



112-21-CA

S.M. and J.C.

S.M. et J.C.

APPELLANTS

APPELANTS

- and -

- et -

MINISTER OF SOCIAL DEVELOPMENT

MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT SOCIAL

RESPONDENT

INTIMÉE

S.M. and J.C. v. Minister of Social Development,  
2022 NBCA 67

S.M. et J.C. c. Ministre du Développement social,  
2022 NBCA 67

CORAM:

The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice French

CORAM :

l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge French

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
September 24, 2021

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
le 24 septembre 2021

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
Unreported

Décision frappée d'appel :  
inédite

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appeal heard:  
November 17, 2022

Appel entendu :  
le 17 novembre 2022

Judgment rendered:  
November 24, 2022

Jugement rendu :  
le 24 novembre 2022

Reasons delivered:  
March 9, 2023

Motifs rendus :  
le 9 mars 2023

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice French

Motifs de jugement :  
l'honorable juge French

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

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

Counsel at hearing:

For the appellants:  
Chelsea L. Seale

For the respondent:  
Nancy Jane Martel

THE COURT

On November 24, 2022, the appeal was dismissed with reasons to follow. These are the reasons for decision.

Avocats à l'audience :

Pour les appelants :  
Chelsea L. Seale

Pour l'intimée :  
Nancy Jane Martel

LA COUR

L'appel a été rejeté le 24 novembre 2022, avec motifs à suivre. Voici ces motifs.

The following is the judgment delivered by

FRENCH J.A.

I. Introduction

[1] A judge of the Family Division of the Court of Queen’s Bench, as it then was, ordered guardianship of two children be transferred to the Minister of Social Development on a permanent basis. Our Court dismissed the parents’ appeal of that decision on November 24, 2022, with reasons to follow. These are those reasons.

[2] The Minister’s initial involvement with the family began shortly after their daughter was born, in 2009, and it increased after the birth of their son, in 2014. By February 2017, the children were consistently under custody or supervisory orders in favour of the Minister. In February 2019, immediate concerns regarding their safety prompted the Minister to take both children into protective care and, ultimately, to apply for guardianship.

[3] Following a ten-day trial, during which 18 individuals testified, the judge rendered a 94-page decision that set out in considerable detail the evidence, the parties’ positions, and her findings. She accepted that the parents are in a committed, supportive, and long-term relationship of more than 20 years. She also acknowledged their ability to parent is not impaired by addictions, they have maintained a permanent, non-transient home, and they have the support of family. However, the judge concluded the evidence substantiated the Minister’s long-held concerns over neglect and the security and development of the children. Deciding it was in their best interests, she transferred guardianship to the Minister and reserved the children’s right of access to their parents and paternal grandmother. The right of access was ordered to be exercised in the discretion of the Minister, in accordance with the children’s best interests.

[4] The parents advance three grounds of appeal. They contend the application judge erred:

- i) in law, in that there was insufficient evidence to support her decision to grant guardianship;
- ii) in principle, by failing to consider the children's individual best interests, contrary to the preamble and s. 6 of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2 (the "Act"); and
- iii) in making a post-guardianship order for access that is too vague to be either meaningful or enforceable.

[5] The order of the grounds listed above is the reverse of that in the Supplementary Notice of Appeal. I have chosen to address them in this order to align with the parents' submission that: (1) there was insufficient evidence to establish it was in their children's best interests to transfer guardianship; (2) even if the evidence justified guardianship in relation to their son (which they do not admit), the evidence indicates they can provide adequate care for their daughter; and (3) the rejection of their request for a prescribed access schedule post-guardianship, and leaving access to the discretion of the Minister, has resulted in an access order that is meaningless and unenforceable.

## II. Standard of Review

[6] It must be emphasized, including to the parents, that an appeal is not a retrial. The law neither tasks nor permits a court of appeal to consider the evidence introduced before a trial judge and make a different decision, even where it might have come to a different conclusion; a decision can be overturned on appeal only where there has been an error in law or principle, or there has been a palpable and overriding error with respect to the evidence. As stated in *M.V. and C.H. v. Minister of Social Development*, 2021 NBCA 42, [2021] N.B.J. No. 234 (QL):

The standard of review in child protection cases is narrow and one of deference unless it is clear there was an error in the application of a legal principle, the judge made a palpable and overriding error in the appreciation of the facts of the case, or the reasons were insufficient: *S.H. and M.D. v. The Minister of Social Development*, 2014 NBCA 20, 419 N.B.R. (2d) 377, at para. 4. In *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, Bastarache J. reiterated that the standard of review in custody cases is one of deference unless it is determined there has been a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error of law (para. 11). [para. 6]

### III. Analysis

#### A. *Insufficient evidence to support a guardianship order*

[7] The contention that the evidence is insufficient to justify guardianship is not rooted in the identification of a palpable and overriding error in the application judge's assessment of the evidence, or a misapprehension of the evidence. It is advanced in tandem with the submission that the evidence establishes the parents met the expectations under the various case plans developed by the Minister, and they maintained a routine for their children, provided them with adequate, nutritious meals, followed doctors' recommendations regarding their care, and maintained a home that, while not perfect, was safe. The parents assert the Minister's intervention was driven by relatively minor concerns over the state of their home and a dislike of their parenting style.

[8] The assertions made under this ground of appeal closely resemble the parents' closing arguments before the judge. Significantly, they run contrary to the express findings made by the judge.

[9] In the absence of a palpable error and overriding error, at best, this ground of appeal asserts it was not open to the judge to decide that, on the evidence accepted by her, the Minister established on a balance of probabilities guardianship was in the

children's best interests, and/or the judge improperly weighed the accepted evidence. Neither is connected to the judge's consideration of the accepted facts.

[10] The evidentiary record before the judge was considerable and it is thoroughly summarized in her 94-page decision. While setting out an exhaustive summary of the record is not warranted to dispose of this appeal, an overview of the Minister's involvement with the parents, the parties' positions and the live issues decided by the judge is helpful to an understanding of my reasons for rejecting the parents' contention the evidence was insufficient to justify a guardianship order.

[11] Although the Minister's involvement with the family began when the daughter was born in 2009, the evidence at trial focussed primarily on the Minister's active involvement in the five years prior to taking protective care of the children in 2019 and the 27 months that followed, until the trial occurred.

[12] In October 2013, when the daughter was four, continuing concerns regarding the environment in the parents' home prompted the Minister to arrange for the family to participate in a family enhancement program. The birth of their son, in March 2014, added to the parental duties. He required surgery for an imperforate anus. While the surgery was successful, he required careful ongoing management of his diet and toileting. He would later be diagnosed as being autistic. The daughter was prescribed medication for ADHD and asthma.

[13] Added to the Minister's persistent concerns regarding the state of the parents' home, the children's hygiene and the parents' mental health, concerns arose regarding their son's health, including his struggle with low weight and low energy. At a family group conference arranged by the Minister in March 2016, the plan developed to assist the parents included receiving assistance from extended family, in addition to the family support workers and homemaker who were provided by the Minister.

[14] Unfortunately, these interventions did not alleviate the Minister's concerns over care in the home. According to the Minister, the parents were unable to establish a structure or routine for the children. Permanency planning meetings were held in September and December 2016. The parents agreed to continue to work with the Minister and to meet regularly with their son's pediatrician and follow advice in relation to his low weight.

[15] In January 2017, concerns about the son's low weight, pallor and lack of energy led his pediatrician to have him admitted to the hospital, in part, to monitor his food intake. Additionally, it was decided the daughter (then seven) would reside with her paternal grandmother.

[16] The son's weight increased, and his overall condition improved. In February 2017, he was discharged from the hospital; however, the Minister was not confident the parents could meet his needs, and he was released to the care of his grandmother.

[17] Having the care of both children at her home proved to be too much for the grandmother and, a few weeks later, the Minister took the son into protective care. The daughter remained with her grandmother.

[18] The concerns identified by the Minister at a permanency planning meeting on May 26, 2017, included the parents' eviction from their home due to its poor state, the mother's refusal to engage in mental health counselling, the parents' lack of engagement with the children during access, and their inability to recognize the existence or impact of any of these persistent concerns. It was agreed the parents would work toward sorting out the state of their home and, to assist the mother, a referral was made to Mental Health. In the meantime, their daughter continued to live with her grandmother and their son remained in the Minister's care.

[19] On June 16, 2017, the daughter returned to the parents' home, under a Supervisory Order. The son remained in the care of the Minister.

[20] In August 2017, the Minister believed the parents' progress on the case plan was inadequate and their son's physical and mental needs prevented him from returning to their home, even with a Supervisory Order. The Minister applied for extensions of the custody order regarding the son and the Supervisory Order for the daughter.

[21] On November 30, 2017, the Minister transitioned the son to his parents' home under a Supervisory Order.

[22] The environment in the parents' home deteriorated over the next three months, and again the son's weight declined. On February 23, 2018, the Minister took him into care for a second time. The daughter remained at home under a Supervisory Order.

[23] After a further period of extensive involvement and support from the Minister, by the summer of 2018, some progress was recognized and, in September 2018, the son was returned to his parents' home under a Supervisory Order. At this point, both children were in the care of their parents under Supervisory Orders. The September 2018 Supervisory Order contained a significant number of detailed conditions respecting the care of the children and the state of the home.

[24] Despite the recent progress and the parents' agreement to abide by the conditions of the Supervisory Order, the Minister continued to be concerned about the prospect of a deterioration in relation to all areas of concern once intensive support from the Minister reduced. This period of family reunification would continue for almost five months.

[25] On February 22, 2019, the Minister took protective care of both children.



[26] In the weeks prior to doing so, the Minister had become very concerned about the parents' struggles to meet the case plan and the terms of the Supervisory Order. The daughter's school notified the Minister that the daughter told a teacher she had not been looked after while at home with the flu and her parents just played video games all day. The school also reported the daughter's hygiene had declined and she complained of being hungry and having a sore belly. Additionally, the Minister learned of the son having missed appointments for services related to his autism and his weight loss. This period also led to increased concerns over the mother's mental health and her related excessive sleep patterns. The Minister's contact with the mother's family physician exacerbated concerns over the son's weight loss and the condition of the home aggravating the daughter's asthma. Further, a meeting with the son's pediatrician elevated concerns about his care. Although the son was almost five years old at the time, a witness testified that he appeared at the time to be a child of no more than two years of age.

[27] The Notice of Protective Care identified the following concerns of neglect:

Parents inability or unwillingness to place the Children's needs as a priority, as demonstrated by:

**Physical Neglect:** condition of the home (example: safety concerns, large amounts of clutter, no clear eating space,) children's hygiene, inadequate food provisions for both children (moldy food to school, complaints of being hungry at school) and no routine in the home.

**Medical Neglect:** Parents inability or unwillingness to follow medical direction for their son's care (example: set and regular meal times, balanced meals, following doctor's recommendations for treatment of constipation), who presents with significant needs (no weight gain in the past year)

Attempts to address these concerns by the Minister, service providers and medical professionals have been unsuccessful. [para. 47]

[28] The Minister's Notice of Application, dated March 1, 2019, requested an order (1) that there were reasonable grounds for placing the children in protective care, and (2) transferring guardianship on a permanent basis, on the grounds that the children's security and development were endangered because:

- a) the children were without adequate care, supervision, or control;
- b) they were living in unfit or improper circumstances;
- c) their parents were unable or unwilling to provide adequate care, supervision or control of them;
- d) their parents' conduct endangered their lives, health or emotional well-being; and
- e) their parents neglected or refused to provide or obtain for them the proper medical care or treatment necessary for their health and well-being.

[29] The parents initially opposed the taking of protective care; however, at a hearing held on May 9, 2019, they consented to the taking of protective care and opposed the children remaining in the care of the Minister pending the outcome of the application for guardianship. The hearing proceeded on that issue. The judge ordered the children remain in the care of the Minister until the trial of the application (see *Minister of Social Development v. S.M. and J.C.*, 2019 NBQB 95, [2019] N.B.J. No. 181 (QL)).

[30] At trial, the Minister called 14 witnesses and relied on 16 affidavits. The parents called two witnesses, in addition to offering their own testimony, and relied on five affidavits. The evidence also included the testimony of, and two Voice of the Child Reports by, a clinical psychologist with respect to the views of the daughter. The first report was completed in September 2020, the second, in April 2021. The parents' *viva voce* evidence sought to explain the circumstances leading up to the Minister taking protective care of the children and generally challenge the evidence introduced by the Minister, including the Voice of the Child evidence.

[31] The judge stated the following in relation to her findings regarding the taking of the children into protective care, in February 2019, and the subsequent 27 months, to the trial in May 2021:

[...] The Minister’s concerns were long standing at the time protective care was taken and had remained virtually unchanged for many years despite repeated attempts to address the issues with significant resources and legal interventions. Previous custody and supervisory orders had been unsuccessful in precipitating the changes necessary for these parents to meet the Children’s needs and provide a safe and secure environment for them to thrive in.

The evidence for that period in my view, clearly establishes three things: the Children’s basic needs were not being met, [the son] was not thriving, and the Respondents were not acknowledging that their Children were being neglected.

In my view, the evidence tendered for the months prior to the taking of protective care establishes clear neglect.

The Respondent’s resistance to change and their inability to recognize and accept the issues they face, has been a significant and continued impediment to this family moving forward without ministerial intervention. Unfortunately, this resistance has continued over the course of the last 27 months. I am persuaded it has been the main obstacle to reunification. Collectively, the evidence presented by all parties satisfies me the Respondents still do not acknowledge or accept that the concerns identified by the Minister are real and negatively impact their Children’s wellbeing.

This perspective makes genuine progress illusive.

[Emphasis added; paras. 426-430]

[32] In her assessment of the evidence related to the issue of the parents’ ability to meet “their children’s needs over the longer term,” the judge rejected the parents’ argument that they followed the Minister’s case plan and made satisfactory progress during the 27 months the children were in care prior to trial; this was a submission the parents repeated on appeal:

In this instance, the Court's concern remains the "the broader risk that the parents will be unable to see to their children's need over the longer term." While it is acknowledged that in the last few months before trial the Respondents were able to start introducing some basic structure into their home (under the watchful eye of the Minister), it falls far short of persuading me that they will be able to independently meet their Children's needs over the long term.

I agree with the Minister that you can not change what you do not acknowledge. The Respondent's failure to accept that things need to change is the reason the Ministers intervention has been required for so many years. It is also the reason marginal progress was only noted at the 22 month mark of protective care.

The Respondents remain unwavering in their belief that the Minister's interventions have not been necessary. In her testimony S.M. was clear that she does not accept the circumstances that led to the taking of protective care in 2017, 2018 or 2019. She remains steadfast in the position that there has never been neglect. Rather, in her view, her battle with the Minister boils down to a "difference in parenting styles".

[...]

The Respondent have, despite compliance with parenting sessions, counseling and a routine for visits prescribed by the Minister, continued to dispute the legitimacy of the Minister's concerns throughout the period of protective care. **As a result, they have not made the changes necessary to address the issues that underly the neglect that resulted.**

Interventions such as family support, parenting sessions and counseling for S.M. were unsuccessful in bringing about a change in perspective or approach. **As a result, they have not been able to establish over the period of the last 27 months that they have progressed to a place where they can consistently, without prompts and cues meet the Children's basic needs.** The evidence of both Ms. Roberts and Ms. Buckley in my view supports this. While Ms. Buckley's evidence was less detailed and in general terms was more favorable to the Respondents, her

evidence also indicates the need for continued prompts and cues.

