

**Minister of Health and Community Services** *Appellant*

v.

**M.L. and R.L.** *Respondents*

and

**Child Solicitor** *Intervener*

**INDEXED AS: NEW BRUNSWICK (MINISTER OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES) v. L. (M.)**

File No.: 26321.

Hearing and judgment: June 23, 1998.

Reasons delivered: October 1, 1998.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

*Family law — Guardianship — Right of access — Children in need of protection — Order awarding permanent guardianship to Minister of Health and Community Services — Whether order granting parents access can be made in conjunction with permanent guardianship order — Whether Court of Appeal erred in intervening in trial judge's decision to deny natural parents access to children.*

In 1995, the respondents' three young daughters were placed in a foster family. A number of orders were subsequently made concerning their protection, and efforts were made to preserve the family ties. The Minister of Health and Community Services applied for a permanent guardianship order in 1997. The trial judge granted the application. The respondents' 16 years of cohabitation were characterized by numerous break-ups and reconciliations. The judge noted that the father had serious dependency problems, that he was not assuming his responsibilities towards the children and that he was continually absent. He also observed that the mother, whose intellectual capacity was limited, had anxiety and depression and suffered from behavioural disorders. The judge believed that her parenting skills could not improve significantly because care of the children was itself a source of great anxiety for her. She admitted

**Le ministre de la Santé et des Services communautaires** *Appelant*

c.

**M.L. et R.L.** *Intimés*

et

**L'avocate des enfants** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ: NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES COMMUNAUTAIRES) c. L. (M.)**

N° du greffe: 26321.

Audition et jugement: 23 juin 1998.

Motifs déposés: 1<sup>er</sup> octobre 1998.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

*Droit de la famille — Tutelle — Droit de visite — Enfants ayant besoin de protection — Ordonnance de tutelle permanente en faveur du ministre de la Santé et des Services communautaires — Peut-on greffer à une ordonnance de tutelle permanente une ordonnance d'accès en faveur des parents naturels? — La Cour d'appel a-t-elle erré en intervenant dans la décision du juge de première instance de refuser aux parents naturels l'accès aux enfants?*

En 1995, les trois fillettes des intimés sont placées dans une famille d'accueil. Elles font ensuite l'objet de plusieurs ordonnances visant leur protection ainsi que de tentatives de maintien des liens familiaux. Le ministre de la Santé et des Services communautaires demande une ordonnance de tutelle permanente en 1997. Le juge de première instance accueille cette demande. Les 16 années de vie commune des intimés ont été marquées de nombreuses ruptures et reconciliations. Le juge note que le père éprouve de graves problèmes de dépendance, qu'il n'assume pas ses responsabilités vis-à-vis des enfants et qu'il s'absente continuellement. Il constate également que la mère, dont les facultés intellectuelles sont limitées, a des problèmes d'anxiété et de dépression et qu'elle souffre de troubles de comportement. Le juge estime que ses habiletés parentales ne peuvent s'améliorer de façon significative car la charge même des

having hit the children and she wanted the Minister to take care of them because she felt incapable of doing so. The last attempt to return the children to the respondents had been a failure. The judge said that the evidence left no doubt that the children could not obtain the appropriate motivation and care from the respondents. The respondents' parenting skills did not meet the needs of the children. The mental, emotional and physical health of the children would be jeopardized if they were returned to the respondents. The evidence also showed that the children had developed emotional ties with their foster family, in which they were making progress and were happy. Relying on the definition of the "best interests of the child" set out in s. 1 of the *Family Services Act*, the judge concluded that the permanent guardianship order was in the best interests of the children. In a second judgment rendered several weeks later, the judge prohibited the respondents from having any contact with the children. He said that the order was made in the best interests of the children because the evidence showed that the attempts by the respondents to contact the girls were greatly disturbing to their sense of security and stability. The Court of Appeal affirmed the permanent guardianship order but set aside the order prohibiting access and ordered the Minister to present to the trial judge for approval a plan in relation to the exercise of the respondents' access rights. The court was of the opinion that there was nothing on the record that would warrant the complete abrogation of access by the respondents.

*Held:* The appeal should be allowed.

Under the *Family Services Act*, the Court of Appeal, like the trial judge, had jurisdiction to make an access order in conjunction with an order for permanent guardianship. The Act provides for the guardianship order to be varied on the application of the Minister (s. 60(2)) or the parents (ss. 60(3) and 61(1)), and for the court to be able to make any order that it considers appropriate at that time, having regard to the best interests of the child (s. 60(6)). Since access may be considered when the guardianship order is reviewed, *a fortiori* the court must be able to consider granting access at the time the initial order is made. Section 85(2) of the Act, which deals with access at the adoption stage, confirms this interpretation of the courts' initial jurisdiction in respect of access. If the court has the power to "preserve" a right of access after adoption, a measure that is even more drastic and final than permanent guardianship, it would be illogical for it not to have the power to grant access when it makes the initial permanent guardianship order. Finally, the legislature has given the courts jurisdiction to decide access rights, since it requires that they "place

enfants représente pour elle une source de grande anxiété. Elle avoue avoir frappé les enfants et elle désire que le Ministre en prenne soin car elle s'en sent incapable. La dernière tentative de retour des enfants chez les intimés a été un échec. Le juge indique que la preuve ne laisse aucun doute que les enfants ne peuvent obtenir des intimés la motivation et les soins appropriés. L'habileté parentale des intimés ne répond pas aux besoins des enfants. La santé mentale, affective et physique des enfants serait menacée si elles étaient retournées auprès des intimés. La preuve démontre également que les enfants ont développé des liens affectifs avec leur famille d'accueil au sein de laquelle elles font des progrès et sont heureuses. S'appuyant sur la définition de «l'intérêt supérieur de l'enfant» édictée à l'art. 1 de la *Loi sur les services à la famille*, le juge conclut que l'ordonnance de tutelle permanente est dans le meilleur intérêt des enfants. Dans un second jugement rendu quelques semaines plus tard, le juge interdit aux intimés tout contact avec les enfants. Il indique que cette ordonnance est rendue dans l'intérêt supérieur des enfants puisque la preuve établit que les tentatives des intimés d'entrer en contact avec les fillettes perturbent grandement leur sécurité et leur stabilité. La Cour d'appel confirme l'ordonnance de tutelle permanente mais infirme l'ordonnance interdisant l'accès et ordonne au Ministre de soumettre à l'approbation du juge de première instance un plan relatif à l'exercice du droit de visite des intimés. La cour est d'avis que rien au dossier ne justifie l'abrogation totale du droit de visite des intimés.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

En vertu de la *Loi sur les services à la famille*, la Cour d'appel, comme le juge de première instance, était compétente pour greffer une ordonnance d'accès à une ordonnance de tutelle permanente. La Loi prévoit la modification de l'ordonnance de tutelle à la demande du Ministre (par. 60(2)) ou des parents (par. 60(3) et 61(1)), ainsi que la possibilité de rendre toute ordonnance que la cour juge alors opportune compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant (par. 60(6)). Puisque le droit de visite peut faire l'objet d'un examen au moment de la révision de l'ordonnance de tutelle, *a fortiori*, une cour doit pouvoir considérer l'octroi d'un droit de visite au moment où l'ordonnance initiale est rendue. L'article 85(2) de la Loi, qui traite de l'accès au stade de l'adoption, confirme l'interprétation de la compétence initiale des tribunaux en matière d'accès. Si la cour détient le pouvoir de «maintenir» un droit de visite après l'adoption, mesure encore plus drastique et définitive que la tutelle permanente, il serait illogique qu'elle n'ait pas le pouvoir d'accorder un droit de visite lors de l'ordonnance initiale de tutelle permanente. Enfin, le législateur

above all other considerations the best interests of the child” (s. 53(2)). Denying the courts the opportunity to decide whether an access order should be made could prevent them from performing their duty of acting in the best interests of the child.

There is no inconsistency in principle between a permanent guardianship order and an access order. While it is true that permanent guardianship is generally a prelude to adoption, that is not always the case. Even in the case of adoption, it may be in the best interests of the child to maintain contact with his or her natural family. However, if adoption is more important than access for the welfare of the child and would be jeopardized if a right of access were exercised, access should not be granted. Access is the exception and not the rule in the context of a permanent guardianship order. While preserving emotional ties is one of the elements of the definition of the best interests of the child (s. 1(d)), it will only operate in favour of granting access if access is in the best interests of the child, having regard to all the other factors. The decision as to whether or not to grant access is a delicate exercise which requires that the judge weigh the various components of the best interests of the child. It is up to the judge to determine which of the child’s interests and needs take priority. Access should not be granted if its exercise would have negative effects on the physical or psychological health of the child.

In this case, the Court of Appeal erred in finding that there was “nothing” to justify the trial judge’s decision to deny access. While in that decision he stated only one fundamental reason, and did not specify the precise behaviour on the part of the respondents that had disturbed the children, the trial judge referred to the evidence before him and his first judgment provides the necessary details. His refusal to authorize access is based on valid considerations. No manifest error in his assessment of the facts was raised. The evidence shows serious misconduct by the parents. The father was manipulative and unable to control his emotions. The mother, who was stressed and depressed, was unable to face up to the ordeal of the visits. For one thing, the evidence shows that most of the visits, even though brief, were disturbing and upsetting to the children. Maintaining the emotional tie with the parents was therefore not consistent with the girls’ psychological stability. Moreover, the evidence indicates that an access order could

a conféré aux tribunaux la compétence pour se prononcer sur les droits de visite car il leur impose de «placer l’intérêt supérieur de l’enfant au-dessus de toute autre considération» (par. 53(2)). Refuser aux tribunaux la possibilité de se prononcer sur le bien-fondé d’une ordonnance d’accès pourrait les empêcher d’exécuter leur devoir d’agir dans le meilleur intérêt de l’enfant.

Il n’existe pas d’incompatibilité de principe entre la délivrance d’une ordonnance de tutelle permanente et d’une ordonnance d’accès. S’il est exact que la tutelle permanente est généralement un prélude à l’adoption, cela n’est pas toujours le cas. Même en cas d’adoption, il peut être dans le meilleur intérêt de l’enfant qu’il garde contact avec sa famille naturelle. Cependant, si l’adoption est plus importante que l’accès pour le bien-être de l’enfant et qu’elle serait mise en péril par l’exercice d’un droit de visite, celui-ci ne devrait pas être accordé. L’accès constitue l’exception et non la règle dans le contexte d’une ordonnance de tutelle permanente. Bien que le maintien des liens affectifs constitue l’un des éléments de la définition de l’intérêt supérieur de l’enfant (al. 1d), il ne joue en faveur de l’attribution d’un droit d’accès que si celui-ci est dans le meilleur intérêt de l’enfant compte tenu de tous les autres facteurs. La décision d’accorder ou non un droit d’accès est un exercice délicat qui exige du juge qu’il apprécie les divers éléments constitutifs de l’intérêt supérieur de l’enfant. Il lui appartient de déterminer ses intérêts et besoins prioritaires. Un droit d’accès ne devrait pas être accordé si son exercice a des effets négatifs sur la santé physique ou psychologique de l’enfant.

En l’espèce, la Cour d’appel a erré en jugeant que «rien» ne justifiait la décision du juge de première instance de refuser l’accès. Bien que dans cette décision il n’énonce qu’une raison de principe et qu’il ne fasse pas état de comportements précis des intimés qui ont troublé les enfants, le juge de première instance renvoie à la preuve dont il a été saisi et son premier jugement contient tous les détails nécessaires. Son refus d’autoriser l’accès repose sur des motifs valables. Aucune erreur manifeste d’appréciation des faits n’a été soulevée. La preuve révèle de sérieuses défaillances de conduite chez les parents. Le père s’est montré manipulateur et incapable de contrôler ses émotions. La mère, stressée et déprimée, n’a pas eu la force d’assumer l’épreuve des visites. La preuve démontre notamment que la plupart des visites, par ailleurs très courtes, ont troublé et peiné les enfants. Le maintien du lien affectif avec les parents n’était donc pas compatible avec la stabilité psychologique des fillettes. De plus, la preuve indique qu’une

have jeopardized the adoption of the children by the foster family, which was desirable.

ordonnance d'accès pouvait mettre en péril l'adoption, par ailleurs souhaitable, des enfants par la famille d'accueil.

