

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

117-21-CA
119-21-CA

J.P. and R.D.

J.P. et R.D.

APPELLANTS

APPELANTS

- and -

- et -

THE MINISTER OF SOCIAL DEVELOPMENT

LA MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT
SOCIAL

RESPONDENT

INTIMÉE

J.P. and R.D. v. The Minister of Social
Development, 2022 NBCA 57

J.P. et R.D. c. La ministre du Développement
social, 2022 NBCA 57

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LeBlond

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LeBlond

Appeal from a decision of the Court of King's
Bench:
October 13, 2021

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi :
le 13 octobre 2021

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2021 NBQB 266

Décision frappée d'appel :
2021 NBBR 266

Preliminary or incidental proceedings:
Consolidation orders filed July 4, 2022

Procédures préliminaires ou accessoires :
Ordonnances par consentement déposées
le 4 juillet 2022

Appeal heard:
September 27, 2022

Appel entendu :
le 27 septembre 2022

Judgment rendered:
September 29, 2022

Jugement rendu :
le 29 septembre 2022

Reasons delivered:
December 8, 2022

Motifs déposés :
le 8 décembre 2022

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Baird

Motifs de jugement :
l'honorable juge Baird

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

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge LeBlond

Counsel at hearing:

For the appellants:
Prisca Levesque

For the respondent:
Vicky Smith

THE COURT

On September 29, 2022, the appeal was dismissed with reasons to follow. These are the reasons for decision.

Avocats à l'audience :

Pour les appelants :
Prisca Levesque

Pour l'intimée :
Vicky Smith

LA COUR

L'appel a été rejeté le 29 septembre 2022, avec motifs à suivre. Voici ces motifs.

Le jugement de la Cour rendu par

LA JUGE BAIRD

I. Introduction

[1] J.P. (le père) et R.D. (la mère) interjettent appel d'une ordonnance de la Cour du Banc du Roi, Division de la famille, qui a accordé la tutelle permanente de leurs trois enfants (A., M. et Z.) à la ministre du Développement social (la Ministre), en vertu du par. 56(1) de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, c. F-2.2 (la *Loi*). Les parents appelants demandent l'infirmité de la décision de la cour d'instance inférieure et sollicitent une ordonnance de garde assortie d'un accès surveillé, ou, subsidiairement, une ordonnance leur accordant un accès auprès des enfants après l'adoption.

[2] Peu de temps après la fin de l'audience, nous avons rejeté l'appel et avons indiqué que les motifs suivraient. Voici ces motifs.

II. Contexte

[3] Avant l'audition de la demande de tutelle, les appelants ont cohabité en union de fait, période durant laquelle quatre enfants sont nés. L'audience sur la demande de tutelle concernait trois enfants âgés respectivement de trois ans, de deux ans et de onze mois. Le troisième enfant du couple, L., est né le 27 octobre 2019. Six semaines après cette naissance, le père a téléphoné au service 911 pour rapporter que L. s'était étouffé en buvant et ne réagissait plus. L'enfant a été transporté par ambulance à deux hôpitaux de la région et, subséquemment, par transport aérien jusqu'au Centre de soins de santé IWK d'Halifax, en Nouvelle-Écosse. Il y a été placé sous assistance respiratoire et est décédé le 13 décembre 2019. Une quatrième enfant, Z., est née quelques mois plus tard, le 18 octobre 2020.

[4] La Ministre a placé A. et M. sous un régime de protection le 11 décembre 2019. Comme je l'ai mentionné, Z. est née le 18 octobre 2020 et a été placée sous un régime de protection le lendemain. Une demande distincte de tutelle a été

déposée ultérieurement relativement à cette enfant. Les deux demandes ont été entendues durant une audience qui a duré six jours et qui s'est déroulée en septembre 2021.

[5] Durant l'audience sur la tutelle, la Ministre a assigné 14 témoins à comparaître, dont un médecin légiste, un pédiatre et un psychologue. De plus, quatorze affidavits souscrits par divers prestataires de service ont été déposés en preuve, de même que 27 affidavits déposés en vertu de l'art. 9 de la *Loi*.

[6] Les motifs de la juge du procès comprennent 148 paragraphes. Avant de rendre l'ordonnance de tutelle, la juge a examiné la preuve attentivement et a tiré des conclusions de fait ainsi que des conclusions relatives à la crédibilité des témoins. Ses motifs étaient solides et étoffés. Au terme d'une analyse concise de l'intérêt supérieur de l'enfant, elle a conclu qu'il était dans celui des enfants qu'elle prononce une ordonnance de tutelle en vertu du par. 56(1) de la *Loi* et qu'elle ne l'assortisse pas d'un accès entre les parents et les enfants. La juge du procès a rejeté la demande des parents qui sollicitaient une ordonnance de garde sous surveillance et le retour graduel des enfants à leur charge.

III. Moyens d'appel

[7] Après le dépôt de la décision, chaque parent a déposé un avis d'appel et, à eux deux, ils ont soulevé 25 moyens d'appel. Le 4 juillet 2022, des ordonnances de fusion ont été déposées par consentement. Devant nous, l'avocate des appelants a révisé les moyens d'appel : elle en a retiré certains et a combiné ceux qui se chevauchaient. La liste suivante énonce les moyens d'appel modifiés :

- 1) la juge a commis une erreur de droit lorsqu'elle a décidé que le plan de la Ministre de placer les enfants pour adoption, plutôt que de les laisser dans la famille d'accueil et d'en retourner la charge graduellement à leurs parents, était dans l'intérêt supérieur des enfants, ce qui était contraire à l'opinion du psychologue clinicien;

- 2) la juge a commis une erreur de droit en omettant de prendre en considération l'opinion du psychologue clinicien concernant la tutelle ainsi que les répercussions psychologiques sur les enfants qu'auraient leur retrait de la famille d'accueil et leur placement subséquent pour adoption;
- 3) La juge a commis une erreur en omettant de tenir compte de l'opinion de la pédiatre selon laquelle les blessures de L. pouvaient s'expliquer autrement. De plus, la juge n'a pas tenu compte de l'omission par la médecin légiste de mentionner l'autre explication possible pour les blessures de L., et elle s'est concentrée sur le fait qu'une enquête criminelle pour homicide avait été entreprise relativement au décès de L. En outre, la juge a commis une erreur de droit lorsqu'elle a inversé le fardeau de la preuve. Enfin, elle a commis une erreur de droit en concluant que les parents étaient les seuls responsables de s'occuper de L.;
- 4) La juge a commis une erreur de droit lorsqu'elle a jugé que la perspective d'un retour des enfants auprès de leurs parents suscitait des préoccupations persistantes en l'absence d'une preuve de maltraitance et compte tenu, notamment, de l'absence d'intervention antérieure de la Ministre auprès de la famille;
- 5) La juge a commis une erreur de droit en refusant d'ordonner un accès entre les parents et les enfants après le prononcé de l'ordonnance de tutelle, ce qui était contraire à l'opinion exprimée par le psychologue clinicien.

IV. Norme de contrôle

[8] La portée de la révision en appel est restreinte lors de l'examen du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant dans des affaires de protection de l'enfance. Le juge Richard (tel était alors son titre), dans la décision *S.B. c. Le Ministre des Services familiaux et communautaires*, 2006 NBCA 41, [2006] A.N.-B. n° 167 (QL), a exprimé l'opinion suivante :

Chacun sait que la révision en appel des décisions en matière de protection de l'enfance, y compris dans les affaires de tutelle, est très restreinte. Compte tenu des nombreuses décisions rendues par la Cour suprême du Canada et par notre Cour à ce sujet, il aurait été futile pour l'une ou l'autre des parties de ne pas reconnaître les circonstances limitées dans lesquelles la Cour d'appel peut intervenir à bon droit : voir, par exemple, *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. C.(G.C.)*, [1988] 1 R.C.S. 1073, par. 5, *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L.(M.)*, [1998] 2 R.C.S. 534, aux par. 34 à 36, *D.B. c. New Brunswick (Minister of Family and Community Services)* (2000), 228 R.N.-B. (2^e) 218 (C.A.), aux par. 6 et 7, *Nouveau-Brunswick (Ministre des Services familiaux et communautaires) c. A.N. et Y.N.* (2003), 264 R.N.-B. (2^e) 80 au par. 11, *Nouveau-Brunswick (le ministre des Services familiaux et communautaires) c. M.D.*, [2006] A.N.-B. n^o 11 (C.A.)(QL) aux par. 5 à 7 et *T.T. c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Services familiaux et communautaires)*, [2006] A.N.-B. n^o 39 (C.A.)(QL) au par. 3. Ces arrêts posent comme postulat, lequel a été énoncé de façon succincte par le juge en chef Drapeau dans l'arrêt *A.N.*, au par. 11, qu'une cour d'appel n'interviendra dans les affaires de protection de l'enfance « que si la solution prescrite par le juge du procès est dénuée de fondement dans les faits ou si cette solution est fondée sur une erreur de principe, le défaut de prendre en considération tous les facteurs d'influence pertinents ou la considération d'un facteur dénué de pertinence. »

[Je souligne; par. 3]

- [9] Cette approche de la révision en appel en matière de tutelle a été appliquée par la Cour dans *A.W. c. La Ministre des Services familiaux et communautaires*, 2007 NBCA 77, 322 R.N.-B. (2^e) 162; *N.J.P. c. La ministre du Développement social*, 2012 NBCA 3, 382 R.N.-B. (2^e) 245; *Le ministre du Développement social c. G.B., F.H. et R.O.*, 2012 NBCA 62, 392 R.N.-B. (2^e) 209; *J.R.C. c. Ministre du Développement social*, 2013 NBCA 5, 398 R.N.-B. (2^e) 199; *J.C. c. Ministre des Familles et des enfants*, 2020 NBCA 24, [2020] A.N.-B. n^o 80 (QL); *S.B. c. Ministre du Développement social et autres*, 2021 NBCA 43, [2021] A.N.-B. n^o 235 (QL); *D.S. et A.C. c. Ministre du Développement social*, 2021 NBCA 25, [2021] A.N.-B. n^o 128 (QL).

[10] En l'espèce, les moyens d'appel, pour la plupart, soulèvent des questions de droit qui seront examinées suivant la norme de la décision correcte. Là où les appelants sont en désaccord avec une décision qui relevait du pouvoir discrétionnaire de la juge, la Cour fera preuve de retenue, à moins qu'elle ne conclue que la juge a commis une erreur dans l'application des principes juridiques ou une erreur de fait ou une erreur mixte de droit et de fait dominante. Voir aussi *J.E.J. c. S.L.M.*, 2007 NBCA 33, 318 R.N.-B. (2^e) 119; *Lang c. Lang*, [2007] A.N.-B. n° 348 (QL); *T.M.D. c. J.P.G.*, 2018 NBCA 15, [2018] A.N.-B. n° 44 (QL).

V. Analyse et décision

A. *La juge a-t-elle commis une erreur en écartant l'opinion du psychologue?*

[11] La Ministre n'était jamais intervenue auprès de cette famille. C'est le décès de L. qui a entraîné son intervention. Après le 11 décembre 2019, divers services ont été offerts aux parents et aux enfants. En date de la décision orale, A. et M. étaient placés en famille d'accueil depuis 22 mois, et Z. depuis 12 mois.

[12] La Ministre a retenu les services d'un psychologue clinicien, le D^r Yves Turgeon, pour qu'il procède à une évaluation de la capacité parentale. Son rapport, daté du 31 octobre 2020, a été suivi d'un résumé, daté du 8 septembre 2021. Le statut d'expert en psychologie clinique du D^r Turgeon a été reconnu et il a affirmé devant la Cour que, bien que les parents rencontrent des difficultés, il était d'avis qu'ils pouvaient s'acquitter minimalement correctement de leur rôle de parent. Il s'est prononcé contre l'adoption et a exprimé l'avis que les enfants devraient rester en famille d'accueil, puis être retournés graduellement à leurs parents, sous surveillance.

[13] L'importance de l'opinion du D^r Turgeon a été quelque peu atténuée étant donné le temps qui s'était écoulé entre la date de son évaluation de la capacité parentale et la date de son témoignage. Il a tenu les propos suivants :

Ceci étant, même si je continue à croire qu'une tentative de réintégration progressive des enfants au sein de leur

famille, notamment celle des deux enfants plus âgés, était souhaitable dans ce cas, je demeure inquiet des conséquences que pourraient avoir eu une réintégration prématurée ou trop rapide des trois enfants, notamment à cause de l'épuisement des ressources des parents et de l'exacerbation de leurs vulnérabilités personnelles, ce qui pouvai[t] avoir et peut toujours avoir des incidences négatives sur l'ensemble des enfants.

[14] Il a affirmé qu'il souhaiterait observer les enfants et leurs parents sur de longues périodes de manière à évaluer la capacité parentale de ces derniers. Cette recommandation figure dans son évaluation de la capacité parentale de même que dans le rapport de suivi du 8 septembre 2021. Il a expliqué que, même s'il fallait faire preuve de prudence, il ne recommandait pas le prononcé d'une ordonnance de tutelle parce que, selon lui, les parents ne posaient pas un risque pour les enfants et étaient minimalement en mesure de satisfaire aux besoins de ces derniers, et parce qu'il restait optimiste quant aux progrès effectués par les parents. Il a également noté que A. et M. étaient plus vieux et que le lien qui les unissait à leurs parents était plus fort que celui qui les unissait à Z.

