt supérieur de l'enfant n'en souffre pas. Il va sans dire que si le parent décide de ne pas être représenté par avocat, il n'aura pas droit à l'aide juridique rémunérée par l'État, qu'il ait ou non les moyens de retenir un avocat : voir *Rowbotham*, précité, à la p. 64. En effet, il assume alors volontairement le risque de ne pas être bien représenté et le gouvernement ne peut en être tenu responsable.

Lorsque le parent souhaite être représenté par [un] avocat, mais n'en a pas les moyens, le juge doit ensuite déterminer si le parent peut faire l'objet d'une audience équitable, compte tenu des facteurs suivants : la gravité des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et les capacités du parent. Le juge doit également garder à l'esprit qu'il peut aider le parent, dans les limites de sa fonction juridictionnelle. S'il estime, après l'examen de ces facteurs, que le parent n'aura pas une audience équitable et qu'il n'existe pas d'autres moyens de lui fournir un avocat (c'est-à-dire en application

d'un pouvoir prévu par la loi), il doit ordonner au gouvernement, sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*, de fournir au parent un avocat rémunéré par l'État. Je m'empresse d'ajouter que je limite mes commentaires ici aux instances concernant la protection des enfants, et qu'il n'est pas nécessaire ni souhaitable que j'aborde d'autres types d'instance. [Par. 103 et 104]

[27] Par suite de cette décision, les juges de la Division de la famille, au Nouveau-Brunswick, ont fréquemment tenu ce qu'il est maintenant convenu d'appeler une audience de type « G » lorsqu'une partie non représentée dans le cadre d'une instance en matière de protection de l'enfance, qui fait face à une demande du ou de la Ministre en vue d'obtenir la garde ou la tutelle d'un enfant, demande la désignation d'un avocat rémunéré par le gouvernement provincial. La procédure exposée ci-dessus est suivie et une décision est prise. Toutefois, la difficulté qui s'est bientôt fait jour concernait l'étendue de l'obligation constitutionnelle reconnue dans l'arrêt « G » : à qui s'applique-t-elle? La réponse à cette question est claire si les circonstances de l'affaire sont semblables à celles qu'a examinées la Cour suprême dans l'affaire « G » : le Ministre soustrait un enfant ou des enfants à la garde du parent qui en prend soin quotidiennement. Cette personne est clairement visée par l'obligation. Qu'en est-il toutefois des autres adultes qui ont un lien avec un enfant pris en charge mais qui ne satisfont pas à ce critère?

[28] Notre Cour a eu l'occasion d'examiner cette question à plus d'une reprise. La juge d'appel Quigg l'a fait dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre du Développement social) c. T.S.*, [2009] A.N.-B. n° 343 (QL), 2009 NBCA 67, 351 R.N.-B. (2^e) 162. Dans cette affaire, il s'agissait d'une demande en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État présentée par la grand-tante (et son époux) d'un enfant pris en charge :

Dès les premiers paragraphes de l'arrêt « G », le juge en chef Lamer a indiqué que l'obligation constitutionnelle du gouvernement du Nouveau-Brunswick de fournir les services d'un avocat rémunéré par l'État se trouvait liée aux « circonstances particulières » de l'affaire. Dans « G »,

une mère naturelle sans ressources risquait de perdre la garde de ses trois enfants et de la voir confiée au ministre de la Santé et des Services communautaires. Les Speight, en l'espèce, ne sont les parents ni naturels ni adoptifs de l'enfant; en conséquence, leur situation ne cadre pas parfaitement avec les paramètres de l'arrêt « G ». Il y a lieu de se demander si les Speight, à supposer que leur soient refusés les services d'un avocat rémunéré par l'État, seraient privés du droit à la sécurité que garantit l'art. 7. La réponse doit être négative. Ce n'est pas dire que l'art. 7 ne joue que dans les causes qui font intervenir des parents naturels ou adoptifs. Cette décision pose plutôt le principe général que l'art. 7 n'entre pas en jeu dans les causes où la personne qui demande les services d'un avocat rémunéré par l'État est un membre de la famille de l'enfant qui n'en a pas la garde. À mon sens, le fait que les Speight ne sont pas les parents de l'enfant est un facteur important, sans être nécessairement décisif. Sur ce point, je renvoie à la définition de « parent » donnée à l'article premier de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2 :

