

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

112-21-CA

S.M. and J.C.

(Appellants) MOVING PARTIES

- and -

MINISTER OF SOCIAL DEVELOPMENT

(Respondent) RESPONDENT ON MOTION

PROVINCE OF NEW BRUNSWICK (Minister of
Justice and Attorney General)

RESPONDENT ON MOTION

Motion heard by:
The Honourable Justice French

Date of hearing:
July 18, 2022

Date of decision:
July 18, 2022

Reasons delivered:
October 13, 2022

Counsel at hearing:

S.M. and J.C., on their own behalf

For the respondent on motion Minister of Social
Development:
Corry Anne Toole, K.C.

For the respondent on motion Province of New
Brunswick (Minister of Justice and Attorney
General):
Christopher Whibbs

S.M. et J.C.

(Appelants) AUTEURS DE LA MOTION

- et -

MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT SOCIAL

(Intimée) INTIMÉE DANS LA MOTION

PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK
(Ministre de la Justice et procureure générale)

INTIMÉ DANS LA MOTION

Motion entendue par :
l'honorable juge French

Date de l'audience :
le 18 juillet 2022

Date de la décision :
le 18 juillet 2022

Motifs déposés :
le 13 octobre 2022

Avocats à l'audience :

S.M. et J.C., en leurs propres noms

Pour l'intimée dans la motion la ministre du
Développement social :
Corry Anne Toole, c.r.

Pour l'intimé dans la motion la Province du
Nouveau-Brunswick (ministre de la Justice et
procureur général) :
Christopher Whibbs

Decision

I. Introduction

[1] I granted a request for state-funded counsel made by a mother and father in connection with their appeal of the decision granting guardianship of their two children to the Minister of Social Development. My reasons for doing so are set out below.

II. Background

[2] The circumstances of the parents pertinent to their motion were helpfully summarized (from the trial judge's findings) in the brief filed by counsel for the Attorney General. They include:

- 1) The parents have been along in a long-term, committed and supportive relationship (of over 20 years). They receive income assistance benefits and, when their children (who are aged 13 and eight) were with them, the child tax benefit. The mother has earned a little extra income from her crafting businesses. The father advised they have occasionally received financial support from his mother and an aunt.
- 2) At the time of trial, the parents had lived in their three-bedroom home for four years. Both children had their own room. The bills were paid and there were no concerns about eviction, becoming homeless, or moving from place to place.
- 3) This is not a case where substance abuse, criminality or domestic violence precipitated the Minister's involvement. Neither parent has a criminal record. The Minister was concerned that, despite "on and off" interventions with the family since their eldest child was born, in 2009, "historical issues of neglect remain."

- 4) The trial judge found the father to be a credible witness, who provided straightforward, genuine responses to questions. The mother, who is hearing impaired, struggled throughout the trial to hear the testimony that was given. She has anxiety and depression and, at times during the trial, she was very emotional. She has ongoing leg pain and restrictions related to a slipped disc.

[3] In 2019, the children were placed in the care of the Minister, where they remained until the guardianship trial, which occurred over ten days in May-June 2021. In her thorough and lengthy reasons for decision, dated September 24, 2021, the trial judge stated the following regarding her decision to grant guardianship to the Minister:

In this instance, based on the fact the Children have been in care for 27 months, the dispositional options before the Court are limited. I can grant guardianship severing all parental ties and obligations or I can return the Children to the custody care and control of the Respondents subject to a supervisory order.

[...]

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 youngest child] 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. [paras. 509 and 512]

[4] The judge decided it was in the children's best interests to preserve their right of access to the parents in the guardianship order. This was supported by both the Minister and counsel for the children.

[5] On October 22, 2021, the parents appealed. The father advised the Notice of Appeal was prepared with the assistance of counsel. The Crown requested transcripts of the ten-day trial, which were filed with the Registrar of this Court in the end of March 2022.

[6] At a status hearing, on June 16, 2022, a judge of this Court ordered that the appeal be perfected by the end of July 2022, or it would be dismissed. Additionally, according to the father, the parents learned at the hearing that it was necessary to bring a motion to request the appointment of state-funded counsel for their appeal.

[7] The parents filed the present motion on July 11, 2022. At its hearing on July 18, by telephone, the mother did not join the call. I was advised this was because she is unable to hear over the telephone. So that she could participate, the motion was adjourned to later that day for an in-person hearing at the Saint John Law Courts.