[15] Les parents soutiennent que la juge a commis une erreur en omettant de se ranger à l'opinion du D^r Turgeon, et que les circonstances du décès de L. avaient teinté sa conclusion. Cet argument est omniprésent dans leurs observations en appel.

[16] La juge a spécifiquement noté que la décision de la Ministre de solliciter une ordonnance de tutelle n'était pas fondée exclusivement sur le fait que le décès de L. faisait l'objet d'une enquête pour homicide. Au paragraphe 135 de ses motifs, elle a signalé que l'incapacité des parents à mettre en place un réseau de soutien adéquat et le désengagement de J.P. en matière de traitement de sa toxicomanie ne permettaient pas de leur accorder un délai supplémentaire. En fait, la travailleuse sociale, M^{me} Marjolaine Cyr, qui a témoigné pour le compte de la Ministre, a fait état d'autres préoccupations, comme l'existence de violence conjugale, des conditions de vie inappropriées, le manque de précautions quant à la sécurité et à la supervision des enfants, la santé mentale de la mère, l'usage de drogues illicites par le père, les problèmes d'attachement de M., la violence verbale et le manque de ressources pour prendre soin des enfants. Qui plus est,

selon certains éléments de preuve, les enfants souffraient de caries dentaires et de retard de langage.

[17] Les procès où interviennent des experts posent souvent des défis, particulièrement lorsqu'ils expriment des opinions divergentes. Le rôle de gardien du juge du procès est fondamental. Ce rôle a été examiné dans *R. c. Bingley*, 2017 CSC 12, [2017] 1 R.C.S. 170, aux par. 13 et 17 (voir aussi *S.B.-B. c. B.J.S.*, 2020 NBCA 9, [2020] A.N.-B. n° 31 (QL), au par. 20).

[18] Dans l'article « *Mohan, Assessments & Expert Evidence: Understanding the Family Law Context* », 2007, *Queen's Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, No. 07-02, mis à jour en mars 2015, le professeur Nicholas Bala a analysé en profondeur le rôle des évaluateurs dans le contexte du droit de la famille. À la page 31 de l'article, il a formulé les observations suivantes :

[TRADUCTION]

Il y a lieu de craindre que les juges, confrontés à des décisions difficiles concernant l'avenir des enfants, ne s'en remettent trop aux « experts » qui prétendent savoir ce qui est dans l'intérêt supérieur des enfants. Lorsqu'on est aux prises avec l'incertitude et avec un choix difficile à arrêter, il est naturel d'avoir tendance à vouloir s'en remettre à un expert qui semble avoir des connaissances objectives et scientifiques. [« *Evaluating Expert Evidence* » (1984), 5 *Cordozo L. Rev.* 587.] Les juges devraient toutefois faire preuve de prudence avant de se fier outre mesure aux recommandations d'experts, puisque leurs évaluations comportent par nature des aspects prédictifs et fondés sur la valeur. La détermination de l'« intérêt supérieur » d'un enfant suppose toujours l'application d'une norme juridique, et il importe qu'un tribunal ne délègue pas cette détermination à un évaluateur. [*Strobridge c. Strobridge* (1994), 4 R.F.L. (4th) 169 (C.A.).] Il appartient au tribunal, et non à l'expert, de prendre la décision, et le tribunal doit veiller à ce que son rôle ne se limite pas à souscrire aux opinions des experts. S'il est vrai qu'une évaluation peut être une source importante de renseignements indépendants pour le tribunal, elle ne fournit pas une réponse définitive à la question de ce qui constitue l'intérêt supérieur de l'enfant. Le tribunal n'est pas tenu d'accepter l'opinion de l'expert et il est libre de la rejeter. [*Stewart c. Stewart*

(1990), 30 R.F.L. (3d) 67 (C.A. Alb.); *Jones c. Jaworski* (1989), 93 A.R. 378 (C.B.R.); *D.M.M. c. D.P.L.* 1999 ABQB 37, (1999), 239 A.R. 162.] [Je souligne; p. 31]

[19] La Cour a déjà traité du rôle des experts dans le contexte du droit de la famille. Dans la décision *S.S.P. c. New Brunswick (Minister of Family and Community Services) et al.*, 2004 NBCA 79, 279 R.N.-B. (2^e) 199 [intitulé du R.N.-B.], la juge Larlee a adopté les motifs de l'arrêt *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, [1998] A.C.S. n° 55 (QL), dans lequel la Cour suprême a conclu qu'il n'est pas obligatoire de retenir l'opinion de quelque témoin que ce soit, y compris celle d'un expert. Dans la décision *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2^e) 100, la juge Larlee a réitéré ce principe et a conclu ainsi :

De plus, la Cour ne devrait pas déléguer à un évaluateur son obligation de déterminer quelle entente relative au partage des responsabilités parentales est dans l'intérêt d'un enfant : *M.J. c. P.C.* (2002), 156 O.A.C. 197, [2002] O.J. No. 964 (QL); motifs additionnels à [2002] O.J. No. 981 (C.A.) (QL). Voir aussi la décision *Snoddon c. Snoddon*, [2004] O.J. No. 1987 (QL), 2004 ONCJ 39. Toutefois, les tribunaux accordent habituellement une importance considérable aux recommandations d'un évaluateur, mais celles-ci ne sont qu'un des facteurs qu'ils doivent prendre en considération aux fins de leur décision. Le tribunal peut également choisir de ne pas tenir compte des recommandations de l'évaluateur, comme ce fut le cas dans l'affaire *Steeves c. Robinson* (2005), 278 R.N.-B. (2^e) 38, [2005] A.N.-B. n° 52 (QL), 2005 NBBR 46. En l'espèce, l'avocate de l'appelant a ainsi formulé la chose : [TRADUCTION] « Ce ne sont pas les psychologues qui tranchent les questions de garde mais bien les juges ». Je suis d'accord avec elle. [par. 16]

Voir aussi *J.S. et J.N. c. Ministre du Développement social (maintenant Ministre des Familles et des Enfants)*, 2018 NBCA 26, [2018] A.N.-B. n° 371 (QL), au par. 54; *McIntyre c. Matthews*, 2020 NBCA 52, [2020] A.N.-B. n° 177 (QL), au par. 64; *S.H. c. Ministre du Développement social et C.H.*, 2021 NBCA 56, [2021] A.N.-B. n° 308 (QL).

[20] Les parents prétendent que, compte tenu des recommandations du D^f Turgeon, ils auraient dû obtenir une ordonnance de garde sous surveillance, de

manière à ce qu'ils puissent démontrer leurs capacités parentales. Je rappelle que les plus vieux des enfants étaient en famille d'accueil depuis 22 mois au moment où s'est tenue la dernière audience. À cet égard, la juge a fait référence à la décision *Ministre des Services familiaux et communautaires c. S.B.*, 2008 NBCA 16, 327 R.N.-B. (2^e) 101, dans laquelle le juge Robertson a tiré la conclusion suivante :

[...] Les père et mère de l'enfant ont deux ans au cours desquels ils peuvent acquérir les aptitudes parentales nécessaires ou effectuer les changements nécessaires à leur mode de vie pour faire en sorte que les besoins fondamentaux de l'enfant puissent être remplis. Après deux ans, il incombe au Ministre de prendre les mesures appropriées. [...] [par. 16]

[21] La juge a également fait référence à la décision *Nouveau-Brunswick (Ministre du développement social) c. D.M.*, 2020 NBBR 225, [2020] A.N.-B. n° 340 (QL) [intitulé de QL], dans laquelle la juge Godbout a écrit :

[TRADUCTION]

La récente décision de la juge Marie-Claude Blais dans l'affaire *The Minister of Social Development c. S.T. and D.B.S.*, décision inédite, FDSJ-531-2016 (C.B.R.N.-B.) met l'accent sur la démarche qu'il convient de suivre dans les cas de tutelle où moins de 24 mois se sont écoulés. Le paragraphe 55(2) de la *Loi sur les services à la famille* prévoit qu'un tribunal « peut proroger pour des périodes supplémentaires de six mois chacune au maximum une ordonnance [de garde], mais le total des périodes, y compris la période initiale et toute période pendant laquelle l'enfant a été pris en charge en vertu d'une entente de garde ne doit pas dépasser vingt-quatre mois consécutifs ». Bien que les parents puissent se voir accorder jusqu'à 24 mois pour démontrer leur capacité à répondre aux besoins de l'enfant, ils n'ont pas le droit absolu de bénéficier de cette période prolongée pour le faire. Notre Cour d'appel a clairement indiqué que la période de 24 mois consécutifs n'est qu'une limite de temps (voir *Ministre des Services familiaux et communautaires c. S.B.*, 2008 NBCA 16), et toute décision d'accorder une prorogation de l'ordonnance de garde au cours de cette période relève du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance qui « peut » choisir de l'exercer sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant. Comme l'a conclu la juge Blais au paragraphe 95 de sa décision :

[TRADUCTION]

La Cour ne peut pas refuser d'ordonner une tutelle au motif que le parent devrait bénéficier de plus de temps pour démontrer sa capacité de parenter. Donner cette interprétation au paragraphe 55(2) de la *Loi sur les services à la famille* équivaldrait à adopter une approche axée sur le parent et non sur l'enfant [...], ce qui, à mon avis, n'est pas conforme à la loi.

Les éléments de preuve présentés à la Cour semblent fortement indiquer que retarder la tutelle dans la présente affaire reviendrait à retarder l'inévitable. [par. 75]

[22] En réponse à la suggestion des parents selon laquelle les mesures d'urgence adoptées durant la récente pandémie de la COVID ont, dans les faits, nui à la réunification de la famille et à une évaluation exhaustive de la capacité parentale en l'espèce, la juge a conclu :

Je constate que le ministre a été mis au défi en ce qui concerne l'organisation des visites entre les enfants et leurs parents, et la mise en place de certains services, que ce soit des embûches créées par la distance séparant la demeure des intimés et celles des familles d'accueil, la température et la circulation routière, les mesures sanitaires imposées en matière de COVID-19, ou le manque de ressources humaines. Toutefois, et comme je l'ai dit antérieurement, à l'exception de courtes périodes, les enfants ont bénéficié de beaucoup de visites avec leurs parents, en person[n]e et de façon virtuelle, plusieurs fois par semaine, tel [qu'en] témoigne la panoplie d'affidavits déposés par les intervenants du ministre chargé[s] de reconduire et [de] surveiller les enfants lors des visites.

Avant de regarder la possibilité de maximiser la période de 24 mois, énoncée au paragraphe 55(2) de la *Loi*, je dois évaluer le cheminement des intimés, depuis la prise en charge du ministre, et leur engagement véritable, afin de soupeser le bien-fondé de la demande des intimés, et l'intérêt supérieur des enfants. [par. 94 et 95]

[23] La juge n'avait aucune obligation de s'en remettre à l'opinion du D^r Turgeon quant à l'ordonnance de garde sous surveillance. Elle avait compétence pour parvenir au résultat auquel elle est arrivée après avoir examiné l'ensemble de la preuve. Je ne constate aucune erreur dans l'analyse qu'elle a faite de l'intérêt supérieur de l'enfant; je n'en vois pas non plus dans son refus de rendre une ordonnance de garde sous surveillance qui aurait prolongé au-delà des deux ans prévus par la *Loi* la période durant laquelle les parents peuvent obtenir plus de temps pour faire la preuve de leur capacité parentale. En appliquant le droit aux faits de la cause tels qu'elle les a constatés, la juge a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire, et il convient de faire preuve de retenue à l'égard de sa décision. Je ne décèle aucune erreur dans les motifs de la juge. À mon avis, sa décision respecte la *Loi*; ce moyen d'appel n'est pas fondé et je suis d'avis de le rejeter.

B. *La juge a-t-elle commis une erreur de droit en omettant de prendre en considération l'opinion du D^r Turgeon relative à la tutelle?*

[24] Comme je l'ai noté, la juge a tranché la présente affaire sur le fond. Ce faisant, elle s'est dite en désaccord avec l'opinion du D^r Turgeon. Les parents affirment que cela constitue une erreur de droit.

