



1-18-CA

B E T W E E N :

E N T R E :

J.C.P.

J.C.P.

APPELLANT

APPELANT

- and -

-et-

A.D.P.

A.D.P.

RESPONDENT

INTIMÉE

Motion heard by:  
The Honourable Justice Richard

Motion entendue par :  
l'honorable juge Richard

Date of hearing:  
January 25 and February 21, 2018

Date de l'audience :  
les 25 janvier et 21 février 2018

Date of decision:  
February 22, 2018

Date de la décision :  
le 22 février 2018

Official bilingual version :  
March 21, 2018

Version officielle bilingue :  
le 21 mars 2018

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Michael R. Young

Pour l'appelant :  
Michael R. Young

For the respondent:  
Amanda Dawn McCordic

Pour l'intimée :  
Amanda Dawn McCordic

## DECISION

[1] J.C.P. seeks leave to appeal an interim decision of a judge of the Court of Queen's Bench, Family Division, rendered on January 2, 2018. With that decision, the judge issued an order concerning the interim custody of, and access to, the two children of J.C.P.'s marriage with A.D.P.

[2] When applying for leave to appeal, the moving party must file a Record on Motion in accordance with Rule 37 of the *Rules of Court*. According to Rule 62.03(3), the Record must contain:

- (a) an index;
- (b) a copy of the notice of motion;
- (c) a copy of the order or decision sought to be appealed;
- (d) a copy of the pleadings, if any; and
- (e) a copy of any affidavits or other evidence relevant to the appeal.

[3] When this matter initially came up for hearing, I had not been provided with a copy of the decision sought to be appealed, which had been rendered orally and had not yet been reduced to writing. In addition, the Record on Motion did not include a copy of the pleadings, or the affidavits that were before the judge of the Court of Queen's Bench.

[4] Instead, the Record on Motion contained the Notice of Motion for Leave to Appeal and each party's own affidavit, in which each sought to recast the case in their respective favour. At the initial hearing, the parties were informed this was inappropriate. While new evidence may sometimes be necessary in a motion for leave to appeal, the role of the judge in determining such a motion is not to retry the case. In deciding whether to grant leave to appeal, a judge of the Court of Appeal may consider the factors set out in Rule 62.03(4). They are as follows:

- (a) whether there is a conflicting decision by another judge or court upon a question involved in the proposed appeal;
- (b) whether he or she doubts the correctness of the order or decision in question; or
- (c) whether he or she considers that the proposed appeal involves matters of sufficient importance.

[5] These factors are applicable when deciding a motion for leave to appeal an interim custody and access order. However, regarding motions for leave to appeal an interim custody and access order, our jurisprudence instructs judges that these types of orders will only be reversed on appeal if it is shown the order is clearly wrong and falls outside the wide ambit of reasonable temporary solutions pending trial.

[6] With the Record on Motion as originally filed, consideration of those factors proved impossible. The hearing was therefore adjourned to allow counsel to prepare and file a proper Record.

[7] When the hearing resumed, all the required documents were included in the amended Record on Motion.

[8] J.C.P. and A.D.P. were married in 2000, had two children currently aged 13 and 11, separated in June 2013 and are now in the throes of a divorce. After separation, they signed a domestic contract, a portion of which provided for the shared custody of the children. This arrangement continued until September 2017 when the children ran away from their mother's home and took up residence with their father. Persistent attempts by the mother to communicate with her children were unsuccessful. As a result, court proceedings were initiated with each party seeking interim custody of the children pending the final outcome of the divorce proceedings.

[9] The purpose of an interim order was described in *Legault v. Rattray*, [2003] N.B.J. No. 442 (QL):

The purpose of an interim order is to cover a short period of time between the making of the order and trial. By necessity, the order is made on limited evidence: usually by affidavit. It is designed to “provide a reasonably acceptable solution to a difficult problem until trial”, to use the words of Zuber J.A. in *Sypher v. Sypher*, [1986] O.J. No. 536, online: QL (OJ) (Ont. C.A.), adopted by Rice J.A. of this Court in *Wentzell v. Wentzell*, [1999] N.B.J. No. 25, online: QL (NBJ), which case was in turn relied upon by Robertson J.A. in *Piercy v. Foreman*, [2003] N.B.J. No. 76, online: QL (NBJ). In the *Sypher* case, Zuber J.A. reasoned that “an appellate court should not interfere with an interim order unless it is demonstrated that the interim order is clearly wrong and exceeds the wide ambit of reasonable solutions that are available on a summary interim proceeding.” I agree.