[8] The parents jointly requested the appointment of one lawyer to assist them with their appeal. At trial, they each had separate counsel, and their children were also represented by counsel.

[9] The trial judge observed that the parents were very committed to having their children returned to their care. This was also the case at the hearing of the motion, where they vehemently expressed their disagreement with the trial decision and their desire to pursue their appeal. Despite all of this, it was also apparent they had very limited ability to do so. The mother's limited capacity caused her to rely fully on the father. In her affidavit filed in support of their motion, she deposed that she has mental health issues. Additionally, the father clearly stated that he did not know what to do and, without the assistance of counsel, he was unable to take the steps required to advance the appeal. I did not read, hear or witness anything during the hearing of this motion that caused me to conclude this self-assessment was hyperbolic or anything other than his genuinely held, and realistic, view.

[10] The Attorney General acknowledged the parents do not have the means to retain counsel (and were denied legal aid assistance) and the interests at stake are serious; however, he maintains the complexity of the appeal does not exceed the parents' capacity to advance their interests in its prosecution, especially in view of the Court's ability to assist them. While recognizing the mother's affidavit evidence regarding her mental health, the Attorney General points out the trial judge noted there was little to no evidence of her self-disclosed health issues. However, the judge did explain the mother was "adamant that she does not have mental health issues 'that impact her capacity as a parent'" (para. 304).

III. Analysis

[11] The legal principles applicable to determine whether, in a guardianship case, state-funded counsel ought to be provided to a parent who is unable to pay for a lawyer (and been denied the assistance of legal aid), was summarized in *S.G. v. New Brunswick (Minister of Social Development)*, [2018] N.B.J. No. 364 (QL) (C.A.), by reference to the 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):

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.** [Emphasis added; 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.** [Emphasis in original; paras. 86, 88-89]

[Emphasis added; paras. 6-7]

[12] The crux of the issue on this motion warrants repeating Lamer C.J.'s statement regarding the relationship between the complexity of the proceeding and the capacities of a parent: "[w]hether 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."

[13] The circumstances in this case are not like those in *S.G. v. New Brunswick*, where the very limited capacity of a parent was acknowledged, but it was nevertheless argued that counsel should not be appointed because the appeal lacked merit. It cannot be said, and it was not argued, that the parents' appeal in this case lacks merit on its face, or it is otherwise clearly without merit. Obviously, this does not amount to saying there is a strong appeal.

[14] Complexity, as Lamer C.J. explained in *G. (J.)*, is the product of a variety of factors. I accept the Attorney General's submission that the issues raised in the appeal are not particularly complex. That is certainly so for persons who are legally trained or who

can absorb and process a considerable volume of information and materials, and organize their thoughts about the relevant issues and articulate them.

[15] However, while the appeal is largely an attack on the trial judge's assessment and weighing of the facts, as the Attorney General emphasizes, it also targets the judge's application of the statutory time limits regarding dispositions available in view of the Minister's involvement during the Covid pandemic, the amendment of the pleadings at trial and the analysis of the children's best interests collectively, not separately. Further, the factual errors are not confined to assertions of error that are grounded in internal inconsistencies in, or would be apparent from, the decision itself. They relate to evidence that was allegedly not considered or was misapprehended, which potentially requires a focus on the documentary and *viva voce* evidence led at trial (21 affidavits and 16 witnesses). As the judge stated in her decision, which itself is almost 100 pages, she summarized only the evidence she considered important (quite appropriately, in my view). Thus, the complexity of the issues raised arises from the voluminous record and the parents' patently limited capacity. In my opinion, they lack the ability to connect the evidentiary record, which is contained in the numerous affidavits and testimony of many witnesses, who testified over ten days, to the judge's decision and the issues raised by their appeal. Although this would not be an obstacle for some self-represented litigants, in my view, it is insurmountable for the parents.

[16] My conclusion in this regard included consideration of the parents' navigation of the appeal to this point, including this motion. Even if the Minister were to, for example, volunteer to assist with the preparation of an Appeal Book, to simplify the hearing for all, it is very difficult to see the parents putting together the most elementary of Appellants' Submission, let alone participate meaningfully during oral submissions. Effectively participating in this appeal without counsel is entirely beyond their capacity.

