COURT OF APPEAL OF **NEW BRUNSWICK**



COUR D'APPEL DU **NOUVEAU-BRUNSWICK**

21-19-CA

INTIMÉE

BETWEEN: ENTRE:

L.P. L.P.

APPELLANT APPELANT

- and -- et -

MINISTER OF LA MINISTRE DES FAMILLES ET DES THE FAMILIES AND

CHILDREN ENFANTS

RESPONDENT

- and -- et -

PROVINCE OF NEW BRUNSWICK (Minister of PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK (Ministre de la Justice et procureure générale)

Justice and Attorney General)

INTIMÉE DANS LA MOTION RESPONDENT ON MOTION

Motion heard by: Motion entendue par :

The Honourable Justice Green l'honorable juge Green

Date de l'audience : Date of hearing: July 17, 2019 le 17 juillet 2019

Date of decision: Date de la décision : August 19, 2019 le 19 août 2019

Reasons delivered: Motifs déposés: le 4 décembre 2019 December 4, 2019

Counsel at hearing: Avocats à l'audience :

L.P. on his own behalf L.P. en son propre nom

For the respondent Minister of Families and Pour la ministre des Familles et des Enfants, partie

Children: intimée :

Scott Nathaniel Larson Scott Nathaniel Larson

For the respondent Province of New Brunswick Pour la Province du Nouveau-Brunswick (Ministre

(Minister of Justice and Attorney General): de la Justice et procureure générale), partie

Brian Andrew Barnett intimée:

Brian Andrew Barnett

DECISION

- [1] L.P. is the father of two children who were the subject of a guardianship application. He was represented by experienced counsel at the hearing, which took place over the course of seven days. In a decision dated January 31, 2019, a judge of the Court of Queen's Bench granted guardianship of the children to the Minister of Families and Children. On February 25, 2019, L.P. filed his Notice of Appeal.
- [2] Lacking the financial resources to retain private counsel for the appeal, L.P. applied for Legal Aid. He did not receive an answer. On June 25, 2019, he filed a motion before this Court seeking the appointment of state-funded counsel. The motion was heard on July 17. At the conclusion of the hearing, judgement was reserved. The parties were advised that the Court, through the Office of the Registrar, would attempt to determine the outcome of L.P.'s Legal Aid application. The Registrar's office made an inquiry in writing that same day. On August 6, 2019, a written response from the New Brunswick Legal Aid Services Commission advised that L.P. had filed his application on April 4, it was refused by the Provincial Director of Family Law Services on June 10, and the Executive Director of the Commission issued the final refusal on July 19 two days after the inquiry by the Court. With this information in hand, and having been satisfied it was appropriate to grant the motion, the Court issued a decision to that effect with reasons to follow. These are said reasons.
- In S.G. v. New Brunswick (Minister of Social Development), [2018] N.B.J. No. 364 (C.A.) (QL), French J.A. outlined the applicable legal principles to be considered when the Court of Appeal is requested to order the appointment of state-funded counsel in a guardianship case. Quoting from the landmark decision of the Supreme Court in New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G.(J.), [1999] 3 S.C.R. 46, [1999] S.C.J. No. 47 (QL), French J.A. states:

An order for state-funded counsel is made to avoid a breach of the right to security of the person (s. 7 of the *Charter*). It is a remedy under s. 24 which seeks to prospectively ensure there is "a fair procedure for making" a guardianship or

custody order in favour of the state. A fair hearing is one that affords the opportunity for a parent to effectively present his or her case. As Lamer, C.J. stated:

For the hearing to be fair, the parent must have an opportunity to present his or her case effectively. Effective parental participation at the hearing is essential for determining the best interests of the child in circumstances where the parent seeks to maintain custody of the child. The best interests of the child are presumed to lie within the parental home. However, when the state makes an application for custody, it does so because there are grounds to believe that is not the case. A judge must then determine whether the parent should retain custody. In order to make this determination, the judge must be presented with evidence of the child's home life and the quality of parenting it has been receiving and is expected to receive. The parent is in a unique position to provide this information to the court. If denied the opportunity to participate effectively at the hearing, the judge may be unable to make an accurate determination of the child's best interests. There is a risk that the parent will lose custody of the child when in actual fact it might have been in the child's best interests to remain in his or her care. [para. 73]

