

J.G. *Appellant*

v.

The Minister of Health and Community Services, the Law Society of New Brunswick, Legal Aid New Brunswick, the Attorney General for New Brunswick and the Minister of Justice *Respondents*

and

The Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Canadian Bar Association, the Charter Committee on Poverty Issues, the Women's Legal Education and Action Fund, the National Association of Women and the Law, the Disabled Women's Network Canada, the Watch Tower Bible and Tract Society of Canada *Interveners*

INDEXED AS: NEW BRUNSWICK (MINISTER OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES) v. G. (J.)

File No.: 26005.

1998: November 9; 1999: September 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Constitutional law — Charter of Rights — Security of person — Minister of Health and Community Services applying to extend order granting him custody of three children — Whether parent's right to security of person engaged in custody proceedings — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Legal Aid — Minister of Health and Community Services applying to extend order granting

J.G. *Appelante*

c.

Le ministre de la Santé et des Services communautaires, le Barreau du Nouveau-Brunswick, l'Aide juridique du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Nouveau-Brunswick et le ministre de la Justice *Intimés*

et

Le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, l'Association du Barreau canadien, le Comité de la Charte et des questions de pauvreté, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association nationale de la femme et du droit, le Réseau d'action des femmes handicapées et la Watch Tower Bible and Tract Society of Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES COMMUNAUTAIRES) c. G. (J.)

N° du greffe: 26005.

1998: 9 novembre; 1999: 10 septembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Sécurité de la personne — Demande présentée par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vue d'obtenir la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de trois enfants — Le droit du parent à la sécurité de sa personne entre-t-il en jeu dans une instance concernant la garde d'enfants? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Aide juridique — Demande présentée par le ministre de la Santé et des Services communa-

him custody of three children — Parent intending to challenge application to extend custody order but denied legal aid because custody applications not covered under legal aid guidelines — Whether failure to provide parent with legal aid in custody proceedings infringing principles of fundamental justice — If so, whether infringement justified — Appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(1).

Family law — Children in care — Ministerial application for extension of custody order — Legal Aid — Minister of Health and Community Services applying to extend order granting him custody of three children — Parent intending to challenge application to extend custody order but denied legal aid because custody applications not covered under legal aid guidelines — Whether parent has constitutional right to state-funded counsel in circumstances of case — Procedure to be followed when unrepresented parent in custody application seeks state-funded counsel — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Appeals — Mootness — Legal issues raised in case moot — Whether Supreme Court should exercise its discretion to decide case.

Practice — Constitutional questions — Reformulation — Constitutional questions slightly modified to reflect prospective rather than retrospective nature of case — No prejudice to parties or potential interveners.

The New Brunswick Minister of Health and Community Services was granted custody of the appellant's three children for a six-month period. He later sought an extension of the custody order for a further period of up to six months. At the initial appearance of the appellant, duty counsel appointed by the Minister of Justice to act on her behalf advised the court that the appellant intended to challenge the application and required a full hearing of the matter. The appellant, who was indigent and receiving social assistance at the time, applied for legal aid in order to retain a lawyer to represent her at the custody hearing. Her application was denied because, at the time, custody applications were not covered under the legal aid guidelines. The appellant then

taires en vue d'obtenir la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de trois enfants — Aide juridique refusée au parent désireux de contester la demande de prorogation de l'ordonnance de garde parce que les lignes de conduite de l'aide juridique ne couvraient pas les demandes de garde — L'omission de fournir de l'aide juridique au parent à l'instance concernant la garde a-t-elle porté atteinte aux principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, l'atteinte était-elle justifiée? — Réparation appropriée — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(1).

Droit de la famille — Enfants pris en charge — Demande du ministre visant à obtenir la prorogation d'une ordonnance de garde — Aide juridique — Demande présentée par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vue d'obtenir la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de trois enfants — Aide juridique refusée au parent désireux de contester la demande de prorogation de l'ordonnance de garde parce que les lignes de conduite de l'aide juridique ne couvraient pas les demandes de garde — Le parent a-t-il le droit constitutionnel d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État dans les circonstances de l'espèce? — Procédure à suivre lorsqu'un parent non représenté dans une demande de garde cherche à obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Appels — Caractère théorique — Questions juridiques soulevées dans une affaire devenue théorique — La Cour suprême doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour statuer sur l'affaire?

Pratique — Questions constitutionnelles — Reformulation — Questions constitutionnelles légèrement modifiées pour refléter la nature rétrospective plutôt que prospective de l'affaire — Absence de préjudice causé aux parties ou aux intervenants potentiels.

Le ministre de la Santé et des Services communautaires du Nouveau-Brunswick s'était fait confier la garde des trois enfants de l'appelante pour une période de six mois. Il a par la suite sollicité une prorogation de l'ordonnance de garde pour une période d'au plus six mois. Lors de la première comparution de l'appelante, l'avocat désigné par le ministre de la Justice pour la représenter a informé la cour que l'appelante avait l'intention de contester la demande et qu'elle demandait une audition complète de l'affaire. L'appelante, qui était sans ressources et touchait des prestations d'aide sociale à l'époque, s'est adressée au programme d'aide juridique de la province pour obtenir qu'un avocat la représente à l'audience relative à la garde. Sa demande a été

brought a motion for an order directing the Minister to provide her with sufficient funds to cover reasonable fees and disbursements of counsel for the purposes of preparing for and representing her in the custody proceedings or, in the alternative, that either Legal Aid New Brunswick or the provincial Attorney General provide her with counsel. She also sought a declaration that the rules and policies governing the distribution of Domestic Legal Aid violated s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The motions judge was unable to decide the issue prior to the date set for the custody application. The parties agreed that it would be in the best interests of the children to proceed with the application, and duty counsel for the appellant agreed to represent the appellant at the custody hearing *pro bono*. At the custody hearing, all the parties were represented by counsel, including the appellant. During a three-day period, the Minister called testimony and presented affidavit evidence from 15 witnesses, including expert psychological reports. The Minister was granted an extension of the custody order. Almost a year later, the appellant's motion to obtain state-funded counsel was dismissed. The motions judge concluded that the failure to provide the appellant with legal aid did not violate s. 7 of the *Charter*. The majority of the Court of Appeal affirmed the decision. This appeal is to determine whether indigent parents have a constitutional right to be provided with state-funded counsel when a government seeks a judicial order suspending such parents' custody of their children.

Held: The appeal should be allowed. The New Brunswick government was under a constitutional obligation to provide the appellant with state-funded counsel in the particular circumstances of this case.

Per Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Major and Binnie JJ.: While the legal issues that arise in this appeal are moot, the Court should exercise its discretion to decide the case. First, there was an appropriate adversarial context and the appeal was vigorously and fully argued on both sides by the parties and the interveners. Second, the question of whether a parent has a right to state-funded counsel at a custody hearing is of national importance and, although similar cases may arise in the future, they are by nature evasive of review. Lastly, the Court is not overstepping its institu-

rejetée, car à l'époque, les lignes de conduite de l'aide juridique ne couvraient pas les demandes de garde. L'appelante a alors demandé par requête une ordonnance enjoignant au ministre de lui accorder les fonds suffisants pour couvrir les honoraires et débours raisonnables d'un avocat pour la représenter dans l'instance concernant la garde, ou, subsidiairement, prescrivant que le programme d'aide juridique ou le procureur général du Nouveau-Brunswick lui fournisse un avocat. Elle a également demandé à la cour de déclarer que les règles et les lignes de conduite régissant le programme d'aide juridique en matière de droit de la famille violent l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge des requêtes n'était pas en mesure de statuer sur la question avant la date fixée pour l'audition de la demande de garde. Les parties ont convenu qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants que la demande soit entendue à la date initialement fixée, et l'avocat de service a consenti à représenter bénévolement l'appelante à l'audience relative à la garde. À l'audience, toutes les parties, y compris l'appelante, ont été représentées par des avocats. Pendant trois jours, le ministre a présenté, sous forme de dépositions orales ou d'affidavits, 15 témoignages, comprenant des rapports psychologiques. Le ministre a obtenu une prorogation de l'ordonnance de garde. Presque un an plus tard, la requête de l'appelante en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État a été rejetée. Le juge des requêtes a conclu que le défaut d'octroyer de l'aide juridique à l'appelante ne violait pas l'art. 7 de la *Charte*. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé la décision. Le présent pourvoi vise à déterminer si des parents sans ressources visés par une demande d'ordonnance judiciaire présentée par le gouvernement pour leur retirer la garde de leurs enfants ont le droit constitutionnel d'être représentés par un avocat rémunéré par l'État.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. Le gouvernement du Nouveau-Brunswick avait, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'obligation constitutionnelle de fournir à l'appelante des services d'avocats rémunérés par l'État.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Major et Binnie: Bien que les questions juridiques que soulève le présent pourvoi aient un caractère théorique, la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour statuer sur l'affaire. D'abord, il y a eu un débat contradictoire suffisant, et les deux parties ainsi que les intervenants ont débattu à fond et avec vigueur les questions soulevées. Ensuite, la question de savoir si le père ou la mère a droit aux services d'avocats rémunérés par l'État dans une instance relative à la garde d'enfants est d'une importance nationale et, bien que

tional role in deciding this appeal. While the issues are moot, they are not abstract. This case, however, must be approached as though a prospective breach of s. 7 of the *Charter* was at issue. The analysis must proceed on the assumption that the custody hearing had not yet taken place and that the appellant would not have been represented by counsel at the hearing. Given this approach, the constitutional questions, which are retrospective rather than prospective in nature, must be slightly modified. None of the parties are prejudiced by the reformulation of the questions, nor would any potential interveners have made a different decision about exercising their right to intervene.

The Minister's application to extend the original custody order threatened to restrict the appellant's right to security of the person guaranteed by s. 7 of the *Charter*. This right protects both the physical and psychological integrity of the individual and this protection extends beyond the criminal law and can be engaged in child protection proceedings. For a restriction of security of the person to be made out, the impugned state action must have a serious and profound effect on a person's psychological integrity. The effects of the state interference must be assessed objectively, with a view to their impact on the psychological integrity of a person of reasonable sensibility. This need not rise to the level of nervous shock or psychiatric illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety. State removal of a child from parental custody pursuant to the state's *parens patriae* jurisdiction constitutes a serious interference with the psychological integrity of the parent. Besides the obvious distress arising from the loss of companionship of the child, direct state interference with the parent-child relationship, through a procedure in which the relationship is subject to state inspection and review, is a gross intrusion into a private and intimate sphere. Further, the parent is often stigmatized as "unfit" when relieved of custody. As an individual's status as a parent is often fundamental to personal identity, the stigma and distress resulting from a loss of parental status is a particularly serious consequence of the state's conduct. A combination of stigmatization, loss of privacy, and

des affaires semblables puissent survenir à nouveau, elles échappent par nature à l'examen des tribunaux. Finalement, la Cour n'outrepasse pas son rôle institutionnel en entendant le présent pourvoi. Si les questions soulevées en l'espèce sont théoriques, elles ne sont pas abstraites. La présente espèce, cependant, doit être abordée comme si elle portait sur une violation éventuelle de l'art. 7 de la *Charte*. Il convient de procéder à l'analyse comme si l'audience relative à la garde n'avait pas encore eu lieu et en présumant que l'appelante n'y aurait pas été représentée par avocat. Vu cette façon d'aborder l'analyse, les questions constitutionnelles, qui sont de nature rétrospective plutôt que prospective, doivent être légèrement modifiées. La reformulation des questions ne cause de préjudice à aucune partie, et aucun intervenant potentiel n'aurait pris non plus de décision différente quant à l'exercice du droit d'intervention.

La demande du ministre visant la prorogation de l'ordonnance de garde initiale menaçait de restreindre le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne que garantit l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit protège à la fois l'intégrité physique et l'intégrité psychologique de la personne, et la protection qu'il accorde déborde le cadre du droit criminel et peut jouer dans les instances concernant la protection des enfants. Pour qu'une restriction de la sécurité de la personne soit établie, il faut que l'acte de l'État faisant l'objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne. On doit procéder à l'évaluation objective des répercussions de l'ingérence de l'État, en particulier de son incidence sur l'intégrité psychologique d'une personne ayant une sensibilité raisonnable. Il n'est pas nécessaire que l'ingérence de l'État ait entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais ses répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires. Le retrait de la garde d'un enfant par l'État conformément à la compétence *parens patriae* de celui-ci porte gravement atteinte à l'intégrité psychologique du parent. Outre l'affliction évidente causée par la perte de la compagnie de l'enfant, l'ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant, par le biais d'une procédure dans laquelle le lien est examiné et contrôlé par l'État, est une intrusion flagrante dans un domaine privé et intime. De plus, les parents sont souvent marqués comme étant «inaptes» quand on leur retire la garde de leurs enfants. Comme la qualité de parent est souvent fondamentale à l'identité personnelle, la honte et l'affliction résultant de la perte de cette qualité est une conséquence particulièrement grave de la conduite de l'État. La stigmatisation et l'atteinte à la vie privée combinées aux perturbations de la

disruption of family life are sufficient to constitute a restriction of security of the person.

This restriction would not have been in accordance with the principles of fundamental justice were the appellant unrepresented by counsel at the custody hearing. Section 7 guarantees every parent the right to a fair hearing when the state seeks to obtain custody of their children. For the hearing to be fair, the parent must have an opportunity to present his or her case effectively. Effective parental participation at the hearing is essential for determining the best interests of the child in circumstances where the parent seeks to maintain custody of the child. While a parent need not always be represented by counsel in order to ensure a fair custody hearing, in some circumstances, depending on the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the parent, the government may be required to provide an indigent parent with state-funded counsel. A consideration of these factors leads to the conclusion that, in the circumstances of this case, the appellant's right to a fair hearing required that she be represented by counsel. Without the benefit of counsel, the appellant would not have been able to participate effectively at the hearing, creating an unacceptable risk of error in determining the children's best interests and thereby threatening to violate both the appellant's and her children's s. 7 right to security of the person. Although all custody hearings engage serious interests, the seriousness varies according to the length of the proposed separation of parent from child and the length of any previous separation. Here, the state was seeking to extend a previous custody order by six months and the appellant had already been separated from her children for over a year. The custody hearing was sufficiently complex. Child custody proceedings are adversarial and the parties are responsible for planning and presenting their cases. While the rules of evidence are somewhat relaxed, difficult evidentiary issues are frequently raised. The parent must adduce evidence, cross-examine witnesses, make objections and present legal defences in the context of what is to many a foreign environment, and under significant emotional strain. In this case, all the other parties were represented by counsel. The hearing was scheduled to last three days, and counsel for the Minister planned to present 15 affidavits, including two expert reports. Finally, in proceedings as serious and complex as these, an unrepresented parent will ordinarily need to possess superior intelligence or education, communication skills, composure, and familiarity with the legal system in order to effectively present his or her case. There is no evidence here suggesting that the appellant possessed such

vie familiale suffisent pour constituer une restriction de la sécurité de la personne.

Cette restriction n'aurait pas été conforme aux principes de justice fondamentale si l'appelante n'avait pas été représentée par un avocat à l'audience relative à la garde. L'article 7 garantit aux parents le droit à une audience équitable lorsque l'État demande la garde de leurs enfants. Pour que l'audience soit équitable, il faut que le parent ait la possibilité de présenter efficacement sa cause. Lorsque le père ou la mère cherche à conserver la garde, la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant exige une participation parentale efficace à l'audience. Bien qu'il ne soit pas toujours nécessaire qu'un parent soit représenté par avocat pour garantir l'équité de l'audience relative à la garde, dans certaines circonstances, selon la gravité des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et les capacités du parent, il se peut que le gouvernement soit obligé de fournir à un parent sans ressources des services d'avocats rémunérés par l'État. L'examen de ces facteurs mène à la conclusion que, dans les circonstances de l'espèce, le droit de l'appelante à une audience équitable exigeait qu'elle soit représentée par un avocat. Sans avocat, l'appelante n'aurait pu participer efficacement à l'audience, ce qui aurait fait naître un risque inacceptable d'erreur dans la détermination de l'intérêt supérieur des enfants et, en conséquence, aurait menacé de violer le droit à la sécurité de la personne de l'appelante et de ses enfants que garantit l'art. 7. Bien que toutes les audiences en matière de garde d'enfants fassent entrer en jeu des intérêts importants, leur importance varie en fonction de la durée prévue de la séparation et de la durée de toute séparation antérieure. En l'espèce, l'État cherchait à prolonger de six mois la durée d'une ordonnance de garde et l'appelante avait déjà été séparée de ses enfants pendant plus d'un an. L'audience relative à la garde était suffisamment complexe. Les instances relatives à la garde d'enfants sont de nature contradictoire et les parties sont responsables de la préparation et de la présentation de leur cause. Bien que les règles de preuve soient quelque peu assouplies, des questions de preuve compliquées sont fréquemment formulées. Les parents, en proie à une tension émotionnelle considérable, doivent soumettre des éléments de preuve, contre-interroger des témoins, formuler des objections et présenter des moyens de défense prévus par la loi dans un contexte qui, la plupart du temps, leur est inconnu. Dans la présente affaire, toutes les autres parties étaient représentées par avocat. L'audience devait durer trois jours, et l'avocat du ministre projetait de présenter 15 affidavits, incluant deux rapports d'experts. Enfin, dans des instances aussi importantes et complexes, le parent non

capacities. The potential s. 7 violation in this case would have been the result of the failure of the New Brunswick government to provide the appellant with state-funded counsel under its Domestic Legal Aid program after initiating proceedings under Part IV of the *Family Services Act*.

Assuming without deciding that the policy of not providing state-funded counsel to respondents in custody applications was a limit prescribed by law, that the objective of this policy — controlling legal aid expenditures — is pressing and substantial, that the policy is rationally connected to that objective, and that it constitutes a minimal impairment of s. 7, the deleterious effects of the policy far outweigh the salutary effects of any potential budgetary savings. The proposed budgetary savings are minimal and the additional cost of providing state-funded counsel in these circumstances is insufficient to constitute a justification within the meaning of s. 1 of the *Charter*. Moreover, the government's obligation to provide legal aid to a parent who cannot afford a lawyer only arises in circumstances where the representation of the parent is essential to ensure a fair hearing where the parent's life, liberty, or security is at stake.

In circumstances where the absence of counsel for a parent would result in an unfair custody hearing, the appropriate remedy under s. 24(1) is an order that the government provide the parent with state-funded counsel.

In the future, when an unrepresented parent in a custody application wants a lawyer but is unable to afford one, the judge should first inquire as to whether the parent applied for legal aid or any other form of state-funded legal assistance. If the parent has not exhausted all possible avenues for obtaining state-funded legal assistance, the proceedings should be adjourned to give the parent a reasonable time to make the appropriate

représenté devra, en général, être très intelligent ou très instruit, posséder d'excellentes capacités de communication ainsi que beaucoup de sang-froid et bien connaître le système judiciaire pour pouvoir présenter efficacement sa cause. En l'espèce, aucun élément de preuve n'indique que l'appelante possédait de tels attributs. La contravention potentielle à l'art. 7, en l'espèce, aurait été attribuable à l'omission du gouvernement du Nouveau-Brunswick de fournir à l'appelante l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État en vertu du programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, après avoir entamé des procédures sous le régime de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*.

En supposant, sans toutefois statuer sur la question, que la ligne de conduite consistant à ne pas fournir des services d'avocats rémunérés par l'État aux intimés visés par des demandes de garde est une restriction prévue par une règle de droit, que son objectif — la réduction des dépenses afférentes à l'aide juridique — constitue une préoccupation urgente et réelle, que la ligne de conduite est rationnellement liée à l'objectif et qu'elle porte le moins possible atteinte au droit garanti par l'art. 7, les effets nocifs de la ligne de conduite excèdent de beaucoup les effets bénéfiques pouvant résulter d'éventuelles économies budgétaires. Les économies budgétaires projetées sont minimales et les coûts supplémentaires qui résulteraient de la prestation de services d'avocats rémunérés par l'État dans ces circonstances ne sont pas suffisants pour constituer une justification au sens de l'article premier de la *Charte*. En outre, le gouvernement n'est tenu d'octroyer de l'aide juridique au parent qui n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat que si la représentation par avocat est essentielle à l'équité de l'audience, lorsque le droit du parent à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne est en cause.

Lorsque l'absence d'un avocat pour le père ou la mère donnerait lieu à une audience inéquitable, la réparation qu'il convient d'accorder sous le régime du par. 24(1) est une ordonnance enjoignant au gouvernement de fournir au parent les services d'un avocat rémunéré par l'État.

Dorénavant, lorsqu'un parent non représenté dans une demande de garde souhaite être représenté par avocat mais n'en a pas les moyens, le juge doit d'abord vérifier si le parent a présenté une demande d'aide juridique ou a demandé une autre forme d'assistance juridique rémunérée par l'État. Si le parent n'a pas épuisé toutes les possibilités en vue d'obtenir une aide juridique rémunérée par l'État, l'instance doit être ajournée pour lui

applications, provided the best interests of the child are not compromised. The judge should next consider whether the parent can receive a fair hearing if unrepresented by considering the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the parent. The judge should also bear in mind his or her ability to assist the parent within the limits of the judicial role. If, after considering these criteria, the judge is not satisfied that the parent can receive a fair hearing and there is no other way to provide the parent with a lawyer, the judge should order the government to provide the parent with state-funded counsel under s. 24(1) of the *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: In addition to s. 7 issues, this case raises issues of gender equality because women, and especially single mothers, are disproportionately and particularly affected by child protection proceedings. In considering the s. 7 issues, it is thus important to ensure that the analysis takes into account the principles and purposes of the equality guarantee in promoting the equal benefit of the law and ensuring that the law responds to the needs of those disadvantaged individuals and groups whose protection is at the heart of s. 15 of the *Charter*. The principles of equality, guaranteed by both ss. 15 and 28, are a significant influence on interpreting the scope of protection offered by s. 7.

For the reasons given by the Chief Justice, the appellant's security of the person was implicated when the government instituted proceedings to extend the existing custody order. However, the proceedings also triggered the appellant's liberty interest. The result of the proceedings may be that the parent is deprived of the right to make decisions on behalf of children and guide their upbringing. Parental decision-making and other attributes of custody are protected under the liberty interest in s. 7 of the *Charter*.

The appellant can only be deprived of her security and liberty interests in accordance with the principles of fundamental justice. These principles require that a parent be able to participate in the hearing adequately and effectively, and it is the obligation of the trial judge to exercise his or her discretion in determining when a lack of counsel will interfere with the ability of the parent to present his or her case. In determining whether a parent will be able to participate effectively in the hear-

donner suffisamment de temps pour présenter les demandes appropriées, pourvu que l'intérêt supérieur de l'enfant n'en souffre pas. Le juge doit ensuite déterminer si le parent peut faire l'objet d'une audience équitable s'il n'est pas représenté, compte tenu des facteurs suivants: la gravité des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et les capacités du parent. Le juge doit également garder à l'esprit que, dans les limites de sa fonction juridictionnelle, il peut aider le parent. S'il estime, après l'examen de ces facteurs, que le parent n'aura pas une audience équitable et qu'il n'existe pas d'autres moyens de lui fournir un avocat, il doit ordonner au gouvernement, sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*, de fournir au parent un avocat rémunéré par l'État.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: En plus de questions relatives à l'art. 7, la présente affaire soulève des questions relatives à l'égalité des sexes, car les femmes, notamment les mères célibataires, sont touchées, de façon disproportionnée et particulière, par les procédures relatives à la protection des enfants. Lorsqu'on examine les questions relatives à l'art. 7, il est donc important de s'assurer que l'analyse tienne compte des principes et des objets de la garantie d'égalité en favorisant le bénéfice égal de la protection de la loi et en s'assurant que la loi réponde aux besoins des personnes et des groupes défavorisés que l'art. 15 de la *Charte* vise à protéger. Les principes d'égalité, garantis tant par l'art. 15 que par l'art. 28, influencent grandement l'interprétation de l'étendue de la protection offerte par l'art. 7.