[17] Undoubtedly, the panel would be able to assist the parents. However, this cannot extend to assuming the role of an appellant and scouring the full record to identify evidence or arguments that may establish or support the grounds of appeal and, at the

hearing, raise or advance what the panel members have identified, with the expectation the respondents will be prepared to reply.

[18] Considering all of this, I concluded that, if the parents' appeal depended upon their capacity to prosecute it, their s. 7 rights would be in jeopardy. It bears repeating Lamer C.J.'s explanation, in *G. (J.)*, of how a violation of those rights may have a real consequence on the best interests of the children at the center of the proceeding:

[...] 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]

[19] It was for these reasons that I granted the parents' motion for state-funded counsel.

Décision

[Version française]

I. Introduction

[1] J'ai accueilli une demande formulée par une mère et un père qui souhaitent obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État pour les assister dans l'appel qu'ils interjetent de la décision de confier la tutelle de leurs deux enfants à la ministre du Développement social. J'énonce ci-après les motifs de ma décision.

II. Contexte

[2] Les circonstances des parents pertinentes pour les fins de leur motion ont été utilement résumées (à partir des conclusions de la juge des faits) dans le mémoire déposé par l'avocat du procureur général. Voici un énoncé de certaines d'entre elles :

- 1) Les parents entretiennent une relation durable, engagée et solidaire (depuis plus de 20 ans). Ils reçoivent des prestations d'aide sociale et, lorsque leurs enfants (qui sont âgés de 13 et 8 ans) résidaient avec eux, la prestation fiscale pour enfant. La mère a gagné un modeste revenu supplémentaire tiré de ses entreprises d'artisanat. Le père a affirmé qu'ils ont reçu à l'occasion une aide financière de sa mère et d'une tante.
- 2) Au moment du procès, les parents vivaient dans leur maison de trois chambres à coucher depuis quatre ans. Chacun des enfants avait sa propre chambre. Les comptes étaient payés et il n'y avait aucune préoccupation quant à la possibilité qu'ils se retrouvent évincés, sans-abri, ou obligés de déménager d'un endroit à un autre.
- 3) Il ne s'agit pas d'un cas où l'abus de substances psychoactives, la criminalité ou la violence conjugale a entraîné l'intervention de la Ministre. Ni l'un ni

l'autre des parents n'a d'antécédents judiciaires. La Ministre était préoccupée de ce que, en dépit d'interventions [TRADUCTION] « ponctuelles » auprès de la famille depuis la naissance de l'aîné des enfants en 2009, il [TRADUCTION] « subsiste des enjeux historiques de négligence ».

- 4) La juge du procès a conclu que le père est un témoin crédible, qui a fourni des réponses franches et sincères aux questions qui lui ont été posées. La mère, qui est atteinte de surdité, a eu du mal à entendre les témoignages durant le procès. Elle souffre d'anxiété et de dépression et, par moments durant le procès, elle a été très émue. Elle a une douleur chronique à une jambe et certaines limitations dans ses mouvements liées à une hernie discale.

[3] En 2019, les enfants ont été confiés à la charge de la Ministre, et ce, jusqu'au procès portant sur la tutelle, qui s'est déroulé durant 10 jours en mai et juin 2021. Dans les motifs longs et approfondis de sa décision, dat e du 24 septembre 2021, la juge du procès a écrit ce qui suit à propos de sa décision d'accorder la tutelle à la Ministre :

[TRADUCTION]

En l'espèce, puisque les enfants ont été pris en charge durant 27 mois, la Cour ne dispose que de peu d'options. Je peux accorder la tutelle en rompant tous les liens avec les parents et en relevant ces derniers de toutes leurs obligations, ou je peux confier de nouveau la garde, la charge et la direction des enfants aux intimés sous réserve d'une ordonnance de surveillance.

[...]

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 plus jeune des enfants] a été suivie

d'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. 509 et 512]

[4] La juge a décidé qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants que l'ordonnance de tutelle maintienne leur droit de visiter leurs parents. Tant la Ministre que l'avocat des enfants appuyaient cette conclusion.

[5] Le 22 octobre 2021, les parents ont interjeté appel de cette décision. Le père a précisé que l'avis d'appel avait été préparé avec l'assistance d'un avocat. Le ministère public a demandé la transcription des 10 jours de procès, et la transcription a été déposée auprès de la registraire de la Cour à la fin de mars 2022.