Loi sur les services à la famille,
L.N.-B. 1980, c. F-2.2

« parent » désigne une mère ou un père et s'entend également

a) d'un tuteur; et

b) aux fins des Parties III, IV et VII, d'une personne avec laquelle l'enfant réside ordinairement qui a manifesté l'intention bien arrêtée de traiter l'enfant comme faisant partie de sa famille;

mais ne comprend pas

c) un parent nourricier;

c.1) un adoptant possible avec qui le Ministre a conclu une entente en vertu de l'article 70.1;

d) un parent naturel ni adoptant qu'une entente ou ordonnance de tutelle rendue en vertu de la Partie IV a privé de ses droits de tutelle à l'égard de l'enfant, ou qui a perdu son statut de tuteur en application du paragraphe 3(1) de la *Loi sur la tutelle des enfants*;

e) le père naturel de l'enfant, lorsque le père n'est pas marié à la mère de l'enfant sauf s'il a signé le bulletin d'enregistrement de naissance en vertu de la *Loi sur les*

statistiques de l'état civil ou s'il a déposé, avec la mère, une déclaration solennelle prévue à l'article 105, ou s'il a été nommé père de l'enfant dans une ordonnance déclaratoire rendue en vertu de la Partie VI, ou s'il est parent au sens de l'alinéa b)[.]

Manifestement, les Speight ne sont pas même des parents au sens étendu donné à ce terme dans la définition précitée. Je constate que cette définition porte que parent s'entend également d'un « tuteur », ou d'une personne avec laquelle l'enfant réside ordinairement et qui le traite comme un membre de la famille. Si les Speight étaient entrés dans la seconde catégorie, par exemple, ils auraient pu soutenir que le droit à la liberté que garantit l'art. 7 entre en jeu. Cependant, tels ne sont pas les faits de la présente instance.

[Par. 12 et 13] [C'est moi qui souligne.]

[29] L'année suivante, la juge d'appel Larlee a examiné cette question dans l'arrêt *Ministre de la Justice et de la Consommation c. J.R., C.R., ministre du Développement social, S.M.R. et R.M.*, 2010 NBCA 81, 365 R.N.-B. (2^e) 377, relativement, dans ce cas précis, à des grands-parents qui n'avaient pas la garde d'un enfant.

Il n'existe, au Canada, aucun droit constitutionnel général à l'assistance d'un avocat dans les instances civiles tenues devant les tribunaux judiciaires et administratifs (voir l'arrêt *Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick c. Comeau et Comeau*, 2009 NBCA 78, 351 R.N.-B. (2^e) 269, au par. 11).

L'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)* a reconnu une exception à cette règle. Un parent biologique qui a la garde d'un enfant a le droit constitutionnel d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État dans les instances concernant la protection des enfants qui sont fondées sur l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, lequel protège le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et à ce qu'il ne soit porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Voici ce qu'a dit le juge en chef Lamer dans l'arrêt « G » :

Dans les circonstances particulières de l'espèce, je conclus que le gouvernement du Nouveau-Brunswick avait l'obligation constitutionnelle de fournir à l'appelante des services d'avocats rémunérés par l'État. Lorsque le gouvernement est à l'origine d'une audience visant les intérêts protégés par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il a l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'équité de l'audience. Dans certaines circonstances, selon la gravité des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et les capacités du parent, il se peut que le gouvernement soit obligé de fournir à un parent sans ressources des services d'avocats rémunérés par l'État. Lorsqu'il ne s'acquitte pas de son obligation constitutionnelle, le juge a, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, le pouvoir d'ordonner au gouvernement de fournir au parent des services d'avocats rémunérés par l'État, de la façon que ce dernier déterminera, que ce soit sur le budget du procureur général, sur le Trésor de la province ou sur le budget du régime d'aide juridique si un tel régime existe. [Par. 2]

