

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

78-21-CA

PROVINCE OF NEW BRUNSWICK, as
represented by the MINISTER OF JUSTICE

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

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

J.F.

J.F.

RESPONDENT

INTIMÉE

Province of New Brunswick, as represented by the
Minister of Justice v. J.F., 2021 NBCA 61

Province du Nouveau-Brunswick, représentée par
le ministre de la Justice c. J.F., 2021 NBCA 61

CORAM:

The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LaVigne

CORAM :

l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LaVigne

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
June 23, 2021

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 23 juin 2021

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2021 NBQB 150

Décision frappée d'appel :
2021 NBBR 150

Preliminary or incidental proceedings:
None

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appeal heard:
October 21, 2021

Appel entendu :
le 21 octobre 2021

Judgment rendered:
December 23, 2021

Jugement rendu :
le 23 décembre 2021

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Baird

Motifs de jugement:
l'honorable juge Baird

Concurred in by:
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice LaVigne

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Green
l'honorable juge LaVigne

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Katherine S. Donovan

Pour l'appelante :
Katherine S. Donovan

For the respondent:
Ben Reentovich

Pour l'intimée :
Ben Reentovich

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed without costs.

L'appel est accueilli sans dépens.

The judgment of the Court was delivered by

BAIRD, J.A.

I. Introduction

[1] This appeal concerns a decision where state-funded counsel was ordered for a non-custodial parent who is a named respondent in an application for permanent guardianship of a child. The judge’s order was grounded largely on the finding that s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule “B” to the *Canada Act 1982 (U.K.)*, 1982, c. 11 (*Charter*), was engaged in this case, based loosely on her interpretation of *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, [1999] S.C.J. No. 47 (QL) (“G.” decision). The application judge granted a remedy under s. 24. The Province of New Brunswick, as represented by the Minister of Justice, appeals the decision as a matter of law. The Minister asserts the judge modified the test that was established in the “G.” decision when she determined recent amendments to the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), as well as the new *Family Law Act*, S.N.B. 2020, c. 23, “shattered” the “notion of custody,” as defined by this Court in *Province of New Brunswick, as represented by the Minister of Justice and Consumer Affairs v. C.M. and P.M.*, 2012 NBCA 45, 397 N.B.R. (2d) 321. I do not agree.

[2] I will begin with a summary of the background of this case, and then move to the facts the judge relied upon when formulating her opinion. I will then discuss the grounds of appeal.

II. Background

[3] In 2009, the child at the centre of this case, was born to unmarried parents. During the appeal hearing, the parties agreed that, in 2011, when the child was two years of age, the biological father was granted full custody and the mother advised she was granted reasonable access at all reasonable times. In 2012, the mother moved to a

community in Northern New Brunswick, a four-and-a-half-hour drive from the father's residence. She was subsequently incarcerated. In March 2019, she was incarcerated again, for a period of approximately one year. In 2020, the Minister obtained a protective care order, the child was removed from the father's care, and the application for guardianship was filed and served on both the mother and the father. The mother unsuccessfully applied for legal aid, and her appeal was denied. She then filed an application for state-funded counsel.

[4] At the ensuing hearing, the mother testified the reason she was not actively involved in the child's life and not able to have regular access visits with the child was she did not own a car and had to rely on friends and family to transport her to visit the child; and further, the father's abusive and controlling behaviour did not permit her to have a meaningful relationship with the child in any event. She testified there would be "months," sometimes up to six months, between visits with the child, she was not involved in any major decisions concerning the child, she spoke to the child on the phone from time to time, and, in the previous five years, she had exercised access with the child once for two weeks in the father's home, because he would only allow access to the child as long as she stayed in his home.

[5] The lead social worker swore an affidavit, stating in part:

52. I have had the following contact with [J., the mother]:

- a) March 9th, 2020: I informed [J.] that [the child] was in the care of the [M]inister;
- b) March 12, 2020: [J.] participated at the PPC by phone;
- c) March 17, 2020: I advised [J.] of the next court date;
- d) March 18, 2020: [J.] appeared in court and requested to have a visit with [the child];
- e) March 25, 2020: I called [J.] to inform her that telling [the child] about fighting for custody for him is affecting [the child] and she needs to stop talking about this;

- f) August 7, 2020: [J.] asked to come to Moncton for [the child's] birthday and I approved it;
- g) September 9, 2020: [J.] called me saying her phone broke down that is why we could not reach her for the PPC meeting of August 31. [J.] indicated wanting [the child] to go live with her full time. I told her to contact Legal Aid as she would need to apply for custody since she and [the father] had told me that [the father] has primary custody. I provided her with the number for Legal Aid; and
- h) October 8, 2020: [J.] appeared in court and requested visits with [the child]. I told [J.] that her last visit was in August and [the child] reported that his mother screamed at him and he did not like it. I told her it would need to be supervised visits. There was no contact with [J.] until March 8, 2021 when I informed her of the PPC meeting.

SUPERVISED VISITS

[...]

54. [J.] had 1 unsupervised visit with [the child] held in the community in August 2020 and 3 supervised visits on May 25, 2020, June 8th, 2020 on January 2, 2021 held at the Department's office. No issues were raised for May and June visits but for the August visit, [the child] reported that [J.] screamed at him during the visit. For January visit, [the child] disclosed that there was a smell in the place and has been refusing to go since then. The visits are still being offered every second week and [the child] is deciding every second week if [the child] wants to go.

CONCERNS

59. The Department has the following concerns with respect to this family:

- a) [The father's] history of alcohol and drug consumption;
- b) [The father's] lack of parenting skills;
- c) [The child's] disclosure of abuse at the hands of [the father]; and

d) [The mother's] lack of involvement.

[6] The judge made the following findings:

Since the father has had custody of [the child], the mother has seen the child often, but not regularly. I note that the father and [the child] have always lived in Moncton and the mother's residence has been in Campbellton since 2012. The mother has no vehicle and must therefore rely on friends and family members to be able to come to Moncton (a four-hour drive one way). Consequently, the mother explained that she would see [the child] "every couple of months." However, during a certain period the child came visiting, every couple of weeks, the mother's father's partner (a person named S.M.) in Campbellton and the mother was then able to see [the child] once or twice during a visit. The mother also mentioned seeing [the child] during a Christmas holiday, at [the child's] birthday or at [the child's] Tae-Kwon-Do activity. The mother also attended one parent-teacher meeting when the child was in grade 3. Twice, she went to school to pick the child up, but the father had not advised the school staff and she was not allowed to leave with [the child]. The mother testified that in the last five years, the longest period she spent with [the child] was a two-week period, but she had to stay at the father's house during the whole visit.

The mother also testified that she used to call [the child] about twice a month, but there were times she was denied telephone access. During her testimony, the mother said she tried to be involved regarding [the child's] health, but every time she raised some health issues, the father would respond that he was the only one in charge of [the child's] well-being. [paras. 7-8]

[7] The judge started her analysis with a recitation of the reasons in the "G." decision, and then canvassed how those reasons have been applied in this province. Most notably, the judge referred to the decision in *C.M.*, where Green J.A. observed, at para. 32, there is no definition of custody *per se* in the *Family Services Act*, S.N.B. 1980. c. F.-2.2. The judge acknowledged Green J.A. concluded that, absent exceptional circumstances, "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" (para. 18, quoting *C.M.*, at para. 36). However, the judge then moved on to examine the amendments to the *Divorce Act*, which came into effect on March 1, 2021, and which were subsequently incorporated in the *Family Law Act*. She concludes:

The *Family Law Act* oversees parenting arrangements between parents who are not married or if married, do not wish to proceed under the *Divorce Act*. The *Family Services Act* still exists to govern the child protection proceedings. However, we now have two definitions of the best interests of the child in New Brunswick, one for private proceedings and one for child protection proceedings. Also, we now have the concept of "parenting arrangement" between parents and the concept of "custody, care and control" between the state and parents.