### Cases Cited

**Referred to:** *Re M.A.G.* (1986), 73 N.B.R. (2d) 443; *Re H.I.R.* (1984), 37 R.F.L. (2d) 337; *Children's Aid Society of Winnipeg v. N.* (1979), 9 R.F.L. (2d) 326; *Adams v. McLeod*, [1978] 2 S.C.R. 621; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. C. (G.C.)*, [1988] 1 S.C.R. 1073; *T. (A.H.) v. P. (E.J.)* (1994), 4 R.F.L. (4th) 241; *Turgeon v. Walker*, [1996] B.C.J. No. 2316 (QL); *Dombovary v. Dombovary* (1997), 87 B.C.A.C. 318; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. Jackson* (1991), 121 N.B.R. (2d) 434; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. K. (B.)*, [1990] N.B.J. No. 1141 (QL); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) v. L.L.*, [1997] A.N.-B. n° 417 (QL); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) v. L.L.* (1990), 109 N.B.R. (2d) 202; *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. S. (S.M.)* (1992), 41 R.F.L. (3d) 321; *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. K.M.S.* (1995), 141 N.S.R. (2d) 288; *Superintendent of Family and Child Service v. D.S.* (1985), 46 R.F.L. (2d) 225; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. S.G.* (1997), 193 N.B.R. (2d) 274; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. B.D.* (1994), 145 N.B.R. (2d) 14; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. R.N.* (1997), 194 N.B.R. (2d) 204; *Re S.G.N.*, [1994] A.J. No. 946 (QL); *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. D. (K.)*, [1991] N.B.J. No. 222 (QL); *Children's Aid Society of the District of Thunder Bay v. T.T.*, [1992] O.J. No. 2975 (QL); *Children's Aid Society of the Durham Region v. W. (C.)*, [1991] O.J. No. 552 (QL); *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. D.L.C.* (1995), 138 N.S.R. (2d) 241; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. D.T.P.*, [1995] N.B.J. No. 576 (QL); *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. K.E.B.* (1991), 117 N.B.R. (2d) 229; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. P.P.* (1990), 117 N.B.R. (2d) 222; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. R.P.S.*, [1993] N.B.J. No. 96 (QL); *Director of Child Welfare (Alta.) v. A.C.*

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Re M.A.G.* (1986), 73 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 443; *Re H.I.R.* (1984), 37 R.F.L. (2d) 337; *Children's Aid Society of Winnipeg c. N.* (1979), 9 R.F.L. (2d) 326; *Adams c. McLeod*, [1978] 2 R.C.S. 621; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. C. (G.C.)*, [1988] 1 R.C.S. 1073; *T. (A.H.) c. P. (E.J.)* (1994), 4 R.F.L. (4th) 241; *Turgeon c. Walker*, [1996] B.C.J. No. 2316 (QL); *Dombovary c. Dombovary* (1997), 87 B.C.A.C. 318; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. Jackson* (1991), 121 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 434; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. K. (B.)*, [1990] N.B.J. No. 1141 (QL); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L.L.*, [1997] A.N.-B. n° 417 (QL); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L.L.* (1990), 109 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 202; *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. S. (S.M.)* (1992), 41 R.F.L. (3d) 321; *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. K.M.S.* (1995), 141 N.S.R. (2d) 288; *Superintendent of Family and Child Service c. D.S.* (1985), 46 R.F.L. (2d) 225; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. S.G.* (1997), 193 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 274; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. B.D.* (1994), 145 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 14; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. R.N.* (1997), 194 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 204; *Re S.G.N.*, [1994] A.J. No. 946 (QL); *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. D. (K.)*, [1991] N.B.J. No. 222 (QL); *Children's Aid Society of the District of Thunder Bay c. T.T.*, [1992] O.J. No. 2975 (QL); *Children's Aid Society of the Durham Region v. W. (C.)*, [1991] O.J. No. 552 (QL); *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. D.L.C.* (1995), 138 N.S.R. (2d) 241; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. D.T.P.*, [1995] N.B.J. No. 576 (QL); *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. K.E.B.* (1991), 117 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 229; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. P.P.* (1990), 117 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 222; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. R.P.S.*, [1993] N.B.J. No. 96 (QL); *Director of Child Welfare*

(1991), 121 A.R. 301; *Alberta (Director of Child Welfare) v. L.L.O.*, [1996] A.J. No. 660 (QL).

#### Statutes and Regulations Cited

*Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, s. 59(2).

*Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, s. 47(2).

*Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2 [am. 1983, c. 16, s. 1], ss. 1 “best interests of the child” [am. 1996, c. 13, s. 1], 2, 6(1), 13, 43 “guardianship agreement”, “guardianship order”, 44(2.1) [ad. 1990, c. 25, s. 9], 45(3), 48(1), 52(1), 53(1), 53(2), 55(4), 56 [am. 1992, c. 33, s. 3], 58(1), 58(2) [rep. & sub. 1990, c. 25, s. 12], 58(3), 59(1), 59(4), 60(2), 60(3) [*idem*, s. 13], 60(6) [am. 1988, c. 13, s. 4], 61(1) [rep. & sub. 1990, c. 25, s. 14], 61(4) [*idem*], 85(2).

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1997), 197 N.B.R. (2d) 113, 504 A.P.R. 113, [1997] A.N.-B. n° 372 (QL), allowing in part the respondents’ appeal from a judgment of Boisvert J. (1997), 197 N.B.R. (2d) 60, 504 A.P.R. 60, [1997] A.N.-B. n° 133 (QL), awarding the appellant guardianship of the respondents’ children. Appeal allowed.

*Mary Elizabeth Beaton and Rita Godin*, for the appellant.

*Terrence P. Lenihan*, for the respondent M.L.

*Peter J. C. White*, for the respondent R.L.

*Sylvia Mendes-Roux*, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered by

<sup>1</sup> GONTHIER J. — At the hearing of this case, the Court allowed the appeal from the bench, with reasons to follow. These are the reasons.

<sup>2</sup> At issue here is the jurisdiction of the Court of Appeal in this instance, and of the courts in general, in matters of child protection, to make an order granting the parents access in conjunction with an order awarding permanent guardianship to the Minister of Health and Community Services

(*Alta.*) c. A.C. (1991), 121 A.R. 301; *Alberta (Director of Child Welfare) c. L.L.O.*, [1996] A.J. No. 660 (QL).

#### Lois et règlements cités

*Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 47(2).

*Loi sur les services à l’enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 59(2).

*Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2 [mod. 1983, ch. 16, art. 1], art. 1 «intérêt supérieur de l’enfant» [mod. 1996, ch. 13, art. 1], 2, 6(1), 13, 43 «entente de tutelle», «ordonnance de tutelle», 44(2.1) [aj. 1990, ch. 25, art. 9], 45(3), 48(1), 52(1), 53(1), 53(2), 55(4), 56 [mod. 1992, ch. 33, art. 3], 58(1), 58(2) [abr. & rempl. 1990, ch. 25, art. 12], 58(3), 59(1), 59(4), 60(2), 60(3) [*idem*, art. 13], 60(6) [mod. 1988, ch. 13, art. 4], 61(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 25, art. 14], 61(4) [*idem*], 85(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (1997), 197 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 113, 504 A.P.R. 113, [1997] A.N.-B. n° 372 (QL), qui a accueilli en partie l’appel des intimés à l’encontre d’un jugement du juge Boisvert (1997), 197 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 60, 504 A.P.R. 60, [1997] A.N.-B. n° 133 (QL), qui avait accordé à l’appellant la tutelle des enfants des intimés. Pourvoi accueilli.

*Mary Elizabeth Beaton et Rita Godin*, pour l’appelant.

*Terrence P. Lenihan*, pour l’intimée M.L.

*Peter J. C. White*, pour l’intimé R.L.

*Sylvia Mendes-Roux*, pour l’intervenante.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — Lors de l’audition de cette affaire, la Cour a accueilli l’appel séance tenante avec motifs à suivre que voici.

Le débat porte, en matière de protection de l’enfance, sur la compétence de la Cour d’appel dans la présente instance, et des tribunaux en général, de greffer une ordonnance d’accès en faveur des parents à une ordonnance de tutelle permanente en faveur du ministre de la Santé et des Services com-

(hereinafter the “Minister”). The appropriateness of the intervention by the Court of Appeal, having regard to the facts of the case, is also in issue.

### I. Facts and Proceedings

The facts are set out in the trial judgment, which I shall summarize later, and for the most part are not in dispute. On May 19, 1995, the respondents’ twin daughters, L.A. and L.L. born on April 6, 1991, and aged four at the time, were placed under protective care. On June 1, 1995, their older sister N.L., born on January 3, 1988, and then aged seven, was also taken into protective care. The three children were placed with the same foster family. Over the next two years, a number of orders were made concerning their protection, and efforts were made to preserve the family ties; these may be summarized as follows:

- June 29, 1995: interim custody order awarding custody to the Minister, and order prohibiting access by the father when the children visited their mother, on the ground of harassment;
- September 1, 1995: protection order cancelled because the parents had resumed cohabitation;
- September 11, 1995 to March 22, 1996: various orders awarding custody to the Minister;
- March 22, 1996: application by the Minister for guardianship of the three children. Counsel appointed for the children;
- July 4, 1996: order granting access to the parents (on consent);
- Summer 1996: attempt to return the children to their parents gradually;
- September 5, 1996: consent of the Minister to a supervision order. Parents given last chance. The children went back to live with them. Back-up provided by the foster family for some weekends;
- November 14, 1996: children returned to the foster family at the request of their mother, who

munautaires (ci-après le «Ministre»). Le bien-fondé de l’intervention de la Cour d’appel, vu les faits de l’espèce, est également mis en cause.

### I. Faits et procédures

Le jugement de première instance, que je résume plus loin, fait état des faits qui, pour l’essentiel, ne sont pas contestés. Le 19 mai 1995, les deux filles des intimés, L.A. et L.L., des jumelles nées le 6 avril 1991, alors âgées de 4 ans, sont placées sous régime de protection. Le 1<sup>er</sup> juin 1995, N.L., leur sœur aînée née le 3 janvier 1988, alors âgée de 7 ans, est également placée sous régime de protection. Les trois enfants sont placés dans une même famille d’accueil. Au cours des deux années qui suivent, elles font l’objet de plusieurs ordonnances visant leur protection ainsi que de tentatives de maintien des liens familiaux qui peuvent être résumées comme suit:

- 29 juin 1995: ordonnance de garde intérimaire en faveur du Ministre et ordonnance d’interdiction d’accès par le père lors des visites des enfants chez leur mère pour cause de harcèlement;
- 1<sup>er</sup> septembre 1995: ordonnance de protection annulée car les parents ont repris la vie commune;
- 11 septembre 1995 au 22 mars 1996: diverses ordonnances de garde en faveur du Ministre;
- 22 mars 1996: requête du Ministre en tutelle des trois enfants. Procureur nommé aux enfants;
- 4 juillet 1996: ordonnance accordant un droit de visite aux parents (de consentement);
- Été 1996: tentative de retour progressif des enfants chez leurs parents;
- 5 septembre 1996: consentement du Ministre à une ordonnance de surveillance. Dernière chance accordée aux parents. Les enfants retournent vivre chez eux. Relève assurée par la famille d’accueil pour certaines fins de semaines;
- 14 novembre 1996: retour des enfants dans la famille d’accueil à la demande de leur mère qui

was afraid she would strike them, and whose mental health had deteriorated. The father, who had started taking drugs again, was aggressive and violent;

- November 20, 1996: application by the Minister for permanent guardianship.

- November 25, 1996: prohibition by the Minister against any contact with the children for which prior authorization had not been given (s. 13 of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2 (hereinafter the "Act")). Supervised one-hour visits every two weeks, during which the father was unable to control his emotions. The girls were sad, disturbed, worried and anxious about the visits;

- December 2, 1996: order for interim custody of the children. Issue of access left to the discretion of the Minister;

- January 30, 1997: prohibition by the Minister against all contacts until trial. Reasons: failure to comply with earlier orders, girls affected negatively by the visits;

- February 24 to 28 and March 3, 1997: hearing on permanent guardianship;

- March 20, 1997: order awarding permanent guardianship of the three children to the Minister made by Boisvert J. Judgment appealed by the parents, who continued to try to contact their children, going to the eldest's school several times and publishing an article in the local newspaper. The eldest was disturbed;

- May 8, 1997: order made by Boisvert J. prohibiting the parents from having any contact with the children, on the application of the Minister under s. 60(2) of the Act;

- September 22, 1997: appeal allowed in part. The permanent guardianship order was upheld, but the Minister was to prepare an access plan;

- January 9, 1998: leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal granted;

- February 13, 1998: hearing on the approval of the access plan postponed for 60 days by Deschênes J.;

a peur de les frapper et dont la santé mentale s'est détériorée. Le père, qui a recommencé à consommer de la drogue, est agressif et violent;

- 20 novembre 1996: requête du Ministre pour obtenir la tutelle permanente;

- 25 novembre 1996: interdiction par le Ministre de tout contact avec les enfants qu'il n'a pas préalablement autorisé (art. 13 de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2 (ci-après la «Loi»)). Visites supervisées d'une heure toutes les deux semaines au cours desquelles le père ne peut contrôler ses émotions. Les fillettes sont tristes, troublées, préoccupées et elles appréhendent les visites;

- 2 décembre 1996: ordonnance de garde intérimaire des enfants. Question de l'accès laissée à la discrétion du Ministre;

- 30 janvier 1997: interdiction par le Ministre de tout contact jusqu'au procès. Raisons: non-respect des consignes antérieures, fillettes affectées de façon négative par les visites;

- 24 au 28 février et 3 mars 1997: audition sur la tutelle permanente;

- 20 mars 1997: ordonnance de tutelle permanente des trois enfants en faveur du Ministre rendue par le juge Boisvert. Jugement porté en appel par les parents qui continuent de chercher à contacter leurs enfants en se rendant à quelques reprises à l'école de l'aînée et en publiant un article dans le journal local. L'aînée est troublée;

- 8 mai 1997: émission d'une ordonnance par le juge Boisvert interdisant aux parents tout contact avec les enfants à la demande du Ministre en vertu du par. 60(2) de la Loi;

- 22 septembre 1997: appel accueilli en partie. L'ordonnance de tutelle permanente est maintenue mais le Ministre doit préparer un plan relatif à l'exercice du droit de visite;

- 9 janvier 1998: permission d'en appeler du jugement de la Cour d'appel accordée;

- 13 février 1998: audition sur l'approbation du plan relatif à l'exercice du droit de visite reportée de 60 jours par le juge Deschênes;

- March 16, 1998: motion to stay the execution of the judgment of the Court of Appeal granted by this Court.