[25] Dans la décision *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. B.H. et W.L.* (1994), 153 R.N.-B. (2^e) 45, [1994] A.N.-B. n^o 412 (QL) (C.A.), le juge Ryan, qui s'exprimait sur l'utilisation des rapports d'experts, a renvoyé à l'arrêt *Graat c. R.*, [1982] 2 R.C.S. 819, [1982] A.C.S. n^o 102 (QL), dans lequel la Cour suprême [TRADUCTION] « [...] a souscrit au raisonnement de Wigmore selon lequel la "règle de la question essentielle" ne devrait pas empêcher les tribunaux d'entendre les opinions des experts lorsque ceux-ci font un résumé général de la preuve » (par. 18). Cependant, comme dans l'affaire *B.H.*, un travailleur social, dont le statut d'expert en préparation de rapports sur la capacité parentale avait été reconnu, avait exprimé son opinion sur la question même que le juge devait trancher. Le juge Ryan s'est opposé à cette pratique. Il a écrit qu'il peut y avoir, mais pas nécessairement, un danger à laisser un

expert donner l'opinion sur le sujet même qui doit faire l'objet de la décision du juge. Il a écrit :

[TRADUCTION]

Le danger, selon moi, réside dans l'abus que l'on fait de leur témoignage et dans une possible prolifération des experts appelés par chaque partie au litige, que le litige soit simple ou complexe. Cela ne s'applique pas en l'espèce parce que les parents sont des prestataires de l'aide sociale dont les ressources ne font pas le poids contre celles de l'État dans la lutte visant à déterminer s'ils perdront leurs enfants. [par. 19]

[26] L'analyse par la juge de l'évaluation des capacités parentales par le D^r Turgeon se trouve aux par. 76 à 88 de ses motifs. Elle a reconnu qu'il n'a pas recommandé le prononcé d'une ordonnance de tutelle. Elle a toutefois noté que le D^r Turgeon restait préoccupé quant à la capacité des parents de prendre soin des trois enfants dans les circonstances vulnérables dans lesquelles ils se trouvaient. Elle a réitéré les inquiétudes du D^r Turgeon quant à la consommation de drogue par le père, à l'absence de soutien familial, au traumatisme entourant le décès de L., aux problèmes observés en matière de prise de décision, et aux problèmes de santé mentale de la mère. La juge était convaincue que cette dernière était capable de satisfaire aux besoins physiques des enfants, que le père assumait un rôle différent auprès des enfants, et que les deux parents avaient exercé leurs visites auprès des enfants.

[27] La juge a pris note de l'engagement de la mère auprès des enfants durant les visites et était convaincue que cette dernière était en mesure de satisfaire à leurs besoins physiques et s'investissait auprès d'eux. Selon la juge, le père en déférait à la mère lorsqu'il l'aidait avec les enfants, mais son rôle consistait plutôt à les amuser lorsque la mère voulait se reposer. La juge a toutefois indiqué que les affidavits déposés par la Ministre faisaient état de problèmes persistants.

[28] Aux paragraphes 87 et 88 de ses motifs, la juge a discuté des éléments de preuve qui mettaient en lumière des problèmes de parentage persistants quant à la routine et à la discipline et des préoccupations en matière de sécurité. La juge a affirmé avoir lu les affidavits et écouté les témoignages et, en définitive, même si elle était convaincue

que les parents possédaient à tout le moins une capacité parentale minimale, elle était inquiète de la consommation de drogues illégales par le père, de l'absence de soutien familial et des problèmes de santé mentale de la mère, dont sa colère et sa méfiance. La juge a effectué un exercice de mise en balance minutieux dans lequel il serait inopportun de s'ingérer à la légère.

[29] La juge a par ailleurs mentionné que, en dépit de traitements, le père consommait encore des drogues et que cela constituait une source persistante de préoccupation. Je remarque que le père a subi des tests de dépistage de drogues à compter du moment où la Ministre est intervenue auprès de cette famille. Les résultats de ces tests ont été versés au dossier. Voici un échantillon des résultats en question :

- a) le 20 février 2020, J.P. a testé positif au cannabis;
- b) en septembre 2020, J.P. a testé positif aux amphétamines, aux méthamphétamines et aux benzodiazépines;
- c) en novembre 2020, J.P. a testé positif au cannabis;
- d) en décembre 2020, J.P. a testé positif aux amphétamines, au cannabis et aux méthamphétamines;
- e) en mai 2021, J.P. a testé positif au cannabis;
- f) en juin 2021, J.P. a testé positif aux amphétamines, aux méthamphétamines et au cannabis;
- g) en août 2021, J.P. a testé positif aux amphétamines, aux méthamphétamines et au cannabis;
- h) en septembre 2021, J.P. a testé positif au cannabis.

[30] À la page 25 de ses motifs, la juge a tiré les conclusions suivantes :

À mon avis, aucun des parents n'est capable d'assumer la charge de trois jeunes enfants, et d'assurer leur sécurité.

[...]

Le plan proposé par les intimés consiste à demander que les enfants leur soient retournés graduellement, et offr[e] la possibilité de déménager à Campbellton, pour se rapprocher du père de madame R.D., et, par la même occasion, aider l'intimé avec sa toxicomanie. Les intimés ont eu plus de 21 mois au cours desquels ils devaient effectuer les changements nécessaires à leur mode de vie, mais ils ne l'ont pas fait, et, à ce jour, le plan des intimés n'est qu'à l'état embryonnaire.

Le plan du ministre favorise un environnement stable et sécuritaire pour les enfants. Si la tutelle est accordée, les enfants vont demeurer dans leur famille d'accueil respective jusqu'à leur adoption. Par conséquent, le plan du ministre est supérieur au plan proposé par les parents, et correspond le mieux [à] l'intérêt supérieur de A., M. et Z.

[...]

Après avoir entendu les médecins, Edgecombe et Ornstein, expliquer que la cause du décès était un traumatisme crânien non accidentel, et que le décès a été classé d'homicide, que L. est décédé alors qu'il était sous les soins de ses parents, et que l'explication que les parents ont donné[e], des blessures de L., est tout simplement incomplète, invraisemblable et incompatible avec l'ensemble des autres éléments de la preuve, je suis convaincue que les enfants sont à risque de subir un préjudice physique s'ils sont retournés aux parents, et bien qu'il puisse exister une chance de pouvoir réunifier [...] cette famille, selon le psychologue clinicien, le Tribunal n'est pas en mesure de prendre cette chance avec la vie de trois jeunes enfants.

De plus, les parents n'ont fourni aucun plan afin de rassurer le Tribunal que si les enfants leur sont retournés, [...] ils sauront reconna[î]tre des situations à risque, et qu'ils seront en mesure de prévenir et seront capables de protéger les enfants contre toutes situations et/ou blessures similaires à celles qui ont coûté la vie à L.

Le plan du ministre est plus compatible avec l'intérêt supérieur des enfants, puisqu'il permettra aux enfants de se développer dans un environnement stable et sécuritaire, afin de réaliser pleinement leur potentiel. [par. 123 à 128]

[31] La juge a appliqué les faits aux critères énumérés dans la *Loi* pour juger de l'intérêt supérieur des enfants et a tranché la cause sur le fond. Comme je l'ai indiqué ci-dessus, elle a expliqué pourquoi elle rendait une ordonnance de tutelle en dépit de l'opinion du D^r Turgeon. Selon moi, ce moyen n'a aucun fondement et je suis d'avis de le rejeter.

C. *La juge a-t-elle commis une erreur dans son évaluation des témoignages de la pédiatre et de la médecin légiste concernant les causes des blessures subies par L.?*

S'est-elle concentrée exclusivement sur l'enquête criminelle relative au décès de L.?

A-t-elle inversé le fardeau de la preuve?

La juge a-t-elle commis une erreur justifiant d'infirmer sa décision lorsqu'elle a jugé que les parents étaient les seuls responsables de s'occuper de L.?

[32] La D^{re} Amy E. Ornstein est pédiatre, directrice médicale et professeure de l'équipe de protection de l'enfance au département de pédiatrie de l'Université Dalhousie. Elle a préparé un rapport sur le décès de L. L'équipe d'intervention en cas de soupçons de traumatisme et d'abus du Centre de soins de santé IWK a été contactée le matin du 11 décembre 2019 par un pédiatre intensiviste qui travaillait à l'unité de soins intensifs pédiatriques. Celui-ci formulait une demande de consultation pour un nourrisson de six semaines qui avait été emmené à l'hôpital la veille en arrêt cardiorespiratoire et qui avait ultérieurement été réanimé.

[33] Après avoir fait un examen approfondi des dossiers de naissance de L., de ses dossiers prénataux, du rapport des services de santé d'urgence daté du 10 décembre 2019 et des dossiers médicaux des hôpitaux du Nouveau-Brunswick et un examen des notes d'admission à l'unité de soins intensifs pédiatriques du Centre IWK, la D^{re} Ornstein a conclu :

[TRADUCTION]

Lorsqu'il était âgé de six semaines, [L.] a eu besoin de soins médicaux en raison d'un collapsus cardiorespiratoire qu'il a subi à la maison. Après qu'il a subi des examens médicaux à l'hôpital, il a été conclu que L. souffrait d'une hémorragie subdurale, d'une hypoxie sévère avec séquelles au niveau du cerveau, d'une hémorragie sévère bilatérale de la rétine ainsi que d'une fracture aiguë à une côte et d'une autre en voie de guérison. On a soupçonné de multiples lésions squelettiques supplémentaires, notamment aux côtes postérieures bilatérales, à son tibia gauche et à son fémur gauche. On a également constaté que [L.] avait des ecchymoses sur les tissus périorbitaux bilatéraux, les paupières et l'intérieur de la colonne vertébrale supérieure.

[...]

Peu de temps après qu'il a été confié à l'équipe médicale le 10 décembre, il a été découvert que [L.] souffrait d'une fracture en voie de guérison à la 7^e côte droite postérieure. L'importance de cette conclusion est indéterminée; la fracture pourrait avoir été causée à la naissance ou par un trauma postnatal. Vu la présence de cal osseux, il ne s'agissait pas d'une nouvelle blessure. La fracture à la 6^e côte droite ne contenait pas de cal osseux et elle semblait être aiguë. Cette fracture ne pouvait s'expliquer par une blessure subie à la naissance.

À mon avis, l'absence d'un historique de trauma(s) grave(s) ou d'une condition médicale sous-jacente pouvant l'expliquer, l'accumulation de l'hémorragie subdurale, accompagnée d'une lésion généralisée au cerveau, d'hémorragies de la rétine, d'une fracture d'une côte en voie de guérison, d'une fracture aiguë d'une côte et de soupçons d'autres traumas au squelette chez un nourrisson dont la mobilité est réduite, s'explique au mieux par l'infliction des lésions.

[34] La D^{re} Ornstein a souligné que, au moment où L. a été admis à l'hôpital, la mère n'a fait état d'aucun historique de lésion accidentelle. Ce n'est que trois mois plus tard que le père et la mère ont avisé l'équipe médicale de la chute, dix jours avant l'admission de L. à l'hôpital, d'une amie qui portait L. en descendant un escalier. Les

parents ont déclaré au tribunal que L. semblait bien se porter après la chute, ce qui explique qu'ils n'ont pas sollicité de soins médicaux à ce moment-là.

[35] L'amie, qui était dans la maison le soir de la chute, a témoigné et corroboré cette version des faits. Comme je l'ai mentionné, la mère, qui était présente lors de l'admission de L. au Centre IWK, n'a pas révélé cette information; en revanche, sa mère qui les accompagnait elle et L. au Centre de soins de santé IWK a informé le personnel de son inquiétude quant à la présence de violence familiale au foyer.

[36] Durant le contre-interrogatoire, lorsque la D^{re} Ornstein a été interrogée sur la possibilité qu'une chute ait causé les blessures de L., elle n'a pas pu exclure cette possibilité. Les parents font valoir que la juge a eu tort de ne pas conclure que ce scénario pouvait plausiblement expliquer les blessures subies par L. Ils soutiennent en outre qu'une amie avait été laissée seule pour prendre soin de L. durant un certain temps, laissant ainsi implicitement entendre qu'il pouvait y avoir une autre explication aux blessures de L. Lorsqu'on lui a demandé si la chute avait pu causer les lésions, la D^{re} Ornstein a répondu :

[TRADUCTION]

R : S'il y avait eu un impact sur la tête du bébé au terme de la chute, cela pourrait avoir donné lieu à l'hémorragie subdurale. Cependant, selon moi, le type de chute que vous décrivez n'aurait pas causé le nombre et le type d'hémorragies à la rétine que nous avons observées. Qui plus est, les premières radiographies de [L.] ont révélé l'existence d'une ancienne fracture à une côte et d'une nouvelle fracture à une côte. Si l'adulte a serré la cage thoracique fermement, cela pourrait avoir causé la fracture à une côte qui était en voie de guérison lorsque nous l'avons examiné en décembre – début décembre. Cela n'expliquerait toutefois pas la nouvelle fracture à une côte que nous avons observée au début décembre. Et si toutes les autres fractures aux côtes étaient confirmées à l'autopsie, elles auraient aussi été récentes et ne pourraient pas elles non plus être expliquées par une chute survenue à la fin novembre. De plus, ce sont beaucoup de traumatismes pour qu'ils puissent être expliqués par une simple chute qui n'a pas été révélée au personnel médical.

[Je souligne; transcription, 20 septembre 2021, p. 127-129]

[37] En outre, la D^{re} Ornstein a formulé les observations suivantes :

- a) il serait inhabituel qu'une chute cause une blessure à la tête comme celle qu'a subie L., et il serait inhabituel que ce dernier soit devenu symptomatique dix jours plus tard (transcription, 20 septembre 2021, p. 136-137);
- b) une chute aurait pu causer un hématome subdural, mais elle n'expliquerait ni le saignement important au niveau de la rétine observé dix jours plus tard, ni pourquoi L. a souffert d'un collapsus le 10 décembre, ni les contusions sur son corps, ni les fractures récentes aux côtes (transcription, 20 septembre 2021, p. 142-143);
- c) la lésion à la tête, si elle était survenue dix jours plus tôt, aurait causé des vomissements, de l'irritabilité, des difficultés à se nourrir, des crises épileptiques, des niveaux altérés de conscience, et des difficultés à respirer dans les heures qui ont suivi (transcription, 20 septembre 2021, p. 173).

