

Vincent Hall *Appellant*

v.

Jean Hebert, also known as Joseph Jean Claude Hebert *Respondent*

INDEXED AS: HALL v. HEBERT

File No.: 22399.

1992: October 6; 1993: April 29.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Duty of care — Owner of car allowing impaired person to drive — Car involved in accident and driver injured — Whether duty of care to deny impaired person permission to drive the vehicle.

Torts — Defences — Ex turpi causa — Owner of car allowing impaired person to drive — Car involved in accident and driver injured — Whether or not impaired driver barred from suing by principle of ex turpi causa.

Torts — Liability — Apportionment — Owner of car allowing impaired person to drive — Car involved in accident and driver injured — Proper apportionment of liability.

Respondent, who owned a "souped-up" muscle car, and his passenger (appellant) had been drinking. When the car stalled on an unlit and particularly rough gravel road with a sharp drop off to one side, respondent decided the only way to start it was "a rolling start" when he could not find the keys after they had shaken out of the ignition. At appellant's request, respondent allowed appellant to drive when they tried the rolling start. Respondent had been aware that appellant had consumed 11 or 12 bottles of beer that evening, three within the last hour prior to the accident. Despite this, he did not consider the appellant drunk. Appellant lost control of the car; it left the road, went down the steep slope and turned upside down. Both were able to walk away from the accident and reached the house of an

Vincent Hall *Appellant*

c.

Jean Hebert, également connu sous le nom de Joseph Jean Claude Hebert *Intimé*

RÉPERTORIÉ: HALL c. HEBERT

N° du greffe: 22399.

1992: 6 octobre; 1993: 29 avril.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Responsabilité délictuelle — Obligation de diligence — Propriétaire d'une automobile ayant permis à une personne en état d'ébriété de conduire — Accident occasionnant des blessures au conducteur — Y avait-il obligation de diligence de refuser à la personne en état d'ébriété la permission de conduire le véhicule?

Responsabilité délictuelle — Moyens de défense — Ex turpi causa — Propriétaire d'une automobile ayant permis à une personne en état d'ébriété de conduire — Accident occasionnant des blessures au conducteur — Le principe ex turpi causa empêche-t-il le conducteur en état d'ébriété d'engager des poursuites?

Responsabilité délictuelle — Responsabilité — Partage — Propriétaire d'une automobile ayant permis à une personne en état d'ébriété de conduire — Accident occasionnant des blessures au conducteur — Partage équitable de la responsabilité.

L'intimé, qui était propriétaire d'une voiture au moteur «gonflé», et son passager (l'appellant) avaient consommé de l'alcool. Lorsque la voiture s'est arrêtée sur une route de gravier non éclairée particulièrement cahoteuse avec une pente abrupte d'un côté, l'intimé, qui ne pouvait pas retrouver les clés qui s'étaient dégagées du contact, a décidé qu'elle ne pouvait être remise en marche que par un «démarrage en côte». À la demande de l'appellant, l'intimé lui a permis de conduire lorsqu'ils ont tenté le démarrage en côte. L'intimé savait que l'appellant avait consommé 11 ou 12 bouteilles de bière ce soir-là, dont trois dans l'heure précédant l'accident. Il ne le considérait pourtant pas comme ivre. L'appellant a perdu la maîtrise du véhicule, qui a quitté la route pour s'engager sur la pente raide et capoter. Tous

acquaintance who described them as being drunk. It was later discovered that the appellant had suffered significant head injuries.

The trial judge allowed appellant's action for civil damages and apportioned liability at 75 percent to the respondent and 25 percent to the appellant. The Court of Appeal allowed respondent's appeal. At issue here are: (1) whether a person having the care and control of a motor vehicle owes a duty of care to another who is known to be impaired to deny that impaired person permission to drive the vehicle; (2) whether *ex turpi causa non oritur actio* provides respondent with a complete defence to this action; and (3) whether the trial judge erred in his apportionment of liability.

Held (Sopinka J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, McLachlin and Iacobucci JJ.: Courts can bar recovery in tort on the ground of the plaintiff's immoral or illegal conduct but only in very limited circumstances. The basis of this power lies in duty of the courts to preserve the integrity of the legal system, and is exercisable only where this concern is in issue. Generally, the *ex turpi causa* principle will not operate in tort to deny damages for personal injury, since tort suits will generally be based on a claim for compensation. The use of *ex turpi causa* is not justified where the plaintiff's claim is merely for compensation for personal injuries sustained as a consequence of the negligence of the defendant since no inconsistency is introduced into the fabric of the law in making such an award.

The defence of *ex turpi causa non oritur actio* should not be replaced with a judicial discretion to negate or refuse to consider a duty of care on a policy basis. Shifting the analysis to the issue of duty provides no new insight into the fundamental question of when the courts should be entitled to deny recovery in tort to a plaintiff

deux ont pu quitter à pied les lieux de l'accident et se rendre à la maison d'une connaissance, qui les a décrits comme ivres à ce moment. On a découvert par la suite que l'appellant avait subi d'importantes blessures à la tête.

Le juge de première instance a accueilli l'action de l'appellant en dommages-intérêts civils et a partagé la responsabilité à 75 pour 100 pour l'intimé et 25 pour 100 pour l'appellant. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé. En l'espèce, les questions suivantes sont soulevées: (1) La personne qui a la garde et le contrôle d'un véhicule automobile a-t-elle à l'égard d'une autre personne dont les facultés sont manifestement affaiblies une obligation de diligence en vertu de laquelle elle serait tenue de lui refuser la permission de conduire le véhicule? (2) La maxime *ex turpi causa non oritur actio* offre-t-elle à l'intimé un moyen de défense complet dans la présente action? (3) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur dans le partage de la responsabilité?

Arrêt (le juge Sopinka est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, McLachlin et Iacobucci: Les tribunaux peuvent empêcher l'indemnisation en matière délictuelle du fait de la conduite immorale ou illégale du demandeur mais seulement dans des circonstances très limitées. Ce pouvoir est fondé sur le devoir qu'ont les tribunaux de préserver l'intégrité du système juridique, et il ne peut être exercé que lorsque cette préoccupation est en cause. En règle générale, le principe *ex turpi causa* ne s'applique pas en matière délictuelle pour motiver le refus de faire droit à une demande de dommages-intérêts pour lésions corporelles puisque les actions en responsabilité délictuelle sont généralement fondées sur une demande de dédommagement. L'application de la règle *ex turpi causa* ne se justifie pas lorsque le demandeur cherche uniquement à être dédommagé pour des lésions corporelles découlant de la négligence du défendeur car la décision de faire droit à la demande n'introduit pas d'incohérence dans le droit.

Le moyen de défense *ex turpi causa non oritur actio* ne devrait pas être remplacé par un pouvoir judiciaire discrétionnaire permettant d'annuler ou de refuser d'établir l'obligation de diligence pour des considérations de principe. Axer l'analyse sur l'obligation n'apporte aucun éclaircissement nouveau sur la question fondamentale de savoir quand les tribunaux devraient être habilités à débouter le demandeur de son action en responsabilité délictuelle en raison de sa conduite immo-

on the ground of the plaintiff's immoral or illegal conduct. It would also introduce a series of new problems.

The duty approach does not fully capture the sense of the principle of *ex turpi causa*. The *ex turpi causa* principle operates most naturally as a defence because its purpose is to frustrate what would be, had *ex turpi causa* no role, a complete cause of action.

The relationship between plaintiff and defendant which gives rise to their respective entitlement and liability arises in tort from a duty predicated on foreseeable consequences of harm. This duty of care is owed to all persons who may reasonably be foreseen to be injured by the negligent conduct. The legality or morality of the plaintiff's conduct is therefore an extrinsic consideration. Use of *ex turpi causa* as a defence rather than a distortion of the notion of the duty of care owed by the defendant to the plaintiff is preferable in the rare cases where concerns for the administration of justice require that the extrinsic consideration of the character of the plaintiff's conduct be considered. The notion that the courts cannot, in certain circumstances, consider whether a duty of care arises has the practical effect of denying a duty which would otherwise arise, and hence, in substance, of violating the principle against making certain parties outlaws in civil proceedings.

Practical reasons exist for treating *ex turpi causa* as a defence. First, to treat it as going to the duty of care would inappropriately place on the plaintiff the onus of showing the absence of disentiing conduct. Second, the duty of care approach is an all or nothing approach, and cannot be applied selectively to discreet heads of damages. Finally, the consideration of illegal or immoral conduct at the stage of determining the duty of care would raise procedural problems where concurrent claims are made in tort and contract. The onus would be on the defendant to prove the relevance of the plaintiff's conduct in contract but on the plaintiff to disprove the relevance of the conduct in tort, unnecessarily complicating the task of the trial judge and the parties.

rale ou illégale. Cela entraîne en outre une série de nouveaux problèmes.