## II. Relevant Statutory Provisions

*Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2

### 1 In this Act

“best interests of the child” means the best interests of the child under the circumstances taking into consideration

- (a) the mental, emotional and physical health of the child and his need for appropriate care or treatment, or both;
- (b) the views and preferences of the child, where such views and preferences can be reasonably ascertained;
- (c) the effect upon the child of any disruption of the child’s sense of continuity;
- (d) the love, affection and ties that exist between the child and each person to whom the child’s custody is entrusted, each person to whom access to the child is granted and, where appropriate, each sibling of the child and, where appropriate, each grandparent of the child;
- (e) the merits of any plan proposed by the Minister under which he would be caring for the child, in comparison with the merits of the child returning to or remaining with his parents;
- (f) the need to provide a secure environment that would permit the child to become a useful and productive member of society through the achievement of his full potential according to his individual capacity; and
- (g) the child’s cultural and religious heritage;

**13** The Minister, where he considers it to be in the best interests of the child to do so, may prohibit in writing any person from visiting, writing to, telephoning or otherwise communicating with a child in care, his parent or his foster parent, and any person who violates a prohibition in writing executed under this section having been given notice of the prohibition, or who otherwise in any way interferes with a child in care without the Minister’s consent, commits an offence.

- 16 mars 1998: requête en vue de surseoir à l’exécution du jugement de la Cour d’appel accueillie par cette Cour.

## II. Dispositions législatives pertinentes

*Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2

### 1 Dans la présente loi

«intérêt supérieur de l’enfant» désigne l’intérêt supérieur de l’enfant dans les circonstances, compte tenu

- a) de l’état de santé mentale, affective et physique de l’enfant et du besoin qu’il a de soins ou de traitements convenables, ou des deux;
- b) des vues et préférences de l’enfant lorsqu’il est raisonnablement possible de les connaître;
- c) de l’effet sur l’enfant de toute atteinte à la stabilité dont un enfant éprouve le besoin;
- d) de l’amour, de l’affection et des liens qui existent entre l’enfant et chaque personne à la garde de qui il a été confié, chaque personne qui a obtenu le droit de lui rendre visite et, le cas échéant, chaque frère ou sœur de l’enfant et, le cas échéant, chaque grand-parent de l’enfant;
- e) des avantages de tout projet de prise en charge de l’enfant par le Ministre comparés à l’avantage pour l’enfant de retourner ou de rester auprès de ses parents;
- f) du besoin pour l’enfant d’être en sécurité, dans un milieu qui lui permette de réaliser pleinement son potentiel, selon ses aptitudes personnelles et, ce faisant, de devenir membre utile et productif de la société; et
- g) du patrimoine culturel et religieux de l’enfant;

**13** Lorsqu’il estime que c’est dans l’intérêt supérieur de l’enfant, le Ministre peut interdire par écrit à quiconque de rendre visite, d’écrire, ou de téléphoner à un enfant pris en charge, à son parent ou parent nourricier ou de communiquer par tout autre moyen avec eux; commet une infraction toute personne qui, avisée d’une interdiction faite par écrit en application du présent article, y passe outre ou contrecarre de toute autre façon un enfant pris en charge, sans le consentement du Ministre.



**43** In this Part

“guardianship agreement” means an agreement entered into under paragraph 44(1)(b) between the parent and the Minister permanently transferring from the parent to the Minister the guardianship of the child, including the custody, care and control of, and all parental rights and responsibilities with respect to, the child;

“guardianship order” means an order made under section 56 which transfers to the Minister the guardianship of the child, including the custody, care and control of, and all parental rights and responsibilities with respect to, the child;

**44(2.1)** The Minister shall not enter into a guardianship agreement unless

(a) the Minister plans to place the child for adoption

....

**45(3)** Where the child is in care under a guardianship agreement the Minister shall

(a) provide care for the child that will meet his physical, emotional, religious, educational, social, cultural and recreational needs;

(b) provide for the support of the child; and

(c) consider any wishes that the child expresses with regard to any placement or planning the Minister proposes;

and the Minister has full parental rights and shall exercise full parental responsibilities with respect to the child.

**52(1)** The court has jurisdiction to hear and determine any application made under this Part.

**53(1)** Notwithstanding any existing agreement or order, where a matter is before the court pursuant to an application made under this Part the court may

(a) make an order under section 54, 55, 56, 57, or 58;

(b) by order vary, terminate, or extend any such order as authorized by section 60;

(c) dismiss the application where the court is satisfied that there is insufficient cause to make an order; or

**43** Dans la présente Partie

«entente de tutelle» désigne une entente conclue entre le parent et le Ministre en application de l’alinéa 44(1)b) et en vertu de laquelle le parent transfère à titre permanent au Ministre la tutelle de l’enfant, y compris sa garde, sa charge et sa direction et tous les droits et toutes les responsabilités de parent à l’égard de l’enfant;

«ordonnance de tutelle» désigne une ordonnance rendue en application de l’article 56 et en vertu de laquelle la tutelle de l’enfant, y compris sa garde, sa charge et sa direction et tous les droits et responsabilités de parent à l’égard de l’enfant, est transférée au Ministre;

**44(2.1)** Le Ministre ne doit pas conclure une entente de tutelle à moins

a) qu’il n’ait en vue de placer l’enfant pour adoption

...

**45(3)** Lorsque l’enfant est pris en charge en vertu d’une entente de tutelle, le Ministre

a) pourvoit aux besoins physiques et matériels, affectifs, religieux, éducationnels, sociaux et culturels de l’enfant ainsi qu’à ses besoins en matière de loisirs;

b) pourvoit au soutien de l’enfant; et

c) prend en considération les vœux que l’enfant exprime à l’égard de tout placement ou projet que recommande le Ministre;

et le Ministre dispose des pleins droits parentaux et exerce les pleines responsabilités parentales à l’égard de l’enfant.

**52(1)** La cour a compétence pour entendre toute demande faite en application de la présente Partie et pour statuer à cet égard.

**53(1)** Par dérogation à toute entente ou ordonnance en vigueur, la cour, saisie d’une question en vertu d’une demande faite en application de la présente Partie, peut

a) rendre une ordonnance en application de l’article 54, 55, 56, 57 ou 58;

b) ordonner que cette ordonnance soit modifiée, prorogée ou qu’il y soit mis fin ainsi que l’article 60 l’y autorise;

c) rejeter la demande si la cour est convaincue qu’il n’y a pas de motifs suffisants pour rendre une ordonnance; ou

(d) subject to subsection (3), adjourn the hearing from time to time.

**53(2)** When disposing of an application under this Part the court shall at all times place above all other considerations the best interests of the child.

**56(1)** The court may make a guardianship order transferring from a parent to the Minister on a permanent basis the guardianship of a child, including the custody, care and control of, and all parental rights and responsibilities with respect to, the child.

**56(2)** Where a child is in care under a guardianship order the Minister shall meet those obligations set out in subsection 45(3) with respect to a child in care under a guardianship agreement.

**56(3)** Where a child is in care under a guardianship order the Minister may return the child to the former parent periodically, as the Minister considers appropriate, but such action shall not be construed as a release or waiver by the Minister of any rights and obligations under the order with respect to the custody, care and control of the child.

**56(4)** A guardianship order remains in effect until the child

- (a) is adopted,
- (b) marries, or
- (c) reaches the age of majority,

or until an order is made under subsection 60(6).

**58(1)** The court may make a protective intervention order directed to any person who, in the opinion of the court, is a source of danger to a child's security or development.

**58(2)** A protective intervention order may contain such provisions as the court considers to be in the best interests of the child, including a direction to the person named in the order to do either or both of the following:

- (a) to cease to reside in the same premises in which the child resides;
- (b) to refrain from any contact or association with the child.

**58(3)** A protective intervention order may be made in conjunction with any other order that the court may make under this Part.

d) sous réserve du paragraphe (3), ajourner l'audience de temps à autre.

**53(2)** Lorsqu'elle statue sur une demande en application de la présente Partie, la cour doit à tout moment placer l'intérêt supérieur de l'enfant au-dessus de toute autre considération.

**56(1)** La cour peut rendre une ordonnance de tutelle en vertu de laquelle un parent transfère à titre permanent au Ministre la tutelle d'un enfant, y compris sa garde, sa charge et sa direction et tous les droits et toutes les responsabilités de parent à l'égard de l'enfant.

**56(2)** Lorsqu'un enfant est pris en charge en vertu d'une ordonnance de tutelle, le Ministre doit s'acquitter à son égard des obligations énoncées au paragraphe 45(3).

**56(3)** Le Ministre peut, ainsi qu'il le juge bon, renvoyer périodiquement à son ancien parent un enfant pris en charge en vertu d'une ordonnance de tutelle, mais une telle mesure ne doit pas être interprétée comme une renonciation du Ministre aux droits et obligations que l'ordonnance lui confère à l'égard de la garde, la charge et la direction de l'enfant.

**56(4)** Une ordonnance de tutelle reste en vigueur jusqu'à ce que l'enfant

- a) soit adopté,
- b) se marie, ou
- c) devienne majeur,

ou jusqu'à ce qu'une ordonnance soit rendue en application du paragraphe 60(6).

**58(1)** La cour peut rendre une ordonnance d'intervention protectrice visant quiconque constitue, à son avis, une menace pour la sécurité et le développement de l'enfant.

**58(2)** Une ordonnance d'intervention protectrice peut contenir toute disposition que la cour estime être dans l'intérêt supérieur de l'enfant, y compris un ordre donné à la personne désignée dans l'ordonnance de faire une ou les deux choses suivantes:

- a) de cesser de résider dans les locaux où réside l'enfant,
- b) de s'abstenir de communiquer avec l'enfant ou de le fréquenter.

**58(3)** Une ordonnance d'intervention protectrice peut être rendue de concert avec toute autre ordonnance que la cour peut rendre en application de la présente Partie.

**59(1)** Any order or decision made under this Part may be appealed within thirty days of the order or decision to The Court of Appeal of New Brunswick.

**59(4)** On appeal, the court may

- (a) affirm the order, with or without modification;
- (b) terminate the order;
- (c) remit the order with directions to the court below; or
- (d) give any judgment or make any order that in its opinion ought to have been given or made in the court below.

**60(2)** The Minister may, in the prescribed form and after notice as set out in section 52, apply to the court to have an order made under sections 54 to 58 varied, extended or terminated or to have another order made in substitution for or in addition to an existing order.

**60(6)** Upon hearing an application the court, if satisfied that it is in the best interests of the child to do so, may make such order authorized by this Part as it considers appropriate.

**61(1)** Where a child is in care under a guardianship order or a guardianship agreement and at least six months have elapsed from the making of the order or agreement or from any previous review of the order or agreement, a child or former parent of the child may apply to the court in the prescribed form to vary or terminate the order or agreement.

**85(2)** Except where a person adopts a child of his spouse, an adoption order, from the date it is made,

- (a) severs the tie the child had with his natural parent or guardian or any other person in whose custody the child has been, by divesting the parent, guardian or other person of all parental rights in respect of the child, including any right of access that is not preserved by the court, and freeing that person from all parental responsibilities for the support of the child;
- (b) free the child from all obligations, including support, with respect to his natural parent or any other person in whose custody he has been; and

**59(1)** Il peut être interjeté appel de toute ordonnance ou décision rendue en application de la présente Partie devant la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans les trente jours de l'ordonnance ou de la décision.

**59(4)** En appel, la cour peut

- a) confirmer l'ordonnance, avec ou sans modification;
- b) mettre fin à l'ordonnance; ou
- c) renvoyer l'ordonnance, avec directives, à la cour inférieure; ou
- d) rendre tout jugement ou toute ordonnance que la cour inférieure, à son avis, aurait dû rendre.

**60(2)** Le Ministre, après en avoir donné avis comme indiqué à l'article 52, peut demander à la cour, en la forme prescrite par règlement, de modifier ou proroger une ordonnance rendue en application des articles 54 à 58 ou d'y mettre fin, ou de rendre une autre ordonnance en remplacement ou en supplément d'une ordonnance en vigueur.

**60(6)** Après audition d'une demande, la cour peut rendre toute ordonnance autorisée par la présente Partie qu'elle estime opportune si elle est convaincue que c'est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

**61(1)** Lorsqu'un enfant est pris en charge en vertu d'une ordonnance de tutelle ou d'une entente de tutelle et qu'au moins six mois se sont écoulés depuis l'ordonnance ou l'entente ou depuis une révision antérieure de l'ordonnance ou de l'entente, l'enfant ou son ancien parent peut faire une demande à la cour, selon la formule prescrite, afin de faire modifier l'ordonnance ou l'entente ou d'y mettre fin.

**85(2)** Sauf lorsqu'une personne adopte l'enfant de son conjoint, l'ordonnance d'adoption, à compter de la date à laquelle elle est rendue,

- a) rompt le lien qui unissait l'enfant à son parent naturel, à son tuteur ou à toute personne qui avait la garde de l'enfant en leur enlevant tous leurs droits parentaux à l'égard de celui-ci, y compris tout droit de visite qui n'est pas maintenu par la cour et en les libérant de toute responsabilité parentale relativement au soutien de l'enfant;
- b) libère l'enfant de toutes les obligations, y compris de soutien, qu'il peut avoir envers son parent naturel ou toute autre personne qui avait la garde de l'enfant; et

(c) unless specifically preserved by the order in accordance with the express wishes of the natural parent, severs the right of the child to inherit from his natural parent or kindred;

but an adoption order does not terminate or affect any rights the child has that flow from his cultural heritage, including aboriginal rights.

### III. Judicial History

#### 1. *Court of Queen's Bench, Family Division*, [1997] A.N.-B. n° 133 (QL)

On March 20, 1997, pursuant to s. 56 of the Act, Boisvert J. made an order for permanent guardianship of the respondents' three children. The respondents had then been cohabiting for 16 years. They were both receiving social assistance, and their marital life was described as [TRANSLATION] "dysfunctional" by Boisvert J., in that it had been characterized by numerous break-ups and reconciliations (para. 10).