La Cour suprême a expliqué que dans le cadre d'une instance concernant la protection d'un enfant, lorsque l'État cherche à retirer la garde d'un enfant à ses parents, ce genre d'acte menace de donner lieu à une restriction de la sécurité de la personne du parent qui a la garde de l'enfant. Pour qu'une restriction de la sécurité de la personne soit établie, il faut que l'acte de l'État faisant l'objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne (par. 60). L'État ne peut retirer au parent la garde de son enfant que si cela s'avère nécessaire pour protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, pourvu que cette décision soit prise selon une procédure équitable (par. 70). Comme le souligne la Cour, la notion d'audience équitable suppose davantage que la présence d'un arbitre neutre et impartial, elle exige également une participation efficace des parents. Lorsque le père ou la mère cherche à conserver la garde, la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant exige une participation parentale efficace à l'audience. L'intérêt supérieur de l'enfant est réputé avoir pour site le foyer parental. Toutefois, lorsque l'État demande la garde, il le fait parce qu'il a des motifs de croire que ce n'est pas le cas. Le juge doit alors décider si le parent devrait conserver

la garde. Pour statuer, il doit disposer d'éléments de preuve relatifs à la vie que l'enfant mène au foyer ainsi qu'à la qualité de l'attention parentale qu'il reçoit et qu'il est en droit de recevoir. Or, le parent est le mieux placé pour fournir ces renseignements au tribunal. Si on refuse au parent la possibilité de participer efficacement à l'audience, le juge peut se trouver dans l'impossibilité de déterminer avec précision l'intérêt supérieur de l'enfant. Le parent risque de perdre la garde de l'enfant alors qu'en réalité il aurait peut-être mieux valu pour l'enfant qu'il continue à s'en occuper (par. 73).

Par conséquent, la Cour suprême enjoint aux juges de se demander en quoi consiste la participation effective d'une partie qui voit son droit à la sécurité de la personne menacée par un acte de l'État. Si le juge conclut que le parent n'a pas besoin d'être représenté par un avocat, après avoir évalué la complexité de l'éventuelle instance et les capacités du parent (et après avoir pris en compte la nature de l'aide qu'un juge pourrait être en mesure de lui apporter), une ordonnance n'est pas nécessaire. Il en est ainsi parce que l'audience serait équitable et les principes de justice fondamentale respectés (au par. 86). Si, toutefois, le juge conclut que le parent ne peut participer efficacement à l'audience sans l'assistance d'un avocat, il doit alors rendre une ordonnance enjoignant au gouvernement de lui fournir les services d'un avocat rémunéré par l'État.

Il est à remarquer que l'arrêt « G » ne traitait que des parents ayant la garde. En fait, le mot « parent » est employé partout dans cet arrêt.

[...]

Le juge saisi de la demande s'est reporté à la décision et aux motifs décisifs de notre Cour dans l'affaire *Nouveau-Brunswick (Ministre du Développement social) c. T.S.* Il a essayé d'écarter cet arrêt pour le motif que les circonstances de l'affaire dont il était saisi étaient différentes. Je suis respectueusement d'avis qu'il a commis une erreur. Dans sa tentative visant à écarter la jurisprudence et à mettre en parallèle le mot « parent », dans l'arrêt « G », et le mot « grand-parent », le juge saisi de la demande a énoncé cinq facteurs décrivant la relation qui unit un grand-parent et un petit-enfant. Il dit que ces facteurs sont simplement fondés sur le bon sens et la vie de

tous les jours. Il n'est pas nécessaire de faire une analyse critique de ces facteurs. Il est à remarquer, toutefois, que le juge saisi de la demande n'a analysé aucun élément de preuve au regard d'une violation de l'art. 7 de la *Charte* qui se serait rapportée expressément aux grands-parents en l'espèce. Il a plutôt fait généralement état de [TRADUCTION] « l'affliction évidente » que causerait aux grands-parents la perte de la compagnie d'un petit-enfant.

La logique et le bon sens ne peuvent résoudre tous les problèmes du monde. La présente instance se résume à une question d'interprétation des lois, celle de savoir si les grands-parents sont visés par la définition du mot « parent » qui est donnée dans la *Loi sur les services à la famille* ou, pour formuler la chose autrement, s'il existe des éléments de preuve établissant qu'ils tenaient lieu de parents à l'enfant. La conclusion du juge saisi de la demande sur ce point est claire. Ils ne lui tenaient pas lieu de parents. Dès lors que le juge saisi de la demande en est arrivé à cette conclusion, il ne pouvait pas aller plus loin. En l'espèce, les grands-parents n'avaient pas droit aux services d'un avocat rémunéré par l'État dans le contexte des arrêts « G » ou *T.S.* Les motifs décisifs de ce dernier arrêt trouvent leur confirmation dans la présente décision : l'art. 7 de la Charte n'entre pas en jeu dans les causes concernant la protection des enfants où la personne qui demande les services d'un avocat rémunéré par l'État est un membre de la famille de l'enfant qui n'en a pas la garde.