La position fondée sur l'obligation n'épuise pas complètement le sens que nous donnons au principe *ex turpi causa*. Ce principe s'emploie le plus naturellement comme moyen de défense puisque sa fonction est d'empêcher ce qui, s'il ne jouait aucun rôle, constituerait une cause d'action complète.

b.

La relation qui existe entre le demandeur et le défendeur et qui entraîne leurs droits et responsabilités respectifs en responsabilité civile délictuelle découle d'une obligation fondée sur les conséquences prévisibles d'un préjudice. L'obligation de diligence s'applique à l'égard de toutes les personnes raisonnablement susceptibles d'être victimes d'une conduite négligente. Par conséquent, la légalité ou la moralité de la conduite du demandeur est un motif extrinsèque. Il est préférable d'utiliser la règle *ex turpi causa* comme moyen de défense plutôt que de risquer de fausser la notion de l'obligation de diligence du défendeur à l'endroit du demandeur dans les rares cas où le souci de l'administration de la justice exige que l'on tienne compte du motif extrinsèque que constitue la conduite du demandeur. La notion selon laquelle les tribunaux ne peuvent, dans certaines circonstances, déterminer l'existence d'une obligation de diligence a pour effet pratique d'écarter une obligation qui existerait par ailleurs et, partant, de déroger en substance au principe de ne pas prononcer la déchéance de certaines parties dans les procédures civiles.

Il existe des raisons pratiques de traiter la règle *ex turpi causa* comme un moyen de défense. En premier lieu, s'en servir pour établir l'existence d'une obligation de diligence serait imposer au demandeur de façon indue le fardeau de démontrer l'absence de conduite pouvant le priver de son droit. En deuxième lieu, la position fondée sur l'obligation de diligence est sans nuance et ne peut s'appliquer sélectivement à des chefs particuliers de dommages-intérêts. Enfin, la prise en considération de la conduite illégale ou immorale à l'étape de l'établissement d'une obligation de diligence soulèverait des problèmes de procédure lorsqu'il y a poursuite à la fois en matière délictuelle et en matière contractuelle. En matière contractuelle, il incomberait au défendeur de prouver la pertinence de la conduite du demandeur, mais en matière délictuelle, c'est au demandeur qu'incomberait le fardeau de réfuter la pertinence de sa conduite, compliquant inutilement la tâche du juge du procès et des parties.

The appellant need not be denied recovery here because the compensation sought was for injuries received. This compensation can be reduced to the extent of the appellant's contributory negligence, but cannot be wholly denied by reason of his disreputable or criminal conduct.

Per Cory J.: This Court has approved the two stage test for considering foreseeability, proximity and duty of care: (i) is there a sufficiently close relationship between the parties so that, in the reasonable contemplation of a party, carelessness on its part might cause damage to another person, and if so, (ii) are there any considerations which should negate or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise. This test, particularly the second branch, is broad enough to take into account policy considerations which may in fact negate the existence of a duty of care. Damages have been awarded in many cases where the plaintiff has been guilty of illegal acts.

The old common law defence of contributory negligence that stood as an absolute bar to recovery in tort actions has been legislated out of existence. The Negligence Acts of all the common law provinces provide a basis for a fair assessment and distribution of the liability. The defence of *volenti*, also a complete bar to recovery, has been confined to a narrow scope by this Court but may provide a valid defence in cases of economic tort. The doctrine of *ex turpi causa* should be eliminated in its application to tort cases. It would be better to consider the issue as a question to be resolved on considerations of public policy.

The respondent as the owner of the vehicle, was charged with its care and control and clearly owed a duty to the appellant to refuse to permit him to drive his vehicle. Common sense dictates that one who has the care and control of a vehicle should not permit another person that he knows or should know is unfit to drive to take over the control of his vehicle. Particularly this is so where the vehicle is high powered, the driving conditions are difficult and the proposed driver is clearly impaired.

Il n'y a pas lieu, en l'espèce, de refuser la réparation demandée par l'appellant parce que le dédommagement est demandé pour les blessures qu'il a subies. Ce dédommagement peut être réduit dans la mesure de sa négligence contributive, mais il ne peut lui être complètement refusé du seul fait de sa conduite déshonorante ou criminelle.

Le juge Cory: Notre Cour a approuvé le critère à deux volets permettant de déterminer la prévisibilité, le lien étroit et l'obligation de diligence: (i) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties pour qu'une partie ait pu raisonnablement prévoir que son manque de diligence pourrait causer des dommages à autrui; dans l'affirmative, (ii) y a-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages-intérêts auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu? Ce critère, particulièrement dans son second volet, est suffisamment vaste pour tenir compte de considérations de principe qui peuvent dans les faits annuler l'obligation de diligence. Dans bon nombre d'affaires, le demandeur a obtenu des dommages-intérêts même s'il était coupable d'actes illégaux.

L'ancien moyen de défense fondé sur la négligence contributive, qui était reconnu en common law et qui servait d'obstacle absolu à l'indemnisation dans des actions en responsabilité délictuelle, a été supprimé par voie législative. Les diverses lois sur le partage de la responsabilité adoptées dans les provinces de common law constituent le fondement d'une évaluation et d'une répartition justes de la responsabilité. Notre Cour a restreint à une portée étroite le moyen de défense *volenti*, qui constitue également un obstacle complet à l'indemnisation, mais il peut être un moyen de défense valide dans des affaires de délit économique. L'application de la règle *ex turpi causa* devrait être supprimée dans les actions en responsabilité délictuelle. Il serait préférable de considérer cette question comme devant être tranchée à la lumière de considérations d'ordre public.

En sa qualité de propriétaire de la voiture, l'intimé en avait la garde et le contrôle et il avait clairement à l'égard de l'appellant l'obligation de lui refuser la permission de conduire son automobile. Selon le bon sens, la personne qui a la garde et le contrôle d'un véhicule ne devrait pas en confier le contrôle à une autre personne qui, selon la connaissance qu'il en a ou qu'il devrait en avoir, n'est pas en état de conduire. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'une voiture à haute performance, que les conditions de conduite sont difficiles et que les facultés de la personne qui se propose comme conducteur sont manifestement affaiblies.

The doctrine of *ex turpi causa* should not be applied under any guise. The issue of "public policy" should not be considered under the archaic Latin rubric of *ex turpi causa* but honestly and frankly under the designation of public policy. Generally, decisions in which the *ex turpi causa* defence has been applied have required the existence of joint illegal conduct by the parties. If a plaintiff's conduct was in contravention of the law and if this conduct was a factor in producing his or her injury, the plaintiff may well be found guilty of contributory negligence or indeed of being the author of his or her own misfortune. Yet simply because the plaintiff was a wrongdoer does not necessarily mean that the plaintiff can have no remedy at law for harm done to him or her.

Appellant should be allowed to recover compensation on the grounds of public policy. To permit him to recover would not offend or shock the conscience of reasonable right thinking members of the community fully apprised of the facts.

There was little to choose between the negligence of the appellant and that demonstrated by the respondent. Individuals must take responsibility for their actions. It was the appellant who sought permission to drive the vehicle. He must or should have been aware of his impairment. He knew of the powerful nature of the vehicle and the problems involved in roll starting it. He was aware of the dangers presented by the dark inclined gravel road sloping off steeply to the gravel pit on one side. He must accept responsibility for seeking permission to drive the car and for the manner in which he drove it. The liability should be divided equally between the appellant and the respondent.

Per Gonthier J.: For the reasons given by Cory and McLachlin J., the appellant, on the facts of this case, had a duty of care and a defence of *ex turpi causa* was not open to him, be it viewed as such or as a matter of public policy. A restricted and more carefully circumscribed application of the defence of *ex turpi causa* must lie in tort cases. Its principle, properly applied, has a valid and important role to play in limited circumstances but it is not appropriate to define exhaustively a priori the circumstances for its application.

Per Sopinka J. (dissenting): The defence of *ex turpi causa* does not apply. The appeal and the action should be dismissed because of the plaintiff's failure to establish that the defendant owed a duty of care to the plain-

La règle *ex turpi causa* ne devrait pas être appliquée sous quelque forme que ce soit. Il ne faudrait pas examiner la question de «l'ordre public» sous la rubrique archaïque de la maxime latine *ex turpi causa* mais en débattre ouvertement et franchement au titre de l'ordre public. En général, les décisions dans lesquelles on a appliqué le moyen de défense *ex turpi causa* ont exigé l'existence d'une conduite illégale conjointe des parties. Si le demandeur a contrevenu à la loi et que sa conduite est un facteur qui a contribué au préjudice, il peut fort bien être tenu responsable de négligence contributive ou considéré comme auteur de son propre malheur. Toutefois, le seul fait que le demandeur soit fautif ne signifie pas nécessairement qu'il doit être privé de tout recours judiciaire à l'égard du préjudice qu'il a subi.