[para. 4]

[10] This statement was adopted in *D.A. v. J.R.*, 2012 NBCA 38, 387 N.B.R. (2d) 203 and in *J.H. v. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 N.B.R. (2d) 388. In the latter of these cases, the Court, per Larlee J.A., noted “it is generally unusual for a single judge of this Court to grant leave to appeal from an interim custody and access order” (para. 12).

[11] I have not been persuaded to deviate from the restraint normally exercised in motions for leave to appeal an interim order of this type. Notwithstanding the able arguments of counsel for J.C.P., and despite an evidentiary ruling the correctness of which I doubt, I remain unconvinced the interim order falls outside the wide ambit of reasonable solutions. The evidentiary ruling in question concerns the motion judge’s decision not to consider collateral affidavits the parties had filed in support of their respective positions. In his decision, the motion judge states as follows:

[J.C.P.] submitted a number of affidavits in support of his position and as character references. I can’t rely upon these documents at this point in the litigation. [N.B.], for example, is [J.C.P.]’s partner. Her affidavit provides a substantial amount of information about her time with

[J.C.P.] and the children and also with [A.D.P.] and her family. But I cannot consider [N.B.]’s interpretation of the facts for this interim hearing precisely because she is [J.C.P.]’s partner and hence not an objective third person. More particularly her assertions must be subjected to cross-examination before they can be assessed as evidence. All the other deponents were friends or [confidants] of the petitioner. There was no opportunity to verify any of the assertions or allegations set out therein. Before the evidence they set out could be considered as reflecting the truth, the deponents would have to be subjected to cross-examination.

[Emphasis added.]

[12] The judge made a similar ruling regarding a number of affidavits filed in support of the mother’s position, saying he refused to consider those affidavits until the deponents could testify and be subjected to cross-examination.

[13] It appears the motion judge was ruling the affidavits inadmissible. I certainly doubt the correctness of that ruling. The question of admissibility is governed by the rules of evidence and the *Rules of Court* and counsel did not raise any objection or point to any rule that would have precluded the admissibility of these affidavits.

[14] While the motion judge might have said he would attach little weight to the affidavits, his use of the words “can” and “refuse” suggests he made admissibility rulings. Even more troubling is the fact the judge later, in making unfavourable credibility findings, states J.C.P. had “provided no corroboration for” certain statements contained in his affidavit. In reality, J.C.P. had provided some corroboration. The corroborating evidence is found in the affidavits the judge refused to consider.

[15] I find the judge’s approach to the use of collateral affidavits troubling. In another context, his refusal to consider the affidavits might have persuaded me to grant leave to appeal; however, upon reviewing the record, including the affidavits the judge refused to consider, I remain convinced the judge’s interim order falls within the wide ambit of reasonable solutions.

[16] For these reasons, the motion for leave to appeal is dismissed. I order J.C.P. to pay costs in the amount of \$750. Because this decision may impact the timing of proceedings in the Court of Queen's Bench, I invoke s. 24(2) of the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5, and order its release in the English language with the French version to follow in due course.

## DÉCISION

[1] J.C.P. demande l'autorisation d'appeler d'une décision provisoire rendue le 2 janvier 2018 par un juge de la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine. La décision était accompagnée d'une ordonnance de garde et d'accès provisoires touchant les deux enfants à qui le mariage de J.C.P. et d'A.D.P. a donné naissance.

[2] La partie qui présente une motion en autorisation d'appel est tenue de déposer un dossier en conformité avec la règle 37 des *Règles de procédure*. La règle 62.03(3) porte que le dossier afférent à la motion contient :

- i. une table des matières,
- ii. copie de l'avis de motion,
- iii. copie de l'ordonnance ou de la décision portée en appel,
- iv. le cas échéant, copie des plaidoiries et
- v. copie des affidavits ou autres moyens de preuve pertinents à l'appel.

[3] Lorsque l'audience initiale s'est ouverte, on ne m'avait pas remis de copie de la décision portée en appel, qui avait été rendue oralement et n'avait pas encore été consignée par écrit. En outre, le dossier afférent à la motion ne renfermait de copie, ni des plaidoiries, ni des affidavits dont disposait le juge de la Cour du Banc de la Reine.