While the New Brunswick Court of Appeal did not conceivably want to fashion a dichotomy in the notion of custody between two Parts of the *Family Services Act*, the legislator in New Brunswick has recently decided otherwise by proclaiming the new *Family Law Act*. Consequently, I believe the notion of "custody" as referred in *C.M.* has been shattered by these new legislative developments. As of March 1, 2021, the spectrum of parenting arrangements has increased to a myriad of family situations and most importantly, the impacts and effects of family violence on such family situations must now be recognized in assessing the parents' role and involvement in a child's life. [paras. 27-28]

[8] The judge concluded that, when hearing applications for state-funded counsel, judges can now assess the custodial relationship that existed at the time of the placement into protective care through the lens of family violence, which is a criterion to be considered under the best interests of the child in the *Family Law Act*. The judge acknowledged the child had not resided with his mother for approximately eight years; however, she attributed this to the father's abusive and controlling personality. She was satisfied that, at the time the child was placed into protective care, the mother was involved and played a role in the child's life, as much as she could within the context of a situation of family violence, and it was on that basis she granted the order (para. 37).

III. Grounds of Appeal

[9] The Minister argues the judge:

- a) misinterpreted or misapplied the legal test to determine entitlement to state-funded counsel by misinterpreting the notion of “custody” established in the “G.” decision and by the Court in *C.M.*, and
- b) misinterpreted or misapplied that legal test by erroneously importing the “best interests of the child” factors set out in the *Divorce Act* and the *Family Law Act* into an application for state-funded counsel; and
- c) breached the rules of procedural fairness and natural justice when she did not give the Minister the opportunity to address the applicability of the recent amendments to the *Divorce Act* and the provisions of the *Family Law Act* to guardianship applications and, in so doing, deprived the Minister of the opportunity to cross-examine the mother on those criteria.

IV. Standard of Review

[10] As it pertains to the first two grounds of appeal, the standard of review is that of correctness. No deference is owed to the judge’s decision when reviewing a question of law or reviewing a statutory provision.

[11] With respect to the third ground of appeal, where matters of natural justice and procedural fairness are raised, the role of the reviewing court is to determine whether the hearing was fair. Deference is not necessarily accorded and, if it is determined the hearing judge failed to allow a party to be heard, or that an unfair advantage was given to one party over another, appellate review may be warranted (see *J.S. and J.N. v. Minister of Social Development (now Minister of Families and Children)*, 2018 NBCA 26, [2018] N.B.J. No. 371 (QL), at para. 8, where the Court stated, “An allegation raising a breach of procedural fairness or the denial of natural justice will be reviewed on the standard of

correctness”). In this case, although not argued before her, the judge, on her own initiative, justified her conclusion by referring to the modified best interests of the child criteria. The Minister submits, since neither party made submissions on this point, the judge had an obligation to provide notice she would be considering this criteria as relevant to her analysis before rendering a decision, and the Minister should have been given the opportunity to meet the case and to cross-examine the mother with respect to them. The Minister contends, by referring to and relying on them as an integral part of her decision, the judge deprived him of procedural fairness.

V. Analysis

A. *The “notion” of custody*

[12] When this appeal was heard, the guardianship application was scheduled for hearing in December 2021. The respondent advised she had been provided with state-funded counsel in accordance with the lower court’s decision, and she had been working with her legal counsel in preparation for the anticipated hearing. Applying the reasons set out in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, [1989] S.C.J. No. 14 (QL), we decided to delay the release of the disposition until after the hearing, so as not to interfere with the fact the mother had already been assigned state-funded counsel and was actively working with that lawyer; however, the hearing has been adjourned to late February into early March 2022. Legal counsel has already been assigned to J.F. and is the solicitor of record. Although the questions posed in this appeal will be moot, it is my view further clarification is required from this Court on when state-funded counsel should be granted in a proceeding when a child has not been removed from the custodial care of the applicant.

[13] The analysis starts with the statement there is no “freestanding” right to legal counsel (see *Winnipeg Child and Family Services v. A. (J.) et al.*, 2003 MBCA 154, [2003] M.J. No. 454 (QL)). Where an applicant cannot afford to retain counsel on his or her own and has been denied legal aid, the Court of Appeal of Manitoba recognized that a “limited” right to state-funded counsel exists under s. 7 of the *Charter* in those serious

and complex cases where counsel is required to ensure a fair hearing (para. 34). This is consistent with the decision in *R. v. Rowbotham (Ont. C.A.)*, [1988] O.J. No. 271 (QL) (C.A.), as applied by the Court in subsequent cases.

[14] In *Minister of Justice and Consumer Affairs v. J.R. and C.R. and Minister of Social Development, S.M.R. and R.M.*, 2010 NBCA 81, 365 N.B.R. (2d) 377, Larlee J.A. wrote: “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 NBCA78 351 N.B.R.(2d) 269, at para. 11)” (para. 11). Green J.A. quoted this passage with approval in *C.M.*, at para. 29.

[15] In the child protection context, following the “G.” decision, it has generally been accepted that, when the state removes a child from parental care and is seeking custody or permanent guardianship, custodial parents are entitled to legal representation and should not be required to represent themselves, if they can satisfy certain criteria. If legal aid has been requested and rejected, and the appeal process has been exhausted, the parent may apply to the court for an order requiring the appointment of state-funded counsel. Judges who render these decisions have historically been guided by the reasons set out in the “G.” decision.

[16] In that case, the Minister sought a custody extension of up to six months for the three children. The mother’s application for legal aid was denied. The mother then brought a motion for an order directing the Minister to provide her with state-funded counsel. The denial of legal aid assistance and state-funded counsel was unsuccessfully appealed to this Court. The mother then appealed to the Supreme Court on the basis this denial was a violation of her fundamental right to a fair trial as guaranteed under s. 7 of the *Charter*. The criteria that have been historically considered at “G.” hearings include: a) the fact the proceedings may have a detrimental impact on the parent’s life, liberty or security of the person, which includes psychological security, under s. 7 of the *Charter*; b) whether lack of legal representation would violate the principles of fundamental justice due to the seriousness of the interests at stake, the complexity of the case and the inability of the parent to properly present his or her case due to intellectual disadvantage; and c)

whether there is evidence the parent lacks the financial ability to pay for legal services themselves or with the assistance of others.

[17] If it is determined a breach of s. 7 has occurred and cannot be saved under s. 1, an order for state-funded counsel is appropriate under s. 24. This Court has generally accepted that s. 7 rights are engaged when the state removes a child from the custody of a parent (see *The Minister of Social Development v. Speight et al.*, 2009 NBCA 67, 351 N.B.R (2d) 162; *Minister v. J.R. and C.R.*, at para. 15; and *C.M.*). In the “G.” decision, Lamer C.J., on the question of state removal of a child from parental custody, concluded:

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.

[...]

A child custody application is an example of state action which directly engages the justice system and its administration. The *Family Services Act* provides that a judicial hearing must be held in order to determine whether a parent should be relieved of custody of his or her child.

I therefore conclude that the Minister of Health and Community Services’ application to extend the original custody order threatened to restrict the appellant’s right to security of the person. I note that this conclusion is not inconsistent with the position I adopted in *B. (R.)*, where I limited my comments to the issue of the scope of the right

to liberty under s. 7 and in particular, whether the right to liberty includes the right of parents to choose medical treatment for their child. [paras. 61, 66-67]

[18] The Supreme Court noted it was “of particular importance” the Minister was seeking a six-month extension of a previous custody order. It was Lamer C.J.’s opinion the removal of children from a parent of three young children for six months is a “significant period of time” (para.77). He observed the mother had already been separated from her children for over a year as a result of previous proceedings. He stated the Minister’s application to extend the original custody order under Part IV of the *Family Services Act* threatened to restrict the mother’s right to security of the person, which would not be in accord with the principles of fundamental justice (para. 55). Lamer C.J. opined that to avoid a prospective breach of s. 7 of the *Charter*, state-funded counsel should have been provided to her. French J.A. applied this reasoning in *S.G. v. New Brunswick (Minister of Social Development)*, [2018] N.B.J. No. 364 (QL) (C.A.).