L'appelant devrait obtenir un dédommagement pour des considérations d'ordre public. La décision de lui accorder réparation ne devrait ni offenser ni choquer la conscience des citoyens sensés et raisonnables qui ont pris connaissance de tous les faits de l'espèce.

Il est bien difficile de trancher entre la négligence de l'appelant et celle dont a fait preuve l'intimé. Les personnes doivent assumer la responsabilité de leurs actes. C'est l'appelant qui a demandé la permission de conduire le véhicule. Il devait ou aurait dû être conscient de l'état d'ébriété dans lequel il se trouvait. Il connaissait la puissance de l'automobile et les problèmes inhérents à un démarrage en côte. Il était au courant des dangers que présentait la route de gravier non éclairée donnant abruptement d'un côté sur la carrière de gravier. Il doit accepter la responsabilité qui découle de sa demande de conduire l'automobile et de sa façon de conduire. La responsabilité devrait être partagée également entre l'appelant et l'intimé.

Le juge Gonthier: Pour les motifs exposés par les juges Cory et McLachlin, l'appelant avait, d'après les faits de l'espèce, une obligation de diligence et il ne pouvait pas invoquer le moyen de défense *ex turpi causa*, qu'il soit considéré en tant que tel ou comme élément de l'ordre public. Dans les actions en responsabilité délictuelle, il convient d'appliquer ce moyen de défense de façon restreinte et plus soigneusement circonscrite. Le principe qui le sous-tend a un rôle valable et important à jouer dans des circonstances limitées, cependant il ne convient pas d'établir a priori de façon exhaustive les circonstances justifiant d'y avoir recours.

Le juge Sopinka (dissentant): Le moyen de défense *ex turpi causa* ne s'applique pas. Il convient de rejeter le pourvoi et l'action parce que le demandeur n'a pas démontré que le défendeur avait à son égard une obliga-

tiff in the circumstances. The traditional incremental approach to the development of new categories of liability, whereby liability is extended in particular circumstances by analogy to existing categories, did not give rise to a duty of care. The special circumstances calling for the creation of a positive duty of care in *Dunn v. Dominion Atlantic Railway, Jordan House Ltd. v. Menow and Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.* were totally absent here. Extending liability would not amount to an incremental extension of liability, but a quantum leap. The approach in *Anns v. Merton London Borough Council* did not give rise to a duty of care either. This approach involves, first, a recognition of a broad *prima facie* duty of care based on foreseeability of harm followed by the application of a second step to determine whether there is a sound policy reason why the duty should be negated or limited. No unifying principle has been developed for the application of the second step.

The doctrines of *ex turpi causa* and *volenti non fit injuria* are examples of limitations on the duty of care which have been supported, at least in part, by reference to the policy not to recognize a duty of care in circumstances in which none could reasonably be expected. *Ex turpi causa*, properly understood, applies to deny recovery where lending the court's assistance to persons involved in serious criminal activity would reflect adversely on the administration of justice. Such is not the case here. *Volenti* applies only if the plaintiff has assumed both the physical and legal risk, but it does not exhaust the operation of the policy not to find a duty of care where none could reasonably be expected. Apart from *ex turpi causa* and *volenti* there is a policy not to recognize a duty of care in circumstances in which the plaintiff cannot have any reasonable expectation of receiving care nor of the defendant's providing it. Criminal conduct can be the basis for negating a duty of care not because it is criminal but because it can be inferred from the conduct itself, apart from its criminal character, that no reasonable expectation of care existed on the part of the person injured. The absence of reasonable expectation can be established on the basis of the rela-

tion de diligence dans les circonstances. Aucune obligation de diligence ne ressort de la position traditionnelle de l'élargissement graduel de nouvelles catégories de responsabilité en vertu de laquelle la responsabilité est élargie dans des cas particuliers par analogie avec les catégories existantes. Les circonstances spéciales qui exigent la création d'une obligation de diligence positive dans les arrêts *Dunn c. Dominion Atlantic Railway, Jordan House Ltd. c. Menow, et Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.* sont totalement absentes en l'espèce. Y appliquer la responsabilité n'équivaudrait pas à un élargissement graduel de responsabilité, mais plutôt à un changement radical. L'obligation de diligence ne découle pas non plus de la position adoptée dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*. Cette position comporte, premièrement, la reconnaissance à première vue d'une obligation de diligence générale fondée sur le caractère prévisible du dommage, suivie de l'application d'un second volet visant à déterminer s'il y a une raison de principe valable pour laquelle l'obligation devrait être supprimée ou limitée. Aucun principe d'unification n'a été élaboré pour l'application du second volet.

Les règles *ex turpi causa* et *volenti non fit injuria* sont des exemples des restrictions à l'obligation de diligence qui ont été appuyées, du moins en partie, par renvoi au principe qui consiste à ne pas reconnaître d'obligation de diligence dans les circonstances où on ne peut s'attendre raisonnablement à ce qu'il y en ait. Bien comprise, la règle *ex turpi causa* s'applique pour refuser l'indemnisation lorsque, si la cour aide des personnes impliquées dans une activité criminelle grave, une telle assistance aurait un effet néfaste sur l'administration de la justice. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Le moyen de défense *volenti* ne s'applique que si le demandeur a accepté le risque physique et juridique, mais il n'élimine pas l'application du principe selon lequel on ne conclut pas à une obligation de diligence dans les circonstances où il ne pourrait y avoir d'attente raisonnable relativement à une telle obligation. Sauf pour ce qui est des règles *ex turpi causa* et *volenti*, il existe un principe qui consiste à ne pas reconnaître d'obligation de diligence dans les circonstances où le demandeur ne peut raisonnablement s'attendre à bénéficier de diligence ni le défendeur à lui en manifester. Le refus de l'existence d'une obligation de diligence peut être fondé sur une conduite criminelle, non pas parce qu'elle est criminelle, mais parce qu'il est possible de déduire de la conduite elle-même, indépendamment de son caractère criminel, que la personne lésée n'avait aucune attente raisonnable de diligence. L'absence d'attente raisonnable peut être démontrée sur le fondement du rapport entre les parties

tionship of the parties and their conduct in all the circumstances of the case.

The plaintiff, when making the request, could not at the same time have had any expectation that the defendant owed the plaintiff a duty to take care for his safety by refusing the request. This was not a case of the plaintiff's being guilty of contributory negligence in having such an expectation but rather one in which the plaintiff had no such expectation. It was, therefore, not a case for apportionment of liability because no liability arose.

Cases Cited

By McLachlin J.

Considered: *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452; **referred to:** *Smith v. Jenkins* (1970), 119 C.L.R. 397; *Lane v. Holloway*, [1967] 3 All E.R. 129; *Gala v. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243; *Pitts v. Hunt*, [1990] 3 All E.R. 344; *Joubert v. Toronto General Trusts Corp.* (1955), 15 W.W.R. 654; *Rondos v. Wawrin* (1968), 64 W.W.R. 690; *Tallow v. Tailfeathers*, [1973] 6 W.W.R. 732; *Foster v. Morton* (1956), 4 D.L.R. (2d) 269; *Mack v. Enns* (1983), 44 B.C.L.R. 145; *Betts v. Sanderson Estate* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1; *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649; *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186; *Car and General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] S.C.R. 322; *Lehnert v. Stein*, [1963] S.C.R. 38; *Burns v. Edman*, [1970] 1 All E.R. 886; *Meadows v. Ferguson*, [1961] V.R. 594; *Lewis v. Brannen*, 65 S.E. 189 (1909); *Harper v. Grasser*, 150 P. 1175 (1915); *McNichols v. J. R. Simplot Co.*, 262 P.2d 1012 (1953); *Katco v. Briney*, 183 N.W.2d 657 (1971); *Colburn v. Patmore* (1834), 1 C.M. & R. 73, 149 E.R. 999; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Tomlinson v. Harrison*, [1972] 1 O.R. 670; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Henwood v. Municipal Tramways Trust* (1938), 60 C.L.R. 438.

By Cory J.

Considered: *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452; **referred to:** *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1969] 2 Q.B. 412; *Jordan House*

et de leur conduite dans toutes les circonstances de l'affaire.