[6] Lors d'une audience sur l'état de l'instance tenue le 16 juin 2022, une juge de la Cour a ordonné que l'appel soit mis en état avant la fin de juillet 2022, à défaut de quoi il serait rejeté. De plus, selon le père, les parents ont appris durant cette audience qu'ils devaient présenter une motion s'ils souhaitaient obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État qui agirait dans le cadre de leur appel.

[7] Les parents ont déposé la motion dont il est question ici le 11 juillet 2022. Lors de l'audition de cette motion, qui s'est déroulée le 18 juillet par téléphone, la mère n'a pas participé à l'appel. J'ai été informé qu'elle ne l'a pas fait parce qu'elle est incapable d'entendre ce qui est dit au téléphone. Pour qu'elle puisse y participer, l'audience sur la motion a été suspendue pour qu'elle se poursuive le même jour en personne au palais de justice de Saint John.

[8] Les parents ont demandé conjointement la nomination d'un avocat qui les assisterait dans leur appel. Au procès, ils avaient chacun un avocat; leurs enfants étaient aussi représentés par avocat.

[9] La juge du procès a noté que les parents souhaitaient ardemment que leurs enfants leur soient rendus. C'était également le cas lors de l'audition de la motion, durant laquelle ils ont exprimé avec véhémence leur opposition à la décision de première instance et leur souhait de poursuivre leur appel. En dépit de tout cela, il était aussi manifeste qu'ils avaient une capacité très limitée de le faire. Compte tenu de ses déficiences, la mère se fiait entièrement au père. Dans l'affidavit qu'elle a déposé en appui à leur motion, elle a affirmé souffrir de problèmes de santé mentale. En outre, le père a affirmé clairement qu'il ne savait pas quoi faire et que, sans l'assistance d'un avocat, il était incapable de prendre les mesures requises pour mener l'appel à bien. Durant l'audience sur la présente motion, je n'ai rien lu, entendu ou vu qui m'a porté à conclure que cette évaluation de ses capacités par le père était hyperbolique ou quoi que ce soit d'autre que son opinion sincère et réaliste.

[10] Le procureur général a reconnu que les parents n'ont pas les moyens financiers de retenir les services d'un avocat (et se sont vu refuser l'aide juridique) et que les intérêts en jeu sont sérieux; toutefois, il soutient que la complexité de l'appel n'outrepasse pas la capacité des parents de faire valoir leurs intérêts dans le cadre de cette procédure, tout particulièrement compte tenu de la capacité de la Cour de leur apporter son aide. Tout en prenant acte de la preuve par affidavit de la mère concernant sa santé mentale, le procureur général souligne que la juge du procès a noté que bien peu d'éléments de preuve, voire aucun, n'étayait l'existence de ces problèmes de santé dont la mère a elle-même fait état. La juge a toutefois expliqué que la mère [TRADUCTION] « maintenait catégoriquement qu'elle ne souffrait d'aucune maladie mentale qui [TRADUCTION] “avait une incidence sur ses aptitudes à titre de parent” » (par. 304).

III. Analyse

[11] Les principes juridiques applicables pour déterminer si, dans une cause relative à une tutelle, un parent qui est incapable de payer les services d'un avocat (et à qui l'aide juridique a été refusée) devrait se voir octroyer les services d'un avocat rémunéré par l'État, ont été résumés dans la décision *S.G. c. Nouveau-Brunswick (Ministère du*

développement social), [2018] A.N.-B. n° 364 (QL) (C.A.), qui renvoie à l'arrêt de la Cour suprême *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, [1999] A.C.S. n° 47 (QL) :

L'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.** [Soulignement et gras ajoutés; 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 particulier devant une cour de justice. 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 s'il n'est pas représenté par avocat.** [Soulignement et gras dans l'original; par. 86, 88 et 89]

[Soulignement et gras ajoutés; par. 6 et 7]

[12] Compte tenu de l'essence de la question que soulève la présente motion, il vaut la peine de répéter l'affirmation du juge en chef Lamer quant au lien qui existe entre la complexité de l'instance et les capacités d'un parent : « 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. »

[13] Les circonstances de la présente affaire diffèrent de celles de la cause *S.G. c. Nouveau-Brunswick*, dans laquelle la capacité très limitée d'un parent a été reconnue, mais où il a néanmoins été prétendu qu'il n'y avait pas lieu de nommer un avocat puisque l'appel n'était pas fondé. On ne peut prétendre, et il n'a pas été soutenu, que l'appel des parents en l'espèce est dépourvu de fondement à première vue, ou qu'il est par ailleurs évident qu'il n'est pas fondé. Manifestement, cela ne revient pas à dire qu'il s'agit d'un appel solide.