[19] In this case, the judge found the discrepancy between the definition of the best interests of the child in the *Family Law Act*, for private custody applications, and the definition in the *Family Services Act*, for the purposes of guardianship applications, was irreconcilable. As noted, the judge leveraged this discrepancy when she concluded the definition of custody as stated by this Court, most notably in *C.M.*, has been “shattered” as a result. However, the mother had an alternative route, which she did not pursue. As the judge observed, the *Family Law Act* permits the filing of a private custody claim, and, in this province, where domestic violence is asserted, an application for legal aid counsel may be made. In this case, there was an existing order granting the father sole custody of the child, which, as noted, could have been the subject of a motion to vary custody by the mother.

[20] Before proceeding with this part of the analysis, it bears examining what the Supreme Court concluded in the “G.” decision. As I read its reasons, the decision clearly tied the removal of a child from parental custody to the *Charter* interests being protected in s. 7. It is my opinion the analysis was restricted to those cases where a child is being removed from the custodial care of a parent at the time of the initiation of legal

proceedings (paras. 60-61). Green J.A. accepted and amplified this principle in *C.M.* What the judge did in this case was to find a creative way to distinguish *C.M.* I will concede that, in certain cases, where there is clear evidence a parent has been denied his or her custodial care of a child through no fault of his or her own, a court could be persuaded to invoke the “exceptional circumstances” exception discussed by Green J.A. in *C.M.* With respect, however, that was not the evidence in this case. The significant and uncontradicted facts include the following:

1. In 2011, a court granted the father sole custody of the child, and, as noted, the mother was granted reasonable access and visitation on reasonable notice to the father;
2. The mother had never applied to vary the order;
3. The mother was incarcerated for several months between the years 2012 and 2013;
4. The mother was incarcerated again in 2019;
5. The mother’s access visits with the child were sporadic and inconsistent;
6. The child is currently twelve years old and has expressed a reluctance to visit with his mother;
7. The child was taken into protective care in March 2020. Between that time and March 15, 2021, the mother had one unsupervised visit and three supervised visits with the child; and
8. Following the filing of the social worker’s affidavit, the mother had four “quick visits” with the child, and the child had one visit with her at her home.

[21] As it pertains to the importance of a custodial relationship, in *C.M., Green J.A.* concluded:

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? [para. 31]

[22] Given the facts of this case, it cannot be said the mother had custodial care of the child at the time the Minister took protective care. In the “*G*.” decision one of the primary preoccupations of the Supreme Court was the “serious interference with the psychological integrity” of a parent when a child is removed from his or her care (para. 61). Lamer C.J. concluded it is the distress arising from the loss of companionship of the child, and the interference with the parent-child relationship, that is the interest being protected (paras. 60-61). He discussed the “stigma” associated with being labelled an “unfit” parent and he noted the individual’s status in society as being a parent can be fundamental to the parent’s personal identity. These were carefully described in the “*G*.” decision. Lamer C.J. was observing that to be eligible for state-funded counsel, it seemed appropriate there be a custodial relationship between the parent and the child (paras. 61-63). In my view, the Supreme Court created clear limits on a parent’s eligibility for state-funded counsel in this context.

[23] As the Minister advised in his brief, “[i]t is not the possibility of becoming a custodial parent that triggers the application of s. 7; it is the impact of the loss of custodial rights that invokes the s. 7 argument” (see also *New Brunswick (Minister of Social Development) v. K.W.*, 2010 NBQB 406, [2010] N.B.J. No. 462 (QL) cited to QL). In that case, the biological father had been incarcerated and was expected to be released by the time of the guardianship hearing. He had only seen the child on a few occasions since birth, and had never sought custody of the child, but he wanted an order granting

him permanent custody. His application for state-funded counsel on the basis he was seeking to become a custodial parent was denied.

[24] Similarly, in *New Brunswick (Minister of Social Development) v. J.K. et al.*, 2015 NBQB 2, 431 N.B.R. (2d) 275, cited to N.B.R., the mother saw the child regularly, usually every second weekend for short visits, but she did not have the custodial care of the child, nor did she participate in decisions that affected the child's day-to-day life. Applying *C.M., Ferguson J.* determined the mother's life was not "interwoven" with the child's and denied the mother's request for state-funded counsel.

[25] In this case, the mother testified she "ended up getting in trouble," and she did not fight for the child. She described it as taking the coward's way out and resorting to drugs. She stated when it was "time to fight" for the child, she was "too far gone" (transcript, at p. 17). This mirrors exactly what the court stated in *K.W.* It is not the prospect of gaining custodial care that triggers the s. 7 *Charter* interest. It is the potential for the loss of existing rights as a result of state action. In this case, the state was not seeking to remove the child from the mother's custodial care. In fact, as stated, the mother was relieved of her custodial rights when the child was approximately two years of age. With respect, it is my view the decision in the court below stretches the "notion" of custodial rights in such a way as to ignore the clear message the Supreme Court sent in the "G." decision. The facts speak for themselves. At the time the child was taken into protective care in this case, the mother could not have been considered a custodial parent. For the reasons stated, it is my opinion the judge incorrectly applied the legal principles.

B. *Does the best interests of the child test apply in applications for state-funded counsel in guardianship proceedings?*

[26] The Minister argues the judge considered irrelevant factors when she determined that domestic violence by the father impeded the mother's relationship with the child. In doing so, the judge imported into her analysis the modified best interests of the child test that came into effect March 1, 2021 in the *Family Law Act*. He further submits the father's alleged abuse is not a relevant consideration as it is not related to the

state's action to proceed with the guardianship hearing, because the parents had not lived together for about eight years. The Minister states the "G." decision is silent on this point, and there is no jurisprudence in this province that states the reasons why a parent seeking state-funded counsel does not currently have the custodial care of the child are relevant (see *New Brunswick (Minister of Social Development) v. J.P. et al.*, 2013 NBQB 288, 409 N.B.R. (2d) 301, cited to N.B.R.).

[27] In fact, in this case, domestic violence should not have been a relevant consideration at all, particularly given the fact the parties to the application for state-funded counsel were the mother and the Minister. There was no evidence the Minister had impeded or interfered with the mother's relationship with or her access to the child. As pointed out in the Minister's submission, miscellaneous factors are not relevant in these applications. The mother had an alternative. She could have applied for a variation of the previous custody order under the *Family Law Act*. This would allow for the receipt of evidence of domestic abuse, a relevant factor under the modified best interests of the child analysis. The mother could have applied for legal aid to pursue that application, which could have been heard immediately following the guardianship hearing.

[28] In *R.B. and T.R. v. The Minister of Families and Children and C.H.*, 2019 NBCA 32, [2019] N.B.J. No. 149 (QL), this Court had the opportunity to review what the Court concluded in *Minister of Social Development v. T.A.P., A.H., F.M. and D.W.*, 2015 NBCA 39, [2015] N.B.J. No. 150 (QL). When there are competing applications for custody, although both applications seek similar relief and involve the custodial care of children, in the child protection context, the burden is squarely on the Minister to prove the grounds under s. 56 of the *Family Services Act*. The evidence called in one proceeding will not necessarily be the same as in the private custody application, and, as Larlee J.A. stated in *T.A.P.*, there are privacy interests which must be respected. Those would include cases where an interested party, such as a grandparent, has applied for custody. In those cases, a consolidation order is not appropriate, unless all parties consent, because of the confidential and sensitive nature of the information introduced during child protection hearings.

[29] As stated in *T.A.P.*, when there are competing applications, the appropriate procedure is to hear the guardianship application first and to then hear the private custody application. Both applications require a reasoned analysis based on the merits of each. As stated in *R.B. and T.R.*, “[a] guardianship hearing, by its nature, often requires the introduction of expert reports, medical reports and other evidence of a sensitive nature” (para. 17; see also *T.A.P.*, at para. 20). The mother’s evidence of domestic abuse would be but one of the factors a court would be required to consider under the best interests of the child test in her private application.