Le demandeur ne pouvait, quand il a fait la demande, s'attendre en même temps que le défendeur s'acquitte envers lui d'une obligation de diligence à l'égard de sa sécurité en rejetant sa demande. Il ne s'agit pas d'un cas où le demandeur est coupable de négligence contributive parce qu'il avait une telle attente, mais plutôt d'un cas où le demandeur n'avait pas une telle attente. Par conséquent, il ne s'agit pas d'un cas de partage de la responsabilité parce qu'il n'en existe aucune.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt examiné: *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452; **arrêts mentionnés:** *Smith c. Jenkins* (1970), 119 C.L.R. 397; *Lane c. Holloway*, [1967] 3 All E.R. 129; *Gala c. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243; *Pitts c. Hunt*, [1990] 3 All E.R. 344; *Joubert c. Toronto General Trusts Corp.* (1955), 15 W.W.R. 654; *Rondos c. Wawrin* (1968), 64 W.W.R. 690; *Tallow c. Tailfeathers*, [1973] 6 W.W.R. 732; *Foster c. Morton* (1956), 4 D.L.R. (2d) 269; *Mack c. Enns* (1983), 44 B.C.L.R. 145; *Betts c. Sanderson Estate* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1; *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649; *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186; *Car and General Insurance Corp. c. Seymour*, [1956] R.C.S. 322; *Lehnert c. Stein*, [1963] R.C.S. 38; *Burns c. Edman*, [1970] 1 All E.R. 886; *Meadows c. Ferguson*, [1961] V.R. 594; *Lewis c. Brannen*, 65 S.E. 189 (1909); *Harper c. Grasser*, 150 P. 1175 (1915); *McNichols c. J. R. Simplot Co.*, 262 P.2d 1012 (1953); *Katco c. Briney*, 183 N.W.2d 657 (1971); *Colburn c. Patmore* (1834), 1 C.M. & R. 73, 149 E.R. 999; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Tomlinson c. Harrison*, [1972] 1 O.R. 670; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Henwood c. Municipal Tramways Trust* (1938), 60 C.L.R. 438.

Citée par le juge Cory

Arrêt examiné: *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452; **arrêts mentionnés:** *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Dorset Yacht Co. c. Home Office*, [1969] 2 Q.B. 412; *Jordan*

Ltd. v. Menow, [1974] S.C.R. 239; *Hempler v. Todd* (1970), 14 D.L.R. (3d) 637; *Ontario Hospital Services Commission v. Borsoski* (1973), 54 D.L.R. (3d) 339; *Betts v. Sanderson Estate* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1; *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186; *Butterfield v. Forrester* (1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926; *Davies v. Mann* (1842), 10 M. & W. 546, 152 E.R. 588; *Car and General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] S.C.R. 322; *Lehnert v. Stein*, [1963] S.C.R. 38; *Eid v. Dumas*, [1969] S.C.R. 668; *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Smith v. Jenkins* (1970), 119 C.L.R. 397; *Pitts v. Hunt*, [1990] 3 All E.R. 344; *Progress and Properties Ltd. v. Craft* (1976), 135 C.L.R. 651; *Hegarty v. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 145; *Lewis v. Sayers*, [1970] 3 O.R. 591; *Jackson v. Harrison* (1978), 138 C.L.R. 438; *Gala v. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243; *National Coal Board v. England*, [1954] 1 All E.R. 546; *Tallow v. Tailfeathers*, [1973] 6 W.W.R. 732; *Harris v. Toronto Transit Commission*, [1967] S.C.R. 460; *Miller v. Decker*, [1957] S.C.R. 624.

By Gonthier J.

Referred to: *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Mack v. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337.

By Sopinka J. (dissenting)

Ann v. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *Caparo Industries p.l.c. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239; *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186; *Dunn v. Dominion Atlantic Railway Co.* (1920), 60 S.C.R. 310; *Gala v. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226.

Authors Cited

Clerk, John Frederic. *Clerk & Lindsell on Torts*, 16th ed. Common Law Library No. 3. London: Sweet & Maxwell, 1989.

Crago, Neville. H. "The Defence of Illegality in Negligence Actions" (1964), 4 *Melbourne U.L.R.* 534.

Davis, Harold S. "The Plaintiff's Illegal Act as a Defense in Actions of Tort" (1904-05), 18 *Harv. L. Rev.* 505.

House Ltd. c. Menow, [1974] R.C.S. 239; *Hempler c. Todd* (1970), 14 D.L.R. (3d) 637; *Ontario Hospital Services Commission c. Borsoski* (1973), 54 D.L.R. (3d) 339; *Betts c. Sanderson Estate* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1; *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186; *Butterfield c. Forrester* (1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926; *Davies c. Mann* (1842), 10 M. & W. 546, 152 E.R. 588; *Car and General Insurance Corp. c. Seymour*, [1956] R.C.S. 322; *Lehnert c. Stein*, [1963] R.C.S. 38; *Eid c. Dumas*, [1969] R.C.S. 668; *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Smith c. Jenkins* (1970), 119 C.L.R. 397; *Pitts c. Hunt*, [1990] 3 All E.R. 344; *Progress and Properties Ltd. c. Craft* (1976), 135 C.L.R. 651; *Hegarty c. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 145; *Lewis c. Sayers*, [1970] 3 O.R. 591; *Jackson c. Harrison* (1978), 138 C.L.R. 438; *Gala c. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243; *National Coal Board c. England*, [1954] 1 All E.R. 546; *Tallow c. Tailfeathers*, [1973] 6 W.W.R. 732; *Harris c. Toronto Transit Commission*, [1967] R.C.S. 460; *Miller c. Decker*, [1957] R.C.S. 624.

Citée par le juge Gonthier

Arrêts mentionnés: *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Mack c. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337.

Citée par le juge Sopinka (dissent)

Ann c. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *Caparo Industries p.l.c. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239; *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186; *Dunn c. Dominion Atlantic Railway Co.* (1920), 60 R.C.S. 310; *Gala c. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226.

Doctrine citée

Clerk, John Frederic. *Clerk & Lindsell on Torts*, 16th ed. Common Law Library No. 3. London: Sweet & Maxwell, 1989.

Crago, Neville. H. «The Defence of Illegality in Negligence Actions» (1964), 4 *Melbourne U.L.R.* 534.

Davis, Harold S. «The Plaintiff's Illegal Act as a Defense in Actions of Tort» (1904-05), 18 *Harv. L. Rev.* 505.

- Debattista, Charles. "Ex Turpi Causa Returns to the English Law of Torts: Taking Advantage of a Wrong Way Out" (1984), 13 *Anglo-Am. L.R.* 15.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
- Ford, W. J. "Tort and Illegality: The *Ex Turpi Causa* Defence in Negligence Law" (1977-78), 11 *Melbourne U.L.R.* 32, 164.
- Fridman, G. H. L. "The Wrongdoing Plaintiff" (1972), 18 *McGill L.J.* 275.
- Gibson, Dale. "Comment: Illegality of Plaintiff's Conduct as a Defence" (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 89.
- Klar, Lewis N. *Tort Law*. Toronto: Carswell, 1991.
- Legrand, Pierre, jr. "La dynamique de l'impunité: autour de la défense d'*ex turpi causa en common law* des délits civils" (1991), 36 *McGill L.J.* 609.
- Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.
- MacDougall, Bruce. "Ex Turpi Causa: Should a Defence Arise From a Base Cause?" (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 1.
- Prosser, William L. *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. St-Paul: West Publishing Co., 1971.
- Salmond, Sir John William. *Salmond on the Law of Torts*, 17th ed. By R. F. V. Heuston. London: Sweet & Maxwell, 1977.
- Salmond, Sir John William. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.
- Swanton, Jane P. "Plaintiff a Wrongdoer: Joint Complicity in an Illegal Enterprise as a Defence to Negligence" (1981), 9 *Sydney L. Rev.* 304.
- Weinrib, Ernest J. "Illegality as a Tort Defence" (1976), 26 *U.T.L.J.* 28.
- Weinrib, Ernest J. "The Special Morality of Tort Law" (1989), 34 *McGill L.J.* 403.
- Williams, Glanville L. *Joint Torts and Contributory Negligence*. London: Stevens & Sons, 1951.
- Winfield, Sir Percy Henry. *Winfield and Jolowicz on Tort*, 12th ed. By M. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 1984.
- Wright, Cecil A. "Introduction to the Law of Torts" (1944), 8 *Cambridge L.J.* 238.
- Debattista, Charles. «Ex Turpi Causa Returns to the English Law of Torts: Taking Advantage of a Wrong Way Out» (1984), 13 *Anglo-Am. L.R.* 15.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
- Ford, W. J. «Tort and Illegality: The *Ex Turpi Causa* Defence in Negligence Law» (1977-78), 11 *Melbourne U.L.R.* 32, 164.
- Fridman, G. H. L. «The Wrongdoing Plaintiff» (1972), 18 *R.D. McGill* 275.
- Gibson, Dale. «Comment: Illegality of Plaintiff's Conduct as a Defence» (1969), 47 *R. du B. can.* 89.
- Klar, Lewis N. *Tort Law*. Toronto: Carswell, 1991.
- Legrand, Pierre, jr. «La dynamique de l'impunité: autour de la défense d'*ex turpi causa en common law* des délits civils» (1991), 36 *R.D. McGill* 609.
- Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1988.
- MacDougall, Bruce. «Ex Turpi Causa: Should a Defence Arise From a Base Cause?» (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 1.
- Prosser, William L. *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. St-Paul: West Publishing Co., 1971.
- Salmond, Sir John William. *Salmond on the Law of Torts*, 17th ed. By R. F. V. Heuston. London: Sweet & Maxwell, 1977.
- Salmond, Sir John William. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.
- Swanton, Jane P. «Plaintiff a Wrongdoer: Joint Complicity in an Illegal Enterprise as a Defence to Negligence» (1981), 9 *Sydney L. Rev.* 304.
- Weinrib, Ernest J. «Illegality as a Tort Defence» (1976), 26 *U.T.L.J.* 28.
- Weinrib, Ernest J. «The Special Morality of Tort Law» (1989), 34 *R.D. McGill* 403.
- Williams, Glanville L. *Joint Torts and Contributory Negligence*. London: Stevens & Sons, 1951.
- Winfield, Sir Percy Henry. *Winfield and Jolowicz on Tort*, 12th ed. By M. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 1984.
- Wright, Cecil A. «Introduction to the Law of Torts» (1944), 8 *Cambridge L.J.* 238.
- APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 201, 6 C.C.L.T. (2d) 294, 46 C.P.C. (2d) 192, 28 M.V.R. (2d) 94, allowing an appeal from a judgment of Spencer J. (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 102, with supplementary reasons (1989), 15 A.C.W.S. (3d) 382. Appeal allowed, Sopinka J. dissenting.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 201, 6 C.C.L.T. (2d) 294, 46 C.P.C. (2d) 192, 28 M.V.R. (2d) 94, qui a accueilli un appel contre le jugement du juge Spencer (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 102, avec des motifs supplémentaires (1989), 15 A.C.W.S. (3d) 382. Pourvoi accueilli, le juge Sopinka est dissident.