[38] Durant leur témoignage, les parents ont affirmé que, le 10 décembre, L. semblait chaud et léthargique. Ils ont expliqué cette léthargie par de la constipation et par le fait que le père avait passé plusieurs heures avec lui ce jour-là avant de réveiller la mère. À cet égard, la juge a conclu, sur la foi de l'ensemble de la preuve, que la léthargie décrite par les appelants était davantage un symptôme de lésion au cerveau, plutôt qu'une conséquence de la fatigue du nourrisson en réaction à sa constipation.

[39] Je vais maintenant discuter de l'examen post-mortem mené par une médecin légiste, la D^{re} Allison Edgecombe. Cette dernière a procédé à l'autopsie de L. le 14 décembre 2019 et a conclu qu'il s'agissait de lésions infligées intentionnellement. Une enquête criminelle pour homicide présumé déclenchée à ce moment-là est en cours depuis plusieurs mois. Voici les conclusions de la D^{re} Edgecombe :

1. Traumatisme crânien dû à un choc violent accompagné :

- a. d'hémorragies rétiniennes diffuses bilatérales;
 - b. d'hémorragies subdurales;
 - c. d'une lésion cérébrale ischémique hypoxémique;
 - d. d'œdème du cerveau.
2. Autres lésions dues à un choc violent accompagné :
- a. d'ecchymoses sur les deux canthi médians, sur les deux hanches et sur la cuisse gauche;
 - b. de fractures aux côtes, multiples, en voie de guérison, bilatérales, antérieures latérales et postérieures;
 - c. d'une lésion classique de la métaphyse proximale du tibia gauche et de la métaphyse distale du fémur gauche.
3. Signes d'une intervention médicale.
4. Test génétique des troubles possibles de la coagulation/coagulopathie négatif.
5. Bronco-pneumonie au poumon droit.
6. Sclérose microvésiculaire hépatique modérée.
7. Involution thymique.
8. Nécrose tubulaire rénale aiguë.
9. Bien nourri et bien développé.
10. Analyse toxicologique à partir des échantillons prélevés au moment de l'admission à l'hôpital n'a pas pu être effectuée faute de prélèvements suffisamment volumineux.

[40] Durant le contre-interrogatoire, la D^{re} Edgecombe a admis ne pas avoir su que L. avait fait l'objet d'une chute accidentelle; cependant, elle a affirmé que, si elle l'avait su, son opinion quant à la cause du décès n'aurait pas changé (je souligne; transcription, 21 septembre 2021, p. 62).

[41] La juge a traité de la possibilité d'une chute dans les escaliers et a noté qu'il importait d'examiner l'ensemble de la preuve. Au paragraphe 54 de ses motifs, elle a écarté une telle chute comme explication possible des lésions subies par L. Elle a retenu les opinions exprimées par les D^{res} Ornstein et Edgecombe quant à la nature et à l'étendue

des blessures. En définitive, la juge a conclu que, suivant la [TRADUCTION] « prépondérance de la preuve », la chute dans les escaliers était insuffisante pour causer chez L. l'étendue des lésions décrites dans le rapport d'autopsie, et elle a rejeté l'autre explication présentée par les parents. Cette opinion était étayée par l'examen de la preuve médicale par la juge, de même que par son évaluation de la crédibilité des parents :

J'ai l'impression que ces deux parents ont façonné leurs témoignages et tentent de se protéger mutuellement ou protéger un tiers, de sorte que je ne peux accorder beaucoup de valeur probante à leurs témoignages en ce qui concerne les événements entourant le décès de L.

Les intimés n'ont fourni aucune explication raisonnable et convaincante entourant la mort de L., et [...] sur l'ensemble de la preuve et [selon la prépondérance] des probabilités, j'en conclus que L. est décédé des suites d'un traumatisme crânien non accidentel, alors que les intimés étaient les seuls à s'occuper de leur nouveau-né. [par. 66-67]

[42] Les parents prétendent que certaines des fractures aux côtes recensées dans le rapport post-mortem de la D^{re} Edgecombe auraient pu être causées par des compressions de la poitrine effectuées par les ambulanciers paramédicaux. La D^{re} Edgecombe s'est penchée sur cette possibilité. Elle a noté que beaucoup des fractures présentaient des signes de guérison avec des caractéristiques histologiques, ce qui indiquait qu'elles [TRADUCTION] « avaient le plus vraisemblablement eu lieu une semaine à plusieurs (deux ou trois) semaines avant le décès » et qu'[TRADUCTION] « [a]ucune des fractures aux côtes examinées n'était liée à des manœuvres de [réanimation] effectuées vers le moment de l'admission à l'hôpital ».

[43] Selon elle, en l'absence d'un événement traumatique accidentel majeur (comme une chute importante), la cause la plus probable de fractures aux côtes chez un nourrisson est une lésion non accidentelle. De telles lésions surviennent lorsqu'il y a une compression antérieure-postérieure de la cage thoracique, comme celle qui est causée par un adulte qui empoigne un nourrisson autour de la cage thoracique avec les deux mains et qui soit le secoue soit l'écrase.

[44] Les parents affirment que la juge a eu tort de ne pas tenir compte du fait que la D^{re} Edgecombe a insisté sur l'enquête criminelle dans son rapport et que, parce que cette dernière n'a pas mentionné d'autres explications pour justifier les lésions subies par L., son rapport n'est pas fiable. Ils soutiennent en outre que la juge a été influencée par le témoignage de l'agent enquêteur, le sergent Decans, qui a indiqué que les parents demeuraient les deux principaux suspects dans l'enquête pour homicide relative au décès de L.

[45] Avec égards, je ne souscris pas à la caractérisation par les parents de l'analyse de la juge. Selon moi, cette analyse n'a pas été axée exclusivement sur le décès de L. et sur l'enquête pour homicide qui a suivi. Comme je l'ai mentionné, la juge était préoccupée par d'autres questions en lien avec la capacité parentale.

[46] Je passe maintenant à la question de l'inversion du fardeau de la preuve. Le préambule de la *Loi* énonce les fondements de l'intervention de l'État dans les affaires de protection de l'enfance. Il vaut la peine de citer de nouveau les dispositions pertinentes :

WHEREAS the family exists as the basic unit of society, and its well-being is inseparable from the common well-being; and

ATTENDU que la famille constitue le noyau de la société et que son bien-être est inséparable du bien-être commun; et

WHEREAS the rights of the child are enjoyed either of himself or of family; and

ATTENDU que l'enfant doit jouir de ses droits, qui découlent tant de sa personne que de sa famille; et

[...]

[...]

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; and

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; et

WHEREAS the best interests and safety of the child must always prevail when there is a conflict between risk to the child and the preservation of the family unit; and

ATTENDU que l'intérêt supérieur et la sécurité de l'enfant doivent toujours prévaloir lorsqu'il y a conflit entre la protection de l'enfant contre les dangers et

le maintien du noyau familial; et

WHEREAS it is recognized that social services provided to children should respect and preserve a child's need for continuity of care within their kinship network, that a child's best interests should be included in the assessment, planning and decision-making process surrounding the permanent plans for the child and that any procedural delay should be avoided as much as possible; and

[...]

WHEREAS it is recognized that social services are essential to prevent or alleviate the social and related economic problems of individuals and families; and

WHEREAS it is recognized that the rights of children, families and individuals must be guaranteed by the rule of law and that the Province's intervention into the affairs of individuals and families so as to protect and affirm these rights must be governed by the rule of law[.] [...]

ATTENDU qu'il est reconnu que les services sociaux fournis aux enfants devraient respecter et préserver leurs besoins de continuité de soins au sein de leur réseau de parenté, que le processus d'évaluation, de planification et de prise de décision visant les plans permanents destinés aux enfants devrait s'opérer dans leur intérêt supérieur et que les délais procéduraux devraient être évités le plus possible; et

[...]

ATTENDU que le caractère essentiel des services sociaux en tant que moyen d'éviter ou de réduire les problèmes sociaux et les problèmes économiques connexes des individus et des familles est reconnu; et

ATTENDU qu'il est reconnu que la règle de droit doit garantir les droits des enfants, des familles et des individus et que l'intervention de la province dans les affaires des individus et des familles pour la protection et l'affirmation de ces droits doit être régie par la règle de droit[.] [...]

[47] Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la santé et des services communautaires) c. C. (G. C.)*, [1988] 1 R.C.S. 1073, [1988] A.C.S. n° 48 (QL), la juge L'Heureux-Dubé a écrit :

[...] Le préambule de la Loi porte « qu'on ne devrait soustraire les enfants, partiellement ou complètement, à la surveillance parentale que lorsqu'aucune autre mesure ne convient ». Le Ministre a le fardeau de démontrer que la mesure est appropriée compte tenu des faits de l'affaire. [...] [par. 13, avec renvoi à QL]

[48] Les appelants font valoir que, parce que la juge a fait remarquer qu'ils n'avaient pas retenu les services d'un témoin expert pour réfuter la thèse de la Ministre,

elle a inversé le fardeau de la preuve. À mon avis, tel n'a pas été le cas. Voici ce que la juge a écrit :

Bien que les parents tentent de démontrer que la chute dans les escaliers est la cause des blessures de L. constatées suivant son décès, ils n'ont appelé aucun expert en médecine ou autre, et je n'ai entendu aucune preuve faisant la corrélation entre les blessures de L. et la chute dans les escaliers. Au contraire, le médecin légiste et le pédiatre, qui ont été appelés à témoigner, et contre-interrogés à ce sujet, ont adroitement expliqué que la chute de novembre 2019, telle que décrite, ne peut être la cause des blessures de L. Je retiens de leur témoignage qu'il est même invraisemblable de suggérer que la chute décrite ait pu causer le traumatisme crânien observé, ou que les symptômes découlant d'un traumatisme crânien, tels que l'altération de l'état de conscience et [des] difficultés respiratoires, se seraient seulement manifestés le 10 décembre 2019, soit 10 jours après la chute en question. [par. 51]

[49] La Ministre a œuvré activement auprès de cette famille à compter de la date où A. et M. ont été placés sous un régime de protection en 2019. Elle a continué à offrir des services aux parents ainsi qu'aux enfants après le dépôt de sa demande de tutelle. Il lui incombait complètement de prouver les allégations énoncées dans la demande. Pour s'acquitter de ce fardeau, elle a assigné à comparaître des témoins experts ainsi que des fournisseurs de service, dont les rapports et les affidavits ont été mis à la disposition de l'avocate des parents, qui a eu l'occasion de contester ces éléments de preuve en contre-interrogatoire et dans le cadre de la présentation de la preuve des parents. La juge a tiré les conclusions suivantes :

Selon la prépondérance de la preuve, et considérant l'ensemble des circonstances, je conclus que le ministre s'est déchargé de son fardeau de démontrer un préjudice physique qui a causé la mort de L. [Selon la prépondérance] des probabilités, les parents, qui étaient les seuls à s'occuper de L., sont également responsables des blessures de L. et, [à] tout le moins, ils ont été incapables de protéger L., de lui assurer un environnement sécuritaire, ou de lui assurer les soins médicaux [dont il avait] besoin.

[par. 75]

[50] La juge a tiré la conclusion de fait que les parents étaient responsables des blessures de L. À mon avis, la question de savoir si cette conclusion a influencé sa décision définitive quant à la tutelle n'est pas celle qu'il faut trancher. Il faut plutôt se demander si, en tirant cette conclusion, elle s'est fondée sur les éléments de preuve qui l'étaient et si, durant le processus, elle a commis une erreur manifeste et dominante.

[51] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter ces moyens d'appel.

D. *La juge a eu tort de conclure que les parents étaient les seuls responsables de s'occuper de L., et il n'y avait pas de preuve de maltraitance à l'endroit de A., de M. et de L.*

[52] Je me penche maintenant sur la prétention des parents selon laquelle la juge a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision lorsqu'elle a conclu qu'ils étaient les seuls responsables de s'occuper de L. Tant le père que l'amie de la famille, S.D., ont témoigné que cette dernière avait été seule avec L. avant l'épisode de la chute. Selon moi, pour les motifs qui suivent, ce moyen d'appel n'est pas fondé. La juge a passé le témoignage de l'amie en revue, et elle était au courant de la chute dans les escaliers. À tout le moins, la déclaration de la juge selon laquelle les parents étaient les seuls responsables de s'occuper des enfants peut s'expliquer dans le contexte. Ces derniers vivaient avec leurs parents et ce sont ceux-ci qui étaient responsables de s'occuper des enfants et de les surveiller, et donc responsables notamment du choix de ceux à qui ils les confiaient. Cette affirmation est compatible avec le préambule de la *Loi* qui énonce spécifiquement qu'il incombe aux parents de prendre soin de leurs enfants et de les surveiller.

[53] Dans la décision *J.F c. T.E. et G.E.*, 2010 NBCA 14, 354 R.N.-B. (2^e) 260, la Cour, aux par. 15 à 31, a discuté de l'interprétation moderne de l'intérêt supérieur d'un enfant. Les parents sont responsables de la sécurité et de la surveillance de leurs enfants ainsi que d'en prendre soin. La *Loi* est un texte législatif portant sur la protection des enfants, et non sur les droits des parents (*Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, 2000 CSC 48, [2000] 2 R.C.S. 519).

