

**K.L.W.** *Appellant*

v.

**Winnipeg Child and Family Services** *Respondent*

and

**The Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General of British Columbia** *Intervenors***INDEXED AS: WINNIPEG CHILD AND FAMILY SERVICES v. K.L.W.****Neutral citation: 2000 SCC 48.**

File No.: 26779.

2000: February 25; 2000: October 13.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Constitutional law — Charter of Rights — Security of person — Fundamental justice — Child protection — Apprehension of child — Provincial legislation providing state with power to apprehend child without prior judicial authorization in “non-emergency” situations based on reasonable and probable grounds that child in need of protection — Whether apprehension of child infringing parental right to security of person — If so, whether infringement contrary to principles of fundamental justice — Whether prior judicial authorization of apprehension in “non-emergency” situations needed to comply with principles of fundamental justice — Whether fair and prompt post-apprehension hearing needed to comply with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Child and Family Services Act, S.M. 1985-86, c. 8, s. 21(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Child protection — Apprehension of*

**K.L.W.** *Appelante*

c.

**Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg** *Intimé*

et

**Le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba et le procureur général de la Colombie-Britannique** *Intervenants***RÉPERTORIÉ: OFFICE DES SERVICES À L'ENFANT ET À LA FAMILLE DE WINNIPEG c. K.L.W.****Référence neutre: 2000 CSC 48.**

N° du greffe: 26779.

2000: 25 février; 2000: 13 octobre.

Présents: Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Sécurité de la personne — Justice fondamentale — Protection de l'enfant — Appréhension de l'enfant — Législation provinciale conférant à l'État le pouvoir d'appréhender un enfant sans autorisation judiciaire préalable «en l'absence d'urgence» lorsqu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire que l'enfant a besoin de protection — L'appréhension d'un enfant porte-t-elle atteinte aux droits des parents à la sécurité de leur personne? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle contraire aux principes de justice fondamentale? — Les principes de justice fondamentale exigent-ils une autorisation judiciaire préalable aux appréhensions «en l'absence d'urgence»? — Les principes de justice fondamentale exigent-ils la tenue d'une audience prompte et équitable après l'appréhension? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 21(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Protection de l'enfant — Appréhension*

*child — Post-apprehension hearing — Six-month delay between apprehension of child and child protection hearing — Whether delay in post-apprehension child protection hearing infringing parental rights under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Family law — Child protection — Apprehension of child — Provincial legislation providing state with power to apprehend child without prior judicial authorization in “non-emergency” situations based on reasonable and probable grounds that child in need of protection — Whether apprehension of child without prior authorization in non-emergency situations constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Child and Family Services Act, S.M. 1985-86, c. 8, s. 21(1).*

The appellant is the mother of five children. In 1993, she signed a Voluntary Placement Agreement to place her two oldest children into the care of the respondent agency. The children were later returned to the appellant but were subsequently apprehended by the agency on several occasions from 1994 to 1996 on the basis that the appellant was intoxicated, neglecting her children or in contact with former abusive partners. In February 1996, the agency started proceedings seeking an order for the permanent guardianship of the two children. In July 1996, the appellant informed the agency that she was expecting a third child and approximately two weeks before the expected birth date, she agreed to enter a residential facility designed to assist pregnant women. Before the appellant could enter the residential facility, she gave birth to her third child in hospital. Pursuant to s. 21(1) of the Manitoba *Child and Family Services Act*, the agency apprehended the appellant’s one-day-old child.

The appellant immediately sought an injunction to restrain the agency from apprehending the child and a declaration that Part III of the Act is unconstitutional. The appellant claimed that the warrantless apprehension of her child in a non-emergency situation infringed her rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a manner that was not in accordance with the principles of fundamental justice. She also claimed damages under s. 24(1) of the *Charter*. A motion for interim relief was brought before the Court of Queen’s Bench but was adjourned to allow the agency an

*de l’enfant — Audience après appréhension — Délai de six mois écoulé entre l’appréhension de l’enfant et l’audience relative à la protection de l’enfant — Le délai de l’audience relative à la protection de l’enfant à la suite de l’appréhension porte-t-il atteinte aux droits des parents garantis par l’art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?*

*Droit de la famille — Protection de l’enfant — Appréhension de l’enfant — Législation provinciale conférant à l’État le pouvoir d’appréhender un enfant sans autorisation judiciaire préalable «en l’absence d’urgence» lorsqu’il y a des motifs raisonnables et probables de croire que l’enfant a besoin de protection — L’appréhension d’un enfant sans autorisation judiciaire préalable en l’absence d’urgence est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur les services à l’enfant et à la famille, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 21(1).*

L’appelante est mère de cinq enfants. En 1993, elle a signé une entente de placement volontaire pour confier ses deux premiers enfants à l’Office intimé. L’Office lui a ensuite remis les deux enfants, mais ceux-ci ont par la suite été appréhendés à plusieurs reprises de 1994 à 1996, au motif que l’appelante était ivre et négligeait ses enfants, ou qu’elle était en contact avec d’anciens conjoints violents. En février 1996, l’Office institue des procédures visant l’obtention d’une ordonnance de tutelle permanente relativement aux deux enfants. En juillet 1996, l’appelante informe l’Office qu’elle attend un troisième enfant et, environ deux semaines avant la naissance prévue de l’enfant, elle accepte d’aller vivre dans un établissement résidentiel conçu pour aider les femmes enceintes. Avant que l’appelante n’emménage dans l’établissement résidentiel, elle donne naissance à son troisième enfant à l’hôpital. En vertu du par. 21(1) de la *Loi sur les services à l’enfant et à la famille* du Manitoba, l’Office appréhende l’enfant âgé d’un jour.

L’appelante dépose immédiatement une demande d’injonction interdisant à l’Office d’appréhender l’enfant, ainsi qu’une demande visant à faire déclarer inconstitutionnelle la partie III de la Loi. L’appelante soutient que l’appréhension sans mandat de son enfant en l’absence d’urgence porte atteinte à ses droits garantis par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* d’une manière qui n’est pas compatible avec les principes de justice fondamentale. Elle réclame aussi des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Une requête pour mesures intérimaires est

opportunity to respond. The appellant unsuccessfully sought a mandatory injunction requiring the agency to return the child to her. At her request, the lawsuit was consolidated with the child protection proceedings initiated by the agency with respect to her first two children. The agency then served the appellant with a petition and notice of hearing to determine whether the infant child was in need of protection. After a number of adjournments and pre-trial conferences, the child protection hearing was held approximately six months after the child's apprehension. The trial judge dismissed the constitutional challenge under s. 7 of the *Charter* and ordered that the agency be appointed permanent guardian of all three children. The Manitoba Court of Appeal upheld the trial judge's decision. The issue in this appeal is whether the principles of fundamental justice applicable in the child protection context require prior judicial authorization of apprehensions in "non-emergency" situations.

*Held* (McLachlin C.J. and Arbour J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache and Binnie JJ.: The s. 7 analysis is a contextual one and, while parents' and children's rights and responsibilities must be balanced together with children's right to life and health and the state's responsibility to protect children, the underlying philosophy and policy of the legislation must be kept in mind when interpreting it and determining its constitutional validity.

Since s. 21(1) of *The Child and Family Services Act* provides for the apprehension of a child from parental care, it contemplates an infringement of the right to security of the person which can only be carried out in accordance with the principles of fundamental justice. In determining what the principles of fundamental justice require with respect to the threshold for apprehension without prior judicial authorization, it is necessary to balance the following factors: (1) the seriousness of the interests at stake; (2) the difficulties associated with distinguishing emergency from non-emergency child protection situations; and (3) an assessment of the risks to children associated with adopting an "emergency" threshold, as opposed to the benefits of prior judicial authorization.

présentée devant la Cour du Banc de la Reine, mais son audition est ajournée pour permettre à l'Office de répondre. La requête en injonction de l'appelante requérant l'Office de lui remettre son enfant est rejetée. À la demande de l'appelante, sa poursuite a été jointe aux procédures de protection des enfants instituées par l'Office relativement à ses deux premiers enfants. Par la suite, l'Office signifie à l'appelante une demande et un avis d'audience pour déterminer si le nouveau-né a besoin de protection. Après un certain nombre d'ajournements et de conférences préparatoires, l'audience relative à la demande de protection a été tenue environ six mois après l'apprehension de l'enfant. Le juge de première instance rejette la contestation constitutionnelle fondée sur l'art. 7 de la *Charte* et nomme l'Office tuteur permanent des trois enfants. La Cour d'appel du Manitoba a confirmé la décision du juge de première instance. La question en litige dans le présent pourvoi consiste à savoir si les principes de justice fondamentale applicables en matière de protection de l'enfance exigent une autorisation judiciaire préalable à l'apprehension «en l'absence d'urgence».

*Arrêt* (le juge en chef McLachlin et le juge Arbour dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache et Binnie: L'analyse fondée sur l'art. 7 doit être contextuelle et, bien qu'il faille pondérer à la fois les droits et les responsabilités des parents et des enfants par rapport au droit des enfants à la vie et à la santé et à la responsabilité de l'État de les protéger, il faut avoir à l'esprit la philosophie et les principes qui sous-tendent la loi lorsqu'il s'agit de l'interpréter et d'en déterminer la constitutionnalité.

Étant donné que le par. 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* prévoit l'enlèvement d'un enfant à ses parents, il vise une atteinte au droit à la sécurité de la personne qui ne peut avoir lieu que conformément aux principes de justice fondamentale. Pour déterminer quel est le seuil requis par les principes de justice fondamentale pour une apprehension sans autorisation judiciaire préalable, il est nécessaire de soupeser les facteurs suivants: (1) l'importance des intérêts en jeu; (2) la difficulté de distinguer l'urgence de l'absence d'urgence dans les cas de protection d'enfants; (3) l'évaluation des risques que présente pour les enfants l'adoption du critère d'urgence, par opposition aux avantages de l'autorisation judiciaire préalable.

The interests at stake in cases of apprehension are of the highest order, given the impact that state action involving the separation of parents and children may have on all of their lives. From the child's perspective, state action in the form of apprehension seeks to ensure the protection, and indeed the very survival, of another interest of fundamental importance: the child's life and health. Given that children are highly vulnerable members of our society, and given society's interest in protecting them from harm, fair process in the child protection context must reflect the fact that children's lives and health may need to be given priority where the protection of these interests diverges from the protection of parents' rights to freedom from state intervention. The interests at stake in the child protection context dictate a somewhat different balancing analysis from that undertaken with respect to the accused's s. 7 and s. 8 *Charter* rights in the criminal context. Moreover, the state's protective purpose in apprehending a child is clearly distinguishable from the state's punitive purpose in the criminal context. These distinctions should make courts reluctant to import procedural protections developed in the criminal context into the child protection context.

In determining the appropriate threshold for apprehension without prior judicial authorization, a number of factors specific to the child protection context must be considered, including the evidentiary difficulties and time pressures associated with child protection situations. The state must be able to take preventive action to protect children and should not always be required to wait until a child has been seriously harmed before being able to intervene. Requiring prior judicial authorization in "non-emergency" situations, assuming that they can be distinguished from "emergency" situations may impede pro-active intervention by placing the burden on the state to justify intervention in situations of arguably "non-imminent", yet serious, danger to the child. These factors point to serious harm, or risk of serious harm as an appropriate threshold for apprehension without prior judicial authorization. Adopting an "emergency" threshold as the constitutional minimum for apprehension without prior judicial authorization would risk allowing significant danger to children's lives and health.

The inappropriateness of an "emergency" threshold for apprehension without prior judicial authorization is

Les intérêts en jeu dans les cas d'apprehension sont de la plus haute importance, compte tenu des répercussions que l'action de l'État comportant la séparation des parents de leurs enfants peut avoir sur toute leur vie. Du point de vue de l'enfant, l'action de l'État, sous forme d'apprehension, vise à assurer la protection, sinon la survie d'un autre droit d'une importance fondamentale: la vie de l'enfant et sa santé. Étant donné que les enfants sont des individus très vulnérables dans notre société et étant donné l'intérêt qu'a la société à les protéger contre tout préjudice, le processus équitable dans le contexte de la protection des enfants doit tenir compte du fait qu'il faut parfois accorder la priorité à leur vie et à leur santé lorsque la protection de ces intérêts diverge de celle du droit des parents d'être à l'abri de l'intervention de l'État. Les intérêts en jeu dans le contexte de la protection des enfants dictent une analyse quelque peu différente de celle entreprise dans le contexte criminel relativement aux droits garantis à l'accusé par les art. 7 et 8 de la *Charte*. De plus, l'objectif de protection visé par l'État lorsqu'il appréhende un enfant se distingue manifestement du but punitif qu'il vise dans le contexte criminel. Du fait de ces distinctions, les tribunaux devraient hésiter à appliquer au contexte de la protection des enfants des protections procédurales élaborées dans le contexte criminel.

Nombre de facteurs propres au contexte de la protection des enfants doivent être considérés lorsqu'il s'agit de déterminer le seuil approprié pour une appréhension sans autorisation judiciaire préalable, notamment les difficultés de preuve et les contraintes de temps dans les cas de protection d'enfants. L'État doit pouvoir prendre des mesures préventives pour protéger les enfants et ne doit pas toujours avoir à attendre que l'enfant subisse un préjudice grave avant d'être à même d'intervenir. Exiger une autorisation judiciaire préalable «en l'absence d'urgence», en supposant que la distinction soit possible, peut empêcher une intervention proactive en obligeant l'État à justifier l'intervention dans des situations où il y aurait un danger «non immédiat», mais néanmoins grave, pour l'enfant. Ces facteurs dénotent un préjudice grave ou un risque de préjudice grave comme seuil approprié justifiant l'apprehension sans autorisation judiciaire préalable. L'adoption du critère d'«urgence» comme étant le minimum autorisé par la Constitution pour l'apprehension sans autorisation judiciaire préalable pourrait créer un grave danger pour la vie et la santé des enfants.

La conclusion selon laquelle le critère d'«urgence» n'est pas le critère approprié pour l'apprehension sans

further supported by an assessment of the risks to children associated with adopting an “emergency” threshold, as opposed to the benefits of prior judicial authorization. If court supervision occurs post-apprehension, the risk of a wrongful infringement of rights lies with both parents and children. In contrast, if a prior judicial authorization of apprehension is required in so-called “non-emergency” situations, the risk inherent in the process of obtaining such authorization would fall primarily on the child, who should never be placed in such jeopardy. A wrongful apprehension does not give rise to the same risk of serious, and potentially even fatal, harm to a child, as would an inability on the part of the state to intervene promptly when a child is at risk of serious harm. Even in situations of non-imminent danger, the risks posed to the child’s life and health by the delays associated with a prior hearing, compounded by the evidentiary difficulties, more than outweigh the benefits of a hearing. They render prior notice and a hearing unfeasible with respect to apprehension in the child protection context. Furthermore, while there may be valid policy justifications for requiring *ex parte* authorization for apprehensions in so-called “non-emergency” child protection situations, for the purposes of the s. 7 constitutional analysis, the procedural protections against state interference provided by prior *ex parte* authorization do not enhance the fairness of the apprehension process sufficiently to outweigh the countervailing interests of, and potential risks to, a child who may be in need of the state’s protection.

In sum, the “emergency” threshold is not the appropriate minimum s. 7 threshold for apprehension without prior judicial authorization. Rather, where a statute provides that apprehension may occur without prior judicial authorization in situations of serious harm or risk of serious harm to the child, the statute will not necessarily offend the principles of fundamental justice. Determining whether a specific statute establishes such a minimum threshold will require an examination of the relevant provisions in their legislative context.

While the infringement of a parent’s right to security of the person caused by the interim removal of his or her child through apprehension in situations of harm or risk of serious harm to the child does not require prior judicial authorization, the seriousness of the interests at stake demands that the resulting disruption of the

autorisation judiciaire préalable est aussi confirmée par l’évaluation des risques pour les enfants que crée l’adoption d’un tel critère, par opposition aux avantages que présente l’autorisation judiciaire préalable. Si la surveillance des tribunaux intervient après l’appréhension, les parents et les enfants risquent de voir leurs droits violés de façon injustifiée. Par contre, si une autorisation judiciaire préalable d’appréhension était requise «en l’absence d’urgence», c’est principalement l’enfant qui est exposé au risque inhérent à l’obtention d’une telle autorisation, alors qu’il ne devrait jamais être placé dans une telle situation. Une appréhension injustifiée n’entraîne pas pour l’enfant le même risque de préjudice sérieux, voire fatal, qu’entraînerait l’incapacité de l’État d’intervenir rapidement lorsque l’enfant risque de subir un préjudice grave. Même dans les situations de danger non immédiat, les risques que présentent pour la santé et la vie de l’enfant les délais liés à l’audience préalable et les difficultés de preuve dépassent de loin les avantages d’une audience. Ils rendent impossibles le préavis et l’audience relatifs à l’appréhension dans le contexte de la protection des enfants. En outre, bien qu’il puisse y avoir des justifications de principe valables exigeant une autorisation *ex parte* pour l’appréhension faite «en l’absence d’urgence» pour la protection des enfants, aux fins de l’analyse constitutionnelle de l’art. 7, les protections procédurales contre l’intervention de l’État fournies par l’autorisation *ex parte* ne rehaussent pas suffisamment le caractère équitable du processus inhérent à l’appréhension pour l’emporter sur les intérêts opposés d’un enfant susceptible d’avoir besoin de la protection de l’État et sur les risques éventuels auxquels il peut être exposé.

Essentiellement, le critère minimal approprié exigé par l’art. 7 pour l’appréhension sans autorisation judiciaire préalable n’est pas le critère d’«urgence». Il s’agit plutôt de savoir que dans les cas où la loi prévoit que l’appréhension peut avoir lieu sans autorisation judiciaire préalable dans des situations où il y a préjudice grave ou risque de préjudice grave pour l’enfant, il n’y aura pas nécessairement atteinte aux principes de justice fondamentale. Pour déterminer si une loi établit un tel critère minimal, il faut examiner les dispositions pertinentes dans leur contexte législatif.

Bien que l’atteinte au droit des parents à la sécurité de leur personne du fait du retrait temporaire de leur enfant par voie d’appréhension dans les situations où il y a préjudice ou risque de préjudice grave pour l’enfant ne requière pas d’autorisation judiciaire préalable, l’importance des intérêts en jeu exige que la perturbation de la

parent-child relationship be minimized as much as possible by a fair and prompt post-apprehension hearing. This is the minimum procedural protection mandated by the principles of fundamental justice in the child protection context.

Section 21(1) of *The Child and Family Services Act*, evaluated in its social and legislative context, is constitutional. When read as a whole, the Act provides for apprehension as a measure of last resort in cases where child protection authorities have reasonable and probable grounds to believe that the child is at risk of serious harm. The Act's provisions also conform to the requirement for a fair and prompt post-apprehension hearing. Finally, the delays of the post-apprehension child protection hearing did not violate the appellant's s. 7 *Charter* rights. The six-month delay prior to the hearing to determine whether the child was in need of protection appears, on its face, to be highly unreasonable, particularly in the case of a newborn child. Much of the delay in this case, however, was attributable to the failure of the appellant's counsel to appear at a case conference. In addition, the appellant's motion to consolidate proceedings and difficulties in assembling counsel for all interested parties explain a good deal of the delay. In any event, the appellant suffered no prejudice due to the delay in the protection proceedings. Her challenge of the agency's apprehension by prerogative writ was disposed of within 10 days of the apprehension and resulted in a finding that the child was in need of protection.

*Per* McLachlin C.J. and Arbour J. (dissenting): The appellant's security of the person was infringed by the warrantless apprehension of her infant and the apprehension was not carried out in accordance with the principles of fundamental justice. Prior judicial authorization for the non-emergency apprehension of children in need of protection is constitutionally necessary, in order to protect both parents and children from unreasonable state interference with their security of the person.

The principles of fundamental justice have both a substantive and a procedural component. To satisfy the substantive content of fundamental justice in the child protection context, the apprehension of a child by a state

relation parents-enfant soit réduite le plus possible, de là l'exigence d'une audience équitable et rapide après l'apprehension. Il s'agit d'une protection procédurale minimale imposée par les principes de justice fondamentale dans le contexte de la protection des enfants.

Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, d'après ses contextes social et législatif, est constitutionnel. Lue dans son ensemble, la Loi prévoit que l'apprehension est une mesure de dernier ressort dans les cas où les autorités de la protection de l'enfance ont des motifs raisonnables et probables de croire que l'enfant risque de subir un préjudice grave. Les dispositions de la Loi sont également conformes à l'exigence d'audience prompte et équitable après l'apprehension. Enfin, les délais encourus quant à la tenue, après l'apprehension, de l'audience relative à la protection de l'enfant n'ont pas porté atteinte aux droits garantis à l'appelante par l'art. 7 de la *Charte*. Le délai de six mois qui s'est écoulé avant l'audience visant à déterminer si l'enfant avait besoin de protection paraît, à première vue, extrêmement déraisonnable, d'autant plus qu'il s'agissait d'un nouveau-né. Toutefois, une bonne partie du délai encouru en l'espèce est dû au fait que l'avocat de l'appelante ne s'est pas présenté à une conférence préparatoire. En outre, la requête de l'appelante demandant la jonction des instances ainsi que la difficulté de réunir les avocats des parties intéressées expliquent en grande partie le délai écoulé avant l'audience. Quoi qu'il en soit, l'appelante n'a subi aucun préjudice en raison du délai des procédures de protection. Sa contestation par un bref de prérogative de l'apprehension par l'Office a été tranchée dans les 10 jours suivant l'apprehension et a donné lieu à la conclusion que l'enfant avait besoin de protection.

*Le* juge en chef McLachlin et le juge Arbour (dissidentes): L'apprehension sans mandat de l'enfant de l'appelante porte atteinte au droit de celle-ci à la sécurité de sa personne et n'a pas eu lieu en conformité avec les principes de justice fondamentale. Une autorisation judiciaire préalable en l'absence d'urgence, dans le cas d'enfants ayant besoin de protection, est constitutionnellement nécessaire pour protéger tant les parents que les enfants contre une ingérence déraisonnable de l'État qui porterait atteinte à la sécurité de leur personne.

Les principes de justice fondamentale touchent autant le fond que la procédure. Pour respecter la teneur des principes de justice fondamentale dans le contexte de la protection de l'enfant, l'apprehension d'un enfant par un

agency requires an evaluation of the best interests of the child, in addition to the apprehending party having reasonable and probable grounds for believing the child is in need of protection. Procedural fairness is also included in the principles of fundamental justice. Both the parent's interest in raising his or her child free from unwarranted state intrusion and the child's right to have his or her interests protected must be considered when determining whether or not a warrantless apprehension is consistent with the principles of fundamental justice. However, when they appear to conflict, these interests must be balanced against each other and against the interest of society in the child protection context. While the child's interest in being protected from harm is of great significance, it is equally important to recognize the child's interest in remaining with his or her parents and that harm may come to the child from precipitous and misguided state interference. Removing children from their parents' care may have profoundly detrimental consequences for the child. There is a strong interest in democratic societies to ensure that state actors cannot remove children from their parents' care without legal grounds to do so.

A prompt, post-apprehension hearing on its own is not sufficient to make the warrantless, non-emergency apprehension of a child constitutional under s. 7 of the *Charter*. Where such fundamental interests as the right to raise one's own child and the continuity of family relationships are at stake, the principles of fundamental justice require that the person who authorizes the apprehension of the child must make that decision on an impartial basis, which requires that the person who decides to apprehend cannot be in the position of both investigator and adjudicator. The procedural safeguards developed under s. 8 of the *Charter* for the protection of the individual's right to be free from unwarranted state intrusion provide useful guidance in determining what constitutes principles of fundamental justice in the child protection context: where state action impinges on the *Charter*-protected rights of individuals, procedural safeguards must be in place to ensure that the state action is well-founded and assessed by an independent arbiter. Under Part III of *The Child and Family Services Act*, the director or a representative of the agency, as well as a peace officer, is empowered to act as both investigator of whether a child is in need of protection and adjudicator of whether or not the need for protection has risen to the level where the child must be removed from his or her parent's care. The conflation of these two roles within the same agency seriously undermines the ability

organisme étatique exige une détermination préalable de son intérêt supérieur, en plus de motifs raisonnables et probables de croire que l'enfant a besoin de protection. Les principes de justice fondamentale englobent également l'équité procédurale. Le droit des parents d'élever leurs enfants sans ingérence injustifiée de l'État et le droit de l'enfant à la protection de son intérêt supérieur doivent tous deux être pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si l'apprehension sans mandat est compatible avec les principes de justice fondamentale. Cependant, lorsque ces droits paraissent s'opposer, ils doivent être pondérés l'un par rapport à l'autre, de même que par rapport à l'intérêt de la société dans le contexte de la protection de l'enfant. Bien que le droit de l'enfant d'être protégé soit d'une grande importance, il est tout aussi important de reconnaître son droit de demeurer avec ses parents et le préjudice qu'il pourrait subir du fait de l'ingérence précipitée et malavisée de l'État. La séparation des enfants de leurs parents peut avoir de profondes répercussions préjudiciables à l'enfant. Les sociétés démocratiques ont un grand intérêt à veiller à ce que les acteurs gouvernementaux ne retirent pas aux parents la garde de leurs enfants sans motifs juridiques.

La tenue rapide d'une audition après l'apprehension ne suffit pas à rendre constitutionnelle en vertu de l'art. 7 de la *Charte* l'apprehension sans mandat d'un enfant en l'absence d'urgence. Lorsque des droits aussi fondamentaux que celui d'élever soi-même son enfant et celui de maintenir des liens familiaux stables sont en jeu, les principes de justice fondamentale exigent que la personne qui autorise l'apprehension de l'enfant prenne cette décision de façon impartiale, ce qui signifie qu'elle ne peut être à la fois enquêteur et arbitre. On peut s'inspirer des garanties procédurales élaborées en vertu de l'art. 8 de la *Charte* pour la protection du droit de l'individu de ne pas subir d'ingérences injustifiées de la part de l'État pour déterminer ce qu'exigent les principes de justice fondamentale en matière de protection de l'enfance: lorsqu'une mesure étatique porte atteinte aux droits d'un individu protégés par la *Charte*, il faut qu'il existe des garanties procédurales qui permettent de veiller à ce qu'elle soit fondée et à ce qu'elle soit examinée par un arbitre indépendant. En vertu de la partie III de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, le Directeur, un représentant de l'office ou un agent de la paix a le pouvoir de jouer à la fois le rôle d'enquêteur pour déterminer si l'enfant a besoin de protection et celui d'arbitre pour décider si le besoin de protection de l'enfant est devenu tel qu'il convient de le retirer à ses parents. Comme la fusion de ces deux rôles au sein du

of these investigators to act impartially and, consequently, risks the possibility that the statutory requirement of reasonable and probable grounds will be diluted, possibly to the extent that children may be apprehended on the basis of suspicion.

Before the state can act to apprehend a child in a non-emergency situation, it must apply to the court for a warrant, and may do so on an *ex parte* basis if notice is not desirable. An *ex parte* application to an independent and impartial judicial officer for a warrant authorizing the agency to apprehend the child is an important procedural safeguard in the context of non-emergency apprehension and would provide some assurance to families experiencing a dramatic disruption to their lives at the hands of the state that this disruption is being conducted in a manner that is procedurally fair and constitutionally sound. An independent judicial scrutiny of the appropriateness of the apprehension will also serve to ensure that child protection agencies act on reasonable and probable grounds that they can articulate, before initiating an apprehension in a non-emergency situation. Furthermore, an impartial review would ensure that apprehension remains a measure of last resort. In this case, an *ex parte* application would have been possible without creating an unacceptable risk to the infant. There was ample time for the agency to seek a prior judicial authorization of the apprehension, with no risk to the infant, who during this time was in hospital where he and his mother were under medical supervision.

Finally, it is possible to distinguish between child protection emergencies and non-emergencies and to provide for measures that would obviate the risks to children associated with obtaining prior judicial authorization in non-exigent circumstances. While “emergency” may be a standard of some fluidity, courts have interpreted terms such as “substantial risk of harm” with enough consistency to provide guidance to both agencies and families. Many provinces do require prior judicial authorization for the removal of a child from the parent’s care, except in emergency situations.

Section 21(1) of the Act violates s. 7 of the *Charter* and is not justified under s. 1 of the *Charter*. Section 21(1) should be modified to replace the words “without a warrant” with the words “with a warrant”. The appel-

même organisme mine considérablement la capacité de ces enquêteurs d’agir de façon impartiale, il est possible que l’exigence légale des motifs raisonnables et probables en soit diluée, à tel point que des enfants risquent d’être appréhendés sur la base d’un simple soupçon.

Avant d’appréhender un enfant en l’absence d’urgence, l’État doit demander un mandat à la cour, agissant *ex parte* s’il n’est pas souhaitable de donner un préavis. L’obligation de présenter une demande *ex parte* à un officier de justice indépendant et impartial autorisant l’office à appréhender l’enfant est une garantie procédurale importante dans le contexte d’une appréhension en l’absence d’urgence et fournirait une certaine garantie aux familles faisant l’objet d’une ingérence radicale de l’État dans leur vie privée que cette ingérence est équitable sur le plan de la procédure et valable sur le plan constitutionnel. Un examen judiciaire indépendant de l’opportunité de l’appréhension permettra également de veiller à ce que l’office de protection de l’enfant agisse selon des motifs raisonnables et probables, qu’elle pourra exposer avant de procéder à une appréhension en l’absence d’urgence. En outre, un examen impartial ferait en sorte que l’appréhension demeure une mesure de dernier recours. En l’espèce, il aurait été possible de présenter une demande *ex parte* sans faire courir à l’enfant un risque inacceptable. L’Office avait amplement le temps de demander une autorisation judiciaire préalable pour l’appréhension de l’enfant sans que ce dernier coure de risque, car il se trouvait alors à l’hôpital, où lui-même et sa mère étaient sous surveillance médicale.

Enfin, il est possible de distinguer l’urgence de l’absence d’urgence et de prévoir des mesures permettant de parer aux risques que présente pour l’enfant l’obtention d’une autorisation judiciaire préalable en l’absence d’urgence. Si la norme de l’«urgence» comporte une certaine part de fluidité, les tribunaux ont interprété des expressions comme «risque considérable de préjudice» de façon assez constante pour fournir des lignes directrices tant aux offices qu’aux familles. De nombreuses provinces exigent l’autorisation judiciaire préalable pour retirer au parent son enfant, sauf dans des situations urgentes.

Le paragraphe 21(1) de la Loi porte atteinte à l’art. 7 de la *Charte* et n’est pas justifié au regard de l’article premier de la *Charte*. Il est préférable de modifier le par. 21(1) en remplaçant «sans mandat» par «après avoir



lant's requests for damages and a declaration of invalidity of Part III of the Act are inappropriate.

### Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606; *T. v. Alberta (Director of Child Welfare)* (2000), 188 D.L.R. (4th) 603; *C. (J.M.N.) v. Winnipeg Child & Family Services (Central)* (1997), 33 R.F.L. (4th) 175; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Wallis v. Spencer*, 202 F.3d 1126 (2000); *Dietz v. Damas*, 932 F.Supp. 431 (1996); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Gareau v. British Columbia (Superintendent of Family and Child Services)* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 352, aff'd (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 215; *In re H. (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)*, [1996] A.C. 563; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *S. (B.) v. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)* (1998), 38 R.F.L. (4th) 138; *Miller v. City of Philadelphia*, 174 F.3d 368 (1999); *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; *Re Agar, McNeilly v. Agar*, [1958] S.C.R. 52; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Family and Children's Services of Kings County v. E.D.*

obtenu un mandat». Les dommages-intérêts demandés par l'appelante et l'obtention d'une ordonnance déclarant invalide la partie III de la Loi sont inappropriés.

### Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606; *T. c. Alberta (Director of Child Welfare)* (2000), 188 D.L.R. (4th) 603; *C. (J.M.N.) c. Winnipeg Child & Family Services (Central)* (1997), 33 R.F.L. (4th) 175; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Wallis c. Spencer*, 202 F.3d 1126 (2000); *Dietz c. Damas*, 932 F.Supp. 431 (1996); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Gareau c. British Columbia (Superintendent of Family and Child Services)* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 352, conf. par (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 215; *In re H. (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)*, [1996] A.C. 563; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *S. (B.) c. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)* (1998), 38 R.F.L. (4th) 138; *Miller c. City of Philadelphia*, 174 F.3d 368 (1999); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; *Re Agar, McNeilly c. Agar*, [1958] R.C.S. 52; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990]

(1988), 86 N.S.R. (2d) 205; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

By Arbour J. (dissenting)

*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *S. (B.) v. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)* (1998), 38 R.F.L. (4th) 138; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 8, 24(1).  
*Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 40(2), (7).  
*Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. 8, Declaration of Principles, ss. 4, 7, 9, Parts II, III, ss. 2(1) [am. 1992, c. 28, s. 3], 4(1)(d), (e), 17 [am. 1986-87, c. 19, s. 8; rep. & sub. 1989-90, c. 3, s. 3; am. 1997, c. 47, s. 131], 21(1), (2), (3), 24, 26(3), 27(1), 29(1) [rep. & sub. 1997, c. 48, s. 16], (2), 30 to 37, 45(3) [rep. & sub. 1997, c. 48, s. 23].  
*Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, c. C-7.2, s. 17.  
*Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, ss. 19, 27(1), 30.  
*Child Welfare Act*, S.A. 1984, c. C-8.1, ss. 2, 17.  
*Child, Youth and Family Services Act*, S.N. 1998, c. C-12.1, ss. 23(1), (3), 25.  
*Children's Act*, R.S.Y. 1986, c. 22, s. 119(1), (3), (4).  
*Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, ss. 33, 34(1), (3).  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, Book 1.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, Art. 3(1).

1 R.C.S. 425; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Family and Children's Services of Kings County c. E.D.* (1988), 86 N.S.R. (2d) 205; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Citée par le juge Arbour (dissidente)

*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Renvoi: Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *S. (B.) c. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)* (1998), 38 R.F.L. (4th) 138; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 8, 24(1).  
*Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, ch. C-7.2, art. 17.  
*Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 19, 27(1), 30.  
*Child Welfare Act*, S.A. 1984, ch. C-8.1, art. 2, 17.  
*Child, Youth and Family Services Act*, S.N. 1998, ch. C-12.1, art. 23(1), (3), 25.  
*Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 33, 34(1), (3).  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, Livre premier.  
*Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3(1).  
*Family and Child Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2, art. 15(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 14, art. 7].  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi sur l'enfance*, L.R.Y. 1986, ch. 22, art. 119(1), (3), (4).  
*Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., ch. P-34.1, art. 3, 35.3, 45, 46.  
*Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 40(2), (7).  
*Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 33(1), (2).

*Family and Child Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2, s. 15(1) [rep. & sub. 1990, c. 14, s. 7].

*Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, s. 33(1), (2).

*Youth Protection Act*, R.S.Q., c. P-34.1, ss. 3, 35.3, 45, 46.

*Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8, Déclaration de principes, art. 4, 7, 9, parties II, III, art. 2(1) [mod. 1992, ch. 28, art. 3], 4(1)(d), (e), 17 [mod. 1986-87, ch. 19, art. 8; abr. & rempl. 1989-90, ch. 3, art. 3; mod. 1997, ch. 47, art. 131], 21(1), (2), (3), 24, 26(3), 27(1), 29(1) [abr. & rempl. 1997, ch. 48, art. 16], (2), 30 à 37, 45(3) [abr. & rempl. 1997, ch. 48, art. 23].

### Authors Cited

Bala, Nicholas. "An Introduction to Child Protection Problems". In Nicholas Bala, Joseph P. Hornick and Robin Vogl, eds., *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State*. Toronto: Thompson Educational Publishing, 1991, 1.

Bala, Nicholas. "Reforming Ontario's *Child and Family Services Act*: Is the Pendulum Swinging Back Too Far?" (1999-2000), 17 *C.F.L.Q.* 121.

Barnhorst, Dick, and Bernd Walter. "Child Protection Legislation in Canada". In Nicholas Bala, Joseph P. Hornick and Robin Vogl, eds., *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State*. Toronto: Thompson Educational Publishing, 1991, 17.

Bernstein, Marvin M., Lynn M. Kirwin and Helen Bernstein. *Child Protection Law in Canada*. Toronto: Carswell, 1990 (loose-leaf updated 2000, release 1).

British Columbia. Ministry of Social Services. Gove Inquiry into Child Protection. *Report of the Gove Inquiry into Child Protection in British Columbia*. Vancouver: The Inquiry, 1995.

Canada. Law Commission. *Restoring Dignity: Responding to Child Abuse in Canadian Institutions*. Ottawa: Law Commission of Canada, 2000.

Canada. Statistics Canada. *Family Violence in Canada: A Statistical Profile 2000*. Ottawa: Canadian Centre for Justice Statistics, 2000.

Fodden, Simon R. *Family Law*. Toronto: Irwin Law, 1999.

Fortin, Jane. *Children's Rights and the Developing Law*. London: Butterworths, 1998.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1999, release 1).

*La protection de l'enfant: évolution*. Sherbrooke: Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1999.

MacMillan, H. L., et al. "Prevalence of Child Physical and Sexual Abuse in the Community: Results From the Ontario Health Supplement" (1997), 278 *JAMA* 131.

### Doctrine citée

Bala, Nicholas. «An Introduction to Child Protection Problems». In Nicholas Bala, Joseph P. Hornick and Robin Vogl, eds., *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State*. Toronto: Thompson Educational Publishing, 1991, 1.

Bala, Nicholas. «Reforming Ontario's *Child and Family Services Act*: Is the Pendulum Swinging Back Too Far?» (1999-2000), 17 *C.F.L.Q.* 121.

Barnhorst, Dick, and Bernd Walter. «Child Protection Legislation in Canada». In Nicholas Bala, Joseph P. Hornick and Robin Vogl, eds., *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State*. Toronto: Thompson Educational Publishing, 1991, 17.

Bernstein, Marvin M., Lynn M. Kirwin and Helen Bernstein. *Child Protection Law in Canada*. Toronto: Carswell, 1990 (loose-leaf updated 2000, release 1).

Canada. Commission du droit. *La dignité retrouvée: la réparation des sévices infligés aux enfants dans des établissements canadiens*. Ottawa: Commission du droit du Canada, 2000.

Canada. Statistique Canada. *La violence familiale au Canada: un profil statistique 2000*. Ottawa: Centre canadien de la statistique juridique, 2000.

Colombie-Britannique. Ministry of Social Services. Gove Inquiry into Child Protection. *Report of the Gove Inquiry into Child Protection in British Columbia*. Vancouver: The Inquiry, 1995.

Fodden, Simon R. *Family Law*. Toronto: Irwin Law, 1999.

Fortin, Jane. *Children's Rights and the Developing Law*. London: Butterworths, 1998.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1999, release 1).

*La protection de l'enfant: évolution*. Sherbrooke: Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1999.

MacMillan, H. L., et al. «Prevalence of Child Physical and Sexual Abuse in the Community: Results From the Ontario Health Supplement» (1997), 278 *JAMA* 131.

- Manitoba. Family Services. Child and Family Services Act Review Committee. *Report of the Child and Family Services Act Review Committee on the Community Consultation Process*. Winnipeg: The Ministry, 1997.
- Manitoba. Family Services. *Third Annual Report of the Children's Advocate, 1995/96*. Winnipeg: The Ministry, 1996.
- Ontario Association of Children's Aid Societies. *Ontario Child Mortality Task Force — Final Report*. Special edition supplement to the Journal of the Ontario Association of Children's Aid Societies, July 1997.
- Ontario. Panel of Experts on Child Protection. *Protecting Vulnerable Children: Report of the Panel of Experts on Child Protection*. By Mary Jane Hatton. Toronto: Ministry of Community and Social Services, 1998.
- Rycus, Judith S., Ronald C. Hughes and Jewell K. Garrison. *Child Protective Services: A Training Curriculum*, vol. 1. Washington: Child Welfare League of America, 1989.
- Steinhauer, Paul D. *The Least Detrimental Alternative: A Systematic Guide to Case Planning and Decision Making for Children in Care*. Toronto: University of Toronto Press, 1991.
- Vogl, Robin. "Initial Involvement". In Nicholas Bala, Joseph P. Hornick and Robin Vogl, eds., *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State*. Toronto: Thompson Educational Publishing, 1991, 33.
- Wissow, L. S. "Current Concepts: Child Abuse and Neglect" (1995), 332 *New Eng. J. Med.* 1425.
- Manitoba. Family Services. Child and Family Services Act Review Committee. *Report of the Child and Family Services Act Review Committee on the Community Consultation Process*. Winnipeg: The Ministry, 1997.
- Manitoba. Family Services. *Third Annual Report of the Children's Advocate, 1995/96*. Winnipeg: The Ministry, 1996.
- Ontario Association of Children's Aid Societies. *Ontario Child Mortality Task Force — Final Report*. Special edition supplement to the Journal of the Ontario Association of Children's Aid Societies, July 1997.
- Ontario. Panel of Experts on Child Protection. *Protecting Vulnerable Children: Report of the Panel of Experts on Child Protection*. By Mary Jane Hatton. Toronto: Ministry of Community and Social Services, 1998.
- Rycus, Judith S., Ronald C. Hughes and Jewell K. Garrison. *Child Protective Services: A Training Curriculum*, vol. 1. Washington: Child Welfare League of America, 1989.
- Steinhauer, Paul D. *Le moindre mal: La question du placement de l'enfant*. Traduit par Denise Marchand. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1996.
- Vogl, Robin. «Initial Involvement». In Nicholas Bala, Joseph P. Hornick and Robin Vogl, eds., *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State*. Toronto: Thompson Educational Publishing, 1991, 33.
- Wissow, L. S. «Current Concepts: Child Abuse and Neglect» (1995), 332 *New Eng. J. Med.* 1425.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1998), 126 Man. R. (2d) 315, 167 W.A.C. 315, 41 R.F.L. (4th) 291, [1998] M.J. No. 254 (QL), dismissing an appeal from a decision of Stefanson J. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Arbour J. dissenting.

*R. Ian Histed*, for the appellant.

*Norm Cuddy, Michael Thomson and Myfanwy Bowman*, for the respondent.

*Dominique Jobin and Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Shawn Greenberg*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1998), 126 Man. R. (2d) 315, 167 W.A.C. 315, 41 R.F.L. (4th) 291, [1998] M.J. No. 254 (QL), qui a rejeté un appel contre une décision du juge Stefanson. Pourvoi rejeté, le juge en chef McLachlin et le juge Arbour sont dissidentes.

*R. Ian Histed*, pour l'appelante.

*Norm Cuddy, Michael Thomson et Myfanwy Bowman*, pour l'intimé.

*Dominique Jobin et Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Shawn Greenberg*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*George H. Copley, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The reasons of McLachlin C.J. and Arbour J. were delivered by

ARBOUR J. (dissenting) —

### I. Introduction

Section 21(1) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. 8, provides for the warrantless apprehension of a child by the director, a representative of a Child and Family Services agency, or a peace officer, who has reasonable and probable grounds to believe that a child is in need of protection. The appellant, K.L.W., whose newborn son was apprehended under this provision in hospital, challenges its constitutionality on the grounds that it violates her right not to be deprived of her liberty or security of the person, except in accordance with the principles of fundamental justice, as guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

My colleague, Justice L'Heureux-Dubé, has found that the impugned provision does not violate s. 7. Although the appellant's s. 7 right to security of the person is infringed by s. 21(1), L'Heureux-Dubé J. concludes that the law accords with the principles of fundamental justice because procedural fairness is satisfied by a prompt, post-apprehension judicial review: see s. 27(1) of the Act. In addition, when balancing the various interests at stake in the child protection context, she places pre-eminent importance on society's interest in protecting children from harm, due to the difficulty and risk of distinguishing, in her view, between emergency and non-emergency situations in child protection.

In contrast to my colleague, I believe that it is possible to distinguish between child protection emergencies and non-emergencies and to provide for measures that would obviate the risks to children associated with obtaining prior judicial authorization in non-exigent circumstances. Fur-

*George H. Copley, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et du juge Arbour rendus par

LE JUGE ARBOUR (dissidente) —

### I. Introduction

Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8 (la «Loi»), prévoit que le Directeur, un représentant d'un office de services à l'enfant et à la famille ou un agent de la paix qui a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection peut l'appréhender sans mandat. L'appelante, K.L.W., dont le fils nouveau-né a été appréhendé à l'hôpital en vertu de cette disposition, en conteste la constitutionnalité au motif qu'elle porte atteinte au droit qui lui est garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de ne pas être privée de sa liberté et de la sécurité de sa personne, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Ma collègue le juge L'Heureux-Dubé conclut que la disposition contestée n'enfreint pas l'art. 7. À son avis, bien que le par. 21(1) porte atteinte au droit de l'appelante à la sécurité de la personne, garanti par l'art. 7, la Loi est conforme aux principes de justice fondamentale, car elle respecte l'équité procédurale en prévoyant une révision judiciaire rapide après l'appréhension: voir le par. 27(1) de la Loi. De plus, lorsqu'elle pondère les divers intérêts en jeu dans le contexte de la protection de l'enfant, elle accorde une importance prééminente à l'intérêt de la société à protéger les enfants, vu la difficulté et le risque qu'il y a, selon elle, à distinguer les situations urgentes des situations non urgentes en matière de protection de l'enfant.

J'estime au contraire qu'il est possible de distinguer l'urgence de l'absence d'urgence et de prévoir des mesures permettant de parer aux risques que présente pour l'enfant l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable en l'absence d'urgence. En outre, contrairement au juge L'Heureux-Dubé,

1

2

3

thermore, I differ from L'Heureux-Dubé J. in that I believe this Court's jurisprudence under s. 8 of the *Charter* does provide useful guidance for articulating a constitutionally valid procedural standard for non-exigent child apprehension under s. 7. I do not agree that an *ex parte* warrant would provide "only a limited enhancement of the fairness of the apprehension process" (para. 113). In my view, prior judicial authorization for the non-emergency apprehension of children in need of protection is constitutionally necessary, in order to protect both parents and children from unreasonable state interference with their security of the person.

## II. Analysis

4 The facts, relevant statutory provisions and history of the case in the courts below are set out in the reasons of my colleague. Rather than repeat them here, I will refer to these aspects of the case as needed in the course of my analysis.

### A. *The Interest Protected*

5 It is common ground that the removal of a child from a parent's custody by the state infringes the parent's right to security of the person, as protected by s. 7. In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, Lamer C.J. recognized that a parent's psychological integrity is seriously affected by the state's decision to remove a child from the parent's care, at para. 61:

Besides the obvious distress arising from the loss of companionship of the child, direct state interference with the parent-child relationship, through a procedure in which the relationship is subject to state inspection and review, is a gross intrusion into a private and intimate sphere. Further, the parent is often stigmatized as "unfit" when relieved of custody. As an individual's status as a parent is often fundamental to personal identity, the stigma and distress resulting from a loss of parental status is a particularly serious consequence of the state's conduct.

The significance of child-rearing to a parent was also recognized by La Forest J. in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995]

j'estime que l'on peut s'inspirer de la jurisprudence de notre Cour sur l'art. 8 de la *Charte* pour énoncer une norme procédurale qui soit constitutionnelle et qui puisse s'appliquer à l'apprehension en l'absence d'urgence en vertu de l'art. 7. Je ne suis pas d'accord qu'un mandat *ex parte* «ne rehausse que de façon limitée le caractère équitable du processus inhérent à l'apprehension» (par. 113). À mon avis, une autorisation judiciaire préalable à l'apprehension d'enfants ayant besoin de protection, en l'absence d'urgence, est constitutionnellement nécessaire pour protéger tant les parents que les enfants contre une ingérence déraisonnable de l'État qui porterait atteinte à la sécurité de leur personne.

## II. L'analyse

En l'espèce, les faits, les dispositions législatives pertinentes et les décisions antérieures sont exposés dans les motifs de ma collègue. Plutôt que de les reprendre en entier, je les citerai au besoin dans le cadre de mon analyse.

### A. *Le droit protégé*

Il est entendu que la décision de l'État de retirer à un parent la garde de son enfant porte atteinte au droit du parent à la sécurité de sa personne, qui est garanti par l'art. 7. Dans *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, le juge en chef Lamer reconnaît que la décision de l'État de retirer à un parent son enfant affecte gravement son intégrité psychologique (au par. 61):

Outre l'affliction évidente causée par la perte de la compagnie de l'enfant, l'ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant, par le biais d'une procédure dans laquelle le lien est examiné et contrôlé par l'État, est une intrusion flagrante dans un domaine privé et intime. De plus, les parents sont souvent marqués comme étant «inaptes» quand on leur retire la garde de leurs enfants. Comme la qualité de parent est souvent fondamentale à l'identité personnelle, la honte et l'affliction résultant de la perte de cette qualité est une conséquence particulièrement grave de la conduite de l'État.

L'importance que revêt pour les parents le fait d'élever l'enfant est également reconnue par le juge La Forest lorsqu'il dit dans *B. (R.) c. Chil-*

1 S.C.R. 315, at para. 83, who observed that “the parental interest in bringing up, nurturing and caring for a child, including medical care and moral upbringing, is an individual interest of fundamental importance to our society”. Similarly, Bastarache J. recently affirmed the parental interest in raising a child as a basic and compelling part of individual autonomy and dignity: *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, at para. 86.

Thus, it is certainly consistent with this Court’s previous s. 7 jurisprudence to conclude that the appellant’s security of the person was infringed by the warrantless apprehension of her infant. What remains to be determined is whether the apprehension was carried out in accordance with the principles of fundamental justice.

#### B. *The Principles of Fundamental Justice*

##### (1) The Substantive Content of Fundamental Justice

In *G. (J.)*, *supra*, at para. 70, Lamer C.J. held that the principles of fundamental justice have both a substantive and a procedural component in the child protection context:

The state may only relieve a parent of custody when it is necessary to protect the best interests of the child, provided that there is a fair procedure for making this determination.

While the arguments of all parties on this appeal have focused largely on the procedural content of the principles of fundamental justice, it is interesting to note that s. 2(1) of the Manitoba Act provides that the best interests of the child shall be the paramount consideration in all proceedings under the Act affecting a child, “other than proceedings to determine whether a child is in need of protection” (emphasis added). This would seem to run contrary to this Court’s holding in *G. (J.)*, *supra*, as well as Art. 3(1) of the UN *Convention on the*

*dren’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, au par. 83, que «le droit des parents d’élever, d’éduquer et de prendre soin de l’enfant, notamment de lui procurer des soins médicaux et de lui offrir une éducation morale, est un droit individuel d’importance fondamentale dans notre société». Dans la même veine, le juge Bastarache a récemment confirmé que le droit des parents d’élever leurs enfants est un élément fondamental de l’autonomie et de la dignité de l’individu: *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, au par. 86.

En conséquence, la conclusion que l’appréhension sans mandat de l’enfant de l’appelante porte atteinte au droit de celle-ci à la sécurité de sa personne est certainement compatible avec la jurisprudence de notre Cour sur l’art. 7. Il reste à déterminer si l’appréhension a eu lieu en conformité avec les principes de justice fondamentale.

#### B. *Les principes de justice fondamentale*

##### (1) L’aspect substantif de la justice fondamentale

Dans *G. (J.)*, précité, au par. 70, le juge en chef Lamer a indiqué que les principes de justice fondamentale touchent autant le fond que la procédure dans le contexte de la protection de l’enfant:

L’État ne peut retirer au parent la garde de son enfant que si cela s’avère nécessaire pour protéger l’intérêt supérieur de l’enfant, pourvu que cette décision soit prise selon une procédure équitable.

Même si les arguments de toutes les parties au présent pourvoi ont principalement porté sur l’aspect procédural des principes de justice fondamentale, il est intéressant de souligner que le par. 2(1) de la Loi prévoit que, dans toute démarche faite en vertu de la Loi à l’égard d’un enfant, l’intérêt supérieur de l’enfant est le critère de décision le plus important, «à l’exception d’une instance instituée afin de déterminer si un enfant a besoin de protection» (je souligne). Cela semble aller à l’encontre de l’arrêt *G. (J.)*, précité, de notre Cour, ainsi que du premier

6

7

*Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, to which Canada is a signatory:

In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

8 Child welfare legislation in other provinces echoes the UN Convention. For example, Alberta's *Child Welfare Act*, S.A. 1984, c. C-8.1, s. 2, requires that any authority or any decision relating to a child in need of protection must be undertaken in the best interests of the child. As well, Quebec's *Youth Protection Act*, R.S.Q., c. P-34.1, s. 3, provides that all decisions made under the Act will consider the interests and rights of the child. And in a somewhat contradictory message to parents, the Manitoba Act provides as one of its fundamental principles, that "[d]ecisions to remove or place children should be based on the best interests of the child and not on the basis of the family's financial status", in direct contrast to s. 2(1), discussed above.

9 I would suggest, therefore, that to satisfy the substantive content of the principles of fundamental justice in the child protection context, the apprehension of a child by a state agency requires an evaluation of the best interests of the child, in addition to the apprehending party having reasonable and probable grounds for believing the child is in need of protection.

(2) The Procedural Content of Fundamental Justice

10 The principles of fundamental justice also include procedural fairness: *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 882, *per* Iacobucci J.; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 212-13, *per* Wilson J. In *Singh*, Beetz J. remarked at p. 229, that the "most important factors in determining the procedural content of fun-

paragraphe de l'article 3 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies, R.T. Can. 1992 n° 3, dont le Canada est signataire:

Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

La législation d'autres provinces sur le bien-être de l'enfant reprend le principe énoncé dans la Convention des Nations Unies. Par exemple, l'art. 2 de la *Child Welfare Act* de l'Alberta, S.A. 1984, ch. C-8.1, exige que toute autorité ou toute décision qui concerne un enfant ayant besoin de protection se fonde sur son intérêt supérieur. De même, l'art. 3 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* du Québec, L.R.Q., ch. P-34.1, prévoit que toutes les décisions prises en vertu de cette loi doivent tenir compte de l'intérêt et des droits de l'enfant. Enfin, la Loi lance un message quelque peu contradictoire aux parents, car l'un de ses principes fondamentaux veut que «[l]es décisions concernant le retrait ou le placement d'enfants doivent se fonder sur le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant et non sur celui de la situation financière de la famille», ce qui va directement à l'encontre du par. 2(1) susmentionné.

Je suis donc d'avis que, pour respecter la teneur des principes de justice fondamentale dans le contexte de la protection de l'enfant, l'appréhension d'un enfant par un organisme étatique exige une détermination préalable de son intérêt supérieur, en plus de motifs raisonnables et probables de croire que l'enfant a besoin de protection.

(2) L'aspect procédural de la justice fondamentale

Les principes de justice fondamentale englobent également l'équité procédurale: *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, à la p. 882, le juge Iacobucci; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pp. 212 et 213, le juge Wilson. Dans l'arrêt *Singh*, à la p. 229, le juge Beetz explique que «[l]es facteurs les plus



damental justice in a given case are the nature of the legal rights at issue and the severity of the consequences to the individuals concerned". Five years later, in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 459, Wilson J. stated that s. 7 "must be interpreted purposively, bearing in mind the interests it was designed to protect". Similarly, in *Pearlman, supra*, at p. 884, Iacobucci J. noted that this Court has frequently asserted the need to interpret the principles of fundamental justice within the "specific context in which s. 7 is being asserted", citing, among others, *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361, *per* La Forest J., and *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682, *per* L'Heureux-Dubé J.

Consequently, we need to consider all the interests affected when determining whether or not the warrantless apprehension provided for in s. 21(1) is consistent with the principles of fundamental justice. The central concerns in the case before us are the parent's interest in raising his or her child free from unwarranted state intrusion and the child's right to have his or her best interests protected. However, when they appear to conflict, these interests must be balanced against each other and against the interest of society in the child protection context.

In my view, not only should the Court recognize the child's interest in being protected from harm, but we must also recognize the interest of a child in being nurtured and brought up by his or her parent. While the appellant's apprehended child was not independently represented on the appeal, nonetheless, arguments relating to a child's interest in being protected against undue state interference in the parent-child relationship were made in the appellant's written submissions, at paras. 73-76.

My colleague, L'Heureux-Dubé J., has emphasized in her reasons the importance of the child's interest in being protected from harm (paras. 73-

importants lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu de la justice fondamentale sur le plan de la procédure dans un cas donné sont la nature des droits en cause et la gravité des conséquences pour les personnes concernées». Cinq ans plus tard, le juge Wilson déclare, dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 459, que l'art. 7 «doit s'interpréter en fonction de l'objet qu'il vise, eu égard aux droits qu'il est destiné à protéger». Le juge Iacobucci fait pareillement remarquer, dans l'arrêt *Pearlman*, précité, à la p. 884, que notre Cour a souligné à maintes reprises qu'il fallait interpréter les principes de justice fondamentale selon «le contexte particulier dans lequel on invoque l'application de l'art. 7», citant, entre autres, les arrêts *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 361, le juge La Forest, et *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la p. 682, le juge L'Heureux-Dubé.

Nous devons donc tenir compte de tous les droits touchés pour déterminer si l'apprehension sans mandat prévue au par. 21(1) est compatible avec les principes de justice fondamentale. Les principales considérations en l'espèce sont le droit des parents d'élever leurs enfants sans ingérence injustifiée de l'État et le droit de l'enfant à la protection de son intérêt supérieur. Cependant, lorsque ces droits paraissent s'opposer, ils doivent être pondérés l'un par rapport à l'autre, de même que par rapport à l'intérêt de la société dans le contexte de la protection de l'enfant.

À mon avis, la Cour doit reconnaître non seulement le droit de l'enfant d'être protégé, mais également son droit d'être éduqué et élevé par ses parents. Même si l'enfant de l'appelante qui a été appréhendé n'était pas représenté de façon indépendante dans le présent pourvoi, l'appelante a invoqué dans son argumentation écrite le droit d'un enfant d'être protégé contre une ingérence injustifiée de l'État dans le lien parent-enfant (par. 73 à 76).

Ma collègue le juge L'Heureux-Dubé insiste dans ses motifs sur l'importance du droit de l'enfant d'être protégé (par. 73 à 75). Bien que je

11

12

13

75). Although I, too, acknowledge the great significance of this aspect of the child's interest, it is equally important to recognize the child's interest in remaining with his or her parents and that harm may come to the child from precipitous and misguided state interference. Lamer C.J. explicitly recognized the child's security interest where the parent's custody of the child is removed by the state in *G. (J.)*, *supra*, at para. 76:

Few state actions can have a more profound effect on the lives of both parent and child. Not only is the parent's right to security of the person at stake, the child's is as well. Since the best interests of the child are presumed to lie with the parent, the child's psychological integrity and well-being may be seriously affected by the interference with the parent-child relationship. [Emphasis added.]

14

If we fail to give sufficient weight to this aspect of the child's security interest, we may also fail to recognize that removing children from their parents' care may have profoundly detrimental consequences for the child. Professor Nicholas Bala makes this point in "Reforming Ontario's *Child and Family Services Act*: Is the Pendulum Swinging Back Too Far?" (1999-2000), 17 *C.F.L.Q.* 121, noting that children are not always placed in a foster care environment that is better than the care the child would have received in the home. Further, his comments at pp. 169-71 of the same article speak directly to the concerns I have with the disposition of the current appeal:

In the rush to "increase" protection, I worry that we may lose sight of important concerns about over-intervention that the reforms of the 1970s and 80s were intended to address. Recently a number of Ontario Children's Aid Societies have responded to the increased awareness of abuse and coroners' reports by being more aggressive about interpreting the 1984 *Child and Family Services Act* to emphasize child safety (citing Henry Hess, "Foster care overflows to college dorm" *The Globe & Mail* (19 June 1998) A1). This has already resulted in substantially more children coming into care in some agencies, straining foster care resources. It also illustrates that agency practices and interpretations play a very large role in how any legislative scheme is actu-

reconnaisse aussi la très grande importance de cet aspect du droit de l'enfant, j'estime qu'il est tout aussi important de reconnaître son droit de demeurer avec ses parents de même que le préjudice que pourrait lui causer l'ingérence précipitée et malavisée de l'État. Le juge en chef Lamer reconnaît explicitement, dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, au par. 76, le droit de l'enfant à la sécurité dans le cas où l'État retire la garde au parent:

Peu d'actes gouvernementaux peuvent avoir des répercussions plus profondes sur la vie des parents et de l'enfant. Il n'y a pas que le droit du parent à la sécurité de sa personne qui soit en jeu, il y a aussi celui de l'enfant. Comme l'intérêt supérieur de l'enfant est censé reposer sur les parents, l'intégrité psychologique et le bien-être de l'enfant peuvent être gravement compromis par une ingérence dans le lien parent-enfant. [Je souligne.]

Si nous sommes incapables d'accorder suffisamment d'importance à cet aspect du droit de l'enfant à la sécurité, nous pourrions aussi être incapables de reconnaître que la séparation des enfants de leurs parents peut avoir de profondes répercussions préjudiciables à l'enfant. C'est ce que le professeur Nicholas Bala affirme dans son article intitulé «Reforming Ontario's *Child and Family Services Act*: Is the Pendulum Swinging Back Too Far?» (1999-2000), 17 *C.F.L.Q.* 121, où il fait remarquer que les enfants ne sont pas toujours placés dans des familles d'accueil qui leur prodiguent des soins meilleurs que ceux qu'ils auraient reçus chez eux. Les observations suivantes, dans le même article, se rapportent directement à mes réserves quant à l'issue du présent pourvoi (aux pp. 169 à 171):

[TRADUCTION] J'ai bien peur que notre volonté pressante d'«accroître» la protection nous fasse perdre de vue d'importantes réserves concernant la surintervention, auxquelles les réformes des années 70 et 80 devaient remédier. Récemment, un certain nombre de sociétés d'aide à l'enfance de l'Ontario ont réagi devant la grande sensibilisation à la violence et à des rapports de coroners en interprétant plus fermement la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de 1984, de façon à mettre l'accent sur la sécurité de l'enfant (citant Henry Hess, «Foster care overflows to college dorm» *The Globe & Mail* (19 juin 1998) A1). De ce fait, un nombre considérablement plus élevé d'enfants sont confiés à des organismes, ce qui entraîne une utilisation excessive des

ally implemented, and raises questions about whether dramatic legislative reforms are needed.

We must respond to the inadequacies of the child welfare system, including those in legislation and the court system, hopefully to achieve the best balance possible and not to “overreact”. Unnecessarily intrusive intervention can be harmful to children, disrupting their relationships with primary caregivers, family, friends and schools, and resulting in a series of placements in foster homes and other facilities that may be less than ideal. While the recent inquiries have focused on situations where agencies have failed to intervene aggressively enough, there are also cases in which inexperienced and inadequately supervised child protection workers have been inappropriately aggressive and made unfounded allegations of parental abuse. (See *e.g. B. (D.) v. Children’s Aid Society of Durham (Region)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 297, 30 C.C.L.T. (2d) 310 (Ont. C.A.).)