Steven H. Heringa and Robert D. Kirkham, for the appellant.

James S. Carfra, Q.C., and Dean P. J. Lawton, for the respondent.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice Cory. While I agree with much of what he has said, I find myself unable to agree with certain aspects of his reasons from the point of view of theory as well as practice.

This case is one of great importance. The Court is asked to rule on the question of whether and, if so, in what circumstances and under what doctrinal rubric courts may prevent a plaintiff from recovering compensation in tort for loss suffered by the fault of another on the ground that the plaintiff's conduct violated legal or moral rules.

My colleague would "eliminate" the doctrine of *ex turpi causa non oritur actio*: at p. 222. In place of the doctrine he would give the courts a power to reject claims on considerations of public policy. Where the plaintiff's claim arises in the context of negligence, the courts would apply this public policy rationale at the stage of deciding whether a cause of action lies, i.e., in determining whether the plaintiff is owed a duty of care.

My first concern is that, in spite of his explicit statement to the contrary, my colleague does not ultimately make it clear whether he would eliminate the doctrine of *ex turpi causa non oritur actio* or merely limit its use to those situations where public policy might require. If the substance of the *ex turpi causa* doctrine is continued, albeit under different test, no important change has occurred. My second concern is with the proposal that judges have the power to deny a person the right to recover in tort on the basis that no duty of care was

Steven H. Heringa et Robert D. Kirkham, pour l'appellant.

James S. Carfra, c.r., et Dean P. J. Lawton, a pour l'intimé.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, McLachlin et Iacobucci rendu par

b LE JUGE MCLACHLIN—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Cory. Si je suis d'accord avec lui sur beaucoup de points, je ne puis partager certains aspects de ses motifs tant du point de vue de la théorie que de celui de la pratique.

c La présente affaire revêt une grande importance. Notre Cour est appelée à se prononcer sur la question de savoir si, et le cas échéant, dans quelles circonstances et en vertu de quelle règle, les tribunaux peuvent empêcher un demandeur d'obtenir des dommages-intérêts en matière délictuelle pour un préjudice subi par la faute d'autrui, parce que sa conduite contrevenait à des règles légales ou morales.

d Selon mon collègue, la règle *ex turpi causa non oritur actio* «devrait être supprimée»: à la p. 222. À cette règle il substituerait le pouvoir judiciaire de rejeter des demandes à la lumière de considérations d'ordre public. Dans le cas d'une demande fondée sur la négligence, les tribunaux appliqueraient ces considérations à l'étape de la détermination de l'existence d'un droit d'action, c.-à-d. au moment d'établir si le demandeur bénéficie d'une obligation de diligence.

e h Ma première réserve a trait au fait qu'en dernière analyse, même s'il affirme explicitement le contraire, mon collègue ne précise pas clairement s'il supprimerait la règle *ex turpi causa non oritur actio* ou s'il se limiterait à en restreindre l'application aux seules situations où des considérations d'ordre public la rendent nécessaire. Le maintien de la substance de la règle, fût-ce en vertu d'un autre critère, n'apporterait pas de changement important. Ma deuxième réserve naît de la proposition portant que les juges ont le pouvoir de refuser

owed to him or her because of his or her illegal conduct. This latter concern is heightened by the absence of clear guidance as to when judges could exercise this draconian power and upon what grounds. I fear that unless placed upon a firm doctrinal foundation and made subject to clear limits, this general power to invalidate actions on grounds of public policy might prove more problematic than has the troubled doctrine of *ex turpi causa non oritur actio*. We would be trading one label for another without coming to grips with the fundamental problem. Whether we describe the principle under which judges are allowed to deny recovery to a plaintiff by an old-fashioned Latin name or by the currently fashionable concept of "public policy", the underlying problem remains the same: under what circumstances should the immoral or criminal conduct of a plaintiff bar the plaintiff from recovering damages to which he or she would otherwise be entitled.

My own view is that courts should be allowed to bar recovery in tort on the ground of the plaintiff's immoral or illegal conduct only in very limited circumstances. The basis of this power, as I see it, lies in duty of the courts to preserve the integrity of the legal system, and is exercisable only where this concern is in issue. This concern is in issue where a damage award in a civil suit would, in effect, allow a person to profit from illegal or wrongful conduct, or would permit an evasion or rebate of a penalty prescribed by the criminal law. The idea common to these instances is that the law refuses to give by its right hand what it takes away by its left hand. It follows from this that, as a general rule, the *ex turpi causa* principle will not operate in tort to deny damages for personal injury, since tort suits will generally be based on a claim for compensation, and will not seek damages as profit for illegal or immoral acts. As to the form the power should take, I see little utility and considerable difficulty in saying that the issue must be dealt with as part of the duty of care. Finally, I see no harm in using the traditional label of *ex turpi*

l'indemnisation d'un demandeur en matière délictuelle parce que celui-ci ne bénéficierait pas d'une obligation de diligence du fait de sa conduite illégale. Cette réserve est accentuée par l'absence de ligne directrice établissant clairement quand et pour quels motifs les juges pourraient exercer ce pouvoir draconien. Je crains qu'à défaut d'un fondement doctrinal ferme et d'un encadrement clair, ce pouvoir général de rejeter des actions pour des considérations d'ordre public ne suscite plus de problèmes que la règle controversée *ex turpi causa non oritur actio*. Ce serait échanger une étiquette contre une autre sans pour autant s'attaquer au problème fondamental. Que l'on se serve d'un nom latin démodé ou du concept de l'«ordre public» qui est à la mode aujourd'hui pour décrire le principe en vertu duquel les juges ont le pouvoir de refuser l'indemnisation du demandeur, le problème demeure le même: dans quelles circonstances la conduite immorale ou criminelle du demandeur devrait-elle l'empêcher d'obtenir les dommages-intérêts auxquels il aurait droit par ailleurs?

À mon avis, les tribunaux ne devraient pouvoir empêcher l'indemnisation en matière délictuelle du fait de la conduite immorale ou illégale du demandeur que dans des circonstances très limitées. Selon moi, ce pouvoir est fondé sur le devoir qu'ont les tribunaux de préserver l'intégrité du système juridique, et il ne peut être exercé que lorsque cette préoccupation est en cause. Elle est en cause lorsque l'attribution de dommages-intérêts dans une poursuite civile aurait pour effet de permettre à une personne de tirer profit de sa conduite illégale ou fautive, ou de faire en sorte qu'elle échappe à une sanction pénale ou qu'elle bénéficie d'une réduction de cette sanction. Le principe commun à tous ces cas est que le droit refuse de donner d'une main ce qu'il retire de l'autre. Il s'ensuit que, en règle générale, le principe *ex turpi causa* ne peut s'appliquer en matière délictuelle pour motiver le refus de faire droit à une demande de dommages-intérêts pour lésions corporelles puisque les actions en responsabilité délictuelle sont généralement fondées sur une demande de dédommagement et qu'elles ne visent pas l'obtention de dommages-intérêts à titre de profit d'actions illégales ou immorales. Quant à la forme que devrait pren-

causa non oritur actio, so long as the conditions that govern its use are made clear.

These conclusions arise from a consideration of the historical uses of the power to deny recovery on the ground of immoral or illegal conduct and the doctrinal considerations which underlie that power. I will first examine what role there is for a power in the courts to deny recovery in tort because of the claimant's immoral or illegal conduct. My conclusion, as indicated, will be that while there is a role, it is limited. After indicating the nature of that limit, I will address the manner in which the limiting rule is best introduced, whether as a defence to an established cause of action, or as an element negating a duty of care.