[Par. 11 à 15, 20 et 21] [C'est moi qui souligne.]

B. *La décision du juge saisi de la requête*

[30] Le juge saisi de la requête a pris en considération la décision de la Cour suprême dans l'arrêt « G » ainsi que la jurisprudence de notre Cour. En réponse à l'argumentation de la ministre de la Justice et de la Consommation, le juge en est arrivé aux conclusions suivantes :

[La Ministre] dirait qu'en l'absence d'une relation de garde, on ne peut avoir l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État. La théorie de [la Ministre] est que l'arrêt *G*, les deux arrêts de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick et les décisions de la Cour du Banc de la Reine du

Nouveau-Brunswick mentionnés établissent clairement qu'une relation de garde est obligatoire. Je ne crois pas que la Cour d'appel elle-même ait rendu une telle décision.

[...]

De toute façon, avec égards, je ne peux pas conclure que le critère consiste à refuser l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État du simple fait de l'absence d'une relation de garde antérieure. [Par. 80, 81 et 83]

C. *L'importance de la relation de garde*

[31] Selon mon interprétation de l'arrêt « G », les remarques de l'ancien juge en chef étaient en grande partie fondées sur la notion voulant que les droits qui sont garantis à chacun par l'art. 7 de la *Charte* soient menacés lorsque l'État sollicite le « retrait de la garde » d'un enfant à un parent. La stigmatisation dont il est question dans l'arrêt « G » découle du fait qu'on « retire la garde » de ses enfants à un parent. L'existence de la garde a joué un rôle fondamental dans l'analyse effectuée par la Cour et dans sa décision subséquente. Qu'entend-on, au juste, par le mot « garde »?

[32] La *Loi sur les services à la famille* ne définit pas le mot « garde » en soi, mais on y trouve une définition des expressions « entente de garde » et « ordonnance de garde » à l'art. 43 de la Partie IV de la *Loi* qui s'intitule « Enfants pris en charge ». Il est question, dans ces deux définitions, du transfert de « la garde, la charge et la direction de l'enfant ». Sur le plan conceptuel, la « garde », dans une instance concernant la protection d'un enfant engagée en vertu de ces dispositions législatives, est intimement liée à la responsabilité légale au titre de la charge et de la direction de l'enfant en question. De même, selon la définition qu'en donne la *Loi*, l'expression « ordonnance de tutelle », laquelle est, en l'espèce, à la base même de la demande sous-jacente, suppose qu'il y a transfert de la « garde, [l]a charge et [l]a direction » d'un enfant.

[33] Il y a lieu, à cette étape-ci, de mettre en lumière le problème que peut causer le fait de mettre l'accent sur la « garde » en l'absence des éléments que sont « la

charge et la direction ». Je me reporte au libellé de l'art. 129 de la *Loi*, qui est ainsi rédigé :

129(1) Unless otherwise agreed by written agreement or unless otherwise ordered by the court, where the child has more than one parent, the parents jointly have custody of their child.

129(1) Sauf convention contraire faite par écrit ou ordonnance contraire de la cour, la garde d'un enfant qui a plus d'un parent revient conjointement à ces parents.

[34] Je crois qu'il est manifeste que dans l'arrêt « *G* », la Cour suprême n'envisageait pas la garde en ce sens, mais a plutôt retenu une notion de la garde qui reflétait les réalités de la vie quotidienne d'un enfant. Quel adulte était responsable du bien-être de l'enfant? Avec qui l'enfant habitait-il? Qui était censé fournir les nécessités de la vie à l'enfant? Les réponses à ces questions donnent une image beaucoup plus complète de la garde et revêtent une importance cruciale lorsqu'il s'agit de satisfaire au critère qui permet d'effectuer une analyse fondée sur l'art. 7 de la *Charte* conformément à l'arrêt « *G* ».

D. *La jurisprudence de notre Cour*

[35] L'arrêt *T.S.* donne une orientation claire aux tribunaux de notre Province en ce qui concerne l'application de l'arrêt « *G* » aux demandes en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État dans des instances concernant la protection de l'enfance.