Pour les motifs exposés par le Juge en chef, la sécurité de l'appelante a été mise en cause lorsque le gouvernement a institué des procédures visant la prolongation de l'ordonnance de garde existante. Cependant, les procédures font également entrer en jeu le droit à la liberté de l'appelante. L'instance peut entraîner la perte du droit du parent de prendre des décisions au nom des enfants et de guider leur éducation. Le processus de prise de décisions des parents ainsi que les autres attributs de la garde sont protégés au nom du droit à la liberté que garantit l'art. 7 de la *Charte*.

L'appelante ne peut être privée de son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Ces principes exigent qu'un parent soit capable de participer de façon adéquate et efficace à l'audience, et le juge de première instance est tenu d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour déterminer quand l'absence d'avocat empêche le parent de présenter sa cause. Lorsqu'il détermine si un parent est capable de participer de façon efficace à

ing, the trial judge must consider the seriousness of the interests, the complexity of the proceedings, and the characteristics of the parent affected. Child protection hearings will have varying degrees of seriousness. While the seriousness of the order requested will play a role in balancing the interests involved, the fact that the application is temporary or permanent should not have a significant effect on whether the parent will be granted a right to counsel since temporary applications are often part of a process that leads to permanent ones. In considering the seriousness factor, the trial judge must take into account the overall context and the serious effects of losing the ability to care for and guide the development of one's children. With respect to the complexity factor, the more complex the proceedings are, the more difficult it will be for the parent to participate effectively without assistance. The length of the proceedings, the type of evidence that is presented, the number of witnesses and the complexity and technicality of the proceedings must be important considerations in evaluating this factor. In considering the characteristics of the parent affected, courts must avoid including considerations in the test for state-funded counsel that may make it more difficult for the parent when presenting his or her case on the merits. The focus must be on the parent's education level, linguistic abilities, facility in communicating, age, and similar indicators. When the three factors are taken into account, it is likely that the situations in which state-funded counsel is required will not necessarily be rare. Here, the trial judge did not exercise her discretion properly. She was in error in not adequately considering the values of meaningful participation in the hearing affecting the rights of the child or the complexity of this case and the difficulty the appellant would face in presenting her case.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; **distinguished:** *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; **referred to:** *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*,

l'audience, le juge de première instance doit examiner l'importance des intérêts, la complexité des procédures et les caractéristiques du parent qui est touché. Les instances concernant la protection des enfants n'ont pas toutes le même degré de gravité. Bien que la sévérité de l'ordonnance demandée jouera un rôle lorsque les intérêts en jeu seront soupesés, le fait que la demande vise une ordonnance temporaire ou permanente ne doit pas avoir d'effet important sur la question de savoir si le droit à un avocat sera accordé au parent, vu que les demandes d'ordonnances temporaires font souvent partie d'un processus qui mène à des ordonnances permanentes. En examinant le facteur de la gravité, le juge de première instance doit tenir compte du contexte global et des effets lourds de conséquences, pour une personne, de la perte de la possibilité de prendre soin de ses propres enfants et de guider leur développement. En ce qui concerne le facteur de la complexité, plus les procédures sont complexes, plus il sera difficile pour le parent de participer à l'audience de façon efficace sans aide. La durée de l'instance, le genre de preuve présentée, le nombre de témoins ainsi que la complexité et le caractère technique des procédures doivent constituer des considérations importantes dans le cadre de l'évaluation de ce facteur. En examinant les caractéristiques du parent qui est touché, les tribunaux doivent éviter d'inclure dans le critère appliqué pour déterminer si le parent a droit à un avocat rémunéré par l'État des considérations susceptibles de rendre plus ardue pour le parent la tâche de présenter sa cause au fond. Il faut mettre l'accent sur le niveau d'instruction du parent, ses aptitudes linguistiques, sa facilité de communication, son âge ainsi que d'autres indicateurs du même genre. Si on tient compte des trois facteurs, il est probable que les cas où la présence d'un avocat rémunéré par l'État sera requise ne seront pas nécessairement rares. En l'espèce, le juge de première instance n'a pas correctement exercé son pouvoir discrétionnaire. Elle a commis une erreur en ne tenant pas suffisamment compte des valeurs relatives à la participation valable à l'audience touchant les droits de l'enfant ni de la complexité de la présente affaire et des problèmes que rencontrerait l'appelante dans la présentation de sa cause.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; **arrêts mentionnés:** *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Singh c.*

[1985] 1 S.C.R. 177; *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642; *Children's Aid Society of Ottawa-Carleton v. M.T.*, [1995] O.J. No. 3879 (QL); *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Hepton v. Maat* [1957] S.C.R. 606; *R. v. Robinson* (1989), 63 D.L.R. (4th) 289; *R. v. Rain* (1998), 130 C.C.C. (3d) 167; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745 (1982); *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2, 7, 10, 11(d), 15(1), 24(1), 28.
Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2 [am. 1983, c. 16, s. 1], ss. 1 "best interests of the child", 7(b), 53(2), Part IV.
Legal Aid Act, R.S.N.B. 1973, c. L-2, ss. 12(1) [am. 1979, c. 41, s. 73(2); am. 1983, c. 46, s. 6; am. 1987, c. 6, s. 51(10)], 12(14) [rep. & sub. 1983, c. 46, s. 6; am. 1987, c. 6, s. 51(10)], 24(1) [ad. 1993, c. 21, s. 20], Part II [ad. 1993, c. 21, s. 20].

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177; *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642; *Children's Aid Society of Ottawa-Carleton c. M.T.*, [1995] O.J. No. 3879 (QL); *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Renvoi relatif à l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606; *R. c. Robinson* (1989), 63 D.L.R. (4th) 289; *R. c. Rain* (1998), 130 C.C.C. (3d) 167; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Santosky c. Kramer*, 455 U.S. 745 (1982); *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2, 7, 10, 11(d), 15(1), 24(1), 28.
Loi sur l'aide juridique, L.R.N.-B. 1973, ch. L-2, art. 12(1) [mod. 1979, ch. 41, art. 73(2); mod. 1983, ch. 46, art. 6; mod. 1987, ch. 6, art. 51(10)], 12(14) [abr. & rempl. 1983, ch. 46, art. 6; mod. 1987, ch. 6, art. 51(10)], 24(1) [aj. 1993, ch. 21, art. 20], Partie II [aj. 1993, ch. 21, art. 20].
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», 7(b), 53(2), Partie IV.

Authors Cited

- Callahan, Marilyn. "Feminist Approaches: Women Recreate Child Welfare". In Brian Wharf, ed., *Rethinking Child Welfare in Canada*. Toronto: McClelland & Stewart, 1993, 172.
- Cossmann, Brenda, and Carol Rogerson. "Case Study in the Provision of Legal Aid: Family Law". In *Report of the Ontario Legal Aid Review: A Blueprint of Publicly Funded Legal Services*. Toronto: Ontario Legal Aid Review, 1997, 773.
- Hughes, Patricia. "New Brunswick's Domestic Legal Aid System: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. J.G.*" (1998), 16 *Windsor Y.B. Access Just.* 240.
- Thompson, D. A. Rollie. "Taking Children and Facts Seriously: Evidence Law in Child Protection Proceedings – Part I" (1988), 7 *Can. J. Fam. L.* 11.
- Thomson, George M. "Judging Judiciously in Child Protection Cases". In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983, 213.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1997), 187 N.B.R. (2d) 81, 478 A.P.R. 81, 145 D.L.R. (4th) 349, [1997] N.B.J. No. 138 (QL), dismissing the appellant's appeal from a judgment of Athey J. (1995), 171 N.B.R. (2d) 185, 437 A.P.R. 185, 131 D.L.R. (4th) 273, [1995] N.B.J. No. 560 (QL), dismissing the appellant's motion asserting a right to a state-funded legal counsel. Appeal allowed.

E. Thomas Christie, for the appellant.

Bruce Judah, Q.C., for the respondents the Minister of Health and Community Services, the Attorney General for New Brunswick and the Minister of Justice.

Gary A. Miller, for the respondents the Law Society of New Brunswick and Legal Aid New Brunswick.

Heather Leonoff, Q.C., for the intervener the Attorney General of Manitoba.

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

Doctrine citée

- Callahan, Marilyn. «Feminist Approaches: Women Recreate Child Welfare». In Brian Wharf, ed., *Rethinking Child Welfare in Canada*. Toronto: McClelland & Stewart, 1993, 172.
- Cossmann, Brenda, et Carol Rogerson. «Case Study in the Provision of Legal Aid: Family Law». Dans *Rapport de l'examen du Régime d'aide juridique de l'Ontario: Plan d'action pour des services juridiques publics subventionnés*. Toronto: Examen du Régime d'aide juridique de l'Ontario, 1997, 773.
- Hughes, Patricia. «New Brunswick's Domestic Legal Aid System: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. J.G.*» (1998), 16 *Windsor Y.B. Access Just.* 240.
- Thompson, D. A. Rollie. «Taking Children and Facts Seriously: Evidence Law in Child Protection Proceedings – Part I» (1988), 7 *Rev. can. d. fam.* 11.
- Thomson, George M. «Judging Judiciously in Child Protection Cases». In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983, 213.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1997), 187 R.N.-B. (2^e) 81, 478 A.P.R. 81, 145 D.L.R. (4th) 349, [1997] A.N.-B. n^o 138 (QL), rejetant l'appel formé par l'appelante contre une décision du juge Athey (1995), 171 R.N.-B. (2^e) 185, 437 A.P.R. 185, 131 D.L.R. (4th) 273, [1995] A.N.-B. n^o 560 (QL), qui a rejeté la requête de l'appelante revendiquant le droit à des services d'avocats rémunérés par l'État. Pourvoi accueilli.

E. Thomas Christie, pour l'appelante.

Bruce Judah, c.r., pour les intimés le ministre de la Santé et des Services communautaires, le procureur général du Nouveau-Brunswick et le ministre de la Justice.

Gary A. Miller, pour les intimés le Barreau du Nouveau-Brunswick et l'Aide juridique du Nouveau-Brunswick.

Heather Leonoff, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

Roderick Wiltshire, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Barry L. Gorlick, Q.C., and *Greg Delbigio*, for the intervener the Canadian Bar Association.

Arne Peltz and *Martha Jackman*, for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues.

Carole Curtis and *Anne Dugas-Horsman*, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund, the National Association of Women and the Law, and the Disabled Women's Network Canada.

W. Glenn How, Q.C., and *André Carbonneau*, for the intervener the Watch Tower Bible and Tract Society of Canada.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Major and Binnie JJ. was delivered by

Roderick Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Barry L. Gorlick, c.r., et *Greg Delbigio*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Arne Peltz et *Martha Jackman*, pour l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté.

Carole Curtis et *Anne Dugas-Horsman*, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association nationale de la femme et du droit et le Réseau d'action des femmes handicapées.

W. Glenn How, c.r., et *André Carbonneau*, pour l'intervenante la Watch Tower Bible and Tract Society of Canada.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Cory, McLachlin, Major et Binnie rendu par

¹ THE CHIEF JUSTICE — This case raises for the first time the issue of whether indigent parents have a constitutional right to be provided with state-funded counsel when a government seeks a judicial order suspending such parents' custody of their children. It comes before the Court as a result of Legal Aid New Brunswick's decision not to provide legal aid to the appellant after the Minister of Health and Community Services of New Brunswick sought to extend an order granting the Minister custody of the appellant's three children for an additional six months. The decision not to provide the appellant with legal aid was made pursuant to a policy in force at the time of her application which stipulated that no legal aid certificates would be issued to respondents in custody applications made by the Minister of Health and Community Services.

² I have concluded that the Government of New Brunswick was under a constitutional obligation to provide the appellant with state-funded counsel in the particular circumstances of this case. When government action triggers a hearing in which the

LE JUGE EN CHEF — La présente affaire soulève pour la première fois la question de savoir si des parents sans ressources visés par une demande d'ordonnance judiciaire présentée par le gouvernement pour leur retirer la garde de leur enfant ont le droit constitutionnel d'être représentés par un avocat rémunéré par l'État. Notre Cour en est saisie par suite de la décision du programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick de ne pas accorder d'aide à l'appelante en rapport avec une demande visant à prolonger de six mois la durée de l'ordonnance conférant la garde de ses trois enfants au ministre de la Santé et des Services communautaires. Cette décision a été prise en application d'une ligne de conduite en vigueur au moment où l'appelante a présenté sa demande d'aide, selon laquelle aucun certificat d'aide juridique n'était délivré aux intimés visés par des demandes de garde soumises par le ministre.

Dans les circonstances particulières de l'espèce, je conclus que le gouvernement du Nouveau-Brunswick avait l'obligation constitutionnelle de fournir à l'appelante des services d'avocats rémunérés par l'État. Lorsque le gouvernement est à

interests protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are engaged, it is under an obligation to do whatever is required to ensure that the hearing be fair. In some circumstances, depending on the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the parent, the government may be required to provide an indigent parent with state-funded counsel. Where the government fails to discharge its constitutional obligation, a judge has the power to order the government to provide a parent with state-funded counsel under s. 24(1) of the *Charter* through whatever means the government wishes, be it through the Attorney General's budget, the consolidated funds of the province, or the budget of the legal aid system, if one is in place.

I. Factual Background

The appellant's three young children were placed in the care of the Minister of Health and Community Services of New Brunswick on November 12, 1993. On April 28, 1994 the Minister obtained an order under Part IV of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, granting him custody of the children for a period of up to six months. The appellant was not represented by counsel at the hearing, although she did have the assistance of a friend who did not have any legal training.

By notice of application served on the appellant on October 24, 1994, the Minister sought an extension of the order for a further period of up to six months. On October 27, 1994, at the initial appearance of the appellant, duty counsel appointed by the Minister of Justice to act on her behalf advised the court that the appellant intended to challenge the temporary custody application and therefore required a full hearing of the matter.

The appellant, who was indigent and receiving social assistance at the time, applied to Legal Aid New Brunswick for legal aid on November 1, 1994 and was advised the next day that her application was denied on the grounds that the proceeding

l'origine d'une audience visant les intérêts protégés par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il a l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'équité de l'audience. Dans certaines circonstances, selon la gravité des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et les capacités du parent, il se peut que le gouvernement soit obligé de fournir à un parent sans ressources des services d'avocats rémunérés par l'État. Lorsqu'il ne s'acquitte pas de son obligation constitutionnelle, le juge a, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, le pouvoir d'ordonner au gouvernement de fournir au parent des services d'avocats rémunérés par l'État, de la façon que ce dernier déterminera, que ce soit sur le budget du procureur général, sur le Trésor de la province ou sur le budget du régime d'aide juridique si un tel régime existe.

I. Les faits

Le 12 novembre 1993, les trois jeunes enfants de l'appelante ont été confiés au ministre de la Santé et des Services communautaires. Le 28 avril 1994, le ministre a obtenu une ordonnance rendue sous le régime de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, lui accordant la garde des enfants pour une période maximale de six mois. L'appelante n'était pas représentée par avocat à l'audience; elle était assistée d'un ami qui n'avait aucune formation juridique.

Par avis de requête signifié à l'appelante le 24 octobre 1994, le ministre a sollicité une prorogation de l'ordonnance pour une période d'au plus six mois. Le 27 octobre 1994, lors de la première comparution de l'appelante, l'avocat désigné par le ministre de la Justice pour la représenter a informé la cour que l'appelante avait l'intention de contester la demande de garde temporaire et qu'elle demandait par conséquent une audition complète de l'affaire.

L'appelante, qui était sans ressources et touchait des prestations d'aide sociale à l'époque, s'est adressée au programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick le 1^{er} novembre 1994. L'organisme l'a informée le lendemain que sa

3

4

5

involved a custody application, as opposed to a guardianship application by the Minister. At that time, custody applications were not covered under the legal aid guidelines; legal aid certificates were available only for guardianship applications.

6 On November 2, 1994, the appellant brought a motion for an order directing the Minister to provide her with sufficient funds to cover reasonable fees and disbursements of counsel for the purposes of preparing for and representing her in the custody proceedings or in the alternative, that either Legal Aid New Brunswick or the Attorney General for New Brunswick provide her with counsel. She also sought a declaration that the rules and policies governing the distribution of Domestic Legal Aid, as they differentiated between applications for guardianship and applications for custody orders (or their extension), were contrary to s. 15(1) of the *Charter*. Subsequently, the motion was amended to include relief for a violation of s. 7 of the *Charter*.

7 November 3, 1994 was set aside to hear the motion. At the request of the Attorney General, an adjournment was granted until December 12, 1994. The motions judge, Athey J., also requested that the parties present their arguments by way of written brief.

8 In the week preceding the new hearing date, Athey J. advised counsel that she would be unable to determine the issue of the right to paid counsel prior to the date set for the custody application. It was agreed by counsel that the best interests of the children would be served by proceeding with the custody hearing on the originally scheduled date. Mr. Christie, who had been appointed duty counsel for the appellant and relieved of his role on November 8, 1994, agreed to represent the appellant at the custody hearing *pro bono*, in accordance with the highest standards of the profession. The parties also agreed that the motion would not be considered moot by virtue of Mr. Christie's representation of the appellant at the hearing.

demande d'aide juridique était rejetée parce qu'elle se rapportait à une demande de garde et non à une demande de tutelle présentée par le ministre. Les lignes de conduite de l'aide juridique ne couvraient pas, alors, les demandes de garde. Les certificats d'aide juridique n'étaient délivrés que pour des demandes de tutelle.

Le 2 novembre 1994, l'appelante a demandé par requête une ordonnance enjoignant au ministre de lui accorder les fonds suffisants pour couvrir les honoraires et débours raisonnables d'un avocat pour la représenter dans l'instance concernant la garde, ou, subsidiairement, prescrivant que le programme d'aide juridique ou le procureur général du Nouveau-Brunswick lui fournisse un avocat. Elle a également demandé à la Cour de déclarer que les règles et les lignes de conduite régissant le programme d'aide juridique en matière de droit de la famille sont contraires au par. 15(1) de la *Charte*, en tant qu'elles établissent une distinction entre les demandes de tutelle et les demandes de garde (ou leur prorogation). Par la suite, la requête a été modifiée pour inclure une demande de réparation pour violation de l'art. 7 de la *Charte*.

L'audition de la requête a été fixée au 3 novembre 1994, mais la Cour a accordé une remise au 12 décembre 1994 à la demande du procureur général. Le juge Athey, juge des requêtes, a également demandé que les parties présentent leur argumentation par écrit.

Dans la semaine qui a précédé la nouvelle date d'audience, le juge Athey a informé les avocats qu'elle ne serait pas en mesure de statuer, avant la date fixée pour l'audition de la demande de garde, sur la question du droit à un avocat payé sur les deniers publics. Les avocats ont convenu qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants que la demande soit entendue à la date initialement fixée. L'avocat de service, M^e Christie, qui avait été relevé de son mandat le 8 novembre 1994, a consenti à représenter bénévolement l'appelante à l'audience relative à la garde, selon les normes les plus élevées de la profession. Les parties ont également convenu que le fait que M^e Christie représente l'appelante à l'audience ne rendrait pas théorique la requête de cette dernière.

The custody hearing was held December 19, 20 and 21, 1994. Athey J. granted an extension of the custody order on January 3, 1995. At the hearing, the Minister of Health and Community Services called testimony and presented affidavit evidence from 15 witnesses, including expert psychological reports. The Minister of Justice provided counsel for the Minister of Health and Community Services and, at the request of the court pursuant to s. 7(b) of the *Family Services Act*, the Attorney General provided counsel for the appellant's children. Mr. Danny Vezina, the father of one of the children, hired counsel to represent him.

In June of 1995, the children were returned to the care of the appellant. On December 15, 1995, over a year after the appellant's motion was brought, it was dismissed by Athey J. The appellant was granted leave to appeal. Her appeal was dismissed by the New Brunswick Court of Appeal on March 14, 1997.

II. The Legislative Scheme

The relevant sections of the *Family Services Act* are as follows:

1. . . .

“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;
- (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;

L'audience en matière de garde s'est tenue les 19, 20 et 21 décembre 1994, et le juge Athey a accordé la prorogation le 3 janvier 1995. À l'audience, le ministre de la Santé et des Services communautaires a présenté, sous forme de dépositions orales ou d'affidavits, 15 témoignages, comprenant des rapports psychologiques. Le ministre de la Justice a fourni des services d'avocat au ministre de la Santé et des Services communautaires et, à la requête de la cour en vertu de l'al. 7b) de la *Loi sur les services à la famille*, le procureur général a fourni un avocat aux enfants de l'appelante. Le père de l'un des enfants, M. Danny Vezina, a retenu les services d'un avocat pour le représenter.

Au mois de juin 1995, les enfants ont été remis à l'appelante. Le 15 décembre 1995, plus d'un an après le dépôt de la requête de l'appelante, le juge Athey l'a rejetée. L'appelante a été autorisée à interjeter appel. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté son appel le 14 mars 1997.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les services à la famille* sont les suivantes:

1. . . .

«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;
- 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;

9

10

11

(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;

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;

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.

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.

12

The relevant sections of the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2, are as follows:

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-2, sont les suivantes:

12(1) Subject to the directions of the Provincial Director and policies established by the Law Society, an area director may issue legal aid certificates authorizing legal aid for proceedings and matters preliminary to anticipated proceedings

12(1) Sous réserve des directives du directeur provincial et des lignes de conduite établies par le Barreau, un directeur régional peut délivrer un certificat d'aide juridique permettant que le bénéfice de l'aide juridique soit accordé pour des procédures et des questions préalables qu'il est question d'intenter

(a) in respect of an offence under an Act of the Parliament of Canada or in respect of the *Extradition Act*, chapter E-21 of the Revised Statutes of Canada, 1970 or the *Fugitive Offenders Act* chapter F-32 of the Revised Statutes of Canada, 1970,

a) relativement à une infraction prévue par une loi du Parlement du Canada, ou relativement à la *Loi sur l'extradition*, chapitre E-21 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou à la *Loi sur les criminels fugitifs*, chapitre F-32 des Statuts révisés du Canada de 1970,

(b) in respect of an offence under an Act of the Legislature,

b) relativement à une infraction prévue par une loi de la Législature,

(c) before an administrative tribunal established by an Act of the Legislature or of the Parliament of Canada,

c) devant un tribunal administratif institué par une loi de la Législature ou du Parlement du Canada,

(d) in bankruptcy,

d) en cas de faillite,

(e) under the *Divorce Act*, chapter D-8 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or the *Divorce Act, 1985*, chapter 4 of the Statutes of Canada, 1986,

e) en application de la *Loi sur le divorce*, chapitre D-8 des Statuts révisés du Canada de 1970 ou de la *Loi de 1985 sur le divorce*, chapitre 4 des Statuts du Canada de 1986,

(f) other than those covered in paragraphs (a) to (e), in The Court of Queen's Bench of New Brunswick, the Court of Divorce and Matrimonial Causes, the Provincial Court, The Probate Court of New Brunswick, the Supreme Court of Canada or the Federal Court of Canada, and

f) autres que celles visées aux alinéas a) à e), devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, la Cour des divorces et des causes matrimoniales, la Cour provinciale, la Cour des successions du Nouveau-Brunswick, la Cour suprême du Canada ou la Cour fédérale du Canada, et

(g) of an appellate nature in respect of matters and proceedings described in such of paragraphs (a) to (f) as are in force.

g) en cas d'appel concernant les questions et procédures décrites aux alinéas a) à f) qui sont en vigueur.

12(14) Where the Law Society is of the opinion that the Legal Aid Fund is in danger of being depleted, it may, with the approval of the Minister, issue directions to the Provincial Director limiting the providing of legal aid in matters included in paragraphs (1)(c) to (g) and subsection (2).

