

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

123-08-CA

<u>J.F.</u>		<u>J.F.</u>	
(Respondent)	APPELLANT	(Intimée)	APPELANTE
- and -		- et -	
<u>T.E. and G.E.</u>		<u>T.E. et G.E.</u>	
(Applicants)	RESPONDENTS	(Requérants)	INTIMÉS

J.F. v. T.E. and G.E., 2010 NBCA 14

J.F. c. T.E. et G.E., 2010 NBCA 14

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

CORAM :

L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
October 10, 2008

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 10 octobre 2008

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2008 NBQB 324 - Unreported

Décision frappée d'appel :
2008 NBBR 324 – Inédite

Preliminary or incidental proceedings:

Procédures préliminaires ou accessoires :

Court of Appeal of New Brunswick
[2009] N.B.J. No. 186 (QL)

Cour d'appel du Nouveau-Brunswick
[2009] A.N.-B. n° 186 (QL)

Appeal heard:
November 17, 2009

Appel entendu :
Le 17 novembre 2009

Judgment rendered:
February 25, 2010

Jugement rendu :
Le 25 février 2010

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :
L'honorable juge Quigg

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Kenneth W. Martin

Pour l'appelante :
Kenneth W. Martin

For the respondents:
Tracy Peters

Pour les intimés :
Tracy Peters

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$1,000.

L'appel est rejeté avec dépens de 1 000 \$.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG J.A.

I. Introduction

[1] This appeal raises the issue of the proper test to be applied when determining the custody of children between a natural parent and grandparent. The appellant mother argues the test for custody first involves assessing the fitness of the parent by determining if the safety and development of the child is in danger, and then, determining the best interests of the child. The respondent paternal grandparents submit the sole test is the best interests of the child. I agree with the application judge that the sole test is the best interests of the child.

II. Background and Procedural History

[2] The appeal arises from a decision of the Court of Queen's Bench, Family Division, in which the application judge granted sole custody of a child to the respondents, the child's paternal grandparents. The child was born in March 2004. The appellant is his biological mother. The biological father is deceased.

[3] Following birth, the child resided with his mother. At two months of age, he began to experience respiratory difficulties and his father sought medical attention for him. The child was diagnosed with a viral respiratory infection and was hospitalized for six days. The father then refused to return the child to the mother alleging she was not properly caring for him. At that time, the father was residing with the respondents. Previous to this, most of the father's access to the child had been exercised at the grandparents' home.

[4] On May 20, 2004, the mother obtained an *ex parte* order granting her sole custody of the child. Further orders were issued confirming the mother's custody of the child, with scheduled access to the father. The child continued to reside with his mother

until he was five months of age. On August 16, 2004, the Court ordered joint custody of the child, with the child residing with the mother from Monday to Friday, and with the father from Friday to Monday. At this time, the mother and her partner were residing in the greater Moncton area close to the respondents. In addition to the scheduled access to the child, the mother requested the grandparents care for the child on weekdays, which they did upon request. The grandparents also cared for the mother's daughter during these times. In September 2005, the mother moved to the Port Elgin area and this arrangement ceased.

[5] Following a two-day hearing in June 2006, the Court granted custody of the child to his father, with the child residing primarily with him at the grandparents' home. The mother was granted two days of access per week. The main reason for the change in custody was that the child was, once again, experiencing respiratory issues. Often, after access visits with his mother, the child would return to his father exhibiting breathing problems, which obliged the father to seek medical assistance. On August 18, 2007, the father died in a motor vehicle accident. The mother looked after the child immediately after his father's death and subsequently took the position that, as the surviving parent, she should be the child's primary care giver. She refused to place the child with the grandparents.

[6] After their son's death, the grandparents applied for custody of the child. On August 29, 2007, interim sole custody of the child was awarded to the grandparents, with the mother being given access to the child from Monday at 4:00 p.m. until Wednesday at 4:00 p.m. and every second weekend from Friday at 6:00 p.m. until Sunday at 6:00 p.m. On September 28, 2007, the mother's access to the child changed to Monday at 4:00 p.m. until Thursday at 4:00 p.m. The mother had numerous pets in her household, such as a caged rabbit, caged chicks, a Siamese cat that stayed inside the home and a dog which remained outside. It was also confirmed at this hearing that the mother was allowing an individual to smoke in very close proximity to her home. The child's pediatrician felt that exposure to these animals triggered the child's respiratory illnesses. The mother told the Court she would remove the animals that exacerbated the

child's respiratory illnesses, but apparently never did. On October 12, 2007, the mother married her partner. They reside in the Port Elgin area with the mother's daughter and the couple's two young children.

[7] In her decision, the application judge undertakes a thorough analysis of the best interests of the child test and determines it is in the child's best interests for his grandparents to have sole custody. The application judge did, however, grant two days per week access to the mother. Therefore, the result was that the grandparents were granted sole custody. The mother was granted access every Monday at 4:00 p.m. until Wednesday at 4:00 p.m.

III. Issues

[8] While the Notice of Appeal raises several grounds of appeal, only two were pursued in the written and oral submissions :

- a) the trial judge erred, in this custody dispute between a parent and non-parents, by not determining whether the development and safety of the child were in danger before determining what was in his best interests;
- b) alternatively, the trial judge did not provide sufficient weight to the parent - child connection.

IV. Standard of Review

[9] As to the proper standard of review of the application judge's decision to grant custody to the child's grandparents, the decision of this Court in *P.R.H. v. M.E.L.* (2009), 343 N.B.R. (2d) 100, [2009] N.B.J. No. 85 (QL), 2009 NBCA 18 is determinative. Larlee J.A. states:

The appropriate standard of review to be applied in an appeal of this nature is discussed in *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014; [2001] S.C.J. No. 60 (QL); 275 N.R. 52; 156 B.C.A.C. 161; 255 W.A.C. 161; 2001 SCC 60. The Supreme Court of Canada set out a standard of considerable deference for the decisions of trial courts in cases of family law. Intervention on appeal requires that there have been a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error of law. A material error is further explained:

As indicated in both *Gordon* and *Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, the approach to appellate review requires an indication of a material error. If there is an indication that the trial judge did not consider relevant factors or evidence, this might indicate that he did not properly weigh all of the factors. In such a case, an appellate court may review the evidence proffered at trial to determine if the trial judge ignored or misdirected himself with respect to relevant evidence. This being said, I repeat that omissions in the reasons will not necessarily mean that the appellate court has jurisdiction to review the evidence heard at trial. [para. 15]

[para. 8]

In brief, deference is owed to the application judge's assessment of the evidence when it comes to deciding who should have custody and on what terms. However, no deference is owed with respect to a question of law, including "what is the proper test to be applied?"

V. Analysis

[10] It is the mother's position that biological parents are "*prima facie* entitled to custody of their children unless by reason of some act, condition or circumstance affecting them, the parents are deemed unfit". In other words, the mother submits that before examining what is in the best interests of the child, the court must determine the "fitness" of the parent. The mother also submits if the best interests of the child is found to be the predominant consideration, and no "parental rights test" exists, then the application judge failed to provide sufficient "weight" to her parental claim.

[11] I cannot agree. In order to put the best interests of the child test in the proper context one must review the pertinent legislation of this Province and elsewhere, together with a brief overview of the development of the law in the area.

A. *Statutory Framework*

[12] The case before us concerns the determination of custody of a young child in a dispute between a parent and non-parents. It is well accepted that custody or access disputes involving unmarried parents, third parties or married parents who have separated without instituting divorce proceedings are regulated by provincial and territorial statutes. (Julien D. Payne & Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3d ed. (Toronto: Irwin Law, 2008)). In New Brunswick, the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, must be applied. The principles to be followed are found in s. 129(2):

129(2) Upon application the court may order that either or both parents, or any person, either alone or jointly with another, shall have custody of a child, subject to such terms and conditions as the court determines, such order to be made on the basis of the best interests of the child; and the court may at any time vary or discharge the order.

[Emphasis added]

129(2) Si on le lui demande, la cour peut rendre une ordonnance établie dans l'intérêt supérieur de l'enfant et qui attribue la garde de celui-ci à l'un des parents ou aux deux, ou à toute personne, seule ou conjointement avec une autre, aux conditions dont la cour décide, et la cour peut à tout moment modifier ou révoquer l'ordonnance.

[C'est moi qui souligne.]