[30] In this case, relying on the provisions of the *Family Law Act*, which, as stated, do not apply to child protection cases, the judge focussed her analysis on the best interests of the child, writing:

[...] a parent-child relationship at the time of a placement into protective care must now be assessed through the kaleidoscope of parenting arrangements that can arise from the new legislative dispositions and taking into consideration all the factors that define the best interests of the child, including, and significantly in this matter, family violence. [para. 30]

[31] The “*G.*” decision concerned ensuring a fair trial in the context of a child protection hearing. Given the intrusive nature of state action in these cases, the Supreme Court went to great lengths to describe the interests at stake and to lay out the factors to be considered before such an order is made. Lamer C.J. recognized the necessity of having effective parental participation in those cases where a parent seeks to “maintain” the custody of a child. He observed that the best interests of a child are “presumed” to lie within the parental home. He went on to say, when the state makes an application for custody, a judge must decide whether that parent should “retain custody,” and, in order to do so, must be presented with evidence concerning the child’s home life and the quality of the parenting (para. 73). Nowhere in the decision did the Supreme Court instruct judges to conduct a best interests of the child analysis when determining an application for state-funded counsel. That analysis is left to the trial judge, who is charged with the responsibility of assessing the evidence through the lens of the criteria set out in the legislation, which would include recent amendments concerning domestic violence. In

fact, L'Heureux-Dubé J., concurring in the "G." decision, cautioned judges against making the parent's task more difficult by conducting what I will label a premature best interests analysis, at the state-funded counsel application stage of the proceeding (para. 123). She stated that courts must be particularly careful to avoid including factors in the test for "funded counsel" that may make it more difficult for the parent when presenting their case on the merits. Until all the evidence is before the court, such an analysis is not only premature, but it cannot be complete. This is all the more notable in this case, where the father was not present at the "G." hearing.

[32] In my view, not only is it inappropriate, but it is also dangerous, to attempt a merit-based analysis at the "G." hearing stage. Even if such an analysis were deemed to be meritorious, a judge should not focus exclusively on one criterion, in this case, domestic violence, to the exclusion of the other criteria. Given the facts of this case, it is my view the judge erred when she imported domestic violence as a component of her analysis.

C. *Were the rules of natural justice and procedural fairness violated?*

[33] On this ground, the Minister argues he was not given the opportunity to address the applicability of both the amendments to the *Divorce Act* and the provisions of the *Family Law Act*, which were applied by the judge in her reasons. He submits the judge erred when she unilaterally considered the legislative changes but did not provide notice she was going to do so. He submits the failure to allow him the opportunity to cross-examine the mother concerning these issues was a violation of the rules of natural justice and deprived him of procedural fairness as a result. I agree.

[34] Given the fact the first two grounds of appeal have been successful, I do not see the necessity of pursuing an analysis of this third ground, other than to observe the obvious. If a court raises an issue on its own motion concerning a matter that has not otherwise been raised by counsel during the hearing, the rules of natural justice would require that the parties to the proceeding be given the opportunity to address those issues,

either through the introduction of further evidence, or the filing of briefs, depending on the circumstances.

VI. Disposition

[35] For these reasons, I would allow the appeal and set aside the judge's decision. State funded counsel should not have been ordered in this case.

LA JUGE BAIRD

I. Introduction

[1] Le présent appel concerne une décision dans laquelle il a été ordonné de fournir les services d'un avocat rémunéré par l'État à un parent non-gardien qui est une intimée nommément désignée dans une demande de tutelle permanente à l'égard d'un enfant. L'ordonnance rendue par la juge reposait principalement sur sa conclusion selon laquelle l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) (la *Charte*), était en cause en l'espèce, conclusion qu'elle a vaguement fondée sur son interprétation de 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) (l'arrêt *G.*). La juge saisie de la demande a accordé une réparation en vertu de l'art. 24. La Province du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre de la Justice, interjette appel de la décision sur une question de droit. Le Ministre fait valoir que la juge a modifié les critères établis dans l'arrêt *G.* en concluant que les récentes modifications apportées à la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), et la nouvelle *Loi sur le droit de la famille*, L.N.-B. 2020, ch. 23, avaient [TRADUCTION] « anéanti » la [TRADUCTION] « notion de garde » telle que celle-ci a été définie par notre Cour dans l'arrêt *Province du Nouveau-Brunswick, représentée par la ministre de la Justice et de la Consommation c. C.M. et P.M.*, 2012 NBCA 45, 397 R.N.-B. (2^e) 321. Je ne partage pas cet avis.

[2] Je commencerai par résumer le contexte de l'espèce et j'examinerai ensuite les faits sur lesquels la juge s'est appuyée pour formuler son opinion, avant d'analyser les moyens d'appel.

II. Contexte

[3] En 2009, l'enfant qui est au cœur de la présente affaire est né hors du mariage. Lors de l'audition de l'appel, les parties ont convenu que, en 2011, alors que l'enfant était âgé de deux ans, le père biologique en a obtenu la garde complète et la mère a affirmé qu'elle avait obtenu un accès raisonnable auprès de l'enfant en toute période raisonnable. En 2012, la mère a déménagé dans une collectivité du Nord du Nouveau-Brunswick, à quatre heures et demie de route de la résidence du père. Elle a ensuite été incarcérée. En mars 2019, elle a de nouveau été incarcérée, pendant environ un an. En 2020, le Ministre a obtenu une ordonnance de placement sous un régime de protection, l'enfant a été soustrait à la charge du père et la demande de tutelle a été déposée et signifiée à la mère et au père. La mère a présenté une demande d'aide juridique, qui a été refusée, et son appel a été rejeté. Elle a ensuite déposé une demande pour obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État.

[4] Dans le témoignage qu'elle a livré à l'audition de cette demande, la mère a expliqué que, si elle n'avait pas participé activement à la vie de l'enfant et n'avait pas été en mesure de visiter l'enfant régulièrement, c'était parce qu'elle ne possédait pas de voiture et devait se fier à des amis et des membres de sa famille pour la conduire pour aller visiter l'enfant; en outre, le comportement violent et dominant du père ne lui permettait pas d'entretenir une relation significative avec l'enfant de toute façon. Selon son témoignage, plusieurs [TRADUCTION] « mois » pouvaient passer, parfois jusqu'à six, entre ses visites auprès de l'enfant, elle ne participait à aucune décision importante concernant l'enfant, elle lui parlait au téléphone à l'occasion et, au cours des cinq années précédentes, elle avait exercé ses droits d'accès auprès de l'enfant une fois pendant deux semaines dans la maison du père, car celui-ci ne lui permettait d'avoir accès à l'enfant que si elle restait dans sa maison.

[5] La travailleuse sociale responsable du dossier a souscrit un affidavit, dont voici un extrait :

[TRADUCTION]

52. J'ai eu les contacts suivants avec [J., la mère] :

- a) 9 mars 2020 : J'ai informé [J.] que [l'enfant] avait été pris en charge par le Ministre;
- b) 12 mars 2020 : [J.] a participé à la [conférence de planification visant la permanence] par téléphone;
- c) 17 mars 2020 : J'ai informé [J.] de la prochaine date d'audience;
- d) 18 mars 2020 : [J.] s'est présentée au tribunal et a demandé d'avoir une visite auprès de [l'enfant];
- e) 25 mars 2020 : J'ai appelé [J.] pour l'informer que le fait de dire à [l'enfant] qu'elle se bat pour obtenir sa garde perturbe [l'enfant] et qu'elle doit arrêter de lui en parler;
- f) 7 août 2020 : [J.] a demandé de venir à Moncton pour l'anniversaire de [l'enfant] et j'ai approuvé sa demande;
- g) 9 septembre 2020 : [J.] m'a appelée pour me dire que son téléphone ne fonctionnait plus et que c'était la raison pour laquelle nous n'arrivions pas à la joindre pour la rencontre de planification visant la permanence du 31 août. [J.] a indiqué souhaiter que [l'enfant] aille vivre avec elle à plein temps. Je lui ai dit de communiquer avec l'Aide juridique, car elle devra présenter une demande en vue d'obtenir la garde, comme elle et [le père] m'avaient dit que [le père] avait la garde principale. Je lui remis le numéro de l'Aide juridique;
- h) 8 octobre 2020 : [J.] s'est présentée au tribunal et a demandé de se voir accorder des visites avec [l'enfant]. J'ai dit à [J.] que sa dernière visite remontait au mois d'août et que [l'enfant] avait dit que sa mère lui avait crié après et qu'il n'avait pas aimé cela. Je lui ai dit que ces visites devraient être surveillées. Il n'y a eu aucun contact avec [J.] jusqu'au 8 mars 2021, lorsque je l'ai informée de la rencontre de planification visant la permanence.