It is not always necessary for a parent to be represented by counsel to ensure a fair procedure. As explained in G.(J.), whether counsel is necessary largely depends on the capabilities of the parent and the complexities of the live issues, as well as the court's ability to assist. As a result, while the complexity of the issues may be such that a person with exceptional capabilities may not require counsel, another person whose capabilities are less may need counsel to effectively present his or her case in relation to the same issues. This obvious connection between a parent's capabilities and the complexity of the live issues is particularly significant to this case. In speaking to this relationship, Lamer C.J. said:

[...] The seriousness and complexity of a hearing and the capacities of the parent will vary from case to case. Whether it is necessary for the parent to be represented by counsel is directly proportional to

the seriousness and complexity of the proceedings, and inversely proportional to the capacities of the parent.

[...]

The complexity of the hearing can vary dramatically from case to case. Some hearings may be very short, involve relatively simple questions of fact and credibility, and have no expert reports. Others might take days and involve complicated evidentiary questions, troublesome points of law, and multiple experts. In the former cases, the assistance of counsel will make little difference to the parent's ability to present his or her view of the child's best interests, whereas in the latter cases, the representation of counsel may be essential to ensure a fair hearing.

The parent's capacities are also variable. Some parents may be well educated, familiar with the legal system, and possess above-average communication skills and the composure to advocate effectively in an emotional setting. At the other extreme, some parents may have little education and difficulty communicating, particularly in a court of law. It is unfortunately the case that this is true of a disproportionate number of parents involved in child custody proceedings, who often are members of the least advantaged groups in society. The more serious and complex the proceedings, the more likely it will be that the parent will need to possess exceptional capacities for there to be a fair hearing if the parent is unrepresented. [paras. 86, 88-89] [paras. 6-7]

[Emphasis in original.]

determinative of this motion. Specifically, she found that L.P. has "obvious memory impairment", "at times, illogical thought patterns", and that throughout the hearing of the guardianship application, he would "quickly lose his train of thought" and seemed to

"fixate on certain subjects" (para. 49). Later, the judge observed that "L.P. is often confused" and that he "has a very poor memory" (para. 59). This paints a compelling picture of an individual in need of representation.

The application judge made a series of findings I hold to be largely

[4]

[5] To his credit, counsel for the Province acknowledged in his written submission that L.P.'s personal characteristics as outlined above "would have a negative impact on his ability to represent himself" (para. 31). The Province's opposition to the motion was based on its assertion that the matter was not overly complex, and that the merit of the arguments was difficult to ascertain from L.P.'s Notice of Appeal.

While there may be some scope for discussion with respect to the complexity and merits of this appeal, I was satisfied the personal situation of the appellant, coupled with the significant interest at stake – maintaining legal custody of one's own children – tipped the scales in favour of granting L.P.'s motion. I also make the observation that the task of properly formulating and articulating the arguments on appeal requires the assistance of counsel, absent which it is difficult for the Court to adequately assess the merits at this stage in the proceedings.

[7] It was for these reasons that L.P.'s motion for state-funded counsel was granted.

DÉCISION

[1]

L.P. est père de deux enfants que visait une demande de tutelle. Au procès, qui s'est étendu sur sept jours, il était représenté par une avocate d'expérience. Par une décision datée du 31 janvier 2019, une juge de la Cour du Banc de la Reine a accordé la tutelle au ministre des Familles et des Enfants. Le 25 février 2019, L.P. a déposé un avis d'appel.