I. The Historical Use of the Power to Deny Recovery for Immoral or Illegal Conduct

(a) *The Underlying Rational — The Integrity of the Judicial Process*

The power expressed in the maxim *ex turpi causa non oritur actio* finds its roots in the insistence of the courts that the judicial process not be used for abusive, illegal purposes. Thus Professor Gibson, in "Comment: Illegality of Plaintiff's Conduct as a Defence" (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 89, at p. 89, writes:

Few would quarrel with the proposition that a man who murders his wealthy aunt should not be allowed to receive the proceeds of her life insurance as beneficiary, or that two robbers who disagree over the division of the spoils would not be allowed to settle their dispute in a court of law. It was to deal with flagrant abuses like these that English courts developed the principle expressed in the maxim: *ex turpi causa non oritur actio*

dre ce pouvoir, j'estime peu utile et susceptible d'entraîner de grandes difficultés l'affirmation selon laquelle cette question doit être tranchée dans le cadre de l'obligation de diligence. Enfin, je ne vois aucun mal à utiliser l'étiquette traditionnelle *ex turpi causa non oritur actio*, pourvu que les conditions qui en régissent l'application soient énoncées clairement.

Ces conclusions se fondent sur l'examen du recours traditionnel à ce pouvoir de refuser l'indemnisation en raison d'une conduite immorale ou illégale, et sur les considérations doctrinales qui sous-tendent ce pouvoir. J'examinerai d'abord le rôle que peut jouer un pouvoir judiciaire de refuser l'indemnisation en matière délictuelle en raison de la conduite immorale ou illégale du demandeur. Comme je l'ai déjà indiqué, ma conclusion sera qu'il y a un rôle, mais que celui-ci est limité. Une fois précisée la nature de cette limite, je déterminerai si la meilleure façon d'appliquer cette règle limitative est de l'employer comme moyen de défense à une cause d'action établie ou comme élément permettant de réfuter une obligation de diligence.

I. Le recours traditionnel au pouvoir de refuser l'indemnisation en raison d'une conduite immorale ou illégale

a) *Le motif sous-jacent — L'intégrité du processus judiciaire*

Le pouvoir exprimé par la maxime *ex turpi causa non oritur actio* tire sa source de l'insistance des tribunaux pour que le processus judiciaire ne serve pas à des fins abusives ou illégales. Dans son article intitulé «Comment: Illegality of Plaintiff's Conduct as a Defence» (1969), 47 *R. du B. can.* 89, le professeur Gibson écrit, à la p. 89:

[TRADUCTION] Peu de gens trouveraient à redire à la proposition portant que celui qui assassine sa riche tante ne devrait pas pouvoir toucher, comme bénéficiaire, le produit de sa police d'assurance-vie, ou qu'il ne serait pas loisible aux deux voleurs qui ne s'entendent pas sur la répartition de leur butin de saisir un tribunal de leur différend. C'est pour éviter des abus aussi flagrants que les tribunaux anglais ont élaboré le principe énoncé par la

— no right of action arises from a base cause. [Emphasis added.]

maxime: *ex turpi causa non oritur actio* — le droit d'action ne naît pas d'une cause indigne. [Je souligne.]

The use of the doctrine of *ex turpi causa* to prevent abuse and misuse of the judicial process is well established in contract law and insurance law, where it provokes little controversy. The same cannot be said for tort. This is the first occasion that this Court has been invited to pronounce definitively on the proper role of the *ex turpi causa* principle in tort. Looking back on the jurisprudence, the best that can be said is that, as applied in tort, the *ex turpi causa* principle, in both Canada and elsewhere, has had a chequered history. The courts of both Australia and the United Kingdom have denied the availability of the doctrine in the tort context: *Smith v. Jenkins* (1970), 119 C.L.R. 397 (Aust. H.C.), at p. 414, and *Lane v. Holloway*, [1967] 3 All E.R. 129 (C.A.), at p. 131. However, the present position in these jurisdictions appears to be that the doctrine has a role, although one limited by the court's refusal, on the grounds of policy, to establish a standard of care in respect of certain illegal or immoral activities: *Gala v. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243 (Aust. H.C.), at pp. 249-50, and *Pitts v. Hunt*, [1990] 3 All E.R. 344 (C.A.), at pp. 355-56, 358 and 365. Within Canada, the situation is not significantly different. Appeal courts in Alberta and Manitoba have accepted that the doctrine can be applied in the tort context: *Joubert v. Toronto General Trusts Corp.* (1955), 15 W.W.R. 654 (Man. C.A.), *Rondos v. Wawrin* (1968), 64 W.W.R. 690 (Man. C.A.), and *Tallow v. Tailfeathers*, [1973] 6 W.W.R. 732 (Alta. C.A.). The Nova Scotia Court of Appeal has disagreed: *Foster v. Morton* (1956), 4 D.L.R. (2d) 269, at p. 281. The British Columbia Court of Appeal has reached inconsistent decisions: *Mack v. Enns* (1983), 44 B.C.L.R. 145, and *Betts v. Sanderson Estate* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1, deny the application of the doctrine in tort; the judgment of the Appeal Court in the case at bar says that doctrine applies, and that earlier judgments to the contrary are incorrect.

^a Le recours à la règle *ex turpi causa* pour empêcher l'abus et le mauvais usage du processus judiciaire est bien établi en droit des contrats et en droit des assurances, où il pose peu de problèmes. ^b On ne peut en dire autant de son application en matière délictuelle. Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée pour la première fois à se prononcer définitivement sur le rôle que devrait jouer le principe *ex turpi causa* en matière délictuelle. À ^c l'examen de la jurisprudence, le mieux que l'on puisse dire est que le principe *ex turpi causa* appliqué au droit de la responsabilité délictuelle a connu des hauts et des bas, au Canada comme à ^d l'étranger. Les tribunaux de l'Australie et du Royaume-Uni ont refusé toute application de la règle en matière délictuelle: *Smith c. Jenkins* (1970), 119 C.L.R. 397 (H.C. Austr.), à la p. 414, et *Lane c. Holloway*, [1967] 3 All E.R. 129 (C.A.), à la p. 131. Toutefois, l'état actuel du droit dans ces pays semble être le suivant: la règle a un rôle à jouer, mais ce rôle est limité par le refus des tribunaux, pour des considérations de principe, d'établir une norme de diligence à l'égard de certains actes ^e illégaux ou immoraux: *Gala c. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243 (H.C. Austr.), aux pp. 249 et 250, et *Pitts c. Hunt*, [1990] 3 All E.R. 344 (C.A.), aux pp. 355, 356, 358 et 365. Au Canada, la situation n'est pas très différente. Les cours d'appel de l'Alberta et du Manitoba ont accepté que la règle s'applique en matière délictuelle: *Joubert c. Toronto General Trusts Corp.* (1955), 15 W.W.R. 654 (C.A. Man.), *Rondos c. Wawrin* (1968), 64 W.W.R. 690 (C.A. Man.), et *Tallow c. Tailfeathers*, [1973] 6 W.W.R. 732 (C.A. Alb.). La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse n'était pas de cet avis: *Foster c. Morton* (1956), 4 D.L.R. (2d) 269, à la p. 281. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rendu des décisions incompatibles: *Mack c. Enns* (1983), 44 B.C.L.R. 145, et *Betts c. Sanderson Estate* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1, refusent l'application de la règle en matière délictuelle; ⁱ l'arrêt rendu par la Cour d'appel en l'espèce ^j affirme que la règle s'applique et que les décisions antérieures portant le contraire ne sont pas fondées.

Academic opinion is generally critical of the maxim's use in tort, particularly where it is used to prevent recovery of compensatory damages for personal injury: see Bruce MacDougall, "*Ex Turpi Causa: Should a Defence Arise from a Base Cause?*" (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 1; Glanville L. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951); D. Gibson, *supra*. Other commentators, while concerned that the courts have applied the doctrine in cases where it is not justified, concede that in some circumstances its application in tort may be appropriate: Ernest J. Weinrib, "Illegality as a Tort Defence" (1976), 26 *U.T.L.J.* 28, G. H. L. Fridman, "The Wrongdoing Plaintiff" (1972), 18 *McGill L.J.* 275.

I propose to examine those cases where it is generally conceded that the doctrine may properly apply, with a view to determining whether a unifying concern or theme, sufficient to support the preservation of the maxim, can be identified.