At the time the order for permanent guardianship was made, R.L. was 33 years old. He had attended primary school only. His criminal record showed several convictions for theft. He had started taking drugs at the age of 14 and had serious dependency problems. Boisvert J. noted that R.L. had a tendency to deny the obvious, to blame others and to minimize the seriousness of his drug and marital problems. He was reluctant to believe R.L., who claimed that he was no longer taking drugs at the time of the trial, and decided that there was a possibility of a relapse.

M. L. was 36 years old at the time of the trial. She cannot read or write. Her intellectual capacity is limited and she requires medical supervision for anxiety and depression. She suffers from behavioural and impulsive disorders. Boisvert J. believed that her parenting skills could not improve significantly because care of the children was itself a source of great anxiety for her.

He concluded that the guardianship order was in the best interests of the children because the

c) retire à l'enfant le droit d'hériter de son parent naturel ou de ses proches parents, sauf si l'ordonnance maintient spécifiquement ce droit conformément aux vœux formels du parent naturel,

mais elle ne met pas fin ni ne porte atteinte aux droits que l'enfant tient de son héritage culturel, y compris les droits aborigènes.

### III. Jugements antérieurs

#### 1. *Cour du Banc de la Reine, Division de la famille*, [1997] A.N.-B. n° 133 (QL)

Le 20 mars 1997, le juge Boisvert, en application de l'art. 56 de la Loi, rend une ordonnance de tutelle permanente des trois enfants des intimés. Ceux-ci font alors vie commune depuis 16 ans. Ils sont tous deux prestataires d'assistance sociale et leur vie conjugale est qualifiée de «dysfonctionnelle» par le juge Boisvert car elle a été marquée de nombreuses ruptures et réconciliations (par. 10).

Lors du prononcé de l'ordonnance de tutelle permanente, R.L. est âgé de 33 ans. Il n'a fréquenté que l'école primaire. Son dossier criminel fait état de condamnations pour vol. Il a commencé à prendre de la drogue à l'âge de 14 ans et éprouve de graves problèmes de dépendance. Le juge Boisvert souligne que R.L. a tendance à nier l'évidence, à blâmer les autres et à minimiser l'importance de ses problèmes de drogue et de vie conjugale. Il hésite à croire R.L. qui prétend ne plus consommer de drogue lors du procès et décide de retenir la possibilité d'une rechute.

M.L. a 36 ans lors du procès. Elle ne peut ni lire ni écrire. Ses facultés intellectuelles sont limitées et elle doit être suivie par des médecins pour des problèmes d'anxiété et de dépression. Elle souffre de troubles de comportement et d'impulsion. Le juge Boisvert estime que ses habiletés parentales ne peuvent s'améliorer de façon significative car la charge même des enfants représente pour elle une source de grande anxiété.

Il conclut que l'ordonnance de tutelle est dans le meilleur intérêt des enfants car les promesses et les

5

6

7

8

respondents' promises and good intentions were insufficient (at paras. 25-26):

[TRANSLATION] The Minister rightly states that things go well with the respondents as long as the children are not with them, and the problems begin again once they return.

[R.L.'s] dependency problems and all the psychic disorders suffered by his wife are a real source of insecurity for the children. The facts clearly indicate that the evidence of the respondents' rehabilitation is insufficient to warrant the risk of putting the children in their custody and thereby interrupting their stability. [Emphasis added.]

9 Adopting the Minister's arguments, Boisvert J. found that R.L. was not assuming his responsibilities towards the children and that he was continually absent. M.L. generally felt exhausted and out of control. She admitted having hit the children on several occasions. She wanted the Minister to take care of the children because she felt incapable of doing so. The respondents continually exposed their children to their marital disputes. The attempt to return the children to them had been a failure. On the other hand, the girls were making progress with their foster family.

10 Relying on the definition of the best interests of the child set out in s. 1 of the Act, Boisvert J. stated his findings as follows (at para. 41):

[TRANSLATION] (a) The evidence leaves no doubt that the children cannot obtain the appropriate motivation and care from their biological parents. The respondents' parenting skills do not meet the needs of the children. The respondents have failed to demonstrate that they are able to guarantee the children the security, stability and care they need. The mental, emotional and physical health of the children would be jeopardized if they were returned to the respondents.

(b) The views and preferences of the children: the evidence shows that the children are happy in their foster home. The children are young: I believe their lawyer's opinion is important in the determination of the matter. In fact, Ms. Roux is the spokeswoman for the children. Her primary role is, necessarily, to protect their interests. The children's lawyer supports the Minister in his application for a guardianship order.

bonnes intentions des intimés ne suffisent pas (aux par. 25 et 26):

Le ministre a raison de dire que tout va bien chez les intimés aussi longtemps que les enfants ne sont pas avec eux et que les problèmes recommencent dès leur retour.

Les problèmes de dépendance de [R.L.] et tous les malaises d'ordre psychique chez son épouse sont une véritable cause d'insécurité chez les enfants. Les faits démontrent clairement que la preuve de réhabilitation des intimés est insuffisante pour justifier le risque de mettre les enfants sous leur garde et interrompre du même coup leur stabilité. [Je souligne.]

Reprenant les prétentions du Ministre, le juge Boisvert constate que R.L. n'assume pas ses responsabilités vis-à-vis des enfants et qu'il s'absente de façon continue. M.L. se sent généralement épuisée et en perte de contrôle. Elle avoue avoir frappé les enfants à quelques reprises. Elle désire que le Ministre prenne soin des enfants car elle s'en sent incapable. Les intimés exposent continuellement les enfants à leurs disputes conjugales. La tentative de retour des enfants chez eux fut un échec. Par contre, les fillettes font des progrès au sein de leur famille d'accueil.

S'appuyant sur la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant édictée à l'art. 1 de la Loi, le juge Boisvert expose ses conclusions de la façon suivante (au par. 41):

a) La preuve ne laisse aucun doute que les enfants ne peuvent obtenir de leurs parents biologiques la motivation et les soins appropriés. L'habileté parentale des intimés ne répond pas aux besoins des enfants. Les intimés n'ont pas démontré qu'ils sont en mesure d'assurer aux enfants la sécurité, la stabilité et les soins dont elles ont besoin. La santé mentale, affective et physique des enfants serait menacée si elles étaient retournées auprès des intimés.

b) Les vues et préférences des enfants: la preuve démontre que les enfants sont heureuses dans leur foyer d'accueil. Les enfants sont jeunes: j'estime que l'opinion de leur avocate est importante dans la détermination de la matière. En fait, M<sup>e</sup> Roux est le porte-parole des enfants. Nécessairement, son rôle principal est de protéger leurs intérêts. L'avocate des enfants appuie le ministre dans sa demande pour une ordonnance de tutelle.

(c) In view of the Minister's plans, the ties of affection between the children are not threatened. The children have developed emotional ties with their foster family. It is undeniable that the children are aware of their biological parents, but it would be illogical to return the children to the respondents for the sole reason that they will probably feel, for at least some time, a certain anxiety because of the breaking of ties with the respondents.

(d) In view of the record, no further intervention could be of any utility for the respondents. They are, in my opinion, incapable of taking advantage of the assistance offered by the applicant.

(e) From any standpoint, the Minister's plans are superior to those of the respondents.

(f) I believe that the family environment cannot guarantee the security to which each child is entitled. They cannot achieve their full potential within their family.

(g) In view of the couple's separations and difficulties, the female respondent's psychic deficiencies, her inability to adequately care for her children, and the male respondent's drug problems, the family environment can only harm the children's development. A return of the children to the natural parents would have harmful consequences for them.

(h) The children cannot obtain from their natural parents the appropriate motivation and care.

(i) Neither the cultural nor the religious heritage appear to be threatened.

In view of these findings, Boisvert J. made an order for permanent guardianship of the children, the effect of which was to transfer to the Minister the custody, care and control of, and all parental rights and responsibilities with respect to, the children.

On May 8, 1997, pursuant to s. 60(2) of the Act, on the application of the Minister, Boisvert J. made an order prohibiting the parents from having any contact with the children:

The respondents, [M.L.] and [R.L.], are ordered not to have any contact, association or any form of communication with the children or foster parents. This prohibition extends to any and all attempts by the respondents

c) Compte tenu des plans du ministre, les liens d'affection entre les enfants ne sont pas menacés. Les enfants ont développé des liens affectifs avec leur famille d'accueil. On ne peut nier que les enfants connaissent leurs parents biologiques, mais il serait illogique de retourner les enfants aux intimés pour le seul motif qu'elles vont probablement ressentir, pour quelque temps du moins, une certaine inquiétude en raison du bris des liens avec les intimés.

d) Compte tenu des antécédents, aucune autre intervention ne pourrait être de quelque utilité pour les intimés. Ils sont incapables, à mon avis, de prendre avantage de l'aide offerte par le requérant.

e) De tout point de repère, les plans du ministre sont supérieurs à ceux des intimés.

f) J'estime que le milieu familial ne peut garantir la sécurité dont chaque enfant a droit. Dans leur famille, elles ne peuvent réaliser pleinement leur potentiel.

g) Compte tenu des séparations et difficultés de couple, des carences psychiques de l'intimée, de son incapacité de s'occuper adéquatement de ses enfants, des problèmes de drogue de l'intimé, le milieu familial ne peut que nuire au développement des enfants. Un retour des enfants chez les parents naturels aurait des conséquences néfastes pour elles.

h) Les enfants ne peuvent obtenir de leurs parents naturels la motivation et les soins appropriés.

i) Ni le patrimoine culturel ou religieux ne semble menacé.

Vu ces conclusions, le juge Boisvert émet une ordonnance de tutelle permanente des enfants ayant pour effet de transférer au Ministre leur garde, leur charge, leur direction ainsi que tous les droits et responsabilités des parents.

Le 8 mai 1997, en application du par. 60(2) de la Loi, à la demande du Ministre, le juge Boisvert émet une ordonnance interdisant aux parents tout contact avec les enfants:

[TRADUCTION] Il est interdit aux intimés, [M.L.] et [R.L.], de rencontrer les enfants ou les parents nourriciers, d'entrer en contact ou de communiquer avec eux de quelque façon que ce soit. Cette interdiction vise aussi toute tentative de la part des intimés de communiquer avec les enfants ou avec les parents nourriciers par

to communicate with the children or the foster parents through the written press, radio or television.

At all times, the respondents shall remain at least one half mile away from any place where either of the three children are located.

He gave the following reasons for his decision:

In my view, this order is necessary and in the best interest of the children because the evidence, that I have before me, showed that the attempts by the respondents to contact the children are greatly disturbing to their sense of security and stability. [Emphasis added.]

2. *New Brunswick Court of Appeal*, [1997] A.N.-B. n° 372 (QL)

12

In a brief judgment handed down on September 22, 1997, the Court of Appeal allowed the parents' appeal in part, setting aside the judgment of Boisvert J. concerning the order prohibiting access, but leaving the permanent guardianship order intact. The Court of Appeal stated its reasons as follows (at paras. 1-2):

[TRANSLATION] The appellants did not plead any error of law in the decision of the trial judge. Nevertheless, the Court is of the opinion that there is nothing on the record that would warrant the complete abrogation of access by the natural parents, or the finding that the abrogation of such rights would be in the interest of the children. This issue was not addressed by the trial judge in his reasons.

An order shall go that the Minister shall present to the trial judge for approval a plan in relation to the exercise of the natural parents' visiting right that has been prepared following consultation with the foster family and the preparation of the necessary expert reports concerning the terms and conditions in which such access shall be exercised. [Emphasis added.]

3. *Court of Queen's Bench, Family Division*, [1998] A.N.-B. n° 46 (QL)

13

The Minister submitted to Deschênes J. a report from the foster family and a psychologist, which was intended as an unequivocal warning against granting access. Deschênes J. believed that the Court of Appeal judgment required that he consider the terms and conditions upon which access

l'entremise de la presse écrite, de la radio ou de la télévision.

En tout temps, les intimés devront se trouver à une distance supérieure à un demi-mille de l'une ou l'autre des trois enfants.

Il motive ainsi sa décision:

[TRADUCTION] À mon avis, la présente ordonnance est nécessaire et elle est rendue dans l'intérêt supérieur des enfants parce que la preuve présentée devant moi établit que les tentatives des intimés pour entrer en contact avec les enfants perturbent grandement leur sécurité et leur stabilité. [Je souligne.]

2. *Cour d'appel du Nouveau-Brunswick*, [1997] A.N.-B. n° 372 (QL)

Dans un jugement succinct rendu le 22 septembre 1997, la Cour d'appel accueille en partie l'appel des parents en infirmant le jugement du juge Boisvert concernant l'ordonnance d'interdiction d'accès, l'ordonnance de tutelle permanente demeurant intacte. Les motifs de la Cour d'appel sont exprimés de la façon suivante (aux par. 1 et 2):

Les appelants n'ont soulevé aucune erreur de droit dans la décision du juge d'instance. Néanmoins, la Cour est d'avis que rien au dossier ne justifiait l'abrogation totale du droit de visite des parents naturels, ou la conclusion que l'abrogation de ces droits serait dans l'intérêt des enfants. Cette question n'a pas été abordée par le juge d'instance dans ses motifs.

Il est ordonné au Ministre de présenter au juge d'instance pour approbation un plan relatif à l'exercice du droit de visite des parents naturels qui aura été établi suite à une consultation avec la famille d'accueil, et à la préparation d'expertises nécessaires quant aux conditions d'exercice du droit en question. [Je souligne.]

3. *Cour du Banc de la Reine, Division de la famille*, [1998] A.N.-B. n° 46 (QL)

Le Ministre soumet au juge Deschênes un rapport de la famille d'accueil et d'une psychologue se voulant une mise en garde sans équivoque contre l'octroi d'un droit de visite. Le juge Deschênes estime que le jugement de la Cour d'appel lui impose d'étudier les modalités de l'exercice d'un

would be exercised, and not its appropriateness. In order to give the parents and counsel for the children time to review the reports and respond to them, Deschênes J. postponed the hearing for two months.