[54] Comme je l'ai indiqué, les parents, en faisant valoir ce moyen d'appel, répètent leur prétention que l'importance que la juge a accordée au décès de L. a teinté sa décision définitive d'accorder l'ordonnance de tutelle. Ils prétendent que, puisque la Ministre n'était pas intervenue auparavant auprès de la famille et qu'il n'existait aucune preuve de maltraitance antérieure des enfants, ils ont la capacité de parenter.

[55] Les parents réitèrent que le décès de L. est la véritable raison pour laquelle la juge a décidé qu'il y avait lieu de rendre une ordonnance de tutelle. Au paragraphe 72 de ses motifs, la juge fait référence à la décision *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) c. M.G.*, 2008 NBQB 139, [2008] A.N.-B. n° 142 (QL), dans laquelle la juge Robichaud a rendu une ordonnance de tutelle relativement à une enfant de 19 mois qui avait souffert de fractures aux côtes, d'ecchymoses, de crises épileptiques, de morsures, d'œdème du cerveau et de lésions rétinienne par la faute des parents. En définitive, la mère a été accusée de voies de fait graves, elle a initialement plaidé non coupable, mais a changé son plaidoyer et s'est reconnue coupable au procès. Le Ministre a offert des services aux parents pour les aider à développer leurs habiletés de parentage et à traiter leurs problèmes de colère et de dépendance. La mère a sollicité une ordonnance de réunification graduelle avec l'enfant prévoyant une surveillance 24 h sur 24 par le Ministre.

[56] Pour expliquer les blessures de l'enfant, la mère avait affirmé qu'un chiot âgé d'un an avait sauté sur le bébé alors qu'elle était allongée sur le canapé. La juge Robichaud a formulé des observations quant à l'absence d'engagement du père et à son omission de traiter convenablement sa dépendance à l'alcool. Dit simplement, il n'a pas donné suite au plan d'intervention. La mère n'avait pas pu rendre visite à l'enfant compte tenu de l'existence d'une ordonnance de non-communication. Sa participation à la thérapie et aux autres services offerts par le Ministre était sporadique. En fin de compte, la juge Robichaud a rejeté le témoignage de la mère et a conclu qu'elle était [TRADUCTION] « incapable d'assurer la sécurité de son enfant » (par. 74).

[57] Les parents soutiennent que la présente cause est différente parce qu'aucune preuve n'établit qu'ils ont intentionnellement blessé L. et qu'il existe par ailleurs une autre explication. Ils affirment que, selon la preuve, L. est tombé dans les escaliers pendant qu'il était dans les bras d'une amie de la famille; qu'il n'a eu aucun symptôme avant plusieurs jours et que, lorsque des symptômes sont apparus, ils ont appelé l'ambulance. À leur avis, aucun élément de preuve n'étaye la thèse selon laquelle ils posent un risque pour les trois autres enfants, rien ne prouve qu'ils aient intentionnellement causé le décès de L., et ils prenaient bien soin des trois autres enfants, aucun élément de preuve n'indiquant que ces derniers ont fait l'objet de maltraitance.

[58] Comme je l'ai mentionné, il faut évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant de son point de vue et non de celui des parents (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. M.P.*, [1997] C.S.C.R. n° 415 (QL)). Dans la décision *Le ministre du Développement social c. G.B., F.H. et R.O.*, 2012 NBCA 62, 392 R.N.-B. (2^e) 209, la Cour a écrit que l'amour et l'affection ne l'emportent pas sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Il ne fait aucun doute que les parents aiment ces enfants et qu'il existe un lien entre eux. Cependant, la juge Quigg a affirmé, dans *Le ministre du Développement social c. G.B., F.H. et R.O.*, que « [ces facteurs] ne doivent pas primer sur les autres facteurs énumérés dans la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant » (par. 36).

[59] La juge connaissait les critères. Elle a tenu compte de l'opinion du D^r Turgeon, de même que des explications fournies par les parents au sujet du décès de L. Elle a été persuadée que, en dépit de l'amour et de l'affection que les parents ont dit ressentir pour les enfants, ces derniers risquaient de subir un préjudice physique s'ils leur étaient de nouveau confiés. Elle a ajouté que, en dépit de l'opinion du D^r Turgeon, elle n'était pas disposée à faire courir ce risque aux enfants (par. 126). En outre, la juge a conclu que les parents n'avaient pas fait état d'un plan qui lui garantissait que, si les enfants leur étaient retournés, ces derniers seraient à l'abri de blessures similaires à celles subies par L. (par. 127).

[60] La juge a évalué la crédibilité des parents, elle a examiné les opinions des experts, et elle a été convaincue qu'il n'était pas dans l'intérêt supérieur à long terme des

enfants qu'ils soient confiés de nouveau à leurs parents. Elle a tiré des conclusions de faits et appliqué le droit aux faits et elle n'a commis aucune erreur manifeste et dominante. Sa décision est fondée sur la preuve. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

E. *La juge a eu tort de refuser de rendre une ordonnance d'accès et de visite applicable après le prononcé de l'ordonnance de tutelle*

[61] Les parents font valoir qu'ils devraient être autorisés à rendre visite aux enfants advenant que notre Cour confirme l'ordonnance de tutelle. La juge a formulé des observations sur le temps qui s'est écoulé depuis que la Ministre a placé les enfants sous un régime de protection. Elle a ensuite traité de la demande d'accès et de visite. Au paragraphe 138, elle a fait référence à la décision *D.S. et A.C. c. Ministre du Développement social*, 2021 NBCA 25, [2021] A.N.-B. n° 128 (QL), dans laquelle la Cour a écrit :

Dans *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L. (M.)*, [1998] 2 R.C.S. 534, [1998] A.C.S. n° 52 (QL), le juge Gonthier, écrivant au nom de la Cour, s'est exprimé clairement :

Mon étude sur l'opportunité d'un droit d'accès s'articule autour des principes suivants. Premièrement, il n'existe pas d'incompatibilité de principe entre l'octroi d'une ordonnance de tutelle permanente et d'une ordonnance d'accès. Deuxièmement, l'accès constitue l'exception et non la règle. Troisièmement, le principe du maintien des liens familiaux ne pourra jouer au niveau de l'octroi d'un droit d'accès que si cela est dans le meilleur intérêt de l'enfant en tenant compte de tous les autres facteurs pertinents. Quatrièmement, l'adoption, qui est par ailleurs dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ne doit pas être entravée par l'existence d'un droit d'accès. Cinquièmement, un droit d'accès ne devrait pas être accordé si son exercice a des effets négatifs sur la santé physique ou psychologique de l'enfant. [par. 39]

Ici, j'ajoute que l'argument de la ministre selon lequel le fait que l'accès permanent entre un parent et un enfant

puisse entraver le processus d'adoption ne devrait pas l'emporter sur l'accès lorsque le tribunal conclut que le maintien de liens avec ses parents est dans l'intérêt supérieur de l'enfant (voir *M.A.G., Re* (1986), 73 R.N.-B. (2^e) 443, [1986] A.N.-B. n° 126 (QL); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L.L.*, [1997] A.N.-B. n° 417 (QL); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L.L. et N.L.* (1990), 109 R.N.-B. (2^e) 202, [1990] A.N.-B. n° 727 (QL)).

Dans *J.C. c. Ministre des Familles et des enfants*, 2020 NBCA 24, [2020] A.N.-B. n° 126 (QL), on demandait à la Cour d'infirmer la décision d'une juge de rendre une ordonnance de tutelle sans accorder de droit d'accès au père. Le père prétendait que la juge avait [TRADUCTION] « substitué » à l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant la prise en compte d'une preuve rudimentaire qui indiquait qu'une ordonnance attributive de droit d'accès entraverait l'adoption des enfants. En rejetant l'argument du père, nous avons conclu que la décision de ne pas accorder aux enfants le droit d'accès à leur père n'était pas exclusivement fonction de la question de l'adoption, et nous avons émis l'avis que le maintien du droit d'accès à la suite d'une ordonnance de tutelle n'est pas exclusivement fonction de la question de savoir s'il entraverait le processus d'adoption (par. 16). Notre Cour avait aussi énoncé ces principes dans *Le ministre du Développement social c. G.B., F.H. et R.O.*, 2012 NBCA 62, 392 R.N.-B. (2^e) 209; *N.J.P. c. La ministre du Développement social*, 2012 NBCA 3, 382 R.N.-B. (2^e) 245; *C.A. c. Ministre des Familles et des Enfants*, 2018 NBCA 67, [2018] A.N.-B. n° 246 (QL). [par. 63-65]

Voir aussi *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L. (M.)*, [1998] 2 R.C.S. 534, [1998] A.C.S. n° 52 (QL), le juge Gonthier, aux par. 38-39.

[62] La juge a examiné les critères énoncés à l'article premier de la *Loi* et a conclu qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants qu'elle prononce une ordonnance de tutelle sans droit d'accès pour les parents. Elle a écrit ce qui suit :

Après avoir analysé la preuve, je n'arrive pas à trouver suffisamment de preuve me permettant de conclure que l'octroi d'un droit d'accès serait dans le meilleur intérêt des enfants. Il ne s'agit tout simplement pas d'une rare situation où le maintien d'un droit d'accès est justifié ou

approprié. Contrairement, je suis tout à fait d'avis qu'un droit d'accès pourrait avoir des effets négatifs sur la santé physique ou psychologique des enfants, considérant les capacités parentales minimales des parents, et les vulnérabilités personnelles des intimes, mais, par-dessus tout, en considérant les circonstances inexplicables entourant le décès de L. [par. 142]

[63] Cette conclusion était fondée sur l'ensemble de la preuve, et non sur la seule opinion du D^r Turgeon. Rendre ou non une ordonnance d'accès applicable après la tutelle est une décision qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi du dossier. Comme je l'ai indiqué, à moins qu'elle ne conclue à la commission d'une erreur, la Cour doit faire preuve de retenue à l'égard de telles décisions. En l'espèce, je ne vois aucune erreur de la sorte. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

IV. Dispositif

[64] C'est pour ces motifs que je me suis jointe à mes collègues le 29 septembre 2022 pour rejeter l'appel, les motifs devant suivre.

BAIRD, J.A.

I. Introduction

[1] J.P., (“father”), and R.D., (“mother”), appeal an order of the Court of King’s Bench, Family Division, which granted the permanent guardianship of their three children (A., M. and Z.), to the Minister of Social Development (“Minister”), under s. 56(1) of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2 (“Act”). The appellant parents request the reversal of the decision of the lower court and they seek a custody order with supervised access, or in the alternative, an order granting them access to the children post-adoption.

[2] Shortly after the conclusion of the hearing, we dismissed the appeal with reasons to follow. These are the reasons.

II. Background

[3] Prior to the guardianship hearing, the appellants cohabited in a common law relationship, during which time four children were born. The guardianship hearing concerned three children who were three years, two years and eleven months of age, respectively. Their third child, L., was born on October 27, 2019. Six weeks following his birth, the father called 911 to report that L. had choked while feeding and was non-responsive. The child was transported by ambulance to two local hospitals, subsequently by air transport to the IWK Health Centre in Halifax, Nova Scotia, was placed on life support, and died on December 13, 2019. A fourth child, Z. was born several months later on October 18, 2020.

[4] The Minister placed A. and M. in protective care on December 11, 2019. As noted, Z. was born on October 18, 2020, and was placed in protective care the following day. A separate application for the guardianship of Z. was later filed. Both applications were heard over a six-day hearing which took place in September 2021.

[5] During the guardianship hearing, the Minister called fourteen witnesses, including a pathologist, a pediatrician and a psychologist. In addition, there were fourteen affidavits of various service providers, and twenty-seven affidavits filed under s. 9 of the *Act*.

[6] The trial judge's reasons for decision are 148 paragraphs in length. Before granting the guardianship order, the judge carefully considered the evidence, she made findings of fact, as well as credibility findings. The reasons were robust and fulsome. Following a concise best interests of the child analysis, she found that a guardianship order under s. 56(1) of the *Act* was in the best interests of the children, with no preservation of access between the parents and the children. She rejected the parents' request that a supervised custody order issue, and that the children be gradually returned to their care.

III. Grounds of Appeal

[7] Following the filing of the decision, each parent filed a Notice of Appeal, and, between the two, there were twenty-five grounds of appeal. On July 4, 2022, consolidation orders were filed by consent. Before us, counsel for the appellants revised the grounds by withdrawing some and combining those that overlapped. The following list represents the grounds of appeal as amended:

- 1) The judge erred in law when she determined the Minister's plan to place the children for adoption, rather than to leave them with the foster family and gradually return the children to parental care, was in their best interests, contrary to the opinion of the clinical psychologist;
- 2) The judge erred in law by failing to take into consideration the opinion of the clinical psychologist concerning guardianship, and the psychological impact removal from foster care and subsequent placement for adoption would have on the children;

- 3) The judge erred when she failed to consider the pediatric opinion that there might have been another explanation for L.'s injuries. In addition, the judge did not consider the pathologist's failure to mention the alternative explanation for L.'s injuries, and she focussed on the fact a criminal investigation for homicide concerning L.'s death had commenced. Further, the judge erred in law when she reversed the burden of proof. Finally, the judge erred in law when she found the parents were solely responsible for L.'s care;
- 4) The judge erred in law when she determined there were ongoing concerns about returning the children to parental care, in the absence of evidence of their mistreatment, including the fact the Minister had not been previously involved with the family, and
- 5) The judge erred in law when she refused to order access between the parents and the children post-guardianship, contrary to the opinion expressed by the clinical psychologist.