[4] Le dossier contenait l'avis de motion en autorisation d'appel et les propres affidavits des parties, où chacune cherchait à présenter le différend sous un jour qui lui était favorable. Lors de l'audience initiale, elles ont été informées que le dossier ne convenait pas. S'il peut arriver qu'une preuve nouvelle soit nécessaire dans le cadre d'une motion en autorisation d'appel, le rôle du juge qui statue sur cette motion n'est pas de réinstruire l'affaire. Pour décider s'il accordera l'autorisation d'appel, un juge de la Cour d'appel peut prendre en considération les facteurs qu'énonce la règle 62.03(4) :

- i. l'existence d'une décision contraire d'un autre juge ou d'un tribunal sur une question soulevée dans le projet d'appel;

- ii. le bien-fondé de l'ordonnance ou de la décision en question;
- iii. le fait que le projet d'appel soulève des questions d'une importance suffisante.

[5] Ces facteurs s'appliquent lorsqu'une décision doit être prononcée sur une motion en autorisation d'appel d'une ordonnance provisoire rendue en matière de garde et d'accès. Toutefois, à propos des ordonnances provisoires de garde et d'accès à l'égard desquelles une motion en autorisation d'appel est présentée, notre jurisprudence indique aux juges que les ordonnances de ce genre ne sont infirmées que s'il est démontré qu'elles sont manifestement erronées et qu'elles débordent le vaste éventail des solutions temporaires raisonnables pouvant être adoptées en attendant le procès.

[6] Étant donné le dossier déposé à l'origine, prendre en considération les facteurs ci-dessus se révélait impossible. L'audience a donc été ajournée afin de permettre la préparation et le dépôt d'un dossier afférent à la motion qui soit approprié.

[7] À la reprise de l'audience, le dossier modifié comprenait tous les documents nécessaires.

[8] J.C.P. et A.D.P. se sont mariés en 2000, ont eu deux enfants qui, aujourd'hui, ont 13 et 11 ans, se sont séparés en juin 2013 et, maintenant, sont en instance de divorce. Après la séparation, ils ont signé un contrat familial dont une section stipulait la garde partagée des enfants. Cet arrangement s'est poursuivi jusqu'à ce que les enfants, en septembre 2017, s'enfuient du domicile de leur mère pour s'installer chez leur père. Les tentatives soutenues de la mère pour communiquer avec ses enfants sont demeurées vaines. Des procédures ont été engagées, donc, où chacune des parties demande la garde provisoire des enfants en attendant que l'issue de l'instance de divorce soit connue.

[9] L'arrêt *Legault c. Rattray*, [2003] A.N.-B. n° 442 (QL), explique ce que vise une ordonnance provisoire :



[TRADUCTION]

Une ordonnance provisoire vise à couvrir une courte période se situant entre le moment où l'ordonnance est rendue et le procès. Par nécessité, l'ordonnance est rendue sur le fondement d'une preuve limitée, habituellement par affidavit. L'objet de l'ordonnance, pour reprendre les propos du juge Zuber dans la décision *Sypher c. Sypher* (Ont. C.A.), [1986] O.J. No. 536, QL(OJ), (C.A. Ont.), est de [TRADUCTION] « fournir, jusqu'au procès, une solution raisonnablement acceptable à un problème difficile ». Ces propos ont aussi été repris par le juge Rice, de notre Cour, dans l'arrêt *Wentzell c. Wentzell*, [1999] A.N.-B. n° 25, QL(ANB), sur lequel s'est fondé à son tour le juge Robertson dans l'arrêt *Piercy c. Foreman*, [2003] A.N.-B. n° 76, QL(ANB). Dans la décision *Sypher*, le juge Zuber a suivi le raisonnement suivant : [TRADUCTION] « [U]n tribunal d'appel ne devrait pas intervenir dans une ordonnance provisoire à moins qu'il ne soit démontré que l'ordonnance provisoire est manifestement erronée et qu'elle dépasse le vaste éventail de solutions raisonnables qui existent dans le cas de procédures provisoires amorcées par voie sommaire ». Je souscris à ces propos. [par. 4]

[10] Notre Cour a adopté cet énoncé dans *D.A. c. J.R.*, 2012 NBCA 38, 387 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 203, et dans *J.H. c. T.H.*, 2014 NBCA 52, 422 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 388. Dans le second de ces arrêts, la juge d'appel Larlee, auteure de nos motifs, a indiqué « qu'il est plutôt inhabituel qu'un juge de notre Cour siégeant seul accorde l'autorisation d'interjeter appel d'une ordonnance provisoire en matière de garde et d'accès » (par. 12).