In his judgment, he expressed his failure to understand the judgment of the Court of Appeal, and noted that at the time of the hearing on appeal, [TRANSLATION] “Boisvert J. had expressly addressed the parents’ access rights and had rendered his decision prohibiting any communication between the respondents and the children” (para. 7).

#### IV. Issues

1. Do the courts (Court of Queen’s Bench and Court of Appeal) have jurisdiction to make an access order in conjunction with an order for permanent guardianship, either under the Act or by virtue of their *parens patriae* jurisdiction?
2. Did the Court of Appeal err in holding that there was “nothing” to justify the trial judge’s finding that it was in the interests of the children that they continue to have no contact with the respondents?

#### V. Analysis

1. *Jurisdiction of the courts to make an access order*

##### (a) Change in the parties’ status

The legislature has provided for the consequences of a permanent guardianship order, in s. 56(1) of the Act:

**56(1)** The court may make a guardianship order transferring from a parent to the Minister on a permanent basis the guardianship of a child, including the custody, care and control of, and all parental rights and responsibilities with respect to, the child. [Emphasis added.]

Parents have rights in order that they may fulfil their obligations towards their children. When they are relieved of all of their obligations, they lose the corresponding rights, including the right of access. After a permanent guardianship order is made,

droit d’accès et non son bien-fondé. Afin de donner aux parents ainsi qu’au procureur des enfants le temps de prendre connaissance des rapports et d’y répondre, le juge Deschênes reporte l’audition à deux mois.

Dans son jugement, il exprime son incompréhension devant le jugement rendu par la Cour d’appel et note qu’au moment de l’audition en appel, «le juge Boisvert avait effectivement traité explicitement des droits de visite des parents et avait rendu sa décision interdisant toute communication entre les intimés et les enfants» (par. 7).

#### IV. Questions en litige

1. Les tribunaux (Cour du Banc de la Reine et Cour d’appel) sont-ils compétents pour greffer une ordonnance d’accès à une ordonnance de tutelle permanente et ce, en vertu de la Loi ou en raison de leur compétence *parens patriae*?
2. La Cour d’appel a-t-elle erré en jugeant que «rien» ne justifiait la conclusion du juge de première instance suivant laquelle l’intérêt des enfants était de continuer à ne pas avoir de contacts avec les intimés?

#### V. Analyse

1. *Compétence des tribunaux pour émettre une ordonnance d’accès*

##### a) Le changement d’état des parties

Le législateur prévoit les conséquences d’une ordonnance de tutelle permanente au par. 56(1) de la Loi:

**56(1)** La cour peut rendre une ordonnance de tutelle en vertu de laquelle un parent transfère à titre permanent au Ministre la tutelle d’un enfant, y compris sa garde, sa charge et sa direction et tous les droits et toutes les responsabilités de parent à l’égard de l’enfant. [Je souligne.]

Les parents sont titulaires de droits afin de pouvoir remplir leurs obligations envers leurs enfants. Dans la mesure où ils sont déchargés de toutes leurs obligations, ils perdent les droits correspondants, y compris le droit d’accès. Après l’ordon-

14

15

16

17



access is a right that belongs to the child, and not to the parents. The Court of Appeal did not recognize that the parents had a right of access; it simply allowed them to have access to the children. It used the expression “right” in the sense of permission.

18 When the Minister becomes the guardian of a child, he “has full parental rights and shall exercise full parental responsibilities” (s. 45(3)). He has an obligation to provide care for the child “that will meet his physical, emotional, religious, educational, social, cultural and recreational needs” (ss. 45(3)(a) and 56(2)) (emphasis added). Unlike a custody agreement, a guardianship order does not impose an obligation on the Minister to allow access to the child under his guardianship (see ss. 48(1) and 55(4) of the Act). The legislature has provided that where a child is in his care the Minister “may return the child to the former parent periodically, as the Minister considers appropriate” (s. 56(3)) (emphasis added). I am of the view that the expression “may” means “must” where that is in the best interests of the child.

19 Section 13 of the Act gives the Minister the power to prohibit all contact between the child and his or her parents, where the Minister considers it to be in the best interests of the child to do so. Any violation of the Minister’s decision constitutes an offence. On November 25, 1996, before the hearing on permanent guardianship, the Minister used this power and notified the respondents that any contact with their children would require prior authorization. On January 30, 1997, the respondents having failed to abide by his decision, the Minister prohibited them from having any contact with the girls.

20 Under ss. 13, 45(3) and 56(2) of the Act, the Minister in effect has the necessary discretion to grant or deny the parents access or visiting rights.

21 The court has the power to prohibit the parents from having access to their children. Section 58(1) of the Act provides that the court “may make a protective intervention order directed to any per-

nance de tutelle permanente, l’accès est un droit dont l’enfant est titulaire et non pas ses parents. La Cour d’appel n’a pas reconnu l’existence d’un droit de visite des parents, elle leur a simplement permis d’avoir accès aux enfants. Elle a employé l’expression «droit» dans le sens de permission.

Lorsque le Ministre devient le tuteur d’un enfant, il «dispose des pleins droits parentaux et exerce les pleines responsabilités parentales» (par. 45(3)). Il a l’obligation de pourvoir aux «besoins physiques et matériels, affectifs, religieux, éducationnels, sociaux et culturels de l’enfant ainsi qu’à ses besoins en matière de loisirs» (al. 45(3)a) et par. 56(2)) (je souligne). Une ordonnance de tutelle, contrairement à une entente de garde, ne comporte pas d’obligation pour le Ministre de permettre l’accès à l’enfant sous sa tutelle (voir les par. 48(1) et 55(4) de la Loi). Le législateur a prévu que le Ministre «peut, ainsi qu’il le juge bon, renvoyer périodiquement à son ancien parent» l’enfant qu’il a pris en charge (par. 56(3)) (je souligne). Je suis d’avis que l’expression «peut» signifie «doit» lorsque cela est dans le meilleur intérêt de l’enfant.

L’article 13 de la Loi donne au Ministre le pouvoir d’interdire tout contact entre l’enfant et ses parents, lorsqu’il estime que cela est dans l’intérêt supérieur de l’enfant. Toute contravention à la décision du Ministre constitue une infraction. En date du 25 novembre 1996, avant l’audition sur la tutelle permanente, le Ministre s’est prévalu de ce pouvoir et a signifié aux intimés que tout contact avec leurs enfants devait être préalablement autorisé. Le 30 janvier 1997, les intimés n’ayant pas respecté la décision du Ministre, celui-ci leur a interdit tout contact avec les fillettes.

En vertu de l’art. 13 et des par. 45(3) et 56(2) de la Loi, le Ministre dispose effectivement de la discrétion nécessaire pour accorder ou refuser un droit d’accès ou de visite aux parents.

La cour dispose du pouvoir d’interdire aux parents l’accès à leurs enfants. En effet, le par. 58(1) de la Loi édicte que la cour «peut rendre une ordonnance d’intervention protectrice visant

son who, in the opinion of the court, is a source of danger to a child's security or development". Section 58(2) specifies that a protective intervention order may contain "such provisions as the court considers to be in the best interests of the child, including a direction" to a person "to refrain from any contact or association with the child".

While it is clear that the court "may" protect a child from the harmful consequences of his or her parents exercising a right of access, the question still arises as to whether the court may, on the contrary, order that the child shall benefit from a visiting right. The Minister contends that the legislature has made no provision for the courts to have this power, and that he alone may exercise it.

(b) Jurisdiction of the court in respect of access

Boisvert J. prohibited the respondents from having any contact with their children, at the request of the Minister, who had applied under s. 60(2) of the Act:

**60(2)** The Minister may, in the prescribed form and after notice as set out in section 52, apply to the court to have an order made under sections 54 to 58 varied, extended or terminated or to have another order made in substitution for or in addition to an existing order. [Emphasis added.]

Section 52(1) provides as follows:

**52(1)** The court has jurisdiction to hear and determine any application made under this Part. [Emphasis added.]

In asking the court to "vary" its original order so as to prohibit access, the Minister acknowledged that the court had jurisdiction to make such a ruling at the time of the original order as well.

In *Re M.A.G.* (1986), 73 N.B.R. (2d) 443, at p. 451, the New Brunswick Court of Appeal, *per* Hoyt J.A., took this approach: "If access is in the best interests of the child and thus permitted at the review stage surely access is an option when the order is made initially".

quiconque constitue, à son avis, une menace pour la sécurité et le développement de l'enfant». Le paragraphe 58(2) spécifie que l'ordonnance d'intervention protectrice peut contenir «toute disposition que la cour estime être dans l'intérêt supérieur de l'enfant, y compris un ordre donné» à une personne de «s'abstenir de communiquer avec l'enfant ou de le fréquenter».

S'il est clair que la cour «peut» protéger un enfant des conséquences néfastes de l'exercice d'un droit d'accès par ses parents, la question se pose toujours de savoir si la cour peut ordonner, au contraire, que l'enfant doit bénéficier d'un droit de visite. Le Ministre allègue que le législateur n'a pas prévu que les tribunaux aient cette faculté et qu'il est le seul à en disposer.

(b) Compétence de la cour en matière d'accès

Le juge Boisvert a interdit aux intimés tout contact avec leurs enfants et ce, à la demande du Ministre qui s'est prévalu du par. 60(2) de la Loi:

**60(2)** Le Ministre, après en avoir donné avis comme indiqué à l'article 52, peut demander à la cour, en la forme prescrite par règlement, de modifier ou proroger une ordonnance rendue en application des articles 54 à 58 ou d'y mettre fin, ou de rendre une autre ordonnance en remplacement ou en supplément d'une ordonnance en vigueur. [Je souligne.]

Par ailleurs, le par. 52(1) prévoit:

**52(1)** La cour a compétence pour entendre toute demande faite en application de la présente Partie et pour statuer à cet égard. [Je souligne.]

En demandant à la cour de «modifier» son ordonnance originale pour interdire l'accès, le Ministre reconnaissait à la cour la compétence de statuer aussi dès l'ordonnance initiale.

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, sous la plume du juge Hoyt, dans l'affaire *Re M.A.G.* (1986), 73 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 443, à la p. 451, a retenu cette approche: [TRADUCTION] «Si le droit de visite est dans l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'il peut donc faire l'objet d'un examen, le droit de visite est sûrement une option au moment où l'ordonnance est rendue».

22

23

24

- 25 The parents also have the right to ask the court to “vary” and even to terminate a guardianship order. They may make such an application six months after the order was made (ss. 60(3) and 61(1)). They lose that right if the child has been placed for adoption within that period (s. 61(4)).
- Les parents ont également le droit de demander à la cour de «modifier» et même de mettre fin à une ordonnance de tutelle. Ils peuvent présenter cette demande six mois après que l’ordonnance eut été rendue (par. 60(3) et 61(1)). Ils perdent ce droit si l’enfant a été placé pour adoption à l’intérieur de cette période (par. 61(4)).
- 26 In my view, it is absurd to argue that the legislature believed that it could never be in the best interests of the child for the courts to be able to decide whether the natural parents should have access to their child before six months had elapsed since the making of the order for permanent guardianship. In my opinion, the six-month period is intended only to avoid repetitive applications.
- À mon avis, il est absurde de prétendre que le législateur a considéré qu’il ne pouvait jamais être dans le meilleur intérêt de l’enfant que les tribunaux puissent juger de la faculté des parents naturels d’avoir accès à leur enfant avant que six mois ne se soient écoulés après le prononcé de l’ordonnance de tutelle permanente. Selon moi, le délai de six mois ne vise qu’à écarter une multiplicité de recours.
- 27 In short, the Act provides for the guardianship order to be varied on the application of the Minister (s. 60(2)) or the parents (ss. 60(3) and 61(1)) and for the court to be able to make any order that it considers appropriate at that time, having regard to the best interests of the child (s. 60(6)). Access may be considered when the guardianship order is reviewed. *A fortiori*, the court must be able to consider granting access at the time the initial order is made.
- En somme, la Loi prévoit la modification de l’ordonnance de tutelle à la demande du Ministre (par. 60(2)) ou des parents (par. 60(3) et 61(1)) ainsi que la possibilité de rendre toute ordonnance que la cour estime opportune à ce moment, compte tenu de l’intérêt supérieur de l’enfant (par. 60(6)). Le droit de visite peut faire l’objet d’un examen au moment de la révision de l’ordonnance de tutelle. *A fortiori*, la cour doit pouvoir considérer l’octroi d’un droit de visite au moment où l’ordonnance initiale est rendue.
- 28 Section 85(2) of the Act, which deals with access at the adoption stage, confirms this interpretation of the courts’ initial jurisdiction in respect of access:
- Section 85(2) of the Act, qui traite de l’accès au stade de l’adoption, confirme l’interprétation de la compétence initiale des tribunaux en matière d’accès:
- 85(2)** Except where a person adopts a child of his spouse, an adoption order, from the date it is made,
- 85(2)** Sauf lorsqu’une personne adopte l’enfant de son conjoint, l’ordonnance d’adoption, à compter de la date à laquelle elle est rendue,
- (a) severs the tie the child had with his natural parent or guardian or any other person in whose custody the child has been, by divesting the parent, guardian or other person of all parental rights in respect of the child, including any right of access that is not preserved by the court, and freeing that person from all parental responsibilities for the support of the child; [Emphasis added.]
- a) rompt le lien qui unissait l’enfant à son parent naturel, à son tuteur ou à toute personne qui avait la garde de l’enfant en leur enlevant tous leurs droits parentaux à l’égard de celui-ci, y compris tout droit de visite qui n’est pas maintenu par la cour et en les libérant de toute responsabilité parentale relativement au soutien de l’enfant; [Je souligne.]
- 29 If the court has the power to “preserve” a right of access after adoption, a measure that is even more drastic and final than permanent guardian-
- Si la cour détient le pouvoir de «maintenir» un droit de visite après l’adoption, mesure encore plus drastique et définitive que la tutelle permanente, il

ship, it would be illogical for it not to have the power to grant access when it makes the initial permanent guardianship order.