VISITES SURVEILLÉES

[...]

54. [J.] a eu une visite surveillée avec [l'enfant] dans la collectivité en août 2020 et 3 visites surveillées dans les locaux du Ministère le 25 mai 2020, le 8 juin 2020 et le 2 janvier 2021. Aucun problème n'a été évoqué lors des visites de mai et de juin, mais en ce qui concerne la visite d'août, [l'enfant] a signalé que [J.] lui avait crié après pendant la visite. Pour ce qui est de la visite de janvier, [l'enfant] a indiqué qu'il y avait une odeur dans les lieux et a refusé de s'y rendre depuis. Les visites sont toujours offertes aux deux semaines et [l'enfant] décide toutes les deux semaines si [l'enfant] souhaite y aller.

PRÉOCCUPATIONS

59. Le Ministère entretient les préoccupations suivantes à l'égard de cette famille :

- a) les antécédents de consommation d'alcool et de drogue [du père];
- b) l'absence de compétences parentales chez [le père];
- c) le signalement par [l'enfant] d'actes de violence commis par [le père] à son endroit;
- d) le manque de participation de la part de [la mère].

[6] La juge a tiré les conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

Depuis que le père a la garde de [l'enfant], la mère a vu l'enfant à de nombreuses reprises, mais pas sur une base régulière. Je constate que le père et [l'enfant] ont toujours habité Moncton et que la mère habite Campbellton depuis 2012. La mère n'a pas de voiture et doit donc se fier à des amis et à des membres de sa famille pour la conduire de Campbellton à Moncton (un trajet de 4 heures). En conséquence, la mère a expliqué qu'elle voyait [l'enfant] [TRADUCTION] « tous les deux mois ». Toutefois, durant une certaine période, l'enfant rendait visite, toutes les deux semaines, à la partenaire intime du père de la mère (une personne nommée S.M.), à Campbellton, et la mère pouvait alors voir [l'enfant] une ou deux fois durant une telle visite. La mère a mentionné également avoir vu [l'enfant] pendant un congé des Fêtes de Noël, à son anniversaire et lors d'une

activité de Tae-Kwon-Do. La mère a été présente aussi à une rencontre parent-maître lorsque l'enfant était en troisième année scolaire. À deux reprises elle est allée prendre l'enfant à l'école, mais le père n'avait pas avisé le personnel scolaire, donc elle n'avait pas pu partir avec [l'enfant]. La mère a témoigné qu'au cours des cinq dernières années, la période la plus longue qu'elle a eue avec [l'enfant] était une période de deux semaines, mais elle avait dû rester chez le père pendant toute cette visite.

La mère a témoigné aussi qu'elle avait l'habitude de téléphoner à [l'enfant] environ deux fois par mois, mais que parfois on lui refusait cet accès téléphonique. Au cours de son témoignage, la mère a dit qu'elle avait essayé d'apporter son aide concernant la santé de [l'enfant], mais que chaque fois qu'elle soulevait quelque question de santé que ce soit, le père répondait qu'il était seul à avoir la responsabilité du bien-être [de l'enfant]. [par. 7 et 8.]

[7] La juge a commencé son analyse en reprenant les motifs de l'arrêt *G.*, pour ensuite examiner la façon dont ils avaient été appliqués dans notre province. Plus précisément, la juge a renvoyé à l'arrêt *C.M.*, où le juge Green fait remarquer, au par. 32, que la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, ne contient pas de définition du mot « garde » en soi. La juge a reconnu que le juge Green avait conclu que, en l'absence de circonstances exceptionnelles, « 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 » [par. 18, citant le par. 36 de l'arrêt *C.M.*]. Cependant, la juge est ensuite passée à l'examen des modifications apportées à la *Loi sur le divorce* qui sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 2021 et qui ont ensuite été intégrées à la *Loi sur le droit de la famille*. Elle conclut ainsi :

[TRADUCTION]

La *Loi sur le droit de la famille* régit les arrangements parentaux entre des pères et mères qui ne sont pas mariés ou, s'ils sont mariés, qui ne veulent pas procéder sous le régime de la *Loi sur le divorce*. La *Loi sur les services à la*

famille existe toujours et elle régit les instances en matière de protection de l'enfance. Toutefois, nous avons maintenant deux définitions de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant au Nouveau-Brunswick, une définition qui s'applique aux instances privées et une définition qui s'applique aux instances en matière de protection de l'enfance. En outre, nous devons maintenant tenir compte de la notion d'« arrangement parental » entre les parents ainsi que de la notion de « garde, charge et direction » dans les instances entre l'État et les parents.

Même si la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick n'a vraisemblablement pas voulu créer une dichotomie dans la notion de garde entre les deux parties de la *Loi sur les services à la famille*, le législateur du Nouveau-Brunswick a décidé récemment le contraire en proclamant la nouvelle *Loi sur le droit de la famille*. En conséquence, je crois que la notion de « garde », ainsi qu'elle est envisagée dans l'arrêt *C.M.*, a été anéantie par ces deux nouvelles mesures législatives. À partir du 1^{er} mars 2021, l'éventail des arrangements parentaux s'est étendu pour englober une myriade de situations familiales et, plus important encore, l'incidence et les répercussions de la violence familiale dans ces diverses situations familiales doivent maintenant être prises en ligne de compte dans l'évaluation du rôle et de la participation d'un père ou d'une mère dans la vie d'un enfant. [par. 27 et 28.]

- [8] La juge a conclu que, lorsqu'ils sont saisis de demandes visant à obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État, les juges peuvent dorénavant évaluer la relation de garde qui existait au moment du placement en régime de protection sous l'angle de la violence familiale, un facteur dont il convient de tenir compte pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant selon la *Loi sur le droit de la famille*. La juge a reconnu que l'enfant n'avait pas vécu avec sa mère depuis environ huit ans; elle a toutefois attribué cela à la personnalité violente et dominante du père. Elle s'est dite convaincue que, au moment où l'enfant a été placé sous un régime de protection, la mère participait à la vie de son fils et jouait un rôle dans celle-ci, autant qu'il lui était possible de le faire dans un contexte de violence familiale, et c'est sur ce fondement qu'elle a accordé l'ordonnance (par. 37).

III. Moyens d'appel

[9] Le Ministre fait valoir que la juge :

- a) a interprété ou appliqué erronément le critère juridique permettant de déterminer le droit aux services d'un avocat rémunéré par l'État en interprétant erronément la notion de « garde » établie dans l'arrêt *G.* et par notre Cour dans l'arrêt *C.M.*;
- b) a interprété ou appliqué erronément le critère juridique en appliquant à tort à une demande sollicitant les services d'un avocat rémunéré par l'État les facteurs servant à déterminer l'« intérêt supérieur de l'enfant » énoncés dans la *Loi sur le divorce* (qui emploie le terme « intérêt de l'enfant » pour désigner cette notion) et la *Loi sur le droit de la famille*;
- c) a enfreint les règles d'équité procédurale et de justice naturelle en ne donnant pas au Ministre la possibilité de traiter de l'application des récentes modifications apportées à la *Loi sur le divorce* et des dispositions de la *Loi sur le droit de la famille* aux demandes de tutelle et en privant par le fait même le Ministre de la possibilité de contre-interroger la mère à ce sujet.

IV. Norme de contrôle

[10] En ce qui concerne les deux premiers moyens d'appel, la norme de contrôle est la norme de la décision correcte. Il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence envers la décision d'un juge qui porte sur une question de droit ou une disposition législative.