IV. Standard of Review

[8] The scope of appellate review is narrow when reviewing the best interests of the child test in child protection cases. Richard J.A. (as he then was), in *S.B. v. Minister of Family and Community Services*, 2006 NBCA 41, [2006] N.B.J. No. 167 (QL), expressed the following opinion:

It is common ground that the scope of appellate review in child protection matters, including guardianship cases, is very narrow. Considering the numerous decisions of the Supreme Court of Canada and of this Court on point, it would have been futile for any of the parties not to acknowledge the limited circumstances where appellate intervention may be justified: see, for example, *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. C.(G.C.)*, [1988] 1 S.C.R. 1073 at para. 5, *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. L.(M.)*,

[1998] 2 S.C.R. 534 at paras. 34-36, *D.B. v. New Brunswick (Minister of Family and Community Services)* (2000), 228 N.B.R. (2d) 218 (C.A.), at paras. 6-7, *Nouveau-Brunswick (Ministre des Services familiaux et communautaires) v. A.N. et Y.N.* (2003), 264 N.B.R. (2d) 80 at para. 11, *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) v. M.D.*, [2006] N.B.J. No. 11 (C.A.) (QL) at paras. 5-7 and *T.T. v. New Brunswick (Minister of Family and Community Services)*, [2006] N.B.J. No. 39 (C.A.) (QL) at para. 3. These cases stand for the proposition, succinctly stated by Drapeau C.J.N.B. in *A.N.* at para. 11, that an appellate court will not intervene in child protection cases “unless the trial judge’s decision has no factual merit or was based on an error in principle, a failure to consider all relevant factors or the consideration of an irrelevant factor.”

[Emphasis added; para. 3]

[9] This approach to appellate review in guardianship cases has been applied by the Court in *A.W. v. The Minister of Family and Community Services*, 2007 NBCA 77, 322 N.B.R. (2d) 162; *N.J.P. v. The Minister of Social Development*, 2012 NBCA 3, 382 N.B.R. (2d) 245; *The Minister of Social Development v. G.B., F.H. and R.O.*, 2012 NBCA 62, 392 N.B.R. (2d) 209; *J.R.C. v. Minister of Social Development*, 2013 NBCA 5, 398 N.B.R. (2d) 199; *J.C. v. Minister of Families and Children*, 2020 NBCA 24, [2020] N.B.J. No. 80 (QL); *S.B. v. Minister of Social Development et al.*, 2021 NBCA 43, [2021] N.B.J. No. 235 (QL); *D.S. and A.C. v. The Minister of Social Development*, 2021 NBCA 25, [2021] N.B.J. No. 128 (QL).

[10] In this case, the grounds of appeal, for the most part, raise issues of law which will be reviewed on the standard of correctness. Where the appellants disagree with the judge’s discretionary decision, deference will be accorded, unless it is concluded there was an error in the judge’s application of legal principles or an overriding error of fact, or mixed law and fact. See also *J.E.J. v. S.L.M.*, 2007 NBCA 33, 318 N.B.R. (2d) 119; *Lang v. Lang*, [2007] N.B.J. No. 348 (QL) (C.A.); *T.M.D. v. J.P.G.*, 2018 NBCA 15, [2018] N.B.J. No. 44 (QL).

V. Analysis and Decision

A. *Did the judge err in not accepting the psychologist's opinion?*

[11] The Minister had not been previously involved with this family. What triggered her involvement was L.'s death. Following December 11, 2019, a variety of services were offered to the parents and to the children. As of the date of the oral decision, A. and M. had been in foster care for 22 months, and Z. had been in foster care for 12 months.

[12] The Minister retained the services of clinical psychologist, Dr. Yves Turgeon, to conduct a parental capacity assessment. His report, dated October 31, 2020, was followed by a summary, dated September 8, 2021. Dr. Turgeon was declared an expert in clinical psychology and he testified that, although the parents had issues, it was his opinion they could fulfil a minimal adequate parental role. He recommended against adoption, and it was his opinion the children should remain in foster care and be gradually returned to parental custody under supervision.

[13] Dr. Turgeon's opinion was somewhat attenuated due to the time that had passed from the date of his parental capacity assessment and the date of his testimony. This is what he said:

[TRANSLATION]

That said, while I continue to believe that an attempt to gradually reintegrate the children into their family, particularly the two older children, was desirable in this case, I remain concerned about the possible consequences of a premature or overly rapid reintegration of the three children, particularly in light of the depletion of the parents' resources and the exacerbation of their personal vulnerabilities, which could have, and can still have, a negative impact on all the children.

[14] He stated he would want to observe the children with the parents over extended periods of time in order to evaluate their parental capacity. This recommendation can be found in his parental capacity assessment, as well as the follow-

up report of September 8, 2021. He explained that although a cautious approach should be taken, he did not recommend a guardianship order because, in his opinion, the parents did not present a risk to the children, were minimally able to meet their needs, and he remained optimistic about the progress the parents had made. He also noted that A. and M. were older and there was a stronger bond between them and the parents.

[15] The parents contend the judge erred when she failed to follow Dr. Turgeon's opinion, and that the circumstances surrounding L.'s death coloured her conclusion. This argument permeates their submissions on appeal.

[16] The judge specifically observed that the Minister's decision to request a guardianship order was not based exclusively on the fact there was a homicide investigation concerning L.s' death. At para. 135 of the reasons, she observed that the parents' failure to secure a proper support network, and the disengagement of J.P. towards rehabilitation, closed the door to granting them additional time. In fact, social worker, Ms. Marjolaine Cyr, who testified on behalf of the Minister, revealed other concerns, such as domestic violence, inappropriate living conditions, lack of safety and supervision precautions for the children, the mental health of the mother, the use of illegal drugs by the father, problems with attachment of M., verbal abuse, and the lack of resources to care for the children. There was also evidence that the children suffered tooth decay and delayed language skills.

[17] Trials involving experts are often challenging, particularly when there are differing opinions expressed. The gatekeeping role of judges is critical. This role was reviewed in *R. v. Bingley*, 2017 SCC 12, [2017] 1 S.C.R. 170, at paras. 13 and 17 (see also *S.B.-B. v. B.J.S.*, 2020 NBCA 9, [2020] N.B.J. No. 31 (QL), at para. 20).

[18] In *Mohan, Assessments and Expert Evidence: Understanding the Family Law Context*, 2007, Queen's Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 07-02, updated in March 2015, Professor Nicholas Bala provided an in-depth analysis of the role of assessors in the family law context. At page 31 of the paper, he observed:

There is a concern that judges, faced with difficult decisions about the future of children, may rely too heavily on “experts” who profess to know what is in the best interests of children. There is a natural human tendency when faced with uncertainty and a difficult choice to want to rely on an expert who appears to possess objective, scientific knowledge. [“*Evaluating Expert Evidence*” (1984) 5 Cordozo L. Rev. 587] However, judges should be cautious about placing too much reliance on expert recommendations, for assessments inherently have aspects that are predictive and value based. The determination of a child’s “best interests” always involves application of a legal standard. It is important that a court not delegate this determination to an assessor. [*Strobridge v. Strobridge* (1994), 4 R.F.L. (4th) 169 (C.A.)] The decision is for the court, not the expert, to make, and the court should ensure that it does not become a “rubber stamp” for the experts’ opinions. While an assessment may be an important source of independent information for the court, an assessment does not provide a definitive answer on the question of what is in the child’s best interests. The court is not bound to accept the opinion of the expert and is free to reject that opinion. [*Stewart v. Stewart* (1990), 30 R.F.L. (3d) 67 (Alta. C.A.); *Jones v. Jaworski* (1989), 93 A.R. 378 (Q.B.); *D.M.M. v. D.P.L.*, 1999 ABQB 37, (1999), 239 A.R. 162].
[Emphasis added; p. 31]

[19] The Court has discussed the role of experts in the family law context. In *S.S.P. v. New Brunswick (Minister of Family and Community Services) et al.*, 2004 NBCA 79, 279 N.B.R. (2d) 199, Larlee J.A. adopted the reasons in *Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3, [1998] S.C.J. No. 55 (QL), where the Supreme Court concluded there is no obligation to accept the opinion of any witness, including an expert. In *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, Larlee J.A. reiterated this principle and concluded:

Furthermore a court should not delegate its duty to determine what parenting arrangement is in a child's best interests to an assessor: *Johnson v. Cleroux* (2002), 156 O.A.C. 197, [2002] O.J. No. 964 (QL); additional reasons at [2003] O.J. No. 981 (C.A.)(QL). See also *Snoddon v. Snoddon*, [2004] O.J. No. 1987 (QL), 2004 ONCJ 39 (C.J.). However, courts typically will give substantial weight to the recommendations of an assessor, but these must be only one factor to consider in the determination. A court may also choose to ignore the recommendations of an assessor,

as in *Steeves v. Robinson* (2005), 278 N.B.R. (2d) 38, [2005] N.B.J. No. 52 (QL), 2005 NBQB 46. In the present case the lawyer for the appellant put it like this: “psychologists do not decide custody issues, judges do”. I agree. [para. 16]

See also *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. 54; *McIntyre v. Matthews*, 2020 NBCA 52, [2020] N.B.J. No. 177 (QL), at para. 64; *S.H. v. Minister of Social Development and C.H.*, 2021 NBCA 56, [2021] N.B.J. No. 308 (QL).

[20] The parents argue that, because of Dr. Turgeon’s recommendations, they should have been granted a supervised custody order, so they could demonstrate their parental capacity. Recall that the older children had been in foster care for 22 months when the final hearing took place. On this point, the judge referred to *The Minister of Family and Community Services v. S.B.*, 2008 NBCA 16, 327 N.B.R. (2d) 101, where Robertson J.A. concluded:

[...] The child’s parents have two years in which to acquire the necessary parenting skills or to effect the necessary lifestyle changes to ensure that the child’s basic needs will be met. After two years, it is up to the Minister to take appropriate action. [...] [para. 16]

[21] The judge also referred to *New Brunswick (Minister of Social Development) v. D.M.*, 2020 NBQB 225, [2020] N.B.J. No. 340 (QL), where Godbout J. wrote:

The recent decision of Justice Marie-Claude Blais in *The Minister of Social Development v. S.T. and D.B.S.*, unreported, FDSJ-531-2016 (NBQB) highlights the proper approach to be taken in guardianship matters where less than 24 months have elapsed. Section 55(2) of the *Family Services Act* provides that a court “may extend [a custody order] for additional periods of up to six months each, up to a maximum of 24 consecutive months including the period of the initial order and any period during which the child was in care under a custody agreement”. While parents may be afforded up to 24 months to demonstrate their ability to meet the child’s needs, they have no absolute right to that

extended window of time in order to do so. Our Court of Appeal has made clear that the window of 24 consecutive months is a time limit only (see *The Minister of Family and Community Services v. S.B.*, 2008 NBCA 16), and any decision to extend the custody order within that timeframe is in the discretion of the trial judge who “may” elect to do so based on the best interests of the child. As Justice Blais concluded at paragraph 95 of her decision:

“The court cannot order a guardianship on the basis the parent should benefit from more time to demonstrate their parenting capacity. To give this interpretation to section 55(2) of the *Family Services Act* would be a parent centred approach not a child centred approach ... and it is, in my opinion, contrary to the law.”

The evidence before the Court strongly suggests that to delay the guardianship in this case is to delay the inevitable. [para. 75]

[22] In reply to the parents’ suggestion the emergency measures invoked during the recent COVID pandemic effectively hampered family reunification and a full assessment of parental capacity in this case, the judge found:

[TRANSLATION]

I note that the Minister was faced with the challenge of organizing visits between the children and their parents, and the provision of certain services, including the hurdles resulting from the distance between the respondents’ home and those of the foster families, the weather and traffic, COVID-19-related health restrictions, or the lack of human resources. However, and as I have already noted, with the exception of short intervals, the children had many visits with their parents, both in person and virtually, several times a week, as evidenced by the array of affidavits filed by the Minister’s agents tasked with driving and supervising the children during the visits.

Before considering the possibility of maximizing the 24-month period set out in subsection 55(2) of the *Act*, I must assess the respondents’ progress, starting from when the Minister took the children into care, and their meaningful involvement, in order to weigh the merits of the respondents’ application, and the best interests of the children. [paras. 94 and 95]

[23] The judge was under no obligation to defer to the opinion expressed by Dr. Turgeon concerning a supervised custody order. It was within her purview to come to the result she did following a review of the evidence in its totality. I see no error in the judge's best interests of the child analysis, nor do I see an error in her refusal to grant a supervised custody order which would have extended the period of time beyond the two years set out in the *Act* in which to give the parents additional time to demonstrate parental capacity. In applying the law to the facts of the case as she found them, the judge properly exercised her discretion and her decision is owed deference. I see no error in the judge's reasons. In my view, her decision is consistent with the *Act*; this ground has no merit, and I would dismiss it.

B. *Did the judge err in law when she failed to take into consideration Dr. Turgeon's opinion concerning guardianship?*

[24] As noted, the judge decided this case on its merits. In doing so, she disagreed with Dr. Turgeon's opinion. The parents argue this constitutes an error of law.