This interpretation of the Act is consistent with what was intended by the legislature, that is, the best interests of the child. Any other interpretation would leave the question of access entirely in the Minister's hands. This would not be desirable, in that the children might suffer, for example, from administrative oversights, lack of communication or tensions between the people involved (see *Re H.I.R.* (1984), 37 R.F.L. (2d) 337 (Alta. C.A.), at p. 344; *Children's Aid Society of Winnipeg v. N.* (1979), 9 R.F.L. (2d) 326 (Man. C.A.), at p. 331).

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

Moreover, a judge hearing an application by the Minister for permanent guardianship of a child is in an excellent position to assess the consequences of granting access. The judge hears the testimony and submissions of all the parties involved, and of their expert witnesses, and has the power, where necessary, to order additional evidence on the question of access. In this instance, he is in a position to hear and draw the necessary conclusions from the evidence relating to what happened on earlier visits.

In view of these conclusions, there is no need to consider the second head of jurisdiction relied on by the respondents, namely *parens patriae*.

serait illogique qu'elle n'ait pas le pouvoir d'octroyer un droit de visite lors de l'ordonnance initiale de tutelle permanente.

Cette interprétation de la Loi va dans le sens voulu par le législateur à savoir, l'intérêt supérieur de l'enfant. Une autre interprétation laisserait le Ministre maître en matière d'accès. Cela n'est pas souhaitable dans la mesure où les enfants pourraient pâtir par exemple, de carences administratives, d'un manque de communication ou encore de tensions entre les intéressés (voir *Re H.I.R.* (1984), 37 R.F.L. (2d) 337 (C.A. Alb.), à la p. 344; *Children's Aid Society of Winnipeg c. N.* (1979), 9 R.F.L. (2d) 326 (C.A. Man.), à la p. 331).

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

En outre, le juge saisi d'une requête du Ministre pour l'obtention de la tutelle permanente d'un enfant se trouve dans une position tout à fait privilégiée pour juger des conséquences de l'octroi d'un droit d'accès. Il entend en effet le témoignage et les prétentions de toutes les parties concernées ainsi que de leurs experts et il est en mesure, au besoin, d'ordonner une preuve supplémentaire sur la question de l'accès. En l'espèce, il est en mesure d'entendre et de tirer les conclusions qui s'imposent de la preuve sur le déroulement des visites antérieures.

Vu ces conclusions, il n'y a pas lieu de traiter du deuxième chef de compétence invoqué par les intimés, soit *parens patriae*.

30

31

32

33

2. *Did the Court of Appeal err in holding that there was “nothing” to justify the trial judge’s finding that it was in the interests of the children that they continue to have no contact with the respondents?*

(a) Intervention by an appellate court

34

The appellant contends that the Court of Appeal should not have substituted its discretion for that of the trial judge. This Court has stated on a number of occasions that the trial judge is in the best position to decide the best interests of the child. In *Adams v. McLeod*, [1978] 2 S.C.R. 621, Spence J. wrote (at pp. 625-26):

Again our courts have been unanimous that the most authoritative pronouncement thereon is by the trial court judge who hears the evidence and assesses it. . . . However, as to custody issues, that caution must, in my view, become very strong indeed. Those issues are so intensely personal that the trial court judge is able to do, and does, far more than merely assigning credibility. [Emphasis added.]

35

More recently, in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. C. (G.C.)*, [1988] 1 S.C.R. 1073, at p. 1077, the Court, per L’Heureux-Dubé J., described the function of an appellate court in family law matters as follows:

. . . trial judges’ decisions, particularly in matters of family law, should not be interfered with lightly by appellate courts absent an error in principle, a failure to consider all relevant factors, a consideration of an irrelevant factor or a lack of factual support for the judgment . . . .

36

Accordingly, appellate courts will be circumspect, especially where the trial judgment is detailed and meticulous (see *T. (A.H.) v. P. (E.J.)* (1994), 4 R.F.L. (4th) 241 (Alta. C.A.), at p. 245; *Turgeon v. Walker*, [1996] B.C.J. No. 2316 (QL) (C.A.); *Dombovary v. Dombovary* (1997), 87 B.C.A.C. 318).

2. *La Cour d’appel a-t-elle erré en jugeant que «rien» ne justifiait le juge de première instance de conclure que l’intérêt des enfants était de continuer à ne pas avoir de contacts avec les intimés?*

a) Intervention d’un tribunal d’appel

L’appelant reproche à la Cour d’appel d’avoir substitué sa discrétion à celle du juge de première instance. Notre Cour s’est prononcée à plusieurs reprises sur la position privilégiée du juge de première instance pour décider du meilleur intérêt de l’enfant. Dans l’arrêt *Adams c. McLeod*, [1978] 2 R.C.S. 621, le juge Spence écrit (aux pp. 625 et 626):

Nos tribunaux ont été de nouveau unanimes à juger que la décision la plus autorisée à ce sujet est celle du juge de première instance qui entend la preuve et l’évalue . . . D’ailleurs, en matière de litiges sur la garde d’enfants, il faut redoubler de prudence. Ces questions sont si personnelles que le juge de première instance peut faire et fait beaucoup plus que se prononcer simplement sur la crédibilité. [Je souligne.]

Plus récemment, dans l’arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. C. (G.C.)*, [1988] 1 R.C.S. 1073, à la p. 1077, la Cour, sous la plume du juge L’Heureux-Dubé, décrit la fonction d’une juridiction d’appel en matière de droit de la famille comme suit:

. . . les décisions de première instance, particulièrement en matière de droit de la famille, ne devraient pas être modifiées à la légère par les cours d’appel sauf en cas d’erreur de principe, défaut d’examiner tous les facteurs pertinents, considération d’un facteur qui n’est pas pertinent ou absence de faits à l’appui du jugement . . . .

Les tribunaux d’appel font par conséquent preuve de retenue et ce, surtout lorsque le jugement de première instance est détaillé et minutieux (voir *T. (A.H.) c. P. (E.J.)* (1994), 4 R.F.L. (4th) 241 (C.A. Alb.), à la p. 245; *Turgeon v. Walker*, [1996] B.C.J. No. 2316 (QL) (C.A.); *Dombovary c. Dombovary* (1997), 87 B.C.A.C. 318).

(b) Relevant factors in respect of access

The decision to be made concerning access, like all decisions concerning the child, must be made in the child's best interests. Under s. 1, the determination of the best interests of the child takes into consideration:

- (a) the mental, emotional and physical health of the child and his need for appropriate care or treatment, or both;
- (b) the views and preferences of the child, where such views and preferences can be reasonably ascertained;
- (c) the effect upon the child of any disruption of the child's sense of continuity;
- (d) the love, affection and ties that exist between the child and each person to whom the child's custody is entrusted, each person to whom access to the child is granted and, where appropriate, each sibling of the child and, where appropriate, each grandparent of the child;
- (e) the merits of any plan proposed by the Minister under which he would be caring for the child, in comparison with the merits of the child returning to or remaining with his parents;
- (f) the need to provide a secure environment that would permit the child to become a useful and productive member of society through the achievement of his full potential according to his individual capacity; and
- (g) the child's cultural and religious heritage; [Emphasis added.]

An order for permanent guardianship is the result of a consideration of the best interests of the child. In considering whether visiting or access rights should be granted, the judge cannot ignore the fact that he or she has first found it necessary to remove the child from the parents' care completely and permanently, so that the child's welfare will not be jeopardized any further. The judge must therefore consider whether more limited contact might still be beneficial for the child.

My consideration of whether access should be granted is based on the following principles. First, there is no inconsistency in principle between a permanent guardianship order and an access order. Second, access is the exception and not the rule.

b) Critères pertinents concernant l'accès

La décision à prendre concernant l'accès doit, comme toutes celles qui concernent l'enfant, être prise dans son meilleur intérêt. En vertu de l'art. 1, la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant tient compte:

- a) de l'état de santé mentale, affective et physique de l'enfant et du besoin qu'il a de soins ou de traitements convenables, ou des deux;
- b) des vues et préférences de l'enfant lorsqu'il est raisonnablement possible de les connaître;
- c) de l'effet sur l'enfant de toute atteinte à la stabilité dont un enfant éprouve le besoin;
- d) de l'amour, de l'affection et des liens qui existent entre l'enfant et chaque personne à la garde de qui il a été confié, chaque personne qui a obtenu le droit de lui rendre visite et, le cas échéant, chaque frère ou sœur de l'enfant et, le cas échéant, chaque grand-parent de l'enfant;
- e) des avantages de tout projet de prise en charge de l'enfant par le Ministre comparés à l'avantage pour l'enfant de retourner ou de rester auprès de ses parents;
- f) du besoin pour l'enfant d'être en sécurité, dans un milieu qui lui permette de réaliser pleinement son potentiel, selon ses aptitudes personnelles et, ce faisant, de devenir membre utile et productif de la société; et
- g) du patrimoine culturel et religieux de l'enfant; [Je souligne.]

L'ordonnance de tutelle permanente est le résultat d'une étude du meilleur intérêt de l'enfant. Dans l'étude du bien-fondé d'un droit de visite ou d'accès, le juge ne peut ignorer le fait qu'il a d'abord jugé nécessaire de retirer complètement et de façon permanente l'enfant de la charge de ses parents et ce, pour que son bien-être cesse d'être compromis. Le juge doit donc se poser la question de savoir si un contact plus restreint serait néanmoins bénéfique pour l'enfant.

Mon étude sur l'opportunité d'un droit d'accès s'articule autour des principes suivants. Premièrement, il n'existe pas d'incompatibilité de principe entre l'octroi d'une ordonnance de tutelle permanente et d'une ordonnance d'accès. Deuxième-

37

38

39

Third, the principle of preserving family ties cannot come into play in respect of granting access unless it is in the best interests of the child to do so, having regard to all the other relevant factors. Fourth, an adoption, which is in the best interests of the child, must not be hampered by the existence of a right of access. Fifth, access should not be granted if its exercise would have negative effects on the physical or psychological health of the child.

(i) *No inconsistency in principle between guardianship and access*

<sup>40</sup> In *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165, at p. 207, L'Heureux-Dubé J. concluded:

In the present case, none of the exceptions set out in s. 59(2) is applicable and none has been proven. Permanent placement has been established with a family who wishes to adopt S.M.; S.M. is under twelve years of age; and further, she refuses to maintain contact with her mother. In the presence of such overwhelming evidence, the appellant has been unable to discharge her burden under the Act. Although there may be cases where temporary or transitional access could be beneficial to the child, in the present case the situation does not appear, realistically, to allow for such a solution. Consequently, the Act must apply. The strong evidence provided by Dr. Wilkes and Ms. De Sousa leaves little room for any order other than that of Crown wardship without access, in the best interests of S.M. [Emphasis added.]

Thus the Court has already considered the possibility, under Ontario legislation, of access coexisting with a permanent guardianship order.

<sup>41</sup> In *Re M.A.G.*, *supra*, at p. 451, in the Court of Appeal, the Minister urged that owing to the fact that a guardianship order is generally a prelude to adoption, and that potential adoptive parents may be discouraged by the existence of an access right, it would be illogical to grant access at the same

ment, l'accès constitue l'exception et non la règle. Troisièmement, le principe du maintien des liens familiaux ne pourra jouer au niveau de l'octroi d'un droit d'accès que si cela est dans le meilleur intérêt de l'enfant en tenant compte de tous les autres facteurs pertinents. Quatrièmement, l'adoption, qui est par ailleurs dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ne doit pas être entravée par l'existence d'un droit d'accès. Cinquièmement, un droit d'accès ne devrait pas être accordé si son exercice a des effets négatifs sur la santé physique ou psychologique de l'enfant.

(i) *Absence d'incompatibilité de principe entre la tutelle et l'accès*

Dans l'arrêt *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, à la p. 207, le juge L'Heureux-Dubé conclut:

En l'espèce, aucune des exceptions visées au par. 59(2) n'est applicable, et aucune n'a été prouvée. On a établi un placement permanent dans une famille qui désire adopter S.M.; celle-ci est âgée de moins de douze ans et, de plus, elle refuse de rester en contact avec sa mère. En présence d'une preuve aussi écrasante, l'appelante n'a pas été en mesure de s'acquitter de la charge que lui imposait la Loi. Il peut certes y avoir des cas où l'octroi d'un droit de visite temporaire ou provisoire pourrait être avantageux pour un enfant, mais cette solution ne paraît pas être réaliste en l'espèce. En conséquence, la Loi doit s'appliquer. Compte tenu de la preuve solide présentée par le D<sup>r</sup> Wilkes et M<sup>me</sup> De Sousa, la seule ordonnance qui puisse être rendue, dans l'intérêt véritable de S.M., est une ordonnance de tutelle par la Couronne, sans droit de visite. [Je souligne.]

La Cour a donc déjà envisagé, dans le cadre de la législation ontarienne, la coexistence d'un droit d'accès avec une ordonnance de tutelle permanente.

Dans l'affaire *Re M.A.G.*, précitée, à la p. 451, devant la Cour d'appel, le Ministre a soutenu avec vigueur qu'en raison du fait que l'ordonnance de tutelle est généralement le prélude à une adoption et que les parents adoptifs potentiels risquent d'être découragés par l'existence d'un droit de visite, il serait illogique d'accorder un droit de

time as a guardianship order. Hoyt J.A. felt, with good reason, that these concerns were exaggerated.