24(1) Notwithstanding any other provision of this Act or the regulations, the Minister may establish and administer a program to provide legal aid for persons for proceedings and matters preliminary to anticipated proceedings

(a) under the *Divorce Act*, (Canada),

(b) other than those covered in paragraphs 12(1)(a) to 12(1)(e), in The Court of Queen's Bench of New Brunswick, the Court of Divorce and Matrimonial Causes, the Supreme Court of Canada or the Federal Court of Canada, and

(c) of an appellate nature in respect of matters and proceedings described in paragraphs (a) and (b).

The relevant sections of the *Charter* are as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

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

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

To better understand both the factual context and the issues raised in this appeal, it may prove helpful to briefly review the Domestic Legal Aid program in New Brunswick. The statutory scheme and development of domestic legal aid in New Brunswick was ably described by both Athey J. in her reasons and by the parties, and I borrow from their accounts in what follows.

12(14) Lorsque le Barreau est d'avis que le Fonds d'aide juridique risque de s'épuiser, il peut, avec l'approbation du Ministre, émettre des directives au directeur provincial en vue de limiter la fourniture d'aide juridique à l'égard des questions prévues aux alinéas (1)c) à g) et au paragraphe (2).

24(1) Nonobstant toute autre disposition de la présente loi ou des règlements, le Ministre peut mettre sur pied et administrer un programme pour dispenser de l'aide juridique à des personnes pour les procédures et les questions préalables à des procédures qu'il est question d'intenter

a) en vertu de la *Loi sur le divorce*, (Canada),

b) autres que celles qui sont visées aux alinéas 12(1)a) à 12(1)e), devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, la Cour des divorces et des causes matrimoniales, la Cour suprême du Canada ou la Cour fédérale du Canada, et

c) en cas d'appel concernant les questions et procédures décrites aux alinéas a) et b).

Les dispositions pertinentes de la *Charte* sont les suivantes:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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

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

Afin de mieux comprendre aussi bien les faits du présent pourvoi que les questions qu'il soulève, il est utile de décrire brièvement le programme d'aide juridique en matière de droit de la famille au Nouveau-Brunswick. Le juge Athey, dans ses motifs, et les parties ont bien décrit l'encadrement législatif de ce programme ainsi que son évolution. J'ai puisé dans leur texte pour ce qui suit.

13

14

A. *The Statutory Scheme*

15 Under the *Legal Aid Act*, the Law Society is authorized to establish a plan known as Legal Aid New Brunswick, funded by both the government and the Law Foundation of New Brunswick. This plan is administered by the Law Society through the Provincial Director, who is appointed by the Law Society and is subject to its directions in all matters of policy and administration. The Law Society is responsible for establishing policies and regulations governing the administration of the plan. The Provincial Director in turn administers the plan in accordance with the regulations and policies established by the Law Society and directs the Area Directors concerning the performance of their duties.

16 Section 12(1) of the *Legal Aid Act* sets out the various judicial and administrative proceedings, both civil and criminal, which are eligible to receive legal aid certificates issued under the Act, subject to policies established by the Law Society and the directions of the Provincial Director. Pursuant to s. 12(14), where the Law Society is of the opinion that the Legal Aid Fund is in danger of being depleted, it may, with the approval of the Minister of Justice, issue directions to the Provincial Director limiting the provision of legal aid in certain matters. Among the matters in respect of which the Law Society is authorized to limit the provision of services are custody applications.

17 In 1993, the *Legal Aid Act* was amended to allow the Minister of Justice to establish and administer a program to provide domestic legal aid through the addition of Part II of the Act. Prior to that time, the Law Society and Legal Aid New Brunswick had exclusive jurisdiction over the provision of domestic legal aid and provided a limited service pursuant to the authority conferred by s. 12. Under s. 24(1) the Minister of Justice was granted the authority to establish a legal aid program notwithstanding any other provision of the Act or regulations, although the scope of this program is limited to civil matters. The result is a situation in which there is concurrent jurisdiction under the *Legal Aid Act* over the provision of domestic legal aid. As a matter of practice,

A. *Le régime législatif*

La *Loi sur l'aide juridique* autorise le Barreau à établir un programme appelé Aide juridique du Nouveau-Brunswick, financé à la fois par le gouvernement et par la Fondation pour l'avancement du droit au Nouveau-Brunswick. Le Barreau administre le programme par l'intermédiaire du directeur provincial qui est nommé par le Barreau et soumis à ses directives pour ce qui concerne les lignes de conduite et l'administration. Le Barreau établit les règlements et les lignes de conduite régissant l'administration du programme. Le directeur provincial, quant à lui, administre le programme conformément à ces règles et donne des directives aux directeurs régionaux concernant l'exercice de leurs fonctions.

Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur l'aide juridique* énumère les diverses instances judiciaires et administratives, civiles et criminelles, pour lesquelles des certificats d'aide juridique peuvent être délivrés en vertu de la Loi, sous réserve des lignes de conduite établies par le Barreau et des directives du directeur provincial. Aux termes du par. 12(14), lorsque le Barreau est d'avis que le Fonds d'aide juridique risque de s'épuiser, il est autorisé, avec l'approbation du ministre, à formuler des directives à l'intention du directeur provincial en vue de limiter la fourniture d'aide juridique à l'égard de certaines questions, parmi lesquelles figurent les demandes de garde.

En 1993, la *Loi sur l'aide juridique* a été modifiée, par l'ajout de la partie II, de façon à permettre au ministre de la Justice d'établir et d'administrer un programme d'aide juridique en matière de droit de la famille. Auparavant, le Barreau et le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick exerçaient une compétence exclusive quant à l'aide juridique en cette matière, et appliquaient des restrictions en vertu du pouvoir conféré à l'art. 12. Le paragraphe 24(1) a conféré au ministre de la Justice le pouvoir d'établir un programme d'aide juridique, nonobstant toute autre disposition de la Loi ou des règlements; le programme est toutefois limité à des affaires civiles. Il en résulte une compétence concurrente en vertu de la *Loi sur l'aide juridique* sur la fourniture de services d'aide

however, domestic legal aid is provided almost exclusively by the Minister of Justice. One notable exception is guardianship applications, which are only covered by Legal Aid New Brunswick. Unlike Legal Aid New Brunswick, which uses a certificate system, the Minister of Justice operates a “staff model” of delivery whereby the Minister directly employs or enters into contracts with persons for the provision of legal aid.

B. The Development of the Domestic Legal Aid Program

In June 1988, the New Brunswick Law Foundation provided a grant to the Law Society to implement a domestic legal aid scheme and offer limited duty counsel service in Family Court. Certificates were only to be issued to applicants in cases where there were allegations against the applicant’s spouse of spousal abuse, sexual abuse of the applicant’s children, or “snatching” of children from the custodial parent. No certificates were to be issued to respondents to defend such allegations.

In December 1988, the Law Foundation agreed with the Law Society’s request to expand the program to include parents subject to guardianship applications, but not custody applications by the Minister of Health and Community Services. In April 1989, the program was further expanded when the province of New Brunswick agreed to match the Law Foundation grant and double the budget of the Domestic Legal Aid program to \$500,000.

Budgetary restraints necessitated a reduction in Domestic Legal Aid services in December 1991. On December 9, 1991, the Council of the Law Society, after having been made aware of the financial state of the program, decided that as of December 16, 1991 and until further notice certificates would only be issued for family violence and guardianship applications. In adopting this policy,

juridique en matière de droit de la famille. En pratique, toutefois, c’est presque exclusivement le ministre de la Justice qui fournit ces services, à l’importante exception près des demandes de tutelle qui sont uniquement visées par le programme d’aide juridique du Nouveau-Brunswick. À l’opposé de ce dernier programme, qui délivre des certificats, le ministre de la Justice procède en fournissant les services, c’est-à-dire qu’il emploie directement ou engage des avocats sur une base contractuelle pour fournir l’aide juridique.

B. L’établissement du programme d’aide juridique en matière de droit de la famille

En juin 1988, la Fondation pour l’avancement du droit au Nouveau-Brunswick a accordé au Barreau une subvention pour mettre en œuvre un régime d’aide juridique en matière de droit de la famille et un service limité d’avocats de service plaçant devant la Division de la famille. Seuls les demandeurs qui alléguaient la violence conjugale du conjoint, l’agression sexuelle de leurs enfants par le conjoint ou l’enlèvement d’enfants confiés à leur garde pouvaient obtenir un certificat. Aucun certificat n’était délivré à la partie intimée dans de tels cas.

En décembre 1988, la Fondation a acquiescé à la demande du Barreau d’étendre le programme aux parents visés par des demandes de tutelle — mais non aux parents visés par des demandes de garde — présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires. En avril 1989, le programme a été à nouveau élargi lorsque la province du Nouveau-Brunswick a consenti à égaliser la subvention de la Fondation et à doubler le budget du programme d’aide juridique en matière de droit de la famille, le portant à 500 000 \$.

En décembre 1991, à la suite de restrictions budgétaires, il a fallu réduire les services d’aide juridique en matière de droit de la famille. Le 9 décembre 1991, le conseil du Barreau, après avoir pris connaissance de la situation financière du programme, a décidé qu’à compter du 16 décembre 1991 et jusqu’à nouvel ordre, des certificats ne seraient délivrés que pour les demandes

18

19

20

the Law Society purported to act under the authority of s. 12(14).

21 In April 1993, the Domestic Legal Aid program underwent a major overhaul which significantly reduced the Law Society's involvement in the provision of domestic legal aid. With the addition of Part II of the Act, the bulk of domestic legal aid came under the direction of the Minister of Justice, which expanded the Unified Family Court program to provide more comprehensive socio-legal services.

22 Under the program offered by the Minister of Justice, everyone who needs counsel for the purposes of support orders is provided with the services of the Family Solicitor, who is paid by the Minister of Justice to provide legal services offered by the program. If there are allegations of abuse, a party will be able to use the services of the Family Solicitor for all legal matters that may arise between the parties, including custody, support, and divorce proceedings. The Minister also provides a limited duty counsel service, available to respondents on the day of their first appearance in Family Court proceedings initiated by the Crown. Mr. Christie was appointed duty counsel for the appellant pursuant to this aspect of the plan.

23 The Minister of Justice's program does not cover either guardianship or custody applications initiated by the Minister of Health and Community Services. This decision was made in order to avoid any potential conflicts of interest for Family Solicitors, who would be forced to act against the government while being paid by the Minister of Justice. In circumstances where the Minister of Health and Community Services applies for a permanent order of guardianship the provision of legal assistance is shifted to Legal Aid New Brunswick, which provides a legal aid certificate covering representation up to a limit of \$1,000 to a qualified applicant. Prior to September 22, 1997 and at the time this case was initially heard, no

concernant des affaires de violence familiale et les demandes de tutelle. Le Barreau a fondé sa décision sur le par. 12(14).

En avril 1993, une réforme en profondeur du programme d'aide juridique en matière de droit de la famille a considérablement réduit le rôle du Barreau dans la fourniture des services. Par suite de l'ajout de la partie II à la Loi, le gros des services d'aide juridique en matière de droit de la famille est passé au ministre de la Justice, lequel a élargi le programme du Tribunal unifié de la famille pour offrir un ensemble plus complet de services socio-juridiques.

En vertu du programme offert par le ministre de la Justice, quiconque a besoin d'un avocat relativement à une ordonnance alimentaire a accès aux services d'un avocat plaçant en matière familiale, rémunéré par le ministre pour fournir les services juridiques prévus par le programme. Lorsqu'il y a allégation de violence, une partie peut avoir recours aux services de l'avocat plaçant en matière familiale pour toutes les questions juridiques survenant entre les parties, dont les questions de garde d'enfants, d'aliments et de divorce. Le ministre offre également un service limité d'avocats de service, dont peuvent se prévaloir les intimés le jour de leur première comparution devant le tribunal de la famille dans des instances introduites par l'État. C'est en application de cet aspect du régime que M^e Christie a été désigné pour représenter l'appelante.

Le programme du ministre de la Justice ne couvre ni les demandes de tutelle ni les demandes de garde présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires. Cette décision a été prise pour éviter toute possibilité de conflits d'intérêts chez les avocats plaçant en matière familiale qui seraient obligés d'agir contre le gouvernement tout en étant rémunérés par le ministre de la Justice. Lorsque le ministre de la Santé et des Services communautaires présente une demande de tutelle permanente, la prestation des services d'aide juridique passe au programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick qui délivre au demandeur d'aide satisfaisant aux conditions un certificat couvrant les frais de la représentation par

legal aid was provided by either Legal Aid New Brunswick or the Minister of Justice to respondents in custody applications, except for the advice of duty counsel on the day of the first appearance. Since that time Legal Aid New Brunswick has adopted a new policy under which a legal aid certificate will be provided for the first custody hearing. Subsequent hearings for the extension of the original custody order, such as the one which is the subject of the present appeal, are still not eligible for a certificate, nor are they covered by the Minister of Justice's program.

III. Judgments Below

A. *New Brunswick Court of Queen's Bench* (1995), 171 N.B.R. (2d) 185

Although the Minister's application had been heard and a determination made, counsel had agreed prior to the custody application that the appellant's motion to obtain state-funded counsel would not be considered moot if Athey J. was unable to decide the issue prior to the date set for the custody application. She therefore exercised her discretion to decide the motion.

Athey J. dismissed the appellant's s. 15 claim. Although she found that the legal aid system in New Brunswick did not provide respondents to ministerial applications for custody orders or extensions of those orders the same benefits granted to respondents to applications for guardianship orders, she concluded that the distinction between these two groups of respondents was not based on irrelevant personal characteristics enumerated in s. 15 or on any analogous grounds.

Turning to s. 7, Athey J. found that the appellant's liberty interest was engaged by the state when it removed her children from her care. She based her conclusion on *La Forest J.*'s decision in

avocat jusqu'à concurrence de 1 000 \$. Jusqu'au 22 septembre 1997, et donc au moment où la présente affaire a commencé, ni le programme d'aide juridique du Nouveau Brunswick ni le ministre de la Justice ne fournissaient des services d'aide juridique aux parties intimées dans les demandes de garde, exception faite des conseils de l'avocat de garde, exception faite des conseils de l'avocat de service le jour de la première comparution. Depuis, le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick a adopté une nouvelle ligne de conduite autorisant la délivrance d'un certificat couvrant la première audition de la demande de garde. Les audiences ultérieures relatives à la prorogation de l'ordonnance initiale, comme celle qui fait l'objet du présent pourvoi, ne donnent toujours pas droit à un certificat, pas plus qu'elles ne sont couvertes par le programme du ministre de la Justice.

III. Les jugements antérieurs

A. *Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick* (1995), 171 R.N.-B. (2^e) 185

Quoique la demande de garde présentée par le ministre ait été entendue et tranchée, les avocats avaient auparavant convenu que la requête de l'appelante en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État ne serait pas considérée théorique si le juge Athey était incapable de trancher la question avant la date fixée pour l'audition de la demande de garde. Le juge a donc exercé son pouvoir discrétionnaire de statuer sur la requête.

Le juge Athey a rejeté la prétention de l'appelante fondée sur l'art. 15. Bien qu'elle ait constaté que le régime d'aide juridique du Nouveau-Brunswick n'accordait pas aux parties intimées dans les demandes de garde ou de prorogation de garde présentées par le ministre les mêmes avantages qu'aux parties intimées dans les demandes de tutelle, elle a conclu que la distinction créée entre ces deux groupes ne reposait pas sur les caractéristiques personnelles non pertinentes énoncées à l'art. 15 ni sur des caractéristiques analogues.

Relativement à l'art. 7, elle a jugé que le droit de l'appelante à la liberté était entré en jeu lorsque l'État lui avait retiré la garde de ses enfants. Elle a fondé sa conclusion sur les motifs du juge

24

25

26

B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 S.C.R. 315, where, in writing for three other justices, he held at para. 83 that "the right to nurture a child, to care for its development, and to make decisions for it in fundamental matters such as medical care, are part of the liberty interest of a parent".

27

Athey J. then considered whether the appellant would have been deprived of her right to liberty in accordance with the principles of fundamental justice were she unrepresented at the custody hearing. She referred again to La Forest J.'s reasons in *B. (R.)* where he held at para. 88 that

[t]he protection of a child's right to life and to health, when it becomes necessary to do so, is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long, of course, as it also meets the requirements of fair procedure.

She also cited Wilson J.'s judgment in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, for the proposition that fundamental justice includes the notion of procedural fairness articulated by Fauteux C.J. in *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917.

28

Applying these principles to the facts of this case, Athey J. concluded that there was no general right to paid counsel in a custody hearing because, in her opinion, it could not be said that parents can never adequately state their case in the absence of counsel, that any presumption to that effect should exist, or that the representation of parents by counsel is always essential to a fair trial. With respect to the appellant's case in particular, Athey J. held that there had been no suggestion that the appellant lacked the capacity to understand the allegations made by the Minister or to communicate her position to the Court. She found that provision of counsel to represent the appellant was not essential to a fair trial. Therefore, she concluded that the appel-

La Forest dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, qui disait, avec l'appui de trois autres juges, que «les droits d'éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux, font partie du droit à la liberté d'un parent» (par. 83).

Le juge Athey s'est ensuite demandé si l'appelante aurait été privée de son droit à la liberté conformément aux principes de justice fondamentale si elle n'avait pas été représentée par avocat à l'audition de la demande de garde. Elle a cité de nouveau le juge La Forest dans l'arrêt *B. (R.)* qui déclare, au par. 88:

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

Elle a cité également les motifs du juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, selon laquelle les principes de justice fondamentale englobaient la notion d'équité procédurale énoncée par le juge en chef Fauteux dans l'arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917.

En appliquant ces principes aux faits de la présente affaire, le juge Athey a conclu qu'il n'existait pas de droit général à des services d'avocats rémunérés par l'État pour les instances concernant la garde parce qu'on ne pouvait affirmer que, sans les services d'un avocat, les parents étaient toujours dans l'impossibilité de présenter adéquatement leur cause, qu'il y avait lieu d'appliquer une présomption à cet effet ni que la représentation par avocat des parents était toujours essentielle à un procès équitable. Concernant plus particulièrement la présente affaire, le juge Athey a estimé que rien n'indiquait que l'appelante n'était pas en mesure de comprendre les allégations faites par le ministre ou d'exposer sa position à la Cour. Estimant qu'il n'était pas essentiel que l'appelante soit représentée par avocat pour que l'audience soit équitable,

lant's liberty interest would not be violated by the lack of state-funded legal representation.

B. *Court of Appeal* (1997), 187 N.B.R. (2d) 81

(1) Hoyt C.J.N.B., Ayles and Turnbull JJ.A. for the majority

The majority of the Court of Appeal began by noting that the case was moot because the custody application had been determined. Nevertheless, following *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, they exercised their discretion to hear the case, given the importance of the issue.

The majority found that there could be no s. 7 violation in this case if the appellant were unrepresented at the custody hearing because parental liberty does not fall within the ambit of s. 7 of the *Charter*. In reaching this conclusion, the majority relied on my reasons in *B. (R.)* where I held at para. 22 that "s. 7 was not designed to protect even fundamental individual freedoms if those freedoms have no connection with the physical dimension of the concept of 'liberty'". Acknowledging the differing views in the Supreme Court in that case over the extent of the liberty interest protected by s. 7, they noted that only four members of the Court found a parental liberty interest, and that my reasons should be followed, at least until a majority of this Court rules to the contrary.

The majority also noted that the *Family Services Act* does not prohibit parents from retaining and instructing legal counsel. Parents are entitled to (1) be present at and participate in the hearing, with or without counsel, (2) hear all the evidence and cross-examine witnesses and, (3) present evidence and make other representations to the court. The majority found that the provisions of the Act, if

le juge a conclu que l'absence de services d'avocats rémunérés par l'État ne portait pas atteinte au droit de l'appelante à la liberté.

B. *Cour d'appel du Nouveau-Brunswick* (1997), 187 R.N.-B. (2^e) 81

(1) Le juge en chef Hoyt et les juges Ayles et Turnbull pour la majorité

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont noté d'emblée que, vu le jugement rendu sur la garde, l'affaire était devenue théorique. Toutefois, appliquant l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, ils ont décidé d'exercer leur pouvoir discrétionnaire de l'entendre, compte tenu de l'importance de la question soulevée.

Ils ont conclu que l'audition de la demande de garde sans que l'appelante soit représentée ne peut avoir enfreint l'art. 7, car la liberté parentale n'est pas protégée par cette disposition de la *Charte*. Pour parvenir à cette conclusion, ils se sont appuyés sur les motifs que j'ai rédigés dans l'arrêt *B. (R.)*, selon lesquels «l'art. 7 n'est pas conçu pour protéger les libertés individuelles, même fondamentales, si celles-ci n'ont aucun lien avec la dimension physique du concept de "liberté"» (par. 22). Faisant état des opinions divergentes exprimées par les juges de la Cour suprême dans cette affaire, au sujet de la portée du droit à la liberté protégé par l'art. 7, ils ont noté que seulement quatre juges de notre Cour avaient conclu à l'existence d'un droit à la liberté parentale, et qu'il convenait de s'en remettre à mes motifs, du moins jusqu'à ce que la majorité de notre Cour rende une décision contraire.

Les juges majoritaires ont également souligné que la *Loi sur les services à la famille* n'interdit pas aux parents d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Les parents ont le droit (1) d'assister à l'audience et d'y prendre part, avec ou sans avocat, (2) d'entendre la totalité de la preuve et de contre-interroger les témoins et (3) de soumettre des éléments de preuve et de présenter des observations

29

30

31

complied with, ensure reasonable compliance with constitutional standards.

32 Finally, the majority held that the court would be exercising a legislative function if it allowed the appeal because it would be involving the courts in the task of both defining the scope of legal aid and administering it on an *ad hoc* basis. They found that the courts have heretofore refused to recognize an entitlement to state-funded counsel, citing in particular this Court's decision in *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236.

33 The majority concurred with Bastarache J.A.'s (as he then was) reasons for finding that there was no s. 15 violation in this case.

(2) Bastarache J.A. in dissent (Ryan J.A. concurring)

34 Bastarache J.A. rejected the appellant's s. 15 argument. He held that it was clear that the distinction drawn between indigent persons facing custody applications and indigent persons facing guardianship applications was not based on any particular personal characteristics. Consequently, no discrimination contrary to s. 15 had been established.

35 With respect to s. 7, Bastarache J.A. noted that there was no clear majority opinion of the Supreme Court as to whether the right to liberty in s. 7 includes parental rights. Nevertheless, he agreed with La Forest J.'s reasons in *B. (R.)* that the historical and social context applicable to constitutional interpretation reinforces the recognition of a parental liberty interest.

36 In reviewing the case law on the requirements of fundamental justice, Bastarache J.A. found that the right to funded counsel had not been considered outside the larger question of the right to a fair trial in the criminal law context. After considering a

au tribunal. Ils ont conclu que les dispositions de la Loi, si elles sont observées, sont raisonnablement conformes aux normes constitutionnelles.

Finalement, les juges majoritaires ont statué que s'ils accueilleraient l'appel, la cour exercerait une fonction législative car une telle décision constituerait une ingérence des tribunaux dans la définition de la portée du régime d'aide juridique et dans son application ponctuelle. Ils ont déclaré que les tribunaux ont refusé jusqu'à présent de reconnaître l'existence d'un droit à des services d'avocats rémunérés par l'État, citant en particulier la décision de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236.

Les juges majoritaires ont souscrit à la conclusion du juge Bastarache (maintenant juge de notre Cour) selon laquelle l'art. 15 n'a pas été enfreint en l'espèce.