[13] The wording of the *Act* is clear. Any person, either alone or jointly with another individual, may make an application for custody of a child. In the present case, the grandparents, together, sought custody of their grandson, pursuant to s. 129(2) of the *Act*. The *Act* is also clear that when dealing with child custody matters, the court must decide the matter on the basis of the “best interests of the child”, which is defined in s. 1 of the *Act* to mean :

“best interests of the child” means the best interests of the child under the circumstances taking into consideration

« intérêt supérieur de l'enfant » désigne l'intérêt supérieur de l'enfant dans les circonstances, compte tenu

(a) the mental, emotional and physical health of the child and his need for appropriate care or treatment, or both;

a) de l'état de santé mentale, affective et physique de l'enfant et du besoin qu'il a de soins ou de traitements convenables, ou des deux;

(b) the views and preferences of the child, where such views and preferences can be reasonably ascertained;

b) des vues et préférences de l'enfant lorsqu'il est raisonnablement possible de les connaître;

(c) the effect upon the child of any disruption of the child's sense of continuity;

c) de l'effet sur l'enfant de toute atteinte à la stabilité dont un enfant éprouve le besoin;

(d) the love, affection and ties that exist between the child and each person to whom the child's custody is entrusted, each person to whom access to the child is granted and, where appropriate, each sibling of the child and, where appropriate, each grandparent of the child;

d) de l'amour, de l'affection et des liens qui existent entre l'enfant et chaque personne à la garde de qui il a été confié, chaque personne qui a obtenu le droit de lui rendre visite et, le cas échéant, chaque frère ou soeur de l'enfant et, le cas échéant, chaque grand-parent de l'enfant;

(e) the merits of any plan proposed by the Minister under which he would be caring for the child, in comparison with the merits of the child returning to or remaining with his parents;

e) des avantages de tout projet de prise en charge de l'enfant par le Ministre comparés à l'avantage pour l'enfant de retourner ou de rester auprès de ses parents;

(f) the need to provide a secure environment that would permit the child to become a useful and productive member of society through the achievement of his full potential according to his individual capacity; and

f) du besoin pour l'enfant d'être en sécurité, dans un milieu qui lui permette de réaliser pleinement son potentiel, selon ses aptitudes personnelles et, ce faisant, de devenir membre utile et productif de la société; et

(g) the child's cultural and religious heritage;

g) du patrimoine culturel et religieux de l'enfant;

[14]

“Parent” is also defined in s. 1 of the *Act* and includes:

“parent” means a mother or father and includes

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

(a) a guardian; and

a) d'un tuteur; et

(b) for purposes of Parts III, IV and VII, a person with whom the child ordinarily resides who has

b) aux fins des Parties III, IV et VII, d'une personne avec laquelle l'enfant réside ordinairement qui a manifesté

demonstrated a settled intention to treat the child as a child of his or her family; [...]

l'intention bien arrêtée de traiter l'enfant comme faisant partie de sa famille; [...]

B. *Parental Right to Custody*

[15] The transformation of child custody laws in Canada is discussed by McLachlin J. (as she then was), in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, [1993] S.C.J. No. 112 (QL):

The Historical Perspective

The express rule that matters of custody and access should be resolved in accordance with the "best interests of the child" is of relatively recent origin. Under the common law regime of the 18th and 19th centuries the governing principle in a custody dispute was the rule of near-absolute paternal preference: see *R. v. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054; *In re Taylor* (1876), 4 Ch. D. 157. The rule was defended on pragmatic grounds, including what was thought to be the general interest of children: see *In re Agar-Ellis* (1883), 24 Ch. D. 317. In truth, the rule probably had more to do with the acceptance of the father's dominant right in all family matters, which in turn found its roots in the notion of the inherent superiority of men over women.

The rule of paternal preference was displaced by a rule establishing in the mother a primary right to custody of a child of tender years: see, for instance, *An Act to Amend the Law relating to the custody of Infants*, S. Prov. Can. 1855, c. 126, s. 1. Later still there arose a presumption, in many foreign jurisdictions and to a more limited extent in Canada, of maternal preference: *Talsky v. Talsky*, [1976] 2 S.C.R. 292, *Kades v. Kades* (1961), 35 A.L.J.R. 251 (Aust. H.C.); see also Susan Maidment, *Child Custody and Divorce* (1984), Robert H. Mnookin, "Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy" (1975), 39 *Law & Contemp. Probs.* 226, and Allan Roth, "The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes" (1976-77), 15 *J. Fam. L.* 423. This presumption, like the paternal preference rule, was justified on pragmatic grounds; the welfare of the child was the

often cited reason for the presumption. So justified, the presumption carried the seeds of its own demise. Courts increasingly looked behind the preference to focus directly upon what was in the child's interest, which was sometimes found to conflict with a maternal preference.

By the 1970s, a number of western countries had accorded statutory recognition to a "best interests" or "welfare of the child" test. Questions relating to the weight to be given these interests, and the proper means of understanding these interests, remained. In England, the child's welfare is stipulated as the "first and paramount" consideration: *Guardianship of Minors Act*, 1971 (U.K.), 1971, c. 3, s. 1. English jurisprudence indicates that the child's welfare has, in fact, become the sole consideration: *J. v. C.*, [1970] A.C. 668; *Re K. (minors)*, [1977] 1 All E.R. 647. In Norway, decisions in respect of custody shall "mainly" (or "primarily") consider the interests of the child: *Lov 8 April nr 7 om barn og foreldre*, s. 34 (Law about Children and Parents, of April 7, 1981, no. 7, s. 34). In practice it appears that other criteria do not simply function as "tiebreakers" where the interests of the child would be equally well served by either parent, but can, in certain cases, determine the issue: see Jon Elster, "Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child" (1987), 54 *U. Chi. L. Rev.* 1; also Lucy Smith and Peter Ldrup, "The Child in the Divorce Situation -- Factors Determining the Custody Question and the Use of Experts in Custody Cases in Norway", in Ian F. G. Baxter and Mary A. Eberts, eds., *The Child and the Courts* (1978).

Some variant of the best interests of the child test is in place in most American states, although in certain states the application of the test is delimited by a renewed concern that the debate be organized by certain presumptions, either a "primary caregiver" presumption, or a presumption in favour of the mother of a child of tender years: see David L. Chambers, "Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce" (1984), 83 *Mich. L. Rev.* 477, and Roth, "The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes", *supra.* [paras. 197–200]

Thus, the evolution of child custody laws in Canada has resulted in the best interests of the child being the sole test to determine child custody disputes.

[16] Mary Jane Mossman, in her textbook *Families and the Law in Canada* (Toronto: Emond Montgomery Publications Limited, 2004) at pp. 635-636, outlines the history of child custody and access by including an excerpt from Susan B. Boyd, *Child Custody, Law, and Women's Work* (Toronto: Oxford University Press, 2003):

The transformation of child custody laws in Canada and most Western countries over the past two centuries has been striking. The broad outline of legal history of child custody laws reveals a more or less complete reversal, and a half turn again by the 1980's. At the beginning of the nineteenth century, laws in countries such as England and the United States affirmed an almost absolute paternal right to custody of children born within wedlock, reflecting the elevated legal status of the husband/father within the institution of marriage. By the beginning of the twentieth century, this absolute paternal right had begun to give way to an emphasis on the welfare of children. By the mid-twentieth century, mothers were said to have a presumption in their favour when seeking custody of children of "tender years". By the 1980's, child custody law was pronounced to be a neutral domain where the 'best interests' of children came first, and where mothers and fathers, and potentially other parties connected to the children, had an equal right to legal custody. By the 1990's, reforms of child custody laws in many jurisdictions purported to embody these changes and to deepen them by emphasizing shared parenting." [Emphasis added] [p. 2]

[17] Although there is a dearth of jurisprudence involving grandparents seeking custody of their grandchildren, there are several cases dealing with grandparents' applications for access. Some jurisdictions require leave of the court when non-parents apply for custody or access. It is also apparent that in jurisdictions where leave is required for third parties to participate in questions involving custody and access, the threshold they must meet is a determination of whether their application is "frivolous or vexatious" (see *(M.(R.) v. B.(G.)* (1987), 64 Nfld. & P.E.I.R. 70 (N.L.S.C.), [1987] N.J. No. 139 (QL); and *Arnink v. Arnink* (1999), 2 R.F.L. (5th) 24 (B.C.S.C.), [1999] B.C.J. No. 2712 (QL)). The leave requirement allows trial courts to keep third parties, whose intentions appear to be purely meddlesome, from becoming involved in custody and access matters.