**The family plan was also ineffective in bringing about progress.** In large part this stems in my view from the fact the Respondents were never truly in favor of the concept. S.M. in her evidence attempted to lay blame at the feet of the Minister for not clearly communicating expectations surrounding the family plan. The evidence simply doesn't support this. I am satisfied that the Minister's expectations with respect to the family plan were clearly communicated both to the Respondent's and to N.C. by way of the Visit Expectation document. It was reviewed several times with the Respondents and N.C.

By her own admission, S.M. did not pay attention to the details in the document. In my view this is indicative of her resistance to genuinely engage in anything that took aim at or questioned her parenting skills. The Respondents did not in my view, in good faith embrace the concept of having N.C. take on the role of a primary care provider of their Children.

N.C. was attuned to this and she raised the issue with Ms. Hierlihy. I accept the evidence of Ms. Hierlihy that N.C. felt uncomfortable prompting the Respondents.

**On balance, in my view, the family was not successful and the evidence suggests that in some respects things in fact started to decline.**

[Emphasis added; paras. 438-440, 454-459]

[33] The judge also made findings regarding the parents' ability to meet the mental, emotional and physical health needs of the children and provide a secure environment that would permit them to become useful and productive members of society through the achievement of their full potential according to their individual capacity:

**The Respondent's ability to meet the Children's physical, emotional and mental needs and provide a safe and secure environment is central to the analysis in this case.** The condition of the Respondents home has warranted the Minister's intervention as far back 2009. **For**

**the reasons already stated, the evidence presented satisfies me that the home remains in a condition that in my view is not suitable to meet the physical emotional and mental needs of the Children or to provide them a secure environment.**

Marginal gains made at the onset of the family plan in the fall of 2020 started to dissipate as early as December 2020. Those gains were never consistently maintained. The photographic evidence along with the corroborating evidence of Ms. Hierlihy, and both family support workers in the home during this time period establishes, without question that the home continues to present clutter that prevents clear pathways between rooms, multiple cords remain in the living room area and present a tripping hazard, the Children's rooms do not consistently remain free of clutter and appear to become a dumping ground for items around the home. There were instances where there is not a clear pathway from their bed to the door. The floors in the home, the bathroom and the kitchen did not present in my view as consistently demonstrating an appropriate standard of cleanliness.

[...]

The evidence also establishes that the laundry simply isn't being done with any degree of regularity. Dirty towels and face clothes remain in the sink for weeks or longer and there are often not clean linens or towels for the Children. [the son's] underwear continues to be returned to the foster placement with dried feces on it. If the Children were residing in the home fulltime, their clothes would not be routinely laundered. Hygiene or the lack thereof was an issue that caused [the daughter] distress and anxiety in the months leading up to the taking of protective care. She faced comments at school.

The evidence does not persuade me that the Respondents would be able to meet the Children's need for basic hygiene if they were returned to their fulltime care.

I am further persuaded that the Respondents throughout the period of care have failed to demonstrate they appreciate the ongoing need for [the son] to have structure and routine in his environment both for the purposes of his ASD

diagnosis and to ensure he continues on his current growth curve.

[...]

I am not confident that the Respondents will exercise the supervision and vigilance needed to ensure [the son's] constipation, nutrition and ultimately continued growth will be maintained. [The mother and father] have been historically reluctant to follow Dr. Nicholson's recommendations and the evidence did not satisfy me that reluctance has changed throughout the period of care. In her *viva voce* evidence [the mother] specifically stated her belief that [the son] does not require the structured environment Dr. Nicholson recommended, based on her own research related to his ASD diagnosis

The Respondents argue that their financial situation has impacted their ability to provide balanced meals for the Children. [The mother] has indicated that she finds it stressful that she cannot feed the Children the way the Minister wants her to as a result of her "limited resources". I do not accept this argument. Family support workers Tammy Zigante and Bliss Roberts prepared budgets, and balanced meal plans that could be accommodated by those budgets. They even went so far as to go grocery shopping with them. They simply were not able or refused to implement those meal plans.

Further there were several instances in the evidence where it was clear the Respondents had the funds to purchase the groceries necessary for balanced meals, however they made the "choice" to spend the money on other non-essential items.

[The son] will require follow up at the IWK. His next appointment is in November of this year. Again, I am not confident the Respondents will get him to that appointment. They missed the last IWK appointment scheduled for [the son]. The Minister encouraged them to attend. The reasons provided in the evidence for not attending were not in my view credible and displayed a lack of commitment in meeting [the son's] needs.

[The mother] throughout the period of care has repeatedly defaulted to various health related restrictions for not

following through on many aspects of the Children's needs. Most of these ailments were not substantiated in the evidence and in my view are "excuses" used to justify not doing something she does not want to do, such as cleaning the home.

**[The daughter] has had a very strong voice in these proceedings, albeit through the evidence of others. She has disclosed that in part her reasons for not wanting to return to her parent's care was because "nothing has changed". A constant theme was present in her disclosure to the witness who testified, namely her parent's preoccupation with video games and computers. It is first noted in the evidence in January 2019 when she told her teacher she had not been cared for by her parents despite being quite ill, "because they were playing video games." She disclosed to several of the Ministers witnesses that this preoccupation with electronics results a failure to engage with she and [the son].**

I am also cognizant of the photographic evidence of the home that was submitted into evidence. The photos span a period of several months and depict [the mother] sitting on the couch, in the exact same position with her keyboard and video controls in many of the photographs. Accordingly, I do not accept [the mother's] evidence that she only plays video games when the Children are in bed. In my view this "preoccupation" is central to the Respondents inability to keep the home maintained and adequately respond to the Children's needs.

The evidence presented further satisfies me that [the mother], although having no formal mental health diagnosis struggles with emotions and behaviors that impact her ability to meet the Children's needs. I am satisfied that while she has made some progress in dealing with grief and the loss of her mother, she has not progressed in other areas.

[...]

**[The mother] argues she does not have mental health issues that impact her ability to parent. I disagree. The evidence in my view establishes significant anxieties that**



**prevent her from parenting and meeting the Children's emotional and physical needs.**

**The Respondents have had limited success with the interventions offered to date by the Minister. They continue to deny the issues underlying the resulting neglect that has plagued this family for many years. As a result, I am not confident that they are able to meet the Children's physical, mental and emotional needs going forward or provide the secure environment necessary for them to meet their full potential.**

**Accordingly, I find that for the purpose of these two components of the best interest analysis, a guardianship order is preferable to reunification.**

[Emphasis added; paras. 461-481]

[34]

In the end, the judge concluded:

Regrettably, based on the reasons set out, I am not satisfied that the Minister's interventions over the period of care or the attempted family plan, have resulted in the changes necessary to ensure neglect will not follow reunification, even with the benefit of a supervisory order. In 2018 when [the son] was reunified a very detailed supervisory order followed. It was in place for only 5 months when protective care was ultimately required. For the reasons set out, the change necessary to satisfy me that things would be different this time around, simply has not occurred.

Accordingly, based upon the significant record of evidence established before me, the arguments presented by counsel and most importantly taking into consideration the criteria set out in applicable paragraphs of the definition of the bests interest of the child under the *Act*, I find that the Minister has established it is more probable than not that the best interests of the Children requires a guardianship order issue pursuant to section 56(1) of the *Act*.

Further, I do not find this is a situation where a supervisory order is appropriate. The Children are entitled to certainty going forward and the stability, security and continuity of care that a guardianship order will ultimately provide them.

[paras. 512-514]

[35] The judge's factual findings and analysis include consideration of the daughter's views and preferences in addition to that contained in the passages reproduced above. More will be said about this below, where I address the parents' submission that the judge did not consider the best interests of the children separately.

[36] As explained above, no palpable error in the judge's assessment of the evidence was identified by the parents, and no such error is apparent to me, let alone an error that is overriding. Lastly, I do not accept the evidentiary record was insufficient to order guardianship. There is simply no merit to the assertion the facts found by the judge were incapable of supporting her determination that guardianship was in the children's best interests. In the absence of a reversible error on the part of the judge, her decision cannot be interfered with on appeal.

B. *Failure to consider the children's individual best interests*

[37] The parents maintain the application judge erred in principle by failing to consider the children's individual best interests, contrary to the preamble and s. 6 of the *Family Services Act*.

[38] The part of the preamble relied upon states:

WHEREAS it is recognized that the basic rights and fundamental freedoms of children and their families include **a right to the least invasion of privacy and interference with freedom that is compatible with their own interests** and those of their families and of society[.]

[Emphasis added.]

ATTENDU que le droit des enfants et de leurs familles à **ne subir que le minimum d'intrusion dans leur vie privée et d'entrave à leur liberté qui soient compatibles avec leurs propres intérêts**, ceux de leurs familles et ceux de la société, fait partie des droits essentiels et des libertés fondamentales reconnus aux enfants et à leurs familles[.]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[39] Where a child can express his or her wishes, s. 6(1) requires they be considered in determining the child's interests and concerns when making a decision in

relation to the child. It further requires the child's interests and concerns be considered "as distinct interests and concerns, separate from those of any other person." The parents submit that it is in relation to this obligation that the judge erred. The provision states:

**Consideration of wishes of child**

6(1) **In the exercise of any authority** under this Act **given to any person to make a decision** that affects a child, the child's wishes, where they can be expressed and where the child is capable of understanding the nature of any choices that may be available to him, shall be given consideration in determining his interests and concerns, and **the interests and concerns of the child shall be given consideration as distinct interests and concerns, separate from those of any other person.** [Emphasis added.]

**Prise en considération des vœux de l'enfant**

6(1) **Lorsqu'une personne a reçu autorité** en application de la présente loi **pour prendre une décision** qui touche un enfant et qu'elle exerce cette autorité, les vœux de l'enfant, s'ils peuvent être exprimés et si l'enfant est capable de comprendre la nature d'un choix qui s'offre à lui, doivent être pris en considération pour déterminer les intérêts et préoccupations de l'enfant et **elle doit prendre en considération ces intérêts et préoccupations distinctement et séparément de ceux de toute autre personne.** [Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[40] The parents maintain that, since much of the evidence considered by the application judge focussed on their son's unique and complex health needs, it was reasonable for them to conclude the judge would have ordered different outcomes for their children. They argue the evidence does not indicate they are unable to provide adequate day-to-day care for their daughter and she ought to have been returned to their care under a Supervisory Order.

[41] In my opinion, this ground of appeal is founded upon a mischaracterization of the judge's decision. It contends the judge did not consider the daughter's interests and concerns, or her best interests, distinct from those of her brother. Undoubtedly, consistent with a focus of the evidence led at trial, the judge's reasons for decision address, in some detail, the health of the son and the challenges it posed for the parents; however, it is simply not possible to conclude the judge did not separately

consider the daughter's interests and concerns, or her best interests, in deciding to transfer guardianship of both children to the Minister.

[42] In relation to the factors relevant to an assessment of the best interests of the child, the judge expressly set out her consideration of the views and preferences of the daughter:

**The significant evidence relating to the views and preferences of [the daughter] has been fully canvassed and I will not repeat it. In summary, I believe [the daughter] wishes to remain in the Minister's care. That has been her position since the early months of 2021.** On more than one occasion she has articulated the position that "she would like to remain with her foster parents but still maintain contact with her parents." Ultimately, I believe that is her preference. She expressed this sentiment to Ms. Munn, Ms. Richards and Ms. Hierlihy.

I have no doubt that she loves her parents and is concerned always about their feelings. However, **in my view her voice is clear, she feels safe and less responsible for ensuring that her needs and her brothers are being met when she is in the care of her foster family.** Recently, when [the son] attended a visit that she did not, she was very concerned about whether he made it to school and what he had to eat. This was a palpable concern for her, and **in my view, points to the reality that she was parentified before the taking of protective care.**

Further, **she indicated to Dr. Nicholson in May of this year that she "experiences anxieties while in the care of her parents that she doesn't in the foster care placement"**. Based on the totality of the evidence presented I believe those anxieties revolve around the manner of [the mother's] engagement with the Children (her tendency to at times become emotional and heightened) and her concern over whether her and [the son's] needs will be met.

It is acknowledged that she became conflicted when faced with the realities of adoption, but on balance I am not of the view that this has swayed her preference. Accordingly, I am persuaded based on the totality of the evidence that [the

daughter] wishes to remain in the Minister's care and maintain a level of contact with her parents and her grandmother.

[The son] is not of sufficient age for me to evaluate his views and preferences. [Emphasis added; paras. 482-486]

[43] In relation to the other factors relevant to the best interests of the child assessment, the judge also discretely considered the circumstances of the daughter. She noted, for example, that, since the daughter has been in care, she has not required medication for ADHD or her asthma.

[44] With respect, I find no merit to this ground of appeal.

C. *The order for access post-guardianship is too vague and is meaningless*

[45] The order provides that the children's right of access to their parents and paternal grandmother "is preserved." The right is "to be exercised at the discretion of the Minister and in accordance with the best interests of the Children."

[46] In her reasons for decision, the application judge noted the exceptionality of reserving a child's right of access to a parent on a transfer of guardianship to the Minister and correctly explained that such an order "may be warranted if it is found to be in the best interest of the Children." The judge found the "bonds of attachment between the Children and [their parents and grandmother] are notable," and she concluded that, since guardianship will be disruptive, a "certain measure of continuity may be achieved if they can continue to maintain a connection with their parents and [their grandmother]." The Minister supported the preservation of the children's right of access, provided the order doing so did not specify the terms of access and left that to the Minister.

[47] The parents maintain that, despite having decided it was in the children's best interests to preserve their right of post-guardianship access, the judge failed to specify the access and, instead, erroneously delegated her duty to determine the nature

and frequency of the access ordered. At a minimum, they submit the order is so vague it confers a right in a manner that is neither meaningful nor enforceable.

(1) Ontario jurisprudence and legislation

[48] The parents rely on jurisprudence that found it is an error of law to “delegate” the discretion to determine the terms of court-ordered access. In *J.S.R. v. Children’s Aid Society of Ottawa*, 2021 ONSC 630, [2021] O.J. No. 369 (QL), the court unanimously decided the trial judge erred in law by delegating to the Society all decisions regarding the type, frequency and duration of the children’s access to their mother (and their older sibling and grandmother) under the order that placed the children in the extended care of the Society (similar to guardianship under the *Act*).

[49] The parents submit the rationale in such decisions is persuasive despite the fact they recognize they are based upon the interpretation of Ontario legislation relating to placing children in extended care (similar to guardianship), which is substantially different from the provisions of the *Act* respecting guardianship. They also acknowledge these cases reflect only one line of jurisprudence, which has been described as divided on the issue.

[50] Although the legislative differences alone are indeed sufficient to distinguish the application of the Ontario jurisprudence, the analysis in those decisions highlights the significance of the distinction between: (1) a court order for guardianship that reserves a child’s right of access based on the court having determined that doing so was in the child’s best interests; and (2) the Minister’s statutory authority, independent of an access order, to permit a child in care to have access to a parent or another person. Not surprisingly, the interpretative analysis undertaken in *J.S.R. v. Children’s Aid Society of Ottawa* included the view that, given the statutory authority of the Society to facilitate access where it believed contact would be in a child’s best interests (in the absence of a court order), the statutory authority permitting a court to order access is intended to do more than merely echo the discretion conferred by the legislation on the Society.