There is no inconsistency in principle between access and guardianship. For one thing, while it is true that permanent guardianship is generally a prelude to adoption, that is not always the case, as it may not be in the best interests of the child in question. For example, in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. Jackson* (1991), 121 N.B.R. (2d) 434 (Q.B.), it was held that it was in the best interests of the child, a 14-year-old girl, that she remain in her foster family in accordance with her wishes and in view of the abuse perpetrated by her mother's spouse, but that she could communicate with her mother. The wishes of the child, who was 13 years old, were also determinative in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. K. (B.)*, [1990] N.B.J. No. 1141 (QL) (Q.B.).

In addition, even where the Minister intends to try to find an adoptive family for a child under his guardianship, it may be in the best interests of the child to maintain contact with his or her natural family. Section 85(2) of the Act provides that the court may preserve a right of access even after adoption. For instance, it may be necessary to ensure a child's emotional stability by keeping him or her in the foster family, so that the child does not have to live with a parent who is unable to provide for his or her welfare but can nevertheless have the opportunity to maintain and cultivate an emotional tie with that parent (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) v. L.L.*, [1997] A.N.-B. n° 417 (QL) (Q.B.); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) v. L.L.* (1990), 109 N.B.R. (2d) 202 (Q.B.)).

(ii) *Access: the exception and not the rule*

A review of the case law and legislation of the other provinces shows that access is the exception and not the rule in the context of a permanent guardianship order. In Ontario and Nova Scotia, the legislation creates a presumption that any right of access is revoked, and sets out the exceptional

visite en même temps qu'une ordonnance de tutelle. Le juge Hoyt a estimé, avec raison, que ces inquiétudes étaient exagérées.

Il n'existe pas d'incompatibilité de principe entre l'accès et la tutelle. D'une part, s'il est exact que la tutelle permanente est généralement un pré-lude à l'adoption, cela n'est pas toujours le cas car l'adoption peut ne pas être dans le meilleur intérêt de l'enfant concerné. Par exemple, dans l'affaire *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. Jackson* (1991), 121 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 434 (B.R.), on a jugé qu'il était dans le meilleur intérêt de l'enfant, une jeune fille de 14 ans, qu'elle reste dans sa famille d'accueil suivant son désir et vu les abus perpétrés par le conjoint de sa mère, mais qu'elle puisse communiquer avec celle-ci. Les volontés de l'enfant, âgé de 13 ans, furent également déterminantes dans l'affaire *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. K. (B.)*, [1990] N.B.J. No. 1141 (QL) (B.R.).

D'autre part, même lorsque le Ministre a l'intention de rechercher une famille d'adoption pour un enfant sous sa tutelle, il peut être dans le meilleur intérêt de celui-ci de garder contact avec sa famille naturelle. Le paragraphe 85(2) de la Loi prévoit que la cour peut maintenir un droit de visite même après l'adoption. Ainsi, il peut être nécessaire d'assurer la stabilité émotive d'un enfant en le maintenant dans son foyer d'accueil, pour qu'il ne soit pas obligé de vivre avec un parent incapable d'assurer son bien-être mais qu'il puisse tout de même conserver et cultiver un lien affectif avec lui (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L.L.*, [1997] A.N.-B. n° 417 (QL) (B.R.); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L.L.* (1990), 109 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 202 (B.R.)).

(ii) *L'accès: l'exception et non la règle*

Il ressort de l'étude de la jurisprudence ainsi que de la législation des autres provinces que l'accès constitue l'exception et non la règle dans le contexte d'une ordonnance de tutelle permanente. En Ontario et en Nouvelle-Écosse, la loi crée une présomption de révocation du droit de visite et précise

42

43

44



circumstances in which an access order may be made.

*Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11

59. . . .

(2) Where a child is made a Crown ward under paragraph 3 of subsection 57 (1), the court shall not make an order for access by the person who had charge of the child immediately before intervention under this Part unless the court is satisfied that,

- (a) permanent placement in a family setting has not been planned or is not possible, and the person's access will not impair the child's future opportunities for such placement;
- (b) the child is at least twelve years of age and wishes to maintain contact with the person;
- (c) the child has been or will be placed with a person who does not wish to adopt the child; or
- (d) some other special circumstance justifies making an order for access.

*Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5

47 . . .

(2) Where an order for permanent care and custody is made, the court may make an order for access by a parent or guardian or other person, but the court shall not make such an order unless the court is satisfied that

- (a) permanent placement in a family setting has not been planned or is not possible and the person's access will not impair the child's future opportunities for such placement;
- (b) the child is at least twelve years of age and wishes to maintain contact with that person;
- (c) the child has been or will be placed with a person who does not wish to adopt the child; or
- (d) some other special circumstance justifies making an order for access.

The burden of proving the existence of one of these exceptional circumstances rests on the person claiming the access rights (*Nova Scotia (Minister of Community Services) v. S. (S.M.)* (1992), 41

les circonstances exceptionnelles dans lesquelles une ordonnance de visite peut être rendue.

*Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11

59 . . .

(2) Si l'enfant devient pupille de la Couronne aux termes de la disposition 3 du paragraphe 57 (1), le tribunal ne doit rendre l'ordonnance accordant un droit de visite à la personne responsable de l'enfant immédiatement avant l'intervention en vertu de la présente partie que dans l'une des circonstances suivantes:

- a) le placement permanent dans un milieu familial n'a pas été prévu ou n'est pas possible et le droit de visite de cette personne ne compromettra pas les possibilités futures de ce placement;
- b) l'enfant est âgé d'au moins douze ans et désire rester en rapport avec cette personne;
- c) l'enfant a été ou sera placé chez une personne qui ne désire pas l'adopter;
- d) une autre circonstance particulière justifie cette ordonnance.

*Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, ch. 5

[TRANSDUCTION] 47 . . .

(2) Lorsqu'une ordonnance de tutelle permanente est rendue, le tribunal peut, par ordonnance, accorder un droit de visite au père ou à la mère, au tuteur ou à une autre personne, s'il est convaincu de l'existence de l'une des circonstances suivantes:

- a) le placement permanent dans un milieu familial n'a pas été prévu ou n'est pas possible et le droit de visite ne compromettra pas les possibilités futures de ce placement;
- b) l'enfant est âgé d'au moins douze ans et désire rester en rapport avec cette personne;
- c) l'enfant a été ou sera placé chez une personne qui ne désire pas l'adopter; ou
- d) une autre circonstance particulière justifie cette ordonnance.

Le fardeau de prouver l'existence de l'une de ces circonstances exceptionnelles incombe à la personne réclamant le droit de visite (*Nova Scotia (Minister of Community Services) c. S. (S.M.)*

R.F.L. (2d) 321 (N.S.S.C.A.D.), at p. 335; *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. K.M.S.* (1995), 141 N.S.R. (2d) 288 (Fam. Ct.), at pp. 306-7).

In New Brunswick, the legislature has not chosen to create a presumption that access is revoked. In practice, and in accordance with the judgment of the Court of Appeal in *Re M.A.G.*, *supra*, at pp. 451-52: “It will only be in rare situations that access will be ordered and it may be that in these rare situations it is not appropriate for that child to be placed for adoption.” (Emphasis added.) This statement of the applicable law seems to me to be entirely accurate, and is consistent with what was said by Esson J.A. in *Superintendent of Family and Child Service v. D.S.* (1985), 46 R.F.L. (2d) 225 (B.C.C.A.).

(iii) *Preservation of family ties: a factor*

While a liberal interpretation of the Act is called for, to protect the integrity of the family and avert family breakdown (s. 2), the best interests of the child must remain the primary consideration.

The Ontario Act is regarded as one of the least interventionist, in that it emphasizes the importance of preserving the family unit. This Court has held, however, that preserving the family unit plays an important role only if it is in the best interests of the child (*Catholic Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, *supra*). This Court has also held on numerous occasions that pursuing and protecting the best interests of the child must take precedence over the wishes and interests of the parent (*King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3). In *Catholic Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, *supra*, at p. 191, L’Heureux-Dubé J. stated: “Thus, the value of maintaining a family unit intact is evaluated in contemplation of what is best for the child, rather than for the parent. In order to respect the wording as well as the spirit of

(1992), 41 R.F.L. (3d) 321 (C.S.N.-É., Div. app.), à la p. 335; *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. K.M.S.* (1995), 141 N.S.R. (2d) 288 (Trib. fam.), aux pp. 306 et 307).

Au Nouveau-Brunswick, le législateur n’a pas jugé bon de créer une présomption de révocation du droit de visite. En pratique, et conformément au jugement de la Cour d’appel dans l’affaire *Re M.A.G.*, précitée, aux pp. 451 et 452: [TRADUCTION] «Ce n’est que dans de rares situations que le droit de visite sera ordonné et il peut se faire que dans ces rares situations, il ne soit pas approprié de placer cet enfant en vue de l’adoption.» (Je souligne.) Cet énoncé du droit applicable me paraît tout à fait juste et rejoint celui du juge Esson dans l’affaire *Superintendent of Family and Child Service c. D.S.* (1985), 46 R.F.L. (2d) 225 (C.A.C.-B.).

(iii) *La préservation des liens familiaux: un facteur*

Il est vrai qu’une interprétation large de la Loi est requise afin de préserver l’intégrité de la famille et d’éviter sa rupture (art. 2). Toutefois, l’intérêt supérieur de l’enfant doit demeurer le point cardinal.

La loi ontarienne est considérée comme l’une des moins interventionnistes car elle met l’accent sur l’importance du maintien de la cellule familiale. Nous avons cependant jugé que le maintien de la cellule familiale occupe une place importante seulement s’il est dans l’intérêt véritable de l’enfant (*Catholic Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, précité). Nous avons également affirmé à plusieurs reprises que la poursuite et la protection de l’intérêt de l’enfant doivent avoir préséance sur les désirs et l’intérêt du parent (*King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3). Dans l’arrêt *Catholic Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, précité, à la p. 191, le juge L’Heureux-Dubé s’exprime ainsi: «En conséquence, la valeur que comporte le maintien de la cellule familiale est fonction de ce qui est le mieux pour l’enfant plutôt

45

46

47

the Act, it is crucial that this child-centred focus not be lost”.

48 I conclude that while preserving emotional ties is one of the elements of the definition of the best interests of the child (s. 1(d)), it will only operate in favour of granting access if access is in the best interests of the child, having regard to all the other factors.

49 Thus, if there is an emotional bond between the child and the parent, it should be preserved, as long as it is not contrary to the other interests of the child such as security or psychological health (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. B.D.* (1994), 145 N.B.R. (2d) 14 (Q.B.)). On the other hand, a child and a parent who are not attached to each other may not be granted access if the effect of doing so would be to disturb the child (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. S.G.* (1997), 193 N.B.R. (2d) 274 (Q.B.)). The child’s wishes, where the child is capable of expressing them, is an important consideration (ss. 6(1) and 45(3)(c) of the Act).

(iv) *Adoption as a priority*

50 If adoption is more important than access for the welfare of the child and would be jeopardized if a right of access were exercised, access should not be granted (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. R.N.* (1997), 194 N.B.R. (2d) 204 (Q.B.)). In other words, the courts must not allow the parents to “sabotage” an adoption that would be beneficial for the child (*Re S.G.N.*, [1994] A.J. No. 946 (QL) (Prov. Ct.)). In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. D. (K.)*, [1991] N.B.J. No. 222 (QL) (Q.B.), the child was severely disabled, both physically and mentally. In view of the evidence that the mother was interfering inappropriately in the foster family’s life and was thereby reducing the already slim chances of finding adoptive parents, Athey J. refused to grant access (see also: *Children’s Aid Society of the District of Thunder Bay v. T.T.*, [1992] O.J. No. 2975 (QL) (Prov.

que pour les parents. Si l’on veut se conformer au libellé et à l’esprit de la Loi, il est essentiel de se rappeler que l’accent est mis sur l’enfant».

Je conclus que, s’il est vrai que le maintien des liens affectifs constitue l’un des éléments de la définition de l’intérêt supérieur de l’enfant (al. 1d)), il ne jouera en faveur de l’octroi d’un droit d’accès que si celui-ci est dans le meilleur intérêt de l’enfant en tenant compte de tous les autres facteurs.

Ainsi, si un lien affectif existe entre l’enfant et son parent, il doit être préservé, tant qu’il n’est pas contraire à d’autres intérêts de l’enfant, tels sa sécurité ou sa santé psychologique (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. B.D.* (1994), 145 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 14 (B.R.)). Par contre, un enfant et un parent qui ne sont pas attachés l’un à l’autre pourront ne pas faire l’objet d’un droit d’accès si cela doit avoir pour effet de troubler l’enfant (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. S.G.* (1997), 193 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 274 (B.R.)). La volonté de l’enfant, lorsqu’il est en mesure de l’exprimer, est un facteur important (par. 6(1) et al. 45(3)c) de la Loi).

(iv) *Priorité à l’adoption*

Si l’adoption est plus importante que l’accès pour le bien-être de l’enfant et qu’elle serait mise en péril par l’exercice d’un droit de visite, celui-ci ne devrait pas être accordé (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. R.N.* (1997), 194 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 204 (B.R.)). Autrement dit, les tribunaux ne doivent pas laisser les parents [TRADUCTION] «saboter» une adoption bénéfique pour l’enfant (*Re S.G.N.*, [1994] A.J. No. 946 (QL) (C. prov.)). Dans l’affaire *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. D. (K.)*, [1991] N.B.J. No. 222 (QL) (B.R.), l’enfant était handicapée sévèrement, tant physiquement que mentalement. Devant la preuve que la mère intervenait intempestivement dans la vie de la famille d’accueil et diminuait par conséquent les chances déjà minces de trouver des parents adoptifs, le juge Athey a refusé d’accorder un droit de visite (voir aussi: *Children’s Aid*

Div.), and *Children's Aid Society of the Durham Region v. W. (C.)*, [1991] O.J. No. 552 (QL) (Gen. Div.)). Because of the urgent need to find the child an adoptive home, access was denied to the extent it was unduly delaying the adoption process (see: *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. D.L.C.* (1995), 138 N.S.R. (2d) 241 (C.A.)).