[18] The New Brunswick legislation does not require “other persons” to seek leave of the court to make custody applications. In this province, the legislators have not, thus far, seen the necessity of including a leave provision in the *Family Services Act*. Judges remain the gate keepers pursuant to s. 129(2), of the *Act* which states, “any person either jointly or alone [can make a custody application], such order to be made on the basis of best interests of the child”. Therefore, in applying the *Family Services Act*, the trial judge did not err in law in analyzing the “best interests of a child” when faced with a custody dispute between a parent and a non-parent.

[19] *Khan v. Kong* (2007), 50 R.F.L. (6th) 31 (Ont. Sup. Ct. Jus.), [2007] O.J. No. 5340 (QL), aff'd 64 R.F.L. (6th) 241, [2009] O.J. No. 52 (QL), 2009 ONCA 21, is authority for the view that there is no legal presumption in favour of parents :

There is no presumption of law respecting parental rights in custody disputes. The welfare of the child, which is to be considered in its broadest aspect, is the paramount consideration in determining custody. The benefit of a child's bond to a biological parent is a question of fact to be determined in each case and is encompassed as a factor in the best interest test. The right of a biological parent is thus a secondary consideration to the best interests of the child.

The Court of Appeal in *Moores v. Feldstein, supra*, stated it thus at para. 48:

[It] is the duty of the court to view all the circumstances relevant to what is in the interest of the child, including a consideration as to whether the evidence disclosed that the child would benefit from the tie of a child to its mother.

[paras. 232-233]

[20] In *Young v. Young*, the Supreme Court stated that the ultimate test in matters of access is the best interests of the child. This test is a positive one encompassing a wide variety of factors.

[21] In *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL), the Supreme Court confirmed that all decisions regarding custody and access must be based on the best interests of the child, assessed from a child centered perspective. McLachlin J. (as she then was), stated for the majority:

In the end, the importance of the child remaining with the parent to whose custody it has become accustomed in the new location must be weighed against the continuance of full contact with the child's access parent, its extended family and its community. The ultimate question in every case is this: what is in the best interests of the child in all the circumstances, old as well as new? [para. 50]

[Emphasis added]

Again, the only test to be considered is the best interests of the child.

C. *Preamble to the Family Services Act*

[22] The appellant has taken the position that the law in New Brunswick is as set out by Richard C.J.C.Q.B. in *N.B. v. R.B.* (1993), 138 N.B.R. (2d) 321 (Q.B.), [1993] N.B.J. No. 377 (QL). In that case, a common law couple separated in 1986 and their only child remained with the mother, who subsequently died in a motor vehicle accident in 1992. The maternal grandmother applied for interim custody of the child who had lived with her from the time of the mother's accident until the decision of the court in September 1993. Chief Justice Richard reviewed the applicable provisions of the *Act*, including the Preamble as it was worded at the time. The grandmother's application was denied on the basis that a surviving parent's right to custody should not be denied unless the parent's character was such that it is was not in the child's best interests. Chief Justice Richard went on to find that a natural parent, who was of good character and able and willing to support his or her child should not be deprived of that right merely because "on a nice balancing of material and social advantages the court is of the opinion that others, who wish to do so could provide better" (para 23).

[23] In the present case, the mother submits that the Preamble to the *Act* has meaning and weight and sets the context for the determination of when the best interests of a child comes into play, that is, when there is “risk to the child”. Previously, the Preamble stated that a child should not be removed from parental supervision, unless “all other measures are inappropriate”, which Chief Justice Richard interpreted to mean unless the child’s safety is in danger pursuant to s. 31(1) of the *Act*. This wording is no longer included in the Preamble, and is not the law in the province of New Brunswick today. As pointed out by counsel for the respondent, the Preamble relied upon by Chief Justice Richard was amended in March of 1999, and in its present form validates the view that the best interests of the child are paramount to all other considerations, including the family unit.

[24] The *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13 speaks to the role of the Preamble of *Acts and Regulations* at s. 15:

15 The preamble of an Act or regulation is a part thereof, and intended to assist in explaining the purport and object of the Act or regulation.

R.S., c.114, s.15; 1982, c.33, s.4.

15 Le préambule d’une loi ou un règlement en fait partie et sert à en expliquer la portée et l’objet.

S.R., c.114, art.15; 1982, c.33, art.4.

Thus, s. 15 tells us that the Preamble of an Act or Regulation is intended to shed light on the legislation’s object or purpose.

[25] Section 17 of the *Interpretation Act* states:

17 Every Act and regulation and every provision thereof shall be deemed remedial, and shall receive such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the object of the Act, regulation or provision.

R.S., c.114, s.17.

17 Toute loi, tout règlement et toute disposition de ceux-ci sont réputés réparateurs et doivent faire l’objet de l’interprétation large, juste et libérale, la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

S.R., c.114, art.17.

Therefore, s. 17 directs that the object of the *Act* and the object of the specific provision at issue are key factors in any judicial interpretative analysis.

[26] Preambles are relied upon most often to “reveal legislative purpose, either directly by setting out the purposes of the legislation or indirectly by describing the evils or concerns that motivated the legislature”: Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (Concord, Ont.: Irwin Law, 1997) at p. 117. Ruth Sullivan, *Dreidger on the Construction of Statutes*, 3d ed. (Markham, Ont.: Butterworths, 1994) at p. 262 quotes from *Attorney General v. Prince Ernest Augustus of Hanover*, [1957] A.C. 436 (H.L.). In that case, the House of Lords opined that Preambles may be viewed as part of the context, but only minimal weight should be attributed to them:

When there is a preamble it is generally in its recitals that the mischief to be remedied and the scope of the *Act* are described. It is therefore clearly permissible to have recourse to it as an aid to construing the enacting provisions. The preamble is not, however, of the same weight as an aid to construction of a section of the *Act* as are other relevant enacting words to be found elsewhere in the *Act* or even in related Acts. There may be no exact correspondence between preamble and enactment, and the enactment may go beyond, or it may fall short of the indications that may be gathered from the preamble. Again, the preamble cannot be of much or any assistance in construing provisions which embody qualifications or exceptions from the operation of the general purpose of the *Act*. It is only when it conveys a clear and definite meaning in comparison with relatively obscure or indefinite enacting words that the preamble may legitimately prevail. [p. 467]

[27] In 1993, the Preamble to the *Act* read as follows:

Whereas it is accepted that parents have the responsibility for the care and supervision of their children and that children should only be removed from parental supervision either partly or entirely when all other measures are inappropriate.

[28] As stated above, the Preamble of the *Act* was amended in 1999 to read:

Whereas it is accepted that parents have responsibility for the care and supervision of their children and that children should only be removed from parental supervision in accordance with the provisions of this Act; [...].

[Emphasis added]

[29] Prior to the 1999 amendment to the Preamble, this Court affirmed the “best interests” test in New Brunswick (see *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. M.R. and A.R.* (1998), 198 N.B.R. (2d) 201 (C.A.), [1998] N.B.J. No. 142 (QL), per Drapeau J.A., (as he then was)). The 1999 amendment to the Preamble of the *Act* firmly establishes the best interests of the child as the only consideration in custody matters in accordance with s. 129 of the *Act*. Despite the case of *N.B. v R. B.*, and prior to the amendment of the Preamble in 1999, justices of the Court of Queen’s Bench often made their final determination of custody matters between parents and non-parents, using the best interests of the child as the sole test (see *W.(C.) v. R.(E.)* (1987), 82 N.B.R. (2d) 34 (Q.B.), [1987] N.B.J. No. 703 (QL); and *Paré v. Paré* (1987), 78 N.B.R. (2d) 10 (Q.B.), [1987] N.B.J. No. 93 (QL)).

[30] The law as stated in *N.B. v. R.B.* stems from a trilogy of adoption cases pronounced upon by the Supreme Court in the 1950’s: *Martin v. Duffell*, [1950] S.C.R. 737, [1950] S.C.J. No. 29 (QL); *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606, [1957] S.C.J. No. 38 (QL); and *McNeilly v. Agar* (1957), [1958] S.C.R. 52, [1957] S.C.J. No. 66 (QL). These cases all emphasized parental rights and held that biological parents were *prima facie* entitled to custody unless they were deemed to be unfit. In 1985, the Supreme Court determined in *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87, [1985] S.C.J. No. 7 (QL), that the paramount factor was the welfare of the child and a natural mother’s application to gain custody from prospective adoptive parents was dismissed. The Supreme Court stated:

[...] Parental claims must not be lightly set aside, and they are entitled to serious consideration in reaching any

conclusion. Where it is clear that the welfare of the child requires it, however, they must be set aside. [para. 27]
[Emphasis added]

Thus, the parental preference as expressed in the aforementioned trilogy has been overturned.