[51] Unlike the *Act*, which does not expressly provide a court with the authority to reserve a right of access when making a guardianship order, the Ontario legislation expressly provides the authority to order access when making an extended care order. However, I pause to note that, almost 40 years ago, this Court found the *Act* implicitly conferred this authority. This will be addressed further below.

[52] Additionally, in conferring the authority to reserve a child's right of access when making an extended care order, the Ontario legislation specifies the factors a court must consider when deciding whether to do so. In its reasons for decision, the Ontario Superior Court of Justice in *J.S.R. v. Children's Aid Society of Ottawa* explained:

Section 104 of the [*Child, Youth and Family Services Act, 2017*] provides the court with jurisdiction to determine access in the child's best interests. Section 104(1) provides that the court may “make, vary or terminate an order respecting a person's access to the child or the child's access to a person, and may impose such terms and conditions on the order as the court considers appropriate.” **Section 104 makes it clear that it is the court that makes an order respecting access, and it is the court that is to impose terms and conditions “as the court considers appropriate.”** [Emphasis added; para. 38]

[53] The court's interpretation flowed from its consideration of s. 104 in the context of s. 105. This latter provision states that an order placing a child in the extended care of the Society terminates any prior access order and that, once an extended care order is made, a court is prohibited from making an order for access in relation to a child in the extended care of the Society “unless the court is satisfied that the order or variation would be in the child's best interests.” Before making such an access order, the court must consider whether the relationship is “beneficial and meaningful to the child” and whether “the ordered access will impair the child's future opportunities for adoption.” Any access order must identify all persons who are granted a right of access or to whom access has been granted. The legislation also expressly requires a court terminate any access order where it is no longer in the child's best interests.

[54] The court's interpretative analysis included contrasting court-ordered access under s. 104, with the Society's authority under s. 105(9) to facilitate a child's access, where, in the absence of court-ordered access, the Society believes such contact would be in the best interests of a child in extended care. The court reasoned that, since the Society could permit access at its discretion absent a court order, an order for access made by a court under s. 104 was to do more and was not intended to similarly leave ordered access to the discretion of the Society.

[55] Addressing the two lines of jurisprudence that developed in relation to whether a court could "delegate all aspects of that access – including all decisions about type, frequency, and duration – to the Society," the court, in *Children's Aid Society of Ottawa*, stated:

Having found that the access orders made in favour of the mother and sister were, indeed, in the best interests of the child, **can the court delegate all aspects of that access – including all decisions about type, frequency, and duration – to the Society?** There are two streams of jurisprudence that have evolved on ordering access at the discretion of a Society, thoroughly reviewed by Harper, J. in *C.A.S v. K.D.D.*, 2020 ONSC 511. **The first stream of jurisprudence finds that it is an error in law for a court to delegate a child's access rights at the discretion of a Society.** At paras. 45 and 46, Harper, J., stated:

[45] I am of the view that a court cannot and should not delegate its exercise of discretion when ordering access. **It is the court that must balance and evaluate the evidence within the consideration of the factors set out in the statute. Expediency cannot override such considerations.**

[46] I am also of the view that in certain circumstances, after the court has made the determination that access is appropriate, **it may be necessary to set out certain parameters and guidelines to a party who may be placed in a position of having to facilitate that access given**



**the unique circumstances of each case that is presented a court.**

Several other judges of the Superior Court and Ontario Court of Justice have refused to grant requests by a Society that access would be at the discretion of the Society because such an order would improperly delegate the jurisdiction of the court to make an order for access: *Children's Aid Society of Toronto v. N.N.*, 2017 ONCJ 827; *Children's Aid Society of Toronto v. D.P.*, [2005] O.J. No. 930 (S.C.J.); *Children's Aid Society of Toronto v. B.O.*, 2003 CanLII 74523 (ON CJ), [2003] O.J. No. 4247 (O.C.J.), at paras. 46-48; *Children's Aid Society v. C.B.*, [2007] O.J. No. 3573 (O.C.J.), at paras. 53-55; and *Children's Aid Society of London and Middlesex v. C.(G.)*, 2001 CanLII 28530 [Emphasis added; para. 42-43]

[56] In concluding it was an error in law to delegate all decisions on the type, frequency and duration of the children's access, the court explained:

Section 104 of the *CYFSA* makes it clear that it is the court's obligation to impose the terms and conditions of an access order. This is a discretionary decision. Nothing in the language of sections 104 or 105 of the *CYFSA* either explicitly or implicitly includes the power to sub-delegate the decision as to terms or conditions of access to a nonjudicial actor such as a Society.

In fact, the language of section 105[(9)] implies the opposite. That section provides that: "If a society believes that contact or communication between a person and a child who is in extended society care under an order made under paragraph 3 of subsection 101 (1) or clause 116 (1) (c) is in the best interests of the child and no ...access order is in effect with respect to the person and the child, the society may permit contact or communication between the person and the child" (emphasis added). **Without an access order in effect, a Society has discretion about contact and communication. But there is now an access order with no terms. This contradicts the statutory provision, which reserves Society discretion to situations in which there is no access order in effect.**

**A judicial decision that delegates the discretionary elements of access including type, frequency, and**

**duration to a Society offends the principle against sub-delegation:** *A.G. of Canada v. Brent*, 1956 CanLII 5 (SCC), [1956] SCR 318 at 321. It is a decision to delegate discretionary adjudicative authority to a nonjudicial actor where the power is statutorily reserved to a judicial decision-maker. **We adopt the comments of Goodman, J. with respect to a previous version of the statute:** *Children's Aid Society of Toronto v. P. (D.)*, 2005 CarswellOnt 922, [2005] O.J. No. 930 (S.C.J.) at para. 40, *rev'd on other grounds, Children's Aid Society of Toronto v. D.P.*, 2005 CanLII 34560 (ON CA):

Yet, **I do find it difficult to accept that the legislature ever intended to leave decisions regarding access to children in the hands of one of the litigants, itself, particularly where children have no right of access to their parents unless an order for access is made** under Part III...While I can certainly understand some of the reasons why it would be efficient, time-and or cost-wise to delegate access issues to the CAS, children and their parents have a right, in my view, to have decisions in respect of access made in an objective and neutral manner. One would expect that it would be rare, if ever, that legislation would authorize a court to delegate its judicial functions to any third party who/which is a party to the litigation, when neutrality and objectivity are so vital to the decision-making process. **In my view, simply put and at least on a final basis, the CFSA does not permit, either expressly or by implication, the court to delegate its authority to make orders in respect of access under section 58 to any person or entity, including the CAS.**

[Some emphasis mine; paras. 49 -51]

(2) The Act and New Brunswick jurisprudence

[57] Although not as plainly as the Ontario legislation, the Minister is authorized, in the absence of a court order, to permit a child in care to have access to a parent/person where such contact would be in the best interests of the child. The *Act* requires the Minister to provide care that meets the emotional needs of a child in care under a guardianship order (s. 45(3) and s.56(2)) and “the Minister may return the child

to the former parent periodically, as the Minister considers appropriate” (s. 56(3)). As was emphasized in *Children’s Aid Society of Ottawa*, court ordered access is intended, not only legislatively in Ontario but, in my opinion, practically, to do more than reflect the Minister’s statutory authority to permit a child in care to have contact with a parent/person where it is felt such access is in the child’s best interests.

[58] As noted, unlike the legislation of Ontario and that of some other provinces, the *Act* does not expressly confer the authority to order access when transferring guardianship to the Minister under s. 56; however, this Court concluded there was an implicit authority to do so in *M.A.G., Re.* (1986), 73 N.B.R. (2d) 443, [1986] N.B.J. No. 126 (QL) (C.A.). In this case, the Minister maintained on appeal that the trial judge erred by reserving a child’s right of access to a parent in connection with a guardianship order. Although the Minister agreed it was in the child’s best interests to have continued access to his father and was willing to agree in writing that such access would occur, the Minister was “unwilling to have the Court make such an order.” Despite the absence of an express authority in the *Act* to reserve a right of access following guardianship, Hoyt J.A., later C.J.N.B., rejected the notion this indicated a legislative intention to prohibit the making of such an order:

[...] Once the guardianship order is made s. 61 provides the only review mechanism. That review provides for the varying of a guardianship order and for making such order as the Court then considers appropriate, considering always the best interests of the child. **If access is in the best interests of the child and thus permitted at the review stage surely access is an option when the order is made initially.**

Counsel for the Minister urged strongly that, because a guardianship order is generally a prelude to adoption and because adopting parents would likely not want to adopt a child where other persons have visiting rights, it would be illogical to give access when making a guardianship order. In my view counsel’s concerns are overly stated. **It will be only in rare situations that access will be ordered and it may be that in these rare situations it is not appropriate for that child to be placed for adoption. It should be**

**noted that the Act, in s. 85(2)(a), contemplates that even an adoption order can be made subject to access.**

[Emphasis added; paras. 15-16]

[59] This interpretation of the court's authority under the *Act* to order access on guardianship was affirmed more than a decade later by the Supreme Court 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):

To summarize, I am of the view that **the New Brunswick legislature has given the courts jurisdiction to decide access rights, since it requires that they "place above all other considerations the best interests of the child"** (s. 53(2)). Denying the courts the opportunity to decide whether an access order should be made could prevent them from performing their duty of acting in the best interests of the child. It is not surprising that the New Brunswick courts, supported by the judgment of the Court of Appeal in *Re M.A.G.*, supra, have generally found that they possess this jurisdiction.

[Some emphasis mine; para. 31]

[60] To be clear, the authority recognized by the Supreme Court did not derive from the court's inherent jurisdiction; it flowed from the *Act*.

[61] In relation to the principles applicable to a determination of whether the power to preserve a child's right of access ought to be exercised on the making of a guardianship order, Gonthier J. stated in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. L. (M.)*:

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.

**The decision as to whether or not to grant access is a delicate exercise which requires that the judge weigh the various components of the best interests of the child. It is up to the judge to determine which of the child's interests and needs take priority** (see *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. D.T.P.*, [1995] N.B.J. No. 576 (QL) (Q.B.), at para. 41). A child's emotional stability is of prime importance. If the child is unduly disturbed by access, it is generally not granted[.]  
[Emphasis added; paras. 39 and 51]

[62] These principles have guided the analysis of the courts of New Brunswick for almost 25 years (see, for example, *D.S. and A.C. v. The Minister of Social Development*, 2021 NBCA 25, [2021] N.B.J. No. 128 (QL); and *J.P. and R.D. v. The Minister of Social Development*, 2022 NBCA 57, [2022] N.B.J. No. 227 (QL)), and they are not in issue in this case. Not surprisingly, the factors to be considered when deciding whether to reserve access under the Ontario legislation are similar to those identified by Gonthier J.

[63] Little has been said in New Brunswick regarding the necessity or preferability of specifying the type and frequency of post-guardianship access in the order reserving that right. The issue has been determined on a case-by-case basis. It appears the Minister's practice has been generally to advocate against an order that includes structured post-guardianship access.

[64] In *M.A.G., Re.*, the order appealed by the Minister required the child have "reasonable access" to his father following guardianship. Although the specificity of the access ordered was not challenged on appeal, this Court upheld the trial judge's decision to order unspecified, "reasonable" access.

[65] In *Minister of Social Development v. M.G. and B.B.*, 2012 NBCA 19, 383 N.B.R. (2d) 394, the Minister appealed a trial judge's order that specified structured

access following guardianship. This Court rejected the Minister's assertion that the judge erred. The Court concluded the decision to order access was owed deference and noted the ordered access could be varied if the circumstances changed. This may be done pursuant to ss. 60 and 61 of the *Act*. That said, the Court agreed generally with the Minister's contention that structured access creates difficulties for both the Minister and the child, and flexibility and discretion should be the norm in such orders.

With respect to the second ground, the Minister argues that structured access should not have been ordered because it had not been specifically sought by the child's counsel. **The Minister points out that structured access creates difficulties for both the Minister and the child and argues that discretion and flexibility should be the norm. We generally agree with this last proposition.** In fact, the new evidence we allowed the Minister to adduce on appeal illustrates the very point. It reveals difficulties arising out of B.B.'s incarceration, which have seriously impeded the implementation of the telephone access.

Nevertheless, we dismissed the appeal. The reason we did so is because of the deference we owe to a trial judge's assessment of the best interests of a child in a situation such as this one, and particularly because **the structured access provision in the Guardianship Order is not immutable in the sense that it cannot be changed.** In fact, one of the hallmarks of family law decisions is that changes in circumstances can result in changes in court orders. **When he weighed all the factors relevant to determining the best interests of the child, the judge determined structured access, which he understood the Minister was seeking, was the best approach. In our view, a court of appeal must be circumspect in interfering with such a decision.** Decisions like this one, made in exceptional cases, unless either unreasonable or the product of an error of law or of principle, should withstand appellate review on application of the deference owed to trial judges and should be left to be varied, as appropriate, upon a change of circumstances that affects the best interests of the child.

[Emphasis added; paras. 11 and 12]

[66]

I agree with the notion that, as a general proposition, an order for post-guardianship access should seek to provide the measure of flexibility that best serves the

child's interests going forward. This is in recognition of the fact that, in most cases, guardianship leads to a change in the plan for the child's future, likely the pursuit of adoption. Consequently, even where there is a reservation of a right of access to a parent(s) or other person(s), there will be a corresponding change in the nature and level of the contact, which responds to the transition that is anticipated and may be expected to continue to evolve for a variety of reasons over time.

[67]                    However, whether it would be more appropriate to specify access will depend on the circumstances of the case, including whether the judge is satisfied the parties can act reasonably under an order that confers a discretion in an effort to provide the desired flexibility.

[68]                    In deciding whether it is preferable to provide flexibility or specificity in the order in relation to the right of access, it will undoubtedly be borne in mind that the court has concluded the children's best interests are served by ordering post-guardianship access, in addition to and rather than relying solely on the Minister's ability to permit the child or children to have access or contact with a parent or other person.

(3)        The right of access

[69]                    In this case, the parents submit the order leaves access so completely to the Minister's discretion that the Minister can decide whether there ought to be access at all. Additionally, they contend the children's right of access is further compromised by their inability to engage the court to require the Minister to give effect to the order. In other words, the parents assert they cannot enforce the order as it is. It was acknowledged at the hearing before us that the children have not had contact with their parents or grandmother in quite some time. Why this has been the case is unknown.

[70]                    I do not agree the order is as meaningless as the parents contend. In my opinion, any order that expressly reserves a child's right of access to a parent or other person on guardianship or otherwise, confirms the existence of a substantive right.

Consequently, even where the order provides for that right to be exercised through the Minister's discretion, having regard to the best interests of the children, the order imposes an obligation that is mandatory. It goes without saying that the discretion conferred on the Minister must be exercised reasonably in the circumstances and consistent with the child's best interest.

[71] Having found it was in the children's best interests to continue their right of access to their parents and grandmother, the application judge ordered that right be preserved. This was done in contemplation of a considerable volume of evidence, including two Voice of the Child reports. The daughter indicated she wanted things to remain the same, which the judge took, during closing arguments, as indicating she was content in care but wanted to continue a relationship with her parents. Further, in recognition of the guardianship order ending the plan to reunify the family and commencing the effort to find the children a permanent home through adoption, the judge concluded the children would benefit from the continuity of maintaining the relationships with their parents and grandmother.