Just as the child’s interests encompass both the interest in being protected from harm and the interest in a continuing parental relationship, we cannot construe society’s interest in the context of this appeal as limited only to protecting children from harm, the obvious and overriding purpose of *The Child and Family Services Act*. I agree that the state’s *parens patriae* jurisdiction over children, exercised on its behalf by the court and child welfare agencies, is well-established in the civil, common and statutory law (*per* L’Heureux-Dubé J., at para. 75). Yet, there is an equally strong interest in democratic societies in ensuring that state actors cannot remove children from their parents’ care without legal grounds to do so. Section 7 requires that this dramatic form of state intervention only take place in accordance with the principles of fundamental justice, and that, in turn, requires that all the various interests at stake be fairly balanced in the context of the case at hand.

ressources d’hébergement. Cela démontre également que les pratiques et interprétations des organismes ont une très grande incidence sur l’application de tout régime législatif et fait que l’on s’interroge sur la nécessité d’importantes réformes législatives.

Nous devons combler les lacunes du système de protection de l’enfance, notamment celles de la législation et celles du système judiciaire, dans l’espoir d’atteindre le meilleur équilibre possible et de ne pas «réagir exagérément». Les interventions excessives peuvent être préjudiciables aux enfants, car elles peuvent perturber les liens qu’ils entretiennent avec les personnes qui prennent soin d’eux, les membres de leur famille, leurs amis et leur école, et entraîner toute une série de placements dans des familles d’accueil et d’autres endroits qui peuvent être loin de la solution idéale. Les enquêtes récentes ont principalement porté sur des cas où les organismes n’ont pas agi assez fermement, mais il y a également des cas où des préposés à la protection de l’enfance, en raison d’un manque d’expérience et de supervision, ont agi de façon précipitée en faisant des allégations non fondées de violence parentale. (Voir, par ex., *B. (D.) c. Children’s Aid Society of Durham (Region)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 297, 30 C.C.L.T. (2d) 310 (C.A. Ont.).)

Étant donné que les droits de l’enfant englobent à la fois le droit d’être protégé et celui d’entretenir un lien stable avec ses parents, nous ne pouvons interpréter l’intérêt de la société dans le cadre du présent pourvoi comme se limitant à la protection des enfants, ce qui est manifestement le principal objectif de la *Loi sur les services à l’enfance et à la famille*. Je conviens que la compétence *parens patriae* de l’État à l’égard des enfants, que la cour et les organismes de protection de l’enfance exercent pour lui, est bien établie en droit civil, en common law et dans la législation (le juge L’Heureux-Dubé, au par. 75). Pourtant, les sociétés démocratiques ont un intérêt tout aussi important à veiller à ce que les acteurs gouvernementaux ne retirent pas aux parents la garde de leurs enfants sans motifs juridiques. Selon l’article 7, cette forme d’intervention étatique radicale ne peut se faire qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale, ce qui exige une juste pondération de tous les droits en jeu en l’espèce.

16 Unlike my colleague, L'Heureux-Dubé J., I do not believe that a prompt, post-apprehension hearing on its own is sufficient to make the warrantless, non-emergency apprehension of a child constitutional under s. 7. Rather, I believe that an *ex parte* warrant authorizing the agency to apprehend the child is an important procedural safeguard in the context of non-emergency apprehension, for several reasons.

(a) *Reasonable Grounds Reviewed by an Independent and Impartial Judicial Officer*

17 In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503, this Court held that the “principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system”. As Iacobucci J. noted in *Pearlman*, *supra*, at p. 882, “included in these fundamental principles is the concept of a procedurally fair hearing before an impartial decision-maker” (emphasis deleted). And in *G. (J.)*, *supra*, at para. 72, Lamer C.J. held that in the child protection context, a “fair procedure for determining whether a custody order should be extended requires a fair hearing before a neutral and impartial arbiter”. The impartiality requirement has often been expressed in Latin by the principle *nemo debet esse iudex in propria causa*: no one ought to be a judge in his or her own cause.

18 In the case at bar, the appellant argued that procedural fairness under s. 7 requires a full hearing prior to a non-exigent apprehension, or, in the alternative, at least an *ex parte* warrant. The decision to apprehend a child is not conclusive, in the sense that the ultimate custody of the child remains uncertain until the hearing following the apprehension. Consequently, the decision to apprehend or remove a child from the parent’s care is distinguishable from the decision to remove entirely, even on a temporary basis, custody of the child; the latter issue was at stake in *G. (J.)*, *supra*. Nonetheless, the executed decision to apprehend can be very traumatic and disruptive for both the parent and the child, and begins a process, without notice,

Contrairement à ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, je ne pense pas que la tenue rapide d'une audition après l'apprehension suffise à rendre constitutionnelle en vertu de l'art. 7 l'apprehension sans mandat d'un enfant en l'absence d'urgence. Je suis plutôt d'avis qu'un mandat *ex parte* autorisant l'office à appréhender l'enfant est une garantie procédurale importante dans le contexte d'une apprehension en l'absence d'urgence, et ce pour plusieurs motifs.

(a) *Motifs raisonnables examinés par un officier de justice indépendant et impartial*

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 503, notre Cour indique que les «principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique». Comme le fait remarquer le juge Iacobucci dans l'arrêt *Pearlman*, précité, à la p. 882, «ces principes fondamentaux englobent le concept d'une audience équitable quant à la procédure devant un décideur impartial» (soulignement supprimé). Par ailleurs, dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, au par. 72, le juge en chef Lamer conclut que, dans le contexte de la protection de l'enfant, «[l]orsqu'il s'agit d'une demande de prorogation d'une ordonnance de garde, l'équité procédurale exige une audience équitable devant un arbitre neutre et impartial». L'exigence d'impartialité a souvent été exprimée en latin par le principe *nemo debet esse iudex in propria causa*: personne ne doit être juge dans sa propre cause.

En l'espèce, l'appelante soutient que l'équité procédurale prévue à l'art. 7 exige la tenue d'une audience en bonne et due forme avant l'apprehension en l'absence d'urgence ou, de façon subsidiaire, au moins l'obtention d'un mandat *ex parte*. La décision d'apprehender un enfant n'est pas déterminante, étant donné que la question de la garde définitive de l'enfant n'est tranchée que dans le cadre de l'audience qui suit l'apprehension. On peut donc distinguer la décision d'apprehender un enfant ou de retirer à un parent la surveillance de son enfant de la décision de retirer complètement au parent, même temporairement, la garde de son enfant; l'arrêt *G. (J.)*, précité, vise cette dernière situation. Néanmoins, l'exécution de la décision

that will separate the parent and child for an indeterminate period of time, depending on the timing and outcome of the post-apprehension hearing. That intervention also creates a new “status quo” that a court may subsequently be reluctant to reverse, so as to avoid further disruption to the child’s environment. Clearly, the decision maker who authorizes the apprehension has a power that infringes the security of the person of both parent and child. This power held by a decision maker will engage the rules of procedural fairness under s. 7: see Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 44-60.

In my opinion, where such fundamental interests as the right to raise one’s own child and the continuity of family relationships are at stake, the principles of fundamental justice require that the person who authorizes the apprehension of the child must make that decision on an impartial basis. In other words, the person who decides to apprehend cannot be in the position of both investigator and adjudicator. On this point, I find that the foundational jurisprudence for s. 8 of the *Charter*, this Court’s decision in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, to be very instructive.

In that case, ss. 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, were challenged under s. 8 of the *Charter* on the basis that they infringed the right to be secure against unreasonable search and seizure. Essentially, the Director or an authorized representative of the Combines Investigation Branch was empowered to enter any premises to search for evidence of a breach of the Act, with the approval of a member of the Restrictive Trade Practices Commission. Dickson J. (as he was then) found that the purpose of s. 8 was “to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy”: *Hunter, supra*, at p. 160. Thus, it was important that unjustified state searches be prevented before they happen, which could only be accomplished by a system of

d’appréhender un enfant peut être très traumatisante et déstabilisante tant pour le parent que pour l’enfant, et elle déclenche sans préavis un processus aboutissant à la séparation du parent et de l’enfant pour une durée indéterminée, laquelle dépend du moment de la tenue de l’audience qui suit l’appréhension et de son issue. Une telle intervention crée également un nouveau «statu quo» qu’un tribunal pourrait ultérieurement hésiter à modifier, de façon à éviter une autre perturbation de l’environnement de l’enfant. Il est clair que le décideur qui autorise l’appréhension a le pouvoir de porter atteinte au droit du parent et de l’enfant à la sécurité de leur personne. Or, ce pouvoir du décideur fait intervenir les règles d’équité procédurale prévues à l’art. 7: voir Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, à la p. 44-60.

À mon avis, lorsque des droits aussi fondamentaux que celui d’élever soi-même son enfant et celui de maintenir des liens familiaux stables sont en jeu, les principes de justice fondamentale exigent que la personne qui autorise l’appréhension de l’enfant prenne cette décision de façon impartiale. En d’autres termes, elle ne peut être à la fois enquêteur et arbitre. Sur ce point, j’estime que l’arrêt de principe de notre Cour concernant l’art. 8, *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, est très révélateur.

Dans cette affaire, les par. 10(1) et (3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, étaient contestés en vertu de l’art. 8 de la *Charte* parce qu’ils contrevenaient au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Essentiellement, le chef de la direction des enquêtes sur les coalitions ou son représentant autorisé avait le pouvoir de pénétrer dans tout établissement pour y chercher des éléments de preuve démontrant une violation de la Loi, avec l’approbation de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) conclut que le but de l’art. 8 est de «protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l’État dans leur vie privée»: *Hunter*, précité, à la p. 160. Il est donc

19

20

prior authorization: p. 160. Dickson J. concluded at p. 164 that the investigatory functions of the Commission or its members

ill-accords with the neutrality and detachment necessary to assess whether the evidence reveals that the point has been reached where the interests of the individual must constitutionally give way to those of the state. A member of the [Commission] passing on the appropriateness of a proposed search under the [Act] is caught by the maxim *nemo iudex in sua causa*. He simply cannot be the impartial arbiter necessary to grant an effective authorization.

21 From the point of view of this appeal, two of the *Hunter* requirements for a constitutionally valid search and seizure are particularly relevant to the child apprehension situation: (a) a prior authorization by an entirely neutral and impartial arbiter, who is capable of acting judicially in balancing the interests of the state against those of the individual and (b) that the impartial arbiter be satisfied that the person seeking authorization has reasonable grounds, established under oath, to believe that an offence has been committed: as summarized in *Thomson Newspapers, supra*, at p. 499, *per* Wilson J. Underlying these two criteria are important principles of fundamental justice that are, in my view, as pressing in the s. 7 context as they are in s. 8: that where state action impinges on the *Charter*-protected rights of individuals, procedural safeguards must be in place to ensure that the state action is well-founded and assessed by an independent arbiter who is not herself implicated in the merits of the case.

22 Before applying these criteria to the facts of this case, I would comment briefly on the appropriateness of importing these s. 8 principles into the s. 7 analysis of what constitutes principles of fundamental justice in the child protection context. L'Heureux-Dubé J. finds that the appellant's attempt to import the s. 8 right to privacy into the s. 7 analysis is inapplicable in the child protection context since the parent's privacy interest is sub-

important d'empêcher les fouilles et les perquisitions injustifiées de l'État, ce qui ne pouvait se faire que par un système d'autorisation préalable: p. 160. Le juge Dickson conclut (à la p. 164) que les pouvoirs d'enquête de la Commission ou de ses membres

cadre[nt] mal avec la neutralité et l'impartialité nécessaires pour évaluer si la preuve révèle qu'on a atteint un point où les droits du particulier doivent constitutionnellement céder le pas à ceux de l'État. Un membre de la [Commission] qui examine l'opportunité de procéder à une perquisition en vertu de la [Loi] est touché par la maxime *nemo iudex in sua causa*. Il ne peut tout simplement pas être l'arbitre impartial nécessaire pour accorder une autorisation valable.

Du point de vue du présent pourvoi, deux des exigences de l'arrêt *Hunter* pour qu'une fouille ou perquisition soit constitutionnelle sont particulièrement pertinentes pour les cas d'apprehension d'enfants: a) l'autorisation préalable d'un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'agir de façon judiciaire en évaluant les intérêts de l'État face à ceux de l'individu et b) la nécessité pour l'arbitre impartial d'être convaincu que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise (voir le résumé du juge Wilson dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 499). D'importants principes de justice fondamentale, qui, à mon avis, sont tout aussi cruciaux dans le contexte de l'art. 7 que dans celui de l'art. 8, sous-tendent ces deux critères: lorsqu'une mesure étatique porte atteinte aux droits d'un individu protégés par la *Charte*, il faut qu'il existe des garanties procédurales qui permettent de veiller à ce qu'elle soit fondée et à ce qu'elle soit examinée par un arbitre indépendant qui n'est pas impliqué dans l'affaire.

Avant d'appliquer ces critères aux faits de l'espèce, je voudrais commenter brièvement l'opportunité d'appliquer ces principes tirés de l'art. 8 à l'analyse fondée sur l'art. 7 de ce qui constitue des principes de justice fondamentale dans le contexte de la protection de l'enfant. Le juge L'Heureux-Dubé estime que la tentative de l'appelant d'importer le droit à la vie privée prévu à l'art. 8 dans l'analyse de l'art. 7 ne s'applique pas dans le con-

sumed within the right to security of the person (see paras. 97-98). My approach is not to import the s. 8 right to privacy into s. 7, *per se*, and give it some kind of pre-eminence in the balancing of interests at stake, but rather to look at the procedural safeguards developed in the s. 8 jurisprudence for the protection of the individual's right to be free from unwarranted state intrusion.

Applying the two *Hunter* criteria discussed above to child apprehension, it becomes apparent that the director or a representative of the Child and Family Services agency, as well as a peace officer, is empowered under Part III of the Act generally, and under s. 21(1) specifically, to act as both investigator of whether a child is in need of protection and adjudicator of whether or not the need for protection has risen to the level where the child must be removed from his or her parent's care. The conflation of these two roles within the same agency seriously undermines the ability of these investigators to act impartially and, consequently, risks the possibility that the statutory requirement of reasonable and probable grounds will be diluted — possibly to the extent that children may be apprehended on the basis of suspicion. Indeed, during oral submissions before us, counsel for the respondent, the Winnipeg Child and Family Services, conceded that, as a matter of practice, the decision to apprehend a child is sometimes made on the basis of suspicion that a child is in need of protection, rather than on reasonable and probable grounds. This failure to adhere to statutory requirements reinforces, in my view, the desirability of prior judicial review in non-emergency cases.

My colleague, L'Heureux-Dubé J. has suggested that an *ex parte* judicial review would be essentially futile, if not meaningless, since the authorizing judge would tend to defer to the expertise of the agency (see para. 113). Even though I believe that on an *ex parte* application, a judge may have little choice but to defer somewhat to the presentation of the case made by the applying agency, any

texte de la protection des enfants étant donné que le droit à la vie privée du parent est inclus dans le droit à la sécurité de la personne (voir par. 97 et 98). Ma démarche vise non pas à importer le droit à la vie privée garanti par l'art. 8 dans l'art. 7 et à lui conférer une certaine prééminence dans la pondération des droits en cause, mais plutôt à examiner les garanties procédurales qui ont été élaborées dans la jurisprudence concernant l'art. 8 pour protéger le droit de l'individu de ne pas subir d'ingérences injustifiées de la part de l'État.

Si l'on applique les deux critères de l'arrêt *Hunter* exposés plus haut à l'apprehension de l'enfant, il est clair que le Directeur, un représentant de l'Office des services à l'enfant et à la famille ou un agent de la paix a le pouvoir, en vertu de la partie III de la Loi de façon générale et du par. 21(1) en particulier, de jouer à la fois le rôle d'enquêteur pour déterminer si l'enfant a besoin de protection et celui d'arbitre pour décider si le besoin de protection de l'enfant est devenu tel qu'il convient de le retirer à ses parents. Comme la fusion de ces deux rôles au sein du même organisme mine considérablement la capacité de ces enquêteurs d'agir de façon impartiale, il est possible que l'exigence légale des motifs raisonnables et probables en soit diluée, à tel point que des enfants risquent d'être appréhendés sur la base d'un simple soupçon. En fait, l'avocat de l'intimé, l'Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg, a concédé à l'audience qu'en pratique la décision d'appréhender un enfant est parfois fondée sur le soupçon qu'il a besoin de protection, plutôt que sur des motifs raisonnables et probables. À mon avis, ce non-respect des exigences légales fait qu'il est encore plus souhaitable de prévoir un contrôle judiciaire préalable à l'apprehension en l'absence d'urgence.

Ma collègue le juge L'Heureux-Dubé laisse entendre qu'un contrôle judiciaire *ex parte* serait essentiellement futile, voire vide de sens, étant donné que le juge accordant l'autorisation aurait tendance à s'en remettre à l'expertise de l'office (voir par. 113). À mon avis, même si le juge qui entend une demande *ex parte* peut n'avoir d'autre choix que de s'en remettre, dans une certaine

23

24

concerns that the judge may have about the appropriateness of the initiative may result in further information being requested. In addition, if the concerns are profound enough, and the child is not at any immediate risk of harm, the matter might be adjourned for an adversarial hearing. An independent judicial scrutiny of the appropriateness of the apprehension will also serve to ensure that child protection agencies act on reasonable and probable grounds, grounds that they can articulate, before initiating an apprehension in a non-emergency situation.

25 In this case, the respondent acknowledged that

[i]n non-emergency situations, if a decision is made to apprehend a child, it is because minimum goals have not been achieved. Conversations with the parents about what expectations needed to be met would have occurred. After that had not worked, then an apprehension would occur.

(Respondent's factum, para. 95, citing the evidence of James Keith Cooper, appellant's record, vol. II, at pp. 354-55.)

26 This would appear to be a departure, in practice, from the overarching principles of the Act, which state that families are "entitled to receive preventive and supportive services directed to preserving the family unit": principle 7. However, these comments about the approach of the respondent to child apprehension serve to illustrate the benefits that would be achieved by an impartial review of an application: at the very least, it would ensure that apprehension remains a measure of last resort.

27 Given that this Court has recognized in *G. (J.)*, *supra*, at para. 72, that a fair hearing before a neutral and impartial arbiter is constitutionally necessary before the state can remove a child from his or her parent's custody, it seems entirely consistent to rule in this same context that before the state can act to apprehend a child in a non-emergency situation, the agency or a peace officer must apply to the court for a warrant, and may do so on an *ex parte* basis if notice is not desirable, in order to satisfy the principles of fundamental justice. This

mesure, à la présentation de l'affaire faite par l'office, il peut demander des renseignements supplémentaires s'il a des réserves quant à l'opportunité de l'initiative. De plus, dans le cas où les réserves sont assez importantes et où l'enfant ne court pas un risque imminent, il peut ajourner l'affaire afin de tenir une audition contradictoire. En outre, un examen judiciaire indépendant de l'opportunité de l'appréhension permettra également de veiller à ce que l'office de protection de l'enfant agisse selon des motifs raisonnables et probables, qu'elle est capable d'exprimer de façon cohérente, avant de procéder à une appréhension en l'absence d'urgence.

En l'espèce, l'intimé reconnaît que

[TRADUCTION] [e]n l'absence d'urgence, on décide d'appréhender l'enfant lorsqu'on n'a pas atteint des objectifs minimaux. Il y a déjà eu des conversations avec les parents sur ce qu'on s'attendait d'eux. C'est seulement après l'échec d'une telle démarche qu'on appréhende l'enfant.

(Mémoire de l'intimé, par. 95, citant le témoignage de James Keith Cooper, dossier de l'appelante, vol. II, aux pp. 354 et 355.)

Cela paraît s'écarter, en pratique, des principes fondamentaux de la Loi, selon lesquels les familles «ont le droit de recevoir des services de prévention et de soutien offerts afin de sauvegarder l'unité de la famille»: principe 7. Cependant, ces remarques au sujet de la démarche que suit l'intimé en matière d'appréhension d'enfants illustrent les avantages de l'examen impartial de la demande: au moins, l'appréhension demeurera une mesure de dernier recours.

Vu que notre Cour reconnaît, dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, au par. 72, que la tenue d'une audience équitable devant un arbitre neutre et impartial est constitutionnellement nécessaire avant que l'État puisse retirer à un parent la garde de son enfant, il semble tout à fait logique de décider, dans le même contexte, qu'avant l'appréhension d'un enfant par l'État en l'absence d'urgence, l'office ou un agent de la paix doit demander un mandat à la cour, agissant *ex parte* s'il n'est pas souhaitable de donner un préavis, pour se conformer aux principes de



extension of our holding in *G. (J.)* is also called for by the internal inconsistencies of the Act itself, as I point out in the following section.

(b) *The Legislative Context*

Viewed in its entirety, Part III of the Act seems to offer greater procedural protection to the manner in which the state interferes with parental custody than to the appropriateness of the intervention itself. For ease of reference, I set out the relevant sections of the Act:

**17(1)** For purposes of this Act, a child is in need of protection where the life, health or emotional well-being of the child is endangered by the act or omission of a person.

**21(1)** The director, a representative of an agency or a peace officer who on reasonable and probable grounds believes that a child is in need of protection, may apprehend the child without a warrant and take the child to a place of safety where the child may be detained for examination and temporary care and be dealt with in accordance with the provisions of this Part.

**21(2)** The director, a representative of an agency or a peace officer who on reasonable and probable grounds believes

- (a) that a child is in immediate danger; or
- (b) that a child who is unable to look after and care for himself or herself has been left without any responsible person to care for him or her;

may, without warrant and by force if necessary, enter any premises to investigate the matter and if the child appears to be in need of protection shall

- (c) apprehend the child and take the child to a place of safety; or
- (d) take such other steps as are necessary to protect the child.

**21(3)** On application, a judge, master, magistrate or justice of the peace who is satisfied that there are reasonable and probable grounds for believing there is a child who is in need of protection, may issue a warrant authorizing an agency or a peace officer

- (a) to enter, by force if necessary, a building or other place specified in the warrant and search for the child; and

justice fondamentale. Cette extension du principe élaboré dans l'arrêt *G. (J.)* est également justifiée par les incohérences internes de la Loi, comme je le soulignerai dans la prochaine partie.

(b) *Le contexte législatif*

Dans l'ensemble, la protection procédurale offerte par la partie III de la Loi semble viser davantage la façon dont l'ingérence de l'État dans la garde de l'enfant se produit que l'opportunité de l'intervention elle-même. Par souci de commodité, je reproduis les dispositions pertinentes de la Loi:

**17(1)** Pour l'application de la présente loi, un enfant a besoin de protection lorsque sa vie, sa santé ou son bien-être affectif sont menacés par l'acte ou l'omission d'une personne.

**21(1)** Le Directeur, un représentant d'un office ou un agent de la paix qui a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection peut appréhender l'enfant sans mandat et le conduire dans un lieu sûr où il peut être détenu à des fins d'examen et de soins provisoires et être traité selon les dispositions de la présente Partie.

**21(2)** Le Directeur, un représentant d'un office ou un agent de la paix qui a des motifs raisonnables et probables de croire

- a) qu'un enfant est en danger immédiat; ou
- b) qu'un enfant qui est incapable de prendre soin de lui-même a été laissé sans qu'aucune personne ne soit capable de prendre soin de lui;

peut, sans mandat et par la force si nécessaire, pénétrer en tout lieu afin d'enquêter sur les faits de l'affaire et doit, si l'enfant semble avoir besoin de protection

- c) appréhender l'enfant et le conduire dans un lieu sûr; ou
- d) prendre les autres mesures nécessaires afin de protéger l'enfant.

**21(3)** À la suite d'une demande, un juge, un conseiller-maître, un magistrat ou un juge de paix qui est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection peut décerner un mandat autorisant un office ou un agent de la paix

- a) à pénétrer, par la force si nécessaire, dans un immeuble ou dans un autre endroit précisé dans le mandat et à rechercher l'enfant; et

- (b) if the child appears to be in need of protection,
- (i) to apprehend the child and to take the child to a place of safety, or
  - (ii) to take such other steps as are necessary to protect the child.

- b) si l'enfant semble avoir besoin de protection
- (i) à appréhender l'enfant et à le conduire dans un lieu sûr, ou
  - (ii) à prendre les autres mesures nécessaires afin de protéger l'enfant.

29

First, I note that s. 21(3) requires prior judicial authorization, in the form of a warrant, to permit entry to a building or other place to search for a child in need of protection. The alternative method of legal forced entry to apprehend a child in need of protection is contained in s. 21(2), which provides for apprehension without warrant in case of emergency. Emergency is then further defined to refer to cases where (a) a child in immediate danger or, (b) a child who is unable to look after and care for himself or herself has been left without any responsible person to care for him or her. By logical inference then, s. 21(3) applies to non-emergency situations where the child believed to be in need of protection is located within a building or other place, to which the agency representative or peace officer has been denied access. In contrast, s. 21(1) provides for the warrantless apprehension of a child in need of protection in what we must also logically infer, by reference to subss. (2) and (3), are non-emergency situations where the child is located outside the home, for instance at school, or on the street, or as in this case, in a hospital.

Premièrement, je note que le par. 21(3) exige une autorisation judiciaire préalable, soit un mandat permettant de pénétrer dans un immeuble ou autre lieu pour rechercher un enfant qui a besoin de protection. L'autre méthode permettant de pénétrer légalement par la force dans un immeuble pour appréhender un enfant qui a besoin de protection est prévue au par. 21(2), qui permet l'appréhension sans mandat en cas d'urgence. L'urgence est définie de façon plus détaillée comme étant un cas où soit a) un enfant est en danger immédiat; ou encore b) un enfant qui est incapable de prendre soin de lui-même a été laissé sans qu'aucune personne ne soit capable de prendre soin de lui. Il est donc logique de déduire que le par. 21(3) s'applique à des situations non urgentes où l'enfant qui aurait besoin de protection se trouve dans un immeuble ou autre lieu dont on a refusé l'accès au représentant de l'office ou à l'agent de la paix. Par contre, le par. 21(1) prévoit l'appréhension sans mandat d'un enfant ayant besoin de protection. À la suite de la lecture des par. (2) et (3), nous devons logiquement déduire que le par. 21(1) s'applique aussi à des situations non urgentes, mais cette fois lorsque l'enfant ne se trouve pas au foyer, mais, par exemple, à l'école ou dans la rue, ou, comme en l'espèce, à l'hôpital.

30

I find it difficult to conceive that physical entry into a building or place (for the purpose of apprehending a child) deserves greater procedural protection from mistaken or inappropriate state action than the actual apprehension and removal of the child from the parent's care. This is not to suggest that the appropriate course is to remove the requirement for a warrant when a home has to be entered to apprehend a child. Rather, it is to illustrate the anomalous nature of the legislative scheme that would have required application for a judicially authorized warrant had the appellant given birth to her child at home rather than at the hospital. In other words, the scheme, as it stands

Je conçois difficilement que l'accès physique à un immeuble ou autre endroit pour appréhender un enfant mérite, sur le plan de la procédure, une plus grande protection contre une mesure étatique erronée ou inappropriée que l'appréhension elle-même et le fait de retirer l'enfant au parent. Je ne veux pas laisser entendre qu'il convient d'éliminer la nécessité d'un mandat dans les cas où l'on doit pénétrer dans une demeure pour appréhender un enfant. Il s'agit plutôt d'illustrer l'anomalie du régime législatif qui aurait prévu l'obtention obligatoire d'un mandat judiciaire si l'appellante avait accouché chez elle plutôt qu'à l'hôpital. En d'autres termes, le régime actuel met l'accent, de

now, places what appears to be an arbitrary emphasis on where the child is located, rather than on the urgency of the need for protection and on the importance of using apprehension as a measure of last resort.

(c) *The Risk to Children of Distinguishing Between Emergency and Non-Emergency Cases*

All parties concede the constitutional validity of the warrantless apprehension of children in emergency situations. Indeed, several provincial child protection statutes provide for this, with varying definitions of emergency. I have just referred to the Manitoba Act's provision for a warrantless, forced entry into premises where a child is in "immediate danger" or has been left without the care of a responsible person and is unable to care for him- or herself, this latter requirement inferring a risk of immediate danger: s. 21(2). The immediate danger justification for a warrantless apprehension is also used in British Columbia's *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, ss. 27(1) and 30(1); in the Yukon's *Children's Act*, R.S.Y. 1986, c. 22, s. 119(1); and in Nova Scotia's *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, s. 34(3), the term "immediate jeopardy" is used.

Alberta provides for a warrantless apprehension where "the life or health of the child would be seriously and imminently endangered as a result of the time required to obtain an order": *Child Welfare Act*, S.A. 1984, c. C-8.1, s. 17(1.3); see also ss. 17(9) and 17(10). Similar words are used to justify a warrantless apprehension in New Brunswick: *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, s. 33(2). This echoes Ontario's provision for a warrantless apprehension in circumstances where "there would be a substantial risk to the child's health or safety during the time necessary to . . . obtain a warrant under subsection (2)": *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, s. 40(7). Quebec is also concerned that the prior

façon arbitraire semble-t-il, sur l'endroit où se trouve l'enfant plutôt que sur l'urgence du besoin de protection et sur l'importance de n'utiliser l'apprehension en qu'en dernier recours.

(c) *Le risque que fait courir aux enfants la distinction entre l'urgence et l'absence d'urgence*

Toutes les parties reconnaissent la constitutionnalité de l'apprehension d'enfants sans mandat en cas d'urgence. En fait, les lois de plusieurs provinces sur la protection de l'enfant prévoient cette mesure, tout en définissant différemment la situation urgente. Je viens de citer la disposition de la Loi qui prévoit la possibilité de pénétrer sans mandat, par la force, dans un endroit où un enfant est en «danger immédiat» ou a été laissé sans qu'aucune personne ne soit capable de prendre soin de lui alors qu'il est incapable de prendre soin de lui-même, cette dernière exigence supposant un risque de danger immédiat: par. 21(2). La présence d'un danger immédiat pour un enfant permet également de justifier son apprehension sans mandat en vertu des par. 27(1) et 30(1) de la *Child, Family and Community Service Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 46; du par. 119(1) de la *Loi sur l'enfance* du Yukon, L.R.Y. 1986, ch. 22; et du par. 34(3) de la *Children and Family Services Act* de la Nouvelle-Écosse, S.N.S. 1990, ch. 5, où l'expression [TRADUCTION] «danger immédiat» est utilisée.

L'Alberta prévoit la possibilité d'apprehender sans mandat un enfant dont [TRADUCTION] «la vie ou la santé seraient sérieusement menacées, de façon imminente, en raison du délai requis pour obtenir une ordonnance»: *Child Welfare Act*, S.A. 1984, ch. C-8.1, par. 17(1.3); voir également les par. 17(9) et 17(10). Le paragraphe 33(2) de la *Loi sur les services à la famille* du Nouveau-Brunswick, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, utilise un libellé similaire pour justifier l'apprehension sans mandat, ce qui reflète la disposition ontarienne qui prévoit l'apprehension sans mandat lorsque «la santé ou la sécurité de l'enfant risqueraient vraisemblablement d'être compromises pendant le laps de temps nécessaire à l'obtention [. . .] d'un

31

32

judicial authorization not imperil the child's safety, and waives that requirement where delay would compromise the "security of a child": *Youth Protection Act*, ss. 35.3 and 45-46.

mandat en vertu du paragraphe (2)»: *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, par. 40(7). Le Québec désire aussi s'assurer que l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable ne compromet pas la sécurité de l'enfant et prévoit que l'on puisse passer outre à cette exigence dans les cas où le délai compromettrait «la sécurité d'un enfant»: *Loi sur la protection de la jeunesse*, art. 35.3, 45 et 46.