[31] In the case at bar, the application judge held the Preamble could not prevail over the enacting words of the statute and s. 129(2) of the *Act* clearly states that an order for custody of a child should be made on the basis of the “best interests of the child”.

D. *Application Judge’s Decision*

[32] Let us look at the application judge’s decision. In the present case, the application judge considered the best interests of the child when concluding that sole custody should be awarded to the respondents. She devoted considerable time and effort to detailing the circumstances regarding the child’s medical issues, the recommended course of treatment the child should follow, and how the mother either denies the illness exists, or downplays it. The application judge described that the mother does not ensure that the child is in a proper environment, or provide him with the proper amount of medication, as prescribed by his pediatrician. In her decision, the application judge reviews the factors found in the definition of “best interests of the child” and applies the facts of the case directly to each of the seven criteria contained in the definition. In my view, she did not err in interpreting the evidence before her, and correctly identified that it is in the child’s best interests to be in the custody of the respondents.

[33] In her written submission, the mother states that the application judge did not provide sufficient weight to the parent and child connection. In my view, the application judge did not err in her interpretation of the evidence in relation to the only test to be met, the best interests of the child. The analysis undertaken by the application

judge to determine the best interests of the child included a determination of the risk to the child, should custody be granted to her. The child has a serious medical condition, which has been recognized by courts from as early as 2006. There have been numerous visits to the child's family doctor and a diagnosis of asthma by a pediatrician. The child had been treated with a puffer for the first two years of his life, and in September of 2006, he began to use a wet nebulizer as a result of recurring lower respiratory tract infections. The child is also treated with antibiotics on an "as needed" basis with very regular follow up consultations. Yet, the mother refuses to rid her home of the pets which exacerbate the child's asthma or to provide him with the prescribed medication in the prescribed amount. The mother and her husband have shown resistance to the pediatrician's recommendations and they are of the view that the child is overmedicated. There is a risk to the child's health, security and development when he is in the custody of the appellant.

[34] The application judge discusses this in her decision when she indicates that the mental, emotional and physical health of the child and the need for appropriate care or treatment are the most significant factors in this case. She found that, while the respondents have "done everything they can do to follow the doctor's advice, [the appellant and her husband] do not accept the doctor's diagnosis and are of the view that the child is overmedicated" (para. 45). The application judge also discusses the "bond" between the child and the parties. She writes:

As to whether the evidence discloses a substantial bond between the child and one party, according to the independent third parties who testified, the strongest bond is between the child and someone else appears to be G.E. [the respondent grandfather]. D. lights up when his paternal grandfather walks into a room. Ms. Doucet testified that D. will rub his grandfather's cheeks and snuggle up to him. It should also be mentioned that the child loves all the parties and they love him. [para. 49]

[35] The application judge also states: "[...] The best interests of this child is related to his good health. Throughout D's life [the respondents] have done everything to make D.'s care their priority. As for [the appellant], she still refuses to clear her

household of potential triggers, and she does not want to even attempt to remove these irritants from her house. In this regard D.'s best interest is not her number one priority" [para. 60]. The application judge goes on to say: "Given that the child is still experiencing illness when he comes home from his mother's home, the access will be reduced to two days per week [...]" [para. 67]. Considering all of the above, there is evidence and there are findings of fact that indicate the application judge did consider the parent-child relationship but determined that the child's health would be at risk if the appellant were granted custody. She therefore found it to be in the child's best interests to be in the custody of his grandparents. It has not escaped my attention that the application judge granted the mother access to the child two days per week. The mother has argued that by granting this access the application judge acknowledged the benefit of the bond between the parent and child. It is apparent to me that the application judge was merely attempting to craft an order whereby the mother would still be afforded some access to the child.

VI. Disposition

[36] For the above reasons, I would dismiss the appeal and confirm the trial judge's decision. I would order the appellant to pay costs in the amount of \$1,000.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Le présent appel soulève la question du critère qu'il faut appliquer aux fins de décider qui d'un parent naturel ou d'un grand-parent doit obtenir la garde d'un enfant. La mère appelante prétend que le critère qui régit l'attribution de la garde consiste en premier lieu à évaluer l'aptitude du parent en déterminant si la sécurité et le développement de l'enfant sont menacés et ensuite seulement, à considérer l'intérêt supérieur de l'enfant. Les grands-parents paternels prétendent que l'unique critère est l'intérêt supérieur de l'enfant. Je suis d'accord avec la juge qui a entendu la requête pour conclure que l'unique critère est l'intérêt supérieur de l'enfant.

II. Le contexte et l'historique des procédures judiciaires

[2] L'appel découle d'une décision de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, dans laquelle la juge saisie de la requête a accordé la garde exclusive d'un enfant aux intimés, les grands-parents paternels de l'enfant. Cet enfant est né en mars 2004. L'appelante est sa mère biologique. Le père biologique est décédé.

[3] Après sa naissance, l'enfant a habité avec sa mère. À l'âge de deux mois, il a commencé à avoir des troubles respiratoires et son père l'a fait examiner par un médecin. On a diagnostiqué une infection virale des voies respiratoires et l'enfant a été hospitalisé pendant six jours. Le père a ensuite refusé de rendre l'enfant à sa mère sous prétexte qu'elle ne s'en occupait pas convenablement. À ce moment-là, le père habitait chez les intimés. Il avait jusqu'alors principalement exercé son droit d'accès auprès de l'enfant à la maison des grands-parents.

[4] Le 20 mai 2004, la mère a obtenu une ordonnance *ex parte* qui lui accordait la garde exclusive de l'enfant. D'autres ordonnances confirmant que la mère avait la garde de l'enfant et précisant les moments où le père pouvait exercer un droit d'accès ont été rendues. L'enfant a habité avec sa mère jusqu'à l'âge de cinq mois. Le 16 août 2004, la Cour a ordonné la garde conjointe de l'enfant, celui-ci devant habiter avec la mère du lundi au vendredi et avec le père, du vendredi au lundi. À l'époque, la mère et son compagnon habitaient dans la région de Moncton non loin de chez les intimés. Outre l'accès prévu auprès de l'enfant, la mère a demandé que les grands-parents prennent soin de l'enfant pendant la semaine, ce qu'ils faisaient lorsqu'elle le leur demandait. Les grands-parents prenaient également soin, en même temps, de la fille de la mère. En septembre 2005, la mère a déménagé dans la région de Port Elgin et cet arrangement a pris fin.

[5] À la suite d'une audience de deux jours qui a eu lieu en juin 2006, la Cour a confié la garde de l'enfant à son père; l'enfant résidant principalement avec lui chez les grands-parents. La mère s'est vu accorder un droit d'accès de deux jours par semaine. La principale raison pour laquelle la garde a été modifiée était que l'enfant éprouvait, encore une fois, des troubles respiratoires. Souvent, après que la mère avait exercé ses droits de visite, l'enfant avait des difficultés respiratoires lorsqu'il rentrait chez son père, ce qui obligeait ce dernier à le faire voir par un médecin. Le 18 août 2007, le père est décédé dans un accident de véhicule à moteur. La mère s'est occupée de l'enfant tout de suite après le décès de son père et a subséquemment adopté la position voulant qu'en sa qualité de parent survivant, elle devait être la personne qui prodigue les soins essentiels à l'enfant. Elle a refusé de confier l'enfant aux grands-parents.

[6] Après le décès de leur fils, les grands-parents ont déposé une demande afin d'obtenir la garde de l'enfant. Le 29 août 2007, la garde provisoire et exclusive de l'enfant a été attribuée aux grands-parents, la mère ayant un droit d'accès auprès de l'enfant du lundi à 16 heures au mercredi à 16 heures et une fin de semaine sur deux du vendredi à 18 heures au dimanche à 18 heures. Le 28 septembre 2007, le droit d'accès de la mère auprès de l'enfant a été modifié, savoir qu'elle l'exerçait maintenant du lundi à

16 heures au jeudi à 16 heures. La mère avait de nombreux animaux de compagnie chez elle savoir, notamment, un lapin en cage, des poussins en cage, un chat siamois qui restait à l'intérieur de la maison et un chien qui restait à l'extérieur. On a également confirmé à l'audience que la mère autorisait une personne à fumer à proximité immédiate de chez elle. Le pédiatre de l'enfant estimait que l'exposition à ces animaux provoquait les maladies respiratoires de l'enfant. La mère a dit à la Cour qu'elle retirerait de chez elle les animaux qui exacerbaient les maladies respiratoires de l'enfant mais selon toute apparence, elle ne l'a jamais fait. Le 12 octobre 2007, la mère a épousé son compagnon. Le couple habite dans la région de Port Elgin avec la fille de la mère et les deux jeunes enfants du couple.