[25] In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. B.H. and W.L.*, (1994), 153 N.B.R. (2d) 45, [1994] N.B.J. No. 412 (QL) (C.A.), Ryan J.A., on the use of expert reports, referred to *R. v. Graat*, [1982] 2 S.C.R. 819, [1982] S.C.J. No. 102 (QL), where the Supreme Court "[...] accepted the reasoning of Wigmore that the 'ultimate issue rule' should not prevent courts from hearing the opinions of experts as general summarizers of evidence" (para. 18). However, as happened in *B.H.*, a social worker, who was declared an expert in the preparation of parental capacity reports, opined on the very issue the court had to decide. Ryan J.A. took issue with this practice. He wrote that there may be, not necessarily is, a danger in letting an expert give the opinion which is the very subject matter the judge must determine. He wrote:

The danger, as I see it, is in the misuse of such evidence and the opening up of a proliferation of experts to be called on each side of litigation, simple as well as complex litigation. That does not apply in this case because the parents are welfare recipients whose resources are no match

for that of the state in the contest of whether they will lose their children. [para. 19]

[26] The judge's analysis of Dr. Turgeon's parental capacity assessment is found in paras. 76-88 of her reasons. She acknowledged that he did not recommend a guardianship order. She observed, however, that Dr. Turgeon remained concerned about the ability of the parents to care for the three children in the vulnerable circumstances they were in. She reiterated Dr. Turgeon's concerns about the father's drug use, lack of family support, the trauma surrounding L.'s death, the problems observed with decision-making, and the mother's mental health issues. The judge was satisfied that the mother was capable of meeting the children's physical needs, that the father played a different role with the children, and that both parents exercised their access visits with the children.

[27] The judge took note of the mother's involvement with the children during visits and she was convinced the mother could meet their physical needs and was engaged with them. She found that the father was more subservient to the mother in assisting her with the children, but that his role was more to amuse them when the mother wanted to rest. The judge observed, however, that the affidavits filed by the Minister revealed ongoing issues.

[28] At paras. 87-88 of the reasons, the judge discussed the evidence which highlighted ongoing parenting issues with routine, discipline, and safety concerns. The judge stated she had read the affidavits, and listened to the evidence, and, in the end, although she was satisfied the parents possessed at least a minimal capacity to parent, her preoccupation was with the father's use of illegal drugs, the lack of family support, and the mother's mental health issues which included her anger and mistrust. This was a discrete weighing exercise; one that will not be interfered with lightly.

[29] Regarding the father's use of drugs, the judge referred to the fact that, despite treatment, he was still using drugs, and this was a source of ongoing concern. I note that there was ongoing drug screening of the father from the time the Minister became involved with this family. The results of the drug screening tests formed part of the record. The following are samples of the results of those screening tests:

- a) February 20, 2020, J.P. tested positive for cannabis;
- b) September 2020, J.P. tested positive for amphetamines, methamphetamines and benzodiazepines;
- c) November 2020, J.P. tested positive for cannabis;
- d) December 2020, J.P. tested positive for amphetamines, cannabis, and methamphetamines;
- e) May 2021, J.P. tested positive for cannabis;
- f) June 2021, J.P. tested positive for amphetamines, methamphetamines and cannabis;
- g) August 2021, J.P. tested positive for amphetamines, methamphetamines and cannabis; and
- h) September 2021, J.P. tested positive for cannabis.

[30] At page 25 of the reasons, the judge made the following findings:

[TRANSLATION]

In my opinion, neither of the parents is capable of taking care of three young children and ensuring their safety.

[...]

The plan proposed by the respondents is to request that the children be gradually returned to them and offers the possibility that they would move to Campbellton to be closer to Ms. R.D.'s father and, at the same time, to help the respondent with his addiction. The respondents have had more than 21 months in which they had to make the necessary lifestyle changes, but they have not done so, and, to date, the respondents' plan is still rudimentary.

The Minister's plan promotes a stable and safe environment for the children. If guardianship is granted, the children will remain with their respective foster families until they are adopted. Accordingly, the Minister's plan is superior to the plan proposed by the parents and better meets the best interests of A., M. and Z.

[...]

Having heard Dr. Edgecombe and Dr. Ornstein explain that the death resulted from a non-accidental head injury, and that it was characterized as a homicide, that L. died while in the care of his parents, and that the explanation for L.'s injuries given by the parents is simply incomplete, implausible and inconsistent with all of the other evidence, I am satisfied that the children are at risk of physical harm if they are returned to the parents, and while there may be a chance of reunifying this family, according to the clinical psychologist, the Court cannot take that chance with the lives of three young children.

Furthermore, the parents have not provided any plan to reassure the Court that, if the children were returned to them, they would be able to recognize risky situations and would be capable of preventing any situations and/or injuries similar to those that cost L.'s life and of protecting the children therefrom.

The Minister's plan is more consistent with the best interests of the children, as it will allow the children to develop in a stable and safe environment in order to achieve their full potential. [paras. 123-128]

[31] The judge applied the facts to the best interests criteria set out in the *Act*, and she decided the case on the merits. The judge explained why she was granting the guardianship order, in spite of Dr. Turgeon's opinion, as noted. In my view, this ground is devoid of merit, and I would dismiss it.

C. *Did the judge err in her assessment of the pediatric and forensic evidence concerning the reasons for L.'s injuries?*

Did she focus exclusively on the criminal investigation into L.'s death?

Did she reverse the burden of proof?

Did the judge commit reversible error when she determined the parents were solely responsible for L.'s care?

[32] Dr. Amy E. Ornstein is a pediatrician, medical director and child protection team professor at the Department of Pediatrics at Dalhousie University. She prepared a report concerning L.'s death. The Suspected Trauma and Abuse Response Team at the IWK Health Centre was contacted the morning of December 11, 2019, by a pediatric intensivist working in the Pediatric Intensive Care Unit. This request was for a consultation concerning a six-week-old child who had been brought to the hospital the previous day, with cardiorespiratory arrest and subsequent resuscitation.

[33] Following an extensive review of L.'s birth records, prenatal records, the emergency health services report dated December 10, 2019, the medical records of the New Brunswick hospitals, and a review of the IWK Pediatric Intensive Care Unit admission notes, Dr. Ornstein concluded:

At the age of 6 weeks [L.] was brought to medical attention because of a cardiorespiratory collapse at home. Upon investigation in hospital, he was found to have subdural hemorrhage, an extensive hypoxic brain insult, bilateral extensive retinal hemorrhages, a healing and an acute posterior rib fracture. Multiple additional skeletal injuries were suspected including multiple posterior ribs bilaterally, his left tibia and left femur. [L.] was also noted to have bruising to his bilateral periorbital tissues, eyelids and interior superior clear spine.

[...]

[L.] was found to have a healing right posterior 7th rib fracture soon after he was brought to medical attention on December 10th. The significance of this finding is undetermined; it may have resulted from birth injury or post natal trauma. Because of the presence of callous, this was not a new injury. The right 6th rib fracture did not have callous and was felt to be acute. This could not be explained by birth trauma.

In my opinion, in the absence of a history of significant trauma(s) or explanatory underlying medical condition, the constellation of subdural hemorrhage with associated

generalized insult to the brain, retinal hemorrhages, a healing rib fracture, an acute rib fracture and other areas of suspected skeletal trauma, in an infant with limited mobility, are best explained by inflicted injury.

[34] Dr. Ornstein observed that there was no history of accidental injury provided by the mother when L. was admitted to hospital. It wasn't until three months later that the father and the mother advised that ten days prior to L.'s hospital admission, a friend, while carrying L. down the stairs, had fallen. The parents testified L. appeared to be fine following the fall, which was the reason they did not seek medical attention at the time.

[35] The friend, who was present in the home the evening of the fall, testified and corroborated this story. As noted, the mother, who was present when L. was admitted to the IWK, did not disclose this information; however, her mother who accompanied her and L. to the IWK Health Centre, advised the staff she was concerned about domestic violence in the home.

[36] During cross-examination, when Dr. Ornstein was questioned whether a fall could have caused L.'s injuries, she could not rule out the possibility. The parents argue the judge erred by not considering this as a plausible explanation for L.'s injuries. They submit as well, that a friend had been left alone as a caregiver to L. for a period of time, thus, implicitly suggesting a further explanation for L.'s injuries. When Dr. Ornstein was asked if the fall could have caused the injuries, she replied:

R: If there was an impact to the baby's head at the end of the fall that could have resulted in subdural hemorrhage. I would not anticipate the number and type of retinal hemorrhages that we saw to be from that type of fall you're describing. Also, when [L.] was first x-rayed, he had one old rib fracture and one new rib fracture. If the adult squeezed the chest firmly that maybe could have caused one rib fracture that would have been healing when we saw it in Dec- early December. It would not explain a new rib fracture that we saw in early December. And if all the other rib fractures were confirmed on autopsy those also would have been new, and so they could not be explained by a fall that happened at the end of November. That is also a lot of

trauma to be explained by a simple fall that was not disclosed to medical personnel. [Emphasis added; Transcript, September 20, 2021, pp. 127-129]

[37] In addition, Dr. Ornstein noted:

- a) It would be unusual for a fall to cause a head injury like L. suffered, and it would be unusual for L. to become symptomatic ten days later (Transcript, September 20, 2021, pp. 136-137);
- b) It was possible a fall could cause a subdural hematoma, but it would not explain the extensive retinal bleeding observed ten days later; nor why L. collapsed on December 10, nor the bruising on his body, nor the new rib fractures (Transcript, September 20, 2021, pp. 142-143); and
- c) The head injury, if it occurred ten days earlier, would have caused vomiting, irritability, poor feeding, seizures, altered levels of consciousness, and difficulty breathing within hours (Transcript, September 20, 2021, p. 173).

[38] The parents testified that, on December 10, L. appeared hot and lethargic. Their explanation for L.'s lethargy was constipation and that the father had spent several hours with L. on December 10 before waking the mother. On this point, the judge found, in the totality of the evidence, that the lethargy described by the appellants was more a symptom of brain injury, than L.'s exhaustion from trying to alleviate his constipation.

[39] I move on to discuss the post-mortem examination conducted by medical examiner, Dr. Allison Edgecombe. Dr. Edgecombe conducted L.'s autopsy on December 14, 2019, and concluded this was an intentional injury. A criminal investigation for suspected homicide has been ongoing for several months since. These are her findings:

1. Blunt force head trauma with:
 - a. Diffuse bilateral retinal hemorrhages.
 - b. Subdural hemorrhages.

- c. Hypoxic ischemic brain injury.
- d. Brain swelling.
2. Other blunt force injuries with:
 - a. Bruises on both medial canthi, over both hips and on the left thigh.
 - b. Rib fractures, multiple, healing, bilateral, anterior-lateral and posterior.
 - c. Classic metaphysical lesion, left proximal tibia and left distal femur.
3. Evidence of medical intervention.
4. Bleeding disorder/coagulopathy panel genetic testing negative.
5. Right lung bronchopneumonia.
6. Moderate hepatic microvesicular sclerosis.
7. Thymic involution.
8. Acute tubular necrosis, kidneys.
9. Well-nourished and well-developed.
10. Toxicological analysis using hospital admission samples could not be performed due to insufficient material.

[40] During cross-examination, Dr. Edgecombe admitted she was unaware there had been an accidental fall with L.; however, she stated that if she had known about the fall, her opinion concerning the cause of death would not have changed (emphasis added; Transcript, September 21, 2021, p. 62).

[41] Concerning the fall down the stairs, the judge addressed this possibility and observed it was important to examine all of the evidence. At para. 54 of the reasons, the judge rejected the fall down the stairs as a possible explanation for L.'s injuries. She accepted the opinions rendered by Dr. Ornstein and Dr. Edgecombe concerning the nature and extent of the injuries. In the end, the judge concluded, based on the "preponderance of the evidence," that the fall down the stairs was insufficient to cause the extent of L.'s injuries described in the autopsy report, and she rejected the alternative explanation offered by the parents. This opinion was supported by the judge's review of the medical evidence, as well as her credibility assessment of the parents:

[TRANSLATION]

I am under the impression that both parents have moulded their testimony and are trying to protect each other or a third party, and therefore I cannot attach much probative value to their testimony regarding the events surrounding L.'s death.

The respondents have not provided any reasonable and convincing explanation for L.'s death and, on the whole of the evidence and on the balance of probabilities, I find that L. died as a result of a non-accidental head injury, while the respondents were solely responsible for their newborn's care. [paras. 66-67]

[42] The parents argue that some of the rib fractures identified in Dr. Edgecombe's post-mortem report could have been caused by chest compressions performed by the paramedics. Dr. Edgecombe dealt with this possibility. She noted that many of the fractures exhibited evidence of healing with histological features indicating that they "most likely occurred a week to several (two to three) weeks prior to death," and, that "[n]one of the examined rib fractures were related to any [resuscitative] efforts performed around the time of admission to hospital."

[43] She observed that, in the absence of a significant accidental traumatic event, (such as a significant fall), the most likely cause of rib fractures in an infant is nonaccidental injury. Such injuries occur when there is an anterior-posterior compression of the chest, as that caused by an adult gripping the infant around the chest with both hands and either shaking or squeezing.