Cette décision pose [...] le principe général que l'art. 7 n'entre pas en jeu dans les causes où la personne qui demande les services d'un avocat rémunéré par l'État est un membre de la famille de l'enfant qui n'en a pas la garde.
[...] [Par. 12]

[36] J'estime que cette décision (qui a par la suite été appliquée dans l'arrêt *J.R.*) établit fermement qu'il faut présumer que la personne qui demande qu'on lui fournisse les services d'un avocat rémunéré par l'État afin de contester l'intervention de l'État dans une instance de cette nature en matière de protection de l'enfance doit avoir

eu la garde, la charge et la direction de l'enfant qui est visé par la demande. Pour dire les choses encore plus clairement, il faut que ce soit à la « garde » de cette personne que l'enfant a été soustrait lorsqu'il a été pris en charge par le Ministre. Lorsque le juge saisi de la requête a conclu que notre Cour n'avait pas rendu une telle décision, il a commis une erreur et a ouvert la voie à l'intervention de la Cour d'appel. C'est pour cette raison que je me suis laissé convaincre de faire droit à l'appel à l'instar de mes collègues. Étant donné que l'appel a été accueilli pour ce motif, il est inutile que je poursuive mon examen des moyens d'appel. Plus précisément, je m'abstiens de tout commentaire en ce qui concerne le moyen d'appel selon lequel C.M. ne correspondrait pas à la définition du mot « parent » et ne pouvait donc avoir droit aux services d'un avocat rémunéré par l'État.

[37] Je reconnais que bien souvent, l'absolutisme n'est pas tout à fait réaliste dans le panthéon plutôt complexe du droit de la famille et j'accepte qu'il peut y avoir des circonstances exceptionnelles qui pourrait étendre le droit aux services d'un avocat rémunéré par l'État sous le régime de l'art. 7 de la *Charte* à d'autres personnes que la personne ou les personnes ayant la garde de l'enfant et avec qui il vit. De tels cas seraient rares. Ainsi, un parent qui voit son enfant régulièrement, qui passe beaucoup de temps avec l'enfant, qui assume dans une certaine mesure la charge et la direction de l'enfant pendant qu'il se trouve en sa compagnie, qui participe peut-être à la prise de décisions importantes concernant la santé ou l'éducation de l'enfant et dont la vie est indubitablement liée à celle de l'enfant pourrait fort bien y être admissible. Cela n'est pas le cas en ce qui concerne l'un et l'autre des intimés en l'espèce. Si l'enfant ne joue pas un rôle important et réel dans la vie du requérant et si le requérant ne joue pas un rôle important et réel dans la vie de l'enfant, l'art. 7 ne s'applique pas et la demande en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État doit être rejetée.

[38] Un dernier commentaire s'impose. Il faut prendre garde, en la matière, de ne pas assimiler le mot « parent » au seul parent biologique ou adoptif. Comme je l'ai exposé plus en détail au paragraphe 27 des présents motifs, l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille* a une portée plus large et le mot « parent » y est ainsi défini :

“parent” means a mother or father and includes

(a) a guardian; and

(b) for purposes of Parts III, IV and VII, a person with whom the child ordinarily resides who has demonstrated a settled intention to treat the child as a child of his or her family[.]

« parent » désigne une mère ou un père et s’entend également

a) d’un tuteur; et

b) aux fins des Parties III, IV et VII, d’une personne avec laquelle l’enfant réside ordinairement qui a manifesté l’intention bien arrêtée de traiter l’enfant comme faisant partie de sa famille[.]

Envisageons une situation où un enfant vit avec un grand-parent, une tante ou un oncle et où cette personne a « manifesté l’intention bien arrêtée de traiter l’enfant comme faisant partie de sa famille ». Pour le cas où le ou la Ministre chercherait à soustraire un enfant à la garde de cette personne, celle-ci aurait droit aux mêmes égards, mentionnés dans l’arrêt « *G* », qu’un parent biologique ayant la garde de l’enfant.

V. Dispositif

[39] Pour les motifs exposés ci-dessus, j’étais d’accord pour conclure que les appels devaient être accueillis et les motifs déposés ultérieurement et que les ordonnances prescrivant la prestation de services d’un avocat rémunéré par l’État devaient être annulées. Je suis d’avis de n’accorder aucuns dépens.