[14] La complexité, comme le juge en chef Lamer l'a expliqué dans *G. (J.)*, découle d'un grand nombre de facteurs. Je retiens l'argument du procureur général selon lequel les questions soulevées dans l'appel ne sont pas particulièrement complexes. Cela est certainement le cas pour les personnes qui ont une formation juridique ou qui sont en mesure d'absorber et de traiter un volume considérable de renseignements et de documents, ainsi que d'organiser et de formuler leurs opinions quant aux questions pertinentes.

[15] Cependant, bien que le présent appel consiste essentiellement en une remise en question de l'évaluation des faits par la juge du procès et de la mise en balance qu'elle en a faite, comme le procureur général l'a souligné, il vise également l'application par la

juge des délais d'origine législative quant aux dispositions qu'elle pouvait prendre compte tenu de l'intervention de la Ministre durant la pandémie de la COVID, de la modification des plaidoiries durant le procès et de l'analyse de l'intérêt supérieur des enfants considérés ensemble et non séparément. En outre, les reproches formulés quant aux erreurs factuelles ne concernent pas uniquement des erreurs consistant en incohérences internes dans la décision elle-même ou qui en découleraient. Ils concernent des éléments de preuve dont la juge n'aurait pas tenu compte ou qu'elle aurait mal interprétés, ce qui pourrait requérir l'examen à la fois de la preuve documentaire et de la preuve de vive voix présentée durant le procès (21 affidavits et 16 témoins). Comme l'a affirmé la juge dans sa décision, qui comporte elle-même presque 100 pages, elle s'est contentée de résumer la preuve qu'elle a jugé importante (à bon droit, selon moi). Ainsi, la complexité des questions soulevées découle du volume important du dossier et de la capacité manifestement limitée des parents. Selon moi, ils n'ont pas la capacité d'établir des liens entre le dossier de preuve – soit un grand nombre d'affidavits et les dépositions de nombreux témoins faites devant la cour durant dix jours – et la décision de la juge ainsi que les questions soulevées par leur appel. En dépit du fait que ces circonstances ne constitueraient pas un obstacle pour certains justiciables qui agiraient pour leur propre compte, je suis d'avis qu'elles sont insurmontables pour les parents.

[16] Pour tirer cette conclusion, j'ai tenu compte du cheminement des parents dans l'appel jusqu'à ce jour, y compris dans la présente motion. Même si la Ministre devait, par exemple, offrir son aide pour la préparation d'un cahier d'appel, afin de simplifier l'audience pour l'ensemble des intervenants, il est très difficile de concevoir que les parents pourraient préparer le plus élémentaire des mémoires des appelants, et encore moins participer de manière significative pendant les observations orales. Il est totalement hors de leur portée de participer efficacement au présent appel sans l'assistance d'un avocat.

[17] Il ne fait aucun doute que la formation de juges qui entendra l'affaire serait en mesure d'aider les parents. Ces derniers ne pourraient pas pour autant aller jusqu'à assumer le rôle d'un appelant et fouiller l'ensemble du dossier pour y repérer les éléments de preuve ou les arguments qui pourraient établir ou appuyer les moyens d'appel et, durant

l'audience, soulever ou faire valoir les éléments qu'ils auraient recensés, et s'attendre que les intimés seraient prêts à répondre.

[18] Compte tenu de tout ce qui précède, je conclus que, si l'appel des parents était tributaire de leur capacité de faire valoir leur cause, leurs droits garantis par l'art. 7 seraient menacés. Il vaut la peine de répéter l'explication du juge en chef Lamer dans l'arrêt *G. (J.)* quant au fait qu'une violation de ces droits peut avoir une incidence réelle sur l'intérêt supérieur des enfants en cause :

[...] [le juge] 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]

[19] C'est pour ces motifs que j'ai accueilli la motion des parents en nomination d'un avocat rémunéré par l'État.