[2]

Comme ses moyens financiers ne lui permettaient pas de retenir, en vue de l'appel, les services d'un avocat privé, L.P. a présenté une demande d'aide juridique. Il n'a pas obtenu de réponse. Le 25 juin 2019, il a déposé auprès de notre Cour une motion en nomination d'un avocat rémunéré par l'État. La motion a été entendue le 17 juillet. La Cour l'a mise en délibéré au terme de l'audience. Les parties ont été informées que la Cour essaierait de déterminer, par l'entremise du bureau de la registraire, le sort connu par la demande d'aide juridique de L.P. Le bureau de la registraire s'en est enquis par écrit le jour même. Le 6 août 2019, une réponse écrite de la Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick faisait connaître que L.P. avait déposé sa demande le 4 avril, que la directrice provinciale des Services en droit de la famille avait opposé à la demande un refus le 10 juin et que le directeur général de la Commission avait prononcé le refus définitif le 19 juillet – deux jours après la démarche de la Cour. Munie de cette information, et convaincue de l'opportunité d'accueillir la motion, notre Cour a rendu une décision en ce sens et indiqué que des motifs suivraient. Elle les donne aujourd'hui.

[3]

Le juge d'appel French a exposé, dans l'arrêt *S.G. c. Nouveau-Brunswick* (*Ministère du développement social*), [2018] A.N.-B. n° 364 (C.A.) (QL), les principes de droit applicables auxquels la Cour d'appel doit se reporter lorsqu'elle est priée d'ordonner la nomination d'un avocat rémunéré par l'État dans une affaire de tutelle. Dans ses motifs, où il citait *Nouveau-Brunswick* (*Ministre de la Santé et des Services communautaires*) c. *G.* (*J.*), [1999] 3 R.C.S. 46, [1999] A.C.S. n° 47 (QL), arrêt de principe prononcé par la Cour suprême, il a écrit ce qui suit :

L'octroi des services d'un avocat rémunéré par l'État est ordonné afin d'éviter une violation du droit à la sécurité de la personne (art. 7 de la *Charte*). Il s'agit d'une mesure réparatoire accordée en vertu de l'art. 24 par laquelle la cour, prospectivement, veille à garantir qu'une ordonnance de tutelle ou de garde rendue en faveur de l'État l'aura été « selon une procédure équitable ». L'audience équitable est celle qui donne au parent la possibilité de présenter efficacement sa cause. Le juge en chef Lamer a écrit :

Pour que l'audience soit équitable, il faut que le parent ait la possibilité de présenter efficacement sa cause. Lorsque le père ou la mère cherche à conserver la garde, la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant exige une participation parentale efficace à l'audience. L'intérêt supérieur de l'enfant est réputé avoir pour site le foyer parental. Toutefois, lorsque l'État demande la garde, il le fait parce qu'il a des motifs de croire que ce n'est pas le cas. Le juge doit alors décider si le parent devrait conserver la garde. Pour statuer, il doit disposer d'éléments de preuve relatifs à la vie que l'enfant mène au foyer ainsi qu'à la qualité de l'attention parentale qu'il reçoit et qu'il est en droit de recevoir. Or, le parent est le mieux placé pour fournir ces renseignements au tribunal. Si on refuse au parent la possibilité de participer efficacement à l'audience, le juge peut se trouver dans l'impossibilité de déterminer avec précision l'intérêt supérieur de l'enfant. Le parent risque de perdre la garde de l'enfant alors qu'en réalité il aurait peut-être mieux valu pour l'enfant qu'il continue à s'en occuper. [par. 73]

Il n'est pas toujours nécessaire qu'un parent soit représenté par un avocat pour que la procédure soit équitable. Il est expliqué dans G. (J.) que la nécessité ou non d'un avocat dépend essentiellement des capacités du parent et de la complexité des questions à débattre, de même que de la capacité de la cour à apporter son aide. Ainsi, s'il se peut qu'une personne douée de capacités exceptionnelles ne requière pas l'assistance d'un avocat pour faire face à la complexité des questions en litige, une autre personne, munie de capacités moindres, pourrait avoir besoin d'un avocat pour présenter efficacement sa cause relativement aux mêmes questions. Ce lien évident entre les capacités

d'un parent et la complexité des questions à débattre est primordial en l'espèce. À propos de ce rapport, le juge en chef Lamer a écrit :

[...] L'importance et la complexité de l'audience ainsi que les capacités du parent varient d'une affaire à l'autre. La nécessité de la représentation du parent par avocat est directement proportionnelle à l'importance et à la complexité de l'instance et inversement proportionnelle aux capacités du parent.