[11] On ne m'a pas persuadé de dévier de la retenue que commandent normalement les motions en autorisation d'appel d'ordonnances provisoires de ce genre. Malgré l'argumentation habile de l'avocat de J.C.P. et une décision du juge saisi de la motion, que je ne crois pas être correcte, je ne suis pas convaincu que l'ordonnance provisoire déborde le vaste éventail des solutions raisonnables. Cette décision du juge saisi de la motion intéresse son choix de ne pas prendre en considération des affidavits accessoires déposés à l'appui des prétentions respectives des parties. Il a indiqué ce qui suit :

[TRADUCTION]

[J.C.P.] a présenté un certain nombre d'affidavits à l'appui de ses prétentions et pour attestations de moralité. Je ne peux pas me fonder sur ces documents à ce stade du litige. [N.B.], par exemple, est la compagne de [J.C.P.]. Son affidavit apporte une grande quantité d'information sur le temps qu'elle a passé avec [J.C.P.] et les enfants, de même qu'avec [A.D.P.] et sa famille. Mais, je ne peux pas prendre en considération l'interprétation que [N.B.] donne des faits, pour les besoins de cette audience portant sur les mesures provisoires, justement parce qu'elle est la compagne de [J.C.P.] et qu'elle n'est pas, de ce fait, un tiers objectif. Plus précisément, ses assertions doivent faire l'objet d'un contre-interrogatoire avant de pouvoir être évaluées en tant qu'éléments de preuve. Tous les autres déposants étaient des amis ou des [confidents] du requérant. Aucune des assertions ou des allégations des affidavits n'a pu être vérifiée. Pour que la preuve qui s'y trouve exposée puisse être considérée comme correspondant à la vérité, il faudrait que les déposants soient contre-interrogés.

[Je souligne.]

[12] Le juge a rendu une décision semblable à l'égard d'un certain nombre d'affidavits déposés à l'appui des prétentions de la mère, qu'il refusait de prendre en considération, a-t-il indiqué, tant que les déposants n'auraient pu témoigner et subir un contre-interrogatoire.

[13] Il semble que le juge saisi de la motion ait décidé que les affidavits étaient inadmissibles. Je doute certainement que cette décision soit correcte. L'admissibilité est régie par les règles de preuve et par les *Règles de procédure*, et les avocats n'ont pas soulevé d'objection, ou invoqué de règle, qui eût exclu l'admissibilité de ces affidavits.

[14] Le juge saisi de la motion aurait pu dire qu'il accorderait peu de poids aux affidavits, mais son utilisation des verbes « pouvoir » et « refuser » donne à penser qu'il a statué sur l'admissibilité. Fait plus déconcertant encore, il a affirmé par la suite, dans les motifs de conclusions défavorables en matière de crédibilité, que J.C.P. n'avait [TRADUCTION] « pas présenté de corroboration » de certaines déclarations de son

affidavit. En réalité, une corroboration en avait été donnée. La preuve corroborante était apportée par les affidavits que le juge a refusé de prendre en considération.

[15] Les vues du juge sur l'utilisation d'affidavits accessoires me troublent. Dans un autre contexte, son refus de prendre en considération ces affidavits aurait pu me persuader d'accorder l'autorisation d'appel; je demeure toutefois convaincu à l'examen du dossier, y compris des affidavits que le juge a refusé de prendre en compte, que son ordonnance provisoire appartient au vaste éventail des solutions raisonnables.

[16] Pour les motifs qui précèdent, la motion en autorisation d'appel est rejetée. Je condamne J.C.P. à des dépens de 750 \$. Parce que la présente décision pourrait influencer sur le déroulement de l'instance à la Cour du Banc de la Reine, j'invoque le par. 24(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, pour ordonner qu'elle soit publiée en anglais et que la version française suive en temps utile.