33 Newfoundland's recently enacted *Child, Youth and Family Services Act*, S.N. 1998, c. C-12.1, stipulates that a warrant to remove a child must be obtained, unless "an immediate risk to the child's health and safety" would result "if no action were taken during the time required to obtain a warrant": s. 23(3). Saskatchewan's warrantless apprehension also suggests an emergency criterion by requiring that the child be "at risk of incurring serious harm", although apprehension is obviously a last resort, since the provision stipulates that it can occur only where "no other arrangements are practicable": *The Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, c. C-7.2, s. 17(1).

Par ailleurs, la *Child, Youth and Family Services Act*, S.N. 1998, ch. C-12.1, que Terre-Neuve a récemment adoptée, prévoit l'obtention d'un mandat pour l'apprehension d'un enfant sauf si [TRADUCTION] «un risque immédiat pour la santé et la sécurité de l'enfant» résultait [TRADUCTION] «de la non-intervention pendant le laps de temps nécessaire à l'obtention d'un mandat»: par. 23(3). La Saskatchewan permet également l'apprehension sans mandat en cas d'urgence d'un enfant devant [TRADUCTION] «courir le risque de subir un grave préjudice»; mais une telle apprehension est manifestement une mesure de dernier recours, puisque la Loi prévoit qu'elle ne peut être utilisée qu' [TRADUCTION] «en l'absence d'autres solutions réalisables»: *Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, ch. C-7.2, par. 17(1).

34 In contrast to the Manitoba Act, several provinces do require a warrant, most often available on the basis of an *ex parte* application, to apprehend a child in non-emergency situations: Alberta, *Child Welfare Act*, s. 17; Nova Scotia, *Children and Family Services Act*, s. 34(1); Ontario, *Child and Family Services Act*, s. 40(2); New Brunswick, *Family Services Act*, s. 33(1); Quebec, *Youth Protection Act*, s. 35.3; Newfoundland, *Child, Youth and Family Services Act*, s. 23(1); Prince Edward Island, *Family and Child Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2, s. 15(1); and the Yukon, *Children's Act*, s. 119(3) and (4).

Contrairement au Manitoba, plusieurs provinces exigent un mandat, que l'on peut dans la plupart des cas obtenir par demande *ex parte*, pour l'apprehension d'un enfant en l'absence d'urgence: l'Alberta, *Child Welfare Act*, art. 17; la Nouvelle-Écosse, *Children and Family Services Act*, par. 34(1); l'Ontario, *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, par. 40(2); le Nouveau-Brunswick, *Loi sur les services à la famille*, par. 33(1); le Québec, *Loi sur la protection de la jeunesse*, art. 35.3; Terre-Neuve, *Child, Youth and Family Services Act*, par. 23(1); l'Île-du-Prince-Édouard, *Family and Child Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2, par. 15(1); et le Yukon, *Loi sur l'enfance*, par. 119(3) et (4).

35 Without passing judgment on the constitutionality of these various provisions under s. 7 of the *Charter*, I cite them to indicate that many provinces do require prior judicial authorization for the removal of a child from the parent's care, except in

Sans vouloir juger de la constitutionnalité de ces diverses dispositions selon l'art. 7 de la *Charte*, je les cite pour souligner le fait que de nombreuses provinces exigent l'autorisation judiciaire préalable pour retirer au parent son enfant, sauf dans des

emergency situations where the delay associated with obtaining the warrant poses an unacceptable risk to the child, at which point the agency or peace officer may proceed without a warrant. L'Heureux-Dubé J.'s reasons suggest that the distinction between emergency and non-emergency situations is so difficult to make with any degree of accuracy, that even an *ex parte* application would cause an unacceptable delay. I cannot agree and believe that the factual situation of this case provides a good example of where an *ex parte* application would have been possible without creating an unacceptable risk to the infant.

The appellant was a client of the respondent agency for some time prior to the birth of her infant. Her two older children were often in and out of foster care, largely due to the appellant's alcohol abuse. The agency was first informed of the appellant's pregnancy in July, some four months prior to the infant's birth and subsequent apprehension in hospital. During the months before the baby was born, the appellant and the respondent discussed a plan for her to enter a residential facility, which would provide programming and support on parenting and life-skills. The appellant resisted the plan to enter the residential facility, fearing that the consequent loss of her two-bedroom apartment would jeopardize her efforts to gain permanent guardianship of her two older children. To a certain extent her fears were realized, since the trial judge later interpreted her resistance as placing a priority on her apartment over her rehabilitation: Stefanson J., Manitoba Queen's Bench, File No. CP 93-01-05907, June 24, 1997, at p. 9.

The appellant finally agreed to enter the residential facility on October 23, 1996 and her infant was born, in hospital, the following day. However, by then the facility was no longer an option in the respondent's view, partly because it was not a "locked" facility, thus the appellant's abusive partner would have access to the infant (Stefanson J., at pp. 9-10), even though there was no evidence

situations urgentes où le délai causé par le laps de temps nécessaire à l'obtention du mandat ferait courir à l'enfant un risque inacceptable et où il devient alors possible pour l'office ou l'agent de la paix de l'appréhender sans mandat. Le juge L'Heureux-Dubé laisse entendre dans ses motifs qu'il est si difficile de distinguer avec un minimum d'exactitude les situations urgentes des situations non urgentes que même une demande *ex parte* entraînerait un délai inacceptable. Je ne suis pas d'accord et j'estime que les faits en l'espèce fournissent un bon exemple d'un cas où il aurait été possible de présenter une demande *ex parte* sans faire courir à l'enfant un risque inacceptable.

Avant la naissance de son enfant, l'appelante avait été une cliente de l'office intimé pendant un certain temps. Ses deux autres enfants plus âgés étaient souvent placés en familles d'accueil, en grande partie à cause de sa consommation excessive d'alcool. L'office a été informé de sa grossesse en juillet, soit environ quatre mois avant la naissance de l'enfant et son appréhension à l'hôpital. Pendant les quelques mois qui ont précédé la naissance de l'enfant, l'appelante et l'intimé ont discuté de la possibilité qu'elle emménage dans un établissement résidentiel qui l'aiderait à assumer ses responsabilités parentales et à acquérir des connaissances pratiques. Elle s'y est opposée, craignant que la perte de son appartement de deux chambres ne nuise à ses efforts pour obtenir la tutelle permanente de ses deux autres enfants. Ses craintes se sont réalisées dans une certaine mesure, car, par la suite, le juge de première instance a considéré que sa résistance signifiait qu'elle accordait plus d'importance à son appartement qu'à sa réhabilitation: juge Stefanson, Cour du Banc de la Reine du Manitoba, n° du greffe CP 93-01-05907, 24 juin 1997, à la p. 9.

L'appelante a finalement accepté d'emménager dans l'établissement résidentiel le 23 octobre 1996 et a donné naissance à son troisième enfant le lendemain, à l'hôpital. Cependant, l'office avait alors décidé que l'établissement n'était plus une solution acceptable, en partie parce que le conjoint violent de l'appelante aurait accès à l'enfant vu qu'il ne s'agissait pas d'un établissement à accès contrôlé

36

37

that either of the appellant's two older children had been physically abused. On October 25, the infant was apprehended on the basis of a faxed order from the agency to the hospital staff and taken from his mother and the hospital on October 28.

(le juge Stefanson, aux pp. 9 et 10), même si aucune preuve ne démontrait que l'appelante ou l'un de ses deux autres enfants avaient été victimes d'agression. Le 25 octobre, l'enfant a été appréhendé en vertu d'une directive que l'office a fait parvenir au personnel de l'hôpital par télécopieur et, le 28 octobre, on l'a enlevé à sa mère et sorti de l'hôpital.

38 What is apparent to me from this brief review of the time line leading up to the infant's apprehension is that, even if we only focus on the four or five days of intense decision-making around the time of the infant's birth, there was ample time for the respondent to seek a prior judicial authorization of the apprehension, with no risk to the infant, who during this time was in hospital where he and his mother were under medical supervision. As I have pointed out earlier, it is quite illogical that s. 21(3) would have required a warrant, had the appellant given birth at home, but none was required while the appellant remained in hospital.

Ce bref survol des jours qui ont précédé l'appréhension de l'enfant indique selon moi que, même si nous ne considérons que les quatre ou cinq jours de prise de décision intense à l'époque de la naissance de l'enfant, l'intimé avait amplement le temps de demander une autorisation judiciaire préalable pour l'appréhension de l'enfant sans que ce dernier ne coure de risque, car il se trouvait alors à l'hôpital, où lui-même et sa mère étaient sous surveillance médicale. Comme je l'ai déjà souligné, le fait que le par. 21(3) aurait exigé l'obtention d'un mandat si l'appelante avait accouché à la maison, mais qu'aucun mandat n'était nécessaire tant et aussi longtemps que l'appelante se trouvait à l'hôpital est tout à fait illogique.

39 In any event, the risk of a non-emergency situation escalating into an emergency where the child's life and health are in immediate danger, and which could be exacerbated by the delay involved in obtaining a warrant for apprehension, can be addressed by measures providing for "telewarrants", which are applied for by telephone on information sworn under oath, such as already exist in some provinces. See, for example, Alberta's *Child Welfare Act*, s. 17(2); British Columbia's *Child, Family and Community Service Act*, s. 19; and Newfoundland's *Child, Youth and Family Services Act*, s. 25. Moreover, as we have already seen, if the agency concludes that a situation has become an emergency with risk of immediate harm, the agency has the statutory authority to apprehend a child without a warrant: *infra*, at paras. 28-29.

De toute façon, on peut parer au risque qu'une situation non urgente devienne une urgence où la vie et la santé de l'enfant sont en danger immédiat et qui pourrait empirer pendant le délai nécessaire à l'obtention d'un mandat, en prévoyant des «télémandats», dont la demande se fait par téléphone sur la base de renseignements fournis sous serment, comme c'est déjà le cas dans certaines provinces. Voir, par exemple, le par. 17(2) de la *Child Welfare Act* de l'Alberta; l'art. 19 de la *Child, Family and Community Service Act* de la Colombie-Britannique; et l'art. 25 de la *Child, Youth and Family Services Act* de Terre-Neuve. De plus, comme nous l'avons déjà dit, si l'office juge qu'une situation est devenue urgente et comporte un risque immédiat, il a le pouvoir légal d'appréhender l'enfant sans mandat: *infra*, aux par. 28 et 29.

40 While "emergency" may be a standard of some fluidity, courts have interpreted terms such as "substantial risk of harm" with enough consistency to provide guidance to both agencies and families. For example, in *S. (B.) v. British Columbia (Direc-*

Si la norme de l'«urgence» comporte une certaine part de fluidité, les tribunaux ont interprété des expressions comme «risque considérable de préjudice» de façon assez constante pour fournir des lignes directrices tant aux offices qu'aux

*tor of Child, Family and Community Service*) (1998), 38 R.F.L. (4th) 138 (B.C.C.A.), at para. 111, it was made clear that a significant risk of harm was more than transitory in nature. When *bona fide* reasonable and probable grounds are asserted to justify action in emergency cases, courts can be trusted to endorse a generous view of what constitutes an emergency justifying action without prior judicial authorization.

I recognize that the Ontario Panel of Experts on Child Protection has recommended clarifying or abolishing the warrant requirements in Ontario. However, Professor Bala, *supra*, at pp. 140-41, has pointed out that there were no representatives or advocates for children or for parents on that panel, which also did not hold public hearings before making its recommendations. Be that as it may, the question before us is one of legal requirement as well as social policy. An *ex parte* application to an independent and impartial judicial officer would provide some assurance to families experiencing a dramatic disruption to their lives at the hands of the state that this disruption is being conducted in a manner that is procedurally fair and constitutionally sound.

### C. Section 1

Having found that s. 21(1) of the Manitoba Act violates s. 7, I note that the respondent and the intervener, the Attorney General for Manitoba, have conceded that there would be no justification for the breach under s. 1 of the *Charter*. Lamer C.J. made this very point in *G. (J.)*, *supra*, where he stated, at para. 99, that s. 7 violations are not easily saved by s. 1. Referring to his earlier reasons in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 518, Lamer C.J. reiterated: "Section 1 may, for reasons of administrative expediency, successfully come to the rescue of an otherwise violation of s. 7, but only in cases arising out of exceptional

familles. Par exemple, dans *S. (B.) c. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)* (1998), 38 R.F.L. (4th) 138 (C.A.C.-B.), au par. 111, la cour dit clairement qu'un risque considérable de sévices n'est pas seulement passager. Dans les cas où l'on estime qu'il existe véritablement des motifs raisonnables et probables justifiant la prise de mesures dans des situations urgentes, on peut compter sur les tribunaux pour adopter un point de vue généreux quant à la définition de l'urgence justifiant l'appréhension sans autorisation judiciaire préalable.

Je reconnais que le comité d'experts de l'Ontario sur la protection de l'enfant recommande que l'on clarifie ou abolisse les exigences de la loi ontarienne en matière de mandat. Cependant, le professeur Bala souligne que le comité ne comprenait aucun représentant ni aucun défenseur des intérêts des enfants ou des parents et qu'il n'a pas tenu d'audiences publiques avant de faire ses recommandations: Bala, *loc. cit.*, aux pp. 140 et 141. Quoi qu'il en soit, la question dont nous sommes saisis porte autant sur une exigence légale que sur une politique sociale. L'obligation de présenter une demande *ex parte* à un officier de justice indépendant et impartial fournirait une certaine garantie aux familles faisant l'objet d'une ingérence radicale de l'État dans leur vie privée indiquant que cette ingérence est équitable sur le plan de la procédure et valable sur le plan constitutionnel.

### C. L'article premier

Ayant conclu que le par. 21(1) de la Loi porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte*, je note que l'intimé et l'intervenant, le procureur général du Manitoba, ont concédé que l'article premier de la *Charte* ne pouvait justifier une telle atteinte. C'est exactement ce que le juge en chef Lamer affirme dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, où il indique (au par. 99) qu'il n'est pas facile de sauver une atteinte à l'art. 7 par application de l'article premier. Citant ses motifs dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, à la p. 518, le juge en chef Lamer écrit: «L'article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par ailleurs une violation de l'art. 7,

41

42

conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics, and the like”.

### III. Conclusion and Remedy

43

The appellant sought damages, and a declaration of invalidity of Part III of *The Child and Family Services Act*. In my view, both remedies are inappropriate. The claim for damages is clearly unfounded. In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 720, this Court suggested that an individual remedy under s. 24(1) will rarely be available in conjunction with an action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* as the striking down of the impugned legislation will be “the end of the matter” and no retroactive s. 24 remedy will be available. This point was reaffirmed in *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347. Even if this Court were to find that an individual remedy is available to the plaintiff, it is very difficult to value the breach of the appellant’s procedural right in terms of putting her in the position she would have occupied had there been no wrong (*Schachter, supra*, at p. 725). Assuming that there had been a pre-authorization requirement, a court would likely have authorized the apprehension of the child based on the evidence the social worker would have presented. This is reinforced by the findings made by the courts subsequent to the apprehension. While I do not wish to minimize the trauma and pain which the appellant has experienced in this case, it does not seem to warrant an award of general damages. In addition, there is no evidence of any high-handedness or malice on the part of the agency.

44

Rather than declare all of Part III of the Act invalid, the respondent and the Attorney General of Manitoba argue that s. 21(1) should be severed from Part III and only that section should be invalidated. I am concerned that striking down s. 21(1) may leave a legislative vacuum between the power to apprehend without warrant in cases of emergency (s. 21(2)) and the authority to issue a war-

mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d’hostilités, les épidémies et ainsi de suite».

### III. La conclusion et la réparation

L’appelante cherche à obtenir des dommages-intérêts de même qu’une ordonnance déclarant invalide la partie III de la *Loi sur les services à l’enfant et à la famille*. À mon avis, ces deux recours sont inappropriés. La demande de dommages-intérêts n’est manifestement pas fondée. Notre Cour indique, dans l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 720, qu’il y aura rarement lieu à réparation en vertu du par. 24(1) dans le cadre d’une action qui implique aussi l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, car si la disposition législative contestée est annulée, «l’affaire est close» et il n’y a pas lieu de permettre une réparation rétroactive en vertu de l’art. 24. Ce principe a été confirmé dans *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347. Or, même si notre Cour concluait que l’appelante peut obtenir réparation, il serait très difficile d’évaluer l’ampleur de la violation de son droit procédural de façon à la placer dans la situation où elle aurait été s’il n’y avait pas eu faute (*Schachter, précité*, à la p. 725). À supposer qu’il y ait eu exigence d’autorisation préalable, un tribunal aurait probablement autorisé l’appréhension de l’enfant en se fondant sur le témoignage du travailleur social. Ce point de vue est étayé par les conclusions que les tribunaux ont tirées après l’appréhension. Je ne souhaite nullement minimiser le traumatisme et la douleur que l’appelante a subis en l’espèce, mais l’affaire ne semble pas justifier l’octroi de dommages-intérêts. De plus, rien n’indique que l’office a agi de façon tyrannique ou malveillante.

L’intimé et le procureur général du Manitoba soutiennent qu’au lieu de déclarer invalide l’ensemble de la partie III de la Loi il convient de retrancher le par. 21(1) de la partie III et de ne déclarer invalide que ce paragraphe. Je crains que cette solution crée un vide législatif entre le pouvoir d’appréhender un enfant sans mandat en cas d’urgence (par. 21(2)) et le pouvoir de délivrer un



rant to apprehend a child in a building or place (s. 21(3)). For greater certainty, it is in my view preferable to modify s. 21(1) to replace the words “without a warrant” with the words “with a warrant”. The effect of that modification of the language of the statute is virtually identical to striking down the provision, except that it leaves no ambiguity about the authority to apprehend with a warrant in non-emergency situations.

For these reasons, I would allow the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 21(1) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. C-80, as amended, in whole or in part inconsistent with, or does it infringe or deny rights guaranteed by, s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If the answer to this question is yes, is s. 21(1) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-1986, c. C-80, as amended, demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — The apprehension of children by child protection authorities requires highly particularized decisions in difficult circumstances for everyone involved. As this Court has already observed, child protection involves state intervention in complex and interdependent relationships. These family situations often lack clear heroes or villains: *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925, at para. 5.

mandat en vue de l'apprehension d'un enfant qui se trouve dans un immeuble ou autre endroit (par. 21(3)). Pour éviter cette incertitude, j'estime qu'il est préférable de modifier le par. 21(1) en remplaçant «sans mandat» par «après avoir obtenu un mandat». L'effet d'une telle modification du libellé de la Loi équivaut pour ainsi dire à l'annulation de la disposition, sauf qu'elle ne laisse subsister aucune ambiguïté en ce qui a trait au pouvoir d'apprehender un enfant après avoir obtenu un mandat, en l'absence d'urgence.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. C-80, et ses modifications, est-il, en totalité ou en partie, incompatible avec les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou y porte-t-il atteinte?

Oui.

2. Dans l'affirmative, la justification du par. 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. C-80, et ses modifications, peut-elle se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — L'apprehension d'enfants par les autorités de la protection de l'enfance exige des décisions très nuancées dans des circonstances difficiles pour toutes les parties concernées. Comme notre Cour l'a déjà fait remarquer, la protection des enfants suppose l'intervention de l'État dans des relations complexes et interdépendantes. Dans ces situations familiales, il est rare qu'on se retrouve en héros ou en vilains: *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925, au par. 5.

45

46

47 It is within this very specific context that the appellant, K.L.W., challenges the constitutionality of child apprehensions that are based on Part III of the Manitoba *Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. 8 (“Act”). In particular, she alleges that the state’s power pursuant to s. 21(1) to apprehend a child based “on reasonable and probable grounds . . . that a child is in need of protection”, without prior judicial authorization in “non-emergency” situations, violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant’s constitutional challenge to apprehension pursuant to s. 21(1) is inextricably linked to the statutory provisions in Part III governing the post-apprehension hearing process.

48 The issues raised by the challenge to the Act require the Court to undertake a delicate and contextual balancing under s. 7 of the following principles and interests: parents’ and children’s right to freedom from unjustified state intrusion into their lives; the requirements of fair procedure; children’s life and health; and the state’s duty and power to protect children from serious harm. Children’s interests appear on both sides of this balancing scale.

#### I. Factual Background

49 Given the publication ban in effect as to their identity, the appellant’s children have been given pseudonyms. For ease of reference, the factual background is divided into “pre-apprehension” and “post-apprehension” periods in relation to the apprehension of the appellant’s third child, John, by the Winnipeg Child and Family Services (“agency”).

##### A. *Pre-apprehension*

50 K.L.W., the appellant, has not had an easy life. She ran away from an abusive home as a teenager. She began to have substance abuse problems and became involved in a number of apparently abusive relationships. She is now the mother of five children. The appellant’s first child, Jane, was born in 1988, when the appellant was 18 years old. The

C’est dans ce contexte très particulier que l’appelante, K.L.W., conteste la constitutionnalité des appréhensions effectuées en vertu de la partie III de la *Loi sur les services à l’enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8 («Loi»). En particulier, elle allègue que le pouvoir qu’a l’État, en vertu du par. 21(1), d’appréhender un enfant sans autorisation judiciaire préalable en l’absence d’urgence, lorsqu’il croit pour «des motifs raisonnables et probables [. . .] qu’un enfant a besoin de protection», contrevient à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La contestation constitutionnelle par l’appelante de l’appréhension prévue par le par. 21(1) est inextricablement liée aux dispositions de la partie III régissant l’audience qui suit l’appréhension.

Les questions soulevées par la contestation de la Loi exigent que notre Cour entreprenne une pondération contextuelle et délicate, en application de l’art. 7, des principes et des droits suivants: le droit des parents et des enfants de ne pas subir une ingérence injustifiée de l’État dans leur vie; les exigences de l’équité procédurale; la vie et la santé des enfants ainsi que l’obligation et le pouvoir de l’État de protéger les enfants contre tout préjudice grave. Les droits des enfants figurent des deux côtés de la balance.

#### I. Les faits

Étant donné l’ordonnance de non-publication relative à l’identité des enfants de l’appelante, ceux-ci sont désignés par des pseudonymes. Par souci de commodité, les faits sont divisés en deux périodes, soit «avant l’appréhension» et «après l’appréhension» du troisième enfant de l’appelante, John, par l’Office des services à l’enfant et à la famille de Winnipeg («Office»).

##### A. *Avant l’appréhension*

K.L.W., l’appelante, n’a pas eu une vie facile. Adolescente, elle s’est enfuie d’un foyer où elle était maltraitée. Elle a commencé à abuser d’intoxicants et a eu un certain nombre de relations apparemment violentes. Elle est maintenant mère de cinq enfants. Son premier enfant, Jane, est né en 1988, alors qu’elle avait 18 ans. Le deuxième,

second, Chris, was born in 1991. The third child, John, was born in 1996. Her two youngest children, who are not the subject of these proceedings, were conceived with John's father, D.F., with whom the appellant now appears to be in a stable relationship.

There was no evidence that the appellant or her partners ever physically assaulted her children. By her own admission, however, the appellant was unable to give her first two children the care needed during their early years, primarily due to her alcoholism. The appellant became a client of the respondent agency, beginning in 1993 when she signed a Voluntary Placement Agreement putting Jane and Chris into its care. Both children were later returned to the appellant, to whom the agency provided part-time help in the home from a social worker. However, the children were subsequently apprehended on several occasions from 1994 to 1996, on the basis that K.L.W. was intoxicated, neglecting her children, or in contact with former abusive partners. In February 1996, the agency started proceedings seeking an order for the permanent guardianship of Jane and Chris.

In July 1996, K.L.W. informed the agency that she was expecting a third child. In response to this new development, the agency made arrangements for K.L.W. to move into a residential facility designed to assist pregnant women and young mothers with parenting, life-skills and personal problems. K.L.W. refused to move, fearing that she would lose her two-bedroom apartment, and that the loss of her apartment would prejudice her challenge to the agency's efforts to gain permanent guardianship of Jane and Chris.

On October 23, 1996, approximately two weeks before the expected birth date of the appellant's third child, K.L.W. changed her mind and agreed to enter the facility. On October 24, the appellant gave birth to John two weeks prematurely. On October 25, the agency apprehended John by instructing the hospital not to discharge the appellant with her child.

Chris, est né en 1991 et le troisième, John, en 1996. Les deux plus jeunes, qui ne font pas l'objet de la présente instance, sont les enfants du père de John, D.F., avec qui elle paraît maintenant avoir une relation stable.

Rien n'indique que l'appelante ou ses conjoints aient jamais agressé physiquement les enfants. Selon son propre aveu, toutefois, l'appelante a été incapable de donner à ses deux premiers enfants les soins requis au cours de leurs premières années, surtout en raison de son alcoolisme. Elle est devenue une cliente de l'Office intimé à partir de 1993 lorsqu'elle a signé une entente de placement volontaire confiant Jane et Chris à l'Office. L'Office lui a ensuite remis les deux enfants et lui a fourni des services d'aide familiale chez elle, à temps partiel. Toutefois, les enfants ont par la suite été appréhendés à plusieurs reprises de 1994 à 1996, au motif que K.L.W. était ivre et négligeait ses enfants, ou qu'elle était en contact avec d'anciens conjoints violents. En février 1996, l'Office a institué des procédures visant l'obtention d'une ordonnance de tutelle permanente relativement à Jane et à Chris.

En juillet 1996, K.L.W. informe l'Office qu'elle attend un troisième enfant. L'Office prend alors des arrangements pour que K.L.W. emménage dans un établissement résidentiel conçu pour aider les femmes enceintes et les jeunes mères à assumer leurs responsabilités parentales, à acquérir des connaissances pratiques de la vie et à régler leurs problèmes personnels. Elle refuse de déménager, craignant de perdre son appartement de deux chambres et craignant qu'en raison de cette éventuelle perte, elle ne puisse plus empêcher l'Office d'obtenir la tutelle permanente de Jane et de Chris.

Le 23 octobre 1996, soit environ deux semaines avant la naissance prévue de son troisième enfant, K.L.W. change d'idée et accepte d'aller vivre dans l'établissement en question. Le 24 octobre, soit deux semaines avant terme, elle donne naissance à John. Le 25 octobre, l'Office appréhende John en donnant instruction à l'hôpital de ne pas laisser partir l'appelante avec son enfant.

51

52

53

*B. Post-apprehension*

54 The appellant and child remained in hospital over the weekend. On October 28, the agency determined that K.L.W. could no longer be accommodated at the residential facility. The child was discharged from hospital and placed in a foster home, under the agency's supervision. K.L.W. and John's father were each offered an hour's visit per week at the agency office.

55 Because issues of timing and delay are relevant to the s. 7 analysis, it is necessary to set out the procedural history of this case in some detail, beginning with interlocutory proceedings brought by the appellant outside of the Act's framework. On October 28, the day her child was removed from her care, the appellant filed a statement of claim seeking an injunction to restrain the agency from apprehending John on an interlocutory and final basis, as well as a declaration pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* that Part III of the Act is unconstitutional. The appellant also claimed damages under s. 24(1) of the *Charter* for infringement of her s. 7 rights.

56 The appellant's motion for interim relief was brought before the Court of Queen's Bench on October 28. Hirschfield J. ordered it adjourned to November 6, to allow the agency an opportunity to respond. On October 31, the appellant filed a Notice of Motion, returnable November 5, seeking a mandatory injunction requiring the agency to return John and requesting that her lawsuit be consolidated with the child protection proceeding initiated by the agency with respect to her first two children, Jane and Chris, for which the trial was scheduled to begin in January 1997.

57 On November 5, on the basis of affidavit evidence presented by both parties, Goodman J. denied the appellant's motion for a mandatory injunction for the return of John. Goodman J. did not decide the constitutional issue. He consolidated the appellant's and the agency's actions with respect to all three children as requested by the

*B. Après l'apprehension*

L'appelante et son enfant restent à l'hôpital pendant la fin de semaine. Le 28 octobre, l'Office décide que K.L.W. ne peut plus rester dans l'établissement. L'enfant reçoit son congé de l'hôpital et est placé dans un foyer d'accueil, sous la surveillance de l'Office. K.L.W. et le père de John ont droit chacun à une heure de visite par semaine au bureau de l'Office.

Étant donné que les questions de dates et de délais sont pertinentes aux fins de l'analyse fondée sur l'art. 7, il est nécessaire d'exposer en détail l'historique des procédures de la présente affaire, en commençant par les procédures interlocutoires entreprises par l'appelante hors du cadre de la Loi. Le 28 octobre, soit le jour où la garde de son enfant lui est retirée, l'appelante dépose une déclaration demandant une injonction interlocutoire et une injonction permanente afin d'interdire à l'Office d'appréhender John ainsi qu'une déclaration, en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, afin de faire déclarer la partie III de la Loi inconstitutionnelle. L'appelante réclame aussi des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pour atteinte aux droits garantis par l'art. 7.

La requête de l'appelante pour mesures intérimaires est présentée devant la Cour du Banc de la Reine le 28 octobre. Le juge Hirschfield l'ajourne au 6 novembre pour permettre à l'Office de répondre. Le 31 octobre, l'appelante dépose un avis de requête en injonction, présentable le 5 novembre, requérant l'Office de lui remettre John et que soient jointes sa poursuite et les procédures de protection des enfants instituées par l'Office relativement à ses deux premiers enfants, Jane et Chris, dont l'instruction devait débiter en janvier 1997.

Le 5 novembre, se fondant sur la preuve par affidavits présentée par les deux parties, le juge Goodman rejette la requête en injonction de l'appelante quant à John. Il ne se prononce pas sur la question constitutionnelle. Il joint les actions de l'appelante et de l'Office relativement aux trois enfants, tel que demandé par l'appelante, et

appellant, and ordered one additional hour of access for the appellant to John on a bi-weekly basis.

On November 1, pursuant to s. 30(1) of the Act, the agency served the appellant with a petition and notice of hearing, returnable November 22, to determine whether John was in need of protection. On November 22, the parties appeared before Master Lee with respect to the agency's application. The hearing was adjourned to a pre-trial conference on November 26. On December 9, Mercier A.C.J.Q.B. rescheduled the trial set to proceed in January to April 21, 1997. Two more pre-trial conferences took place, on February 7 and on April 11.

There was, therefore, a delay of approximately six months between John's apprehension and his child protection hearing. From April 21 to May 6, Stefanson J. presided over the trial to determine whether John and the other two children were in need of protection and whether the agency should succeed in its application for permanent guardianship of the children. He also heard arguments on the constitutional issues raised by the appellant. On May 6, Stefanson J. dismissed the constitutional challenge and on June 24, he ordered that the agency be appointed permanent guardian of Jane, Chris and John.

The appellant appealed both decisions. The Manitoba Court of Appeal dismissed the appeal on May 13, 1998. On October 8, 1998, this Court granted leave to appeal ([1998] 2 S.C.R. viii) the decision on the constitutional validity of s. 21(1) of the Act.

After the dismissal of her appeal by the Court of Appeal, the appellant applied to the Manitoba Court of Queen's Bench pursuant to s. 45(3) of the Act for an order terminating the orders for permanent guardianship of her three children. In April 1999, Stefanson J. found that the appellant had made significant improvements in her life since the trial and ordered that John be returned to her. He found that the older two children were still in need of protection and refused to terminate their

accorde à cette dernière une heure de visite de plus auprès de John toutes les deux semaines.

Le 1<sup>er</sup> novembre, en vertu du par. 30(1) de la Loi, l'Office signifie à l'appelante une demande et un avis d'audience, fixée au 22 novembre, pour déterminer si John a besoin de protection. Le 22 novembre, les parties comparaissent devant le conseiller-maître Lee relativement à la demande de l'Office. L'audience est ajournée pour permettre la tenue d'une conférence préparatoire fixée au 26 novembre. Le 9 décembre, le juge en chef adjoint Mercier de la Cour du Banc de la Reine fixe au 21 avril 1997 le procès prévu pour le mois de janvier. Deux autres conférences préparatoires ont lieu, une le 7 février et l'autre, le 11 avril.