[11] Quant au troisième moyen d'appel, lorsque des questions de justice naturelle et d'équité procédurale sont soulevées, le rôle de la cour de révision est de déterminer si l'audience était équitable. Il n'y a pas nécessairement lieu de faire preuve

de déférence et, s'il est décidé que le juge qui a instruit l'affaire n'a pas permis à une partie d'être entendue, ou qu'un avantage indu a été accordé à une partie par rapport à l'autre, la révision en appel pourrait être justifiée (voir *J.S. et J.N. c. Ministre du Développement social (maintenant Ministre des Familles et des Enfants)*, 2018 NBCA 26, [2018] N.B.J. No. 371 (QL), où la Cour affirme, au par. 8 : « La norme de contrôle qui s'applique à une allégation de manquement à l'équité procédurale ou de déni de justice naturelle est celle de la décision correcte. ») En l'espèce, bien que cela n'eût pas été plaidé devant elle, la juge, de son propre chef, a justifié sa conclusion en renvoyant aux critères modifiés de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le Ministre fait valoir que, puisqu'aucune des parties n'avait présenté d'observations sur ce point, la juge avait l'obligation de les aviser, avant de rendre sa décision, qu'elle considérerait ces critères comme pertinents dans le cadre de son analyse, et le Ministre aurait dû se voir accorder la possibilité d'y répondre et de contre-interroger la mère à leur égard. Selon le Ministre, en se référant à ces critères et en s'y appuyant pour justifier une partie intégrante de sa décision, la juge l'a privé de son droit à l'équité procédurale.

V. Analyse

A. *La « notion » de garde*

[12] Lorsque le présent appel a été entendu, la date d'audition de la demande de tutelle avait été fixée en décembre 2021. L'intimée a indiqué qu'elle avait obtenu les services d'un avocat rémunéré par l'État conformément à la décision du tribunal de première instance, et qu'elle travaillait avec celui-ci pour se préparer en vue de l'audience prévue. Appliquant les motifs énoncés dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, [1989] A.C.S. n° 14 (QL), nous avons décidé de reporter la publication du dispositif après l'audience, de façon à ne pas nous ingérer dans le fait qu'elle s'était déjà vue assigner un avocat rémunéré par l'État et travaillait activement avec cet avocat. Cependant, l'audience a été ajournée et doit reprendre à la fin février ou au début mars 2022. Un conseiller juridique a été affecté à J.F. et il est l'avocat commis au dossier. Même si les questions soulevées par le présent appel seront rendues théoriques, j'estime qu'il est nécessaire pour notre Cour d'apporter des clarifications

supplémentaires sur les situations qui justifient la nomination d'un avocat rémunéré par l'État dans une instance où ce n'est pas à la garde de l'auteur de la demande que l'enfant a été soustrait.

[13] L'analyse commence par l'affirmation qu'il n'existe pas de [TRADUCTION] « droit autonome » à l'assistance d'un avocat (voir *Winnipeg Child and Family Services c. A. (J.) et al.*, 2003 MBCA 154, [2003] M.J. No. 454 (QL)). Lorsqu'un demandeur n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat et que l'aide juridique lui a été refusée, la Cour d'appel du Manitoba a reconnu qu'un droit [TRADUCTION] « limité » d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État existait au titre de l'art. 7 de la *Charte* dans les affaires graves et complexes exigeant qu'un avocat s'assure de l'équité du procès (par. 34). Cela concorde avec l'arrêt *R. c. Rowbotham (Ont. C.A.)*, [1988] O.J. No. 271 (QL) (C.A.), appliqué par notre Cour dans des affaires subséquentes.

[14] 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, la juge Larlee écrivait ceci : « 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) » (par. 11.) Le juge Green cite et approuve ce passage au par. 29 de l'arrêt *C.M.*

[15] Dans un contexte de protection de l'enfance, depuis l'arrêt *G.*, il est généralement admis que, lorsque l'État retire à un parent la charge de son enfant et en demande la garde ou la tutelle permanente, les parents gardiens ont le droit d'être représentés par avocat et ne devraient pas être tenus de se représenter eux-mêmes, s'ils sont en mesure de répondre à certains critères. Si l'aide juridique a été demandée et refusée, et que les moyens d'appel ont été épuisés, le parent peut demander à la cour d'ordonner la nomination d'un avocat rémunéré par l'État. Dans le passé, les juges qui rendaient de telles décisions ont été guidés par les motifs exposés dans l'arrêt *G.*

[16] Dans cette affaire, le Ministre sollicitait la prolongation d'une ordonnance de garde pour une période d'au plus six mois pour les trois enfants. La demande d'aide juridique présentée par la mère avait été refusée. La mère avait alors présenté une motion en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au Ministre de lui fournir les services d'un avocat rémunéré par l'État. Le refus de l'aide juridique et d'un avocat rémunéré par l'État a fait l'objet d'un appel devant notre Cour, appel qui n'a pas été accueilli. La mère s'était ensuite pourvue en appel devant la Cour suprême en faisant valoir que ce refus constituait une violation de son droit fondamental à un procès équitable garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Dans le passé, les critères qui ont été considérés dans le cadre d'audiences du type visé dans l'arrêt *G.* comprennent les suivants : a) le risque que les procédures aient un effet préjudiciable sur la vie, la liberté ou la sécurité du parent, ce qui comprend la sécurité psychologique, au titre de l'art. 7 de la *Charte*, b) la question de savoir si l'absence de représentation en justice violerait les principes de justice fondamentale, compte tenu de la gravité des intérêts en jeu, de la complexité de l'instance et de l'incapacité du parent à présenter sa cause convenablement en raison d'un désavantage intellectuel, et c) l'existence de preuve démontrant que le parent n'a pas les moyens financiers de payer les honoraires d'un avocat, que ce soit par lui-même ou avec l'aide d'autrui.

[17] Si l'on conclut qu'il y a eu violation de l'art. 7 et que celle-ci ne peut se justifier au regard de l'article premier, il convient de rendre une ordonnance prescrivant la prestation de services d'un avocat rémunéré par l'État au titre de l'art. 24. Notre Cour accepte de façon générale que les droits garantis par l'art. 7 sont en cause lorsque l'État soustrait un enfant à la garde d'un parent (voir *La ministre du Développement social c. Speight et autres*, 2009 NBCA 67, 351 R.N.-B. (2^e) 162; *Ministre c. J.R. et C.R.*, au par. 15; et *C.M.*). Dans l'arrêt *G.*, le juge en chef Lamer concluait ainsi quant au fait, pour l'État, de retirer à un parent la garde de son enfant :

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.

[...]

Les demandes de garde d'enfants sont un exemple d'acte gouvernemental intéressant directement le système judiciaire et l'administration de la justice. La *Loi sur les services à la famille* prévoit qu'une audience doit être tenue afin de décider s'il faut retirer à un parent la garde de son enfant.

Par conséquent, je conclus que la demande du ministre de la Santé et des Services communautaires visant la prorogation de l'ordonnance de garde initiale menaçait de restreindre le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne. Je fais remarquer que cette conclusion n'est pas incompatible avec le point de vue que j'ai adopté dans l'arrêt *B. (R.)*, dans lequel j'ai limité mes commentaires à la question de la portée du droit à la liberté garanti à l'art. 7 et notamment, à la question de savoir si le droit à la liberté englobait le droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant. [par. 61, 66 et 67]

[18] La Cour suprême a fait remarquer que le fait que le Ministre cherchait à prolonger de six mois la durée d'une ordonnance de garde antérieure revêtait une « importance particulière ». Le juge en chef Lamer était d'avis que, pour un parent de trois jeunes enfants, leur retrait pendant six mois était « très long » (par. 77). Il a fait remarquer que la mère avait déjà été séparée de ses enfants pendant plus d'un an en raison d'instances antérieures. Il a affirmé que la demande du Ministre visant la prolongation de l'ordonnance de garde initiale rendue sous le régime de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille* menaçait de restreindre le droit de la mère à la sécurité de sa personne, ce qui n'aurait pas été conforme aux principes de justice fondamentale

(par. 55). Le juge en chef Lamer s'est dit d'avis que, pour éviter une violation éventuelle de l'art. 7 de la *Charte*, les services d'un avocat rémunéré par l'État auraient dû lui être fournis. Le juge French a adopté ce raisonnement dans l'arrêt *S.G. c. Nouveau-Brunswick (Ministère du développement social)*, [2018] A.N.-B. n° 364 (QL) (C.A.).