(v) *Interests and needs of the child to take priority*

The decision as to whether or not to grant access is a delicate exercise which requires that the judge weigh the various components of the best interests of the child. It is up to the judge to determine which of the child's interests and needs take priority (see *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. D.T.P.*, [1995] N.B.J. No. 576 (QL) (Q.B.), at para. 41). A child's emotional stability is of prime importance. If the child is unduly disturbed by access, it is generally not granted (see *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. K.E.B.* (1991), 117 N.B.R. (2d) 229 (Q.B.), at p. 239; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. P.P.* (1990), 117 N.B.R. (2d) 222 (Q.B.)).

The evidence as to how access has been exercised is particularly relevant, since it relates both to the attitude of the parent and to the effects of the visits on the child. Every parent must place his or her child's interests ahead of the parent's own. The parent's inability to do so, and the harm suffered by the child, are factors that may result in access being prohibited. This will be the case, for example, where the parent is violent, manipulative, unstable or unable to control his or her emotions. With regard to the effects of the visits on the child, signs such as sadness, anxiety, regression, the reappearance or exacerbation of behavioural problems, mood and nightmares may evidence harm. (See: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. R.P.S.*, [1993] N.B.J. No. 96 (QL) (Q.B.); *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. K.E.B.*, *supra*,

*Society of the District of Thunder Bay c. T.T.*, [1992] O.J. No. 2975 (QL) (Div. prov.), et *Children's Aid Society of the Durham Region v. W. (C.)*, [1991] O.J. No. 552 (QL) (Div. gén.)). En fonction de l'urgence pour l'enfant de trouver un foyer d'adoption, on a refusé l'accès dans la mesure où cela entraînait un retard indu du processus d'adoption (voir: *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. D.L.C.* (1995), 138 N.S.R. (2d) 241 (C.A.)).

(v) *Intérêts et besoins prioritaires de l'enfant*

La décision d'accorder ou non un droit d'accès est un exercice délicat qui exige du juge qu'il apprécie les divers éléments constitutifs de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il lui appartient de déterminer ses intérêts et besoins prioritaires (voir *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. D.T.P.*, [1995] N.B.J. No. 576 (QL) (B.R.), au par. 41). La stabilité émotionnelle d'un enfant est de première importance. Si l'enfant est indûment troublé par un droit de visite, celui-ci n'est généralement pas accordé (voir *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. K.E.B.* (1991), 117 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 229 (B.R.), à la p. 239; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. P.P.* (1990), 117 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 222 (B.R.)).

La preuve de la façon dont s'est exercé un droit de visite est très pertinente, à la fois quant à l'attitude du parent et quant aux effets des visites sur l'enfant. Tout parent doit faire passer l'intérêt de son enfant avant le sien. Son incapacité de le faire, jointe au préjudice subi par l'enfant, sont des indications pouvant mener à une interdiction d'accès. Tel sera le cas par exemple, lorsque le parent est violent, manipulateur, instable ou qu'il ne peut contrôler ses émotions. Quant aux effets des visites sur l'enfant, des signes tels que la tristesse, l'anxiété, la régression, le retour ou l'aggravation de problèmes de comportement ou de l'humeur, les cauchemars peuvent être révélateurs de préjudice. (Voir: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. R.P.S.*, [1993] N.B.J. No. 96 (QL) (B.R.); *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. K.E.B.*, précité,

51

52

at p. 235; *Director of Child Welfare (Alta.) v. A.C.* (1991), 121 A.R. 301 (Prov. Ct.). In short, the parents must be worthy of being “visitors in their child’s life”, in the words of Judge Cook-Stanhope in *Alberta (Director of Child Welfare) v. L.L.O.*, [1996] A.J. No. 660 (QL) (Prov. Ct.), at para. 94.

(c) Application to the facts of this case

53 The respondent M.L. relies on the judgment of the Court of Appeal and submits that it is in the best interests of the children that they maintain contact with their parents, for one or two hours a month, or however frequently the court might deem appropriate.

54 The first judgment of Boisvert J. dealt with the permanent guardianship order. In the second judgment, he allowed the Minister’s application for a prohibition on access for the reason already quoted: “In my view, this order is necessary and in the best interest of the children because the evidence, that I have before me, showed that the attempts by the respondents to contact the children are greatly disturbing to their sense of security and stability” (emphasis added).

55 I am of the view that Boisvert J. gave valid reasons for his decision to deny access. While he stated only one fundamental reason, and did not specify the precise behaviour on the part of the respondents that had disturbed the children, he returned to the evidence before him and his first judgment, rendered after a six-day trial, provides the necessary details.

56 The evidence shows serious misconduct by the parent in both minor and major matters. They have demonstrated their inability to put the girls’ interests before their own. For instance, they exposed the children to their marital disputes, and frequently involved the children in them. They called the eldest as often as five or six times a day. They did not abide by the visiting schedule and brought the children back earlier than agreed to because they did not feel able to keep them any longer. They violated the terms laid down for the visits by

à la p. 235; *Director of Child Welfare (Alta.) c. A.C.* (1991), 121 A.R. 301 (C. prov.). Bref, les parents doivent être dignes d’être des [TRADUCTION] «visiteurs dans la vie de leur enfant» selon la formule du juge Cook-Stanhope dans l’affaire *Alberta (Director of Child Welfare) c. L.L.O.*, [1996] A.J. No. 660 (QL) (C. prov.), au par. 94.

c) Application aux faits de l’espèce

L’intimée M.L. se prévaut du jugement de la Cour d’appel et allègue qu’il est dans l’intérêt supérieur des enfants qu’ils gardent contact avec leurs parents et ce, à raison d’une heure ou deux par mois, ou à toute autre fréquence que la cour pourrait juger appropriée.

Le premier jugement du juge Boisvert porte sur l’ordonnance de tutelle permanente. Par le second, il accueille la requête du Ministre pour l’obtention d’une interdiction d’accès pour le motif déjà cité: [TRADUCTION] «À mon avis, la présente ordonnance est nécessaire et elle est rendue dans l’intérêt supérieur des enfants parce que la preuve présentée devant moi établit que les tentatives des intimés pour entrer en contact avec les enfants perturbent grandement leur sécurité et leur stabilité» (je souligne).

Je suis d’avis que le juge Boisvert a valablement motivé sa décision de refuser l’accès. Il est vrai qu’il n’énonce qu’une raison de principe et qu’il ne fait pas état de comportements précis des intimés qui ont troublé les enfants. Toutefois, il fait référence à la preuve dont il a été saisi et son premier jugement, rendu après six jours de procès, fournit tous les détails nécessaires.

La preuve révèle, dans les petites et les grandes choses, de sérieuses défaillances de conduite chez les parents. Ils se sont montrés incapables de faire passer les intérêts des fillettes avant les leurs. Ainsi, ils ont exposé et impliqué fréquemment les enfants dans leurs disputes conjugales. Ils ont appelé l’aînée jusqu’à cinq ou six fois par jour. Ils n’ont pas respecté l’horaire des visites et ont ramené les enfants plus tôt que prévu car ils ne se sentaient pas capables de les garder plus longtemps. Ils ont violé les conditions fixées pour

trying to meet the children in public places on days other than those arranged. Although they were not entitled to write to the children, they hid a letter in one of the eldest's dolls, and this upset her greatly. After the respondents were prohibited from seeing their children, they refused to give them their toys.

The visits are difficult for M.L., who runs out of patience and energy after a few hours. On numerous occasions, she asked that the frequency and length of the visits be cut back. In September 1995, it was agreed that there would be three visits a week and that the children would sleep at their parents' home on Saturday evening. In early October 1995, the schedule provided for two three-hour visits a week. In December, the children were spending no more than an hour every two weeks with their parents. The visits took place in the offices of the Department of Health and Community Services, in the presence of a support worker. For M.L., they were an ordeal which she was unable to face up to. She was stressed and depressed.

R.L. is unstable and absent. He does not help M.L. He manipulated the eldest girl by asking her to lie to the social worker and used her to get in touch with his wife during one of their numerous separations. He is unable to control his emotions during visits and cries in front of the children. The children get upset and feel obliged to comfort him. On several occasions, they asked to go back to their foster family earlier than arranged. They are apprehensive about subsequent visits and prefer not to see their father rather than to see him cry.

At the trial in respect of the guardianship order, the Minister's plan was adoption. In her testimony, the foster mother expressed her own and her husband's desire to adopt the three sisters. She expressed her concern, however, that the natural parents would blame them and would interfere with their family life.

Boisvert J. examined the situation carefully. His refusal to authorize access is based on valid con-

les visites en cherchant à rencontrer les enfants dans des lieux publics en dehors des journées prévues. Alors qu'ils n'avaient pas le droit d'écrire aux enfants, ils ont caché une lettre dans l'une des poupées de l'aînée qui en a été bouleversée. Après s'être vus interdire de voir leurs enfants, les intimés ont refusé de leur donner leurs jouets.

Les visites sont difficiles pour M.L. qui perd patience et énergie au bout de quelques heures. À de nombreuses reprises, elle demande que la fréquence et la durée des visites soient réduites. Au mois de septembre 1995, il est convenu que trois visites par semaine auront lieu et que les enfants dormiront chez leurs parents le samedi soir. Au début du mois d'octobre 1995, l'horaire prévoit deux visites de trois heures chacune par semaine. En décembre, les enfants ne passent plus qu'une heure toutes les deux semaines avec leurs parents. Les visites ont lieu aux bureaux du ministère de la Santé et des Services communautaires en présence d'une travailleuse de soutien. Elles sont pour M.L. une épreuve qu'elle n'a pas la force d'assumer. Elle est stressée et déprimée.

R.L. est instable et absent. Il n'aide pas M.L. Il manipule l'aînée en lui demandant de mentir à la travailleuse sociale et en se servant d'elle pour entrer en contact avec sa femme lors de l'une de leurs nombreuses séparations. Il ne réussit pas à contrôler ses émotions lors des visites et pleure devant les enfants. Celles-ci sont bouleversées et se sentent obligées de le reconforter. Elles ont demandé à plusieurs reprises de rentrer plus tôt que prévu dans leur famille d'accueil. Elles anticipent avec appréhension les visites subséquentes et préférèrent ne pas voir leur père plutôt que de le voir pleurer.

Lors du procès sur l'ordonnance de tutelle, le plan du Ministre était l'adoption. Dans son témoignage, la mère d'accueil a manifesté sa volonté ainsi que celle de son mari d'adopter les trois sœurs. Elle a toutefois exprimé son inquiétude que les parents naturels les blâment et s'immiscent indûment dans leur vie familiale.

Le juge Boisvert a étudié soigneusement la situation. Son refus d'autoriser l'accès repose sur

57

58

59

60

siderations. No manifest error in his assessment of the facts has been established. For one thing, the evidence shows that most of the visits, even though brief, were disturbing and upsetting to the children. Maintaining the emotional tie with the parents was therefore not consistent with the girls' psychological stability. Moreover, the children's adoption could have been jeopardized by an access order.

<sup>61</sup> With all due deference, I am of the view that the Court of Appeal's intervention was not warranted.

#### VI. Conclusion

<sup>62</sup> Like the trial judge, the Court of Appeal had jurisdiction to make an access order in conjunction with an order for permanent guardianship.

<sup>63</sup> In the instant case, however, the Court of Appeal's decision must be set aside, because it erred in finding that there was "nothing" to justify the trial judge's decision to deny access. For these reasons, the permanent guardianship order dated March 20, 1997, as varied by the order prohibiting access of May 8, 1997, was upheld and the order of the Court of Appeal set aside.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: The Department of Justice, Fredericton, and the Crown Prosecutors Office, Bathurst.*

*Solicitors for the respondent M.L.: Byrne, Lenihan, Riordon, Bathurst.*

*Solicitor for the respondent R.L.: Peter J. C. White, Bathurst.*

*Solicitors for the intervener: Roux Frenette, Bathurst.*

des fondements valables. On n'a fait voir aucune erreur manifeste d'appréciation des faits. D'une part, la preuve démontre que la plupart des visites, par ailleurs très courtes, ont troublé et peiné les enfants. Le maintien du lien affectif avec les parents n'était donc pas compatible avec la stabilité psychologique des fillettes. D'autre part, l'adoption des enfants pouvait être mise en péril par une ordonnance d'accès.

En toute déférence, je suis d'avis que l'intervention de la Cour d'appel n'était pas justifiée.

#### IV. Conclusion

La Cour d'appel, comme le juge de première instance, était compétente pour greffer une ordonnance d'accès à une ordonnance de tutelle permanente.

En l'espèce, la décision de la Cour d'appel doit cependant être infirmée car celle-ci a erré en jugeant que «rien» ne justifiait la décision du juge de première instance de refuser l'accès. Pour ces raisons, l'ordonnance de tutelle permanente du 20 mars 1997, modifiée par l'ordonnance d'interdiction d'accès du 8 mai 1997, a donc été maintenue et l'ordonnance de la Cour d'appel a été annulée.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant: Le ministère de la Justice, Fredericton, et le Bureau des procureurs de la Couronne, Bathurst.*

*Procureurs de l'intimée M.L.: Byrne, Lenihan, Riordon, Bathurst.*

*Procureur de l'intimé R.L.: Peter J. C. White, Bathurst.*

*Procureurs de l'intervenante: Roux Frenette, Bathurst.*