Il s'écoule donc environ six mois entre l'appréhension de John et l'audience relative à la demande de protection. Du 21 avril au 6 mai, le juge Stefanson préside le procès afin de déterminer si John et les deux autres enfants ont besoin de protection et si l'Office doit avoir gain de cause quant à sa demande de tutelle permanente des enfants. Il entend également des arguments sur les questions constitutionnelles soulevées par l'appelante. Le 6 mai, il rejette la contestation constitutionnelle et, le 24 juin, il nomme l'Office tuteur permanent de Jane, Chris et John.

L'appelante fait appel de ces deux décisions. La Cour d'appel du Manitoba rejette l'appel le 13 mai 1998. Le 8 octobre 1998, notre Cour accorde l'autorisation d'appel ([1998] 2 R.C.S. viii) contre la décision portant sur la constitutionnalité du par. 21(1) de la Loi.

Après le rejet de son appel par la Cour d'appel, l'appelante demande à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, en vertu du par. 45(3) de la Loi, une ordonnance mettant fin aux ordonnances de tutelle permanente de ses trois enfants. En avril 1999, le juge Stefanson conclut que l'appelante a fait beaucoup de progrès dans sa vie depuis le procès et ordonne que John lui soit remis. Il conclut que les deux enfants plus âgés ont toujours besoin de protection et refuse de mettre fin aux ordonnances de

58

59

60

61

permanent guardianship orders. This decision is not at issue in this appeal.

## II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

### <sup>62</sup> *Constitution Act, 1982*

**52.** (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

**7.** Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

**8.** Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

**24.** (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

*The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. 8

### PART III

#### CHILD PROTECTION

**17(1)** For the purposes of this Act, a child is in need of protection where the life, health or emotional well-being of the child is endangered by the act or omission of a person.

**17(2)** Without restricting the generality of subsection (1), a child is in need of protection where the child

- (a) is without adequate care, supervision or control;
- (b) is in the care, custody, control or charge of a person
  - (i) who is unable or unwilling to provide adequate care, supervision or control of the child, or

tutelle permanente à leur égard. Cette décision ne fait pas l'objet du présent pourvoi.

## II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

### *Loi constitutionnelle de 1982*

**52.** (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

### *Charte canadienne des droits et libertés*

**7.** Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

**8.** Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

**24.** (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

*Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8

### PARTIE III

#### PROTECTION DES ENFANTS

**17(1)** Pour l'application de la présente loi, un enfant a besoin de protection lorsque sa vie, sa santé ou son bien-être affectif sont menacés par l'acte ou l'omission d'une personne.

**17(2)** Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), un enfant a besoin de protection lorsqu'il se trouve dans l'une des situations suivantes:

- a) il est privé de soins, de surveillance ou de direction convenables;
- b) il est sous le soin, la garde, la direction ou à la charge d'une personne qui, selon le cas:
  - (i) ne peut ou ne veut pas lui assurer des soins, une surveillance ou une direction convenables,

(ii) whose conduct endangers or might endanger the life, health or emotional well-being of the child, or

(iii) who neglects or refuses to provide or obtain proper medical or other remedial care or treatment necessary for the health or well-being of the child or who refuses to permit such care or treatment to be provided to the child when the care or treatment is recommended by a duly qualified medical practitioner;

(c) is abused or is in danger of being abused;

(d) is beyond the control of a person who has the care, custody, control or charge of the child;

(e) is likely to suffer harm or injury due to the behaviour, condition, domestic environment or associations of the child or of a person having care, custody, control or charge of the child;

(f) is subjected to aggression or sexual harassment that endangers the life, health or emotional well-being of the child;

(g) being under the age of 12 years, is left unattended and without reasonable provision being made for the supervision and safety of the child; or

(h) is the subject, or is about to become the subject, of an unlawful adoption under *The Adoption Act* or of a sale under section 84.

**21(1)** The director, a representative of an agency or a peace officer who on reasonable and probable grounds believes that a child is in need of protection, may apprehend the child without a warrant and take the child to a place of safety where the child may be detained for examination and temporary care and be dealt with in accordance with the provisions of this Part.

**21(2)** The director, a representative of an agency or a peace officer who on reasonable and probable grounds believes

(a) that a child is in immediate danger; or

(b) that a child who is unable to look after and care for himself or herself has been left without any responsible person to care for him or her;

may, without warrant and by force if necessary, enter any premises to investigate the matter and if the child appears to be in need of protection shall

(c) apprehend the child and take the child to a place of safety; or

(ii) par sa conduite, menace ou pourrait menacer la vie, la santé ou le bien-être affectif de l'enfant,

(iii) néglige ou refuse de fournir à l'enfant ou d'obtenir pour lui les soins ou les traitements médicaux ou thérapeutiques appropriés, nécessaires à sa santé et à son bien-être, ou qui refuse d'autoriser que ces soins ou ces traitements lui soient fournis, lorsqu'un médecin les recommande;

c) il est victime de mauvais traitements ou menacé de mauvais traitements;

d) il échappe au contrôle de la personne qui en a le soin, la garde, la direction ou la charge;

e) il peut vraisemblablement subir un dommage ou des blessures en raison de son comportement, de son état, de son entourage ou de ses fréquentations, ou de ceux de la personne qui a le soin, la garde, la direction ou la charge de l'enfant;

f) il est l'objet d'une agression ou de harcèlement sexuel qui menace sa vie, sa santé ou son bien-être affectif;

g) il est âgé de moins de 12 ans et laissé à lui-même sans que des mesures raisonnables aient été prises pour assurer sa surveillance et sa sécurité;

h) il fait l'objet ou est sur le point de faire l'objet d'une adoption illégale visée par la *Loi sur l'adoption* ou d'une vente visée à l'article 84.

**21(1)** Le Directeur, un représentant d'un office ou un agent de la paix qui a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection peut appréhender l'enfant sans mandat et le conduire dans un lieu sûr où il peut être détenu à des fins d'examen et de soins provisoires et être traité selon les dispositions de la présente Partie.

**21(2)** Le Directeur, un représentant d'un office ou un agent de la paix qui a des motifs raisonnables et probables de croire

a) qu'un enfant est en danger immédiat; ou

b) qu'un enfant qui est incapable de prendre soin de lui-même a été laissé sans qu'aucune personne ne soit capable de prendre soin de lui;

peut, sans mandat et par la force si nécessaire, pénétrer en tout lieu afin d'enquêter sur les faits de l'affaire et doit, si l'enfant semble avoir besoin de protection

c) appréhender l'enfant et le conduire dans un lieu sûr; ou

(d) take such other steps as are necessary to protect the child.

**21(3)** On application, a judge, master, magistrate or justice of the peace who is satisfied that there are reasonable and probable grounds for believing there is a child who is in need of protection, may issue a warrant authorizing an agency or a peace officer

(a) to enter, by force if necessary, a building or other place specified in the warrant and search for the child; and

(b) if the child appears to be in need of protection,

(i) to apprehend the child and to take the child to a place of safety, or

(ii) to take such other steps as are necessary to protect the child.

**27(1)** The agency shall, within 4 juridical days after the day of apprehension or within such further period as a judge, master, magistrate or justice of the peace on application may allow, make an application for a hearing to determine whether the child is in need of protection.

**29(1)** An application under subsection 27(1) shall be returnable within seven juridical days of being filed, or, where there is no sitting of the court in which the application was filed in that period, on the date of the next sitting of the court, or within such further period as a judge, master, magistrate or justice of the peace may, on application, allow.

Prior to the statute's amendment, s. 29(1) provided that:

**29(1)** An application under subsection 27(1) shall be returnable within 30 days of being filed or within such further period as a judge, master, magistrate or justice of the peace may, on application, allow.

### III. Judgments

#### A. *Manitoba Court of Queen's Bench*

63 In dismissing the appellant's constitutional challenge to s. 21(1) of the Act, Stefanson J. noted that this Court's decision in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R.

d) prendre les autres mesures nécessaires afin de protéger l'enfant.

**21(3)** À la suite d'une demande, un juge, un conseiller-maître, un magistrat ou un juge de paix qui est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection peut décerner un mandat autorisant un office ou un agent de la paix

a) à pénétrer, par la force si nécessaire, dans un immeuble ou dans un autre endroit précisé dans le mandat et à rechercher l'enfant; et

b) si l'enfant semble avoir besoin de protection

(i) à appréhender l'enfant et à le conduire dans un lieu sûr, ou

(ii) à prendre les autres mesures nécessaires afin de protéger l'enfant.

**27(1)** L'office doit présenter une demande d'audience visant à déterminer si l'enfant a besoin de protection, dans les 4 jours juridiques qui suivent l'appréhension de l'enfant ou sous réserve de tout délai supplémentaire que peut accorder, sur demande, un juge, un conseiller-maître, un magistrat ou un juge de paix.

**29(1)** La demande que vise le paragraphe 27 (1) est rapportée dans les sept jours ouvrables suivant son dépôt ou, si la Cour n'est pas en session pendant cette période, à la date de sa session suivante ou dans le délai plus long que peut accorder, sur demande, un juge, un conseiller-maître, un magistrat ou un juge de paix.

Voici le libellé du par. 29(1), avant la modification de la Loi:

**29(1)** Le rapport d'une demande visée au paragraphe 27(1) doit être fait dans les 30 jours du dépôt de la demande ou dans tout autre délai plus long qu'un juge, un conseiller-maître, un magistrat ou un juge de paix peut accorder sur demande.

### III. Les décisions antérieures

#### A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba*

En rejetant la contestation constitutionnelle faite par l'appelante contre le par. 21(1) de la Loi, le juge Stefanson note que, dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1



315, did not decide that the warrantless apprehension of a child in a non-emergency situation violates s. 7. He added that *B. (R.)* concluded that the absence of “immediate judicial review” of the apprehension does not violate s. 7. He found, based on the evidence before him, that the Manitoba courts place the “highest priority” on child protection cases. In addition, he observed that in this case, judicial review occurred within ten days of the child’s apprehension because the appellant’s counsel sought an injunction shortly after the apprehension. There was, therefore, a “speedy judicial review”, even if it was not based on the procedure set out in the Act.

In a second set of reasons released on June 24, 1997, Stefanson J. dealt with the merits of the agency’s application for permanent guardianship orders with respect to Jane, Chris and John. He reviewed the evidence presented by the agency, K.L.W. and two of the three fathers of the children in question. Much of the evidence related to K.L.W.’s history of alcoholism and her involvement in abusive relationships, including that with John’s father, D.F., who had a criminal record that included a conviction for assaulting the appellant in March 1996. The trial judge noted the appellant’s and D.F.’s failure to disclose to the agency and others their ongoing personal relationship. He also considered the appellant’s neglect of her children due to her problems with alcohol and her difficulties interacting with her children, particularly with Jane and Chris, who had behavioural problems and special needs. He noted that Jane and Chris seemed to be doing well in their foster placements. Finally, he considered the evidence of two doctors, one of whom suggested that Chris and John be returned to K.L.W. after another six months in the agency’s custody. The trial judge observed, however, that the doctor’s opinion was based in part on the misleading statements of

R.C.S. 315, notre Cour n’a pas jugé que l’appréhension sans mandat d’un enfant en l’absence d’urgence portait atteinte à l’art. 7. Il ajoute que, dans *B. (R.)*, notre Cour décide que l’absence de [TRADUCTION] «contrôle judiciaire immédiat» de l’appréhension ne porte pas atteinte à l’art. 7. Il conclut, selon la preuve, que les tribunaux manitobains accordent la [TRADUCTION] «plus grande priorité» aux décisions relatives à la protection d’enfants. En outre, il fait remarquer qu’en l’espèce le contrôle judiciaire a eu lieu dans les dix jours qui ont suivi l’appréhension de l’enfant parce que l’avocat de l’appelante avait demandé une injonction peu après l’appréhension. Il y a donc eu un [TRADUCTION] «contrôle judiciaire rapide», même s’il n’a pas eu lieu selon la procédure établie par la Loi.

Dans des motifs additionnels rendus le 24 juin 1997, le juge Stefanson se prononce sur le bien-fondé de la demande de l’Office visant l’obtention d’ordonnances de tutelle permanente relativement à Jane, Chris et John. Il examine la preuve présentée par l’Office, par K.L.W. et par deux des trois pères des enfants en question. Une bonne partie de la preuve a trait aux antécédents d’alcoolisme de K.L.W. et au fait que cette dernière a eu des relations impliquant de la violence, notamment sa relation avec D.F., le père de John, qui a un casier judiciaire, dont une déclaration de culpabilité pour voies de fait sur l’appelante en mars 1996. Le juge de première instance souligne que l’appelante et D.F. n’ont pas informé l’Office et d’autres intéressés du caractère continu de leur liaison. Il note également que l’appelante néglige ses enfants en raison de ses problèmes d’alcoolisme et qu’elle a de la difficulté à interagir avec eux, surtout avec Jane et Chris, qui ont des problèmes de comportement et des besoins spéciaux. Il souligne que Jane et Chris semblent être bien adaptés dans leurs foyers d’accueil. Enfin, il tient compte du témoignage de deux médecins, dont l’un a proposé que Chris et John soient remis à K.L.W. après une autre période de six mois sous la garde de l’Office. Le juge de première instance fait toutefois remarquer que l’opinion du médecin est fondée en partie sur les

K.L.W. and D.F. to the effect that they were no longer in a relationship.

65 Stefanson J. found that the three children were in need of protection. He concluded that it was in the best interests of all three of the children to appoint the agency as their permanent guardian. He emphasized K.L.W.'s failure to deal with her "deep-rooted psychological problems" and found that her "tragic history of selecting physically abusive partners" outweighed the progress she had made in controlling her alcohol addiction over the year prior to the trial, as well as evidence of her successful enrollment in programs to help her with parenting skills and with her own history as a victim of abuse.

B. *Manitoba Court of Appeal* (1998), 126 Man. R. (2d) 315

66 In addition to her appeal of the merits of the trial judge's decisions, the appellant sought to have fresh evidence admitted regarding her efforts to get her life in order since the trial. In a brief unanimous judgment, Huband J.A. dismissed the application to admit fresh evidence on the basis that s. 45(3) of the Act was the appropriate mechanism for reviewing a permanent order of guardianship based on fresh evidence. At the time, s. 45(3) of the Act read as follows:

**45(3)** Where more than 1 year has elapsed since an order of permanent guardianship was pronounced, and the child has not been placed for adoption, the parents may apply to court for an order that the guardianship be terminated.

67 Huband J.A. went on to hold that the trial judge made no demonstrable error in coming to the conclusion that the children were in need of protection and to uphold the permanent guardianship orders. Finally, he held that the appellant's constitutional arguments failed in light of this Court's decision in *B. (R.)*, *supra*, which he suggested, at para. 5, stood for the following proposition:

déclarations trompeuses de K.L.W. et D.F., selon lesquelles ils avaient rompu.

Le juge Stefanson conclut que les trois enfants ont besoin de protection. Il statue qu'il est dans leur intérêt supérieur que l'Office soit nommé leur tuteur permanent. Il attire l'attention sur l'incapacité de K.L.W. à régler ses [TRADUCTION] «problèmes psychologiques profonds» et conclut que son [TRADUCTION] «habitude tragique de choisir des conjoints violents» l'emporte sur les progrès qu'elle a faits au cours de l'année précédant le procès pour surmonter sa dépendance à l'alcool de même que sur la preuve de sa participation fructueuse à des programmes visant à améliorer ses aptitudes parentales et à affronter son passé de personne victime d'abus.

B. *Cour d'appel du Manitoba* (1998), 126 Man. R. (2d) 315

En plus de son appel sur le bien-fondé des décisions du juge de première instance, l'appelante cherche à faire admettre une preuve nouvelle relativement aux efforts qu'elle a faits pour mettre de l'ordre dans sa vie depuis le procès. Dans un bref jugement unanime, le juge Huband rejette la demande d'admission de la preuve nouvelle au motif que le par. 45(3) de la Loi est le mécanisme d'examen approprié d'une ordonnance de tutelle permanente fondé sur une preuve nouvelle. À l'époque, le par. 45(3) de la Loi était ainsi libellé:

**45(3)** Les parents peuvent demander à la Cour de rendre une ordonnance mettant fin à la tutelle permanente, lorsqu'un délai de plus d'un an s'est écoulé depuis que l'ordonnance de tutelle permanente a été rendue et que l'enfant n'a pas été placé en vue de son adoption.

Le juge Huband conclut ensuite que le juge de première instance n'a commis aucune erreur en concluant que les enfants ont besoin de protection et confirme les ordonnances de tutelle permanente. Enfin, il conclut que les arguments constitutionnels de l'appelante sont mal fondés d'après la décision rendue par notre Cour dans *B. (R.)*, précité, qu'il interprète ainsi (au par. 5):

... s. 7 of the [Charter] is indeed engaged, but ... legislation accords with the principles of fundamental justice, even though there is no prior notice or judicial review of the decision to apprehend, so long as the subsequent proceedings are fair.

IV. Issues

Lamer C.J. stated the following constitutional questions:

1. Is s. 21(1) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. C-80, as amended, in whole or in part inconsistent with, or does it infringe or deny rights guaranteed by, s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to this question is yes, is s. 21(1) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. C-80, as amended, demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The following additional issue is also before us:

Did the Court of Appeal err in law in refusing the appellant's application to adduce fresh evidence?

I note that, since the appeal, s. 45(3) has been amended (S.M. 1997, c. 48, s. 23) to state that:

**45(3)** The parents of a child with respect to whom an order of permanent guardianship has been made may apply to court for an order that the guardianship be terminated if

- (a) the child has not been placed for adoption; and
- (b) one year has elapsed since the expiry of the parents' right to appeal from the guardianship order or, if an appeal was taken, since the appeal was finally disposed of.

In light of the conclusions reached below on the constitutional issue, and given the subsequent legislative amendments, it is not necessary for this Court to decide this issue.

[TRADUCTION] ... l'art. 7 de la [Charte] s'applique effectivement, mais cette loi est conforme aux principes de justice fondamentale même s'il n'y a aucun préavis ni contrôle judiciaire de la décision d'appréhender, dans la mesure où les audiences tenues par la suite sont équitables.

IV. Les questions en litige

Le juge en chef Lamer a énoncé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. C-80, et ses modifications, est-il, en totalité ou en partie, incompatible avec les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou y porte-t-il atteinte?
2. Dans l'affirmative, la justification du par. 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. C-80, et ses modifications, peut-elle se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Nous sommes également saisis de la question suivante:

La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en refusant la demande de l'appelante de présenter une nouvelle preuve?

Je note que, depuis l'appel, le par. 45(3) a été ainsi modifié (L.M. 1997, ch. 48, art. 23):

**45(3)** Les parents d'un enfant à l'égard de qui une ordonnance de tutelle permanente a été rendue peuvent demander à la Cour de rendre une ordonnance mettant fin à la tutelle si:

- a) d'une part, l'enfant n'a pas été placé en vue de son adoption;
- b) d'autre part, un délai d'un an s'est écoulé depuis l'extinction du droit des parents d'interjeter appel de l'ordonnance de tutelle ou, si un appel a été interjeté, depuis que l'appel a été tranché de façon définitive.

Au regard des conclusions auxquelles j'en arrive sur la question constitutionnelle et étant donné les modifications législatives subséquentes, il n'y a pas lieu pour notre Cour de se prononcer sur cette question.

68

69

## V. Analysis

70 Section 7 of the *Charter* requires the following two-step analysis to determine whether legislation or other state action infringes a protected *Charter* right: (1) Is there an infringement of the right to “life, liberty and security of the person”? (2) If so, is the infringement contrary to the principles of fundamental justice? See *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 584; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 401; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 53; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 212.

71 The s. 7 analysis must be a contextual one: *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779. In order to understand the s. 7 rights and the principles of fundamental justice at stake in this appeal, it is first necessary to outline briefly the social and legislative context in which the impugned provisions of the *Manitoba Child and Family Services Act* operate, before undertaking the s. 7 analysis.

### A. Context and Legislative Framework

#### (1) Social Context

72 The mutual bond of love and support between parents and their children is a crucial one and deserves great respect. Unnecessary disruptions of this bond by the state have the potential to cause significant trauma to both the parent and the child. Parents must be accorded a relatively large measure of freedom from state interference to raise their children as they see fit. Indeed, no one would dispute the fact that the task of raising a child can be difficult, especially when parents experience the types of personal, social and economic problems faced by the appellant in this case. A proper description of the general context of this case can-

## V. Analyse

L'article 7 de la *Charte* exige une analyse en deux temps pour déterminer si une loi ou une action de l'État porte atteinte à un droit protégé par la *Charte*: 1) Y a-t-il une atteinte au droit à «la vie, à la liberté et à la sécurité de [la] personne»? 2) Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle contraire aux principes de justice fondamentale? Voir *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 584; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 401; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 53; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 212.

L'analyse fondée sur l'art. 7 doit être contextuelle: *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779. Pour comprendre les droits garantis par l'art. 7 et les principes de justice fondamentale qui sont en jeu dans le présent pourvoi, il faut d'abord exposer brièvement le contexte social et législatif dans lequel s'appliquent les dispositions contestées de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* du Manitoba avant d'entreprendre l'analyse fondée sur l'art. 7.

### A. Le contexte et le cadre législatif

#### (1) Le contexte social

Le lien d'amour et de soutien mutuel entre les parents et leurs enfants est vital et mérite un grand respect. Une perturbation inutile de ce lien par l'État risque de causer de graves traumatismes tant aux parents qu'aux enfants. Les parents doivent jouir d'une large mesure de liberté sans interférence de l'État pour élever leurs enfants comme ils l'entendent. Personne, d'ailleurs, ne contesterait le fait qu'élever un enfant peut être une tâche difficile, surtout lorsque les parents connaissent les mêmes genres de problèmes personnels, sociaux et économiques auxquels l'appelante a eu à faire face dans la présente affaire. Une description appro-

not ignore the frequent occurrence of child protection proceedings involving already disadvantaged members of society such as single-parent families, aboriginal families and disabled parents: see *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at paras. 113-15, per L'Heureux-Dubé J.; Manitoba Family Services, *Third Annual Report of the Children's Advocate*, 1995/96, at p. 13.

It must also be recognized that children are vulnerable and depend on their parents or other caregivers for the necessities of life, as well as for their physical, emotional and intellectual development and well-being. Thus, protecting children from harm has become a universally accepted goal: see the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, now ratified by 191 states, including Canada.

Although Canada does not yet have a national database for child protection statistics, it is clear that the family does not always provide a safe environment for children: see Statistics Canada, *Family Violence in Canada: A Statistical Profile 2000*, at pp. 31 ff.; H. L. MacMillan et al., "Prevalence of Child Physical and Sexual Abuse in the Community: Results From the Ontario Health Supplement" (1997), 278 *JAMA* 131. Tragedies in Ontario and British Columbia in which children have died due to abuse and neglect in the home have led to recent reviews of the state of child protection and child welfare in those provinces: Ontario Association of Children's Aid Societies, *Ontario Child Mortality Task Force — Final Report* (1997); Ontario Panel of Experts on Child Protection, *Protecting Vulnerable Children* (1998) ("Ontario Panel Report"); Ministry of Social Services of British Columbia, *Report of the Gove Inquiry into Child Protection in British Columbia* (1995). On the negative long-term effects of childhood abuse and neglect, see: L. S. Wissow, "Child Abuse and Neglect" (1995), 332 *New Eng. J. Med.* 1425; Law Commission of Canada, *Restoring*

priée du contexte général de la présente affaire ne peut passer sous silence le fait que les procédures de protection des enfants concernent souvent des membres déjà défavorisés de la société comme les familles monoparentales, les familles autochtones et les parents handicapés: voir *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, aux par. 113 à 115, le juge L'Heureux-Dubé; Services à la famille Manitoba, *Third Annual Report of the Children's Advocate*, 1995/96, à la p. 13.

Il faut, toutefois, reconnaître que les enfants sont vulnérables et qu'ils dépendent de leurs parents ou d'autres personnes responsables des soins pour les nécessités de la vie de même que pour leur développement et leur bien-être physique, affectif et intellectuel. La protection des enfants est en conséquence devenue un objectif universellement reconnu: voir la *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, maintenant ratifiée par 191 États, dont le Canada.

Bien que le Canada n'ait pas encore de banque de données nationale sur les statistiques relatives à la protection des enfants, il est clair que la famille ne fournit pas toujours un environnement sécuritaire pour les enfants: voir Statistique Canada, *La violence familiale au Canada: un profil statistique 2000*, à la p. 35 et suiv.; H. L. MacMillan et autres, «Prevalence of Child Physical and Sexual Abuse in the Community: Results From the Ontario Health Supplement» (1997), 278 *JAMA* 131. Des tragédies survenues en Ontario et en Colombie-Britannique, lors desquelles des enfants sont morts en raison de mauvais traitements et de négligence dans leur foyer, ont récemment donné lieu à une évaluation de l'état de la protection et du bien-être des enfants dans ces provinces: Association ontarienne des sociétés de l'aide à l'enfance, *Ontario Child Mortality Task Force — Final Report* (1997); Comité d'experts en matière de protection des enfants (Ontario), *Protecting Vulnerable Children* (1998) (le «rapport du comité ontarien»); ministère des Services sociaux de la Colombie-Britannique, *Report of the Gove Inquiry into Child Protection in British Columbia* (1995). Pour les

73

74

*Dignity: Responding to Child Abuse in Canadian Institutions* (2000), at pp. 44-46.

effets négatifs à long terme des sévices et de la négligence subis pendant l'enfance, voir: L. S. Wissow, «Child Abuse and Neglect» (1995), 332 *New Eng. J. Med.* 1425; Commission du droit du Canada, *La dignité retrouvée: La réparation des sévices infligés aux enfants dans des établissements canadiens* (2000), aux pp. 44 à 48.

75

Because children are vulnerable and cannot exercise their rights independently, particularly at a young age, and because child abuse and neglect have long-term effects that impact negatively both on the individual child and on society, the state has assumed both the duty and the power to intervene to protect children's welfare. This responsibility finds expression in the *parens patriae* jurisdiction of the common law courts: see generally *G. (J.)*, *supra*, at paras. 69-70; *G. (D.F.)*, *supra*, at para. 56; *B. (R.)*, *supra*, at para. 88; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606, at p. 607. It is also found in Book 1 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, and in every provincial and territorial child protection statute. For a summary of provincial and territorial child protection legislation, see M. M. Bernstein, L. M. Kirwin and H. Bernstein, *Child Protection Law in Canada* (loose-leaf).

## (2) Legislative Context

76

Canadian child protection law has undergone a significant evolution over the past decades. This evolution reflects a variety of policy shifts and orientations, as society has sought the most appropriate means of protecting children from harm. Over the last 40 years or so, society has become much more aware of problems such as battered child syndrome and child sexual abuse, leading to calls for greater preventive intervention and protection. At the same time, Canadian law has increasingly emphasized individual rights to protection against state intervention. This has led, somewhat paradoxically, both to greater scope for state intervention in the lives of families for the purpose of protecting children, and to greater emphasis on court-enforced procedural protections from such intervention: N. Bala, "An Introduction to Child Protection Problems", in N. Bala, J. P. Hornick and R.

Les enfants étant vulnérables et ne pouvant exercer leurs droits de façon indépendante, surtout en bas âge, et les mauvais traitements et la négligence ayant des effets à long terme qui affectent négativement l'enfant lui-même et la société, l'État a assumé l'obligation et le pouvoir d'intervenir pour protéger le bien-être des enfants. Cette responsabilité se reflète dans la compétence *parens patriae* des tribunaux de common law: voir, de façon générale, *G. (J.)*, précité, aux par. 69 et 70; *G. (D.F.)*, précité, au par. 56; *B. (R.)*, précité, au par. 88; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606, à la p. 607. Elle se retrouve également dans le livre premier du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, et dans toutes les lois provinciales et territoriales portant sur la protection des enfants. Pour un résumé de ces lois, voir M. M. Bernstein, L. M. Kirwin et H. Bernstein, *Child Protection Law in Canada* (feuilles mobiles).

## (2) Le contexte législatif

Le droit canadien de la protection de l'enfance a considérablement évolué au cours des dernières décennies. Cette évolution reflète les divers changements de politiques et orientations au fur et à mesure que la société cherchait le moyen le plus approprié de protéger les enfants contre tout préjudice. Au cours des 40 dernières années, la société est devenue beaucoup plus consciente des problèmes comme le syndrome de l'enfant battu et l'exploitation sexuelle des enfants, ce qui a suscité un intérêt marqué pour une meilleure intervention préventive et protectrice. Parallèlement, le droit canadien a de plus en plus mis l'accent sur la protection des droits de la personne à l'encontre de l'intervention de l'État. Cela a mené, de façon quelque peu paradoxale, à une plus grande intervention de l'État dans la vie des familles en vue de la protection des enfants et à un accroissement des

Vogl, *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State* (1991), 1; S. R. Fodden, *Family Law* (1999), at pp. 120-21; *La protection de l'enfant: évolution* (1999). For an exploration of the even more dramatic shift in English child protection law over the past decades, see: J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law* (1998), at pp. 366-67.

One of the ways in which legislatures have sought to respond to concerns about excessive intrusion into family life has been to provide for a range of possible measures, from least to most disruptive, by which the state, acting through child protection authorities, may intervene to protect a child from harm: see R. Vogl, "Initial Involvement", in Bala, Hornick and Vogl, *supra*, 33, at pp. 33 ff. Within this legislative framework, the least disruptive measures include support services provided to parents in the home and voluntary placements with a child protection agency.

The most disruptive form of intervention is a court order giving the agency temporary or permanent guardianship of a child. Particularly in the case of a permanent order, this may sever legal ties between parent and child forever. To make such an order, a court must find that the child is in need of protection within the meaning of the applicable statute. In addition, the court must find that the "best interests of the child" dictate a temporary or permanent transfer of guardianship. As Lamer C.J. observed in *G. (J.)*, *supra*, at para. 76: "Few state actions can have a more profound effect on the lives of both parent and child."

Apprehension is an interim child protection measure. Where it involves the physical removal of a child from his or her parents' care, it is also one of the most disruptive forms of intervention undertaken to protect children. It has the potential

protections procédurales, appliquées par les tribunaux, contre cette intervention: N. Bala, «An Introduction to Child Protection Problems», dans N. Bala, J. P. Hornick et R. Vogl, *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State* (1991), 1; S. R. Fodden, *Family Law* (1999), aux pp. 120 et 121; *La protection de l'enfant: évolution* (1999). Pour une analyse des changements encore plus importants du droit anglais de la protection de l'enfance au cours des dernières décennies, voir: J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law* (1998), aux pp. 366 et 367.

L'une des façons par lesquelles les législatures ont cherché à répondre aux craintes d'ingérence excessive dans la vie familiale a été de prévoir une gamme de mesures possibles, de la moindre à la plus perturbatrice, par lesquelles l'État, agissant par l'entremise des autorités de la protection de l'enfance, pouvait intervenir pour protéger un enfant contre tout préjudice: voir R. Vogl, «Initial Involvement», dans Bala, Hornick et Vogl, *op. cit.*, 33, à la p. 33 et suiv. Dans ce cadre législatif, les mesures les moins perturbatrices comprennent les services d'aide à domicile fournis aux parents et les placements volontaires auprès d'un organisme de protection de l'enfance.