[19] En l'espèce, la juge a conclu que les divergences entre la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant qui se trouve dans la *Loi sur le droit de la famille*, pour les demandes de garde de nature privée, et celle qui se trouve dans la *Loi sur les services à la famille*, pour les demandes de tutelle, étaient inconciliables. Comme il a été mentionné, la juge a tiré parti de ces divergences lorsqu'elle a conclu que la définition de garde formulée par notre Cour, plus particulièrement dans l'arrêt *C.M.*, avait été [TRADUCTION] « anéantie » en conséquence. La mère disposait cependant d'une solution de rechange, à laquelle elle n'a pas eu recours. Comme la juge l'a fait remarquer, la *Loi sur le droit de la famille* autorise le dépôt d'une demande de garde dans une instance privée et, dans notre province, lorsque la violence familiale est invoquée, une demande de représentation par un avocat de l'Aide juridique peut être déposée. En l'espèce, une ordonnance accordant la garde exclusive de l'enfant au père avait déjà été rendue. Comme je l'ai indiqué, celle-ci aurait pu faire l'objet d'une motion de la mère visant la modification des arrangements de garde.

[20] Avant d'entamer cette partie de l'analyse, il convient d'examiner les conclusions tirées par la Cour suprême dans l'arrêt *G.* Selon mon interprétation des motifs qui y sont exposés, cet arrêt établit clairement un lien entre le retrait de la garde d'un enfant à son parent et les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Je suis d'avis que l'analyse s'y limitait aux affaires où un enfant est soustrait à la garde de son parent au moment où une instance judiciaire est introduite (par. 60 et 61). Dans l'arrêt *C.M.*, le juge Green a souscrit à ce principe et l'a étendu. En l'espèce, la juge a trouvé un moyen créatif de distinguer la présente affaire de l'arrêt *C.M.* Je reconnais que, dans certains cas où la preuve indique clairement qu'un parent n'a pu obtenir la garde d'un enfant sans aucune faute de sa part, un juge peut être convaincu d'invoquer l'exception relative aux « circonstances exceptionnelles » mentionnée par le juge Green dans l'arrêt *C.M.* Avec

égards, ce n'est toutefois pas ce qu'indique la preuve en l'espèce. Les faits importants et non contestés sont les suivants :

1. En 2011, un tribunal a accordé au père la garde exclusive de l'enfant et, comme je l'ai indiqué, la mère a obtenu des droits d'accès et de visite raisonnables moyennant un préavis raisonnable au père;
2. La mère n'a jamais demandé que l'ordonnance soit modifiée;
3. La mère a été incarcérée pendant quelques mois entre 2012 et 2013;
4. La mère a été incarcérée à nouveau en 2019;
5. Les visites de la mère auprès de l'enfant étaient sporadiques et irrégulières;
6. L'enfant est aujourd'hui âgé de douze ans et a exprimé sa réticence à visiter sa mère;
7. L'enfant a été placé sous un régime de protection en mars 2020. Entre ce moment et le 15 mars 2021, la mère a eu une visite non surveillée et trois visites surveillées avec l'enfant;
8. Après le dépôt de l'affidavit de la travailleuse sociale, la mère a [TRADUCTION] « visité rapidement » l'enfant quatre fois et l'enfant a visité la mère une fois chez elle.

[21] En ce qui a trait à l'importance de la relation de garde, dans l'arrêt *C.M.*, le juge Green conclut ainsi :

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 »?
[par. 31.]

[22] Compte tenu des faits de l'espèce, on ne peut pas dire que la mère avait la garde de l'enfant lorsque le Ministre l'a placé sous un régime de protection. L'une des principales préoccupations de la Cour suprême dans l'arrêt *G*. était « l'atteinte [grave qui était portée] à l'intégrité psychologique » d'un parent lorsqu'on lui retirait la garde de son enfant (par. 61). Le juge en chef Lamer a conclu que c'est l'affliction causée par la perte de la compagnie de l'enfant et par l'ingérence dans le lien parent-enfant qui constitue le droit protégé (par. 60 et 61). Il a mentionné la « honte » associée au fait d'être considéré comme un parent « inapt[e] » et a souligné que la qualité de parent pouvait être fondamentale à l'identité personnelle du parent. Ces éléments ont été soigneusement décrits dans l'arrêt *G*. Le juge en chef Lamer soulignait que, pour avoir droit à l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État, il semblait approprié qu'il y ait une quelconque relation de garde antérieure entre le parent et l'enfant (par. 61 à 63). J'estime que la Cour suprême a fixé des limites claires quant au droit d'un parent à l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État dans ce contexte.

[23] Comme le Ministre l'a indiqué dans son mémoire, [TRADUCTION] « ce n'est pas la possibilité qu'un parent devienne un parent gardien qui déclenche l'application de l'art. 7, c'est l'incidence de la perte des droits de garde qui fait intervenir l'argument fondé sur l'art. 7 » (voir aussi *New Brunswick (Minister of Social Development) c. K.W.*, 2010 NBBR 406, [2010] A.N.-B. n° 462 (QL) avec renvoi à QL). Dans cette affaire, le père biologique avait été incarcéré et devait être remis en liberté avant la date de l'audience sur la demande de tutelle. Il n'avait vu l'enfant qu'à quelques occasions depuis sa naissance et n'avait jamais demandé à en avoir la garde, mais il sollicitait une ordonnance lui conférant la garde permanente. Sa demande visant à obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État sur le fondement qu'il demandait à devenir un parent gardien a été rejetée.

[24] De façon analogue, dans l'affaire *New Brunswick (Minister of Social Development) c. J.K. et al.*, 2015 NBBR 2, 431 R.N.-B. (2^e) 275, avec renvoi au R.N.-B., la mère voyait son enfant régulièrement, généralement une fin de semaine sur deux pour de courtes visites, mais elle n'avait pas la garde de l'enfant et ne participait pas aux décisions qui touchaient le quotidien de l'enfant. Appliquant les principes qui se dégagent de l'arrêt *C.M.*, le juge Ferguson a décidé que la vie de la mère n'était pas « liée » à celle de l'enfant et a rejeté la demande de la mère en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État.

[25] Dans la présente affaire, la mère avait témoigné qu'elle [TRADUCTION] « avait fini par s'attirer des ennuis » et ne s'était pas battue pour l'enfant. Elle a expliqué qu'il s'agissait de lâcheté de sa part et qu'elle s'était réfugiée dans la drogue. Elle a affirmé que, lorsque le [TRADUCTION] « temps est venu de se battre » pour l'enfant, elle était [TRADUCTION] « complètement partie » (transcription, p. 17). Cela correspond parfaitement aux affirmations de la Cour dans la décision *K.W.* Ce n'est pas la possibilité de se voir accorder la garde qui déclenche l'application des droits protégés par l'art. 7 de la *Charte*. C'est la possibilité de perdre des droits existants en conséquence d'un acte de l'État. En l'espèce, l'État ne demande pas de soustraire l'enfant à la garde de sa mère. Comme il a été indiqué, la mère s'est vue retirer ses droits de garde lorsque l'enfant était âgé d'environ deux ans. Avec égards, je suis d'avis que la décision du tribunal inférieur étend la « notion » de droits de garde d'une façon qui fait abstraction du message pourtant sans équivoque livré par la Cour suprême dans l'arrêt *G.* Les faits sont éloquents. Au moment où l'enfant a été placé sous un régime de protection en l'espèce, la mère ne pouvait être considérée comme un parent gardien. Pour les motifs exposés, je suis d'avis que la juge a erronément appliqué les principes juridiques.

B. *Le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant s'applique-t-il aux demandes en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État dans les procédures de tutelle?*

[26] Le Ministre fait valoir que la juge a tenu compte de facteurs non pertinents lorsqu'elle a conclu que la violence familiale commise par le père nuisait à la relation de

la mère avec son enfant. En procédant de la sorte, la juge a intégré dans son analyse le critère modifié de l'intérêt supérieur de l'enfant qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 2021 dans la *Loi sur le droit de la famille*. Il soutient en outre que la violence qu'aurait commise le père n'est pas un facteur pertinent, car elle ne concerne pas l'acte de l'État qui intente une procédure de tutelle, parce que les parents n'ont pas vécu ensemble depuis environ huit ans. Le Ministre affirme que l'arrêt *G.* est muet sur ce point et qu'il n'y a aucune jurisprudence dans la province qui indique que sont pertinentes les raisons pour lesquelles un parent sollicitant les services d'un avocat rémunéré par l'État n'a pas la garde de son enfant (voir *New Brunswick (Minister of Social Development) c. J.P. and C.P.*, 2013 NBBR 288, 409 R.N.-B. (2^e) 301, avec renvoi au R.N.-B.).