[72] The reasons for reserving the right of access would be expected to inform the access that the judge expected would occur post-guardianship, at least initially. It was clear access was expected to reduce from multiple times each week, as was the case when the plan included the possibility of family reunification prior to the transfer of guardianship. Although the Minister indicated access would continue, undoubtedly if it were ordered, there was no indication as to how this would evolve through the expected transition. Before us, the parents sought access once every couple of weeks or once a month. It is evident the fluidity of the circumstances played a role in the judge's decision to reject the parents' request for specified access and, instead, order that access "be exercised at the discretion of the Minister" and "in accordance with the best interests of the Children."

[73] Despite the discretion, it is readily apparent the judge intended to create a right of access and impose a corresponding obligation on the Minister to arrange access.



The order is not simply permissive, nor is it intended to merely mirror the Minister's existing authority to facilitate access.

[74] Indeed, in my opinion, the order cannot be interpreted as entitling the Minister to decide there should be no right of access. If the Minister were to conclude there ought not be a right of access, the Minister should apply to vary the access order as permitted under ss. 60 and 61 of the *Act*. Notably, in such an application, one of the factors to be taken into consideration is "whether the Minister has fulfilled his obligations under the order." Section 61(2) provides:

**61(2)** Upon receiving an application under subsection (1), the court shall, subject to subsection (4),

(a) hear the matter in accordance with section 60,

(b) take into account as additional considerations,

(i) whether the Minister has fulfilled his obligations under the order or agreement, and

(ii) if relevant to the application, whether the former parent is able and willing to provide appropriate care for the child.

**61(2)** Sur réception d'une demande en vertu du paragraphe (1), la cour doit, sous réserve du paragraphe (4),

a) entendre la question conformément à l'article 60,

b) tenir compte, en plus des autres considérations

(i) du fait que le ministre s'est ou non acquitté des obligations que lui imposait l'ordonnance ou l'entente, et

(ii) si pertinent à la demande, du fait que l'ancien parent est ou non capable de procurer à l'enfant un foyer convenable et disposé ou non à le faire.

[75] Further, the order does not, on its face, permit the Minister to exercise the discretion conferred in a manner that effectively defeats the children's right of access and renders it illusory.

[76] Finally, it was and continues to be open to the parents to either or both apply to vary the order or challenge the Minister's compliance with the order.

[77]                   Although an application to vary the order can only be made at least six months after the making of the order (s. 61), that time has long passed. In relation to the parents' hypothetical concern with non-compliance within the first six months of the order, there is always Rule 76 – Contempt. This said, as noted in a case where this Court set aside a finding of contempt where the Minister was found not to have complied with a requirement under a Supervisory Order, the terms sought to be enforced cannot be ambiguous (see *New Brunswick (Minister of Health and Community Services v. S.L. et al.* (1998), 200 N.B.R. (2d) 127, [1998] N.B.J. No. 230).

[78]                   In sum, in my opinion, the application judge did not err in ordering access as she did.

#### IV.    Disposition

[79]                   It was for these reasons I joined with my colleagues in dismissing the appeal.

LE JUGE FRENCH

I. Introduction

- [1] Une juge de la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine (tel était alors son nom) a ordonné que la tutelle de deux enfants soit transférée à la ministre du Développement social à titre permanent. Notre Cour a rejeté l'appel que les parents ont interjeté de cette décision le 24 novembre 2022 et a indiqué que les motifs suivraient. Voici ces motifs.
- [2] La Ministre est intervenue auprès de la famille pour la première fois peu après la naissance de leur fille, en 2009, et son intervention s'est intensifiée après la naissance de leur fils, en 2014. En février 2017, les enfants étaient régulièrement visés par des ordonnances de garde ou de surveillance en faveur de la Ministre. En février 2019, des préoccupations immédiates au sujet de leur sécurité ont incité la Ministre à placer les deux enfants sous un régime de protection et, finalement, à en demander la tutelle.
- [3] À la suite d'un procès de dix jours, pendant lequel 18 personnes ont témoigné, la juge a rendu une décision de 94 pages présentant de manière très détaillée la preuve, les positions des parties et ses conclusions. Elle a reconnu que les parents sont engagés dans une relation à long terme depuis plus de 20 ans. Elle a aussi reconnu que leur aptitude à parenter n'est pas affaiblie par l'existence de dépendances, qu'ils ont maintenu un foyer permanent et fixe et qu'ils ont le soutien de leur famille. Toutefois, la juge a conclu que la preuve étayait les préoccupations de longue date de la Ministre au sujet de la négligence, de la sécurité et du développement des enfants. Jugeant qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants de le faire, elle a transféré la tutelle à la Ministre et a conservé pour les enfants un droit d'accès auprès de leurs parents et de leur grand-mère

maternelle. Il a été ordonné que le droit d'accès soit exercé à la discrétion de la Ministre, en conformité avec l'intérêt supérieur des enfants.

[4] Les parents soulèvent trois moyens d'appel. Ils soutiennent que la juge saisie de la requête a commis une erreur :

- i) de droit en raison de l'insuffisance de la preuve à l'appui de sa décision d'accorder la tutelle;
- ii) de principe en omettant de tenir compte de l'intérêt supérieur de chaque enfant, en violation du préambule et de l'art. 6 de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2 (la *Loi*);
- iii) en rendant une ordonnance d'accès postérieur à la mise en tutelle qui était trop vague pour être valable ou exécutoire.

[5] Les moyens d'appel énumérés ci-dessus sont présentés dans l'ordre inverse de celui qui est dans l'avis d'appel supplémentaire. J'ai choisi de me pencher sur eux dans cet ordre afin de répondre à l'argument des parents selon lequel : 1) la preuve était insuffisante pour établir qu'il était dans l'intérêt supérieur de leurs enfants de transférer la tutelle; 2) même si la preuve justifiait la mise en tutelle de leur fils (ce qu'ils n'admettent pas), elle révèle qu'ils peuvent assurer des soins convenables à leur fille; et 3) le fait que leur demande visant l'établissement d'un calendrier d'accès déterminé à la suite de la mise en tutelle a été rejetée et que l'accès a été laissé à la discrétion de la Ministre a entraîné le prononcé d'une ordonnance d'accès qui est vide de sens et inexécutoire.

## II. Norme de contrôle

[6] Il y a lieu de souligner, notamment aux parents, qu'un appel n'est pas un nouveau procès. Le droit n'enjoint ni ne permet à un tribunal d'appel d'examiner la

preuve produite au juge de première instance et de rendre une décision différente, et ce, même lorsqu'il aurait été porté à tirer une conclusion différente. On ne peut infirmer une décision en appel qu'en présence d'une erreur de droit ou de principe, ou d'une erreur manifeste et dominante quant à la preuve. Comme on l'a affirmé dans l'arrêt *M.V. et C.H. c. Ministre du Développement social*, 2021 NBCA 42, [2021] A.N.-B. n° 234 (QL) :

La norme de contrôle en appel en matière de protection de l'enfance est stricte et doit être empreinte de retenue, sauf s'il y a une erreur évidente dans l'application d'un principe juridique, si le juge a commis une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation des faits de l'affaire, ou si les motifs étaient insuffisants (*S.H. et M.D. c. Ministre du Développement social*, 2014 NBCA 20, 419 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 377, par. 4). Dans l'arrêt *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, le juge Bastarache a réitéré que la norme de contrôle en matière de garde d'enfant prescrit la déférence, sauf s'il y a une erreur importante, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou une erreur de droit (par. 11). [par. 6]

### III. Analyse

#### A. *L'insuffisance de la preuve à l'appui d'une ordonnance de tutelle*

[7] L'assertion selon laquelle la preuve est insuffisante pour justifier la tutelle n'est pas ancrée dans le fait qu'on ait relevé une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve effectuée par la juge saisie de la requête ou une erreur dans l'interprétation de la preuve. Elle est avancée en tandem avec l'observation selon laquelle la preuve établit que les parents ont répondu aux attentes prévues dans les divers plans d'intervention élaborés par la Ministre et qu'ils ont maintenu une routine pour leurs enfants, leur ont fourni des repas convenables et nutritifs, ont suivi les recommandations des médecins quant à leurs soins et ont entretenu un foyer qui, même s'il n'était pas parfait, était sécuritaire. Les parents affirment que l'intervention de la Ministre était motivée par des préoccupations relativement mineures quant à l'état de leur foyer et par le fait qu'elle n'aimait pas leur style de parentage.

- [8] Les assertions faites à l'appui du présent moyen d'appel ressemblent de près à la plaidoirie de clôture que les parents ont présentée à la juge. Il est important de souligner qu'elles sont contraires aux conclusions expressément tirées par la juge.
- [9] En l'absence d'une erreur manifeste et dominante, dans le meilleur des scénarios, il est affirmé par ce moyen d'appel qu'il n'était pas loisible à la juge de décider, d'après la preuve qu'elle avait admise, que la Ministre avait établi, selon la prépondérance des probabilités, que la tutelle était dans l'intérêt supérieur des enfants ou qu'elle n'avait pas convenablement soupesé la preuve retenue. Ni l'une ni l'autre de ces prétentions n'a quelque rapport que ce soit avec la prise en considération par la juge des faits admis.
- [10] La juge disposait d'un dossier de preuve considérablement volumineux et en a présenté un résumé complet dans sa décision de 94 pages. Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'exposer un résumé complet du dossier pour trancher le présent appel, un aperçu de l'intervention de la Ministre auprès des parents, des positions des parties et des questions en litige tranchées par la juge est utile pour comprendre les motifs pour lesquels j'ai rejeté l'argument des parents selon lequel la preuve était insuffisante pour justifier une ordonnance de tutelle.
- [11] Même si l'intervention de la Ministre auprès de la famille a commencé à la naissance de la fille, en 2009, la preuve présentée au procès portait principalement sur la participation active de la Ministre pendant les cinq années qui ont précédé le placement des enfants sous un régime de protection en 2019 et les 27 mois qui ont suivi, jusqu'à la tenue du procès.
- [12] En octobre 2013, alors que la fille avait quatre ans, des préoccupations continues quant aux conditions qui existaient dans le foyer des parents ont incité la Ministre à prendre des dispositions pour que la famille participe à un programme d'appui à la famille. La naissance de leur fils, en mars 2014, a imposé des responsabilités supplémentaires aux parents. Il a dû subir une opération chirurgicale en raison de son

anus imperforé. Bien que l'opération ait réussi, il avait continuellement besoin d'une gestion attentive en matière d'alimentation et d'élimination. Il a reçu plus tard un diagnostic d'autisme. Quant à la fille, on lui a prescrit des médicaments pour un TDAH et l'asthme.

[13] Aux préoccupations persistantes de la Ministre au sujet de l'état du foyer des parents, de l'hygiène des enfants et de la santé mentale des parents s'ajoutent des préoccupations quant à la santé du fils, notamment en ce qui concerne ses difficultés liées à son poids faible et à son manque d'énergie. Le plan élaboré afin d'aider les parents lors d'une conférence de groupe familiale organisée par la Ministre en mars 2016 comprenait la réception d'une assistance provenant de leurs familles élargies, en plus de celle provenant de travailleurs de soutien familiaux et d'auxiliaires familiaux fournis par la Ministre.

[14] Malheureusement, ces interventions n'ont pas apaisé les inquiétudes de la Ministre quant aux soins prodigués dans le foyer. Selon la Ministre, les parents ont été incapables d'établir une structure ou une routine pour les enfants. Des conférences de planification de la permanence ont eu lieu en septembre et en décembre 2016. Les parents ont accepté de continuer de collaborer avec la Ministre, de rencontrer régulièrement le pédiatre du fils et de suivre les conseils ayant trait à son faible poids.

[15] En janvier 2017, des préoccupations au sujet du faible poids du fils, de sa pâleur et de son manque d'énergie ont mené son pédiatre à l'admettre à l'hôpital, en partie pour surveiller son apport alimentaire. De plus, il a été décidé que la fille (qui avait alors sept ans) habiterait chez sa grand-mère paternelle.

[16] Le fils a pris du poids et son état général s'est amélioré. En février 2017, il a obtenu son congé de l'hôpital. Toutefois, la Ministre n'avait pas confiance que les parents pourraient répondre à ses besoins, et il a été confié aux soins de sa grand-mère.

- [17] Avoir la charge des deux enfants chez elle s'est avéré trop difficile pour la grand-mère et, quelques semaines plus tard, la Ministre a placé le fils sous un régime de protection. La fille est restée avec sa grand-mère.
- [18] Lors d'une conférence de planification de la permanence tenue le 26 mai 2017, la Ministre a notamment fait valoir ses préoccupations quant au fait que les parents ont été expulsés de leur foyer en raison du piètre état de celui-ci, que la mère refusait de recevoir du counseling en santé mentale, que les parents interagissaient peu avec les enfants lors des visites et qu'ils étaient incapables de reconnaître l'existence ou les répercussions de ces préoccupations persistantes. Il a été convenu que les parents travailleraient en vue de régler la question de l'état de leur foyer et, pour aider la mère, cette dernière a été orientée vers des services de santé mentale. Entretemps, leur fille a continué de vivre avec sa grand-mère et leur fils est resté sous la charge de la Ministre.
- [19] Le 16 juin 2017, la fille est retournée vivre chez ses parents sous le régime d'une ordonnance de surveillance. Le fils est resté sous la charge de la Ministre.
- [20] En août 2017, la Ministre estimait que les progrès réalisés par les parents par rapport au plan d'intervention étaient insuffisants et que les besoins physiques et mentaux de leur fils l'empêchaient de retourner vivre chez eux, et ce, même si une ordonnance de surveillance était rendue. La Ministre a demandé une prolongation de l'ordonnance de garde relative au fils et de l'ordonnance de surveillance relative à la fille.
- [21] Le 30 novembre 2017, la Ministre a procédé à la transition du fils vers le foyer de ses parents sous le régime d'une ordonnance de surveillance.
- [22] Les conditions qui existaient dans le foyer des parents se sont détériorées au cours des trois mois qui ont suivi, et le fils a encore une fois perdu du poids. Le 23 février 2018, la Ministre l'a pris en charge pour la deuxième fois. La fille est restée chez elle conformément à une ordonnance de surveillance.



[23] Après une autre période comptant beaucoup d'interventions et d'aide de la part de la Ministre, on a reconnu, à l'été 2018, qu'un certain progrès avait été réalisé et, en septembre 2018, le fils a été renvoyé au foyer de ses parents sous le régime d'une ordonnance de surveillance. Les deux enfants étaient alors aux soins de leurs parents sous le régime d'ordonnances de surveillance. L'ordonnance de surveillance de septembre 2018 contenait un nombre important de conditions détaillées ayant trait aux soins des enfants et à l'état du foyer.

[24] Malgré les récents progrès et le fait que les parents avaient accepté de respecter les conditions de l'ordonnance de surveillance, la Ministre a continué de s'inquiéter de la possibilité d'une détérioration dans tous les sujets de préoccupation dès que l'intensité de son soutien serait réduite. Cette période de réunification familiale s'est poursuivie pendant presque cinq mois.

[25] Le 22 février 2019, la Ministre a placé les deux enfants sous un régime de protection.