La forme d'intervention la plus perturbatrice est l'ordonnance du tribunal conférant à l'Office la tutelle temporaire ou permanente d'un enfant. Surtout dans le cas d'une ordonnance de tutelle permanente, cela peut rompre pour toujours les liens juridiques entre les parents et les enfants. Pour rendre une telle ordonnance, le tribunal doit conclure que l'enfant a besoin de protection au sens de la loi applicable. En outre, il doit conclure que «l'intérêt supérieur de l'enfant» dicte un changement de tutelle temporaire ou permanent. Comme le juge en chef Lamer l'a fait remarquer dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, au par. 76: «Peu d'actes gouvernementaux peuvent avoir des répercussions plus profondes sur la vie des parents et de l'enfant.»

L'appréhension est une mesure de protection temporaire d'un enfant. Lorsqu'elle comporte l'enlèvement physique d'un enfant à ses parents, elle est également l'une des formes d'intervention les plus perturbatrices visant à protéger les enfants.

77

78

79

to lead to a relatively lengthy separation of parents and children, in cases where the child is held in the agency's care pending the disposition of a child protection hearing and the hearing is delayed for any reason: D. Barnhorst and B. Walter, "Child Protection Legislation in Canada", in Bala, Hornick and Vogl, *supra*, 17, at p. 25.

Elle peut mener à une séparation relativement longue des parents et des enfants si l'enfant est confié aux soins de l'Office dans l'attente de l'issue de l'audience relative à sa protection et que l'audience est retardée pour une raison quelconque: D. Barnhorst et B. Walter, «Child Protection Legislation in Canada», dans Bala, Hornick et Vogl, *op. cit.*, 17, à la p. 25.

80 Ultimately, however, as the Alberta Court of Appeal recently observed in *T. v. Alberta (Director of Child Welfare)* (2000), 188 D.L.R. (4th) 603, at para. 14, child protection legislation "is about protecting children from harm; it is a child welfare statute and not a parents' rights statute". While parents' and children's rights and responsibilities must be balanced together with children's right to life and health and the state's responsibility to protect children, the underlying philosophy and policy of the legislation must be kept in mind when interpreting it and determining its constitutional validity.

En définitive, cependant, comme la Cour d'appel de l'Alberta l'a récemment fait remarquer dans *T. c. Alberta (Director of Child Welfare)* (2000), 188 D.L.R. (4th) 603, au par. 14, la loi sur la protection de l'enfant [TRADUCTION] «vise à protéger les enfants contre tout préjudice; il s'agit d'une loi concernant le bien-être de l'enfant et non d'une loi conférant des droits aux parents». Bien qu'il faille pondérer à la fois les droits et les responsabilités des parents et des enfants par rapport au droit des enfants à la vie et à la santé et à la responsabilité de l'État de les protéger, il faut avoir à l'esprit la philosophie et les principes qui sous-tendent la loi lorsqu'il s'agit de l'interpréter et d'en déterminer la constitutionnalité.

### (3) Legislative Framework of the Manitoba Act

### (3) Le cadre législatif de la Loi manitobaine

81 In terms of its overarching framework, the Act specifies in s. 2(1) that the best interests of the child shall be "the paramount consideration" in all proceedings affecting a child, "other than proceedings to determine whether a child is in need of protection" (emphasis added). Article 3(1) of the UN *Convention on the Rights of the Child*, to which Canada is a signatory, requires that: "In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration". In light of the *Convention's* wording, the Manitoba provision is understandable, since in the setting of protection proceedings the best interests of the child are reduced from being the paramount consideration to being a primary consideration. This avoids establishing a higher threshold than even the *Convention* requires, for situations in which time can be of the essence. Precluding the exclusive use of the abstract concept of "best interests" in protection proceedings allows attention to

En ce qui concerne ses principes fondamentaux, la Loi prévoit au par. 2(1) que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être le «critère de décision le plus important» dans toute démarche touchant à ses droits, «à l'exception d'une instance instituée afin de déterminer si un enfant a besoin de protection» (je souligne). Le paragraphe 3(1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant* de l'ONU, dont le Canada est signataire, précise: «Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.» À la lumière du libellé de la *Convention*, la disposition manitobaine se comprend bien, car elle prévoit que, dans le cadre de procédures concernant la protection de l'enfant, l'intérêt supérieur de ce dernier est non plus le critère le plus important, mais seulement une considération primordiale. Cela permet d'éviter d'établir un critère plus strict que celui prévu par la *Convention*



be given as well to the Act's other, more concrete, criteria for determining when a child is in need of protection.

Part II of the Act sets out less disruptive types of services that child protection authorities may provide to families, generally with the consent of parents, including: counselling, guidance, the provision of homemaker or day care services, and voluntary placement agreements.

Part III of the Act governs child protection proceedings with respect to a "child in need of protection" as defined in s. 17. Part III provides for apprehension based on "reasonable and probable grounds [to] believ[e] that [the] child is in need of protection" in s. 21(1). Apprehension is subject to a prior warrant requirement for entry into a building or other place when there is no "immediate danger" to a child and no lack of responsible care for a vulnerable child: see ss. 21(2) and 21(3). Part III then sets out the notice and hearing requirements with which the agency must comply, after apprehension, in order to obtain a judicial determination of whether a child is in need of protection, and if so, whether the child requires the agency's supervision or guardianship pursuant to a court order. The evidence in this case supports the proposition that in Manitoba the apprehension of a child is a last resort. The respondent agency's Director is mandated by the Act's s. 4(1) to:

(d) ensure the development and establishment of standards of services and practices and procedures to be followed where services are provided to children and families;

and

(e) ensure that agencies are providing the standard of services and are following the procedures and practices

elle-même pour les cas où le délai peut être un élément essentiel. Empêcher l'utilisation exclusive du concept abstrait de l'«intérêt supérieur» dans les procédures de protection permet de tenir compte également d'autres critères plus concrets de la Loi pour déterminer quand l'enfant a besoin de protection.

La partie II de la Loi prévoit des types de services moins perturbateurs que les autorités de la protection de l'enfance peuvent fournir aux familles, généralement avec le consentement des parents, notamment les conseils, l'encadrement, la prestation de services d'aide à domicile ou de garderie ainsi que les ententes de placement volontaire.

La partie III de la Loi régit les instances relatives à la protection de l'enfant dans le cas de tout «enfant ayant besoin de protection» au sens de la définition figurant à l'art. 17. Elle prévoit au par. 21(1) l'apprehension fondée sur «des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection». L'apprehension est subordonnée à l'exigence d'obtenir un mandat avant de pénétrer dans un immeuble ou autre lieu dans les cas où il n'y a aucun «danger immédiat» pour l'enfant et où il y a une personne responsable pour prendre soin de l'enfant vulnérable: voir les par. 21(2) et 21(3). Elle prévoit ensuite les exigences d'avis et d'audience auxquelles l'Office doit se conformer, après l'apprehension, pour que le tribunal détermine si un enfant a besoin de protection et, le cas échéant, si l'enfant nécessite la surveillance ou la tutelle de l'Office conformément à un ordre de la Cour. La preuve étaye ici l'affirmation que l'apprehension de l'enfant est, au Manitoba, une mesure de dernier recours. Le Directeur de l'Office intimé doit, en vertu du par. 4(1) de la Loi:

d) assurer la mise en place et l'adoption des normes de qualité et des règles de pratique et de procédure à respecter dans les services offerts aux enfants et aux familles;

et

e) s'assurer que les offices respectent les normes de qualité et les règles de pratique et de procédure, adoptées en

82

83

established pursuant to clause (d) and by the provisions of this Act and the regulations . . . .

Several aspects of the agency's practices and procedures suggest that apprehension is carefully considered and that taking a child away from his or her family is a last resort. First, the phrase "last resort" is contained in the Training Manual for agency workers: J. S. Rycus, R. C. Hughes and J. K. Garrison, *Child Protective Services: A Training Curriculum*, vol. 1 (1989), at p. 132. Second, the agency regularly cooperates with parents to establish goals for them to achieve in order to avoid apprehension. Third, there is a kinship program designed to recruit family members to care for children in need of protection. The evidence indicates that apprehensions occur in only 14 percent of the agency's cases. If one takes into account the figure that at least 50 percent of these apprehensions are classified by the agency to be emergencies, then the number of apprehensions like the one at issue in this case is revealed to be less than 7 percent of all the agency's cases. The agency's practices and procedures mandate that these apprehension decisions be last resorts. If these protocols are not followed, the courts can then intervene to impose appropriate sanctions in order to deter the agency from failing to meet either the legislation's standards or those the Act requires the agency to set for itself: see for example *C. (J.M.N.) v. Winnipeg Child & Family Services (Central)* (1997), 33 R.F.L. (4th) 175 (Man. Q.B.).

vertu de l'alinéa d) ou prévues par la présente loi et les règlements . . .

Il ressort de plusieurs aspects des pratiques et des procédures de l'Office que l'apprehension fait l'objet d'un examen approfondi et que ce n'est qu'en dernier ressort que l'enfant est retiré à sa famille. Premièrement, l'expression [TRADUCTION] «dernier ressort» se trouve dans le manuel de formation des employés de l'Office: J. S. Rycus, R. C. Hughes et J. K. Garrison, *Child Protective Services: A Training Curriculum*, vol. 1 (1989), à la p. 132. Deuxièmement, celui-ci collabore régulièrement avec les parents pour établir des objectifs qu'ils doivent atteindre pour éviter que leur enfant soit appréhendé. Troisièmement, on a mis en place un programme de lien de parenté en vue de recruter des membres de la famille qui pourraient prendre soin d'enfants ayant besoin de protection. Selon la preuve, l'Office appréhende l'enfant dans quatorze pour cent des cas seulement. Compte tenu du nombre indiquant qu'au moins cinquante pour cent de ces appréhensions sont des urgences selon l'Office, le nombre d'appréhensions comme celle en l'espèce constituent moins de sept pour cent des cas qui lui sont soumis. Les pratiques et procédures de l'Office prévoient que de telles appréhensions sont des mesures de dernier ressort. En cas d'inobservation de ces protocoles, les tribunaux peuvent imposer des sanctions appropriées pour dissuader l'Office de s'écarter soit des normes prévues par la loi, soit de celles que, selon la Loi, il doit s'imposer: voir, par exemple, *C. (J.M.N.) c. Winnipeg Child & Family Services (Central)* (1997), 33 R.F.L. (4th) 175 (B.R. Man.).

84 With this context and legislative framework in mind, I now turn to the constitutionality of the impugned provisions under s. 7 of the *Charter*.

B. *Infringement of the Section 7 Right to Security of the Person*

85 At the first stage of the s. 7 analysis, the appellant submits that the apprehension of a child infringes parental rights to liberty and security of the person and, therefore, triggers the application of s. 7. In *G. (J.)*, *supra*, at para. 58, this Court held

Ayant à l'esprit ce contexte et ce cadre législatif, j'aborde maintenant la question de la constitutionnalité des dispositions contestées en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

B. *L'atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7*

À la première étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, l'appelante soutient que l'apprehension d'un enfant porte atteinte aux droits des parents à la liberté et à la sécurité de leur personne et que, par conséquent, elle entraîne l'application de

that legal proceedings to extend a custody order in the child protection context triggered the application of s. 7 of the *Charter*. The Court found that the deprivation of custody infringed the parent's right to security of the person. Lamer C.J. observed that this Court has determined that the s. 7 right to security of the person extends beyond physical deprivations of security of the person to protect the "psychological integrity of the individual": *G. (J.)*, *supra*, at para. 58; see more generally *Rodriguez*, *supra*, at pp. 587-88, *per* Sopinka J.; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1177, *per* Lamer J.; *Morgentaler*, *supra*, at p. 173, *per* Wilson J. Where the deprivation is not physical, the "impugned state action must have a serious and profound effect on a person's psychological integrity", assessed objectively, in order to constitute an impairment of the s. 7 right: *G. (J.)*, *supra*, at para. 60.

Lamer C.J. reasoned in *G. (J.)*, *supra*, at para. 61, that "state removal of a child from parental custody pursuant to the state's *parens patriae* jurisdiction constitutes a serious interference with the psychological integrity of the parent", given the distress arising from the breaking of the bond between parent and child, the "gross intrusion into a private and intimate sphere" caused by direct state interference with the parent-child relationship through inspection and review, and the potential stigmatization of the parent as "unfit" when relieved of custody; see also *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, at paras. 55-57. Thus, he found an infringement of the parent's right to security of the person within the meaning of s. 7.

Similarly, the removal of a child from parental care by way of apprehension may give rise to great emotional and psychological distress for parents and constitutes a serious intrusion into the family

l'art. 7. Dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, au par. 58, notre Cour a conclu que les procédures judiciaires visant à prolonger une ordonnance de garde dans le contexte de la protection des enfants entraînaient l'application de l'art. 7 de la *Charte*. Notre Cour a conclu que la privation de la garde portait atteinte aux droits du parent à la liberté de sa personne. Le juge en chef Lamer a fait remarquer que notre Cour avait déterminé que le droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 allait au-delà des privations physiques de la sécurité de la personne et s'étendait à la protection de «l'intégrité [. . .] psychologique de la personne»: *G. (J.)*, précité, au par. 58; voir, de façon plus générale, *Rodriguez*, précité, aux pp. 587 et 588, le juge Sopinka; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1177, le juge Lamer; *Morgentaler*, précité, à la p. 173, le juge Wilson. Lorsque la privation n'est pas physique, «il faut [. . .] que l'acte de l'État faisant l'objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne», selon une évaluation objective, pour constituer une atteinte au droit garanti par l'art. 7: *G. (J.)*, précité, au par. 60.

Dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, au par. 61, le juge en chef Lamer explique que «le retrait de la garde par l'État conformément à la compétence *parens patriae* de celui-ci [. . .] porte gravement atteinte à l'intégrité psychologique du parent», compte tenu de la détresse causée par la rupture du lien affectif entre le parent et l'enfant, de l'«intrusion flagrante dans un domaine privé et intime» causée par l'ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant par voie d'examen et de contrôle, et de la stigmatisation potentielle du parent comme étant «inapte» lorsqu'on lui retire la garde: voir aussi *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, aux par. 55 à 57. Il conclut donc à l'existence d'une atteinte au droit du parent à la sécurité de sa personne au sens de l'art. 7.

De la même manière, le retrait d'un enfant à ses parents par voie d'apprehension peut leur causer une grande détresse affective et psychologique et constitue une ingérence grave dans la vie de la

sphere. Since s. 21(1) of the Act provides for the apprehension of a child from parental care, it contemplates an infringement of the right to security of the person which can only be carried out in accordance with the principles of fundamental justice. Given this conclusion, there is no need to consider whether the statute also infringes a parental liberty right.

*C. Prior Judicial Authorization of Apprehension and the Principles of Fundamental Justice*

88 Having found that apprehension impairs the parents' right to security of the person, I now turn to the question squarely raised in this appeal: do the principles of fundamental justice applicable in the child protection context require prior judicial authorization of apprehensions in "non-emergency" situations?

89 The appellant concedes that in "emergency" situations, the principles of fundamental justice dictate that a hearing occur subsequent to the child's removal. This concession is clearly based on the recognition that in cases of imminent danger, the child's right to life and health, and the state's duty to intervene to protect that right, are so compelling as to justify *post facto* assessment of state action: *B. (R.)*, *supra*, at para. 92; see also *Wallis v. Spencer*, 202 F.3d 1126 (9th Cir. 2000), at pp. 1136-37; *Dietz v. Damas*, 932 F.Supp. 431 (E.D.N.Y. 1996), at p. 444. For this reason, no provincial or territorial child protection legislation requires any form of notice or prior judicial authorization of apprehension in "emergency" situations.

90 Accordingly, we are dealing in this appeal only with what the appellant has termed "non-emergency" child protection situations. The appellant submits that there must be notice to the parents and an *inter partes* hearing prior to a "non-emergency" apprehension. In the alternative, she submits that prior *ex parte* authorization is required with respect to "non-emergency" apprehensions. The respondent agency and provincial interveners

famille. Étant donné que le par. 21(1) de la Loi prévoit l'enlèvement d'un enfant à ses parents, il vise une atteinte au droit à la sécurité de la personne qui ne peut avoir lieu que conformément aux principes de justice fondamentale. Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire de déterminer si la loi porte également atteinte au droit des parents à leur liberté.

*C. L'autorisation judiciaire préalable de l'apprehension et les principes de justice fondamentale*

Ayant conclu que l'apprehension porte atteinte au droit des parents à la sécurité de leur personne, j'aborde maintenant la véritable question soulevée dans ce pourvoi: les principes de justice fondamentale applicables dans le contexte de la protection des enfants exigent-ils une autorisation judiciaire préalable aux appréhensions «en l'absence d'urgence»?

L'appelante concède que dans des situations d'urgence, les principes de justice fondamentale exigent que l'audience ait lieu après le retrait de l'enfant. Cette admission est manifestement fondée sur la reconnaissance que, dans les cas de danger immédiat, le droit des enfants à la vie et à la santé ainsi que l'obligation de l'État d'intervenir pour protéger ce droit sont si prédominants qu'ils justifient une évaluation après le fait de l'action de l'État: *B. (R.)*, précité, au par. 92; voir aussi *Wallis c. Spencer*, 202 F.3d 1126 (9th Cir. 2000), aux pp. 1136 et 1137; *Dietz c. Damas*, 932 F.Supp. 431 (E.D.N.Y. 1996), à la p. 444. Pour ce motif, aucune loi provinciale ou territoriale en matière de protection de l'enfance n'exige une quelconque forme d'avis ou d'autorisation judiciaire préalable à l'apprehension dans des situations d'urgence.

Par conséquent, le présent pourvoi porte uniquement sur ce que l'appelante a qualifié de cas de protection d'enfants «en l'absence d'urgence». Selon ses prétentions, un avis doit être donné aux parents et une audience *inter partes* tenue avant l'apprehension «en l'absence d'urgence». Elle soutient, subsidiairement, qu'une autorisation préalable *ex parte* est requise pour les appréhensions «en l'absence d'urgence». L'Office intimé et les inter-

submit, for their part, that a prompt post-apprehension protection hearing may conform to the principles of fundamental justice in a broader range of child protection situations than emergencies alone.

Before proceeding to analyse these submissions, I note that all of the parties to this appeal, as well as the courts below, relied to a significant extent on La Forest J.'s reasons in *B. (R.)*, *supra*, for guidance on these issues. In that appeal, La Forest J. considered the right under s. 7 to a fair hearing prior to state interference in parents' choice of medical treatment for their child. The Ontario child protection agency had apprehended a child without a warrant, pursuant to s. 19(1)(b)(ix) of the Ontario *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66 (now repealed). The agency then sought a temporary wardship order to allow the agency to substitute its consent to life-saving medical treatment for the child, since the parents refused to consent. The parents challenged the fairness of the hearing with respect to the wardship order, rather than the fairness of the apprehension.

In upholding the constitutionality of the impugned provisions, La Forest J. focussed on the statutory notice requirement for the wardship hearing and on the adversarial nature of the proceedings. He did not consider the fairness of the apprehension *per se*. Moreover, the apprehension in that case occurred in what La Forest J. recognized as an "emergency" situation, broadly defined. Thus, the question decided then was quite different from the one raised by the present appeal. Contrary to the findings of the Court of Appeal in this case, this Court did not reach any conclusion in *B. (R.)*, *supra*, on the specific issue of whether prior judicial authorization of apprehension in "non-emergency" situations is required for compliance with the principles of fundamental justice.

Many of the general principles La Forest J. enunciated remain relevant, however, and were

venants provinciaux font valoir, quant à eux, qu'une audience tenue promptement après l'apprehension peut être conforme aux principes de justice fondamentale dans un éventail de situations de protection des enfants plus large que les situations d'urgence.

Avant d'aborder l'analyse de ces prétentions, je souligne que toutes les parties au présent pourvoi, de même que les tribunaux d'instance inférieure, se sont largement inspirés des motifs du juge La Forest dans l'arrêt *B. (R.)*, précité. Dans ce pourvoi, le juge La Forest a examiné la question de savoir si l'art. 7 conférait le droit à une audition équitable préalable à l'ingérence de l'État dans le choix des parents en ce qui concerne le traitement médical de leur enfant. Les autorités de la protection de l'enfance de l'Ontario avaient appréhendé un enfant sans mandat en vertu du sous-al. 19(1)(b)(ix) de la *Child Welfare Act* de l'Ontario, R.S.O. 1980, ch. 66 (maintenant abrogé). L'organisme a ensuite demandé une ordonnance de garde temporaire l'autorisant à consentir, devant le refus des parents et à leur place, à un traitement médical permettant de sauver la vie de l'enfant. Les parents ont contesté le caractère équitable de l'audition relative à l'ordonnance de garde plutôt que le caractère équitable de l'apprehension.

En confirmant la constitutionnalité des dispositions contestées, le juge La Forest a insisté sur l'exigence d'un avis préalable à l'audience relative à la garde et sur la nature contradictoire de l'instance. Il n'a pas examiné le caractère équitable de l'apprehension en soi. De plus, l'apprehension dans cette affaire avait eu lieu dans ce que le juge La Forest a reconnu comme étant une situation d'urgence au sens large. Par conséquent, la question alors tranchée était très différente de celle soulevée dans le présent appel. Contrairement à ce qu'a affirmé la Cour d'appel dans la présente affaire, notre Cour n'a tiré aucune conclusion dans l'arrêt *B. (R.)*, précité, sur la question précise de savoir si les principes de justice fondamentale exigent une autorisation judiciaire préalable à une apprehension «en l'absence d'urgence».

Plusieurs des principes généraux énoncés par le juge La Forest demeurent toutefois pertinents et

91

92

93

approved by this Court in *G. (J.)*, *supra*. In *B. (R.)*, *supra*, at para. 88, cited with approval by Lamer C.J. in *G. (J.)*, *supra*, at para. 70, La Forest J. stated that there are two fundamental principles at stake in the child protection context:

The protection of a child's right to life and to health, when it becomes necessary to do so, is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long, of course, as it also meets the requirements of fair procedure.

It remains, therefore, for this Court to determine what the principles of fundamental justice require with respect to the threshold for apprehension without prior judicial authorization. In doing so, it is necessary to balance the following factors: (1) the seriousness of the interests at stake; (2) the difficulties associated with distinguishing emergency from non-emergency child protection situations; and (3) an assessment of the risks to children associated with adopting an "emergency" threshold, as opposed to the benefits of prior judicial authorization.

#### (1) Interests at Stake

As in *G. (J.)*, *supra*, the interests at stake in cases of apprehension are of the highest order, given the impact that state action involving the separation of parents and children may have on all of their lives, and particularly on their psychological and emotional well-being. From the child's perspective, state action in the form of apprehension seeks to ensure the protection, and indeed the very survival, of another interest of fundamental importance: the child's life and health. Given that children are highly vulnerable members of our society, and given society's interest in protecting them from harm, fair process in the child protection context must reflect the fact that children's lives and health may need to be given priority where the protection of these interests diverges from the protection of parents' rights to freedom from state intervention.

ont été approuvés par notre Cour dans l'arrêt *G. (J.)*, précité. Dans l'arrêt *B. (R.)*, précité, au par. 88, cité avec approbation par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *G. (J.)*, au par. 70, le juge La Forest déclare qu'il existe deux principes fondamentaux dans le contexte de la protection des enfants:

La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé, lorsqu'il devient nécessaire de le faire, est un précepte fondamental de notre système juridique, et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure, évidemment, où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable.

Il appartient donc à notre Cour de déterminer quel est le seuil requis par les principes de justice fondamentale pour une appréhension sans autorisation judiciaire préalable. Ce faisant, il est nécessaire de soupeser les facteurs suivants: (1) l'importance des intérêts en jeu; (2) la difficulté de distinguer l'urgence de l'absence d'urgence dans les cas de protection d'enfants; (3) l'évaluation des risques que présente pour les enfants l'adoption du critère «d'urgence», par opposition aux avantages de l'autorisation judiciaire préalable.

#### (1) Les intérêts en question

Comme dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, les intérêts en question dans les cas d'appréhension sont de la plus haute importance, compte tenu des répercussions que l'action de l'État comportant la séparation des parents de leurs enfants peut avoir sur toute leur vie, en particulier sur leur bien-être psychologique et affectif. Du point de vue de l'enfant, l'action de l'État, sous forme d'appréhension, vise à assurer la protection, sinon la survie d'un autre droit d'une importance fondamentale: la vie de l'enfant et sa santé. Étant donné que les enfants sont des individus très vulnérables dans notre société et étant donné l'intérêt qu'a la société à les protéger contre tout préjudice, le processus équitable dans le contexte de la protection des enfants doit tenir compte du fait qu'il faut parfois accorder la priorité à leur vie et à leur santé lorsque la protection de ces intérêts diverge de celle du droit des parents d'être à l'abri de l'intervention de l'État.

The appellant sought to introduce into the s. 7 analysis a s. 8 *Charter* argument on the reasonable expectation of privacy. This was done with a view to importing into the child protection context the rationale, developed in the criminal context, for requiring prior *ex parte* authorization, where feasible, as preventive protection against the infringement of privacy interests: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

This Court has suggested in cases such as *Beare*, *supra*, at p. 412, *per* La Forest J., and *Mills*, *supra*, at para. 62, *per* McLachlin and Iacobucci JJ., that the principles of fundamental justice include a right to privacy given its great value to society: see also *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 110, *per* L'Heureux-Dubé J. In particular, this Court has recognized that it may be necessary, in certain contexts, to balance one individual's right to privacy against another individual's competing rights and interests: *Mills*, *supra*; *O'Connor*, *supra*.

This line of reasoning is not directly applicable, however, in the context of this appeal. In the child protection context, both parents' and children's privacy interests are better viewed as being included within the fundamental right at stake: the right to security of the person: see *G. (J.)*, *supra*, at paras. 61-62. The privacy interest underlies and informs the content of this right. It does not, however, provide an appropriate basis for importing a s. 8 analysis to determine, under the s. 7 balancing of principles of fundamental justice, what procedural protections are required against state intrusion in the form of apprehension.

To summarize, the interests at stake in the child protection context dictate a somewhat different balancing analysis from that undertaken with respect to the accused's s. 7 and s. 8 rights in the criminal context. Moreover, the state's protective purpose in apprehending a child is clearly distinguishable from the state's punitive purpose in the

L'appelante cherche à intégrer à l'analyse en vertu de l'art. 7 un argument fondé sur l'art. 8 de la *Charte*, selon lequel chacun peut raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée. Ceci dans le but d'appliquer au contexte de la protection des enfants le fondement, élaboré dans le contexte criminel, de l'exigence d'autorisation préalable *ex parte*, lorsque cela est possible, en tant que mesure de protection préventive contre les atteintes au droit à la vie privée: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Dans des arrêts tels *Beare*, précité, à la p. 412, le juge La Forest, et *Mills*, précité, au par. 62, les juges McLachlin et Iacobucci, notre Cour indique que les principes de justice fondamentale comprennent le droit à la vie privée, vu l'importance qu'il revêt pour la société: voir aussi *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au par. 110, le juge L'Heureux-Dubé. Notre Cour reconnaît notamment qu'il est parfois nécessaire, dans certains contextes, de trouver un juste équilibre entre le droit à la vie privée d'une personne et les droits et intérêts opposés d'une autre personne: *Mills* et *O'Connor*, précités.

Ce type de raisonnement n'est cependant pas directement applicable dans le cadre du présent pourvoi. Dans un contexte de protection des enfants, il faut considérer le droit à la vie privée des parents et des enfants comme étant inclus dans le droit fondamental en jeu: le droit à la sécurité de la personne: voir *G. (J.)*, précité, aux par. 61 et 62. Le droit à la vie privée sous-tend le contenu de ce droit. Ce n'est cependant pas un fondement approprié pour y incorporer l'analyse de l'art. 8 aux fins de déterminer, en vertu de la pondération des principes de justice fondamentale fondée sur l'art. 7, quelles sont les protections procédurales requises contre l'intervention de l'État sous forme d'apprehension.

En résumé, les intérêts en jeu dans le contexte de la protection des enfants dictent une analyse quelque peu différente de celle entreprise dans le contexte criminel relativement aux droits garantis à l'accusé par les art. 7 et 8. De plus, l'objectif de protection visé par l'État lorsqu'il appréhende un enfant se distingue manifestement du but punitif

95

96

97

98

criminal context, namely that of seeing that justice is done with respect to a criminal act. These distinctions should make courts reluctant to import procedural protections developed in the criminal context into the child protection context. On the importance of distinguishing between criminal and non-criminal contexts with respect to s. 7 analysis; see *Blencoe, supra*, at para. 92.

(2) Emergency vs. Non-Emergency Distinction in the Child Protection Context

99

There are a number of factors specific to the child protection context that must be considered in determining the appropriate threshold for apprehension without prior judicial authorization. These factors include: the evidentiary difficulties and time pressures associated with child protection situations; and the need for preventive as well as protective state intervention with respect to children. The factors point to several difficulties associated with establishing an “emergency” threshold for the apprehension of a child. I emphasize that these difficulties are related primarily to the effective protection of children’s lives and health, rather than to considerations of administrative convenience.

100

The evidentiary difficulties particular to the child protection context arise out of the fact that child protection authorities are almost always concerned with situations taking place within the intimacy of private homes. The following passage from Southin J.’s (as she then was) insightful decision in *Gareau v. British Columbia (Superintendent of Family and Child Services)* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 352 (S.C.), at p. 360, aff’d (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 215 (C.A.), describes the problems this causes for child protection authorities carrying out their mandate:

Social workers must make difficult choices when determining what to do about a child allegedly in danger. From time to time, we read of a child who dies because he was physically maltreated. The ministry is sometimes blamed for not having done enough. A child

qu’il vise dans le contexte criminel, à savoir veiller à ce que justice soit faite relativement à un acte criminel. Du fait de ces distinctions, les tribunaux devraient hésiter à appliquer au contexte de la protection des enfants des protections procédurales élaborées dans le contexte criminel. Quant à l’importance d’établir une distinction entre les contextes criminel et non criminel dans lesquels s’effectue l’analyse fondée sur l’art. 7; voir *Blencoe, précité*, au par. 92.

(2) La distinction entre l’urgence et l’absence d’urgence dans le contexte de la protection des enfants

Nombre de facteurs propres au contexte de la protection des enfants doivent être considérés lorsqu’il s’agit de déterminer le seuil approprié pour une appréhension sans autorisation judiciaire préalable, notamment les difficultés de preuve et les contraintes de temps dans les cas de protection d’enfants ainsi que la nécessité d’une intervention tant préventive que protectrice de l’État en ce qui a trait aux enfants. Ces facteurs mettent en évidence plusieurs difficultés liées à l’établissement du seuil d’«urgence» pour l’appréhension d’un enfant. Je souligne que ces difficultés sont principalement liées à la protection efficace de la vie et de la santé des enfants, plutôt qu’à des considérations de commodité administrative.

Les problèmes de preuve propres au contexte de la protection des enfants découlent du fait que les autorités de la protection de l’enfance sont presque toujours aux prises avec des situations se produisant dans l’intimité du foyer. L’extrait suivant de la décision perspicace du juge Southin (maintenant juge de la Cour d’appel) dans *Gareau c. British Columbia (Superintendent of Family and Child Services)* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 352 (C.S.), à la p. 360, conf. par (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 215 (C.A.), décrit les problèmes qui se posent aux autorités de la protection de l’enfance dans l’exercice de leur mandat:

[TRADUCTION] Les travailleurs sociaux doivent faire des choix difficiles lorsqu’ils déterminent ce qu’il faut faire au sujet d’un enfant qui serait en danger. De temps à autre, nous lisons l’histoire d’un enfant qui meurt parce qu’il a subi des sévices corporels. Le ministère est



may have physical injuries. The ministry investigates. The parent says the child fell. The physicians say that perhaps the injuries came from a fall and perhaps they came from a beating. The evidence is inconclusive and the child is not apprehended. It was a beating. The child who is neglected may or may not tell the truth. He stays in the home and is abused further. The ministry can do little as it has insufficient evidence.