[27] En fait, en l'espèce, la violence familiale n'aurait pas du tout dû être considérée comme un facteur pertinent, eu égard surtout au fait que les parties à la demande en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État étaient la mère et le Ministre. Rien n'indique que le Ministre s'était ingéré dans le lien entre la mère et son enfant, ou dans l'accès de la mère à son enfant, ou y avait nuit. Comme le souligne le Ministre dans son mémoire, les facteurs divers ne sont pas pertinents dans ces demandes. Une autre solution s'offrait à la mère. Elle aurait pu présenter une demande de modification de l'ordonnance de garde antérieure sous le régime de la *Loi sur le droit de la famille*. Cela aurait permis la présentation d'éléments de preuve étayant la présence de violence familiale, un facteur pertinent dans le cadre de l'analyse modifiée de l'intérêt supérieur de l'enfant. La mère aurait pu faire une demande d'aide juridique pour déposer cette demande, laquelle aurait pu être entendue tout de suite après l'audience sur la demande de tutelle.

[28] Dans l'arrêt *R.B. et T.R. c. Ministre des Familles et des enfants et C.H.*, 2019 NBCA 32, [2019] A.N.-B. n° 149 (QL), notre Cour a eu l'occasion d'examiner les conclusions qu'elle avait tirées dans l'affaire *Ministre du Développement social c. T.A.P., A.H., F.M. et D.W.*, 2015 NBCA 39, [2015] A.N.-B. n° 150 (QL). Lorsqu'il y a des demandes de garde concurrentes, même si les deux demandes sollicitent un redressement semblable et mettent en cause la garde d'un enfant, dans un contexte de protection de l'enfant, le fardeau repose incontestablement sur le Ministre, qui doit établir le bien-fondé

de l'ordonnance prévue à l'art. 56 de la *Loi sur les services à la famille*. La preuve présentée dans une instance ne sera pas nécessairement la même que celle présentée dans la demande de garde de nature privée et, comme l'a affirmé la juge Larlee dans l'arrêt *T.A.P.*, certains intérêts en matière de vie privée doivent être respectés. Ceux-ci comprendraient les cas où une partie intéressée, comme un grand-parent, a demandé la garde. Dans de tels cas, à moins que toutes les parties n'y consentent, une ordonnance de fusion n'est pas appropriée en raison de la nature confidentielle et sensible de l'information présentée lors des audiences en matière de protection de l'enfant.

[29] Comme il est indiqué dans l'arrêt *T.A.P.*, lorsque l'on est en présence de demandes concurrentes, la procédure appropriée consiste à entendre la demande de tutelle d'abord puis la demande de garde de nature privée. Les deux demandes exigent une analyse raisonnée reposant sur le bien-fondé de chacune d'elles. Comme cela a été mentionné dans l'arrêt *R.B et T.R.*, « [u]ne audience de tutelle, de par sa nature, exige souvent la présentation de rapports d'experts, de rapports médicaux et d'autres éléments de preuve de nature délicate » (par. 17; voir aussi *T.A.P.*, au par. 20). Le témoignage de la mère quant à la violence familiale ne serait que l'un des facteurs que le tribunal serait tenu de prendre en compte en analysant le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant pour statuer sur sa demande de nature privée.

[30] En l'espèce, invoquant les dispositions de la *Loi sur le droit de la famille*, lesquelles, comme je l'ai mentionné, ne s'appliquent pas aux instances en matière de protection de l'enfant, la juge a centré son analyse sur l'intérêt supérieur de l'enfant, écrivant ceci :

[TRADUCTION]

[...] il faut maintenant évaluer la relation entre un parent et un enfant au moment du placement en régime de protection en ayant égard à la gamme complète d'arrangements parentaux qui peuvent découler des nouvelles dispositions législatives et à tous les facteurs qui définissent l'intérêt de l'enfant, notamment le facteur très important en l'espèce de la violence familiale. [par. 30.]

[31] L'arrêt *G.* portait sur le respect du droit à un procès équitable dans le contexte d'une audience en matière de protection de l'enfant. Compte tenu de la nature intrusive de l'acte de l'État dans ces affaires, la Cour suprême a pris grand soin de décrire les intérêts en cause et d'exposer les facteurs devant être considérés avant de rendre une telle ordonnance. Le juge en chef Lamer a reconnu la nécessité d'une participation parentale efficace à l'audience lorsque le père ou la mère cherche à « conserver » la garde de l'enfant. Il a indiqué que l'intérêt supérieur de l'enfant est « réputé » avoir pour site le foyer parental. Il a poursuivi en affirmant que, lorsque l'État demande la garde, le juge doit décider si le parent devrait « conserver la garde » et, pour y arriver, 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 (par. 73). Nulle part dans cet arrêt la Cour suprême n'enjoint-elle aux juges de mener une analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant pour statuer sur une demande visant à obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État. L'analyse revient au juge du procès, qui est chargé d'apprécier la preuve en fonction des critères énoncés dans la loi, lesquels incluraient les récentes modifications relatives à la violence familiale. En fait, la juge L'Heureux-Dubé, auteure de motifs concurrents dans l'arrêt *G.*, prévient les juges de ne pas rendre la tâche du parent plus ardue en procédant à ce que j'appellerai une analyse prématurée de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'étape de l'instance où est tranchée la demande en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État (par. 123). Elle a affirmé que les tribunaux devaient veiller à éviter d'inclure dans le critère appliqué pour déterminer si le parent a droit à « un avocat rémunéré par l'État » des considérations susceptibles de rendre plus ardue pour le parent la tâche de présenter sa cause au fond. Jusqu'à ce que l'ensemble de la preuve ait été soumise à la cour, une telle analyse est non seulement prématurée, mais elle ne peut être achevée. Cela est d'autant plus vrai en l'espèce, où le père n'était pas présent à l'audience du type visé dans l'arrêt *G.*

[32] Selon moi, non seulement est-il inapproprié, mais il est en outre dangereux, de tenter de procéder à une analyse sur le fond à l'étape de l'audience du type visé dans l'arrêt *G.* Même si une telle analyse était jugée valable en droit, un juge ne devrait pas s'intéresser exclusivement à un critère, en l'espèce, la violence familiale, aux

dépens des autres critères. Eu égard aux faits de l'espèce, je suis d'avis que la juge a commis une erreur en intégrant la violence familiale en tant que volet de son analyse.

C. *Y a-t-il eu violation des règles de justice naturelle et d'équité procédurale?*

[33] En ce qui concerne ce moyen, le Ministre fait valoir qu'il ne s'est pas vu accorder la possibilité de présenter des observations sur l'application des modifications à la *Loi sur le divorce* et des dispositions de la *Loi sur le droit de la famille*, que la juge a appliquées dans ses motifs. Il soutient que la juge a commis une erreur en examinant les modifications législatives de façon unilatérale sans en aviser les parties. Selon le Ministre, l'omission de lui avoir donné la possibilité de contre-interroger la mère par rapport à ces questions constituait une violation des règles de justice naturelle et l'a donc privé de son droit à l'équité procédurale. Je suis d'accord avec lui sur ce point.

[34] Étant donné que l'appelant a eu gain de cause sur les deux premiers moyens d'appel, je ne juge pas nécessaire de procéder à une analyse de ce troisième moyen, si ce n'est pour constater ce qui ressort de façon évidente. Si un tribunal soulève une question de son propre chef qui n'a pas par ailleurs été soulevée par les avocats lors de l'audience, les règles de justice naturelle exigent que les parties à l'instance aient la possibilité de faire valoir leurs arguments par rapport à cette question, que ce soit en présentant des éléments de preuve complémentaires ou en déposant des mémoires, selon les circonstances.

VI. Dispositif

[35] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler la décision de la juge. Les services d'un avocat rémunéré par l'État n'auraient pas dû être accordés en l'espèce.