[7] Dans sa décision, la juge saisie de la requête a effectué une analyse approfondie de l'intérêt supérieur de l'enfant et a déterminé qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'en accorder la garde exclusive à ses grands-parents. Elle a toutefois accordé à la mère un droit d'accès de deux jours par semaine. Il s'en est donc ensuivi que les grands-parents ont obtenu la garde exclusive. La mère a obtenu un droit d'accès qu'elle exerce du lundi à 16 heures au mercredi à 16 heures.

III. Les questions à trancher

[8] Bien que plusieurs moyens d'appel aient été soulevés dans l'avis d'appel, seuls deux de ces moyens ont été débattus dans les mémoires et les observations orales :

[TRADUCTION]

- a) la juge du procès a commis une erreur, dans ce litige relatif à la garde qui oppose un parent de l'enfant et des personnes qui ne sont pas ses père ou mère, en ne déterminant pas si le développement et la sécurité de l'enfant étaient menacés avant de déterminer ce qui était dans l'intérêt supérieur de l'enfant;
- b) subsidiairement, la juge du procès n'a pas accordé une importance suffisante à la relation entre le parent et l'enfant.

IV. La norme de contrôle

[9] En ce qui concerne la norme de contrôle qui s'applique à la décision de la juge saisie de la requête d'accorder la garde aux grands-parents de l'enfant, la décision de notre Cour dans l'affaire *P.R.H. c. M.E.L.* (2009), 343 R.N.-B. (2^e) 100, [2009] A.N.-B. n° 85 (QL), 2009 NBCA 18, est déterminante. Voici ce qu'a dit la juge Larlee :

La norme de contrôle qui s'applique dans le cadre d'un appel de cette nature a été examinée dans l'arrêt *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, [2001] A.C.S. n° 60 (QL), 275 N.R. 52, 156 B.C.A.C. 161, 255 W.A.C. 161, 2001 CSC 60. La Cour suprême du Canada a énoncé une norme prescrivant une grande déférence envers les décisions des tribunaux de première instance dans des affaires qui ressortissent au droit de la famille. L'intervention en appel n'est justifiée que s'il y a une erreur importante, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou une erreur de droit. Elle a explicité en quoi consiste une erreur importante :

Comme l'indiquent les arrêts *Gordon* et *Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, la révision en appel exige l'indication d'une erreur importante. S'il existe une indication que le juge de première instance n'a pas pris en considération des facteurs ou des éléments de preuve pertinents, cela peut vouloir dire qu'il n'a pas dûment apprécié tous les facteurs. Dans ce cas, la Cour d'appel peut revoir la preuve produite au procès pour déterminer si le juge a négligé d'examiner ou mal interprété des éléments pertinents de la preuve. Cela dit, je répète que des omissions dans les motifs ne signifient pas nécessairement que la Cour d'appel a compétence pour examiner la preuve entendue au procès [par. 15].

[Par. 8]

En somme, la Cour d'appel doit faire preuve de retenue concernant la façon dont la juge saisie de la requête a apprécié la preuve lorsqu'il s'agit de décider qui doit avoir la garde et à quelles conditions. Toutefois, aucune déférence n'est requise en ce qui concerne une

question de droit, y compris celle qui consiste à savoir « quel est le critère qui s'applique ».

V. Analyse

[10] La mère prétend que les parents biologiques ont [TRADUCTION] « droit, à première vue, à la garde de leurs enfants sauf si, en raison d'un acte, d'une affection ou d'une situation les touchant, les parents sont réputés inaptes ». Autrement dit, la mère prétend qu'avant d'examiner ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour doit déterminer [TRADUCTION] l'« aptitude » ou la [TRADUCTION] « capacité » du parent. La mère fait également valoir que pour le cas où l'on conclurait que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale et qu'il n'existe aucun critère ressortissant aux [TRADUCTION] « droits parentaux », la juge saisie de la requête n'a pas accordé un [TRADUCTION] « poids » suffisant à la demande qu'elle a présentée à titre de parent.

[11] Je ne puis souscrire à ces prétentions. Pour replacer le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant dans son contexte, il faut examiner les règles de droit pertinentes en vigueur dans notre province et ailleurs et donner un bref aperçu de l'évolution du droit dans ce domaine.

A. *Le cadre législatif*

[12] Il s'agit en l'espèce d'attribuer la garde d'un jeune enfant dans le cadre d'un litige opposant un des parents de l'enfant et des personnes qui ne sont pas ses parents. Il est bien établi que les litiges concernant la garde ou l'accès mettant en cause des parents non mariés, des tiers ou des parents mariés qui se sont séparés sans engager une instance en divorce sont régis par des lois provinciales et territoriales. (Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, 3^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2008)). Au Nouveau-Brunswick, il faut appliquer la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2. Les principes à suivre sont énoncés au par. 129(2) :

129(2) Upon application the court may order that either or both parents, or any person, either alone or jointly with another, shall have custody of a child, subject to such terms and conditions as the court determines, such order to be made on the basis of the best interests of the child; and the court may at any time vary or discharge the order.

[Emphasis added]

129(2) Si on le lui demande, la cour peut rendre une ordonnance établie dans l'intérêt supérieur de l'enfant et qui attribue la garde de celui-ci à l'un des parents ou aux deux, ou à toute personne, seule ou conjointement avec une autre, aux conditions dont la cour décide, et la cour peut à tout moment modifier ou révoquer l'ordonnance.

[C'est moi qui souligne.]

[13] Le libellé de la *Loi* est clair. Toute personne, seule ou conjointement avec une autre, peut demander la garde d'un enfant. En l'espèce, les grands-parents ont, ensemble, demandé la garde de leur petit-fils conformément au par. 129(2) de la *Loi*. La *Loi* dispose tout aussi clairement que lorsqu'elle est saisie d'une instance concernant la garde d'un enfant, la Cour doit trancher l'affaire en fonction de l'« intérêt supérieur de l'enfant », expression qui est ainsi définie à l'art. 1 de la *Loi* :

“best interests of the child” means the best interests of the child under the circumstances taking into consideration

(a) the mental, emotional and physical health of the child and his need for appropriate care or treatment, or both;

(b) the views and preferences of the child, where such views and preferences can be reasonably ascertained;

(c) the effect upon the child of any disruption of the child's sense of continuity;

(d) the love, affection and ties that exist between the child and each person to whom the child's custody is entrusted, each person to whom access to the child is granted and, where appropriate, each sibling of the child and, where appropriate, each grandparent of the child;

« intérêt supérieur de l'enfant » désigne l'intérêt supérieur de l'enfant dans les circonstances, compte tenu

a) de l'état de santé mentale, affective et physique de l'enfant et du besoin qu'il a de soins ou de traitements convenables, ou des deux;

b) des vues et préférences de l'enfant lorsqu'il est raisonnablement possible de les connaître;

c) de l'effet sur l'enfant de toute atteinte à la stabilité dont un enfant éprouve le besoin;

d) de l'amour, de l'affection et des liens qui existent entre l'enfant et chaque personne à la garde de qui il a été confié, chaque personne qui a obtenu le droit de lui rendre visite et, le cas échéant, chaque frère ou soeur de l'enfant et, le cas échéant, chaque grand-parent de l'enfant;

(e) the merits of any plan proposed by the Minister under which he would be caring for the child, in comparison with the merits of the child returning to or remaining with his parents;

(f) the need to provide a secure environment that would permit the child to become a useful and productive member of society through the achievement of his full potential according to his individual capacity; and

(g) the child's cultural and religious heritage;

e) des avantages de tout projet de prise en charge de l'enfant par le Ministre comparés à l'avantage pour l'enfant de retourner ou de rester auprès de ses parents;

f) du besoin pour l'enfant d'être en sécurité, dans un milieu qui lui permette de réaliser pleinement son potentiel, selon ses aptitudes personnelles et, ce faisant, de devenir membre utile et productif de la société; et

g) du patrimoine culturel et religieux de l'enfant[.]

[14] Le mot « parent » est également défini à l'art. 1 de la *Loi* et il s'entend notamment des personnes suivantes :

“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; [...]

B. *Le droit des parents à la garde*

[15] La transformation des règles de droit régissant la garde des enfants au Canada a été examinée par la juge McLachlin (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, [1993] A.C.S. n° 112 (QL) :

La perspective historique

La règle exigeant expressément que les litiges en matière de garde et de droit d'accès soient tranchés conformément à « l'intérêt de l'enfant » est d'origine relativement récente.