One situation in which there seems to be a clear role for the doctrine is the case where to allow the plaintiff's tort claim would be to permit the plaintiff to profit from his or her wrong. It is important at the outset to define what is meant by profit. As the cases illustrate, what is meant is profit in the narrow sense of a direct pecuniary reward for an act of wrongdoing. Compensation for something other than wrongdoing, such as for personal injury, would not amount to profit in this sense. An instance is the situation where one wrongdoer claims in tort against another for financial loss arising from a joint illegal venture. Such a situation was considered by this Court in *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452. In issue was an alleged tort of the conspiracy to injure. The respondent, maintaining that it was a business competitor of the appellants, argued that its bankruptcy had been caused by the illegal combines activity of the appellants. Writing for the Court, Estey J. found that the tort of conspiracy was not made out. He went on, however, to con-

L'opinion des auteurs est généralement critique quant à l'application de la maxime en matière délictuelle, tout particulièrement lorsqu'elle sert à empêcher l'attribution de dommages-intérêts compensatoires pour lésions corporelles: voir Bruce MacDougall, «*Ex Turpi Causa: Should a Defence Arise From a Base Cause?*» (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 1; Glanville L. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951); D. Gibson, *loc. cit.* D'autres commentateurs, qui notent que les tribunaux ont appliqué la règle dans des affaires où cela ne se justifiait pas, concèdent toutefois que dans certaines circonstances, son application en matière délictuelle peut être correcte: Ernest J. Weinrib, «*Illegality as a Tort Defence*» (1976), 26 *U.T.L.J.* 28, G. H. L. Fridman, «*The Wrongdoing Plaintiff*» (1972), 18 *R.D. McGill* 275.

Je me propose de passer en revue les cas où il est généralement reconnu que la règle peut s'appliquer, afin de déterminer s'il est possible d'en extraire un motif ou un thème unificateur suffisant pour en appuyer le maintien.

Cette règle semble avoir clairement un rôle à jouer dans le cas où faire droit à la demande en matière délictuelle aurait pour effet de permettre au demandeur ou à la demanderesse de tirer profit de sa faute. Il importe d'entrée de jeu de définir le sens du terme profit. Comme le montre la jurisprudence, il s'agit de profit au sens strict de récompense pécuniaire directe pour un acte fautif. Le dédommagement pour autre chose qu'une faute, par exemple pour des lésions corporelles, ne constituerait pas un profit dans ce sens. On peut penser au cas où l'auteur d'une faute intente une action en responsabilité délictuelle contre son complice à l'égard de la perte financière découlant d'une entreprise illégale conjointe. C'est une situation de ce genre que notre Cour a examinée dans l'arrêt *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452. L'affaire portait sur un présumé délit civil de complot en vue de nuire. L'intimée, qui affirmait être une concurrente des appelantes, prétendait que sa faillite avait été causée par les activités illégales de coalition des appelantes. Au nom de la Cour, le

sider whether the respondent might be barred from claiming against the appellants on the ground that the respondent had also participated in the illegality in issue. In rejecting this argument, Estey J. held that the damages suffered by the respondent were not linked to the illegality participated in. But he accepted that, had the causal requirement been satisfied and the alleged tort made out, the respondent might have been barred from recovering, on the grounds that recovery would permit it to profit from its illegal act.

The reasoning at work in *Canada Cement LaFarge* is, as Cory J. notes, precisely the same as that underlying the application of the *ex turpi causa* doctrine in contract: the court will not assist a wrongdoer in profiting from an illegal scheme or act. As Estey J. stated at p. 477:

The benefit falling to the respondent was the opportunity to be the sole supplier of lightweight aggregate to the combine. If the damages which have been suffered by the respondent flowed from its involvement in the illegal combine or from the contracts entered into between the respondent and the appellants affording the opportunity to the respondent to participate in the combine, then these doctrines [of *ex turpi causa non oritur actio* and of *in pari delicto potior est conditio possidentis*] prevent the respondent's recovery. [Emphasis added.]

Cory J. suggests that the defence of *volenti non fit injuria* better characterizes the rationale underlying this conclusion. I respectfully disagree. The defence of *volenti* is available only if it can be established that the plaintiff, with knowledge (objectively determined) of the risk, freely accepted it: *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649, and *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186. It is narrowly applied: *Car and General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] S.C.R. 322, *Lehnert v. Stein*, [1963] S.C.R. 38, and *Sundance*, *supra*. Cory J., at p. 213, says *volenti* could always be established in such a case, regardless of the particular circumstances in issue, simply as a matter of judicial inference from the fact of an illegal bargain. I am not so confident. It is not clear

juge Estey a conclu que le délit civil de complot n'avait pas été établi. Il a cependant examiné la question de savoir si l'intimée pouvait être empêchée de poursuivre les appelantes parce qu'elle avait aussi participé au projet illégal en cause. En rejetant cet argument, le juge Estey a dit que les préjudices subis n'étaient pas liés aux activités illégales auxquelles l'intimée avait participé. Selon le juge Estey toutefois, si l'on avait établi l'existence d'un lien de causalité et celle du délit, l'intimée aurait pu être empêchée d'obtenir des dommages-intérêts, parce que l'indemnisation lui aurait permis de tirer profit de son acte illégal.

Comme le note le juge Cory, le raisonnement qui sous-tend l'arrêt *Ciments Canada LaFarge* est précisément le même que celui qui fonde l'application de la règle *ex turpi causa* en matière contractuelle: le tribunal n'aidera pas l'auteur d'une faute à tirer profit d'un procédé ou d'un acte illégal. Comme l'explique le juge Estey, à la p. 477:

À l'intimée revenait l'avantage que constituait la possibilité d'être l'unique fournisseur de granulats légers de la coalition. Si le préjudice subi par l'intimée découle de sa participation à la coalition illégale ou de ses contrats avec les appelantes, en vertu desquels elle pouvait participer à la coalition, alors, suivant les principes susmentionnés [*ex turpi causa non oritur actio* et *in pari delicto potior est conditio possidentis*], l'intimée ne peut réclamer de dommages-intérêts. [Je souligne.]

Le juge Cory laisse entendre que le moyen de défense *volenti non fit injuria* décrit mieux le raisonnement qui sous-tend cette conclusion. Avec égard, je ne puis souscrire à cette proposition. Ce moyen de défense ne peut être invoqué que si l'on peut établir que le demandeur, en toute connaissance du risque (établie objectivement), l'a librement accepté: *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649, et *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186. Il est appliqué strictement: *Car and General Insurance Corp. c. Seymour*, [1956] R.C.S. 322, *Lehnert c. Stein*, [1963] R.C.S. 38, et *Sundance*, précité. Le juge Cory dit, à la p. 213, que le moyen de défense *volenti* pourrait toujours être établi en pareil cas, peu importe les circonstances particulières de l'espèce, par simple

that it can be said of a contract, even one found to be illegal, that one party knowingly accepted the risks of the other party's breach. Moreover, if courts were to find *volenti* on the basis of judicial inference from the fact of an illegal bargain, the result would be a judicial doctrine that whenever an illegal bargain is established, there can be no claim in tort. Whether one describes this result by the maxim of *volenti* or by the maxim of *ex turpi causa* is immaterial. These considerations, coupled with the fact that this Court and others have referred to this as an instance where the *ex turpi causa* rule applies, suggest to me that it is best to continue to do so.

Another example of a case in which the courts would not permit a wrongdoer to use a tort action to profit from the wrongdoing is where one bank robber sues another for fraud or negligent misrepresentation. If the action were brought in contract, it would clearly be defeated on the basis of *ex turpi causa non oritur actio*. The fact that the disgruntled robber chooses to frame his or her action in tort should make no difference.

In some cases the courts may disallow a particular head of damages on the basis that to award that head of damages would be to permit the plaintiff to profit indirectly from his or her crime, in the sense of obtaining remuneration for it. A claim for damages for personal injuries under the head of loss of future earnings, where the claimed earnings are based on an illegal occupation, will not be allowed because it would amount to the court's rewarding the plaintiff for an illegal activity, permitting the plaintiff to profit from his or her wrong. Courts in other jurisdictions have refused to make such awards in cases of claims by a burglar, a bookies' clerk, a vendor of illegal patent medicines, a fisherman using an unlawful net, and an operator of an illegal gambling den: *Burns v. Edman*, [1970]

inférence judiciaire tirée de l'existence d'une entente illégale. Je n'en suis pas si certaine. Il ne me semble pas évident qu'on puisse déduire d'un contrat, même s'il est jugé illégal, qu'une partie a délibérément accepté les risques découlant de l'inexécution par l'autre partie. En outre, si les tribunaux devaient conclure à l'application de la règle *volenti* par inférence judiciaire tirée de l'existence d'une entente illégale, il en résulterait une théorie judiciaire portant que chaque fois qu'une entente illégale est établie, il ne peut y avoir de demande de dommages-intérêts en matière délictuelle. Il importe peu que ce résultat soit décrit par la maxime *volenti* ou par la maxime *ex turpi causa*. Eu égard à ces considérations et au fait que notre Cour et d'autres tribunaux ont jugé qu'il s'agissait d'un cas où la règle *ex turpi causa* s'applique, il me paraît préférable de continuer cette tradition.