(2) Le juge Bastarache (dissident) avec l'appui du juge Ryan

Le juge Bastarache a rejeté l'argumentation de l'appelante fondée sur l'art. 15. Il est clair, selon lui, que la distinction faite entre les personnes sans ressources visées par une demande de garde et les personnes sans ressources visées par une demande de tutelle ne repose pas sur des caractéristiques personnelles particulières et que, par conséquent, l'appelante n'a pas établi l'existence de la discrimination interdite par l'art. 15.

Relativement à l'art. 7, le juge Bastarache a signalé que la Cour suprême n'a pas adopté de position majoritaire claire sur la question de savoir si le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 comprend les droits des parents. Il a toutefois souscrit aux motifs du juge La Forest dans l'arrêt *B. (R.)*, selon lesquels le contexte historique et social applicable à l'interprétation constitutionnelle appuie la reconnaissance d'un droit à la liberté parentale.

L'examen de la jurisprudence portant sur les exigences de la justice fondamentale a amené le juge Bastarache à conclure que la question du droit à des services d'avocats rémunérés par l'État avait été analysée uniquement dans le contexte plus

number of cases, including *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), he concluded that s. 7 does not guarantee a general right to funded counsel, but requires the provision of paid counsel in order to guarantee a fair trial in serious and complex cases where the accused is impecunious and has been refused assistance by Legal Aid.

Outside the area of criminal law, Bastarache J.A. considered *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642 (C.A.), a parole board case, which he relied upon for the proposition that the matter of providing counsel is not discretionary, but a matter of right where the circumstances are such that a fair trial cannot be held without legal representation. He then considered *Children's Aid Society of Ottawa-Carleton v. M.T.*, [1995] O.J. No. 3879 (QL) (Gen. Div.), a child custody case, in which Desmarais J. applied *Howard* and concluded that an absence of counsel had rendered the trial ineffectual because a parent had difficulty presenting her case, did not understand the rules of evidence and had offered self-incriminating evidence.

In light of his review of the case law, Bastarache J.A. concluded that “the trial judge erred in finding that Ms. G could assume her own defense in the given proceedings without sacrificing her right to a fair trial” (p. 139). In reaching this conclusion, he noted that the proceedings were adversarial in nature, that the appellant’s conduct was being examined and the findings of the court would create a stigma similar to that of a finding of guilt in some criminal prosecutions. The appellant was destitute, receiving welfare, and “not seen to be very rational” (p. 139). All other parties were represented by counsel. The proceedings were long and complex, and the matter was very emotional. Moreover, it was important that the appellant’s views and explanations be well understood by the

large du droit à un procès équitable en droit criminel. Après avoir examiné certaines décisions, dont *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), il a exprimé l’opinion que l’art. 7 ne garantit pas un droit général aux services d’avocats rémunérés par l’État, mais exige, lorsqu’un accusé sans ressources à qui l’aide juridique a été refusée est visé par une poursuite sérieuse et complexe, que celui-ci ait accès à un avocat payé sur les deniers publics pour garantir l’équité du procès.

Hors du domaine du droit criminel, le juge Bastarache a examiné l’arrêt *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642 (C.A.), une décision en matière de libération conditionnelle, sur laquelle il s’est appuyé pour conclure que lorsque les circonstances font en sorte qu’il ne pourrait y avoir de procès équitable sans représentation, la fourniture des services d’un avocat ne relève pas de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire mais constitue un droit. Il a ensuite examiné la décision *Children's Aid Society of Ottawa-Carleton c. M.T.*, [1995] O.J. No. 3879 (QL) (Div. gén.), une affaire de garde d’enfants dans laquelle le juge Desmarais a appliqué l’arrêt *Howard* pour statuer que le procès avait été privé d’effets en raison de l’absence d’avocat parce qu’un parent avait de la difficulté à faire valoir ses prétentions, ne comprenait pas les règles de preuve et avait soumis des éléments de preuve auto-incriminants.

37

Après cette recension de la jurisprudence, le juge Bastarache a exprimé l’opinion que le juge de première instance [TRADUCTION] «a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que M^{me} G. pouvait se charger de sa propre défense en l’instance sans sacrifier son droit à un procès équitable» (p. 139). À l’appui de cette conclusion, il a indiqué que l’instance était de nature contradictoire, que le tribunal avait examiné la conduite de l’appelante et que les conclusions qu’il prononcerait auraient des conséquences stigmatisantes analogues à celles d’un verdict de culpabilité dans certaines poursuites criminelles. L’appelante était dans le dénuement, elle recevait des prestations d’aide sociale et [TRADUCTION] «ne pass[ait] pas pour très rationnelle» (p. 139). Toutes les autres parties étaient

38

court in order to determine the best interests of the children.

39 Bastarache J.A. held that the failure to provide the appellant with legal aid could not be saved by s. 1. He would have allowed the appeal and awarded the appellant her fees and disbursements, determined by the Registrar of the court according to the Legal Aid Tariff, and payable by the Minister of Justice.

IV. Issues

40 On April 9, 1998 the following constitutional questions were stated:

Question 1: In the circumstances of this case, did the failure of the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2, or the Government of New Brunswick under its Domestic Legal Aid Program, to provide legal aid to respondents in custody applications by the Minister of Health and Community Services under Part IV of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, constitute an infringement of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Question 2: If the answer to question 1 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Analysis

A. *Mootness*

41 As a preliminary matter, I will address the issue of mootness. A moot case is one in which a decision of the court “will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties”: see *Borowski*, *supra*, at p. 353. As a general rule, the Court will not decide

représentées par avocat. L’instance était longue et complexe, et les questions en jeu touchaient une corde très sensible. De plus, il importait que le tribunal comprenne bien les points de vue et les explications de l’appelante pour déterminer l’intérêt supérieur des enfants.

Le juge Bastarache a conclu que le défaut d’octroyer l’aide juridique à l’appelante ne pouvait être sauvé par application de l’article premier. Il aurait accueilli l’appel et aurait adjugé à l’appelante les frais et débours, taxés par le registraire conformément au tarif de l’aide juridique et payables par le ministre de la Justice.

IV. Les questions en litige

Le 9 avril 1998, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

Question 1: Dans les circonstances de l’espèce, est-ce qu’a constitué une atteinte à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* le fait que ni la *Loi sur l’aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-2, ni le gouvernement du Nouveau-Brunswick, par son programme d’aide juridique en matière de droit de la famille, ne pourvoient au versement d’aide juridique aux intimés dans le cadre des demandes de garde présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vertu de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2?

Question 2: Si la réponse à la question 1 est oui, s’agit-il d’une atteinte dont la justification est démontrée dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Analyse

A. *Le caractère théorique*

Je traite d’abord de la question préliminaire du caractère théorique. Une affaire devient théorique lorsque la décision du tribunal «n’aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties» (voir *Borowski*, précité, à la p. 353). En règle générale,

moot cases. However, the Court may exercise its discretion to decide a moot case in certain circumstances. In *Borowski*, Sopinka J. set out the following test at p. 353:

The approach in recent cases involves a two-step analysis. First it is necessary to determine whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic. Second, if the response to the first question is affirmative, it is necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case.

There can be little doubt that the present appeal is moot, and that the response to the first question is affirmative. At issue is whether the Government of New Brunswick was under an obligation to provide state-funded counsel to the appellant in the circumstances of this case. The appellant, though, was in fact represented by counsel at the custody hearing, the custody order has expired, and she has since regained custody of her children. Consequently, there is no “live controversy” in this appeal. The tangible and concrete dispute has disappeared, and the issue has become academic.

Nevertheless, the Court has decided to exercise its discretion to decide this case. In *Borowski*, Sopinka J. identified three criteria relevant to the Court’s exercise of discretion: the presence of an adversarial context, the concern for judicial economy, and the need for the Court to be sensitive to its role as the adjudicative branch in our political framework.

Applying these criteria to this appeal, I am satisfied that there was an appropriate adversarial context. The appeal was vigorously and fully argued on both sides by the parties and the interveners.

Turning to the second factor, this Court has held on a number of occasions that an expenditure of judicial resources is warranted in cases which raise important issues but are evasive of review: see *Borowski*, *supra*, at p. 360; *International Brother-*

la Cour ne statue pas sur des questions théoriques, mais elle a le pouvoir discrétionnaire de le faire et elle peut l’exercer dans certaines circonstances. Dans l’arrêt *Borowski*, le juge Sopinka a formulé le critère suivant, à la p. 353:

La démarche suivie dans des affaires récentes comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première question est affirmative, le tribunal décide s’il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l’affaire.

Il fait peu de doute que le présent pourvoi a perdu tout caractère pratique et que la réponse à la première question est affirmative. La question est de savoir si le gouvernement du Nouveau-Brunswick était tenu, dans les circonstances de l’espèce, de fournir à l’appelante des services d’avocats rémunérés par l’État. Or, à l’audition de la demande de garde, l’appelante était effectivement représentée par un avocat, l’ordonnance de garde a pris fin depuis et l’appelante a recouvré la garde de ses enfants. Par conséquent, le pourvoi ne porte pas sur un «litige actuel». Le différend concret et tangible a disparu, et la question est devenue théorique.

La Cour a toutefois résolu d’exercer son pouvoir discrétionnaire de statuer sur l’affaire. Dans l’arrêt *Borowski*, précité, le juge Sopinka a énoncé trois critères applicables à l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire: l’existence d’un débat contradictoire, le souci d’économie des ressources judiciaires et la nécessité pour la Cour de se montrer sensible à sa fonction juridictionnelle dans notre structure politique.

Si j’applique ces critères au présent pourvoi, je suis convaincu qu’il existe un débat contradictoire. Les deux parties ainsi que les intervenants ont débattu à fond et avec vigueur les questions soulevées.

Relativement au deuxième facteur, la Cour a statué à plusieurs reprises qu’il était justifié de consacrer des ressources judiciaires dans des cas où d’importantes questions pouvaient échapper à l’examen judiciaire: voir *Borowski*, précité, à la

42

43

44

45

hood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange, [1967] S.C.R. 628; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at p. 806.

p. 360, *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628, et *Renvoi relatif à l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, à la p. 806.

46

The present appeal is a case in point. The question of whether a parent has a right to state-funded counsel at a custody hearing is undoubtedly of national importance. Similar cases may arise in the future, and the Court has an opportunity to clarify the law and provide guidance to the courts below. This is a particularly important factor, as evidenced by the facts of this case. Although the appellant's motion to be provided with state-funded counsel was brought well over a month before the custody hearing, Athey J. did not have the opportunity to determine the issue prior to the date set for the application, given the difficult constitutional questions raised and the need to quickly decide the custody hearing concerning the best interests of the children. A pre-hearing resolution of this issue is essential, for if no determination can be made prior to the hearing, the moving party is no better off than he or she would have been had the motion not been brought to begin with — he or she will almost invariably have to proceed without the assistance of counsel.

Le présent pourvoi illustre bien cette situation. Le droit du père ou de la mère aux services d'avocats rémunérés par l'État dans une instance relative à la garde des enfants est incontestablement une question d'importance nationale. Des affaires semblables peuvent survenir à nouveau, et la Cour a l'occasion de préciser le droit applicable et de guider les tribunaux. C'est un facteur particulièrement important, comme le démontrent les faits de la présente espèce. Bien que l'appelante ait présenté sa requête visant l'obtention des services d'un avocat rémunéré par l'État plus d'un mois avant l'audition de la demande de garde, le juge Athey n'a pas été en mesure de statuer avant la date fixée pour l'audience, en raison des épineuses questions constitutionnelles soulevées et de la nécessité de trancher rapidement la demande de garde qui concernait l'intérêt supérieur des enfants. Il est essentiel qu'une telle requête soit tranchée avant l'audience, car autrement c'est comme si elle n'avait jamais été présentée, et la partie requérante devra presque invariablement procéder sans l'aide d'un avocat.

47

While similar cases may arise in the future, they are by nature evasive of review. This is so for two reasons. First, the custody order will ordinarily have expired by the time the matter comes to this Court, rendering the controversy moot. The Court will therefore likely have to decide a moot case if it ever wants to address this issue. An analogy can be drawn to the situation in *Winnipeg Builders' Exchange*, *supra*, where the issue was the validity of an interlocutory injunction prohibiting certain strike action. By the time the case reached this Court, the strike had been settled. Second, it is unlikely that appellants will be able to retain counsel for an appeal if they were unable to retain counsel at the initial hearing. As a result, few cases will ever be appealed to this Court, since the assis-

Bien que de telles situations puissent se présenter à l'avenir, elles échappent par nature à l'examen des tribunaux. Il y a deux raisons à cela. Premièrement, l'ordonnance de garde aura habituellement pris fin au moment où notre Cour sera saisie de l'affaire, rendant la question théorique. Il faudra donc vraisemblablement que notre Cour se prononce sur une affaire théorique si elle veut statuer un jour sur cette question. On peut faire une analogie avec l'affaire *Winnipeg Builders' Exchange*, précitée, où se posait la question de la validité d'une injonction interlocutoire interdisant certains actes de grève. Quand l'affaire est parvenue devant notre Cour, la grève avait été réglée. Deuxièmement, il est peu probable que les personnes qui n'ont pas les moyens de retenir les services d'un avocat pour l'audience initiale puissent le faire en appel. Il y aura donc très peu d'affaires

tance of counsel is almost invariably required in negotiating the appeal process.

Finally, the Court is not overstepping its institutional role in deciding this case. Unlike *Borowski*, the appellant is not requesting a legal opinion on the interpretation of the *Charter* in the absence of legislation or other governmental action which would otherwise bring the *Charter* into play. While the issue in this case is moot, it is not abstract: see *Borowski*, *supra*, at p. 365.

In light of my conclusion that the Court should address the legal issues that arise in this case notwithstanding its mootness, I will proceed with my analysis on the assumption that the custody hearing had not yet taken place and that the appellant would not have been represented by counsel at the hearing. This is the same approach taken by both the motions judge and the Court of Appeal. I am proceeding in this fashion in order to review the lower court decisions and to determine whether the appellant had a right to state-funded counsel in the circumstances of this case.

In her motion, the appellant sought relief for a prospective s. 7 violation. She argued that the custody hearing would have been unfair were she not represented by counsel, infringing s. 7. She therefore requested that the court order the government to provide her with state-funded counsel pursuant to s. 24(1) of the *Charter*.

This Court has held on a number of occasions that remedies can be ordered in anticipation of future *Charter* violations, notwithstanding the retrospective language of s. 24(1): *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562. In *Harrer*, McLachlin J., concurring in the result, held at para. 42 that “[s]ection 24(1) applies to prospective breaches, although its wording refers to ‘infringe’ and ‘deny’ in the past tense”. In *Operation Dismantle*, Dickson J. (as he then was) held at p. 450 that an applicant requesting a remedy for a prospective breach “must at

qui pourront parvenir jusqu’à notre Cour étant donné que le processus d’appel exige presque toujours le concours d’un avocat.

48
Finalement, la Cour n’outrepasse pas son rôle institutionnel en entendant ce pourvoi. Contrairement à l’affaire *Borowski*, l’appelante ne demande pas une opinion juridique sur l’interprétation de la *Charte* en l’absence de loi ou d’acte gouvernemental qui donnerait lieu à l’application de la *Charte*. Si la question en l’espèce est théorique, elle n’est pas abstraite (voir *Borowski*, précité, à la p. 365).

49
Ayant conclu que la Cour doit examiner les questions juridiques posées même si le pourvoi est devenu théorique, je procède à l’analyse comme si l’audience relative à la garde n’avait pas encore eu lieu et en présumant que l’appelante n’y aurait pas été représentée par avocat. C’est de cette façon que le juge des requêtes et la Cour d’appel ont abordé l’affaire, et je fais de même pour examiner leurs décisions et déterminer si, dans les circonstances de l’espèce, l’appelante avait droit à des services d’avocats rémunérés par l’État.

50
Par sa requête, l’appelante demande réparation d’une violation éventuelle de l’art. 7. Elle soutient que l’audience relative à la garde aurait été inéquitable si elle n’avait pas été représentée par avocat et donc contraire à l’art. 7. Par conséquent, elle demande à la cour d’ordonner au gouvernement, sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*, de lui fournir des services d’avocats rémunérés par l’État.

51
Notre Cour a statué à quelques reprises qu’il est possible d’ordonner des mesures de réparation en prévision de violations à venir de la *Charte*, malgré la formulation rétrospective du par. 24(1): *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562. Dans l’arrêt *Harrer*, le juge McLachlin, qui souscrit au dispositif, statue, au par. 42, que: «[I]e paragraphe 24(1) s’applique aux violations éventuelles, même si son texte parle au passé de «violation» et de «négation». Dans l’arrêt *Operation Dismantle*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) affirme, à la

least be able to establish a threat of violation, if not an actual violation, of their rights under the *Charter*". He also found at p. 458 that courts require proof of "probable future harm" before ordering such a remedy.

p. 450, que ceux qui demandent réparation d'une violation éventuelle «doivent à tout le moins être à même de démontrer qu'il y a menace de violation, sinon violation réelle, de leurs droits garantis par la *Charte*», ajoutant plus loin que les tribunaux exigent la preuve de la «probabilité du dommage à venir» (p. 458) avant d'accorder une telle réparation.

52 In disposing of this appeal, the Court must determine whether s. 7 would likely have been infringed had the custody hearing proceeded with the appellant unrepresented and, if so, what the appropriate remedy should have been. Given the approach I will be taking, the constitutional questions must be slightly modified. As they are currently stated, the constitutional questions are retrospective rather than prospective in nature. The first question asks whether, in the circumstances of this case, the failure to provide the appellant with legal aid constituted an infringement of s. 7. Assuming the answer to the first question is yes, the second question asks if the infringement can be saved by s. 1.

Pour statuer sur le présent pourvoi, la Cour doit déterminer si la tenue de l'audience relative à la garde sans que l'appelante soit représentée par avocat aurait probablement eu pour effet d'enfreindre l'art. 7 et, le cas échéant, quelle aurait été la réparation appropriée. Ma façon d'aborder l'analyse m'oblige à modifier légèrement les questions constitutionnelles. En effet, leur libellé actuel, dans la version anglaise, leur confère une nature rétrospective plutôt que prospective. La première question demande si, dans les circonstances de l'espèce, l'omission de fournir de l'aide juridique à l'appelante a constitué une atteinte à l'art. 7. Pour le cas où cette question appellerait une réponse affirmative, la seconde question demande si l'atteinte peut se justifier au sens de l'article premier.

53 Since the appellant is arguing that s. 7 would have been violated, not that it had been violated, the constitutional questions should be reformulated as follows:

Comme l'appelante soutient que l'art. 7 aurait été enfreint, non qu'il l'a été, les questions doivent être reformulées de la façon suivante:

Question 1: In the circumstances of this case, would the failure of the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2, or the Government of New Brunswick under its Domestic Legal Aid Program, to provide legal aid to respondents in custody applications by the Minister of Health and Community Services under Part IV of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, have constituted an infringement of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if the appellant had not been represented by counsel at the custody hearing?

Question 1: Dans les circonstances de l'espèce, est-ce qu'aurait constitué une atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* le fait que ni la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-2, ni le gouvernement du Nouveau-Brunswick, par son programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, ne pourvoient au versement d'aide juridique aux intimés dans le cadre des demandes de garde présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vertu de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2?

Question 2: If the answer to question 1 is yes, would the infringement have been demonstrably justified in a free and democratic society

Question 2: Si la réponse à la question 1 est oui, se serait-il agi d'une atteinte dont la justification est démontrée dans le cadre d'une

pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

This Court has recently held in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 50, that constitutional questions can be restated provided that there is no “substantive prejudice . . . caused to attorneys general or anyone else by the wording of the question, or that they would reasonably have made a different decision about exercising their right to intervene”. In my opinion, none of the parties are prejudiced by the reformulation of the question, nor would any potential interveners have made a different decision about exercising their right to intervene. As I have already mentioned, both the motions judge and the Court of Appeal approached this case as though a prospective breach of s. 7 was at issue. Consequently, the parties’ written and oral arguments in this appeal are equally applicable to the restated constitutional questions as they are to the original questions.

Having explained the approach I will be taking in this appeal, I will state my conclusions at the outset. The Minister’s application to extend the original custody order pursuant to Part IV of the *Family Services Act* threatened to restrict the appellant’s right to security of the person. This restriction would not have been in accordance with the principles of fundamental justice were the appellant unrepresented by counsel at the custody hearing. Section 7 guarantees every parent the right to a fair hearing when the state seeks to obtain custody of their children. In certain circumstances, which obtain in this case, the parent’s right to a fair hearing requires the government to provide the parent with state-funded counsel. To avoid a prospective breach of s. 7, the motions judge, who was under a duty to ensure the fairness of the hearing, should have ordered the government to provide the appellant with state-funded counsel under s. 24(1). I will not be addressing

société libre et démocratique au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Notre Cour a récemment statué dans l’arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, au par. 50, qu’il est possible de reformuler des questions constitutionnelles pourvu que: «les procureurs généraux ou quelque autre intéressé [n’]aient subi [aucun] préjudice concret en raison du texte de la question, ou qu’ils [n’]auraient raisonnablement [pas] pris une décision différente en ce qui concerne leur droit d’intervenir». À mon avis, la reformulation ne cause de préjudice à aucune partie, et aucun intervenant potentiel n’aurait pris non plus de décision différente quant à l’exercice du droit d’intervention. Ainsi que je l’ai déjà mentionné, le juge des requêtes et la Cour d’appel ont l’une et l’autre abordé la présente espèce comme si elle portait sur une violation éventuelle de l’art. 7. Par conséquent, l’argumentation écrite et orale des parties s’applique aux questions reformulées tout autant qu’aux questions originales.

Ayant expliqué dans quelle optique j’entreprends l’examen du présent pourvoi, j’expose tout de suite ma conclusion. La demande du ministre visant la prorogation de l’ordonnance de garde initiale rendue sous le régime de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille* menaçait de restreindre le droit de l’appelante à la sécurité de sa personne. Cette restriction n’aurait pas été conforme aux principes de justice fondamentale si l’appelante n’avait pas été représentée par un avocat à l’audience relative à la garde. L’article 7 garantit aux parents le droit à une audience équitable lorsque l’État demande la garde de leurs enfants. Dans certaines circonstances, que l’on retrouve dans la présente affaire, le droit des parents à une audience équitable exige que le gouvernement leur fournisse les services d’un avocat rémunéré par l’État. Pour éviter une violation éventuelle de l’art. 7, le juge des requêtes, qui avait l’obligation de veiller à ce que l’audience soit équitable, aurait dû ordonner au gouvernement, sous le régime du par. 24(1), de fournir à l’appelante les services d’un avocat rémunéré par l’État. Il ne sera pas question de

54

55

s. 15 of the *Charter*, as it was not argued by either the appellant or the respondents in this Court.

B. *Security of the Person*

56 The appellant argued that the Minister of Health and Community Services' application to extend the order granting the Minister custody of her three children threatened to deprive her of both her s. 7 rights to liberty and security of the person. I believe it is possible to dispose of this appeal by focussing on the appellant's right to security of the person. Since the appeal can be disposed of on this basis and there have been differing views expressed about the scope of the right to liberty in the Court's previous judgments, I will not address the issue of whether the appellant's right to liberty was also engaged in this case.

57 Were the Minister successful in his application, the appellant would have been separated from her children for up to an additional six months. There would also be no guarantee that she would regain custody of her children at the expiry of the order. The separation of parent and child contemplated by the Minister's application would unquestionably have profound effects on both parent and child. For the purposes of this appeal, however, what must be determined is whether relieving a parent of custody of his or her child restricts a parent's right to security of the person.

58 This Court has held on a number of occasions that the right to security of the person protects "both the physical and psychological integrity of the individual": see *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 173 (*per* Wilson J.); *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1177; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 587-88. Although these cases considered the right to security of the person in a criminal law context, I believe that the protection accorded by this right extends beyond the criminal law and can be engaged in child protection proceedings. Before addressing this issue, I will first make some general comments about the nature of

l'art. 15 de la *Charte*, puisque ni l'appelante ni les intimés n'ont abordé ce point devant notre Cour.