[26] Dans les semaines qui ont précédé le placement sous un régime de protection, la Ministre était devenue très préoccupée par les difficultés éprouvées par les parents à respecter le plan d'intervention et les conditions de l'ordonnance de surveillance. Les responsables de l'école fréquentée par la fille ont informé la Ministre que personne ne s'était occupé d'elle alors qu'elle était à la maison avec la grippe, et que les parents ne faisaient que jouer des jeux vidéo toute la journée. L'école a aussi signalé que l'hygiène de la fille s'était détériorée et qu'elle se plaignait qu'elle avait faim et mal au ventre. De plus, la Ministre a appris que le fils avait manqué des rendez-vous pour des services liés à son autisme et à sa perte de poids. Cette période a aussi mené à la croissance des préoccupations au sujet de la santé mentale de la mère et de ses habitudes de sommeil excessif. La Ministre a communiqué avec le médecin de famille de la mère, un échange qui a exacerbé ses préoccupations quant à la perte de poids du fils et au fait que l'état du foyer aggravait l'asthme de la fille. De plus, une rencontre avec le pédiatre du fils a amplifié les préoccupations quant aux soins qu'il recevait. Même si le fils avait

presque cinq ans à l'époque, un témoin a déclaré qu'il semblait à l'époque être un enfant d'au plus deux ans.

[27] L'avis de placement sous un régime de protection relevait les préoccupations suivantes en matière de négligence :

[TRADUCTION]

L'incapacité ou le manque de volonté des parents de prioriser les besoins des enfants, comme le démontrent les éléments suivants :

**Négligence physique** : l'état du foyer (par exemple : préoccupations quant à la sécurité, encombrement important, absence d'un endroit dégagé où manger), l'hygiène des enfants, l'insuffisance des provisions alimentaires pour les deux enfants (aliments moisissés envoyés à l'école, enfants qui se plaignent d'avoir faim lorsqu'ils sont à l'école) et l'absence de routine à la maison.

**Négligence médicale** : l'incapacité ou le manque de volonté des parents de suivre les consignes médicales ayant trait aux soins de leur fils (par exemple : heures fixes et régulières pour les repas, repas équilibrés, conformité aux recommandations du médecin pour le traitement de la constipation), qui a des besoins importants (aucune prise de poids au cours de la dernière année).

Les tentatives de répondre à ces préoccupations par la Ministre, les prestataires de services et les professionnels des soins de santé ont échoué. [par. 47]

[28] Dans son avis de requête daté du 1<sup>er</sup> mars 2019, la Ministre sollicitait une ordonnance 1) déclarant qu'il y avait des motifs raisonnables pour placer les enfants sous un régime de protection, et 2) lui transférant la tutelle à titre permanent, au motif que la sécurité et le développement des enfants étaient menacés pour les raisons suivantes :

- a) les enfants étaient privés de soins, de surveillance ou de direction convenables;
- b) ils vivaient dans des conditions inappropriées ou inconvenantes;

- c) leurs parents ne pouvaient ou ne voulaient pas leur assurer les soins, la surveillance ni la direction convenables;
- d) la conduite de leurs parents menaçait leur vie, leur santé ou leur équilibre affectif;
- e) leurs parents négligeaient ou refusaient de leur fournir ou d'obtenir pour eux les soins ou traitements médicaux nécessaires à leur santé et à leur bien-être.

[29] Les parents se sont d'abord opposés au placement sous un régime de protection. Toutefois, lors d'une audience tenue le 9 mai 2019, ils y ont consenti et se sont opposés à ce que les enfants restent sous la charge de la Ministre en attendant l'issue de la demande de tutelle. L'audience a procédé sur cette question. La juge a ordonné que les enfants restent sous la charge de la Ministre jusqu'à l'instruction de la requête (voir *Ministre du Développement social c. S.M. et J.C.*, 2019 NBBR 95, [2019] A.N.-B. n° 181 (QL)).

[30] Au procès, la Ministre a appelé 14 témoins et s'est fondée sur 16 affidavits. Les parents ont appelé deux témoins en plus d'offrir leurs propres témoignages, et ils se sont fondés sur cinq affidavits. La preuve comprenait aussi le témoignage d'un psychologue clinicien et ses deux rapports sur la parole de l'enfant, qui avaient trait au point de vue de la fille. Le premier rapport a été réalisé en septembre 2020 et le second, en avril 2021. La preuve de vive voix des parents visait à expliquer les circonstances qui ont mené la Ministre à placer les enfants sous un régime de protection et, de manière générale, à contester la preuve présentée par la Ministre, y compris celle se rapportant à la parole de l'enfant.

[31] La juge a déclaré ce qui suit relativement à ses conclusions portant sur le placement des enfants sous un régime de protection en février 2019, et pendant les 27 mois qui ont suivi, jusqu'à la tenue du procès en mai 2021 :

[TRADUCTION]

[...] Les préoccupations de la Ministre dataient de

longtemps au moment où les enfants ont été placés sous un régime de protection et elles sont demeurées pratiquement inchangées pendant de nombreuses années, malgré des tentatives répétées de régler les problèmes en y consacrant d'importantes ressources et au moyen d'interventions juridiques. Les ordonnances de garde et de surveillance précédentes n'ont pas réussi à précipiter les changements nécessaires pour que ces parents répondent aux besoins des enfants et leur fournissent un milieu sécuritaire où ils peuvent s'épanouir.

À mon avis, la preuve portant sur cette période établit clairement trois choses : les besoins fondamentaux des enfants n'étaient pas comblés, [le fils] ne s'épanouissait pas et les intimes ne reconnaissaient pas que leurs enfants étaient négligés.

Selon moi, la preuve présentée en ce qui concerne les mois précédant le placement sous un régime de protection établit clairement l'existence de négligence.

La résistance au changement des intimes et leur incapacité de reconnaître et d'accepter les problèmes auxquels ils font face ont été un obstacle important et continu empêchant cette famille de progresser sans l'intervention du Ministère. Malheureusement, cette résistance s'est poursuivie au cours des 27 derniers mois. Je suis persuadée qu'elle a été le principal obstacle à la réunification. La preuve présentée par les parties, dans son ensemble, me convainc que les intimes ne reconnaissent ni n'acceptent toujours pas que les préoccupations soulevées par la Ministre sont réelles et qu'elles ont une incidence négative sur le bien-être de leurs enfants.

Cette perspective rend tout véritable progrès illusoire.

[Le soulignement est de moi; par. 426 à 430]

[32] Dans son appréciation de la preuve liée à la capacité des parents de combler [TRADUCTION] « les besoins de leurs enfants à plus long terme », la juge a rejeté l'argument des parents selon lequel ils ont suivi le plan d'intervention de la Ministre et ont réalisé des progrès satisfaisants au cours de la période de 27 mois pendant laquelle les enfants étaient pris en charge avant la tenue du procès. Il s'agit d'un argument que les parents ont répété en appel :

[TRADUCTION]

En l'espèce, la Cour continue de se préoccuper du [TRADUCTION] « risque général que les parents soient incapables de combler les besoins de leurs enfants à plus long terme ». Même s'il est reconnu qu'au cours des quelques mois qui ont précédé le procès les intimés ont été capables de commencer à mettre en place une certaine structure de base dans leur foyer (sous l'œil vigilant de la Ministre), leurs efforts n'ont pas réussi à me convaincre qu'ils seront capables de répondre, de manière indépendante, aux besoins de leurs enfants à long terme.

Je conviens avec la Ministre qu'on ne peut changer ce dont on ne reconnaît pas l'existence. Le défaut des intimés d'accepter que les choses aient besoin de changer est la raison pour laquelle les interventions de la Ministre ont été nécessaires pendant de si nombreuses années. Il s'agit aussi de la raison pour laquelle seuls des progrès minimes ont été remarqués depuis que les enfants ont été placés sous un régime de protection il y a 22 mois.

Les intimés demeurent inébranlables dans leur croyance que les interventions de la Ministre n'étaient pas nécessaires. Dans son témoignage, S.M. a indiqué clairement qu'elle n'accepte pas les circonstances qui ont mené au placement des enfants sous un régime de protection en 2017, en 2018 ou en 2019. Elle demeure indéfectible dans sa position selon laquelle il n'y a jamais eu de négligence. À son avis, son combat avec la Ministre se résume plutôt à une [TRADUCTION] « différence dans le style de parentage ».

[...]

Malgré leur présence à des séances d'éducation parentale et de counseling et leur respect de la routine des visites prescrites par la Ministre, les intimés ont continué de contester la légitimité des préoccupations de la Ministre tout au long de la période pendant laquelle les enfants étaient sous un régime de protection. **Par conséquent, ils n'ont pas effectué les changements nécessaires pour régler les problèmes qui sous-tendent la négligence qui en a découlé.**

Des interventions comme le soutien familial, les séances d'éducation parentale et le counseling offert à S.M. n'ont pas réussi à apporter un changement de point de vue ou de méthode. **Par conséquent, les intimes n'ont pas été en mesure d'établir, au cours des 27 derniers mois, qu'ils avaient suffisamment progressé pour être capables de combler les besoins fondamentaux des enfants de manière constante, sans qu'on les incite à le faire ou qu'on leur en donne le signal.** À mon avis, les témoignages de M<sup>me</sup> Roberts et de M<sup>me</sup> Buckley étayaient tous les deux cette conclusion. Même si la preuve de M<sup>me</sup> Buckley était moins détaillée et en général plus favorable pour les intimes, elle indiquait aussi qu'ils avaient constamment besoin qu'on les incite ou leur donne un signal.

**Le plan familial s'est aussi avéré inefficace pour apporter des progrès.** Cela est en large partie, à mon avis, attribuable au fait que les intimes n'ont jamais réellement été favorables à ce concept. Dans son témoignage, S.M. a tenté de reprocher à la Ministre qu'elle n'avait pas clairement communiqué les attentes relatives au plan familial. La preuve n'étaye tout simplement pas cet argument. Je suis convaincue que les attentes de la Ministre en ce qui concerne le plan familial ont été communiquées clairement, tant aux intimes qu'à N.C., par l'entremise du document sur les attentes relatives aux visites. Il a été examiné à plusieurs reprises avec les intimes et N.C.

De son propre aveu, S.M. n'a pas porté attention aux détails énoncés dans le document. À mon avis, ce fait est révélateur de sa réticence à s'engager sincèrement dans quoi que ce soit qui visait ou remettait en question ses aptitudes de parentage. À mon sens, les intimes n'ont pas accueilli de bonne foi l'idée selon laquelle N.C. assumerait le rôle de pourvoyeuse principale des soins de leurs enfants.

N.C. était sensible à ce fait et elle a soulevé la question auprès de M<sup>me</sup> Hierlihy. J'admets la preuve de M<sup>me</sup> Hierlihy selon laquelle N.C. ne se sentait pas à l'aise d'inciter les intimes à agir.

**Tout compte fait, à mon avis, la famille n'a pas réussi [à réaliser les progrès attendus] et la preuve laisse entendre que les choses ont en fait commencé à se**

**détériorer à certains égards.** [Les caractères gras et le soulignement sont de moi; par. 438 à 440, 454 à 459]

[33] La juge a aussi tiré des conclusions quant à la capacité des parents de combler les besoins des enfants sur le plan de leur santé mentale, affective et physique et de leur fournir un milieu sécuritaire qui leur permettrait de devenir des membres utiles et productifs de la société en réalisant pleinement leur potentiel selon leurs aptitudes personnelles :

[TRADUCTION]

**La capacité des intimés de combler les besoins des enfants sur le plan de leur santé mentale, affective et physique et de leur fournir un milieu sécuritaire est un aspect essentiel de l'analyse en l'espèce.** L'état du foyer des intimés a mérité l'intervention de la Ministre dès 2009. **Pour des motifs déjà énoncés, la preuve versée me convainc que le foyer est toujours dans un état qui, à mon avis, ne convient pas pour combler les besoins physiques, affectifs et mentaux des enfants ou pour leur fournir un milieu sécuritaire.**

Des progrès minimes réalisés au début de la mise en œuvre du plan familial, à l'automne 2020, ont commencé à se dissiper dès décembre 2020. Ces progrès n'ont jamais été maintenus de manière constante. La preuve photographique en plus de la preuve corroborante de M<sup>me</sup> Hierlihy et des deux travailleurs de soutien familial ayant œuvré auprès de la famille pendant cette période établit sans l'ombre d'un doute que le foyer continuait d'être encombré de sorte qu'il était difficile de se frayer un passage dégagé entre les pièces, que de nombreux câbles jonchaient toujours le sol du salon et posaient un risque de trébuchement, que les chambres des enfants ne sont pas toujours non encombrées et semblent devenir un dépotoir pour divers objets ménagers. Il arrivait qu'il n'y eût pas de passage dégagé entre leur lit et la porte. Les planchers du foyer, la salle de bain et la cuisine ne me semblaient pas satisfaire de manière constante à une norme de propreté convenable.

[...]

La preuve établit en outre que les vêtements ne sont tout simplement pas lavés régulièrement. Des serviettes et des

débarbouillettes souillées restent dans l'évier pendant des semaines, ou plus longtemps encore, et il arrive souvent qu'il n'y ait aucun drap ou serviette propre pour les enfants. Les sous-vêtements [du fils] continuent d'être renvoyés au foyer d'accueil souillés de matière fécale. Si les enfants habitaient dans le foyer à temps plein, leurs vêtements ne seraient pas lavés régulièrement. L'hygiène, ou le manque d'hygiène, était un problème qui a causé de la détresse et de l'anxiété à [la fille] dans les mois qui ont précédé le placement sous un régime de protection. Elle a fait l'objet de remarques à l'école.

La preuve ne m'a pas persuadée que les intimes seraient en mesure de combler les besoins d'hygiène de base des enfants si leur garde leur était confiée de nouveau à temps plein.

Je suis de plus persuadée que les intimes, tout au long de la période de la prise en charge des enfants, n'ont pas réussi à démontrer qu'ils avaient conscience du besoin continu [du fils] d'avoir de la structure et une routine dans son milieu, et ce, tant pour ce qui est de son diagnostic de TSA [trouble du spectre de l'autisme] que pour veiller à ce qu'il continue de croître au rythme actuel.

[...]

Je n'ai pas confiance que les intimes assureront la surveillance et la vigilance nécessaires pour s'occuper des problèmes de constipation [du fils] et pour veiller à ce que sa nutrition et, finalement, sa croissance continue soient maintenues. [La mère et le père] se sont montrés réticents par le passé à suivre les recommandations du D<sup>r</sup> Nicholson, et la preuve ne me convainc pas que cette réticence s'est atténuée au fil de la période de la prise en charge. Dans son témoignage de vive voix, [la mère] a expressément déclaré qu'elle croyait que [le fils] n'avait pas besoin du milieu structuré recommandé par le D<sup>r</sup> Nicholson, d'après ses propres recherches qu'elle a effectuées relativement au diagnostic de TSA du fils.

Les intimes soutiennent que leur situation financière a nui à leur capacité de fournir des repas équilibrés aux enfants. [La mère] a indiqué qu'elle trouve stressant le fait qu'elle ne peut pas nourrir les enfants de la manière souhaitée par la Ministre en raison de ses [TRADUCTION] « ressources



limitées ». Je ne retiens pas cet argument. Les travailleuses de soutien familial Tammy Zigante et Bliss Roberts ont préparé des budgets et des plans de repas équilibrés pouvant être suivis dans les limites de ces budgets. Elles sont même allées faire l'épicerie avec eux. Ils étaient tout simplement incapables de mettre en œuvre ces plans de repas ou refusaient de le faire.