[...]

Selon les affaires, la complexité des audiences peut varier énormément. Certaines audiences peuvent être très courtes, soulever des questions de fait ou de crédibilité relativement simples et ne pas comporter de rapports d'experts, tandis que d'autres peuvent s'étirer sur plusieurs jours et mettre en cause des questions de preuve compliquées, des points de droit épineux et faire intervenir de nombreux experts. Dans le premier cas, l'assistance d'un avocat comptera pour peu dans la capacité du parent de faire valoir son point de vue concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, alors que dans le second, il pourra être essentiel que le parent soit représenté par avocat pour que l'audience soit équitable.

Les capacités des parents diffèrent également. Certains auront une solide instruction, connaîtront bien le système judiciaire et posséderont des capacités de communication supérieures ainsi que le sang-froid nécessaire pour faire valoir leurs arguments dans un contexte émotivement chargé, tandis que d'autres pourront être très peu instruits et éprouver des difficultés de communication, en une particulier devant cour de iustice. Malheureusement, la deuxième hypothèse se vérifie à l'égard d'un nombre disproportionné de parents parties à des instances en matière de garde d'enfants, lesquels appartiennent souvent aux groupes les plus défavorisés de notre société. Plus une instance est importante et complexe, plus il est probable que le parent devra être doué de capacités exceptionnelles pour que l'audience soit équitable

<u>s'il n'est pas représenté par avocat.</u> [par. 86, 88 et 89]

[par. 6 et 7] ignement sont du

[Les caractères gras et le soulignement sont du juge d'appel French.]

[4]

La juge saisie de la requête est arrivée à une série de conclusions dont je constate qu'elles déterminent, dans une large mesure, la décision à rendre sur la motion. Plus précisément, elle a conclu que L.P. présentait un [TRADUCTION] « manifeste affaiblissement de la mémoire [et des] schémas de pensée parfois illogiques » et que, de bout en bout des audiences de la demande de tutelle, il avait [TRADUCTION] « perdu rapidement le fil de ses idées » et paru [TRADUCTION] « obsédé par certains sujets » (par. 49). Ses motifs indiquent, plus loin, que [TRADUCTION] « L.P. apparaît souvent désorienté » et [TRADUCTION] « a très mauvaise mémoire » (par. 59). Ces observations brossent le portrait convaincant d'une personne à qui une représentation en justice est nécessaire.

[5]

Il me faut reconnaître à l'avocat de la Province le mérite d'avoir admis, dans son mémoire, que les traits personnels de L.P. esquissés ci-dessus [TRADUCTION] « compromettraient sa capacité de se représenter » (par. 31). La Province contestait la motion parce qu'elle estimait que l'affaire n'était pas excessivement complexe, et qu'il était difficile, au vu de l'avis d'appel de L.P., de juger du fondement des arguments avancés.

[6]

S'il est possible que la complexité et le fondement de l'appel prêtent à discussion, j'étais néanmoins convaincu que la situation personnelle de l'appelant, jointe à l'important intérêt en jeu – conserver la garde juridique de ses propres enfants –, faisait pencher la balance du côté d'une décision favorable à sa motion. Je ferai observer, par ailleurs, que la formulation et la construction appropriées d'une argumentation, en appel, sont une tâche qui nécessite l'assistance d'un avocat et que, si cette assistance n'a pas été apportée, il est difficile à la Cour d'évaluer judicieusement le fondement à ce stade de l'instance.

[7] Les motifs qui précèdent sont ceux pour lesquels notre Cour a accueilli la motion de L.P. en nomination d'un avocat rémunéré par l'État.