B. *La sécurité de la personne*

L'appelante soutient que la demande du ministre de la Santé et des Services communautaires visant la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de ses trois enfants menaçait de la priver de son droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7. Je crois qu'un examen centré sur le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne permet de statuer sur le présent pourvoi. Étant donné que le pourvoi peut être tranché sur ce fondement et que des avis différents ont été émis en ce qui concerne la portée du droit à la liberté dans nos jugements, je n'aborde pas la question de savoir si le droit de l'appelante à la liberté entre également en jeu dans la présente affaire.

Si la demande du ministre avait été accueillie, l'appelante aurait été séparée de ses enfants pour une période additionnelle pouvant aller jusqu'à six mois. De plus, il n'y aurait eu aucune garantie de recouvrer la garde des enfants à l'expiration de l'ordonnance. La séparation du parent d'avec son enfant que visait la demande du ministre aurait sans aucun doute eu des répercussions profondes sur l'enfant comme sur le parent. Toutefois, aux fins du présent pourvoi, ce qu'il faut déterminer c'est si le fait de retirer au parent la garde de son enfant restreint le droit du parent à la sécurité de sa personne.

Notre Cour a conclu à plusieurs reprises que le droit à la sécurité de la personne protège «à la fois l'intégrité physique et psychologique de la personne»: voir *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 173, (le juge Wilson); *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1177; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, aux pp. 587 et 588. Bien que ces arrêts examinent le droit à la sécurité de la personne dans le contexte du droit criminel, je crois que la protection accordée par ce droit déborde le cadre du droit criminel et peut jouer dans les instances concernant la protection des enfants. Avant d'aborder la question, je formule quelques

the protection of “psychological integrity” included in the right to security of the person.

Delineating the boundaries protecting the individual’s psychological integrity from state interference is an inexact science. Dickson C.J. in *Morgentaler, supra*, at p. 56, suggested that security of the person would be restricted through “serious state-imposed psychological stress” (emphasis added). Dickson C.J. was trying to convey something qualitative about the type of state interference that would rise to the level of an infringement of this right. It is clear that the right to security of the person does not protect the individual from the ordinary stresses and anxieties that a person of reasonable sensibility would suffer as a result of government action. If the right were interpreted with such broad sweep, countless government initiatives could be challenged on the ground that they infringe the right to security of the person, massively expanding the scope of judicial review, and, in the process, trivializing what it means for a right to be constitutionally protected. Nor will every violation of a fundamental freedom guaranteed in s. 2 of the *Charter* amount to a restriction of security of the person. I do not believe it can be seriously argued that a law prohibiting certain kinds of commercial expression in violation of s. 2(b), for example, will necessarily result in a violation of the psychological integrity of the person. This is not to say, though, that there will never be cases where a violation of s. 2 will also deprive an individual of security of the person.

For a restriction of security of the person to be made out, then, the impugned state action must have a serious and profound effect on a person’s psychological integrity. The effects of the state interference must be assessed objectively, with a view to their impact on the psychological integrity of a person of reasonable sensibility. This need not rise to the level of nervous shock or psychiatric

commentaires généraux sur la nature de la protection de «l’intégrité psychologique» faisant partie du droit à la sécurité de la personne.

Tracer les limites de la protection de l’intégrité psychologique de l’individu contre l’ingérence de l’État n’est pas une science exacte. Le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Morgentaler*, précité, à la p. 56, explique que la sécurité de la personne serait restreinte par une «tension psychologique grave causée par l’État» (je souligne). Le juge en chef Dickson tentait d’exprimer en termes qualitatifs le type d’ingérence de l’État susceptible de constituer une atteinte à ce droit. Il est manifeste que le droit à la sécurité de la personne ne protège pas l’individu contre les tensions et les angoisses ordinaires qu’une personne ayant une sensibilité raisonnable éprouverait par suite d’un acte gouvernemental. Si le droit était interprété de manière aussi large, d’innombrables initiatives gouvernementales pourraient être contestées au motif qu’elles violent le droit à la sécurité de la personne, ce qui élargirait considérablement l’étendue du contrôle judiciaire, et partant, banaliserait la protection constitutionnelle des droits. Les atteintes portées à une liberté fondamentale garantie par l’art. 2 de la *Charte* ne donneront pas non plus toutes lieu à une restriction de la sécurité de la personne. Je ne crois pas qu’il soit possible de soutenir sérieusement qu’une loi interdisant un certain genre d’expression commerciale en contravention de l’al. 2b), par exemple, entraînera inévitablement une violation de l’intégrité psychologique de la personne. Ce qui ne signifie pas pour autant qu’il n’arrivera jamais qu’une violation de l’art. 2 porte également atteinte à la sécurité de la personne.

Pour qu’une restriction de la sécurité de la personne soit établie, il faut donc que l’acte de l’État faisant l’objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l’intégrité psychologique d’une personne. On doit procéder à l’évaluation objective des répercussions de l’ingérence de l’État, en particulier de son incidence sur l’intégrité psychologique d’une personne ayant une

illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety.

sensibilité raisonnable. Il n'est pas nécessaire que l'ingérence de l'État ait entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais ses répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires.

61 I have little doubt that state removal of a child from parental custody pursuant to the state's *parens patriae* jurisdiction constitutes a serious interference with the psychological integrity of the parent. The parental interest in raising and caring for a child is, as La Forest J. held in *B. (R.)*, *supra*, at para. 83, "an individual interest of fundamental importance in our society". Besides the obvious distress arising from the loss of companionship of the child, direct state interference with the parent-child relationship, through a procedure in which the relationship is subject to state inspection and review, is a gross intrusion into a private and intimate sphere. Further, the parent is often stigmatized as "unfit" when relieved of custody. As an individual's status as a parent is often fundamental to personal identity, the stigma and distress resulting from a loss of parental status is a particularly serious consequence of the state's conduct.

Je ne doute aucunement que le retrait de la garde par l'État conformément à la compétence *parens patriae* de celui-ci ne porte gravement atteinte à l'intégrité psychologique du parent. Le droit des parents d'élever l'enfant et d'en prendre soin est, comme le juge La Forest l'a conclu dans *B. (R.)*, précité, au par. 83, «un droit individuel d'importance fondamentale dans notre société». Outre l'affliction évidente causée par la perte de la compagnie de l'enfant, l'ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant, par le biais d'une procédure dans laquelle le lien est examiné et contrôlé par l'État, est une intrusion flagrante dans un domaine privé et intime. De plus, les parents sont souvent marqués comme étant «inaptes» quand on leur retire la garde de leurs enfants. Comme la qualité de parent est souvent fondamentale à l'identité personnelle, la honte et l'affliction résultant de la perte de cette qualité est une conséquence particulièrement grave de la conduite de l'État.

62 In *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 919-20, a case dealing with the s. 11(b) right to be tried within a reasonable time, I found that the combination of stigmatization, loss of privacy, and disruption of family life were sufficient to constitute a restriction of security of the person:

Dans *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux pp. 919 et 920, qui porte sur le droit garanti à l'al. 11b) d'être jugé dans un délai raisonnable, je conclus que la stigmatisation et l'atteinte à la vie privée combinée aux perturbations de la vie familiale suffisent pour constituer une restriction de la sécurité de la personne:

... security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation". . . These include stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction.

... la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre [TRADUCTION] «un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante» [...] Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.

As I have noted, these are precisely the same consequences arising from the state's conduct in this case.

Comme je l'ai signalé, il s'agit précisément des conséquences qu'entraîne la conduite de l'État dans la présente affaire.

Not every state action which interferes with the parent-child relationship will restrict a parent's right to security of the person. For example, a parent's security of the person is not restricted when, without more, his or her child is sentenced to jail or conscripted into the army. Nor is it restricted when the child is negligently shot and killed by a police officer: see *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268.

While the parent may suffer significant stress and anxiety as a result of the interference with the relationship occasioned by these actions, the quality of the "injury" to the parent is distinguishable from that in the present case. In the aforementioned examples, the state is making no pronouncement as to the parent's fitness or parental status, nor is it usurping the parental role or prying into the intimacies of the relationship. In short, the state is not directly interfering with the psychological integrity of the parent *qua* parent. The different effect on the psychological integrity of the parent in the above examples leads me to the conclusion that no constitutional rights of the parent are engaged.

I now turn to the question of whether the right to security of the person extends beyond the criminal law context. In both *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, *supra*, and *B. (R.)*, *supra*, I held that the restrictions on liberty and security of the person that s. 7 is concerned with are those that occur as a result of an individual's interaction with the justice system and its administration. In other words, the subject matter of s. 7 is the state's conduct in the course of enforcing and securing compliance with the law, where the state's conduct deprives an individual of his or her right to life, liberty, or security of the person. I hastened to add, however, that s. 7 is not limited solely to purely criminal or penal matters. There are other ways in which the government, in the course of the administration of justice, can deprive a person of their s. 7 rights to liberty and

Les actes par lesquels l'État s'ingère dans le lien parent-enfant ne restreignent pas tous le droit d'un parent à la sécurité de sa personne. Par exemple, ce droit n'est pas restreint du seul fait que l'enfant est condamné à la prison ou enrôlé dans l'armée par conscription. Pas plus qu'il ne l'est lorsque l'enfant est abattu par négligence par un agent de police: *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268.

Bien que l'ingérence de l'État puisse constituer une source de tension et d'angoisse importantes pour le parent, la nature du «préjudice» causé au parent par ces actes peut être distinguée de celle qui est visée dans la présente affaire. Dans les exemples susmentionnés, l'État ne se prononce pas sur l'aptitude du père ou de la mère ni sur sa qualité de parent, il n'usurpe pas non plus sur le rôle parental ni ne cherche à s'ingérer dans l'intimité du lien parent-enfant. En résumé, l'État ne porte pas directement atteinte à l'intégrité psychologique du parent en tant que parent. La répercussion différente sur l'intégrité psychologique des parents dans les exemples susmentionnés m'amène à conclure que les droits constitutionnels des parents n'entrent pas en jeu.

Je passe maintenant à la question de savoir si le droit à la sécurité de la personne peut s'appliquer hors du contexte du droit criminel. Tant dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel* que dans l'arrêt *B. (R.)*, précités, j'ai statué que les restrictions à la liberté et à la sécurité de la personne qui font jouer l'art. 7 sont celles qui résultent d'une interaction de l'individu avec le système judiciaire et l'administration de la justice. Autrement dit, l'objet de l'art. 7 est le comportement de l'État en tant qu'il fait observer et appliquer la loi, lorsque ce comportement prive un individu de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Je m'empresse d'ajouter toutefois, que l'art. 7 n'est pas limité aux affaires purement criminelles ou pénales. Dans le cours de l'administration de la justice, il existe d'autres façons par lesquelles l'État peut priver un individu du droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7, par exemple l'internement dans

63

64

65

security of the person, i.e., civil committal to a mental institution: see *B. (R.)*, *supra*, at para. 22.

un établissement psychiatrique: voir *B. (R.)*, précité, au par. 22.

66 A child custody application is an example of state action which directly engages the justice system and its administration. The *Family Services Act* provides that a judicial hearing must be held in order to determine whether a parent should be relieved of custody of his or her child.

Les demandes de garde d'enfants sont un exemple d'acte gouvernemental intéressant directement le système judiciaire et l'administration de la justice. La *Loi sur les services à la famille* prévoit qu'une audience doit être tenue afin de décider s'il faut retirer à un parent la garde de son enfant.

67 I therefore conclude that the Minister of Health and Community Services' application to extend the original custody order threatened to restrict the appellant's right to security of the person. I note that this conclusion is not inconsistent with the position I adopted in *B. (R.)*, where I limited my comments to the issue of the scope of the right to liberty under s. 7 and in particular, whether the right to liberty includes the right of parents to choose medical treatment for their child.

Par conséquent, je conclus que la demande du ministre de la Santé et des Services communautaires visant la prorogation de l'ordonnance de garde initiale menaçait de restreindre le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne. Je fais remarquer que cette conclusion n'est pas incompatible avec le point de vue que j'ai adopté dans l'arrêt *B. (R.)*, dans lequel j'ai limité mes commentaires à la question de la portée du droit à la liberté garanti à l'art. 7 et notamment, à la question de savoir si le droit à la liberté englobait le droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant.

C. Principles of Fundamental Justice

C. Les principes de justice fondamentale

68 I now turn to consider whether the potential restriction of the appellant's right to security of the person would have been in accordance with the principles of fundamental justice were she not represented by counsel at the custody hearing.

J'aborde à présent la question de savoir si la restriction potentielle du droit de l'appelante à la sécurité de sa personne aurait été conforme aux principes de justice fondamentale si elle n'avait pas été représentée par un avocat à l'audience relative à la garde.

69 While relieving a parent of custody of his or her child restricts the parent's right to security of the person, this restriction may nevertheless be in accordance with the principles of fundamental justice. The principles of fundamental justice "are to be found in the basic tenets of our legal system": *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. It is a time-honoured principle that the state may relieve a parent of custody when necessary to protect a child's health and safety. Rand J.'s judgment in *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606, is the classic statement of this principle in Canadian law. At pp. 607-8, he wrote:

Même si le fait de retirer au père ou à la mère la garde de son enfant restreint le droit du parent à la sécurité de sa personne, cette restriction peut néanmoins être conforme aux principes de justice fondamentale. Les principes de justice fondamentale «se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique»: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 503. Le principe que l'État peut retirer à un parent la garde lorsque cela s'avère nécessaire pour protéger la santé et la sécurité d'un enfant est consacré. Dans l'arrêt *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606, le juge Rand fait l'exposé classique de ce principe en droit canadien, aux pp. 607 et 608:

It is, I think, of the utmost importance that questions involving the custody of infants be approached with a clear view of the governing considerations. That view cannot be less than this: *prima facie* the natural parents are entitled to custody unless by reason of some act, condition or circumstance affecting them it is evident that the welfare of the child requires that that fundamental natural relation be severed. . . .

The view of the child's welfare conceives it to lie, first, within the warmth and security of the home provided by his parents; when through a failure, with or without parental fault, to furnish that protection, that welfare is threatened, the community, represented by the Sovereign, is, on the broadest social and national grounds, justified in displacing the parents and assuming their duties.

This, in substance, is the rule of law established for centuries and in the light of which the common law Courts and the Court of Chancery, following their differing rules, dealt with custody.

More recently, La Forest J., writing for three others in *B. (R.)* held at para. 88 that

the common law has long recognized the power of the state to intervene to protect children whose lives are in jeopardy and to promote their well-being, basing such intervention on its *parens patriae* jurisdiction; see, for example, *Hepton v. Maat, supra*; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388. The protection of a child's right to life and to health, when it becomes necessary to do so, is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long, of course, as it also meets the requirements of fair procedure.

Thus, the principles of fundamental justice in child protection proceedings are both substantive and procedural. The state may only relieve a parent of custody when it is necessary to protect the best interests of the child, provided that there is a fair procedure for making this determination.

The appellant did not contest the legitimacy of the principle that the state may relieve a parent of

[TRADUCTION] J'estime primordial d'aborder les questions relatives à la garde des jeunes enfants en ayant clairement à l'esprit les principes applicables. Il faut minimalement tenir compte de ce qui suit: à première vue, les parents naturels ont droit à la garde de leurs enfants à moins que des agissements, des conditions ou des circonstances auxquelles ils sont assujettis ne démontrent clairement que le bien-être de l'enfant exige la rupture de ce lien naturel fondamental . . .

Selon ce point de vue, le bien-être de l'enfant repose d'abord dans la chaleur et la sécurité du foyer que lui fournissent ses parents; si, en raison de l'omission de fournir cette protection, avec ou sans faute de la part des parents, ce bien-être est menacé, la collectivité, représentée par le Souverain, est, pour les motifs sociaux et nationaux les plus généraux, justifiée d'évincer les parents et d'assumer leurs obligations.

C'est en substance la règle de droit établie depuis des siècles que les tribunaux de common law et les tribunaux d'*equity* ont appliquée, suivant leurs règles distinctes, en matière de garde.

Plus récemment dans l'arrêt *B. (R.)*, le juge La Forest, avec l'appui de trois autres juges, conclut, au par. 88:

[L]a common law reconnaît depuis longtemps le pouvoir de l'État d'intervenir pour protéger l'enfant dont la vie est en danger et pour promouvoir son bien-être, en fondant cette intervention sur sa compétence *parens patriae*; voir, par exemple, *Hepton c. Maat*, précité, et *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388. La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé, lorsqu'il devient nécessaire de le faire, est un précepte fondamental de notre système juridique, et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure, évidemment, où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable.

En conséquence, les principes de justice fondamentale dans les instances concernant la protection des enfants intéressent autant le fond que la procédure. L'État ne peut retirer au parent la garde de son enfant que si cela s'avère nécessaire pour protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, pourvu que cette décision soit prise selon une procédure équitable.

L'appellante n'a pas mis en doute la légitimité du principe voulant que l'État puisse retirer la garde

70

71

custody to protect the child's health and safety. Rather, she took issue with the fairness of the procedure in this case.

72

A fair procedure for determining whether a custody order should be extended requires a fair hearing before a neutral and impartial arbiter. The paramount consideration at the hearing should be the child's best interests. This is recognized in s. 53(2) of the *Family Services Act*, which provides:

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.

73

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

74

The *Family Services Act* allows parents to be present at and participate in the hearing, with or without counsel, hear all the evidence and cross-examine witnesses, and present evidence and make other representations to the court. However, it does not provide for the payment of legal fees incurred by parents with respect to an application by the Minister. Indigent parents must resort to the legal

au père ou à la mère en vue de protéger la santé et la sécurité de l'enfant. Elle a plutôt contesté le caractère équitable de la procédure en l'espèce.

Lorsqu'il s'agit d'une demande de prorogation d'une ordonnance de garde, l'équité procédurale exige une audience équitable devant un arbitre neutre et impartial. À l'audience, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale. La *Loi sur les services à la famille* reconnaît ce principe au par. 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.

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

La *Loi sur les services à la famille* permet aux parents d'être présents à l'audience, d'y participer, avec ou sans avocat, d'entendre toute la preuve, de contre-interroger les témoins, de présenter des éléments de preuve et de soumettre toute autre observation à la cour. Toutefois, elle ne pourvoit pas au paiement des frais de justice que la demande du ministre occasionne aux parents. Les parents sans

aid scheme, if there is one, as is the case in New Brunswick. If no legal aid is available, as in this case, the parent is forced to participate in the proceedings without the benefit of counsel. The majority of the Court of Appeal nevertheless held that the procedural rights provided by the *Family Services Act*, if complied with, would have been sufficient to “ensure reasonable compliance with constitutional standards” (p. 98).

I respectfully disagree. In the circumstances of this case, the appellant’s right to a fair hearing required that she be represented by counsel. I have reached this conclusion through a consideration of the following factors: the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the appellant. I will consider each in turn.

The interests at stake in the custody hearing are unquestionably of the highest order. Few state actions can have a more profound effect on the lives of both parent and child. Not only is the parent’s right to security of the person at stake, the child’s is as well. Since the best interests of the child are presumed to lie with the parent, the child’s psychological integrity and well-being may be seriously affected by the interference with the parent-child relationship.

Of particular importance is the fact that the state was seeking to extend a previous custody order by six months. A six-month separation of a parent from three young children is a significant period of time. It is even more significant when considered in light of the fact that the appellant had already been separated from her children for over a year and that generally speaking, the longer the separation of parent from child, the less likely it is that the parent will ever regain custody.

There is some debate between the parties as to whether child custody proceedings under the *Family Services Act* are more properly classified as adversarial or administrative in nature. In my view, a formalistic classification of the nature of

ressources doivent avoir recours au régime d’aide juridique, s’il en existe un, comme c’est le cas au Nouveau-Brunswick. Si aucune forme d’aide juridique n’est offerte, comme en l’espèce, ils sont forcés de prendre part à l’instance sans l’assistance d’un avocat. La Cour d’appel, à la majorité, a néanmoins conclu que les droits procéduraux prévus par la *Loi sur les services à la famille*, pour peu qu’on les respecte, seraient suffisants pour [TRANSDUCTION] «se conforme[r] raisonnablement aux normes constitutionnelles» (p. 98).

En toute déférence, je ne puis partager cette opinion. Dans les circonstances de l’espèce, le droit de l’appelante à une audience équitable exigeait qu’elle soit représentée par un avocat. Les facteurs suivants m’ont amené à une telle conclusion: l’importance des intérêts en jeu, la complexité de l’instance et les capacités de l’appelante. Je les examine tour à tour.

Les droits en jeu à l’audience relative à la garde sont sans aucun doute de la plus haute importance. Peu d’actes gouvernementaux peuvent avoir des répercussions plus profondes sur la vie des parents et de l’enfant. Il n’y a pas que le droit du parent à la sécurité de sa personne qui soit en jeu, il y a aussi celui de l’enfant. Comme l’intérêt supérieur de l’enfant est censé reposer sur les parents, l’intégrité psychologique et le bien-être de l’enfant peuvent être gravement compromis par une ingérence dans le lien parent-enfant.

Le fait que l’État cherchait à prolonger de six mois la durée d’une ordonnance de garde revêt une importance particulière. Pour un parent et ses trois jeunes enfants, une séparation de six mois, c’est très long. Ça l’est encore plus si l’on tient compte du fait que l’appelante avait déjà été séparée de ses enfants pendant plus d’un an et qu’en général, plus la séparation est longue, moins il est probable que le parent recouvrera la garde un jour.

Les parties ne s’entendent pas sur la question de savoir s’il faut qualifier de contradictoires ou d’administratives les instances concernant la garde engagées en vertu de la *Loi sur les services à la famille*. À mon avis, il n’est pas utile de ranger

75

76

77

78

the proceedings is not helpful in resolving the issue at hand. Child protection proceedings do not admit of easy classification. As Professor Thompson argues, the “unique amalgam of elements — criminal, civil, family, administrative — makes child protection proceedings so hard to characterize”: D. A. Rollie Thompson, “Taking Children *and* Facts Seriously: Evidence Law in Child Protection Proceedings — Part I” (1988), 7 *Can. J. Fam. L.* 11, at p. 12.

l’instance dans une catégorie formaliste pour trancher le litige en l’espèce. Les instances en matière de protection des enfants ne sont pas faciles à classer. Comme le professeur Thompson le souligne, [TRADUCTION] «l’amalgame unique d’éléments — criminels, civils, familiaux, administratifs — rend les instances en matière de protection des enfants très difficiles à qualifier»: D. A. Rollie Thompson, «Taking Children *and* Facts Seriously: Evidence Law in Child Protection Proceedings — Part I» (1988), 7 *Rev. can. d. fam.* 11, à la p. 12.

79

At issue in this appeal is whether the custody hearing would have been sufficiently complex, in light of the other two factors, that the assistance of a lawyer would have been necessary to ensure the appellant her right to a fair hearing. I believe that it would have been. Although perhaps more administrative in nature than criminal proceedings, child custody proceedings are effectively adversarial proceedings which occur in a court of law. The parties are responsible for planning and presenting their cases. While the rules of evidence are somewhat relaxed, difficult evidentiary issues are frequently raised. The parent must adduce evidence, cross-examine witnesses, make objections and present legal defences in the context of what is to many a foreign environment, and under significant emotional strain. In this case, all other parties were represented by counsel. The hearing was scheduled to last three days, and counsel for the Minister planned to present 15 affidavits, including two expert reports.