Aux XVIII^e et XIX^e siècles, le principe directeur en common law voulait qu'on accorde au père une préférence quasi absolue : voir *R. c. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054; *In re Taylor* (1876), 4 Ch. D. 157. La règle était fondée sur des considérations pragmatiques, dont ce qui était réputé être l'intérêt général des enfants : voir *In re Agar-Ellis* (1883), 24 Ch. D. 317. En vérité, cette règle se rattachait probablement davantage à la reconnaissance du droit prééminent du père sur toutes les questions familiales, droit qui trouvait lui-même ses origines dans la notion de supériorité inhérente des hommes sur les femmes.

La règle de la préférence accordée au père a été remplacée par la règle établissant le droit premier de la mère à la garde des enfants en bas âge : voir, à titre d'exemple, *Acte pour amender la loi relative à la garde des enfants en bas âge*, S. Prov. Can. 1855, ch. 126, art. 1. S'est ensuite imposée, dans de nombreux ressorts étrangers et de façon plus limitée au Canada, une présomption en faveur de la mère : *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292, et *Kades c. Kades* (1961), 35 A.L.J.R. 251 (H.C. Aust.); voir également Susan Maidment, *Child Custody and Divorce* (1984), Robert H. Mnookin, « Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy » (1975), 39 *Law & Contemp. Probs.* 226, et Allan Roth, « The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes » (1976-77), 15 *J. Fam. L.* 423. À l'instar de la règle accordant la préférence au père, la justification de cette présomption reposait sur des considérations pragmatiques, le bien-être de l'enfant étant souvent invoqué à son appui. Ainsi justifiée toutefois, la présomption portait en elle le germe de sa propre disparition. De plus en plus, en effet, les tribunaux sont allés au-delà de la préférence pour s'attacher directement à l'intérêt de l'enfant, lequel venait parfois en conflit avec la règle de la préférence pour la mère.

Dès les années 1970, un certain nombre de pays occidentaux avaient accordé une reconnaissance législative au critère de « l'intérêt » ou du « bien-être de l'enfant ». On a toutefois continué de s'interroger sur le poids à accorder à cet intérêt et sur les moyens de le déterminer. En Angleterre, le bien-être de l'enfant est la considération [TRADUCTION] « première et primordiale » : *Guardianship of Minors Act, 1971* (R.-U.), 1971, ch. 3, art. 1. Selon la jurisprudence anglaise, le bien-être de l'enfant est, de fait, devenu l'unique considération : *J. c. C.*,

[1970] A.C. 668; *Re K. (minors)*, [1977] 1 All E.R. 647. En Norvège, les décisions en matière de garde doivent tenir compte [TRADUCTION] « principalement » (ou « primordialement ») de l'intérêt de l'enfant : *Lov 8 April nr 7 om barn og foreldre*, art. 34 (Loi relative aux enfants et aux parents, 7 avril 1981, n° 7, art. 34). En pratique, il appert que d'autres critères ne servent pas seulement à départager lorsque l'intérêt de l'enfant serait tout aussi bien servi par le père que par la mère, mais qu'ils peuvent, dans certains cas, déterminer le résultat : voir Jon Elster, « Solomonic Judgments : Against the Best Interest of the Child » (1987), 54 *U. Chi. L. Rev.* 1; voir également Lucy Smith et Peter Lødrup, « The Child in the Divorce Situation -- Factors Determining the Custody Question and the Use of Experts in Custody Cases in Norway », dans Ian F. G. Baxter et Mary A. Eberts, dir., *The Child and the Courts* (1978).

La plupart des États américains ont adopté des variantes du critère de l'intérêt de l'enfant, bien que, dans certains d'entre eux, l'application de ce critère soit marquée par le souci accru de circonscrire le débat autour de certaines présomptions, qu'il s'agisse d'une présomption en faveur du « principal pourvoyeur de soins », ou en faveur de la mère de l'enfant en bas âge : voir David L. Chambers, « Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce » (1984), 83 *Mich. L. Rev.* 477, et Roth, « The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes », *loc. cit.* [Par. 197 à 200.]

Donc, étant donné l'évolution des règles de droit en matière de garde d'enfants au Canada, l'intérêt supérieur de l'enfant est l'unique critère à appliquer pour trancher les litiges se rapportant à la garde d'enfants.

[16] Mary Jane Mossman, dans son ouvrage intitulé *Families and the Law in Canada* (Toronto : Emond Montgomery Publications Limited, 2004), aux p. 635 et 636, expose à grands traits l'historique de la garde et de l'accès en citant notamment un extrait de l'ouvrage de Susan B. Boyd, intitulé *Child Custody, Law, and Women's Work* (Toronto : Oxford University Press, 2003) :

[TRADUCTION]

La transformation des règles de droit en matière de garde d'enfants au Canada et dans la plupart des pays occidentaux au cours des deux derniers siècles a été frappante. Dans ses grandes lignes, l'histoire des règles de droit régissant la garde d'enfants révèle qu'il y a eu un renversement plus ou moins complet puis, de nouveau, un demi-tour dans les années 1980. Au début du dix-neuvième siècle, les lois en vigueur dans des pays comme l'Angleterre et les États-Unis confirmaient le droit presque absolu du père à la garde des enfants issus du mariage, ce qui reflétait le statut élevé dont jouissait le mari et père au sein de l'institution du mariage. Au début du vingtième siècle, ce droit absolu du père avait commencé à faire place à la prise en compte du bien-être des enfants. Au milieu du vingtième siècle, on estimait que les mères bénéficiaient d'une présomption en leur faveur lorsqu'elles sollicitaient la garde d'enfants « en bas âge ». Au cours des années 1980, le droit relatif à la garde d'enfants a été déclaré être un domaine neutre dans lequel l'« intérêt supérieur » des enfants avait la priorité et où les mères et les pères, ainsi que d'autres parties éventuelles ayant un lien avec les enfants, avaient un droit égal à la garde légale. Dans les années 1990, la réforme des lois en matière de garde d'enfants qui a été effectuée dans de nombreux ressorts avait pour but de concrétiser ces changements et de les approfondir en insistant sur le partage des responsabilités parentales. [C'est moi qui souligne.] [P. 2]

- [17] Bien qu'il y ait très peu de précédents se rapportant à des grands-parents qui demandent la garde de leurs petits-enfants, il existe plusieurs instances concernant des demandes d'accès présentées par des grands-parents. Dans certains ressorts, l'autorisation de la Cour est exigée lorsque des personnes autres que le père ou la mère demandent la garde ou l'accès. Il semble également que dans les ressorts où l'autorisation est exigée pour que des tiers puissent avoir voix à des questions touchant la garde et l'accès, le critère minimal auquel ces tiers doivent satisfaire consiste à savoir si leur demande est « frivole ou vexatoire » (voir les décisions *R.M. and E.M. c. G.B. and J.B. et al.* (1987), 64 Nfld. & P.E.I.R. 70 (C.S.T.-N.), [1987] N.J. No. 139 (QL); et *Arnink c. Arnink* (1999), 2 R.F.L. (5th) 24 (C.S.C.-B.), [1999] B.C.J. No. 2712 (QL)). La nécessité d'obtenir leur autorisation permet aux tribunaux de première instance d'empêcher que

des tiers, dont l'intention semble être seulement de se mêler de ce qui ne les regarde pas, prennent part à des instances concernant la garde et l'accès.

[18] La loi en vigueur au Nouveau-Brunswick n'oblige pas les [TRADUCTION] « autres personnes » à solliciter l'autorisation de la Cour pour présenter une demande de garde. Dans notre province, le législateur n'a pas, jusqu'à maintenant, jugé nécessaire d'inclure une disposition prescrivant l'obtention d'une autorisation dans la *Loi sur les services à la famille*. Les juges restent maîtres du processus conformément au par. 129(2) de la *Loi* qui dispose que « toute personne, seule ou conjointement » peut présenter une demande de garde et que l'« ordonnance [est] établie dans l'intérêt supérieur de l'enfant ». Par conséquent, lorsqu'elle a appliqué la *Loi sur les services à la famille*, la juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit en analysant l'« intérêt supérieur de l'enfant » dans le cadre d'un différend en matière de garde qui opposait un des parents de l'enfant et des personnes qui n'étaient pas ses parents.