[44] The parents state the judge erred when she ignored the fact that Dr. Edgecombe emphasised the criminal investigation in her report, and, because she did not refer to other possibilities for L.'s injuries, her report is unreliable. They further contend the judge was influenced by the evidence of investigating officer Sergeant Decans, who advised that the parents remained the two principal suspects in a homicide investigation into L.'s death.

[45] With respect, I disagree with the parents' characterization of the judge's analysis. In my view, her analysis was not solely focussed on the death of L. and the

subsequent homicide investigation. As discussed, the judge was concerned with other issues relating to parental capacity.

[46] I move on to the issue of the reversal of the burden of proof. The preamble to the *Act* lays the foundation for state action in child protection cases. Relevant provisions bear repeating:

WHEREAS the family exists as the basic unit of society, and its well-being is inseparable from the common well-being; and

ATTENDU que la famille constitue le noyau de la société et que son bien-être est inséparable du bien-être commun; et

WHEREAS the rights of the child are enjoyed either of himself or of family; and

ATTENDU que l'enfant doit jouir de ses droits, qui découlent tant de sa personne que de sa famille; et

[...]

[...]

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; and

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; et

WHEREAS the best interests and safety of the child must always prevail when there is a conflict between risk to the child and the preservation of the family unit; and

ATTENDU que l'intérêt supérieur et la sécurité de l'enfant doivent toujours prévaloir lorsqu'il y a conflit entre la protection de l'enfant contre les dangers et le maintien du noyau familial; et

WHEREAS it is recognized that social services provided to children should respect and preserve a child's need for continuity of care within their kinship network, that a child's best interests should be included in the assessment, planning and decision-making process surrounding the permanent plans for the child and that any procedural delay should be avoided as much as possible; and

ATTENDU qu'il est reconnu que les services sociaux fournis aux enfants devraient respecter et préserver leurs besoins de continuité de soins au sein de leur réseau de parenté, que le processus d'évaluation, de planification et de prise de décision visant les plans permanents destinés aux enfants devrait s'opérer dans leur intérêt supérieur et que les délais procéduraux devraient être évités le plus possible; et

[...]

[...]

WHEREAS it is recognized that social

ATTENDU que le caractère essentiel des

services are essential to prevent or alleviate the social and related economic problems of individuals and families; and

services sociaux en tant que moyen d'éviter ou de réduire les problèmes sociaux et les problèmes économiques connexes des individus et des familles est reconnu; et

WHEREAS it is recognized that the rights of children, families and individuals must be guaranteed by the rule of law and that the Province's intervention into the affairs of individuals and families so as to protect and affirm these rights must be governed by the rule of law[.] [...]

ATTENDU qu'il est reconnu que la règle de droit doit garantir les droits des enfants, des familles et des individus et que l'intervention de la province dans les affaires des individus et des familles pour la protection et l'affirmation de ces droits doit être régie par la règle de droit[.] [...]

[47] In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. C.(G. C.)*, [1988] 1 S.C.R. 1073, [1988] S.C.J. No. 48 (QL), L'Heureux-Dubé J. wrote:

[...] the preamble of the *Act* declares that "children should only be removed from parental supervision either partly or entirely when all other measures are inappropriate". The burden of proof rests upon the Minister to show the propriety of the measure on the facts of the case. [...]

[para. 13, cited to QL]

[48] The appellants argue that, because the judge commented they had not retained an expert witness to refute the Minister's case, she reversed the burden of proof. In my view, such was not the case. This is what the judge wrote:

[TRANSLATION]

Although the parents are attempting to show that L.'s injuries that were observed following his death resulted from the fall down the stairs, they have not called any medical or other experts, and I have not heard any evidence correlating L.'s injuries with the fall down the stairs. On the contrary, the pathologist and the paediatrician, who were called to testify and were cross-examined on the matter, ably explained that the fall in November 2019, as described, could not have caused L.'s injuries. I take from their evidence that it is even implausible to suggest that the fall described could have caused the head injury observed, or that the symptoms arising from a head injury, such as altered consciousness and breathing difficulties, would only have presented themselves on December 10, 2019, 10 days after the fall in question. [para. 51]

[49] The Minister was actively involved with this family from the date protective care of A. and M. was taken in 2019. The Minister continued to provide services to the parents and the children following the filing of their application for guardianship. The onus was squarely on the Minister to prove the grounds set out in the application. To do this, she called expert witnesses and service providers, whose reports and affidavits were available to counsel for the parents, and who had an opportunity to challenge that evidence through cross-examination and through their case-in-chief. The judge found:

[TRANSLATION]

On the balance of probabilities, and considering the totality of the circumstances, I find that the Minister has met his burden of showing that L.'s death was caused by a physical injury. On the balance of probabilities, the parents, who were L.'s sole caregivers, are also responsible for L.'s injuries and, at the very least, were unable to protect L., to provide him with a safe environment, or to provide him with the medical care he needed. [para. 75]

[50] The judge made a finding of fact that the parents were responsible for L.'s injuries. Whether that finding influenced her ultimate decision concerning guardianship is not the issue, in my opinion. The issue is that in making this finding, she relied on the evidence which supported it, and, in the process, made no palpable and overriding error.

[51] For the above reasons I would dismiss these grounds.

D. *The judge erred when she found the parents were solely responsible for L.'s care, and there was no evidence of mistreatment of A., M. and L.*

[52] I now turn to the parents' contention the judge committed reversible error when she found they were solely responsible for L.'s care. Both the father and the family friend, S.D., testified that S.D. had been alone with L. on previous occasions. In my view, there is no merit to this ground for the following reasons. The judge reviewed the evidence of the friend, and she was aware of the fall down the stairs. If anything, the judge's statement the parents were the sole caregivers can be explained in context. The children lived with the parents, and it was they who had the responsibility for their

supervision and care, including who they left the children with. This is consistent with the preamble to the *Act* which specifically states it is the parents who have the responsibility for the care and supervision of their children.

[53] In *J.F. v. T.E. and G.E.*, 2010 NBCA 14, 354 N.B.R. (2d) 260, the Court, at paras. 15-31, discussed the modern interpretation of a child's best interests. Parents have the responsibility for the safety, care and supervision of their children. The *Act* is a child protection statute, not a parental rights statute (*Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, 2000 SCC 48, [2000] 2 S.C.R. 519).

[54] As noted, the parents, under this ground, repeat their contention that the judge's focus on L.'s death coloured her ultimate decision to grant the guardianship order. They argue that, because the Minister had not been previously involved with the family, and there was no evidence of prior mistreatment of the children, they have the capacity to parent.

[55] The parents reiterate that L.'s death was the real reason why the judge decided a guardianship order should issue. At para. 72 of the reasons, the judge refers to *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) v. M.G.*, 2008 NBQB 139, [2008] N.B.J. No. 142 (QL), where Robichaud J. granted a guardianship order with respect to a nineteen-month-old child who suffered fractured ribs, bruising, seizures, bite wounds, swelling of the brain and retinal damage at the hands of the parents. The mother was eventually charged with aggravated assault, originally pled not guilty, but changed her plea to guilty at trial. The Minister offered services to the parents to help them develop their parenting skills and to address anger and addiction issues. The mother sought an order providing for a gradual reunification of the child with twenty-four-hour supervision by the Minister.

[56] The explanation given by the mother for the child's injuries was that the one-year-old pup had jumped on top of the baby when she was lying on the sofa. Robichaud J. commented on the lack of engagement by the father and his failure to adequately address his alcohol addiction. Simply put, he did not follow through with the

case plan. The mother had not had visits with the child under a no contact order. Her engagement with counselling and other services offered by the Minister was sporadic. In the end, Robichaud J. rejected the mother's testimony, and found she was "incapable of protecting her child from harm" (para. 74).

[57] The parents submit that this case is different, because there is no proof they intentionally injured L. and there is an alternative explanation. They argue the evidence showed that L. fell down the stairs while in the arms of a family friend, that L. did not show any symptoms until several days later, and that, when symptoms manifested themselves, an ambulance was called. They submit there is no evidence to support they pose a risk to the other three children, there is no evidence they intentionally caused L.'s death, and the other three children were properly cared for, with no evidence of mistreatment.

[58] As stated, the best interests of a child must be assessed from the standpoint of the child and not from that of the parents (*New Brunswick (Minister of Health & Community Services) v. M.P.*, [1997] S.C.C.A. No. 415 (QL)). In *The Minister of Social Development v. G.B., F.H. and R.O.*, 2012 NBCA 62, 392 N.B.R. (2d) 209, the Court wrote that love and affection do not supersede the best interests of the child. There is no doubt the parents love these children and there is a bond between them; however, as Quigg J.A. said in *The Minister of Social Development v. G.B., F.H. and R.O.*, "[these factors] are not to supersede the other factors enumerated in the definition of the best interests of the child" (para. 36).

[59] The judge was aware of the criteria. She considered Dr. Turgeon's opinion, as well as the explanations provided by the parents concerning L.'s death. The judge was convinced that, despite their expressed love and affection towards the children, the children were at risk of physical harm should they be returned to the parents, and, in spite of Dr. Turgeon's opinion, she was not prepared to place the children at risk (para. 126). Further, the judge found the parents had not furnished a plan that assured her that, if the children were returned to parental care, they would be protected against similar injuries (para. 127).

[60] The judge assessed the credibility of the parents, she reviewed the expert opinions, and she was satisfied it was not in the long-term best interests of the children they be returned to parental care. She made findings of fact, applied the law to the facts and did not make a palpable and overriding error. Her decision was grounded in the evidence. I would dismiss this ground of appeal.

E. *The judge erred in refusing to make an access and visitation order post-guardianship*

[61] The parents contend they should be permitted to visit with the children should this Court uphold the guardianship order. The judge commented on the length of time that had passed since the taking of protective care by the Minister. She went on to address the request for access and visitation. At para. 138, she referred to *D.S. and A.C. v. The Minister of Social Development*, 2021 NBCA 25, [2021] N.B.J. No. 128 (QL), where the Court wrote:

In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. L. (M.)*, [1998] 2 S.C.R. 534, [1998] S.C.J. No. 52 (QL), Gonthier J., writing for the Court, was clear. He writes:

My consideration of whether access should be granted is based on the following principles. First, there is no inconsistency in principle between a permanent guardianship order and an access order. Second, access is the exception and not the rule. Third, the principle of preserving family ties cannot come into play in respect of granting access unless it is in the best interests of the child to do so, having regard to all the other relevant factors. Fourth, an adoption, which is in the best interests of the child, must not be hampered by the existence of a right of access. Fifth, access should not be granted if its exercise would have negative effects on the physical or psychological health of the child. [para. 39]

I add here the fact the Minister argues that ongoing access between a parent and child may hinder the adoption process

should not take priority over access, when a court concludes it is in a child's best interests to continue to have a relationship with his or her parents (see *M.A.G., Re.* (1986), 73 N.B.R. (2d) 443, [1986] N.B.J. No. 126 (QL); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) v. L.L.*, [1997] N.B.J. No. 417 (QL); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la santé et des Services communautaires) v. L.L. et N.L.* (1990), 109 N.B.R. (2d) 202, [1990] N.B.J. No. 727 (QL)).

In *J.C. v. Minister of Families and Children*, 2020 NBCA 24, [2020] N.B.J. No. 126 (QL), the Court was asked to overturn a judge's decision to make a guardianship order with no right of access to the father. The father argued the judge had "supplanted" the best interests of the child analysis with minimal evidence an access order would impede the adoption of the children. In rejecting the father's argument, we concluded the decision not to grant the children access to their father was not exclusively anchored to the adoption issue, and we opined the preservation of access following a guardianship order does not hinge exclusively on whether the adoption process would be hampered (para. 16). The Court has affirmed these principles in *The Minister of Social Development v. G.B., F.H. and R.O.*, 2012 NBCA 62, 392 N.B.R. (2d) 209; *N.J.P. v. The Minister of Social Development*, 2012 NBCA 3, 382 N.B.R. (2d) 245; *C.A. v. Minister of Families and Children*, 2018 NBCA 67, [2018] N.B.J. No. 246 (QL).

[paras. 63-65]

See also *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. L. (M.)*, [1998] 2 S.C.R. 534, [1998] S.C.J. No. 52 (QL), per Gonthier J., at paras. 38-39.

[62] The judge considered the criteria set out in s. 1 of the *Act*, and she concluded that a guardianship order with no right of access to the parents was in the children's best interests. She wrote the following:

[TRANSLATION]

After analyzing the evidence, I cannot find sufficient evidence to conclude that granting a right of access would be in the best interests of the children. This is simply not one of the rare situations where maintaining a right of access is justified or appropriate. On the contrary, I am fully of the view that a right of access could adversely affect the physical or psychological health of the children,

having regard to the minimal parenting skills of the parents and the personal vulnerabilities of the respondents, but, above all, in light of the unexplained circumstances surrounding L.'s death [para. 142]

[63] This conclusion was based on the totality of the evidence, not the singular opinion of Dr. Turgeon. Whether, or not, to make an access order post-guardianship is a discretionary decision. As noted, the Court owes deference to those decisions, in the absence of a finding of error. In this case, I discern no such error. I would dismiss this ground of appeal.

IV. Disposition

[64] It is for the above reasons, I joined with my colleagues on September 29, 2022, to dismiss the appeal with reasons to follow.