De plus, la preuve indique à plusieurs endroits qu'il était évident que les intimés avaient les moyens d'acheter les articles d'épicerie nécessaires à la confection de repas équilibrés, mais qu'ils [TRADUCTION] « choisissaient » de dépenser l'argent sur d'autres objets non essentiels.

[Le fils] a toujours besoin de suivis à l'hôpital IWK. Son prochain rendez-vous aura lieu en novembre prochain. Encore une fois, je n'ai pas confiance que les intimés l'emmèneront à ce rendez-vous. Ils ont manqué le dernier rendez-vous [du fils] à l'hôpital IWK. La Ministre les a encouragés à y assister. Les raisons de leur absence présentées dans la preuve n'étaient pas crédibles à mon avis, et elles témoignaient d'un manque d'engagement afin de répondre aux besoins [du fils].

[La mère], tout au long de la période de la prise en charge, s'en est remise de manière répétée à diverses restrictions ayant trait à la santé afin de justifier pourquoi elle n'avait pas donné suite aux besoins des enfants à de nombreux égards. La plupart de ces troubles de santé n'étaient pas étayés par la preuve et étaient, à mon avis, des [TRADUCTION] « excuses » pour ne pas faire ce qu'elle ne voulait pas faire, comme nettoyer la maison.

**[La fille] a eu une voix très forte dans la présente instance, bien que par l'entremise de témoignages d'autres personnes. Elle a indiqué qu'elle ne voulait pas être confiée de nouveau aux soins de ses parents, en partie parce que [TRADUCTION] « rien n'avait changé ». Un thème récurrent était présent dans ce qu'elle a communiqué au témoin qui a témoigné, à savoir l'obsession des jeux vidéo et des ordinateurs de ses parents. On l'a noté pour la première fois dans la preuve en janvier 2019, lorsqu'elle a dit à son enseignant que ses parents ne s'étaient pas occupés d'elle malgré le fait qu'elle était très malade, [TRADUCTION] « parce qu'ils jouaient à des jeux**

**vidéo ». Elle a affirmé à plusieurs des témoins de la Ministre que cette obsession des objets électroniques fait en sorte qu'ils ne s'intéressaient pas à elle et [au fils].**

J'ai aussi connaissance des photos du foyer qui ont été versées en preuve. Les photos portent sur une période de plusieurs mois et beaucoup d'entre elles montrent [la mère] assise sur le sofa, dans exactement la même position, avec son clavier et sa manette de jeu vidéo. Par conséquent, je ne retiens pas la preuve de [la mère] selon laquelle elle ne joue à des jeux vidéo que lorsque les enfants sont au lit. À mon avis, cette [TRADUCTION] « obsession » est un élément essentiel de l'incapacité des intimes d'entretenir le foyer et de répondre adéquatement aux besoins des enfants.

La preuve présentée me convainc de plus que [la mère], même si elle n'a reçu aucun diagnostic officiel de trouble de santé mentale, éprouve des difficultés avec des émotions et des comportements qui nuisent à sa capacité de combler les besoins des enfants. Je suis convaincue que, même si elle a réalisé certains progrès pour affronter son deuil et la perte de sa mère, elle n'a pas progressé à d'autres égards.

[...]

**[La mère] soutient qu'elle n'a aucun problème de santé mentale qui nuit à sa capacité de parenter ses enfants. Je ne partage pas son avis. La preuve, à mon sens, établit qu'elle éprouve une grande anxiété l'empêchant de jouer son rôle de parent et de combler les besoins affectifs et physiques des enfants.**

**Les intimes ont eu un succès mitigé avec les interventions offertes jusqu'à présent par la Ministre. Ils continuent de nier l'existence des problèmes sous-jacents à la négligence qui sévit dans cette famille depuis de nombreuses années. Par conséquent, je n'ai pas confiance qu'ils sont capables de combler les besoins physiques, mentaux et affectifs des enfants à l'avenir ou de leur fournir le milieu sécuritaire leur permettant de réaliser pleinement leur potentiel.**

**Par conséquent, je conclus que, pour l'application de ces deux volets de l'analyse relative à l'intérêt supérieur**

**des enfants, une ordonnance de tutelle est préférable à la réunification de la famille.**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi;  
par. 461 à 481]

[34] En fin de compte, la juge a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION]

Malheureusement, sur le fondement des motifs énoncés ici, je ne suis pas convaincue que les interventions de la Ministre durant la période de prise en charge ou le plan familial mis à l'essai ont entraîné les changements nécessaires pour garantir qu'une réunification ne serait pas suivie de négligence, même avec l'avantage d'une ordonnance de surveillance. En 2018, la réintégration du foyer familial par [le fils] a été subordonnée à une ordonnance de surveillance très détaillée. Ce plan était mis en œuvre depuis seulement cinq mois lorsque, en fin de compte, il a été nécessaire de placer l'enfant sous un régime de protection. Pour les motifs que j'ai énoncés, le changement nécessaire pour me convaincre que la situation serait différente cette fois-ci ne s'est tout simplement pas produit.

Par conséquent, compte tenu du volumineux dossier de preuve dont je dispose, des arguments présentés par les avocates et, élément plus important, des critères énoncés dans les alinéas applicables de la définition d'intérêt supérieur de l'enfant prévue dans la *Loi*, je conclus que la Ministre a établi qu'il est plus probable qu'improbable que l'intérêt supérieur des enfants exige qu'une ordonnance de tutelle soit rendue en vertu du paragraphe 56(1) de la *Loi*.

De plus, je n'estime pas qu'il s'agisse en l'espèce d'une situation où il serait approprié de rendre une ordonnance de surveillance. Les enfants ont le droit de savoir à quoi s'en tenir à l'avenir et ont droit à la stabilité, à la sécurité et à la continuité des soins qu'une ordonnance de tutelle pourra finalement leur fournir. [par. 512 à 514]

[35] Les conclusions de fait et l'analyse de la juge tiennent notamment compte des vues et préférences de la fille, outre celles qui sont présentées dans les passages reproduits ci-dessus. J'en dirai davantage à ce sujet plus loin, où je me pencherai sur la

prétention des parents selon laquelle la juge n'a pas examiné l'intérêt supérieur de chaque enfant séparément.

[36] Comme je l'ai expliqué ci-dessus, les parents n'ont relevé aucune erreur manifeste dans l'appréciation de la preuve réalisée par la juge, et aucune erreur de la sorte ne me semble évidente, encore moins une erreur qui est dominante. Enfin, je n'estime pas que le dossier de la preuve était insuffisant pour ordonner la tutelle. Il n'y a tout simplement aucun fondement à l'assertion selon laquelle les faits auxquels la juge a conclu étaient incapables d'étayer sa conclusion que la tutelle était dans l'intérêt supérieur des enfants. En l'absence d'une erreur de la juge justifiant l'infirmité de sa décision, celle-ci ne saurait être modifiée en appel.

B. *Le défaut d'examiner l'intérêt supérieur de chaque enfant séparément*

[37] Les parents soutiennent que la juge saisie de la requête a commis une erreur de principe en omettant d'examiner l'intérêt supérieur de chaque enfant séparément, ce qui est contraire au préambule et à l'art. 6 de la *Loi sur les services à la famille*.

[38] La partie du préambule invoquée est libellée ainsi :

WHEREAS it is recognized that the basic rights and fundamental freedoms of children and their families include **a right to the least invasion of privacy and interference with freedom that is compatible with their own interests** and those of their families and of society[.]

[Emphasis added.]

ATTENDU que le droit des enfants et de leurs familles à **ne subir que le minimum d'intrusion dans leur vie privée et d'entrave à leur liberté qui soient compatibles avec leurs propres intérêts**, ceux de leurs familles et ceux de la société, fait partie des droits essentiels et des libertés fondamentales reconnus aux enfants et à leurs familles[.]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[39] Lorsqu'un enfant est en mesure d'exprimer ses vœux, le par. 6(1) exige que ceux-ci soient pris en considération pour déterminer ses intérêts et ses préoccupations au moment de prendre une décision relativement à l'enfant. Il prescrit en outre que les intérêts et préoccupations de l'enfant soient pris en considération « distinctement et séparément de ceux de toute autre personne ». Les parents soutiennent que c'est relativement à cette obligation que la juge a commis une erreur. Voici le libellé de la disposition :

**Consideration of wishes of child**

6(1) In the exercise of any authority under this Act given to any person to make a decision that affects a child, the child's wishes, where they can be expressed and where the child is capable of understanding the nature of any choices that may be available to him, shall be given consideration in determining his interests and concerns, and the interests and concerns of the child shall be given consideration as distinct interests and concerns, separate from those of any other person. [Emphasis added.]

**Prise en considération des vœux de l'enfant**

6(1) Lorsqu'une personne a reçu autorité en application de la présente loi pour prendre une décision qui touche un enfant et qu'elle exerce cette autorité, les vœux de l'enfant, s'ils peuvent être exprimés et si l'enfant est capable de comprendre la nature d'un choix qui s'offre à lui, doivent être pris en considération pour déterminer les intérêts et préoccupations de l'enfant et elle doit prendre en considération ces intérêts et préoccupations distinctement et séparément de ceux de toute autre personne. [Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[40] Les parents soutiennent que, étant donné que la majeure partie de la preuve examinée par la juge saisie de la requête était axée sur les besoins uniques et complexes en matière de santé de leur fils, il était raisonnable pour eux de conclure que la juge aurait ordonné un résultat différent pour chaque enfant. Ils soutiennent que la preuve n'indique pas qu'ils sont incapables de fournir des soins quotidiens à leur fille et qu'elle aurait dû être renvoyée à leurs soins sous réserve d'une ordonnance de surveillance.

[41] À mon avis, ce moyen d'appel est fondé sur une mauvaise interprétation de la décision de la juge. Ils prétendent que la juge n'a pas tenu compte des intérêts et préoccupations de la fille ni de son intérêt supérieur distinctement de ceux de son frère.

Les motifs de la juge étant sans doute compatibles avec ce sur quoi portait la preuve produite pendant le procès, ils traitaient en détail de la santé du fils et des défis qu'elle posait pour les parents. Toutefois, il est tout simplement impossible de conclure que la juge n'a pas examiné séparément les intérêts et préoccupations de la fille, ou son intérêt supérieur, lorsqu'elle a décidé de transférer la tutelle des deux enfants à la Ministre.

[42] S'agissant des facteurs applicables à une évaluation de l'intérêt supérieur d'un enfant, la juge a expressément énoncé son examen des vues et préférences de la fille :

[TRADUCTION]

**L'importante preuve ayant trait aux vues et préférences de [la fille] a été examinée de façon exhaustive et je ne la répéterai pas. En résumé, j'estime que [la fille] souhaite rester sous la charge de la Ministre. C'est sa position depuis les premiers mois de 2021.** À plus d'une occasion, elle a affirmé qu' [TRADUCTION] « elle aimerait rester avec ses parents d'accueil tout en maintenant le contact avec ses parents ». Au bout du compte, j'estime que c'est ce qu'elle préfère. Elle a exprimé ce sentiment à M<sup>me</sup> Munn, à M<sup>me</sup> Richards et à M<sup>me</sup> Hierlihy.

Je n'ai aucun doute qu'elle aime ses parents et qu'elle se préoccupe toujours de leurs sentiments. Toutefois, **à mon avis, sa parole est claire, elle se sent en sécurité et moins responsable de veiller à ce que ses besoins à elle et ceux de son frère soient comblés lorsqu'elle est à la charge de sa famille d'accueil.** Récemment, lorsque [le fils] s'est présenté à une visite où elle n'était pas présente, elle était très inquiète qu'il se soit rendu ou non à l'école et de ce qu'il avait mangé. Il s'agissait pour elle d'une préoccupation manifeste et, **à mon avis, cela témoigne du fait qu'elle a été parentifiée avant le placement sous régime de protection.**

De plus, **elle a indiqué au D<sup>r</sup> Nicholson, en mai de cette année, qu'elle [TRADUCTION] « éprouve, lorsqu'elle est à la charge de ses parents, de l'anxiété qu'elle n'éprouve pas lorsqu'elle est dans sa famille d'accueil ».** Sur le fondement de la totalité de la preuve présentée, j'estime que cette anxiété est attribuable à la manière dont [la mère] interagit avec les enfants (sa tendance à devenir

parfois émotive et agitée) et à sa préoccupation quant à la question de savoir si ses besoins et ceux [du fils] seront comblés.

Il est reconnu qu'elle se sentait en conflit lorsqu'elle a été confrontée aux réalités de l'adoption, mais, tout bien pesé, je ne suis pas d'avis que cela a influencé sa préférence. Par conséquent, je suis persuadée, compte tenu de la preuve dans son ensemble, que [la fille] souhaite rester sous la charge de la Ministre et maintenir un certain degré de contact avec ses parents et sa grand-mère.

[Le fils] n'est pas assez vieux pour que je puisse évaluer ses vues et préférences. [Les caractères gras et le soulignement sont de moi; par. 482 à 486]

[43] En ce qui a trait aux autres facteurs applicables à l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, la juge a aussi examiné la situation de la fille de façon distincte. Par exemple, elle a remarqué que la fille, depuis qu'elle a été prise en charge, n'a pas eu besoin de médicaments pour le TDAH ou l'asthme.

[44] Avec égards, je conclus que ce moyen d'appel est non fondé.

C. *L'ordonnance d'accès postérieur à la tutelle est trop vague et n'a pas de sens*

[45] L'ordonnance prévoit que le droit d'accès des enfants auprès de leurs parents et de leur grand-mère paternelle [TRADUCTION] « est maintenu ». Le droit pourra [TRADUCTION] « être exercé à la discrétion de la Ministre et conformément à l'intérêt supérieur des enfants ».

[46] Dans les motifs de sa décision, la juge saisie de la requête a souligné qu'il est exceptionnel que l'on réserve le droit d'accès d'un enfant auprès d'un parent lorsque la tutelle est transférée à la Ministre et a expliqué, à juste titre, qu'une telle ordonnance [TRADUCTION] « peut être justifiée si elle est dans l'intérêt supérieur des enfants ». La juge a conclu que [TRADUCTION] « les liens d'attachement entre les enfants et [leurs parents et leur grand-mère] sont notables » et que, étant donné le caractère perturbateur

de la mise en tutelle, un [TRADUCTION] « certain degré de continuité peut être assuré si les enfants peuvent continuer de maintenir un lien avec leurs parents et avec [leur grand-mère] ». La Ministre appuyait le maintien du droit d'accès des enfants, à condition que l'ordonnance le prévoyant ne précise pas les conditions de l'accès et laisse à la Ministre le soin de les définir.

[47] Les parents soutiennent que, même si la juge a décidé qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants de maintenir leur droit d'accès après l'ordonnance de tutelle, elle a omis de préciser les modalités de l'exercice de ce droit et a plutôt délégué, à tort, le devoir qui lui incombait de déterminer la nature et la fréquence de l'accès ordonné. Au minimum, ils soutiennent que l'ordonnance est si vague qu'elle confère un droit qui n'est, d'une certaine manière, ni significatif ni exécutoire.