[19] La décision *Khan c. Kong* (2007), 50 R.F.L. (6th) 31 (C. sup. Ont.), [2007] O.J. No. 5340 (QL), conf. 64 R.F.L. (6th) 241, [2009] O.J. No. 52 (QL), 2009 ONCA 21, appuie l'opinion voulant qu'il n'existe aucune présomption légale en faveur des parents :

[TRADUCTION]

Il n'existe aucune présomption légale en ce qui concerne les droits des parents dans un litige ressortissant à la garde. Le bien-être de l'enfant, qui doit être envisagé sous son aspect le plus vaste, est la considération primordiale aux fins de déterminer la garde. Le profit que peut tirer l'enfant des liens avec un parent biologique est une question de fait qui doit être tranchée en fonction de chaque cas et fait partie des facteurs à examiner aux fins du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le droit d'un parent biologique est donc une considération secondaire qui vient après l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans l'arrêt *Moore c. Feldstein*, précité, la Cour d'appel a dit ce qui suit, au par. 48 :

[TRADUCTION]

[L]a Cour a le devoir de tenir compte de toutes les circonstances pertinentes pour l'intérêt de l'enfant, et doit vérifier si la preuve établit que l'enfant tirerait profit du lien avec sa mère.

[Par. 232 et 233]

[20] Dans l'arrêt *Young c. Young*, la Cour suprême a dit qu'en matière de droit d'accès, le critère ultime est l'intérêt de l'enfant. Il s'agit d'un critère positif qui se décompose en une grande variété de facteurs.

[21] Dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S. n° 52 (QL), la Cour suprême a confirmé que toutes les décisions relatives à la garde et à l'accès doivent être fondées sur l'intérêt des enfants et être prises à partir de leur point de vue. Voici ce qu'a dit la juge McLachlin (tel était alors son titre) au nom de la majorité :

En définitive, il faut peser l'importance pour l'enfant de demeurer avec le parent à la garde duquel il s'est habitué dans le nouveau lieu de résidence, par rapport au maintien d'un contact absolu avec le parent ayant un droit d'accès, la famille élargie de l'enfant et son milieu. La question fondamentale dans chaque cas est celle-ci : quel est l'intérêt de l'enfant étant donné toutes les circonstances, les nouvelles comme les anciennes? [Par. 50]

[C'est moi qui souligne.]

Je le répète, le seul critère à considérer est l'intérêt supérieur de l'enfant.

C. *Le préambule de la Loi sur les services à la famille*

[22] L'appelante prétend que le droit en vigueur au Nouveau-Brunswick a été énoncé par le juge Richard, juge en chef de la Cour du Banc de la Reine, dans la décision *N.B. c. R.B.* (1993), 138 R.N.-B. (2^e) 321 (C.B.R.), [1993] A.N.-B. n° 377 (QL). Dans cette affaire, un couple non marié s'était séparé en 1986 et leur unique enfant était restée avec la mère qui était subséquemment décédée dans un accident de véhicule à moteur en

1992. La grand-mère maternelle avait demandé la garde provisoire de l'enfant qui avait vécu avec elle à compter de l'accident de sa mère jusqu'à la décision de la Cour en septembre 1993. Le juge en chef Richard a examiné les dispositions applicables de la *Loi*, y compris le préambule tel qu'il était libellé à l'époque. La demande de la grand-mère a été rejetée pour le motif que le droit d'un parent survivant à la garde ne doit pas lui être nié à moins qu'il ait une réputation telle que le fait de lui confier la garde ne serait pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le juge en chef Richard a ensuite conclu qu'un parent naturel, qui a de bonnes moeurs et qui est en mesure et désireux de prendre soin de son enfant, ne peut être privé de son droit de garde simplement parce que [TRADUCTION] « la cour, après avoir soupes[é] les avantages matériels et sociaux, est d'avis que d'autres personnes sont en mesure et désireuses d'offrir davantage » (par. 23).

[23] En l'espèce, la mère prétend que le préambule de la *Loi* a un sens et du poids et pose le contexte aux fins de déterminer à quel moment l'intérêt supérieur de l'enfant entre en jeu, c'est-à-dire lorsqu'il faut protéger « l'enfant contre les dangers ». Autrefois, le préambule disait qu'il ne fallait soustraire un enfant à la surveillance parentale que « lorsqu[e] aucune autre mesure ne conv[enait] » ce qui, selon l'interprétation qu'a retenue le juge en chef Richard, signifiait lorsqu'il était nécessaire de le faire parce que la sécurité de l'enfant était menacée, conformément au par. 31(1) de la *Loi*. Cette expression ne fait plus partie du préambule et elle ne représente plus l'état actuel du droit dans la province du Nouveau-Brunswick. Comme l'a souligné l'avocate des intimés, le préambule sur lequel le juge en chef Richard s'est appuyé a été modifié en mars 1999 et sous sa forme actuelle, il valide l'opinion voulant que l'intérêt supérieur de l'enfant prime toute autre considération, y compris le maintien du noyau familial.

[24] La *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, précise, à l'art. 15, le rôle que joue le préambule d'une loi ou d'un règlement :

15 The preamble of an Act or regulation is a part thereof, and intended to assist in explaining the purport and object of the Act or regulation.

R.S., c.114, s.15; 1982, c.33, s.4.

15 Le préambule d'une loi ou un règlement en fait partie et sert à en expliquer la portée et l'objet.

S.R., c.114, art.15; 1982, c.33, art.4.

Ainsi, l'art. 15 nous dit que le préambule d'une loi ou d'un règlement vise à jeter de la lumière sur l'objet ou le but du texte en question.

[25] L'article 17 de la *Loi d'interprétation* est ainsi rédigé :

17 Every Act and regulation and every provision thereof shall be deemed remedial, and shall receive such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the object of the Act, regulation or provision.

R.S., c.114, s.17.

17 Toute loi, tout règlement et toute disposition de ceux-ci sont réputés réparateurs et doivent faire l'objet de l'interprétation large, juste et libérale, la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

S.R., c.114, art.17.

Par conséquent, l'article 17 dispose que l'objet de la *Loi* et l'objet de la disposition précise en question sont des éléments clefs de toute analyse interprétative.

[26] On recourt le plus souvent au préambule parce qu'il [TRADUCTION] « révèle l'intention du législateur, soit directement en énonçant les buts ou objets de la loi, soit indirectement en faisant état des maux ou préoccupations qui ont motivé le législateur » : Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (Concord (Ont.) : Irwin Law, 1997) à la p. 117. Dans son ouvrage intitulé *Dreidger on the Construction of Statutes*, 3^e éd. (Markham (Ont.) : Butterworths, 1994) à la p. 262, M^e Sullivan cite un extrait de l'arrêt *Attorney General c. Prince Ernest Augustus of Hanover*, [1957] A.C. 436 (Ch. des lords). Dans cette affaire, la Chambre des lords s'est dite d'avis que l'on peut considérer que le préambule fait partie du contexte mais qu'on ne doit lui accorder qu'un poids minimal :

[TRADUCTION]

Lorsqu'il y a un préambule, c'est habituellement dans ses attendus que le tort à réparer et la portée de la *Loi* sont énoncés. Il est donc manifestement permis d'y avoir recours afin d'éclairer l'interprétation du dispositif de la *Loi*. Toutefois, le préambule n'a pas le même poids, comme outil permettant d'éclairer l'interprétation d'un article de la *Loi*, que d'autres dispositions pertinentes se trouvant dans le dispositif de la *Loi* ou même dans des lois connexes. Il se peut qu'il n'y ait pas de correspondance exacte entre le

préambule et le texte législatif lui-même et il se peut que le texte de la loi aille au-delà des indications susceptibles de se dégager du préambule ou ne réponde pas à ces indications. Là encore, le préambule ne peut être d'un grand secours, si tant est qu'il soit d'un quelconque secours, aux fins d'interpréter des dispositions qui énoncent des réserves ou des exceptions à l'exécution de l'objet général de la *Loi*. Ce n'est que lorsqu'il a un sens clair et précis comparativement à un dispositif obscur ou vague que le préambule peut légitimement prévaloir [p. 467].

[27] En 1993, le préambule de la *Loi* était ainsi rédigé :

ATTENDU que prendre soin de leurs enfants et les surveiller est une responsabilité reconnue aux parents et qu'on ne devrait soustraire les enfants partiellement ou complètement, à la surveillance parentale que lorsqu'aucune [*sic*] autre mesure ne convient[.]

[28] Comme nous l'avons vu, le préambule de la *Loi* a été modifié en 1999 et l'attendu susmentionné a été remplacé par le texte suivant :

ATTENDU que prendre soin de leurs enfants et les surveiller est une responsabilité reconnue aux parents et qu'on ne devrait soustraire les enfants à la surveillance parentale que conformément aux dispositions de la présente loi[.]

[C'est moi qui souligne.]