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si l’audience relative à la garde aurait été suffisamment complexe, compte tenu des deux autres facteurs, pour nécessiter l’assistance d’un avocat afin d’assurer le respect du droit de l’appelante à une audience équitable. Je crois que oui. Bien qu’elles soient peut-être de nature plus administrative que les instances criminelles, les instances relatives à la garde des enfants sont réellement des instances contradictoires ayant lieu devant un tribunal. Les parties sont responsables de la préparation et de la présentation de leur cause. Bien que les règles de preuve soient quelque peu assouplies, des questions de preuve compliquées sont fréquemment soulevées. Les parents, en proie à une tension émotionnelle considérable, doivent soumettre des éléments de preuve, contre-interroger des témoins, formuler des objections et présenter des moyens de défense prévus par la loi dans un contexte qui, la plupart du temps, leur est inconnu. Dans la présente affaire, toutes les autres parties étaient représentées par avocat. L’audience devait durer trois jours, et l’avocat du ministre projetait de présenter 15 affidavits, incluant deux rapports d’experts.

80

In proceedings as serious and complex as these, an unrepresented parent will ordinarily need to possess superior intelligence or education, communication skills, composure, and familiarity with the legal system in order to effectively present his or her case. There is no evidence in Athey J.’s decision or the record to suggest that the appellant possessed such capacities.

Dans des instances aussi importantes et complexes, le parent non représenté devra, en général, être très intelligent ou très instruit, posséder d’excellentes capacités de communication ainsi que beaucoup de sang-froid et bien connaître le système judiciaire pour pouvoir présenter efficacement sa cause. Ni la décision du juge Athey ni le dossier ne font état d’éléments de preuve indiquant que l’appelante possédait ces attributs.

81

In light of these factors, I find that the appellant needed to be represented by counsel for there to

Compte tenu de ces facteurs, j’estime que la représentation de l’appelante était nécessaire à la

have been a fair determination of the children's best interests. Without the benefit of counsel, the appellant would not have been able to participate effectively at the hearing, creating an unacceptable risk of error in determining the children's best interests and thereby threatening to violate both the appellant's and her children's s. 7 right to security of the person. I say this despite the motions judge's finding to the contrary.

Athey J., in concluding that representation of the appellant by counsel was not essential to a fair hearing, said at p. 205:

There has been no suggestion that J.G. lacks the capacity to understand the allegations made by the Minister or that she is unable to communicate her position to the court. In these circumstances I am not convinced that she is not able to adequately state her case or that provision of counsel to represent her is essential to a fair trial.

When a trial judge decides that an indigent parent does not need legal representation for there to be a fair custody hearing, the judge's finding should ordinarily be accorded deference by a reviewing court if the reviewing court becomes seized of the matter prior to the commencement of the hearing pursuant to an interlocutory appeal. This is because whether counsel for the parent is necessary to ensure the fairness of the hearing depends on a consideration of the factors I outlined above, and a trial judge is generally better positioned than a reviewing court to make this determination. He or she is better situated to make an accurate assessment of the complexity of the proceedings and, in particular, the parent's capacities. Moreover, the trial judge is under a duty to ensure a fair hearing, and has the ability to assist the parent in the proceedings, within the limits of his or her judicial role. Even if the parent is in need of some assistance, the judge may feel that he or she can intervene sufficiently to ensure the fairness of the hearing. Therefore, an appellate court should be wary of overturning a trial judge's decision, assuming that the appropriate factors are considered.

détermination équitable de l'intérêt supérieur des enfants. Sans avocat, l'appelante n'aurait pu participer efficacement à l'audience, ce qui aurait fait naître un risque inacceptable d'erreur dans la détermination de l'intérêt supérieur des enfants et, en conséquence, aurait menacé de violer le droit à la sécurité de la personne de l'appelante et de ses enfants que garantit l'art. 7, quoi qu'en ait conclu le juge des requêtes.

Le juge Athey a conclu, à la p. 205, qu'il n'était pas essentiel à l'équité de l'audience que l'appelante soit représentée par avocat car

[TRADUCTION] [p]ersonne n'a laissé entendre que [M^{me} G.] n'avait pas la capacité de comprendre les allégations faites par le Ministre ou qu'elle était incapable de communiquer son point de vue à la cour. Dans les présentes circonstances, je ne suis pas convaincue qu'elle soit incapable d'exposer adéquatement sa cause ou que sa représentation par un avocat soit essentielle à la tenue d'un procès équitable.

Le tribunal qui examine la conclusion d'un juge de première instance selon laquelle il n'est pas nécessaire à la tenue d'une audience équitable en matière de garde d'enfants qu'un parent sans ressources soit représenté par avocat, doit normalement faire preuve de retenue s'il est saisi de la question avant le début de l'audience, dans le cadre d'un appel interlocutoire. En effet, la question de savoir s'il faut que le parent ait l'assistance d'un avocat pour que l'audience soit équitable dépend des facteurs que j'ai énumérés plus haut, et le juge de première instance est généralement mieux placé que le tribunal siégeant en révision pour trancher cette question car il est plus à même d'évaluer précisément la complexité de l'instance et, en particulier, les capacités du parent. En outre, le juge de première instance a l'obligation de veiller à l'équité de l'audience de même que la capacité d'aider le parent pendant le déroulement de l'instance, dans la limite de sa fonction juridictionnelle. Même si le parent a besoin d'assistance, le juge peut estimer qu'il est en mesure d'intervenir suffisamment pour préserver le caractère équitable de l'audience. C'est pourquoi le tribunal d'appel doit exercer une grande prudence avant d'infirmier la décision d'un juge de première instance, si les facteurs appropriés ont été pris en considération.

83

In the unusual circumstances of this case, however, I find that little deference should be accorded to the motions judge's conclusion that the appellant was capable of adequately representing herself. First, Athey J., who did not have the benefit of these reasons, referred to the appellant's "capacity to understand the allegations" and ability to "communicate her position to the court" (p. 205). This creates the impression that Athey J. may have assessed whether counsel was necessary for a fair hearing according to the same standard used to determine competence to stand trial on criminal charges. Competence is a necessary but not sufficient condition for determining whether an unrepresented parent will receive a fair custody hearing. Although competent, the parent must be able to participate meaningfully at the hearing, which goes beyond mere ability to understand the case and communicate.

84

Second, even assuming that Athey J. applied the correct test and considered the appropriate factors, she decided the motion on the appellant's right to counsel nearly a full year after the custody hearing. More importantly, the appellant was in fact represented by counsel at the hearing. Ordinarily a judge would determine whether representation by counsel is essential for a fair hearing prior to the commencement of the hearing. The fact that the motions judge made her determination after a hearing in which the appellant's case was presented through the assistance of counsel may have had an unduly influential effect on her conclusion. For example, the smoothness with which the proceeding was conducted may well have caused the motions judge to discount its complexity, as well as any limitations in the appellant's ability to communicate effectively in a court of law.

85

Therefore, attempting to put myself in the position of the motions judge prior to the hearing, when considering the seriousness and complexity of the proceedings and the capacities of the appellant, I disagree with her finding that the appellant

Dans les circonstances inhabituelles de la présente espèce, toutefois, j'estime que la conclusion du juge des requêtes selon laquelle l'appelante était capable de bien se représenter seule n'appelle pas une grande retenue. Premièrement, le juge Athey, qui n'a pas eu l'avantage de pouvoir s'appuyer sur les présents motifs, a mentionné la capacité de l'appelante [TRADUCTION] «de comprendre les allégations» et [TRADUCTION] «de communiquer son point de vue à la cour» (p. 205). Ces mots suggèrent que le juge Athey a pu évaluer la nécessité de la représentation par avocat pour une audience équitable en fonction des normes appliquées pour déterminer si, en matière criminelle, un accusé est apte à subir son procès. Cette aptitude est un élément nécessaire mais non suffisant pour juger de l'équité d'une audience en matière de garde lorsque le parent n'est pas représenté par avocat. Son aptitude reconnue, le parent doit être en mesure de participer efficacement à l'audience, une exigence qui dépasse la simple capacité de comprendre et de communiquer.

Deuxièmement, même en supposant que le juge Athey a appliqué les critères appropriés et tenu compte des bons facteurs, elle a statué sur la requête concernant le droit de l'appelante à un avocat presque un an après l'audition de la demande de garde et, ce qui est encore plus important, alors que l'appelante avait en fait été représentée par avocat. Ordinairement, c'est avant le commencement de l'audience que le juge détermine s'il est essentiel à l'équité de l'audience qu'une partie soit représentée par avocat. Le fait que le juge des requêtes a rendu sa décision après une audience où l'appelante était représentée par avocat a pu influencer indûment sur la conclusion tirée. Par exemple, il est fort possible que le déroulement sans incident de l'instance ait occulté sa complexité aux yeux du juge de même que les limites de la capacité de communication de l'appelante devant une cour de justice.

Par conséquent, si je me mets à la place du juge des requêtes avant l'audience et que je prends en considération l'importance et la complexité de l'instance ainsi que les capacités de l'appelante, je ne puis faire mienne sa conclusion selon laquelle

could communicate effectively enough without the assistance of counsel to ensure a fair hearing. I believe this Court may justifiably overturn her decision.

I would like to make it clear that the right to a fair hearing will not always require an individual to be represented by counsel when a decision is made affecting that individual's right to life, liberty, or security of the person. In particular, a parent need not always be represented by counsel in order to ensure a fair custody hearing. The seriousness and complexity of a hearing and the capacities of the parent will vary from case to case. Whether it is necessary for the parent to be represented by counsel is directly proportional to the seriousness and complexity of the proceedings, and inversely proportional to the capacities of the parent.

Although all custody hearings engage serious interests, the seriousness of the interests at stake varies according to the length of the proposed separation of parent from child. For instance, permanent guardianship applications are more serious than temporary custody applications. Therefore, counsel will more likely be necessary in guardianship applications than custody applications. The difference in seriousness between these two types of applications is currently recognized by Legal Aid New Brunswick, which provides legal aid certificates to financially eligible applicants in all guardianship applications but not in all custody applications. There is also a difference in the seriousness of the interests at stake in custody hearings depending on the length of any previous separation.

The complexity of the hearing can vary dramatically from case to case. Some hearings may be very short, involve relatively simple questions of fact and credibility, and have no expert reports. Others might take days and involve complicated evidentiary questions, troublesome points of law, and multiple experts. In the former cases, the assistance of counsel will make little difference to the

l'appelante disposait de capacités de communication suffisantes pour que l'audience soit équitable sans l'assistance d'un avocat. Je crois que notre Cour est justifiée d'infirmer sa décision.

Je tiens à souligner que le droit à une audience équitable ne nécessitera pas toujours qu'une personne soit représentée par un avocat lorsque la décision porte sur son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. En particulier, il n'est pas toujours nécessaire qu'un parent soit représenté par avocat pour garantir l'équité d'une audience relative à la garde. L'importance et la complexité de l'audience ainsi que les capacités du parent varient d'une affaire à l'autre. La nécessité de la représentation du parent par avocat est directement proportionnelle à l'importance et à la complexité de l'instance et inversement proportionnelle aux capacités du parent.

Bien qu'une audience en matière de garde d'enfants fasse toujours entrer en jeu des intérêts importants, leur importance varie en fonction de la durée prévue de la séparation. Par exemple, les demandes de tutelle permanente sont plus importantes que les demandes de garde temporaire. Vraisemblablement, la nécessité de l'assistance d'un avocat se fera donc davantage sentir à l'égard des demandes de tutelle que des demandes de garde. Le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick reconnaît actuellement la différence de gravité entre les deux types de demandes puisque des certificats d'aide juridique sont délivrés aux personnes satisfaisant aux conditions financières d'admissibilité à l'égard de toutes les demandes de tutelle, alors que ce n'est pas le cas pour toutes les demandes de garde. La durée de toute séparation antérieure influe également sur le degré de gravité des intérêts en jeu dans une audience en matière de garde.

Selon les affaires, la complexité des audiences peut varier énormément. Certaines audiences peuvent être très courtes, soulever des questions de fait ou de crédibilité relativement simples et ne pas comporter de rapports d'experts, tandis que d'autres peuvent s'étirer sur plusieurs jours et mettre en cause des questions de preuve compliquées, des points de droit épineux et faire intervenir de

86

87

88

parent's ability to present his or her view of the child's best interests, whereas in the latter cases, the representation of counsel may be essential to ensure a fair hearing.

nombreux experts. Dans le premier cas, l'assistance d'un avocat comptera pour peu dans la capacité du parent de faire valoir son point de vue concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, alors que dans le second, il pourra être essentiel que le parent soit représenté par avocat pour que l'audience soit équitable.

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

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

90 Without commenting on their correctness, I note that there are a number of appellate court cases in Canada which have found that legal representation of an accused may be necessary to ensure a fair trial, pursuant to ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. These cases are noteworthy because the criteria employed by the courts to determine whether counsel was warranted included the seriousness of the interests at stake and the complexity of the proceedings: see *Rowbotham, supra*; *R. v. Robinson* (1989), 63 D.L.R. (4th) 289 (Alta. C.A.); *R. v. Rain* (1998), 130 C.C.C. (3d) 167 (Alta. C.A.).

Je remarque, sans me prononcer sur le bien-fondé de telles conclusions, que plusieurs cours d'appel au Canada ont conclu qu'il pouvait être nécessaire qu'un accusé soit représenté par avocat pour que le procès soit équitable aux termes de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*. Ces décisions sont dignes de mention car les critères appliqués par les cours d'appel pour déterminer si la représentation par avocat s'impose comprennent la gravité des intérêts en jeu et la complexité de l'instance: voir *Rowbotham*, précité; *R. c. Robinson* (1989), 63 D.L.R. (4th) 289 (C.A. Alb.); *R. c. Rain* (1998), 130 C.C.C. (3d) 167 (C.A. Alb.).

91 I therefore conclude that the potential restriction of the appellant's right to security of the person would not have been in accordance with the principles of fundamental justice had the custody hearing proceeded with the appellant unrepresented by counsel. The potential s. 7 violation in this case would have been the result of the failure of the Government of New Brunswick to provide the

Je conclus donc que si l'audience en matière de garde s'était tenue sans que l'appelante soit représentée par avocat, la restriction potentielle du droit de l'appelante à la sécurité de sa personne n'aurait pas été conforme aux principes de justice fondamentale. La contravention potentielle à l'art. 7, en l'espèce, aurait été attribuable à l'omission du gouvernement du Nouveau-Brunswick de fournir à

appellant with state-funded counsel under its Domestic Legal Aid program after initiating proceedings under Part IV of the *Family Services Act*.

In attributing the failure to provide state-funded counsel to the government's administration of the Domestic Legal Aid program, I do not mean to suggest that the Domestic Legal Aid program as it stands is the only way the government could have fulfilled its constitutional obligation in this case. The government has wide latitude in discharging its constitutional duty to provide state-funded counsel in proceedings where that duty arises. It could have done so in any number of ways — under the *Legal Aid Act*, the *Family Services Act*, or a myriad of other legislation or programs. This Court need not and should not tell the Government of New Brunswick what specific delivery system should have been employed.

Nevertheless, notwithstanding the variety of potential delivery options, the government chose to enact a general legal aid scheme with a scope of application encompassing the proceeding at issue in this appeal. It also adopted a specific policy of not providing legal aid to respondents in custody applications. Most importantly, the Attorney General and Ministers of Justice and Health and Community Services' s. 1 arguments seeking to justify the infringement (if one were to be found) of the appellant's s. 7 rights attribute it to the administration of the legal aid scheme. Therefore, it is not unreasonable to find the Domestic Legal Aid program to be the locus of the constitutional violation in this case.

D. Section 1

Although this case involves a prospective violation of s. 7, it is still necessary to engage in a s. 1

l'appelante l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État en vertu du programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, après avoir entamé des procédures sous le régime de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*.

J'ai attribué l'omission de fournir un avocat rémunéré par l'État à l'administration gouvernementale du programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, mais cela ne signifie pas que c'est uniquement au moyen de ce programme, dans son état actuel, que le gouvernement aurait pu s'acquitter de son obligation constitutionnelle en l'espèce. Le gouvernement jouit d'une très grande latitude pour ce qui est de s'acquitter de son obligation constitutionnelle de fournir un avocat rémunéré par l'État dans les instances où cette obligation prend naissance, et il aurait pu le faire de plusieurs façons — en vertu de la *Loi sur l'aide juridique*, de la *Loi sur les services à la famille* ou d'une multitude d'autres lois ou programmes. Notre Cour n'a pas besoin de dicter au gouvernement du Nouveau-Brunswick le mécanisme de prestation de services auquel il aurait fallu recourir, et elle ne doit pas le faire.

En dépit de l'arsenal des mécanismes de prestation possibles, le gouvernement a choisi d'établir un régime général d'aide juridique dont le champ d'application englobe l'instance visée par le présent pourvoi. Il a également adopté une ligne de conduite particulière prescrivant de ne pas fournir d'aide juridique aux intimés visés par des demandes de garde. De façon plus importante, les arguments que le procureur général de même que le ministre de la Justice et le ministre de la Santé et des Services communautaires ont avancés pour justifier, en vertu de l'article premier, l'atteinte (si atteinte il y a) aux garanties prévues à l'art. 7 l'attribuent à l'administration du régime d'aide juridique. Il n'est donc pas déraisonnable de conclure que la violation constitutionnelle en l'espèce réside dans le programme d'aide juridique en matière de droit de la famille.

D. L'article premier

Même si le présent pourvoi porte sur une violation éventuelle de l'art. 7, il demeure nécessaire de

92

93

94

analysis. For if the prospective s. 7 violation would otherwise have been saved by s. 1, then there would be no need to order a remedy.

95 Section 1 of the *Charter* provides:

1. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, this Court set out the analytical framework for determining whether a law constitutes a reasonable limit on a *Charter* right. Iacobucci J. summarized this framework in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182:

A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right.

96 The appellant quite rightly is not directly challenging the *Legal Aid Act*, but rather administrative decisions made pursuant to it. The *Legal Aid Act* does not expressly or by necessary implication deny state-funded counsel to respondents in custody applications. On the contrary, both *Legal Aid New Brunswick*, pursuant to s. 12 of the *Legal Aid Act*, and the Minister of Justice, pursuant to s. 24 may provide state-funded counsel in these circumstances.

97 Despite the fact that state-funded legal assistance could have been provided in cases of custody

procéder à une analyse fondée sur l'article premier, car si cette violation peut se justifier sous le régime de l'article premier, il ne sera pas nécessaire de statuer sur la réparation.

L'article premier de la *Charte* est ainsi conçu:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour établit le cadre analytique permettant de déterminer si une loi constitue une limite raisonnable à un droit garanti par la *Charte*. Le juge Iacobucci présente ce cadre sous forme résumée dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 182:

L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif.

L'appelante, à juste titre, ne conteste pas directement la *Loi sur l'aide juridique*, mais plutôt les décisions administratives prises sous son régime. Cette loi ne refuse pas expressément ni par implication nécessaire les services d'un avocat rémunéré par l'État aux intimés visés par des demandes de garde. Au contraire, tant le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick, en application de l'art. 12 de la *Loi sur l'aide juridique*, que le ministre de la Justice, en application de l'art. 24, peuvent fournir un avocat rémunéré par l'État dans un tel cas.

Même si les art. 12 et 24 permettaient d'accorder de l'aide juridique sur les deniers publics à

applications pursuant to ss. 12 and 24, it was not. The Minister of Justice's program did not cover either guardianship or custody applications initiated by the Minister of Health and Community Services. This decision was made in order to avoid any potential conflicts of interest for Family Solicitors, who would be forced to act against the government while being paid by the Minister of Justice. As a result, Legal Aid New Brunswick agreed to continue providing legal aid certificates in cases of guardianship applications, but expressly refused to do so for custody applications. This had been Legal Aid New Brunswick's policy prior to 1993, when the Minister of Justice's program was first introduced. In December of 1991, the Council of the Law Society adopted a policy of limiting the provision of legal aid certificates to victims of family violence involved in private family litigation and to respondents to guardianship applications by the Minister of Health and Community Services. This policy was adopted pursuant to s. 12(14) of the Act, which provides that the Law Society may limit the provision of legal aid in certain matters when the Legal Aid Fund is in danger of being depleted. Consequently, the *Charter* infringement in this case is not caused "by the legislation itself, but by the actions of a delegated decision-maker in applying it": see *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 20. See also *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078.

Assuming without deciding that the policy of not providing state-funded counsel to respondents in custody applications was a limit prescribed by law, that the objective of this policy — controlling legal aid expenditures — is pressing and substantial, that the policy is rationally connected to that objective, and that it constitutes a minimal impairment of s. 7, I find that the deleterious effects of

l'égard des demandes d'ordonnance de garde, cette aide n'a pas été fournie. Le programme appliqué par le ministre de la Justice ne couvrait ni les demandes de garde ni les demandes de tutelle présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires. Cette décision a été prise pour éviter toute possibilité de conflits d'intérêts chez les avocats plaidant en matière familiale car, sinon, ces avocats seraient obligés d'agir contre le gouvernement tout en étant rémunérés par le ministre de la Justice. Le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick a donc accepté de continuer à délivrer des certificats d'aide juridique pour les demandes de tutelle, mais a expressément refusé de le faire pour les demandes de garde. C'était la ligne de conduite appliquée avant 1993, année où le programme du ministre de la Justice a été introduit. En décembre 1991, le conseil du Barreau a adopté une ligne directrice limitant la délivrance des certificats d'aide juridique aux victimes de violence familiale parties à une instance en matière familiale concernant des particuliers et aux intimés visés par des demandes de tutelle présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires. Cette ligne de conduite avait été adoptée initialement sous le régime du par. 12(14) de la *Loi sur l'aide juridique*, lequel prévoit que lorsque le Fonds d'aide juridique risque de s'épuiser, le Barreau peut limiter la fourniture d'aide juridique à l'égard de certaines questions. Par conséquent, la contravention à la *Charte*, en l'espèce, ne découle pas de «la loi elle-même, mais [des] actes d'un décideur à qui on a délégué son application»: voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 20. Voir également *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078.

En supposant, sans toutefois statuer sur la question, que la ligne de conduite consistant à ne pas fournir des services d'avocats rémunérés par l'État aux intimés visés par des demandes de garde est une restriction prévue par une règle de droit, que son objectif — la réduction des dépenses afférentes à l'aide juridique — constitue une préoccupation urgente et réelle, que la ligne de conduite est rationnellement liée à l'objectif et qu'elle porte le moins possible atteinte au droit garanti par l'art. 7,

the policy far outweigh the salutary effects of any potential budgetary savings.

99 Section 7 violations are not easily saved by s. 1. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 518, I said:

Section 1 may, for reasons of administrative expediency, successfully come to the rescue of an otherwise violation of s. 7, but only in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics, and the like.

This is so for two reasons. First, the rights protected by s. 7 — life, liberty, and security of the person — are very significant and cannot ordinarily be overridden by competing social interests. Second, rarely will a violation of the principles of fundamental justice, specifically the right to a fair hearing, be upheld as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society.

100 In the circumstances of this case, the Government of New Brunswick argues that the objective of limiting legal aid expenditures is of sufficient importance to deny the appellant a fair hearing. The proposed budgetary savings, however, are minimal. In their factum, Legal Aid New Brunswick and the Law Society of New Brunswick report that the projected annual cost of their new policy, effective September 22, 1997, of issuing legal aid certificates to respondents in custody applications for their first hearing would be under \$100,000. Although the present appeal concerns the right to state-funded counsel at a hearing to extend an original custody order, the additional cost of providing state-funded counsel in these circumstances is insufficient to constitute a justification within the meaning of s. 1. Moreover, the government is not under an obligation to provide legal aid to every parent who cannot afford a lawyer. Rather, the obligation only arises in circumstances where the representation of the parent is

je conclus que les effets nocifs de la ligne de conduite excèdent de beaucoup les effets bénéfiques pouvant résulter d'éventuelles économies budgétaires.