(1) La jurisprudence et la législation ontariennes

[48] Les parents invoquent de la jurisprudence dans laquelle il a été conclu que la [TRADUCTION] « délégation » du pouvoir discrétionnaire de déterminer les modalités de l'accès ordonné par la Cour constitue une erreur de droit. Dans l'affaire *J.S.R. c. Children's Aid Society of Ottawa*, 2021 ONSC 630, [2021] O.J. No. 369 (QL), la Cour a décidé, à l'unanimité, que la juge du procès avait commis une erreur de droit du fait qu'elle avait délégué à la Société, dans le cadre de l'ordonnance qui a confié à cette dernière la garde prolongée des enfants (semblable à la tutelle prévue dans la *Loi*), la prise de toutes les décisions ayant trait au type, à la fréquence et à la durée du droit de visite des enfants auprès de leur mère (ainsi que de leurs frères et sœurs aînés et leur grand-mère).

[49] Les parents soutiennent que de telles décisions sont fondées sur une logique persuasive malgré le fait qu'ils reconnaissent qu'elles sont fondées sur une interprétation des dispositions législatives ontariennes ayant trait au placement prolongé d'enfants (semblable à la tutelle), lesquelles diffèrent considérablement des dispositions



de la *Loi* portant sur la tutelle. Ils reconnaissent aussi que ces causes ne reflètent qu'un seul courant jurisprudentiel, lequel a été qualifié de partagé sur la question.

[50] Bien que les différences législatives à elles seules soient effectivement suffisantes pour écarter l'application de la jurisprudence ontarienne, l'analyse réalisée dans ces décisions souligne l'importance d'établir une distinction entre : 1) une ordonnance judiciaire de tutelle qui réserve le droit d'accès d'un enfant au motif que la Cour a décidé qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant de procéder ainsi, et 2) le pouvoir d'origine législative de la Ministre de permettre, indépendamment d'une ordonnance d'accès, à un enfant pris en charge d'avoir accès auprès d'un parent ou d'une autre personne. Il n'est pas étonnant que, dans l'analyse interprétative menée dans l'affaire *J.S.R. c. Children's Aid Society of Ottawa*, la Cour ait mentionné que, étant donné le pouvoir d'origine législative permettant à la Société de faciliter l'exercice d'un droit de visite lorsqu'elle estime qu'un contact serait dans l'intérêt supérieur de l'enfant (en l'absence d'une ordonnance judiciaire), le pouvoir d'origine législative permettant à un tribunal d'ordonner le droit de visite n'a pas été conçu uniquement pour réitérer le pouvoir discrétionnaire conféré à la Société par la loi.

[51] Contrairement à la *Loi*, qui ne prévoit pas expressément le droit d'un tribunal de réserver un droit d'accès lorsqu'il rend une ordonnance de tutelle, la loi ontarienne prévoit expressément le pouvoir d'un tribunal d'ordonner un droit de visite lorsqu'il rend une ordonnance confiant les soins d'un enfant de façon prolongée. Toutefois, je marque ici une pause pour souligner que, il y a presque 40 ans, notre Cour a conclu que la *Loi* conférait implicitement ce pouvoir. J'y reviendrai.

[52] De plus, en conférant le pouvoir de réserver le droit de visite d'un enfant dont les soins sont confiés de façon prolongée, la loi ontarienne précise les facteurs dont un tribunal doit tenir compte lorsqu'il prend une telle décision. La Cour supérieure de justice de l'Ontario, dans les motifs qu'elle a rendus dans l'affaire *J.S.R. c. Children's Aid Society of Ottawa*, a expliqué ce qui suit :

[TRADUCTION]

L'article 104 de la [*Loi de 2017 sur les services à l'enfance, à la jeunesse et à la famille*] confère à la Cour la compétence pour établir un droit de visite dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le paragraphe 104(1) dispose que le tribunal peut « rendre, modifier ou révoquer l'ordonnance portant sur le droit de visite d'une personne à l'enfant, ou réciproquement. Il peut assortir l'ordonnance des conditions qu'il estime appropriées. » **L'article 104 énonce clairement que c'est le tribunal qui rend l'ordonnance de visite et que c'est le tribunal qui assortira l'ordonnance des conditions « qu'il estime appropriées ».** [Les caractères gras et le soulignement sont de moi; par. 38]

[53] L'interprétation de la Cour était fondée sur son examen de l'art. 104 dans le contexte de l'art. 105. Cette dernière disposition prévoit qu'une ordonnance confiant un enfant aux soins de la Société de façon prolongée révoque toute ordonnance antérieure accordant un droit de visite, et qu'une fois rendue une ordonnance en matière de garde prolongée, il est interdit à un tribunal de rendre une ordonnance accordant un droit de visite à l'égard d'un enfant confié aux soins de la Société, « à moins d'être convaincu que l'ordonnance ou la modification serait dans l'intérêt véritable de l'enfant ». Avant de rendre une telle ordonnance de visite, le tribunal doit prendre en considération « le fait de savoir si la relation entre la personne et l'enfant est bénéfique et importante pour l'enfant » et « le fait de savoir si le droit de visite compromettra les possibilités futures d'adoption de l'enfant ». Toute ordonnance d'accès doit préciser chaque personne qui s'est vu accorder un droit de visite et chaque personne à l'égard de laquelle un droit d'accès a été accordé. De plus, la loi exige expressément qu'un tribunal révoque toute ordonnance de visite lorsqu'elle n'est plus dans l'intérêt véritable de l'enfant.

[54] L'analyse interprétative du tribunal comprenait une comparaison du droit de visite ordonné par la Cour conformément à l'art. 104 et du pouvoir conféré à la Société par le par. 105(9) de faciliter l'exercice du droit de visite d'un enfant lorsque, en l'absence d'une ordonnance de visite, elle croit que ces contacts seraient dans l'intérêt véritable de l'enfant confié à ses soins de façon prolongée. Étant donné que la Société pouvait permettre l'exercice du droit de visite à sa discrétion en l'absence d'une

ordonnance judiciaire, la Cour a déduit qu'une ordonnance de visite rendue en vertu de l'art. 104 avait une plus grande portée et n'était pas destinée pareillement à laisser le droit de visite ordonné à la discrétion de la Société.

[55] S'étant penchée sur les deux courants jurisprudentiels qui se sont développés quant à la question de savoir si un tribunal peut [TRADUCTION] « déléguer à la Société tous les aspects de ce droit de visite – notamment toutes les décisions relatives au type, à la fréquence et à la durée des visites », la Cour, dans l'affaire *Children's Aid Society of Ottawa*, a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Ayant conclu que les ordonnances de visite rendues en faveur de la mère et de la sœur étaient, en effet, dans l'intérêt véritable de l'enfant, **la Cour peut-elle déléguer à la Société tous les aspects de ce droit de visite – notamment toutes les décisions relatives au type, à la fréquence et à la durée des visites?** Deux courants jurisprudentiels se sont développés sur la question du droit de visite ordonné à la discrétion d'une société, courants qui ont été examinés exhaustivement par le juge Harper dans l'affaire *C.A.S c. K.D.D.*, 2020 ONSC 511. **Selon le premier courant jurisprudentiel, commet une erreur de droit le tribunal qui délègue les droits de visite d'un enfant à la discrétion d'une société.** Aux par. 45 et 46, le juge Harper a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

[45] Je suis d'avis qu'un tribunal ne peut et ne doit pas déléguer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il ordonne un droit de visite. **C'est à la Cour que revient le devoir d'apprécier et d'évaluer la preuve en tenant compte des facteurs prévus dans la loi. Le souci de procéder expéditivement ne peut l'emporter sur de telles considérations.**

[46] Je suis aussi d'avis que, dans certaines circonstances, après que le tribunal a décidé que l'accès est indiqué, **il peut être nécessaire, au vu des circonstances uniques de chaque cause dont il est saisi, de prévoir certains paramètres et certaines lignes directrices pour une partie qui**

**pourrait avoir été placée dans une position où elle doit faciliter l'exercice du droit de visite.**

Plusieurs autres juges de la Cour supérieure de justice et de la Cour de justice de l'Ontario ont refusé d'accéder aux demandes d'une société voulant que le droit de visite puisse être exercé à la discrétion de la société parce qu'une telle ordonnance déléguerait de manière inappropriée le pouvoir de rendre une ordonnance de visite, qui relève de la compétence de la Cour : *Children's Aid Society of Toronto c. N.N.*, 2017 ONCJ 827; *Children's Aid Society of Toronto c. D.P.*, [2005] O.J. No. 930 (C. sup. Ont.); *Children's Aid Society of Toronto c. B.O.*, 2003 CanLII 74523 (ON CJ), [2003] O.J. No. 4247 (C. J. Ont.), aux par. 46 à 48; *Children's Aid Society c. C.B.*, [2007] O.J. No. 3573 (C. J. Ont.), aux par. 53 à 55; et *Children's Aid Society of London and Middlesex c. C.(G.)*, 2001 CanLII 28530 (ON SC). [Les caractères gras et le soulignement sont de moi; par. 42 et 43]

[56] En concluant que la délégation de toute décision ayant trait au type, à la fréquence et à la durée des visites d'un enfant constituait une erreur de droit, la Cour a présenté l'explication suivante :

[TRADUCTION]

L'article 104 de la *Loi de 2017 sur les services à l'enfance, à la jeunesse et à la famille* énonce clairement que c'est à la Cour que revient l'obligation d'imposer les conditions d'une ordonnance de visite. Il s'agit d'une décision discrétionnaire. Rien dans le libellé des articles 104 et 105 ne comprend, que ce soit explicitement ou implicitement, le pouvoir de subdéléguer la prise d'une décision ayant trait aux conditions d'exercice du droit de visite à un acteur non judiciaire, tel qu'une société.

En fait, le libellé du paragraphe 105[(9)] implique le contraire. Cet article est libellé ainsi : « Si la société croit que les contacts ou la communication entre une personne et un enfant confié aux soins d'une société de façon prolongée en application d'une ordonnance rendue en vertu de la disposition 3 du paragraphe 101(1) ou de l'alinéa 116(1)c) sont dans l'intérêt véritable de l'enfant et qu'aucune [...] ordonnance de visite n'est en vigueur à l'égard de cette personne et de l'enfant, elle peut permettre ces contacts ou

cette communication. » (Soulignement ajouté.) **Sans ordonnance de visite en vigueur, une société jouit d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les contacts et la communication. Cependant, il y a maintenant une ordonnance de visite qui n'est pas assortie de conditions. Ce fait est contraire aux dispositions législatives, lesquelles réservent le pouvoir discrétionnaire de la société aux situations où aucune ordonnance de visite n'est en vigueur.**

**Une décision judiciaire qui délègue à une société les éléments discrétionnaires des visites, notamment leur type, leur fréquence et leur durée, enfreint le principe contre la subdélégation** : *A.G. of Canada c. Brent*, 1956 CanLII 5 (CSC), [1956] R.C.S. 318, à la p. 321. Il s'agit d'une décision portant sur la délégation d'un pouvoir adjudicatif discrétionnaire à un acteur non judiciaire lorsque la loi réserve ce pouvoir à un décideur judiciaire. **Nous faisons nôtres les commentaires du juge Goodman concernant une version antérieure de la loi** : *Children's Aid Society of Toronto c. P. (D.)*, 2005 CarswellOnt 922, [2005] O.J. No. 930 (C. sup. Ont.), au par. 40, inf. pour d'autres motifs par *Children's Aid Society of Toronto c. D.P.*, 2005 CanLII 34560 (ON CA) :

[TRADUCTION]

Pourtant, **je considère effectivement qu'il est difficile d'admettre que le législateur a déjà eu l'intention de laisser la prise de décisions concernant le droit de visite à l'égard des enfants dans les mains d'une partie au litige elle-même, surtout lorsque les enfants n'ont aucun droit de visite à l'égard de leurs parents, sauf lorsqu'une ordonnance d'accès a été rendue** en application de la partie III [...] Bien que je puisse certainement comprendre quelques-unes des raisons pour lesquelles il serait efficace, tant sur le plan du temps que de l'argent, de déléguer les questions en matière de droit de visite à la Société de l'aide à l'enfance, les enfants et leurs parents ont droit, à mon avis, à ce que les décisions ayant trait au droit de visite soient prises d'une manière objective et neutre. On pourrait s'attendre à ce qu'une loi autorise rarement, voire jamais, un tribunal à déléguer ses fonctions judiciaires à un tiers qui est une partie au litige, lorsque la neutralité et l'objectivité sont des

éléments si essentiels du processus décisionnel. **À mon avis, en termes simples et du moins de manière définitive, la Loi de 2017 sur les services à l'enfance, à la jeunesse et à la famille ne permet pas, de manière explicite ou implicite, aux tribunaux de déléguer leur pouvoir de rendre des ordonnances portant sur le droit de visite conféré à l'article 58 à une autre personne ou entité, y compris la Société de l'aide à l'enfance.**

[Les caractères gras et le soulignement sont en partie de moi; par. 49 à 51]

(2) La Loi et la jurisprudence néo-brunswickoise

[57] Même si cela n'est pas aussi clair que dans la loi ontarienne, la Ministre est habilitée, en l'absence d'une ordonnance judiciaire, à permettre à un enfant pris en charge d'avoir accès auprès d'un parent ou d'une autre personne lorsque ce contact serait dans son intérêt supérieur. La *Loi* exige que le Ministère fournisse des soins qui comblerent les besoins affectifs d'un enfant pris en charge en vertu d'une ordonnance de tutelle (par. 45(3) et 56(2)), et « [l]e ministre peut, ainsi qu'il le juge bon, renvoyer périodiquement à son ancien parent un enfant » (par. 56(3)). Comme il a été souligné dans l'affaire *Children's Aid Society of Ottawa*, l'accès ordonné par la Cour est censé, non seulement sur le plan législatif en Ontario, mais aussi, à mon avis, de façon pratique, aller plus loin que simplement refléter le pouvoir d'origine législative de la Ministre de permettre à un enfant pris en charge d'avoir des contacts avec un parent ou une autre personne lorsqu'il estime que cet accès est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

[58] Comme je l'ai mentionné, contrairement à la législation ontarienne et à celle de quelques autres provinces, la *Loi* ne confère pas expressément le pouvoir d'ordonner l'accès au moment de transférer la tutelle à la Ministre en vertu de l'art. 56. Toutefois, dans l'arrêt *M.A.G., Re.* (1986), 73 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 443, [1986] A.N.-B. n<sup>o</sup> 126 (QL) (C.A.), notre Cour a conclu que ce pouvoir existe implicitement. Dans cette affaire, le Ministre a soutenu en appel que le juge de première instance avait commis une erreur en réservant le droit d'accès d'un enfant auprès d'un parent au moment d'ordonner la tutelle. Même si le Ministre convenait qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il

continue d'avoir accès auprès de son père et qu'il était prêt à consentir par écrit que cet accès aurait lieu, le Ministre ne [TRADUCTION] « [voulait] pas que la cour rende une ordonnance à cet effet ». Malgré l'absence d'un pouvoir expressément conféré dans la *Loi* de réserver un droit d'accès postérieur à la tutelle, le juge d'appel Hoyt, qui deviendra plus tard le juge en chef du Nouveau-Brunswick, a rejeté la notion selon laquelle cette absence témoignait d'une intention du législateur d'interdire le prononcé d'une telle ordonnance :

[TRADUCTION]

[...] Une fois l'ordonnance de tutelle rendue, l'art. 61 prévoit le seul mécanisme d'examen. Cet examen prévoit la modification d'une ordonnance de tutelle ou la possibilité de rendre toute ordonnance que la cour estime opportune à ce moment, compte tenu toujours de l'intérêt supérieur de l'enfant. **Si le droit de visite est dans l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'il peut donc faire l'objet d'un examen, le droit de visite est sûrement une option au moment où l'ordonnance est rendue.**

L'avocat du ministre a préconisé avec insistance qu'étant donné qu'une ordonnance de tutelle est généralement un prélude à l'adoption et étant donné que les parents qui veulent adopter n'aimeraient probablement pas adopter un enfant à l'égard duquel d'autres personnes ont un droit de visite, il serait illogique de donner un droit de visite en même temps qu'on rend une ordonnance de tutelle. À mon avis, les inquiétudes de l'avocat sont exagérées. **Ce n'est que dans de rares situations que le droit de visite sera ordonné et il peut se faire que dans ces rares situations, il ne soit pas approprié de placer cet enfant en vue de l'adoption. Il faut signaler que la *Loi*, à l'al. 85(2)a), prévoit que même une ordonnance d'adoption peut être rendue sous réserve du droit de visite.** [Les caractères gras et le soulignement sont de moi; par. 15 et 16]

[59] Cette interprétation du pouvoir d'ordonner l'accès que la *Loi* confère à la Cour a été confirmée plus d'une décennie plus tard par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *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) :

En résumé, je suis d'avis que **le législateur du Nouveau-Brunswick donne la compétence aux tribunaux de se prononcer sur les droits de visite car il leur impose de « placer l'intérêt supérieur de l'enfant au-dessus de toute autre considération »** (par. 53(2)). Refuser aux tribunaux la possibilité de se prononcer quant au bien-fondé d'une ordonnance d'accès pourrait les empêcher d'exécuter leur devoir d'agir dans le meilleur intérêt de l'enfant. Il n'est pas étonnant de constater que les tribunaux du Nouveau-Brunswick, forts du jugement rendu par leur Cour d'appel dans l'affaire *Re M.A.G.*, précitée, ont généralement jugé qu'ils étaient compétents.