[29] Avant que le préambule ne soit modifié en 1999, notre Cour avait confirmé la prédominance du critère de l'« intérêt supérieur » au Nouveau-Brunswick (voir l'arrêt *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. M.R. and A.R.* (1998), 198 R.N.-B. (2^e) 201 (C.A.), [1998] A.N.-B. n^o 142 (QL), le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre)). La modification apportée au préambule en 1999 établit fermement que l'intérêt supérieur de l'enfant est l'unique considération en matière de garde conformément à l'art. 129 de la *Loi*. Malgré la décision *N.B. c. R.B.*, et avant la modification du préambule en 1999, il arrivait souvent que dans des instances concernant

la garde qui opposaient des parents à des personnes autres que les parents, les juges de la Cour du Banc de la Reine prennent leur décision finale en retenant, comme unique critère, l'intérêt supérieur de l'enfant (voir les décisions *C.W. c. E.R.* (1987), 82 R.N.-B. (2^e) 34 (C.B.R.), [1987] A.N.-B. n° 703 (QL); et *Paré c. Paré* (1987), 78 R.N.-B. (2^e) 10 (C.B.R.), [1987] A.N.-B. n° 93 (QL)).

[30] L'état du droit qui est exposé dans la décision *N.B. c. R.B.* découle de trois arrêts en matière d'adoption qui formaient une trilogie et qui ont été rendus par la Cour suprême dans les années 1950 : *Re Baby Duffell, Martin c. Duffell*, [1950] R.C.S. 737, [1950] A.C.S. n° 29 (QL); *Hepton et al. c. Maat et al.*, [1957] R.C.S. 606, [1957] A.C.S. n° 38 (QL); et *Re Agar; McNeilly et al. c. Agar* (1957), [1958] R.C.S. 52, [1957] A.C.S. n° 66 (QL). Ces arrêts insistent tous sur les droits des parents et la Cour y a statué que les parents biologiques avaient à première vue droit à la garde à moins qu'ils fussent réputés inaptes. En 1985, la Cour suprême a statué, dans l'arrêt *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, [1985] A.C.S. n° 7 (QL), que le facteur primordial était le bien-être de l'enfant et elle a rejeté la demande de la mère naturelle afin que la garde de son enfant lui soit confiée plutôt qu'à ses parents adoptifs. Voici ce qu'a dit la Cour suprême :

[...] Les demandes des parents ne doivent pas être écartées à la légère et il faut les examiner avec attention avant d'en arriver à une décision. Cependant, elles doivent être écartées lorsqu'il est évident que le bien-être de l'enfant l'exige [par. 27].

[C'est moi qui souligne.]

La préférence pour le parent qui avait été énoncée dans la trilogie susmentionnée a donc été écartée.

[31] En l'espèce, la juge saisie de la requête a statué que le préambule ne pouvait prévaloir contre le dispositif de la loi et le par. 129(2) de la *Loi* dispose clairement que l'ordonnance qui attribue la garde d'un enfant doit être établie dans l'« intérêt supérieur de l'enfant ».

D. *La décision de la juge saisie de la requête*

[32] Examinons maintenant la décision de la juge saisie de la requête. En l'espèce, celle-ci a pris en considération l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'elle a conclu qu'il y avait lieu d'accorder la garde exclusive aux intimés. Elle a consacré beaucoup de temps et d'efforts à exposer en détail la situation en ce qui concernait les troubles médicaux de l'enfant, la série de traitements recommandée que l'enfant devait suivre et la façon dont la mère nie l'existence de la maladie ou minimise cette maladie. La juge saisie de la requête a dit que la mère ne veille pas à ce que l'enfant vive dans un milieu approprié ou ne lui administre pas la quantité de médicaments que son pédiatre lui a prescrite. Dans sa décision, la juge saisie de la requête a examiné les facteurs énumérés dans la définition de l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » et directement appliqué les faits de l'affaire à chacun des sept critères exposés dans la définition. J'estime qu'elle n'a pas commis d'erreur dans l'interprétation de la preuve produite devant elle et que c'est à bon droit qu'elle a conclu qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être confié à la garde des intimés.

[33] Dans son mémoire, la mère affirme que la juge saisie de la requête n'a pas accordé une importance suffisante au lien entre le parent et l'enfant. J'estime que la juge saisie de la requête n'a pas commis d'erreur dans son interprétation de la preuve relative au seul critère auquel il fallait satisfaire, l'intérêt supérieur de l'enfant. L'analyse qu'a effectuée la juge saisie de la requête afin de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant a notamment consisté à évaluer le risque auquel l'enfant serait exposé si la garde était accordée à la mère. L'enfant est atteint d'une affection grave dont les tribunaux ont reconnu l'existence dès 2006. Il y a eu de nombreuses visites chez le médecin de famille de l'enfant et un diagnostic d'asthme a été posé par un pédiatre. L'enfant a été soigné à l'aide d'une pompe pendant les deux premières années de sa vie et en septembre 2006, il a commencé à se servir d'un appareil de nébulisation humide par suite d'infections récurrentes des voies respiratoires inférieures. L'enfant est également traité au moyen d'antibiotiques qui lui sont administrés « au besoin » et il fait l'objet d'un suivi médical très régulier. Pourtant, la mère refuse de débarrasser sa maison des animaux de

compagnie qui aggravent l'asthme de l'enfant ou de fournir à ce dernier les médicaments prescrits en respectant la quantité prescrite. La mère et son mari résistent aux recommandations du pédiatre et ils estiment que l'enfant doit prendre trop de médicaments. La santé, la sécurité et le développement de l'enfant sont menacés lorsqu'il est sous la garde de l'appelante.

[34] La juge saisie de la requête a abordé cette question dans sa décision puisqu'elle dit que l'état de santé mentale, affective et physique de l'enfant et le besoin qu'il a de soins ou de traitements convenables sont les facteurs les plus importants en l'espèce. Elle a conclu qu'alors que les intimés ont [TRADUCTION] « fait tout ce qu'ils pouvaient pour suivre les conseils du médecin, [l'appelante et son mari] n'acceptent pas le diagnostic du médecin et estiment que l'enfant doit prendre trop de médicaments » (par. 45). La juge saisie de la requête a également examiné le [TRADUCTION] « lien » qui existe entre l'enfant et les parties. Voici ce qu'elle a écrit :

[TRADUCTION]

En ce qui concerne la question de savoir si la preuve révèle l'existence d'un lien substantiel entre l'enfant et une des parties, selon les tiers indépendants qui ont témoigné, le lien le plus fort semble être celui qui unit l'enfant et G.E. [le grand-père intimé]. Le visage de D. s'illumine lorsque son grand-père paternel entre dans une pièce. M^{me} Doucet a témoigné que D. frotte les joues de son grand-père et se blottit contre lui. Il faut également mentionner que l'enfant aime toutes les parties et que celles-ci l'aiment [par. 49].

[35] La juge saisie de la requête a également dit ceci : [TRADUCTION] « [...] L'intérêt supérieur de cet enfant est lié au maintien de son état de santé. Pendant toute la vie de D, [les intimés] ont tout fait pour donner la priorité aux soins dont D. a besoin. En ce qui concerne [l'appelante], elle refuse toujours de débarrasser son foyer d'éventuels agents pathogènes et elle ne veut même pas essayer de retirer ces irritants de sa maison. À cet égard, l'intérêt supérieur de D. n'est pas sa priorité absolue » [par. 60]. La juge saisie de la requête a ensuite dit ceci : [TRADUCTION] « Étant donné que l'enfant montre encore des signes de maladie lorsqu'il revient de chez sa mère, l'accès sera

ramené à deux jours par semaine [...] » [par. 67]. Compte tenu de tout ce qui précède, il existe des éléments de preuve et il existe des conclusions de fait qui indiquent que la juge saisie de la requête a pris en considération la relation parent-enfant mais a jugé que la santé de l'enfant serait menacée si la garde était accordée à l'appelante. Elle a donc conclu qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être confié à la garde de ses grands-parents. Il ne m'a pas échappé que la juge saisie de la requête a accordé à la mère un droit d'accès auprès de l'enfant de deux jours par semaine. La mère a prétendu qu'en lui accordant ce droit d'accès, la juge saisie de la requête a reconnu les bienfaits du lien qui unit le parent et l'enfant. Il me semble que la juge saisie de la requête a simplement essayé de rendre une ordonnance qui permettait à la mère de conserver un certain accès auprès de l'enfant.

VI. Dispositif

[36] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter l'appel et de confirmer la décision de la juge du procès. Je suis d'avis de condamner l'intimée à des dépens de 1 000 \$.