(See also: *Director of Child Welfare, supra*, at para. 18.) As this passage reveals, child protection workers are inevitably called upon to make highly time-sensitive decisions in situations in which it is often difficult, if not impossible, to determine whether a child is at risk of imminent harm, or at risk of non-imminent but serious harm, while the child remains in the parents' care. The challenging task facing child protection workers was also recognized by Lord Nicholls in his speech for the majority in *In re H. (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)*, [1996] A.C. 563 (H.L.), at p. 592:

I am very conscious of the difficulties confronting social workers and others in obtaining hard evidence, which will stand up when challenged in court, of the maltreatment meted out to children behind closed doors. Cruelty and physical abuse are notoriously difficult to prove. The task of social workers is usually anxious and often thankless. They are criticised for not having taken action in response to warning signs which are obvious enough when seen in the clear light of hindsight. Or they are criticised for making applications based on serious allegations which, in the event, are not established in court. Sometimes, whatever they do, they cannot do right.

My colleague Madam Justice Arbour writes at para. 38 that

even if we only focus on the four or five days of intense decision-making around the time of the infant's birth, there was ample time for the respondent to seek a prior judicial authorization of the apprehension, with no risk to the infant, who during this time was in hospital where he and his mother were under medical supervision.

parfois blâmé de ne pas en avoir fait assez. Un enfant peut être blessé. Le ministère fait enquête. Le père ou la mère dit que l'enfant est tombé. Les médecins disent que les blessures ont peut-être été causées par une chute ou qu'elles ont peut-être été causées par une raclée. La preuve n'est pas concluante et l'enfant n'est pas appréhendé. Il s'agissait d'une raclée. L'enfant maltraité peut dire ou non la vérité. Il reste chez lui et il se fait maltraiter davantage. Le ministère ne peut pas faire grand-chose, car il n'a pas suffisamment d'éléments de preuve.

(Voir aussi *Director of Child Welfare*, précité, au par. 18.) Comme le révèle cet extrait, les préposés à la protection de l'enfance doivent inévitablement prendre des décisions à des moments très critiques où il est souvent difficile, voire impossible, de déterminer s'il existe pour l'enfant un risque immédiat de préjudice ou un risque non immédiat mais sérieux lorsqu'il demeure sous la garde de ses parents. Le défi que les préposés à la protection de l'enfance doivent relever a également été reconnu par lord Nicholls dans ses motifs au nom des juges majoritaires dans *In re H. (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)*, [1996] A.C. 563 (H.L.), à la p. 592:

[TRADUCTION] Je suis très conscient des difficultés qu'éprouvent les travailleurs sociaux et d'autres intervenants lorsqu'ils cherchent à obtenir des éléments de preuve tangibles, solides en cas de contestation devant les tribunaux, établissant les mauvais traitements que subissent des enfants en privé. Il est notoirement difficile de prouver la cruauté et la violence physique. La tâche des travailleurs sociaux est habituellement angoissante et souvent ingrate. On les critique parce qu'ils n'ont pas pris de mesures devant des signes avant-coureurs qui semblent assez évidents après coup. Ou encore on les critique parce qu'ils ont présenté des demandes fondées sur de graves allégations dont le bien-fondé n'est pas finalement établi devant le tribunal. Parfois, peu importe ce qu'ils font, ils ont tort.

Ma collègue Madame le juge Arbour écrit au para. 38:

... même si nous ne considérons que les quatre ou cinq jours de prise de décision intense à l'époque de la naissance de l'enfant, l'intimé avait amplement le temps de demander une autorisation judiciaire préalable pour l'appréhension de l'enfant sans que ce dernier ne coure de risque, car il se trouvait alors à l'hôpital, où lui-même et sa mère étaient sous surveillance médicale.

I disagree with this characterization. In my view, this case illustrates very well how time-sensitive apprehension decisions can be. Far from having four or five days to decide, the agency had to act on Friday October 25, 1996 after the baby's birth the night before. If the apprehension had not been accomplished immediately, the mother would have been free to leave the hospital with the baby. The reason the social worker needed to intervene so quickly was because the appellant "had a history of drug and alcohol abuse. We weren't sure exactly how long it had been since she had been sober". In preparing for the apprehension, the agency could not have anticipated that the child would be born two weeks ahead of its due date. The agency's attempt to place the appellant into a residential facility immediately upon her October 23, 1996 request, two months after her refusal to go, shows that the agency used apprehension as a last resort. Only after the birth of her child and the resulting impossibility of the appellant's staying safely at the residential facility — because of minimal supervision and the threat posed by her abusive partner — did the agency finally decide to apprehend. At this stage immediate action was imperative since the appellant's discharge from the hospital could have taken place at any moment, subject only to her own volition. Even if counsel's estimate at oral argument that it would take 20 hours to prepare affidavits for an *ex parte* warrant application is high, the time pressures of that Friday would have caused the type of *ex parte* proceeding proposed by Madam Justice Arbour to impose a risk of serious harm on the baby.

Je ne souscris pas ce point de vue. À mon avis, la présente affaire illustre très bien jusqu'à quel point les décisions concernant l'apprehension sont sensibles au facteur temps. Loin de disposer de quatre ou cinq jours pour prendre une décision, l'Office devait agir le vendredi 25 octobre 1996, soit après la naissance de l'enfant la nuit précédente. Si l'Office n'avait pas immédiatement appréhendé l'enfant, la mère aurait été libre de quitter l'hôpital avec lui. La raison pour laquelle le travailleur social devait intervenir si rapidement était que l'appelante [TRADUCTION] «avait des antécédents de consommation excessive de drogue et d'alcool. Nous ne savions pas exactement depuis quand elle était sobre». L'Office ne pouvait prévoir, pendant qu'il se préparait à appréhender l'enfant, que celui-ci naîtrait deux semaines avant terme. La tentative de l'Office de transférer sans délai l'appelante dans un établissement résidentiel à la suite de la demande qu'elle avait faite en ce sens le 23 octobre 1996, soit deux mois après son refus initial, démontre qu'on a recouru à l'apprehension en dernier ressort. C'est seulement après la naissance de l'enfant, quand il est devenu impossible pour l'appelante de séjourner en toute sécurité dans l'établissement résidentiel, vu la supervision minimale qu'on y offrait et la menace que posait son conjoint violent, que l'Office a finalement décidé d'appréhender l'enfant. À ce stade-là, l'Office devait absolument agir sans tarder, car l'appelante aurait pu obtenir son congé de l'hôpital à tout moment, au gré de sa volonté. Bien que l'estimation faite par l'avocat, dans sa plaidoirie, à l'effet qu'il faudrait 20 heures pour préparer les affidavits qui doivent accompagner une demande de mandat *ex parte*, soit généreuse, les contraintes de temps ce vendredi-là auraient fait en sorte que la tenue d'une instance *ex parte* comme celle que propose Madame le juge Arbour aurait fait courir un risque grave au bébé.

102

Aside from evidentiary difficulties and time pressures, it is also important to recognize that the state must be able to take preventive action to protect children: *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at pp. 83-85, *per* L'Heureux-Dubé J.; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at p. 178, *per*

Outre les difficultés sur le plan de la preuve et les contraintes de temps, il est aussi important de reconnaître que l'État doit pouvoir prendre des mesures préventives pour protéger les enfants: *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, aux pp. 83 à 85, le juge L'Heureux-Dubé; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993]

L'Heureux-Dubé J. This means that the state should not always be required to wait until a child has been seriously harmed before being allowed to intervene. Requiring prior judicial authorization in “non-emergency” situations, assuming that they can be distinguished, may impede pro-active intervention by placing the burden on the state to justify intervention in situations of arguably “non-imminent”, yet serious, danger to the child.

Some of the difficulties associated with the emergency standard are illustrated by s. 17(2)(a) of the Manitoba *Child and Family Services Act*, which defines “child in need of protection” to include situations in which a child is “without adequate care, supervision or control”. While this term is broad, it contemplates situations of serious risk of harm to children, including, for example, those in which they are found alone in the street without anyone to care for them, or in which they are with adults who are unable to provide adequate care because they are intoxicated. Given the state’s duty to protect a child at risk of serious harm, as well as the child’s compelling interest in being so protected, immediate apprehension may be appropriate in such circumstances, even though there might be some dispute as to whether the danger of harm is “imminent”.

All of these factors point to serious harm or risk of serious harm as an appropriate threshold for apprehension without prior judicial authorization. I recognize that with respect to prior *ex parte* authorization, several child protection statutes in Canada distinguish between situations of “imminent danger”, sometimes also expressed in terms of situations in which “substantial risk” would be posed to the child if prior judicial authorization were sought, and other child protection situations: see, e.g., Alberta *Child Welfare Act*, S.A. 1984, c. C-8.1, s. 17(9); Ontario *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, s. 40(7). The Manitoba Act itself makes a similar distinction in s. 21(2), with respect to entry into premises to search for a child in situations of “immediate danger”. Section

4 R.C.S. 141, à la p. 178, le juge L'Heureux-Dubé. Cela signifie que l'État ne doit pas toujours devoir attendre que l'enfant subisse un préjudice grave avant d'être à même d'intervenir. Exiger une autorisation judiciaire préalable «en l'absence d'urgence», en supposant que la distinction soit possible, peut empêcher une intervention proactive en obligeant l'État à justifier l'intervention dans des situations où il y aurait un danger «non immédiat», mais néanmoins grave, pour l'enfant.

Certaines difficultés liées à la norme de l'urgence sont illustrées à l'al. 17(2)a) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* du Manitoba, qui inclut dans la définition de «enfant ayant besoin de protection», le cas de l'enfant «privé de soins, de surveillance ou de direction convenables». Bien que cette expression soit large, elle vise les situations où il y a risque sérieux de préjudice pour l'enfant, notamment celle où il est trouvé seul dans la rue sans personne pour s'occuper de lui et celle où il est avec un adulte incapable de lui fournir des soins convenables en raison de son intoxication. Étant donné l'obligation de l'État de protéger les enfants qui risquent de subir un préjudice grave et l'intérêt prépondérant de ces derniers d'être ainsi protégés, l'apprehension immédiate peut être justifiée dans de telles circonstances, bien qu'il puisse y avoir contestation sur la question de savoir si le danger de préjudice est «immédiat» ou non.

Tous ces facteurs dénotent un préjudice grave ou un risque de préjudice grave comme seuil approprié justifiant l'apprehension sans autorisation judiciaire préalable. Je reconnais qu'en ce qui concerne l'autorisation préalable *ex parte*, plusieurs lois relatives à la protection des enfants au Canada font la distinction entre les cas de [TRADUCTION] «danger immédiat», parfois aussi décrits comme des situations où l'enfant courrait un «risque considérable» si l'on demandait une autorisation judiciaire préalable, et d'autres situations exigeant la protection de l'enfant: voir, p. ex., la *Child Welfare Act* de l'Alberta, S.A. 1984, ch. C-8.1, par. 17(9); la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. C.11, par. 40(7). La loi manitobaine elle-même établit une distinction

103

104

21(2) goes on to include situations in which “a child who is unable to look after and care for himself or herself has been left without any responsible person to care for him or her”. No statute defines the term “emergency”, however, and many statutes qualify the notion of immediate danger by adding words to the effect that “no other less disruptive measure that is available is adequate to protect the child”: see *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, s. 30; *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, s. 33; *The Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, c. C-7.2, s. 17.

semblable au par. 21(2) relativement à l'entrée en tout lieu pour rechercher un enfant en «danger immédiat». Le paragraphe 21(2) va jusqu'à s'appliquer aux situations où «un enfant qui est incapable de prendre soin de lui-même a été laissé sans qu'aucune personne ne soit capable de prendre soin de lui». Aucune loi ne définit le terme «urgence», toutefois, et de nombreuses lois précisent la notion de danger immédiat en ajoutant qu'il n'y a [TRADUCTION] «aucune autre mesure moins perturbatrice pour protéger convenablement l'enfant»: voir *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 30; *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 33; *The Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, ch. C-7.2, art. 17.

105

In addition to these considerations, a recent report by a panel of experts in Ontario acknowledges that practices among Ontario agencies and courts diverge significantly as to when a warrant is sought and granted prior to apprehension. According to the panel, “[t]he process required to obtain a warrant in some jurisdictions can lead to unnecessary delay in early decisive intervention”: Ontario Panel Report, *supra*, at p. 40. Consequently, the panel recommended “that the requirement to obtain a warrant to apprehend a child be eliminated”: Ontario Panel Report, at p. 41. Madam Justice Arbour writes at para. 41 that she “recognize[s] that the Ontario Panel of Experts on Child Protection has recommended clarifying or abolishing the warrant requirements in Ontario. However, Professor Bala . . . has pointed out that there were no representatives or advocates for children or for parents on that panel . . .”. This creates an incomplete impression since, to quote Professor Bala in full: “The Ontario Panel members included two Family Law judges, a police detective, a school principal, two doctors, and two social work professionals. All the Panel members had experience with child abuse and neglect issues, but there were no representatives or advocates for children or for parents involved with Children’s Aid Societies on the Panel” (N. Bala, “Reforming Ontario’s *Child and Family Services Act*: Is the Pendulum

En plus des considérations susmentionnées, le récent rapport d'un comité d'experts de l'Ontario reconnaît que les organismes et les tribunaux de l'Ontario ont des pratiques fort différentes relativement aux cas où un mandat est sollicité et accordé avant appréhension. Selon le comité, [TRADUCTION] «dans certaines instances, l'obtention d'un mandat peut retarder inutilement une intervention décisive rapide»: rapport du comité d'experts de l'Ontario, *op. cit.*, à la p. 40. Par conséquent, le comité recommande que [TRADUCTION] «l'exigence d'obtenir un mandat pour appréhender un enfant soit éliminée»: rapport du comité d'experts de l'Ontario, à la p. 41. Madame le juge Arbour écrit au par. 41 qu'elle «reconna[ît] que le comité d'experts de l'Ontario sur la protection de l'enfant recommande que l'on clarifie ou abolisse les exigences de la loi ontarienne en matière de mandat. Cependant, le professeur Bala souligne que le comité ne comprenait aucun représentant ni aucun défenseur des intérêts des enfants ou des parents . . .». Ceci donne une impression incomplète car, selon le professeur Bala, [TRADUCTION] «[I]es membres du comité d'experts de l'Ontario comprenaient deux juges en droit de la famille, un détective policier, un directeur d'école, deux médecins et deux travailleurs sociaux. Tous les membres du comité connaissaient bien les questions de violence faite aux enfants et de négligence à leur égard,

Swinging Back Too Far?” (1999-2000), 17 *C.F.L.Q.* 121, at pp. 140-41 (emphasis added)).

The legislative practice in other provinces and territories is neither consistent nor determinative. In my view, however, it tends to confirm the conclusion that adopting an “emergency” threshold as the constitutional minimum for apprehension without prior judicial authorization risks allowing significant danger to children’s lives and health. Madam Justice Arbour refers at para. 40 to *S. (B.) v. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)* (1998), 38 R.F.L. (4th) 138 (B.C.C.A.), for the proposition that “courts have interpreted terms such as ‘substantial risk of harm’ with enough consistency to provide guidance to both agencies and families. For example, in *S. (B.)* . . . at para. 111, it was made clear that a significant risk of harm was more than transitory in nature”. The relevant paragraph in that decision appears in the reasons of Prowse J.A., joined by Rowles J.A., concurring in the result. Interestingly, the majority reasons of Lambert J.A. contain a passage that would support the position that the emergency/non-emergency distinction is both difficult and risky to make. He criticized the potential for “legal niceties” to defeat the legislative purpose of the British Columbia *Child, Family and Community Service Act*, which is “to provide for the protection of every child who needs protection. No child should continue in a state of abuse, neglect, harm or threat of harm while administrators, lawyers and judges argue about which precise compartment of s-s.13(1) [delineating when a child needs protection] the case comes within or indeed,

mais le comité ne comprenait aucun représentant ni aucun défenseur des intérêts des enfants ou des parents qui ont eu affaire à des sociétés d’aide à l’enfance» (N. Bala, «Reforming Ontario’s *Child and Family Services Act*: Is the Pendulum Swinging Back Too Far?» (1999-2000), 17 *C.F.L.Q.* 121, aux pp. 140 et 141 (je souligne)).

La pratique législative d’autres provinces et territoires n’est ni uniforme ni déterminante. J’estime, toutefois, que cela tend à confirmer la conclusion que l’adoption du critère d’«urgence» comme minimum autorisé par la Constitution pour l’appréhension sans autorisation judiciaire préalable risque de créer un grave danger pour la vie et la santé des enfants. Madame le juge Arbour renvoie au par. 40 de l’arrêt *S. (B.) c. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)* (1998), 38 R.F.L. (4th) 138 (C.A.C.-B.), pour étayer la proposition selon laquelle «les tribunaux ont interprété des expressions comme «risque considérable de préjudice» de façon assez constante pour fournir des lignes directrices tant aux offices qu’aux familles. Par exemple, dans l’arrêt *S. (B.)* [. . .], au par. 111, la cour dit clairement qu’un risque considérable de sévices n’est pas seulement passager». Le passage pertinent de la décision de la Cour d’appel se retrouve dans les motifs du juge Prowse, avec l’appui du juge Rowles, qui souscrit au résultat. Il est intéressant de noter que les motifs du juge Lambert, au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel, contiennent un passage qui confirmerait le point de vue selon lequel il est difficile et hasardeux de distinguer les situations urgentes de celles qui ne le sont pas. Il a critiqué le fait que des [TRADUCTION] «subtilités juridiques» pouvaient faire échec à l’objectif de la *Child, Family and Community Service Act* de la Colombie-Britannique, qui vise à [TRADUCTION] «protéger tout enfant en cas de besoin. Aucun enfant ne doit continuer d’être maltraité ou négligé ou de subir des sévices ou des menaces de sévices pendant que des administrateurs, des avocats et des juges débattent à savoir si l’affaire relève de telle section particulière du par. 13(1) [qui détermine quand un enfant a besoin de protection], ou si elle ne relève

whether it comes with[in] any lettered compartment at all” (para. 23 (emphasis in original)).

(3) Assessment of the Risks and Benefits of an “Emergency” Threshold

107

My conclusion regarding the inappropriateness of an “emergency” threshold for apprehension without prior judicial authorization is further supported by an assessment of the risks to children associated with adopting an “emergency” threshold, as opposed to the benefits of prior judicial authorization. Section 7 requires this balancing in the child protection context, given that the protection of the child as a vulnerable human being is a basic tenet of our legal system that must be weighed against the requirements of procedural fairness: see para. 93.

108

Child protection authorities may err, of course, in their assessment of whether a child is in need of protection through apprehension, and they may intervene unnecessarily. If court supervision occurs post-apprehension, this risk of a wrongful infringement of rights lies with both parents and children. They may be subjected to the trauma of separation and unjustified state interference in their family lives. This may have a significant impact on both the parents’ and the child’s emotional well-being. It also affects their underlying dignity and privacy interests.

109

In contrast, if this Court were to find that prior judicial authorization of apprehension is required in so-called “non-emergency” situations, the risk inherent in the process of obtaining such authorization would fall primarily on the child. This risk can result from delays related to the need to gather proof of reasonable and probable grounds that the child is in need of protection, whether in the form of an affidavit or of testimony and documentary evidence. While the delays associated with prior *ex parte* authorization are not as significant as those associated with a prior hearing, they would still leave children at risk of serious, or even life-threatening, harm for at least a number of hours, or even

d’aucune section» (par. 23 (en italique dans l’original)).

(3) L’évaluation des risques et des avantages du critère d’urgence

Ma conclusion selon laquelle le critère d’urgence n’est pas le critère approprié pour l’apprehension judiciaire sans autorisation préalable est aussi confirmée par l’évaluation des risques pour les enfants que crée l’adoption d’un tel critère, par opposition aux avantages que présente l’autorisation judiciaire préalable. L’article 7 exige cette pondération dans le contexte de la protection des enfants, étant donné que la protection d’un enfant en tant qu’être humain vulnérable est un principe de base de notre système de droit qui doit être soupesé par rapport aux exigences d’équité procédurale: voir par. 93.

Les autorités de la protection de l’enfance peuvent, évidemment, se tromper lorsqu’elles déterminent si un enfant a besoin d’être appréhendé pour sa protection, et peuvent intervenir inutilement. Si la surveillance des tribunaux intervient après l’apprehension, les parents et les enfants risquent de voir leurs droits violés de façon injustifiée. Ils peuvent être traumatisés par la séparation et l’ingérence de l’État dans leur vie familiale. Cela peut avoir des répercussions importantes sur le bien-être affectif des parents et de l’enfant et porte atteinte à leur dignité et à leur droit à la vie privée.

Par contre, si notre Cour devait conclure qu’une autorisation judiciaire préalable à l’apprehension est requise «en l’absence d’urgence», c’est surtout l’enfant qui est exposé au risque inhérent à l’obtention d’une telle autorisation. Ce risque peut résulter des délais liés à la nécessité d’amasser des éléments de preuve quant aux motifs raisonnables et probables que l’enfant a besoin de protection, que ces éléments de preuve soient sous forme d’affidavit, de témoignage ou de documents. Bien que les délais liés à l’autorisation préalable *ex parte* ne soient pas aussi longs que ceux liés à une audience préalable, les enfants seraient quand même exposés pendant au moins un certain nombre d’heures,

days. A child should never be placed in such jeopardy.

Moreover, a requirement to obtain prior judicial authorization in such situations will tend to divert the resources of the child protection authorities away from their duty to protect children at risk of serious harm, toward the process of obtaining prior judicial determinations of whether a child is in need of protection or not: see Manitoba, *Report of the Child and Family Services Act Review Committee on the Community Consultation Process* (1997), at p. 15.

It is also clear that a wrongful apprehension does not give rise to the same risk of serious, and potentially even fatal, harm to a child, as would an inability on the part of the state to intervene promptly when a child is at risk of serious harm.

These risks must be weighed against the benefits associated with prior judicial authorization of apprehension in terms of procedural fairness. Prior notice and a hearing would provide parents and children with significant protection against wrongful apprehensions, as they would be able to present their arguments and evidence to the court as to why a child is not in need of protection. In my view, however, even in situations of non-imminent danger, the risks posed to the child's life and health by the delays associated with a prior hearing, compounded by the evidentiary difficulties outlined above, more than outweigh the benefits of a hearing. The risks render prior notice and a hearing unfeasible with respect to apprehension in the child protection context.

In *ex parte* proceedings, the court relies on affidavit evidence prepared by a child protection worker in determining whether a child should be apprehended. While a review of this information by the court will provide some protection against unjustified apprehensions, courts will tend to defer to the agency's assessment of the situation given the highly particularized nature of child protection proceedings and the highly compelling purpose for state action in this context. This deference will be

ou même de jours, à un risque grave, voire mortel. Un enfant ne devrait jamais être exposé à un tel risque.

En outre, l'exigence d'autorisation judiciaire préalable dans ces cas tendrait à détourner les ressources des autorités de la protection de l'enfance de leur obligation de protéger les enfants susceptibles de subir un préjudice grave afin d'obtenir une décision judiciaire sur la question de savoir si un enfant a besoin de protection ou non: voir Manitoba, *Report of the Child and Family Services Act Review Committee on the Community Consultation Process* (1997), à la p. 15.

Il est également clair qu'une appréhension injustifiée n'entraîne pas pour l'enfant le même risque de préjudice sérieux, voire fatal, qu'entraînerait l'incapacité de l'État d'intervenir rapidement lorsque l'enfant risque de subir un préjudice grave.

Ces risques doivent être soupesés par rapport aux avantages que présente sur le plan de l'équité procédurale l'autorisation judiciaire préalable à l'appréhension. Un préavis et une audience fourniraient aux parents et aux enfants une protection importante contre les appréhensions injustifiées, car ils pourraient présenter au tribunal leurs arguments et leur preuve à l'effet qu'un enfant n'a pas besoin de protection. J'estime, toutefois, que même dans les situations de danger non immédiat, les risques que présentent pour la vie et la santé de l'enfant les délais liés à l'audience préalable et les difficultés de preuve déjà mentionnées dépassent de loin les avantages d'une audience. En fait, les risques rendent impossibles le préavis et l'audience relatifs à l'appréhension dans le contexte de la protection des enfants.

Lors de procédures *ex parte*, le tribunal se fonde sur la preuve par affidavit présentée par le préposé à la protection de l'enfance pour déterminer si un enfant doit être appréhendé. Bien que l'examen de ces renseignements par le tribunal fournisse une certaine protection contre les appréhensions injustifiées, les tribunaux ont tendance à s'en remettre à l'évaluation de la situation faite par l'Office, compte tenu de la nature très particulière des audiences relatives à la protection des enfants et du

110

111

112

113

all the more warranted when the child protection worker's assessment has already been subject to an internal review process within the agency. Thus, an *ex parte* authorization requirement provides only a limited enhancement of the fairness of the apprehension process. Neither the parents nor the child have any input into the decision. The appellant herself concedes this point to some extent, since her principal argument is that the principles of fundamental justice require notice and a hearing prior to apprehension, rather than an *ex parte* authorization.

but impératif visé par l'action de l'État dans ce contexte. Cette déférence est d'autant plus justifiée lorsque l'évaluation du préposé à la protection de l'enfance a déjà fait l'objet d'un examen interne par l'Office. Par conséquent, l'exigence d'autorisation *ex parte* ne rehausse que de façon limitée le caractère équitable du processus inhérent à l'apprehension. Ni les parents ni l'enfant n'ont leur mot à dire dans la prise de décision. Dans une certaine mesure, l'appelante elle-même concède ce fait, son principal argument étant que les principes de justice fondamentale exigent un avis et une audience avant l'apprehension, plutôt qu'une autorisation *ex parte*.

114 Madam Justice Arbour believes that s. 7 does require an *ex parte* warrant procedure in this type of case. She writes at para. 24 that “any concerns that the judge may have about the appropriateness of the initiative may result in further information being requested” (emphasis added). This comment points to the acute risk of delay that requiring a prior *ex parte* warrant would occasion. To meet the evidentiary threshold for a warrant, agency workers would have to assume a third role in addition to the two identified by Madam Justice Arbour (at para. 23). They would not only have to make the difficult, but only interim, decisions of “whether a child is in need of protection” and “whether or not the need for protection has risen to the level where the child must be removed from his or her parent's care”, but they would also have to weigh time pressures against the need to provide enough information to the judge to avoid judicial delays. The full 79 paragraphs of the appellant's case history submitted by the respondent agency to this Court may not all be needed for a judge to grant an *ex parte* warrant. Yet agency workers could not, in good conscience, save precious time by submitting only a small fraction of this information to the judge and thereby inadvertently put a child at risk of serious harm through judicial delay. Requiring an *ex parte* proceeding creates a double bind: the more time the agency spends on its affidavits, the greater the risk to the child. The less time the agency spends on them, the greater the risk that the

Madame le juge Arbour estime que, dans ce type d'affaire, l'art. 7 exige la tenue d'une instance *ex parte* en vue de l'obtention d'un mandat. Elle écrit au par. 24 que le juge «peut demander des renseignements supplémentaires s'il a des réserves quant à l'opportunité de l'initiative» (je souligne). Cette remarque fait ressortir le risque aigu de délai qu'occasionnerait l'obligation d'obtenir au préalable un mandat *ex parte*. Pour répondre au critère préliminaire de preuve en matière de mandat, les employés de l'Office seraient tenus de jouer un troisième rôle, en plus des deux rôles que Madame le juge Arbour a mentionnés (au par. 23). Ainsi, non seulement ils devraient trancher, mais seulement à titre provisoire, les difficiles questions de savoir «si l'enfant a besoin de protection» et de savoir «si le besoin de protection de l'enfant est devenu tel qu'il convient de le retirer à ses parents», mais ils seraient également tenus d'apprécier les contraintes de temps au regard de la nécessité de fournir assez de renseignements au juge afin d'éviter tout retard devant le tribunal. Il se pourrait bien que les 79 paragraphes relatifs au dossier de l'appelante soumis à notre Cour par l'Office intimé ne soient pas tous nécessaires pour qu'un juge puisse décerner un mandat *ex parte*. Cependant, les employés de l'Office ne pourraient raisonnablement pas gagner un temps précieux en ne soumettant au juge qu'une petite partie de ces renseignements et faire ainsi courir à l'enfant le risque de subir un préjudice grave en raison du retard occasionné devant le tribunal. Exiger la tenue d'une instance *ex parte* crée une double



judge will require “further information”. Again, the child unacceptably bears the increased risk.

Madam Justice Arbour adds at para. 41 that: “An *ex parte* application to an independent and impartial judicial officer would provide some assurance to families experiencing a dramatic disruption to their lives at the hands of the state that this disruption is being conducted in a manner that is procedurally fair and constitutionally sound” (emphasis added). Although Madam Justice Arbour argues at para. 17 on behalf of the *nemo debet esse iudex in propria causa* principle (no one ought to be a judge in his or her own cause), she does not consider how minimal the assurance would be for families denied the opportunity to be heard in the *ex parte* proceeding. In the *ex parte* procedure, another fundamental principle, *audi alteram partem* (hear the other side), cannot, by definition, be respected. Indeed, some case law suggests that far from being given “some assurance” by an *ex parte* proceeding, families can be deeply frustrated and angered by knowing that a judicial deliberation is taking place, or has taken place, from which they are, properly, excluded. For example, the facts of a recent Alberta Court of Appeal case, *Director of Child Welfare, supra*, concern a mother who was in a courthouse with her counsel and was excluded from an *ex parte* proceeding concerning the apprehension of her baby son. See also *Miller v. City of Philadelphia*, 174 F.3d 368 (3rd Cir. 1999), where a mother and her attorney, despite being on site and available, were denied participation in an emergency hearing that led to the removal of two of her children.

I acknowledge that there may be valid policy justifications for requiring prior *ex parte* authorization for apprehensions in so-called “non-emergency” child protection situations. I find for the

problématique: plus l'Office met de temps à préparer ses affidavits, plus le risque que court l'enfant augmente; moins il met de temps à les préparer, plus le juge risque d'exiger des «renseignements supplémentaires». Encore une fois, c'est l'enfant qui fait les frais de l'augmentation du risque, ce qui est inacceptable.

Madame le juge Arbour ajoute, au par. 41, que «[l']obligation de présenter une demande *ex parte* à un officier de justice indépendant et impartial fournirait une certaine garantie aux familles faisant l'objet d'une ingérence radicale de l'État dans leur vie privée indiquant que cette ingérence est équitable sur le plan de la procédure et valable sur le plan constitutionnel» (je souligne). Bien que ma collègue se fonde sur le principe *nemo debet esse iudex in propria causa* (personne ne doit être juge dans sa propre cause) (par. 17), elle ne considère pas jusqu'à quel point cette garantie serait minimale pour les familles privées de l'occasion de se faire entendre dans le cadre d'une instance *ex parte*. Dans une telle instance, un autre principe fondamental, *audi alteram partem* (entends l'autre partie), ne peut, par définition, être respecté. En fait, certains précédents suggèrent que, loin de fournir «une certaine garantie», l'instance *ex parte* peut parfois profondément frustrer et irriter la famille en cause du fait qu'un juge délibère ou ait délibéré sur leur affaire alors qu'elle était légitimement exclue de l'instance. Par exemple, dans une affaire qui a récemment fait l'objet d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, *Director of Child Welfare, précité*, une mère, bien qu'elle se soit trouvée au palais de justice en compagnie de son avocat, a été exclue d'une audience *ex parte* concernant l'apprehension de son bébé. Voir également l'affaire *Miller c. City of Philadelphia*, 174 F.3d 368 (3rd Cir. 1999), dans laquelle on a empêché une mère et son avocat, bien qu'ils fussent sur place et disponibles, de participer à une audience tenue d'urgence qui a mené à la décision de retirer à cette dernière deux de ses enfants.