[Les caractères gras et le soulignement sont en partie de moi; par. 31]

[60] Précisons, par souci de clarté, que le pouvoir reconnu par la Cour suprême ne découle pas de la compétence inhérente de la cour, mais plutôt de la *Loi*.

[61] En ce qui concerne les principes permettant de déterminer si le pouvoir de préserver le droit d'accès d'un enfant devrait être exercé au moment de rendre une ordonnance de tutelle, le juge Gonthier a déclaré ce qui suit dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L. (M.)* :

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.

[...]



**La décision d'accorder ou non un droit d'accès est un exercice délicat qui exige du juge qu'il apprécie les divers éléments constitutifs de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il lui appartient de déterminer ses intérêts et besoins prioritaires** (voir *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. D.T.P.*, [1995] N.B.J. No. 576 (QL) (B.R.), au par. 41). La stabilité émotionnelle d'un enfant est de première importance. Si l'enfant est indûment troublé par un droit de visite, celui-ci n'est généralement pas accordé[.]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi; par. 39 et 51]

[62] Ces principes orientent les tribunaux du Nouveau-Brunswick dans leurs analyses depuis presque 25 ans (voir, par exemple, *D.S. et A.C. c. Ministre du Développement social*, 2021 NBCA 25, [2021] A.N.-B. n° 128 (QL); et *J.P. et R.D. c. La ministre du Développement social*, 2022 NBCA 57, [2022] A.N.-B. n° 227 (QL)), et ils ne sont pas remis en cause en l'espèce. Il n'est pas étonnant que les facteurs à prendre en compte au moment de déterminer s'il y a lieu de réserver un droit de visite prévus dans la législation ontarienne soient semblables à ceux que le juge Gonthier a relevés.

[63] Peu de choses ont été dites au Nouveau-Brunswick sur la question de savoir s'il est nécessaire ou préférable de préciser le type et la fréquence de l'accès postérieur à la tutelle dans l'ordonnance réservant ce droit. La question a été tranchée au cas par cas. Il semblerait que le Ministre procède généralement en s'opposant à toute ordonnance qui comprend un accès structuré après la mise en tutelle.

[64] Dans l'arrêt *M.A.G., Re.*, l'ordonnance portée en appel par le Ministre exigeait que l'enfant ait [TRADUCTION] « un accès raisonnable » auprès de son père après la mise en tutelle. Même si la spécificité de l'accès ordonné n'a pas été contestée en appel, notre Cour a confirmé la décision du juge de première instance d'ordonner un droit d'accès [TRADUCTION] « raisonnable », sans autres précisions.

[65] Dans l'arrêt *Ministre du Développement social c. M.G. et B.B.*, 2012 NBCA 19, 383 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 394, la Ministre a interjeté appel d'une ordonnance

rendue par un juge de première instance qui prévoyait un droit d'accès structuré après la mise en tutelle. Notre Cour a rejeté l'assertion de la Ministre selon laquelle le juge avait commis une erreur. La Cour a conclu qu'elle devait faire preuve de retenue à l'égard de la décision d'ordonner l'accès et a remarqué que l'accès ordonné pouvait être modifié s'il y avait un changement de situation. Cette modification peut être faite en vertu des art. 60 et 61 de la *Loi*. Cela dit, la Cour a souscrit, dans l'ensemble, à l'argument de la Ministre selon lequel un droit d'accès structuré crée des difficultés à la Ministre et à l'enfant, et que la souplesse et la latitude devraient être la norme dans de telles ordonnances.

En ce qui concerne le second moyen, la Ministre prétend qu'un droit de visite structuré n'aurait pas dû être ordonné parce qu'il n'avait pas été expressément demandé par l'avocat de l'enfant. **La Ministre souligne qu'un droit de visite structuré crée des difficultés à la Ministre et à l'enfant et prétend que la latitude et la souplesse devraient être la norme. Nous souscrivons, dans l'ensemble, à cette dernière proposition.** En fait, la nouvelle preuve que nous avons autorisé la Ministre à produire en appel illustre parfaitement ce point. Elle révèle les difficultés auxquelles donne lieu l'incarcération de B.B., lesquelles difficultés ont sérieusement entravé la mise en place de l'accès par téléphone.

Nous avons néanmoins rejeté l'appel. La raison en est que nous sommes tenus à la déférence envers l'appréciation que fait le juge du procès de l'intérêt supérieur de l'enfant dans une situation comme celle-ci et, plus précisément, que **la disposition de l'ordonnance de tutelle qui prévoit un droit de visite structuré n'est pas immuable en ce sens qu'elle ne pourrait pas être modifiée.** En fait, une des caractéristiques fondamentales des décisions ressortissant au droit de la famille est qu'un changement de situation peut donner lieu à la modification d'une ordonnance judiciaire. **Lorsqu'il a soupesé l'ensemble des facteurs pertinents aux fins de déterminer quel était l'intérêt supérieur de l'enfant, le juge a estimé qu'un droit de visite structuré, ce qui, avait-il cru comprendre, était ce que demandait la Ministre, était la meilleure solution. Nous estimons qu'une cour d'appel doit faire preuve de circonspection avant de modifier une décision de cette nature.** Des décisions comme celle-ci, prises dans des circonstances exceptionnelles, sauf si elles sont

déraisonnables ou sont le produit d'une erreur de droit ou de principe, devraient résister à l'examen en appel en raison de la déférence dont la cour d'appel est tenue envers le juge du procès et ne devraient être modifiées, s'il y a lieu, que s'il se produit un changement de situation qui a une incidence sur l'intérêt supérieur de l'enfant.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi; par. 11 et 12]

[66] Je souscris à la notion selon laquelle, de manière générale, une ordonnance établissant un droit d'accès postérieur à la mise en tutelle devrait viser à fournir la souplesse servant le mieux l'intérêt de l'enfant à l'avenir. Il en est ainsi en reconnaissance du fait que, dans la plupart des cas, la tutelle mène à une modification du projet d'avenir de l'enfant, vraisemblablement son adoption. Par conséquent, même lorsqu'un droit d'accès est réservé à un parent ou à une autre personne, il y aura un changement correspondant dans la nature et le niveau des contacts en réponse à la transition anticipée, et on pourra s'attendre à ce qu'il continue d'évoluer pour diverses raisons.

[67] Toutefois, la question de savoir s'il conviendrait mieux de fournir des précisions quant à l'accès dépendra des circonstances de chaque cas, par exemple si le juge était convaincu que les parties pouvaient agir raisonnablement en conformité avec une ordonnance qui confère un pouvoir discrétionnaire afin d'accorder le degré de souplesse désiré.

[68] Pour décider s'il est préférable de rendre une ordonnance souple ou spécifique en matière de droit d'accès, on gardera certainement en tête que le tribunal a conclu que l'intérêt supérieur de l'enfant est servi par une ordonnance accordant un droit d'accès postérieur à la mise en tutelle, en sus ou au lieu de se fier à la seule capacité de la Ministre de permettre à l'enfant ou aux enfants d'avoir un accès auprès d'un parent ou d'une autre personne ou de les contacter.

(3) Le droit d'accès

[69] En l'espèce, les parents soutiennent que l'ordonnance accordait tellement de pouvoir discrétionnaire à la Ministre qu'elle pouvait même décider si le droit d'accès devait être exercé ou non. Ils affirment en outre que le droit d'accès des enfants est d'autant plus compromis par leur incapacité de s'adresser aux tribunaux pour exiger que la Ministre donne effet à l'ordonnance. En d'autres termes, les parents affirment qu'ils ne peuvent pas faire exécuter l'ordonnance dans sa forme actuelle. Il a été reconnu à l'audience tenue devant nous que les enfants n'ont pas eu de contacts avec leurs parents ou leur grand-mère depuis assez longtemps. Nous ignorons pourquoi c'est le cas.

[70] Je n'estime pas que l'ordonnance est aussi vide de sens que le prétendent les parents. À mon avis, toute ordonnance qui réserve expressément le droit d'accès d'un enfant auprès d'un parent ou d'une autre personne, que ce soit dans le contexte d'une tutelle ou autrement, confirme l'existence d'un droit substantiel. Par conséquent, même lorsque l'ordonnance prévoit l'exercice de ce droit à la discrétion de la Ministre, compte tenu de l'intérêt supérieur des enfants, l'ordonnance impose une obligation qui est impérative. Il va sans dire que le pouvoir discrétionnaire conféré à la Ministre doit être exercé raisonnablement compte tenu des circonstances et conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.

[71] Ayant conclu qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants qu'ils continuent d'avoir un droit d'accès auprès de leurs parents et de leur grand-mère, la juge saisie de la requête a ordonné que ce droit devait être préservé. Cette décision a été prise sur la foi d'une preuve considérablement volumineuse, y compris deux rapports sur la parole de l'enfant. La fille a indiqué qu'elle voulait que les choses restent telles qu'elles étaient, ce que la juge a considéré, lors des conclusions finales, comme indiquant qu'elle était contente d'être prise en charge, mais qu'elle voulait continuer d'entretenir une relation avec ses parents. De plus, en reconnaissance du fait que l'ordonnance de tutelle met fin au projet visant la réunification de la famille et entame les efforts en vue de trouver un foyer permanent aux enfants au moyen de leur adoption, la juge a conclu que

les enfants bénéficieraient de la continuité offerte par le maintien de leurs relations avec leurs parents et leur grand-mère.

[72] On s'attendrait à ce que les motifs de la décision de réserver le droit d'accès contiennent des renseignements au sujet de l'accès postérieur à la tutelle auquel la juge s'attendait, du moins au départ. Il était évident qu'on s'attendait à une réduction de la fréquence de l'accès, qui était exercé plusieurs fois par semaine, comme c'était le cas lorsque le projet comprenait la possibilité d'une réunification familiale avant le transfert de la tutelle. Même si la Ministre a indiqué que l'accès continuerait sans doute s'il était prévu dans une ordonnance, rien n'indiquait comment ce droit évoluerait durant la période de transition attendue. Devant nous, les parents ont demandé un droit d'accès pouvant être exercé une fois toutes les deux semaines ou une fois par mois. Il est évident que la fluidité des circonstances a joué un rôle dans la décision de la juge de rejeter la demande des parents visant l'établissement d'un droit d'accès précis et d'ordonner plutôt que l'accès [TRADUCTION] « soit exercé à la discrétion de la Ministre » et [TRADUCTION] « conformément à l'intérêt supérieur des enfants ».

[73] Malgré le pouvoir discrétionnaire, on peut facilement voir que la juge avait l'intention de créer un droit d'accès et d'imposer à la Ministre une obligation correspondante d'organiser l'accès. L'ordonnance n'est pas simplement permissive, et elle n'est pas censée simplement refléter le pouvoir existant de la Ministre de faciliter l'exercice du droit d'accès.

[74] En effet, à mon avis, l'ordonnance ne saurait être interprétée de sorte à habiliter la Ministre à décider qu'il ne devrait pas y avoir de droit d'accès. Si la Ministre arrivait à une telle conclusion, elle devrait demander une modification de l'ordonnance d'accès, comme le permettent les art. 60 et 61 de la *Loi*. Il est significatif que, dans une telle requête, l'un des facteurs dont il faut tenir compte est « [le] fait que le ministre s'est ou non acquitté des obligations que lui imposait l'ordonnance ou l'entente ». Voici le libellé du paragraphe 61(2) :

**61(2)** Upon receiving an application under subsection (1), the court shall, subject to subsection (4),

(a) hear the matter in accordance with section 60,

(b) take into account as additional considerations,

(i) whether the Minister has fulfilled his obligations under the order or agreement, and

(ii) if relevant to the application, whether the former parent is able and willing to provide appropriate care for the child.

**61(2)** Sur réception d'une demande en vertu du paragraphe (1), la cour doit, sous réserve du paragraphe (4),

a) entendre la question conformément à l'article 60,

b) tenir compte, en plus des autres considérations

(i) du fait que le ministre s'est ou non acquitté des obligations que lui imposait l'ordonnance ou l'entente, et

(ii) si pertinent à la demande, du fait que l'ancien parent est ou non capable de procurer à l'enfant un foyer convenable et disposé ou non à le faire.

[75] De plus, l'ordonnance ne permet pas, à première vue, à la Ministre d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré de manière à nier le droit d'accès des enfants et à le rendre illusoire.

[76] Enfin, il a été et continue d'être loisible aux parents, séparément ou ensemble, de demander une modification de l'ordonnance ou de contester le respect de l'ordonnance par la Ministre.

[77] Même s'il faut attendre au moins six mois après le prononcé de l'ordonnance pour en demander la modification (art. 61), ce délai est écoulé depuis longtemps. S'agissant de la préoccupation hypothétique des parents selon laquelle l'ordonnance n'a pas été respectée au cours des six premiers mois, ils pourraient toujours se prévaloir de la règle 76 – Mesures pour outrage. Cela dit, comme nous l'avons fait remarquer dans une affaire où notre Cour a écarté une déclaration d'outrage prononcée contre la Ministre qui n'avait pas respecté une exigence prévue dans une ordonnance de surveillance, les conditions dont on demande l'exécution ne peuvent pas être ambiguës

(voir l'arrêt *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. S.L. et al.* (1998), 200 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 127, [1998] A.N.-B. n° 230).

[78] En résumé, à mon avis, la juge saisie de la requête n'a pas commis d'erreur en ordonnant l'accès comme elle l'a fait.

#### IV. Dispositif

[79] Les motifs qui précèdent sont ceux pour lesquels je me suis joint à mes collègues pour rejeter l'appel.