Il n'est pas facile de sauver une atteinte à l'art. 7 par application de l'article premier. Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, j'écris à la p. 518:

L'article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par ailleurs une violation de l'art. 7, mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite.

Deux raisons expliquent ceci. D'abord, les intérêts protégés par l'art. 7 — la vie, la liberté et la sécurité de la personne — revêtent une grande importance et généralement, des exigences sociales concurrentes ne pourront prendre le pas sur eux. Ensuite, le non-respect des principes de justice fondamentale — et, en particulier, du droit à une audience équitable — sera rarement reconnu comme une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En l'espèce, le gouvernement du Nouveau-Brunswick soutient que l'objectif de réduction des dépenses relatives à l'aide juridique est suffisamment important pour priver l'appelante d'une audience équitable. Les économies budgétaires projetées, toutefois, sont minimales. Dans leur mémoire, le programme d'aide juridique et le Barreau du Nouveau-Brunswick déclarent que le coût annuel prévu pour la nouvelle ligne de conduite entrée en vigueur le 22 septembre 1997 et consistant à délivrer des certificats d'aide juridique aux intimés visés par des demandes de garde, à l'égard de la première instruction de la demande, est inférieur à 100 000 \$. Bien que le présent pourvoi porte sur le droit à des services d'avocats rémunérés par l'État pour une audience relative à la prorogation d'une ordonnance de garde, les coûts supplémentaires qui résulteraient de la prestation de tels services dans ces circonstances ne sont pas suffisants pour constituer une justification au sens de l'article premier. En outre, le gouverne-

essential to ensure a fair hearing where the parent's life, liberty, or security is at stake. In my view, a parent's right to a fair hearing when the state seeks to suspend such parent's custody of his or her child outweighs the relatively modest sums, when considered in light of the government's entire budget, at issue in this appeal.

E. Remedy

There are only two possible remedies a judge can order under s. 24(1) to avoid a prospective s. 7 breach in circumstances where the absence of counsel for one of the parties would result in an unfair hearing: an order that the government provide the unrepresented party with state-funded counsel, or a stay of proceedings. A stay of proceedings is clearly inappropriate in this case, as it would result in the return of the children to the appellant's custody. Children should not be returned to their parent's care when there is reason to suspect that they are in need of protection. Indeed, this would run contrary to the purposes of Part IV of the *Family Services Act*. The government must, therefore, provide the appellant with state-funded counsel.

It is unnecessary, however, to direct the Government of New Brunswick to rectify the policy's constitutional infirmities through the adoption of a new policy. Directing the government to design a new policy would run contrary to Sopinka J.'s admonition in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 104, to "refrain from intruding into the legislative sphere beyond what is necessary" in fashioning remedies for *Charter* violations. It is not clear how often the operation of the policy will lead to an unconstitutional hearing. It may be only in rare cases. Accordingly, the least intrusive remedy would be to leave the policy intact, subject to a discretion

ment n'est nullement tenu d'octroyer de l'aide juridique à tout parent qui n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat. L'obligation ne prend naissance que pour les affaires où la représentation du parent par avocat est essentielle à l'équité de l'audience, lorsque le droit de ce dernier à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est en cause. À mon avis, lorsque l'État cherche à retirer un parent la garde de son enfant, le droit du parent à une audience équitable l'emporte sur les sommes, relativement modestes en comparaison du budget total du gouvernement, qui sont en jeu en l'espèce.

E. La réparation

Pour éviter une violation éventuelle de l'art. 7 lorsque l'absence d'un avocat pour l'une des parties donnerait lieu à une audience inéquitable, seules deux formes de réparation sont possibles sous le régime du par. 24(1): une ordonnance enjoignant au gouvernement de fournir à la partie non représentée les services d'un avocat rémunéré par l'État ou la suspension de l'instance. La suspension ne convient manifestement pas en l'espèce puisqu'elle entraînerait le retour des enfants à la garde de l'appelante. Or, lorsqu'il y a des raisons de croire que les enfants ont besoin de protection, il ne faut pas les retourner à la garde de leur parent. Cela irait en fait à l'encontre des objectifs poursuivis par la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*. Le gouvernement doit donc fournir à l'appelante les services d'un avocat rémunéré par l'État.

Il n'est pas nécessaire, toutefois, d'enjoindre au gouvernement du Nouveau-Brunswick d'adopter une nouvelle ligne de conduite pour corriger les lacunes constitutionnelles de celle qu'il applique actuellement. Si la Cour ordonnait au gouvernement d'élaborer une nouvelle ligne de conduite, elle irait à l'encontre de l'admonestation du juge Sopinka, dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, de «ne pas empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire» (à la p. 104) dans l'élaboration des mesures de réparation par suite de contravention à la *Charte*. On ne sait pas si l'application de la ligne de conduite entraînera souvent des audiences

101

102

vested in the trial judge to order state-funded counsel on a case-by-case basis when necessary to ensure the fairness of the custody hearing. That having been said, there is nothing preventing the government from amending the policy — for example reading in a discretion — or providing respondents to custody applications with state-funded counsel through means other than the Domestic Legal Aid program.

inconstitutionnelles. Il est possible que cela n'arrive que rarement. La réparation qui empiète le moins consisterait donc à ne pas modifier la ligne de conduite, sous réserve du pouvoir discrétionnaire dévolu au juge de première instance d'ordonner de façon ponctuelle la fourniture des services d'un avocat rémunéré par l'État lorsque cette mesure est nécessaire pour assurer l'équité d'une audience en matière de garde d'enfants. Cela dit, rien n'empêche le gouvernement de modifier la ligne de conduite — en y intégrant, par exemple, un pouvoir discrétionnaire — ou de fournir aux intimés visés par une demande de garde un avocat rémunéré par l'État par d'autres moyens que le programme d'aide juridique en matière de droit de la famille.

103 As similar cases may arise in the future, I will briefly outline the procedure that should be followed when an unrepresented parent in a custody application seeks state-funded counsel. The judge at the hearing should first inquire as to whether the parent applied for legal aid or any other form of state-funded legal assistance offered by the province. If the parent has not exhausted all possible avenues for obtaining state-funded legal assistance, the proceedings should be adjourned to give the parent a reasonable time to make the appropriate applications, provided the best interests of the children are not compromised. It goes without saying that if the parent, whether or not he or she is able to pay for a lawyer, chooses not to have one that there will be no entitlement to state-funded legal assistance: see *Rowbotham, supra*, at p. 64. This is because the parent voluntarily assumes the risk of ineffective representation, for which the government cannot be held responsible.

Des affaires semblables pouvant survenir à l'avenir, je souligne brièvement la procédure à suivre lorsqu'un parent non représenté dans une demande de garde cherche à obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État. À l'audience, le juge doit d'abord vérifier si le parent a présenté une demande d'aide juridique ou a demandé une autre forme d'assistance juridique payée par l'État et offerte par la province. Si le parent n'a pas épuisé toutes les possibilités en vue d'obtenir une aide juridique rémunérée par l'État, l'instance devrait être ajournée pour donner au parent suffisamment de temps pour présenter les demandes appropriées, pourvu que l'intérêt supérieur de l'enfant n'en souffre pas. Il va sans dire que si le parent décide de ne pas être représenté par avocat, il n'aura pas droit à l'aide juridique rémunérée par l'État, qu'il ait ou non les moyens de retenir un avocat: voir *Rowbotham*, précité, à la p. 64. En effet, il assume alors volontairement le risque de ne pas être bien représenté et le gouvernement ne peut en être tenu responsable.

104 If the parent wants a lawyer but is unable to afford one, the judge should next consider whether the parent can receive a fair hearing through a consideration of the following criteria: the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the parent. The judge should also bear in mind his or her ability to assist the parent within the limits of the judicial

Lorsque le parent souhaite être représenté par avocat, mais n'en a pas les moyens, le juge doit ensuite déterminer si le parent peut faire l'objet d'une audience équitable, compte tenu des facteurs suivants: la gravité des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et les capacités du parent. Le juge doit également garder à l'esprit qu'il peut aider le parent, dans les limites de sa fonction

role. If, after considering these criteria, the judge is not satisfied that the parent can receive a fair hearing and there is no other way to provide the parent with a lawyer (i.e., pursuant to a statutory power to appoint counsel), the judge should order the government to provide the parent with state-funded counsel under s. 24(1) of the *Charter*. I hasten to add that I am limiting my comments here to child protection proceedings, and need not and should not comment as to other kinds of proceedings.

Having now decided that the government was under a constitutional obligation to provide state-funded counsel to the appellant to ensure the fairness of the custody hearing in this case, I turn to consider a passage from my judgment in *Prosper*, *supra*, which may appear to be in tension with this conclusion.

At issue in *Prosper* was whether s. 10(b) of the *Charter* imposed a substantive constitutional obligation on governments to ensure that duty counsel is available upon arrest or detention to provide free and immediate preliminary legal advice upon request. The Court was unanimous in concluding that it did not. In my reasons, I held at pp. 266-67 that:

[T]here is evidence which shows that the framers of the *Charter* consciously chose not to constitutionalize a right to state-funded counsel under s. 10 of the *Charter*: *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada* (January 27, 1981). Specifically, a proposed amendment, which would have added the following clause to what is now s. 10 of the *Charter* was considered and rejected (p. 46:127):

(d) if without sufficient means to pay for counsel and if the interests of justice so require, to be provided with counsel;

. . . .

In my opinion, it would be imprudent for this Court not to attribute any significance to the fact that this clause was not adopted. In light of the language of s. 10 of the

juridictionnelle. S'il estime, après l'examen de ces facteurs, que le parent n'aura pas une audience équitable et qu'il n'existe pas d'autres moyens de lui fournir un avocat (c'est-à-dire en application d'un pouvoir prévu par la loi), il doit ordonner au gouvernement, sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*, de fournir au parent un avocat rémunéré par l'État. Je m'empresse d'ajouter que je limite mes commentaires ici aux instances concernant la protection des enfants, et qu'il n'est pas nécessaire ni souhaitable que j'aborde d'autres types d'instance.

Ayant maintenant conclu que le gouvernement avait l'obligation constitutionnelle de fournir un avocat rémunéré par l'État à l'appelante pour assurer, en l'espèce, une audience équitable en matière de garde, je passe à l'examen d'un extrait des motifs que j'ai rédigés dans l'arrêt *Prosper*, précité, qui peut paraître contradictoire avec la présente conclusion.

L'affaire *Prosper* porte sur la question de savoir si l'al. 10b) de la *Charte* impose aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de s'assurer qu'en cas d'arrestation ou de détention, un avocat commis d'office peut fournir, immédiatement et sans frais, des conseils juridiques préliminaires sur demande. La Cour conclut unanimement que non. J'exprime l'opinion suivante dans mes motifs (aux pp. 266 et 267):

[D]es éléments de preuve montrent que les rédacteurs de la *Charte* ont intentionnellement choisi de ne pas constitutionaliser un droit à des services d'avocats rémunérés par l'État sous le régime de l'art. 10 de la *Charte*: *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* (27 janvier 1981). Plus précisément, le Comité a examiné puis rejeté un projet de modification qui aurait ajouté la disposition suivante à ce qui est maintenant l'art. 10 de la *Charte* (p. 46:127):

d) d'avoir l'assistance d'un avocat s'il n'a pas de moyens suffisants et si l'intérêt de la justice l'exige;

. . . .

À mon avis, il serait imprudent de n'accorder aucune importance au fait que cette disposition n'a pas été adoptée. Compte tenu de la formulation de l'art. 10 de la

105

106

Charter, which on its face does not guarantee any substantive right to legal advice, and the legislative history of s. 10, which reveals that the framers of the *Charter* decided not to incorporate into s. 10 even a relatively limited substantive right to legal assistance (i.e., for those “without sufficient means” and “if the interests of justice so require”), it would be a very big step for this Court to interpret the *Charter* in a manner which imposes a positive constitutional obligation on governments. The fact that such an obligation would almost certainly interfere with governments’ allocation of limited resources by requiring them to expend public funds on the provision of a service is, I might add, a further consideration which weighs against this interpretation. [Emphasis in original.]

Charte, qui à première vue ne garantit aucun droit substantiel à des conseils juridiques, et de l’historique législatif de l’art. 10, qui révèle que les rédacteurs de la *Charte* ont choisi de ne pas y incorporer un droit substantiel à l’assistance d’un avocat même relativement limité (c’est-à-dire pour ceux qui n’ont «pas de moyens suffisants et si l’intérêt de la justice l’exige»), notre Cour franchirait un grand pas si elle interprétait la *Charte* d’une façon qui impose une obligation constitutionnelle positive aux gouvernements. Le fait qu’une telle obligation risque presque certainement d’entrer en conflit avec la répartition des ressources limitées des gouvernements en obligeant ces derniers à affecter des fonds publics à la prestation d’un service constitue, devrais-je ajouter, une considération supplémentaire à l’encontre de cette interprétation. [Souligné dans l’original.]

107 The omission of a positive right to state-funded counsel in s. 10, which, as I said in *Prosper*, should be accorded some significance, does not preclude an interpretation of s. 7 that imposes a positive constitutional obligation on governments to provide counsel in those cases when it is necessary to ensure a fair hearing. To hold otherwise would be to suggest that the principles of fundamental justice do not guarantee the right to a fair hearing or, alternatively, that under no circumstances would the requirements of a fair hearing obligate governments to pay for an individual to be represented by counsel. Both of these positions are untenable. In my view, the significance of the omission of a positive right to state-funded counsel under s. 10 is that s. 7 should not be interpreted as providing an absolute right to state-funded counsel at all hearings where an individual’s life, liberty, and security is at stake and the individual cannot afford a lawyer. Accordingly, while a blanket right to state-funded counsel does not exist under s. 10, a limited right to state-funded counsel arises under s. 7 to ensure a fair hearing in the circumstances I have outlined above.

L’absence de mention d’un droit positif à des services d’avocats rémunérés par l’État à l’art. 10, à laquelle il convient d’accorder une certaine importance ainsi que je l’ai dit dans l’arrêt *Prosper*, n’écarte pas la possibilité d’interpréter l’art. 7 comme imposant aux gouvernements l’obligation constitutionnelle positive de fournir des services d’avocats dans les cas où cela est nécessaire à l’équité de l’audience. Autrement, on se trouverait à affirmer que les principes de justice fondamentale ne garantissent pas le droit à une audience équitable ou bien qu’en aucun cas, ce droit n’oblige les gouvernements à puiser dans leurs fonds pour qu’une personne soit représentée par avocat. Ces positions sont toutes deux indéfendables. À mon avis, l’omission d’inclure un droit positif à des services d’avocats rémunérés par l’État, à l’art. 10, signifie qu’il ne faut pas interpréter l’art. 7 comme prévoyant un droit absolu à ces services dans toutes les audiences où la vie, la liberté et la sécurité d’une personne sont en jeu et que la personne n’a pas les moyens de se payer un avocat. Par conséquent, même si on ne peut conclure à l’existence d’un droit général à des services d’avocats rémunérés par l’État en vertu de l’art. 10, l’art. 7 comprend un droit limité à de tels services pour assurer l’équité de l’audience dans les circonstances décrites plus haut.

108 With respect to the concern in *Prosper* that a positive constitutional obligation to provide state-funded counsel would interfere with governments’

Relativement à la préoccupation soulevée dans l’affaire *Prosper* selon laquelle l’obligation constitutionnelle positive de fournir les services d’un

allocation of limited resources, I note that these fiscal concerns have been addressed under s. 1.

VI. Disposition

The appeal is allowed. The Government of New Brunswick shall pay the appellant her solicitor-client costs, both in this Court and in the courts below, to be determined by the Registrar according to the Legal Aid Tariff in New Brunswick or the tariff applicable to non-governmental lawyers hired by the Government of New Brunswick to handle certain matters in the manner of these proceedings.

I would answer the restated constitutional questions as follows:

Question 1: In the circumstances of this case, would the failure of the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2, or the Government of New Brunswick under its Domestic Legal Aid Program, to provide legal aid to respondents in custody applications by the Minister of Health and Community Services under Part IV of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, have constituted an infringement of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if the appellant had not been represented by counsel at the custody hearing?

Answer: Yes, in the circumstances of this case.

Question 2: If the answer to question 1 is yes, would the infringement have been demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

avocat rémunéré par l'État risque de faire obstacle à la répartition des ressources limitées des gouvernements, je rappelle que ces préoccupations d'ordre fiscal ont été examinées au regard de l'article premier.

VI. Dispositif

Le pourvoi est accueilli. Le gouvernement du Nouveau-Brunswick paiera les dépens de l'appelante, établis par le registraire sur la base procureur-client, devant toutes les cours suivant le tarif de l'aide juridique au Nouveau-Brunswick ou le tarif applicable aux avocats qui ne font pas partie de la fonction publique et dont le gouvernement du Nouveau-Brunswick retient les services pour s'occuper de certaines affaires comme la présente instance.

Je suis d'avis de répondre de la façon suivante aux questions constitutionnelles reformulées:

Question 1: Dans les circonstances de l'espèce, est-ce qu'aurait constitué une atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* le fait que ni la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-2, ni le gouvernement du Nouveau-Brunswick, par son programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, ne pourvoient au versement d'aide juridique aux intimés dans le cadre des demandes de garde présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vertu de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2?

Réponse: Oui, dans les circonstances de la présente espèce.

Question 2: Si la réponse à la question 1 est oui, se serait-il agi d'une atteinte dont la justification est démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

109

110

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

111 L'HEUREUX-DUBÉ J. — The appellant is the mother of three children. At the time of the hearing that is the subject of this appeal, the Minister of Health and Community Services had been granted custody of the children for six months, and was seeking to extend the custody order for a further six months. The legal aid programmes in place in the province of New Brunswick at the time did not provide funding for temporary custody applications or extensions of existing orders, but only for permanent guardianship applications. Ms. G. was therefore not able to receive funded counsel at the hearing where the Minister sought the extension of the custody order, and was unable to afford to hire her own counsel. The hearing took place over three days, and the Minister, along with all other interested parties, was represented by counsel. Fifteen witnesses were called, including expert witnesses, and several expert reports were presented. Although Ms. G. received the voluntary assistance of counsel, this appeal requires the Court to decide whether the appellant's rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were engaged, and, if so, whether the procedures adopted would have complied with the principles of fundamental justice had she not received counsel. I have read the reasons of the Chief Justice and I agree with him that this child protection hearing implicated the appellant's right to security of the person, and that in this case the procedure that threatened to deprive her of that right would not have been in accordance with the principles of fundamental justice because of the lack of funded counsel. However, I wish to set out my own views on the constitutional rights implicated and the appropriate test for determining when the failure to accord counsel to a parent would result in a procedure that is not in accordance with fundamental justice.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — L'appelante est mère de trois enfants. Au moment de l'audience qui fait l'objet du présent pourvoi, le ministre de la Santé et des Services communautaires s'était fait confier leur garde pour une période de six mois et il demandait la prolongation de l'ordonnance de garde pour une période supplémentaire de six mois. Les programmes d'aide juridique en place à l'époque dans la province du Nouveau-Brunswick ne prévoyaient aucun soutien financier pour les demandes de garde temporaire ni pour la prolongation des ordonnances existantes, mais seulement pour les demandes de garde permanente. Madame G. n'a donc pas pu bénéficier des services d'un avocat rémunéré par l'État lors de l'audition de la demande de prolongation de l'ordonnance de garde présentée par le ministre, et elle ne pouvait se permettre d'engager son propre avocat. L'audience a duré trois jours, et le ministre, comme toutes les autres parties intéressées, était représenté par avocat. Quinze témoins ont été appelés à la barre, notamment des témoins-experts, et plusieurs rapports d'experts ont été déposés. Bien que M^{me} G. ait reçu l'aide bénévole d'un avocat, le présent pourvoi oblige notre Cour à décider si les droits garantis à l'appelante par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et des libertés* entraînent en jeu et, dans l'affirmative, si les procédures adoptées pouvaient alors être conformes aux principes de justice fondamentale si M^{me} G. ne bénéficiait pas des services d'un avocat. J'ai lu les motifs du Juge en chef et je partage son avis que cette audition en matière de protection des enfants mettait en cause le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne et, qu'en l'espèce, la procédure qui menaçait de la priver de ce droit n'aurait pas été conforme aux principes de justice fondamentale vu l'absence d'un avocat rémunéré par l'État. Je souhaite, toutefois, exposer mon point de vue quant aux droits constitutionnels en cause et au test approprié pour déterminer quand l'omission de procurer un avocat à un parent peut donner lieu à une procédure non conforme à la justice fondamentale.

I. The Charter Rights Implicated

A. *Equality*

Before turning to the analysis of the s. 7 rights implicated and the principles of fundamental justice, I would emphasize that this case also implicates issues of equality, guaranteed by s. 15 of the *Charter*. These equality interests should be considered in interpreting the scope and content of the interpretation of the rights guaranteed by s. 7. This Court has recognized the important influence of the equality guarantee on the other rights in the *Charter*. As McIntyre J. wrote in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 185:

The section 15(1) guarantee is the broadest of all guarantees. It applies to and supports all other rights guaranteed by the *Charter*.

All *Charter* rights strengthen and support each other (see, for example, *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 326; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951, at p. 976) and s. 15 plays a particularly important role in that process. The interpretive lens of the equality guarantee should therefore influence the interpretation of other constitutional rights where applicable, and in my opinion, principles of equality, guaranteed by both s. 15 and s. 28, are a significant influence on interpreting the scope of protection offered by s. 7.

This case raises issues of gender equality because women, and especially single mothers, are disproportionately and particularly affected by child protection proceedings: see, for example, M. Callahan, “Feminist Approaches: Women Recreate Child Welfare”, in B. Wharf, ed., *Rethinking Child Welfare in Canada* (1993), 172. The fact that this appeal relates to legal representation in the family context for those whose economic circumstances are such that they are unable to afford such representation is significant. As I wrote in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 853, “In Canada, the feminization of poverty is an entrenched social phenomenon.” The patterns of relationships within marriage disproportionately lead to women taking

I. Les droits garantis par la Charte mis en cause

A. *L'égalité*

Avant d'aborder l'analyse des droits garantis par l'art. 7 mis en cause ainsi que les principes de justice fondamentale, j'aimerais souligner que la présente affaire comporte également des questions relatives à l'égalité garantie par l'art. 15 de la *Charte*. Il faut tenir compte de ces droits en matière d'égalité dans le cadre de l'interprétation de la portée et du contenu des droits garantis par l'art. 7. Notre Cour a reconnu la grande influence de la garantie d'égalité sur les autres droits visés par la *Charte*. Comme le juge McIntyre l'a écrit dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 185:

La garantie offerte par le par. 15(1) est la plus générale de toutes. Elle s'applique et sert d'appui à tous les autres droits garantis par la *Charte*.

Tous les droits garantis par la *Charte* se renforcent et s'appuient mutuellement (voir, par exemple, *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 326; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, à la p. 976), et l'art. 15 joue un rôle particulièrement important dans ce processus. Le prisme interprétatif que constitue la garantie d'égalité doit donc guider l'interprétation des autres droits garantis par la Constitution, s'il y a lieu, et j'estime que les principes d'égalité, garantis tant par l'art. 15 que par l'art. 28, influencent l'interprétation de la portée de la protection offerte par l'art. 7.