Je reconnais qu'il puisse y avoir des justifications de principe valables exigeant une autorisation *ex parte* pour l'apprehension faite «en l'absence d'urgence» pour la protection des enfants. Je

115

116

purposes of the s. 7 constitutional analysis, however, that the procedural protections against state interference provided by prior *ex parte* authorization do not enhance the fairness of the apprehension process sufficiently to outweigh the countervailing interests of, and potential risks to, a child who may be in need of the state's protection. Rather, the balancing of risks and benefits suggests that while the trauma of an unjustified separation of parent and child cannot be fully redressed by a post-apprehension hearing, the infringement will be adequately reduced when the hearing is both prompt and fair. Pending the hearing, the child will be in a safe environment, thereby minimizing the risk of harm. At the hearing, the court will determine, based on a more complete record and in an adversarial forum, whether the child is in need of protection and in need of some form of state supervision or guardianship, or whether the child should be returned to the parents' care.

(4) Conclusions on Prior Judicial Authorization and Application to the Impugned Provisions

conclus, toutefois, qu'aux fins de l'analyse constitutionnelle de l'art. 7, les protections procédurales contre l'intervention de l'État fournies par l'autorisation *ex parte* préalable ne rehaussent pas suffisamment le caractère équitable du processus inhérent à l'apprehension pour l'emporter sur les intérêts opposés d'un enfant susceptible d'avoir besoin de la protection de l'État et sur les risques éventuels auxquels il peut être exposé. Au contraire, la pondération des risques et des avantages indique que, même si l'audience qui suit l'apprehension ne peut pas remédier entièrement au traumatisme causé par la séparation injustifiée des parents et de l'enfant, l'atteinte aux droits est suffisamment réduite si l'audience est rapide et équitable. Dans l'attente de l'audience, l'enfant se retrouve dans un environnement sécuritaire, ce qui minimise le risque de préjudice. À l'audience, le tribunal détermine, selon un dossier plus complet et dans le cadre d'un forum contradictoire, si l'enfant a besoin de protection et s'il a besoin d'une certaine surveillance ou de la tutelle de l'État, ou s'il doit être remis à ses parents.

(4) Conclusions sur l'autorisation judiciaire préalable et application aux dispositions contestées

117

Apprehension should be used only as a measure of last resort where no less disruptive means are available. For the reasons set out above, I find that the appropriate minimum s. 7 threshold for apprehension without prior judicial authorization is not the "emergency" threshold. Rather the constitutional standard may be expressed as follows: where a statute provides that apprehension may occur without prior judicial authorization in situations of serious harm or risk of serious harm to the child, the statute will not necessarily offend the principles of fundamental justice. Determining whether a specific statute establishes such a minimum threshold will require an examination of the relevant provisions in their legislative context: *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *B. (R.)*, *supra*, at para. 90.

L'apprehension ne doit être utilisée qu'en dernier ressort, après l'épuisement de tous les moyens moins perturbateurs. Pour les motifs susmentionnés, je conclus que le critère minimal approprié exigé par l'art. 7 pour l'apprehension sans autorisation judiciaire préalable n'est pas le critère d'«urgence». La norme constitutionnelle peut plutôt s'exprimer ainsi: dans les cas où la loi prévoit que l'apprehension peut avoir lieu sans autorisation judiciaire préalable dans des situations où il y a préjudice grave ou risque de préjudice grave pour l'enfant, il n'y aura pas nécessairement atteinte aux principes de justice fondamentale. Pour déterminer si une loi établit un tel critère minimal, il faut examiner les dispositions pertinentes dans leur contexte législatif: *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *B. (R.)*, précité, au par. 90.

I come now to the impugned s. 21(1) of the Act, which establishes (as it established at the time of the apprehension of the appellant's child, John) that apprehension must be based on "reasonable and probable grounds" for believing "that a child is in need of protection". The statutory definition of "child in need of protection" is found at s. 17 of the Act and reads as follows:

**17(1)** For the purposes of this Act, a child is in need of protection where the life, health or emotional well-being of the child is endangered by the act or omission of a person.

**17(2)** Without restricting the generality of subsection (1), a child is in need of protection where the child

- (a) is without adequate care, supervision or control;
- (b) is in the care, custody, control or charge of a person
  - (i) who is unable or unwilling to provide adequate care, supervision or control of the child, or
  - (ii) whose conduct endangers or might endanger the life, health or emotional well-being of the child, or
  - (iii) who neglects or refuses to provide or obtain proper medical or other remedial care or treatment necessary for the health or well-being of the child or who refuses to permit such care or treatment to be provided to the child when the care or treatment is recommended by a duly qualified medical practitioner;
- (c) is abused or is in danger of being abused;
- (d) is beyond the control of a person who has the care, custody, control or charge of the child;
- (e) is likely to suffer harm or injury due to the behaviour, condition, domestic environment or associations of the child or of a person having care, custody, control or charge of the child;
- (f) is subjected to aggression or sexual harassment that endangers the life, health or emotional well-being of the child;
- (g) being under the age of 12 years, is left unattended and without reasonable provision being made for the supervision and safety of the child; or

J'aborde maintenant le par. 21(1) de la Loi, qui est contesté: ce paragraphe prévoit (comme c'était le cas au moment de l'apprehension de l'enfant de l'appelante, John) que l'apprehension doit être fondée sur des «motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection». La définition d'«enfant ayant besoin de protection» se trouve à l'art. 17 de la Loi et est ainsi libellée:

**17(1)** Pour l'application de la présente loi, un enfant a besoin de protection lorsque sa vie, sa santé ou son bien-être affectif sont menacés par l'acte ou l'omission d'une personne.

**17(2)** Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), un enfant a besoin de protection lorsqu'il se trouve dans l'une des situations suivantes:

- a) il est privé de soins, de surveillance ou de direction convenables;
- b) il est sous le soin, la garde, la direction ou à la charge d'une personne qui, selon le cas:
  - (i) ne peut ou ne veut pas lui assurer des soins, une surveillance ou une direction convenables,
  - (ii) par sa conduite, menace ou pourrait menacer la vie, la santé ou le bien-être affectif de l'enfant,
  - (iii) néglige ou refuse de fournir à l'enfant ou d'obtenir pour lui les soins ou les traitements médicaux ou thérapeutiques appropriés, nécessaires à sa santé et à son bien-être, ou qui refuse d'autoriser que ces soins ou ces traitements lui soient fournis, lorsqu'un médecin les recommande;
- c) il est victime de mauvais traitements ou menacé de mauvais traitements;
- d) il échappe au contrôle de la personne qui en a le soin, la garde, la direction ou la charge;
- e) il peut vraisemblablement subir un dommage ou des blessures en raison de son comportement, de son état, de son entourage ou de ses fréquentations, ou de ceux de la personne qui a le soin, la garde, la direction ou la charge de l'enfant;
- f) il est l'objet d'une agression ou de harcèlement sexuel qui menace sa vie, sa santé ou son bien-être affectif;
- g) il est âgé de moins de 12 ans et laissé à lui-même sans que des mesures raisonnables aient été prises pour assurer sa surveillance et sa sécurité;

(h) is the subject, or is about to become the subject, of an unlawful adoption under *The Adoption Act* or of a sale under section 84.

h) il fait l'objet ou est sur le point de faire l'objet d'une adoption illégale visée par la *Loi sur l'adoption* ou d'une vente visée à l'article 84.

119 The definition of “child in need of protection” found in s. 17 clearly encompasses situations that do not involve imminent danger to the child, including those in which the child is “without adequate care, supervision or control”. I do not find, however, that the statutory definition is vague or overbroad. The definition of “child in need of protection” uses clear terms, and is limited to situations involving a risk of harm to a child’s life, health or emotional well-being.

La définition d'«enfant ayant besoin de protection» à l'art. 17 englobe manifestement des situations ne comportant aucun danger immédiat pour l'enfant, notamment celles où l'enfant est «privé de soins, de surveillance ou de direction convenables». Je ne conclus pas, toutefois, que cette définition est floue ni qu'elle a une portée trop large. Elle utilise des termes clairs et se limite aux situations comportant un risque de préjudice pour la vie, la santé ou le bien-être affectif de l'enfant.

120 Moreover, the threshold for apprehension in s. 21(1) must be read in its legislative context. The Declaration of Principles in the Act recognizes that:

De plus, le critère pour l'apprehension prévu au par. 21(1) doit être interprété dans son contexte législatif. La Déclaration de principes de la Loi reconnaît que:

4. Families and children have the right to the least interference with their affairs to the extent compatible with the best interests of children and the responsibilities of society.

4. Les familles et les enfants ont le droit de subir le moins possible d'ingérences dans leurs affaires, dans la mesure où il y a compatibilité avec l'intérêt supérieur des enfants et les obligations de la société.

To this end, Part II of the Act sets out a number of less intrusive services and consensual measures that the agency is authorized to provide in lower-risk situations, without having to resort to apprehension. In addition, Part III provides for investigation by the agency when it receives a report that a child may be in need of protection, and obliges the agency to report on the findings of its investigation. Section 26(3) provides for a “deemed apprehension” under which child protection authorities may leave a child the agency believes to be in need of protection in his or her parents’ care, pending the child protection hearing. Thus, the removal of a child from his or her home is not a necessary condition for initiating child protection proceedings.

À cette fin, la partie II de la Loi prévoit un certain nombre de services et de mesures consensuelles moins envahissants que l'Office est autorisé à fournir dans les situations à faible risque, sans avoir à recourir à l'apprehension. De plus, en vertu de la partie III, l'Office doit faire enquête lorsqu'il est informé qu'un enfant a peut-être besoin de protection et doit faire rapport des conclusions de l'enquête. Le paragraphe 26(3) prévoit «l'apprehension réputée», en vertu de laquelle les autorités de la protection de l'enfance qui croient qu'un enfant a besoin de protection peuvent le laisser à ses parents dans l'attente de l'audience relative à sa protection. Ainsi, le retrait d'un enfant de son milieu familial n'est donc pas une condition nécessaire à l'instigation de procédures relatives à sa protection.

121 When read as a whole, therefore, the Act provides for apprehension as a measure of last resort in cases where child protection authorities have reasonable and probable grounds to believe that the child is at risk of serious harm. Given the above conclusions, the fact that the impugned s. 21(1) does not establish an “emergency” thresh-

Lue dans son ensemble, la Loi prévoit donc que l'apprehension est une mesure de dernier ressort dans les cas où les autorités de la protection de l'enfance ont des motifs raisonnables et probables de croire que l'enfant risque de subir un préjudice grave. Étant donné les conclusions susmentionnées, le fait que le par. 21(1), qui est contesté,

old for apprehension without prior judicial authorization does not offend the principles of fundamental justice, subject to the conclusions below regarding the need for a fair and prompt post-apprehension hearing.

D. *Post-Apprehension Hearing and the Principles of Fundamental Justice*

While the infringement of a parent's right to security of the person caused by the interim removal of his or her child through apprehension in situations of harm or risk of serious harm to the child does not require prior judicial authorization for the reasons outlined above, the seriousness of the interests at stake demands that the resulting disruption of the parent-child relationship be minimized as much as possible by a fair and prompt post-apprehension hearing.

In order to be fair, the hearing must involve reasonable notice with particulars to the parents, as well as an opportunity for them to participate meaningfully in the proceedings: see *G. (J.)*, *supra*, at para. 73; *B. (R.)*, *supra*, at para. 92. The Manitoba Act clearly meets the notice and hearing requirements: ss. 24 and 30-37.

The child's need for continuity in relationships provides the most compelling basis for requiring a prompt post-apprehension hearing: see ss. 2(1)(a), (d) and (g) of the Act; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165, at pp. 205 and 206; *Young*, *supra*, at p. 41; *Re Agar, McNeilly v. Agar*, [1958] S.C.R. 52, at p. 54; P. D. Steinhauer, *The Least Detrimental Alternative: A Systematic Guide to Case Planning and Decision Making for Children in Care* (1991), at pp. 13 ff.

While a two-week delay between the removal of a child and, at a minimum, an interim child protection hearing, would seem to lie at the outside limit of what is constitutionally acceptable, it does not seem advisable in this case to state a precise constitutional standard for delays in the child protection context. There may be several means by which constitutionally-sufficient safeguards could

n'établisse pas le critère d'«urgence» pour l'apprehension sans autorisation judiciaire préalable ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale, sous réserve des conclusions qui suivent au sujet de la nécessité de tenir une audience équitable et rapide après l'apprehension.

D. *L'audience après l'apprehension et les principes de justice fondamentale*

Bien que l'atteinte au droit des parents à la sécurité de leur personne du fait du retrait temporaire de leur enfant par voie d'apprehension dans les situations où il y a préjudice ou risque de préjudice grave pour l'enfant ne requière pas d'autorisation judiciaire préalable pour les motifs susmentionnés, l'importance des intérêts en jeu exige que la perturbation de la relation parents-enfant soit réduite le plus possible, de là l'exigence d'une audience équitable et rapide après l'apprehension.

Pour être équitable, l'audience doit faire l'objet d'un avis raisonnable et détaillé aux parents et leur donner la possibilité d'y participer de façon significative: voir *G. (J.)*, au par. 73, et *B. (R.)*, au par. 92, précités. La loi manitobaine satisfait manifestement aux exigences d'avis et d'audience: art. 24 et 30 à 37.

Le besoin pour l'enfant de continuité dans ses relations constitue le motif le plus important pour exiger que se tienne une audience rapidement après l'apprehension: voir les al. 2(1)a), d) et g) de la Loi; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, aux pp. 205 et 206; *Young*, précité, à la p. 41; *Re Agar, McNeilly c. Agar*, [1958] R.C.S. 52, à la p. 54; P. D. Steinhauer, *Le moindre mal: La question du placement de l'enfant* (1996), à la p. 27 et suiv.

Bien qu'un délai de deux semaines entre le retrait d'un enfant et, à tout le moins, l'audience préliminaire relative à sa protection ne semble pas constitutionnellement acceptable, il n'est pas souhaitable en l'espèce d'établir une norme constitutionnelle précise pour les délais dans le contexte de la protection des enfants. Plusieurs moyens pourraient être utilisés pour mettre en œuvre des

122

123

124

125

be implemented. As this Court recognized in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 304, the principles of fundamental justice do not require total uniformity among provinces and territories; they must be given some flexibility in designing administrative regimes in light of the particular needs of their respective communities.

126 Turning to the impugned Act's provisions governing post-apprehension delays, s. 27(1) requires the agency to make an application for a hearing to determine whether the child is in need of protection within four juridical days of the apprehension. At the time of trial, under s. 29(1), this application was returnable within 30 juridical days of being filed. This provision was amended in 1997 by S.M. 1997, c. 48, s. 16. Section 29(1) now states that the application is returnable within seven juridical days of being filed. The constitutional question at issue in this case refers to the validity of this seven-day delay. The validity of the 30-day delay will be considered below, however, with respect to any violation which may have taken place respecting the appellant's individual rights under the former provision.

127 In my view, the amended provisions achieve a constitutional balance between the need for interim measures to protect a child at risk of serious harm, and the requirement for an expedited post-apprehension hearing process. The four-day period to file an application for a child protection hearing and the seven-day period for the return of the application are not unreasonable as maximum delays, given the notification and preparation that must occur prior to the hearing.

128 Under this legislative scheme, no additional delays should generally be tolerated if the parents are ready for a hearing on the date the application is returnable. The respondent agency gave evidence, however, that parents do not often insist on a hearing immediately following the return date for the application, even when the apprehension is contested: see also Ontario Panel Report, *supra*, at p. 41. This may be because they cannot be found,

mesures de sauvegarde suffisantes sur le plan constitutionnel. Comme notre Cour le reconnaît dans *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 304, les principes de justice fondamentale n'exigent pas l'uniformité totale entre les provinces et territoires; ceux-ci doivent disposer d'une certaine latitude pour concevoir des régimes administratifs en fonction des besoins particuliers de leurs collectivités respectives.

En ce qui a trait aux dispositions contestées de la Loi qui prescrivent les délais à respecter après l'apprehension, le par. 27(1) exige que l'Office présente une demande d'audience visant à déterminer si l'enfant a besoin de protection dans les quatre jours ouvrables suivant l'apprehension. Au moment du procès, en vertu du par. 29(1), la demande était présentable dans les 30 jours ouvrables suivant son dépôt. Cette disposition a été modifiée en 1997 par L.M. 1997, ch. 48, art. 16. Le paragraphe 29(1) prévoit maintenant un délai de sept jours ouvrables suivant le dépôt. La question constitutionnelle contestée en l'espèce porte sur ce délai de sept jours. Nous examinerons ensuite la validité du délai de 30 jours pour déterminer s'il y a eu atteinte aux droits garantis à l'appelante par les anciennes dispositions.

J'estime que ces dispositions, dans leur version modifiée, garantissent un équilibre constitutionnel entre la nécessité de mesures temporaires pour protéger l'enfant exposé à un préjudice grave et l'obligation de tenir hâtivement une audience après l'apprehension. Le délai de quatre jours pour le dépôt d'une demande d'audience relative à la protection de l'enfant et celui de sept jours pour sa présentation ne sont pas déraisonnables en tant que délais maximums, compte tenu de la notification et de la préparation nécessaire aux fins de l'audience.

Selon ce régime législatif, aucun autre délai ne doit généralement être toléré lorsque les parents sont prêts pour l'audience à la date de présentation de la demande. L'Office intimé a toutefois témoigné à l'effet que les parents n'insistaient pas souvent pour que l'audience ait lieu immédiatement après la présentation de la demande, même dans les cas où l'apprehension était contestée: voir également le rapport du comité ontarien, *op. cit.*, à

or because they seek additional time to put their lives in order before having the court determine whether their child is in need of protection. In such cases, the court's power to adjourn the hearing, upon application under s. 29(2), provides a necessary measure of flexibility given these realities of the child protection context.

I note in passing that parents are not limited to the proceedings prescribed by statute to challenge the agency's decision to apprehend. As illustrated by the facts of this case, parents may bring an action by prerogative writ for the return of their child in cases where they want immediate judicial review of the agency's decision to apprehend, rather than waiting for the child protection hearing provided by statute. This option imposes on parents the burden of initiating the proceeding and it is not relevant to the determination that the Act's statutory delays are constitutionally valid. It is nevertheless an important complement to a statutory regime that will almost inevitably lead to somewhat lengthier maximum delays than will be desirable in certain cases. The trial judge observed, based on the record before him, that Manitoba courts do everything in their power to expedite this type of proceeding. This is as it should be, particularly given the children's interests at stake.

#### E. *Conclusions on the Constitutional Validity of the Act*

This Court recognized in *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 14, that s. 7 involves "a delicate balancing to achieve a just accommodation between the interests of the individual and those of the state in providing a fair and workable system of justice". See also *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539. In addition, this Court has observed that s. 7 does not guarantee the "most equitable process of all": *B. (R.)*, *supra*, at para. 101; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362.

la p. 41. Cela peut être dû au fait qu'ils soient introuvables ou qu'ils désirent avoir plus de temps pour mettre de l'ordre dans leur vie avant que la cour ne détermine si leur enfant a besoin de protection. Dans de tels cas, le pouvoir de la cour d'ajourner l'audience, sur demande faite en vertu du par. 29(2), permet la souplesse nécessaire, compte tenu des réalités du contexte de protection des enfants.

Je souligne en passant que les parents ne sont pas limités aux procédures prescrites par la loi lorsqu'ils veulent contester la décision de l'Office. Comme l'illustrent les faits de la présente affaire, les parents peuvent se pourvoir par bref de prérogative pour la remise de l'enfant s'ils désirent que la décision de l'Office soit immédiatement soumise au contrôle judiciaire au lieu d'attendre l'audience relative à la protection de l'enfant prévue par la loi. Ce choix impose aux parents le fardeau d'initier les procédures, lequel n'est pas pertinent à la détermination du caractère constitutionnel des délais prévus par la loi. C'est, néanmoins, un complément important à un régime législatif qui donne lieu presque inévitablement à des délais maximums plus longs qu'il n'est souhaitable dans certains cas. Se fondant sur le dossier dont il était saisi, le juge de première instance fait remarquer que les tribunaux manitobains font tout leur possible pour accélérer le déroulement des instances de cette nature. C'est ainsi que cela doit se passer, surtout considérant l'intérêt des enfants qui est en jeu.

#### E. *Conclusions sur la constitutionnalité de la Loi*

Notre Cour a reconnu dans *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, au par. 14, que l'art. 7 comporte «une tâche délicate, c'est-à-dire établir un juste équilibre entre les intérêts de l'individu visé et l'intérêt de l'État qui est d'assurer un système de justice applicable et équitable». Voir aussi *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 539. En outre, notre Cour fait remarquer que l'art. 7 ne garantit pas «le processus le plus équitable entre tous»: *B. (R.)*, précité, au

Rather, s. 7 “dictates a threshold below which state intervention will not be tolerated”: *B. (R.)*, at para. 101.

par. 101; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362. Au contraire, il «établit le seuil sous lequel l'intervention de l'État ne sera pas tolérée»: *B. (R.)*, au par. 101.

131 The apprehension of children constitutes a significant state intrusion into the family. Less disruptive means of dealing with parenting issues are to be preferred as a matter of policy whenever possible. As set out above, however, provided that the threshold for apprehension is, at a minimum, that of a risk of serious harm to the child, the need for swift and preventive state action to protect a child's life or health in such situations dictates that a fair and prompt post-apprehension hearing is the minimum procedural protection mandated by the principles of fundamental justice in the child protection context.

Le retrait des enfants est une intervention significative de l'État dans la famille. En règle générale, il faut, dans la mesure du possible, recourir à des moyens moins perturbateurs lorsque des intérêts liés au rôle parental sont en jeu. Comme je l'ai mentionné précédemment, toutefois, si le critère justifiant l'apprehension est, à tout le moins, fondé sur l'existence d'un risque de préjudice grave pour l'enfant, la nécessité d'une intervention rapide et préventive de l'État pour protéger la vie ou la sécurité de l'enfant dans une telle situation exige qu'il y ait, comme protection procédurale minimale imposée par les principes de justice fondamentale dans le contexte de la protection des enfants, une audience prompte et équitable après l'apprehension.

132 As concluded above, the Act's provisions conform to these principles. The appellant submits, however, that even if the provisions are valid on their face, the Act should be held unconstitutional because it tolerates delays beyond the deadlines prescribed by statute, due to the absence of explicit sanctions for failing to meet those deadlines. As a preliminary comment, I note that the absence of express statutory sanctions does not mean that the provisions are unenforceable, since courts may lose jurisdiction if time limits are not complied with: see, e.g., *Family and Children's Services of Kings County v. E.D.* (1988), 86 N.S.R. (2d) 205 (C.A.). Be that as it may, the appellant's argument cannot succeed in this case, for the Act clearly stipulates the deadlines to be observed. This does not preclude a claim for an individual remedy under s. 24(1) of the *Charter*, of course, if a person's rights are violated due to the conduct of the state in administering the statute.

Comme je l'ai conclu précédemment, les dispositions de la Loi sont conformes à ces principes. L'appelante prétend, toutefois, que même si ces dispositions sont valides à leur face même, la Loi doit être déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle tolère des délais excédant ceux prescrits par la loi, en raison de l'absence de sanctions explicites pour le non-respect de ces délais. À titre d'observation préliminaire, je souligne que l'absence de sanctions prévues expressément par la loi ne signifie pas que les dispositions ne soient pas exécutoires puisque les tribunaux peuvent perdre compétence si les délais prescrits ne sont pas respectés: voir, p. ex., *Family and Children's Services of Kings County c. E.D.* (1988), 86 N.S.R. (2d) 205 (C.A.). Que ce soit le cas ou non, l'argument de l'appelante ne peut pas être accueilli en l'espèce, car la Loi prévoit expressément des délais à respecter. Cela n'empêche évidemment pas une personne de demander réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* si ses droits sont violés par la façon dont l'État applique la loi.

133 In conclusion, without deciding that the Act's provisions constitute a precise constitutional standard, I find that s. 21(1) of the Act, evaluated in its social and legislative context, is not so manifestly

En conclusion, sans décider que les dispositions de la Loi constituent une norme précise sur le plan constitutionnel, je conclus que le par. 21(1) de la Loi, d'après ses contextes social et législatif, n'est



unfair as to violate the principles of fundamental justice and is, therefore, constitutional. Thus, there is no need to consider arguments relating to s. 1 of the *Charter*.

F. *Individual Remedy Under Section 24(1) of the Charter*

Although the appellant challenged the constitutional validity of the Act and sought a declaration of invalidity pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, she also requested relief pursuant to s. 24(1) of the *Charter* for the violation of her individual s. 7 rights, due to the conduct of the agency with respect to her third child, John. Given the conclusion that s. 21(1) of the statute is constitutionally valid, and given that I am ruling on the constitutional validity of the statutory delay provisions as amended, rather than those in effect at the time of the initial proceedings, there is no need to consider the issue of whether an individual remedy under s. 24(1) is available in conjunction with a declaration of invalidity pursuant to s. 52: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 720.

The principles of fundamental justice applicable to the appellant's individual claim are the same as those applicable to the Act. The appellant's right to security of the person was infringed by the state's apprehension of her one-day-old child, John. As her child was apprehended on the basis of the constitutionally valid threshold set out in s. 21(1), the question is whether the delays of the post-apprehension child protection hearing violated the appellant's s. 7 rights.

The six-month delay prior to the hearing to determine whether John was in need of protection appears, on its face, to be highly unreasonable, particularly in the case of a newborn child. The 30-day maximum delay for the return of the application as provided for under the Act at the time of the apprehension clearly contributed in part to the delay in this case. According to the record before this Court, the requirement of a pre-trial confer-

manifestement pas inéquitable au point de porter atteinte aux principes de justice fondamentale et qu'il est en conséquence constitutionnel. Il n'y a donc pas lieu d'examiner les arguments relatifs à l'article premier de la *Charte*.

F. *La réparation personnelle en vertu du par. 24(1) de la Charte*

L'appelante conteste la constitutionnalité de la Loi et demande un jugement déclaratoire d'invalidité en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais elle demande également réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pour atteinte aux droits individuels garantis par l'art. 7, en raison de la conduite de l'Office relativement à son troisième enfant, John. Étant donné la conclusion que le par. 21(1) de la Loi est constitutionnel et étant donné que je me prononce sur la validité des dispositions législatives relatives aux délais telle qu'amendées, plutôt que sur celles qui existaient au moment des procédures initiales, il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir si on peut obtenir à la fois une réparation personnelle en vertu du par. 24(1) et un jugement déclaratoire d'invalidité en vertu de l'art. 52: *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 720.

Les principes de justice fondamentale applicables à la demande personnelle de l'appelante sont les mêmes que ceux qui s'appliquent à la Loi. Le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne a été violé par l'apprehension par l'État de son enfant âgé d'un jour, John. Comme son enfant a été appréhendé en vertu de l'application du critère constitutionnel établi au par. 21(1), la question est de savoir si le délai écoulé entre l'apprehension et l'audience porte atteinte aux droits garantis à l'appelante par l'art. 7.

Le délai de six mois qui s'est écoulé avant l'audience visant à déterminer si John avait besoin de protection paraît, à première vue, extrêmement déraisonnable, d'autant plus qu'il s'agissait d'un nouveau-né. Il est manifestement attribuable en partie au délai maximal de 30 jours que prévoyait la Loi à l'époque de l'apprehension pour la présentation de la demande. Selon le dossier dont notre Cour est saisie, l'exigence qu'il y ait une confé-

134

135

136

ence before hearings in the Winnipeg courts also contributed to some degree. Had the delay been solely attributable to these causes, it would have constituted an unacceptable violation of the appellant's *Charter* rights.

137 Much of the delay in this case, however, and specifically the re-scheduling of the protection hearing from January to April 1997, was attributable to the failure of the appellant's counsel to appear at the case conference in December 1996. In addition, the appellant's motion, heard within 10 days of the apprehension, in early November 1996, to consolidate the protection proceedings with respect to John and those relating to her other children, as well as the difficulties associated with assembling counsel for all interested parties involved in these proceedings, explain a good deal of the delay prior to the hearing.

138 In any event, the record indicates that the appellant suffered no prejudice due to the delay in the protection proceedings. The appellant challenged the agency's apprehension of John by prerogative writ. Her challenge to the apprehension was heard in an adversarial forum, based on evidence from both parties, and disposed of within 10 days of the apprehension based on a finding that John was in need of protection.

139 For these reasons, I find that there was no violation of the appellant's individual s. 7 rights and no possibility of a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

#### VI. Disposition

140 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the following manner:

1. Is s. 21(1) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. C-80, as amended, in whole or in part inconsistent with, or does it infringe or deny rights guaranteed by, s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

rence préparatoire avant les audiences tenues devant les tribunaux de Winnipeg contribue également dans une certaine mesure à ce délai. Si le délai ne tenait qu'à ces causes, il aurait constitué une atteinte inacceptable aux droits garantis à l'appelante par la *Charte*.

Toutefois, une bonne partie du délai encouru en l'espèce, notamment le report à avril 1997 de l'audience relative à la protection, prévue pour janvier 1997, est due au fait que l'avocat de l'appelante ne s'est pas présenté à la conférence préparatoire en décembre 1996. En outre, la requête de l'appelante, entendue dans les 10 jours suivant l'apprehension au début de novembre 1996 et qui demande la jonction de l'instance de protection de John et des instances relatives aux autres enfants de l'appelante, ainsi que la difficulté de réunir les avocats des parties intéressées faisant l'objet de ces instances, expliquent en grande partie le délai écoulé avant l'audience.

Quoi qu'il en soit, le dossier indique que l'appelante n'a subi aucun préjudice en raison du délai des procédures de protection. Elle a contesté par un bref de prérogative l'apprehension de John par l'Office. Sa contestation a été entendue dans un forum contradictoire, selon la preuve présentée par les deux parties, et elle a été tranchée dans les 10 jours suivant l'apprehension fondée sur la conclusion que John avait besoin de protection.

Pour ces motifs, je conclus qu'il n'y a pas eu atteinte aux droits personnels garantis à l'appelante par l'art. 7 et qu'il n'y a pas lieu à réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

#### VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je rejeterais le pourvoi et répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. C-80, et ses modifications, est-il, en totalité ou en partie, incompatible avec les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou y porte-t-il atteinte?

Non.

2. If the answer to this question is yes, is s. 21(1) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. C-80, as amended, demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

In light of the answer to the first question, this question does not arise.

I would make no order as to costs in this Court.

*Appeal dismissed, MCLACHLIN C.J. and ARBOUR J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Downtown Legal Action, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent: Scurfield Tapper Cuddy, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.*

*Solicitor of the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.*

2. Dans l'affirmative, la justification du par. 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. C-80, et ses modifications, peut-elle se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

À la lumière de la réponse à la première question, cette question ne se pose pas.

Je ne rends aucune ordonnance relative aux dépens dans notre Cour.

*Pourvoi rejeté, le juge en chef MCLACHLIN et le juge ARBOUR sont dissidentes.*

*Procureur de l'appelante: Downtown Legal Action, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intimé: Scurfield Tapper Cuddy, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.*