La présente affaire soulève des questions relatives à l'égalité des sexes, car les femmes, notamment les mères célibataires, sont touchées, de façon disproportionnée et particulière, par les procédures relatives à la protection des enfants: voir, par exemple, M. Callahan, «Feminist Approaches: Women Recreate Child Welfare», dans B. Wharf, éd., *Rethinking Child Welfare in Canada* (1993), 172. Le présent pourvoi traite de la question importante de la représentation par avocat dans le contexte familial pour ceux et celles qui n'ont pas les ressources financières suffisantes pour se permettre cette représentation. Comme je l'ai écrit dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, à la p. 853, «Au Canada, la féminisation de la

112

113

responsibility for child care, foregoing economic opportunities in the workforce, and suffering economic deprivation as a result: *Moge, supra*, at p. 861. Issues involving parents who are poor necessarily disproportionately affect women and therefore raise equality concerns and the need to consider women's perspectives.

pauvreté est un phénomène social bien établi.» La tendance des relations vécues dans le cadre des liens du mariage veut que les femmes assument, de façon disproportionnée, le soin des enfants, qu'elles renoncent à des possibilités d'avancement, sur le plan financier, dans le marché du travail et qu'elles souffrent de dénuement économique, par voie de conséquence: *Moge*, précité, à la p. 861. Les questions qui concernent les parents pauvres touchent nécessairement les femmes de façon disproportionnée, de sorte qu'elles soulèvent des soucis d'égalité et la nécessité d'examiner leur point de vue.

114 As well as affecting women in particular, issues of fairness in child protection hearings also have particular importance for the interests of women and men who are members of other disadvantaged and vulnerable groups, particularly visible minorities, Aboriginal people, and the disabled. As noted by the United States Supreme Court in *Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745 (1982), at p. 763:

Outre le fait qu'elles touchent davantage les femmes, les questions relatives à l'équité dans le cadre des audiences en matière de protection des enfants revêtent également une importance particulière quant aux droits des femmes et des hommes qui sont membres d'autres groupes défavorisés et vulnérables, notamment les minorités visibles, les Autochtones et les personnes handicapées. Comme l'a souligné la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Santosky c. Kramer*, 455 U.S. 745 (1982), à la p. 763:

Because parents subject to termination proceedings are often poor, uneducated, or members of minority groups. . . such proceedings are often vulnerable to judgments based on cultural or class bias.

[TRADUCTION] Parce que les parents qui font l'objet de procédures visant à leur retirer l'autorité parentale sont souvent pauvres, non instruits ou membres d'une minorité [. . .] ces procédures sont souvent susceptibles de donner lieu à des jugements fondés sur des préjugés culturels ou de classe.

Similarly, Professors Cossman and Rogerson note that "The parents in child protection cases are typically the most disadvantaged and vulnerable within the family law system . . .": "Case Study in the Provision of Legal Aid: Family Law", in *Report of the Ontario Legal Aid Review: A Blueprint of Publicly Funded Legal Services* (1997), 773, at p. 787.

De la même manière, les professeurs Cossman et Rogerson font remarquer que: [TRADUCTION] «Dans les affaires portant sur la protection des enfants, les parents sont, de façon générale, les plus défavorisés et les plus vulnérables dans le cadre du système de droit de la famille . . .»: «Case Study in the Provision of Legal Aid: Family Law», dans *Rapport de l'examen du Régime d'aide juridique de l'Ontario: Plan d'action pour des services juridiques publics subventionnés* (1997), 773, à la 787.

115 Thus, in considering the s. 7 rights at issue, and the principles of fundamental justice that apply in this situation, it is important to ensure that the analysis takes into account the principles and purposes of the equality guarantee in promoting the

Par conséquent, lorsqu'on examine les droits garantis par l'art. 7 en cause ainsi que les principes de justice fondamentale qui s'appliquent dans ce cas, il est important de s'assurer que l'analyse tient compte des principes et des objets de la

equal benefit of the law and ensuring that the law responds to the needs of those disadvantaged individuals and groups whose protection is at the heart of s. 15. The rights in s. 7 must be interpreted through the lens of ss. 15 and 28, to recognize the importance of ensuring that our interpretation of the Constitution responds to the realities and needs of all members of society.

B. *Security of the Person*

Turning to the s. 7 rights engaged, I agree with the Chief Justice, for the reasons that he states, that the appellant's security of the person was implicated when the government instituted proceedings to extend the existing custody order. As he discusses, the importance of one's identity as a parent, and the serious stigma and psychological stress that will occur if the child is removed from the home because of the removal of the parent's power to care for him or her mean that the parent's security of the person will be violated if the child is removed from the home.

C. *Liberty*

I also agree with Bastarache J.A. (as he then was), who dissented in the Court of Appeal, that the right to liberty within s. 7 is triggered. In *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, La Forest J., writing on behalf of four members of the Court, held that the liberty interest must be interpreted broadly, in accordance with the principles and values of the *Charter* as a whole. He wrote, at para. 80:

On the one hand, liberty does not mean unconstrained freedom. . . . Freedom of the individual to do what he or she wishes must, in any organized society, be subjected to numerous constraints for the common good. The state undoubtedly has the right to impose many types of restraints on individual behaviour, and not all limitations will attract *Charter* scrutiny. On the other hand, liberty does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or

garantie d'égalité en favorisant le bénéfice égal de la protection de la loi et en s'assurant que la loi réponde aux besoins des personnes et des groupes défavorisés que l'art. 15 vise à protéger. Les droits garantis par l'art. 7 doivent être interprétés à travers le prisme des art. 15 et 28 afin que l'importance d'une interprétation de la Constitution qui tienne compte des réalités et des besoins de tous les membres de la société soit reconnue.

B. *La sécurité de la personne*

Concernant l'application des droits garantis par l'art. 7, je partage l'avis du Juge en chef, pour les motifs qu'il expose, que la sécurité de l'appelante a été mise en cause lorsque le gouvernement a institué des procédures visant la prolongation de l'ordonnance de garde existante. Comme il le mentionne, l'importance de l'identité d'une personne en tant que parent et le stigmate ainsi que le stress psychologique grave causés par le retrait de l'enfant du domicile en raison de l'élimination du pouvoir du parent d'en prendre soin font qu'il sera porté atteinte à la sécurité du parent si l'enfant est retiré du domicile.

C. *La liberté*

Je suis également d'accord avec le juge Bastarache (maintenant juge de notre Cour), dissident en Cour d'appel, que le droit à la liberté garanti par l'art. 7 entre en jeu. Dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, le juge La Forest, au nom de quatre membres de notre Cour, a conclu que le droit à la liberté devait être interprété de façon large, conformément aux principes et aux valeurs que contient la *Charte* dans son ensemble. Il écrit, au par. 80:

D'une part, la liberté n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte [. . .] La liberté de l'individu de faire ce qu'il entend doit, dans toute société organisée, être assujettie à de nombreuses contraintes au nom de l'intérêt commun. L'État a certes le droit d'imposer de nombreuses formes de restrictions au comportement individuel et ce ne sont pas toutes les restrictions qui feront l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. D'autre part, la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocra-

116

117

her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance. [Emphasis added.]

Similar principles were articulated in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 166, *per* Wilson J.; and *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 66, *per* La Forest J. I continue to agree with these statements, and I note that they were not rejected by a majority of the Court in either of the above cases.

118

Applying these principles to the context of the family in *B. (R.)*, La Forest J. held that parental decision-making and other attributes of custody are protected under the liberty interest. He wrote, at paras. 83 and 85:

... I would have thought it plain that the right to nurture a child, to care for its development, and to make decisions for it in fundamental matters such as medical care, are part of the liberty interest of a parent.

[The parental] role translates into a protected sphere of parental decision-making which is rooted in the presumption that parents should make important decisions affecting their children both because parents are more likely to appreciate the best interests of their children and because the state is ill-equipped to make such decisions itself. Moreover, individuals have a deep personal interest as parents in fostering the growth of their own children. This is not to say that the state cannot intervene when it considers it necessary to safeguard the child's autonomy or health. But such intervention must be justified. In other words, parental decision-making must receive the protection of the Charter in order for state interference to be properly monitored by the courts, and be permitted only when it conforms to the values underlying the Charter. [Emphasis added.]

Wardship proceedings, in my view, implicate these fundamental liberty interests of parents. The result of the proceeding may be that the parent is deprived of the right to make decisions on behalf of children and guide their upbringing, which is protected by s. 7. Though the state may intervene

tique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne. [Je souligne.]

Des principes semblables ont été formulés dans les arrêts *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 166, le juge Wilson; et *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, au par. 66, le juge La Forest. Je suis toujours d'accord avec ces principes, et je souligne qu'ils n'ont pas été rejetés par notre Cour, à la majorité, dans les deux arrêts susmentionnés.

Appliquant ces principes au contexte de la famille dans l'arrêt *B. (R.)*, le juge La Forest a conclu que le processus de prise de décisions des parents ainsi que les autres attributs de la garde étaient protégés au nom du droit à la liberté. Il écrit, aux par. 83 et 85:

... j'aurais cru qu'il serait évident que les droits d'éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux, font partie du droit à la liberté d'un parent.

Ce rôle [parental] se traduit par un champ protégé de prise de décision par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même. En outre, les individus ont un intérêt personnel profond, en tant que parents, à favoriser la croissance de leurs propres enfants. Cela ne signifie pas que l'État ne peut intervenir lorsqu'il considère nécessaire de préserver l'autonomie ou la santé de l'enfant. Cette intervention doit cependant être justifiée. En d'autres termes, le pouvoir décisionnel des parents doit être protégé par la Charte afin que l'intervention de l'État soit bien contrôlée par les tribunaux et permise uniquement lorsqu'elle est conforme aux valeurs qui sous-tendent la Charte. [Je souligne.]

J'estime que les procédures en matière de garde d'enfants mettent en cause ces libertés fondamentales des parents. L'instance peut entraîner la perte du droit de prendre des décisions au nom des enfants et de guider leur éducation, lequel est protégé par l'art. 7. Bien que l'État puisse intervenir

when necessary, liberty interests are engaged of which the parent can only be deprived in accordance with the principles of fundamental justice. Interpreting the interests here as protected under s. 7 also reflects the equality values set out above.

II. The Principles of Fundamental Justice

I agree with the Chief Justice, for the reasons he sets out, that the principles of fundamental justice require that a parent be able to participate in the hearing adequately and effectively, and that it is the obligation of the trial judge to exercise his or her discretion in determining when a lack of counsel will interfere with the ability of the parent to present his or her case. I also agree with him that this discretion was not properly exercised here. The trial judge was in error in not adequately considering the values of meaningful participation in the hearing affecting the rights of the child or the complexity of this case and the difficulty the appellant would face in presenting her case.

As to the criteria for determining when the provision of counsel will be necessary to ensure a fair hearing if the parent cannot otherwise afford a lawyer, first, I agree with the Chief Justice that a trial judge, in determining whether a parent will be able to participate effectively in the hearing, must consider the seriousness of the interests, the complexity of the proceedings, and the characteristics of the parent affected. I would view these interests broadly, and would therefore find that the right to funded counsel in child protection hearings, when a parent cannot afford a lawyer and the parent is not covered by the legal aid scheme, will not infrequently be invoked.

On the issue of the seriousness of the interests at stake, I agree with my colleague that child protection hearings will have varying degrees of seriousness. Under the legislation of different provinces, varying types of orders may be made, including

lorsque c'est nécessaire, le droit à la liberté dont le parent ne peut être privé qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale entre en jeu. Interpréter les droits visés en l'espèce comme étant protégés en vertu de l'art. 7 reflète également les valeurs d'égalité susmentionnées.

II. Les principes de justice fondamentale

Je suis d'accord avec le Juge en chef, pour les motifs qu'il expose, que les principes de justice fondamentale exigent qu'un parent soit capable de participer de façon adéquate et efficace à l'audience, et que le juge de première instance est tenu d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour déterminer quand l'absence d'avocat empêche le parent de présenter sa cause. Je partage également son avis que ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé correctement en l'espèce. Le juge de première instance a commis une erreur en ne tenant pas suffisamment compte des valeurs relatives à la participation valable à l'audience touchant les droits de l'enfant ni de la complexité de la présente affaire et des problèmes que rencontrerait l'appellante dans la présentation de sa cause.

Relativement au test visant à déterminer dans quels cas il sera nécessaire de fournir un avocat à un parent pour assurer le caractère équitable de l'audience lorsque ce parent n'a pas les moyens d'en engager un, premièrement, je suis d'accord avec le Juge en chef que lorsqu'il détermine si un parent est capable de participer de façon efficace à l'audience, le juge de première instance doit examiner l'importance des droits, la complexité des procédures et les caractéristiques du parent qui est touché. J'interprétera ces droits de façon large, et en conséquence, dans les cas où un parent ne peut pas se permettre d'engager un avocat et n'est pas couvert par le régime d'aide juridique, le droit à un avocat rémunéré par l'État lors d'auditions relatives à la protection des enfants ne sera pas que rarement invoqué.

En ce qui a trait à l'importance des intérêts en jeu, je partage l'avis de mon collègue que les instances en matière de garde n'ont pas toutes le même caractère de gravité. En vertu des lois des différentes provinces, divers types d'ordonnances

119

120

121

orders that the child be placed with the parent subject to supervision, or temporary or permanent orders depriving the parent of custody. The seriousness of the order requested will play a role in the balancing of interests that takes place when determining whether counsel is necessary to ensure effective participation in the proceedings. However, in my view, whether the application is temporary or permanent should not have a significant effect on whether the parent will be granted a right to counsel. When considering this factor, trial judges should be attentive to the fact that temporary applications are often part of a process that leads to permanent ones, and it is necessary to consider the seriousness of the proceeding in relation to both the short-term and long-term interests of the parents affected. As noted by George Thomson (then a judge of the Ontario Provincial Court (Family Division)):

Yet [the judge] must deal with the realization that a temporary order is often the first step in a fairly inexorable march to permanent wardship, and that there is a fairly unequal relationship between the protection agency and those parents with whom it works. [Emphasis added.]

(G. M. Thomson, “Judging Judiciously in Child Protection Cases”, in R. S. Abella and C. L’Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), 213, at p. 233.)

Judges must be cognizant of this reality when evaluating this factor in the circumstances of each particular case. Determining the seriousness of the matter must take into account the overall context and the serious effects of losing the ability to care for and guide the development of one’s children.

122 Second, as my colleague points out, the complexity of the proceedings is also an important factor in evaluating whether a hearing without counsel proceeded in accordance with the principles of fundamental justice. The more complex the pro-

peuvent être rendues, y compris des ordonnances prévoyant que l’enfant soit confié au parent sous supervision ainsi que des ordonnances temporaires ou permanentes retirant la garde au parent. La sévérité de l’ordonnance demandée jouera un rôle lorsque ces intérêts seront soupesés afin de déterminer si la présence d’un avocat est nécessaire pour assurer une participation efficace aux procédures. J’estime, cependant, que le fait que la demande vise une ordonnance temporaire ou permanente ne doit pas avoir d’effet important sur la question de savoir si le droit à un avocat sera accordé au parent. Lorsqu’il examine ce facteur, le juge de première instance doit tenir compte du fait que les demandes d’ordonnances temporaires font souvent partie d’un processus qui mène à des ordonnances permanentes, de sorte qu’il faut examiner l’importance de l’instance tant en ce qui a trait aux droits à court terme du parent touché qu’en ce qui a trait à ses droits à long terme. Comme l’a souligné George Thomson (alors juge de la Cour provinciale de l’Ontario (Division de la famille)):

[TRADUCTION] Cela n’empêche pas que [le juge] doive reconnaître qu’une ordonnance temporaire est souvent le premier pas d’une marche relativement inexorable vers la tutelle permanente, et qu’il existe un rapport relativement inégal entre l’organisme de protection et les parents visés par son action. [Je souligne.]

(G. M. Thomson, «Judging Judiciously in Child Protection Cases», dans R. S. Abella et C. L’Heureux-Dubé, éd., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), 213, à la p. 233.)

Les juges doivent être au courant de cette réalité lorsqu’ils évaluent ce facteur au regard des faits de chaque affaire particulière. La détermination de la gravité de l’affaire doit être faite à la lumière du contexte global et des effets lourds de conséquences, pour une personne, de la perte de la possibilité de prendre soin de ses propres enfants et d’en guider le développement.

Deuxièmement, comme mon collègue le souligne, la complexité des procédures constitue également un facteur important pour les fins de la question de savoir si une audience en l’absence d’avocat a eu lieu conformément aux principes de

ceedings are, the more difficult it will be for the parent to participate effectively without assistance. As eloquently noted by Bastarache J.A., the complexity of the proceedings in the present case placed the appellant at a significant disadvantage:

All other parties are represented. Ms. G. must be able to adduce evidence and cross-examine witnesses. There were 15 witnesses. Proceedings consumed three days. The interpretation of the legislation and of the powers of the Minister were in issue. The rules of evidence were at play.

((1997), 187 N.B.R. (2d) 81, at p. 139)

The length of the proceedings, the type of evidence that is presented, the number of witnesses and the complexity and technicality of the proceedings must be important considerations in evaluating this factor.

As regards the third factor discussed by the Chief Justice, in articulating and interpreting this criterion, courts must be particularly careful to avoid including factors in the test for funded counsel that may make it more difficult for the parent when presenting her case on the merits: see P. Hughes, “New Brunswick’s Domestic Legal Aid System: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. J.G.*” (1998), 16 *Windsor Y.B. Access Just.* 240, at p. 250. The parent should not be placed in the Catch-22 situation of having to present himself or herself, in order to be granted the right to funded counsel, in a manner that makes it more likely that decisions will be made against him or her at the hearing itself. Nor should the parent face the disadvantage of the trial judge having already made findings of fact, at the right to counsel stage, that will be adverse to her or his interests at the stage of determining the best interests of the child. I agree with the Chief Justice that: “In proceedings as serious and complex as these, an unrepresented parent will ordinarily need to possess superior intelligence or education, communication skills, composure, and familiarity with the

justice fondamentale. Plus les procédures sont complexes, plus il sera difficile pour le parent de participer à l’audience de façon efficace sans aide. Comme l’a fait remarquer de façon éloquente le juge Bastarache, la complexité des procédures en l’espèce a mis l’appelante dans une situation fortement défavorisée:

[TRADUCTION] Toutes les autres parties sont représentées. Madame G. doit pouvoir introduire une preuve et contre-interroger des témoins. Quinze témoins ont comparu. Les procédures ont pris trois jours entiers. Le litige appelait une interprétation de la loi et des pouvoirs du Ministre. Les règles de preuve entraient en jeu.

((1997), 187 R.N.-B. (2^e) 81, à la p. 139)

La durée de l’instance, le genre de preuve présentée, le nombre de témoins ainsi que la complexité et le caractère technique des procédures doivent constituer des considérations importantes dans le cadre de l’évaluation de ce facteur.

Relativement au troisième facteur mentionné par le Juge en chef, les tribunaux doivent prendre un soin particulier, lorsqu’ils le formulent et l’interprètent afin d’éviter d’inclure dans le test des facteurs susceptibles de rendre plus ardue la tâche du parent de présenter sa cause au fond: voir P. Hughes, «New Brunswick’s Domestic Legal Aid System: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. J.G.*» (1998), 16 *Windsor Y.B. Access Just.* 240, à la p. 250. Le parent ne doit pas être mis dans la situation sans issue où, pour obtenir le droit à un avocat rémunéré par l’État, il doive se représenter lui-même d’une manière qui rende plus probable la prise de décision défavorable à l’audience même. Le parent ne doit pas non plus se retrouver dans la position désavantageuse où, à l’étape de l’examen du droit à un avocat, le juge de première instance ait déjà tiré des conclusions de fait qui nuiront au parent lorsque viendra le temps de déterminer ce qui est dans le meilleur intérêt de l’enfant. Je suis d’accord avec le Juge en chef que: «Dans des instances aussi importantes et complexes, le parent non représenté devra, en général, être très intelligent ou très instruit, posséder d’excellentes capacités de communication ainsi que beaucoup de sang-froid

legal system in order to effectively present his or her case” (para. 80).

et bien connaître le système judiciaire pour pouvoir présenter efficacement sa cause» (par. 80).

124 In considering this factor, the focus should be on the parent’s education level, linguistic abilities, facility in communicating, age, and similar indicators. These characteristics will vary among those whose liberty and security interests are affected by child protection proceedings, but none of them will have considerable effects on the determination of the ultimate result of the Minister’s application.

Dans le cadre de l’examen de ce facteur, il faut mettre l’accent sur le niveau d’instruction du parent, ses aptitudes linguistiques, sa facilité de communication, son âge ainsi que d’autres indicateurs du même genre. Ces caractéristiques varieront selon les personnes dont le droit à la liberté et à la sécurité est touché par les procédures en matière de protection des enfants, mais aucune d’elles n’aura d’effets importants sur le résultat ultime de la demande du ministre.

125 Taking into account all these factors, it is likely that the situations in which counsel will be required will not necessarily be rare. Proceedings will in many cases be complex, and the consequences, when the child may be removed from the home, are generally serious. Funded counsel must be ordered whenever a fair hearing will not take place without representation. The determination of this question must take into account the important value of meaningful participation in the hearing, taking into account the rights affected, and the powerlessness that a reasonable person in the position of the claimant may legitimately feel when faced with the formal procedures and practices of the justice system. The trial judge’s duty to ensure a fair trial may therefore, when necessary, involve an order that the parent be provided with legal counsel, and trial judges should not, in my view, consider the issue from the starting point that counsel will be necessary to ensure a fair hearing only in rare cases.

Si on tient compte de tous ces facteurs, il est probable que les cas où la présence d’un avocat sera requise ne seront pas nécessairement rares. Les procédures sont complexes dans plusieurs cas, et, dans celles où l’enfant est susceptible d’être retiré du domicile, les conséquences sont généralement importantes. Il y aura lieu d’ordonner la présence d’un avocat rémunéré par l’État chaque fois qu’une audition équitable n’est pas possible sans représentation. Pour trancher cette question, il faut tenir compte de la grande valeur d’une participation valable à l’audience à la lumière des droits touchés et du sentiment d’impuissance que peut légitimement ressentir une personne raisonnable se trouvant dans la situation d’un demandeur et faisant face aux procédures et aux pratiques formelles du système judiciaire. L’obligation du juge de première instance d’assurer le caractère équitable du procès comporte donc, lorsque cela est nécessaire, le prononcé d’une ordonnance prévoyant que les services d’un avocat soient fournis au parent, et j’estime que le juge de première instance ne doit pas examiner cette question en tenant pour acquis, dès le départ, que la présence d’un avocat ne sera nécessaire pour assurer le caractère équitable du procès que dans de rares cas.

126 In the result, I would dispose of the appeal as proposed by the Chief Justice.

En conséquence, je suis d’avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le Juge en chef.

Appeal allowed.

Pourvoi accueilli.

Solicitors for the appellant: Christie & Associates, Fredericton.

Procureurs de l’appelante: Christie & Associates, Fredericton.

Solicitor for the respondents the Minister of Health and Community Services, the Attorney General for New Brunswick and the Minister of Justice: The Department of Justice, Fredericton.

Solicitors for the respondents the Law Society of New Brunswick and Legal Aid New Brunswick: Cox, Hanson, O'Reilly, Matheson, Fredericton.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Monk, Goodwin, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues: The Public Interest Centre, Winnipeg.

Solicitors for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund, the National Association of Women and the Law, and the Disabled Women's Network Canada: Carole Curtis, Toronto; Fowler & Fowler, Moncton.

Solicitors for the intervener the Watch Tower Bible and Tract Society of Canada: W. Glen How & Associates, Georgetown, Ontario.

Procureur des intimés le ministre de la Santé et des Services communautaires, le procureur général du Nouveau-Brunswick et le ministre de la Justice: Le ministère de la Justice, Fredericton.

Procureurs des intimés le Barreau du Nouveau-Brunswick et l'Aide juridique du Nouveau-Brunswick: Cox, Hanson, O'Reilly, Matheson, Fredericton.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Justice Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien: Monk, Goodwin, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté: Le Public Interest Centre, Winnipeg.

Procureurs des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association nationale de la femme et du droit et le Réseau d'action des femmes handicapées: Carole Curtis, Toronto; Fowler & Fowler, Moncton.

Procureurs de l'intervenante la Watch Tower Bible and Tract Society of Canada: W. Glen How & Associates, Georgetown, Ontario.