La situation du voleur de banque qui poursuit son complice pour fraude ou déclaration inexacte faite par négligence est un autre exemple des cas où les tribunaux ne permettraient pas à l'auteur d'une faute de recourir à une action en responsabilité délictuelle pour tirer profit de la faute. Si une telle action était intentée en matière contractuelle, elle serait clairement rejetée par l'application de la règle *ex turpi causa non oritur actio*. Le fait que le voleur mécontent décide d'intenter une poursuite sous le régime du droit de la responsabilité délictuelle n'y changerait rien.

Dans certains cas, les tribunaux peuvent rejeter certains chefs d'une demande de dommages-intérêts parce qu'en les accueillant, ils permettraient au demandeur de tirer indirectement profit de son crime, en obtenant d'en être rémunéré. Le demandeur qui intente une action en dommages-intérêts pour lésions corporelles sous le chef du manque à gagner qu'il subirait à l'avenir à l'égard d'une occupation illégale sera débouté parce que faire droit à sa demande aurait pour effet de le récompenser pour une activité illégale et de lui permettre de tirer profit de sa faute. Les tribunaux d'autres pays ont refusé d'accorder de tels dommages-intérêts dans des actions où le demandeur était cambrioleur, commis d'un preneur aux livres, vendeur de médicaments brevetés contrefaits, pêcheur utili-

1 All E.R. 886 (Q.B.), *Meadows v. Ferguson*, [1961] V.R. 594 (S.C.), *Lewis v. Brannen*, 65 S.E. 189 (Ga. C.A. 1909). *Harper v. Grasser*, 150 P. 1175 (Wash. S.C. 1915), and *McNichols v. J. R. Simplot Co.*, 262 P.2d 1012 (Idaho S.C. 1953).

Another example of a case where a particular type of damage may violate the rule against profiting from wrongdoing, this time a little further removed from the contractual situation, is the case of exemplary damages awarded to a wrongdoer. Because such damages are, by definition, not compensatory, their function (apart from punishing the defendant) would be to reward the wrongdoer for his or her crime. As such, they would arguably constitute a case of enabling a wrongdoer to profit from crime. Professor Weinrib, *supra*, at p. 41, refers to the American case of *Katco v. Briney*, 183 N.W.2d 657 (Iowa S.C. 1971), as an instance where such a claim was successful. The plaintiff was injured by a spring-gun as he was attempting to break into a house and steal some objects from it. He sued for battery. The jury awarded him \$10,000 for punitive damages. While the verdict was affirmed, Weinrib doubts that it would be followed in the commonwealth, particularly in view of the decision in the English Court of Appeal which accepted the argument that wrongful conduct (provocation) could reduce exemplary or punitive damages, but not compensatory damages: *Lane v. Holloway*, *supra*. I am persuaded by this argument.

The narrow principle illustrated by the foregoing examples of accepted application of the maxim of *ex turpi causa non oritur actio* in tort, is that a plaintiff will not be allowed to profit from his or her wrongdoing. This explanation, while accurate as far as it goes, may not, however, explain fully why courts have rejected claims in these cases. Indeed, it may have the undesirable effect of tempting judges to focus on the issue of whether

sant un filet interdit par la loi, ou exploitant d'une maison de jeu illégale: *Burns c. Edman*, [1970] 1 All E.R. 886 (Q.B.), *Meadows c. Ferguson*, [1961] V.R. 594 (C.S.), *Lewis c. Brannen*, 65 S.E. 189 (C.A. Ga. 1909), *Harper c. Grasser*, 150 P. 1175 (C.S. Wash. 1915), et *McNichols c. J. R. Simplot Co.*, 262 P.2d 1012 (C.S. Idaho 1953).

L'attribution de dommages-intérêts exemplaires à l'auteur d'une faute est un autre exemple de cas où un type particulier de dommages-intérêts pourrait contrevenir à la règle portant que l'auteur d'une faute ne peut tirer profit de sa faute, cette fois dans un contexte un peu plus éloigné du domaine contractuel. Puisque, par définition, de tels dommages-intérêts ne sont pas de nature compensatoire, ils auraient comme fonction (en plus de punir le défendeur) de récompenser l'auteur de la faute pour son crime. À ce titre, ils pourraient constituer une occasion pour l'auteur de la faute de tirer profit du crime. Le professeur Weinrib, *loc. cit.*, mentionne à la p. 41 la décision américaine *Katco c. Briney*, 183 N.W.2d 657 (C.S. Iowa 1971) comme exemple d'une affaire où l'on a fait droit à une telle demande. Le demandeur avait été blessé par un piège à fusil alors qu'il tentait de commettre un vol avec effraction. Il a intenté des poursuites pour voies de fait. Le jury lui a accordé 10 000 \$ en dommages-intérêts punitifs. Même si le verdict a été confirmé, Weinrib doute que les tribunaux du commonwealth suivent cette décision, compte tenu surtout de l'arrêt dans lequel la Cour d'appel anglaise a accepté l'argument portant que la conduite fautive (la provocation) pouvait réduire les dommages-intérêts exemplaires ou punitifs, mais non les dommages-intérêts compensatoires: *Lane c. Holloway*, précité. Cet argument me semble convaincant.

Le principe étroit illustré par ces exemples d'application de la maxime *ex turpi causa non oritur actio* en matière délictuelle est que le demandeur ne peut tirer profit de sa faute. Si exacte qu'elle soit, cette explication ne clarifie peut-être pas entièrement toutefois pourquoi les tribunaux ont rejeté des demandes dans ces cas. À vrai dire, elle peut entraîner l'effet non souhaitable d'inciter les juges à se concentrer sur la question de savoir si le

the plaintiff is “getting something” out of the tort, thus carrying the maxim into the area of compensatory damages where its use has proved so controversial, and has defeated just claims for compensation. A more satisfactory explanation for these cases, I would venture, is that to allow recovery in these cases would be to allow recovery for what is illegal. It would put the courts in the position of saying that the same conduct is both legal, in the sense of being capable of rectification by the court, and illegal. It would, in short, introduce an inconsistency in the law. It is particularly important in this context that we bear in mind that the law must aspire to be a unified institution, the parts of which—contract, tort, the criminal law—must be in essential harmony. For the courts to punish conduct with the one hand while rewarding it with the other, would be to “create an intolerable fissure in the law’s conceptually seamless web”: Weinrib, *supra*, at p. 42. We thus see that the concern, put at its most fundamental, is with the integrity of the legal system.

At this point it may be useful to consider in more depth the distinction between compensatory damages and damages which amount to profit from an illegal act. The foregoing comments indicate that compensatory damages are not properly awarded as compensation for an illegal act, but only as compensation for personal injury. Such damages accomplish nothing more than to put the plaintiff in the position he or she would have been in had the tort not occurred. No part of the award which compensates injury can be said to be the profit of, or the windfall from, an illegal act. It may be that had the plaintiff not committed an illegal act, like driving while impaired as in this case, he or she would never have suffered injury. But the same point could be made in the context of every tort: had the injured party not first done X or Y, he or she would not have been subject to the negligence of the tortfeasor. The question that the law asks is whether an injured party suffered a recognized sort of injury, at the hands of someone who owed this party a duty of care, and who caused

demandeur «retire quelque chose» du délit, ce qui engagerait la maxime dans le domaine des dommages-intérêts compensatoires où son emploi s’est avéré si controversé et a conduit au rejet de demandes de dédommagement justifiées. Selon moi, il existe une façon plus satisfaisante d’expliquer ces affaires, à savoir qu’accorder la réparation demandée serait accorder une réparation pour ce qui est illégal. Cela aurait pour effet de forcer les tribunaux à conclure que la même conduite est à la fois légale, c’est-à-dire susceptible d’être corrigée par un tribunal, et illégale. En somme, cela introduirait une incohérence dans le droit. Il est particulièrement important dans ce contexte de se rappeler que le droit doit viser à constituer un tout unifié, dont les parties—les domaines contractuel, délictuel et pénal—doivent se combiner dans une indispensable harmonie. Si les tribunaux devaient, d’une main, punir la conduite qu’ils approuvent de l’autre, cela équivaudrait à [TRADUCTION] «créer une faille intolérable dans l’unité conceptuelle du droit»: Weinrib, *loc. cit.*, à la p. 42. Nous voyons donc que, dans son aspect le plus fondamental, le souci des tribunaux est de protéger l’intégrité du système juridique.

À ce stade, il peut être utile d’examiner plus en profondeur la distinction entre les dommages-intérêts compensatoires et les dommages-intérêts qui permettraient à un demandeur de tirer profit d’un acte illégal. Les commentaires précédents montrent que des dommages-intérêts compensatoires ne sont pas accordés à titre de dédommagement pour un acte illégal, mais uniquement à titre de dédommagement pour des lésions corporelles. De tels dommages-intérêts ne font rien d’autre que remettre le demandeur dans la position où il se trouverait si le délit ne s’était pas produit. Aucune partie des dommages-intérêts accordés en dédommagement du préjudice ne peut être considérée comme un avantage ou un profit tiré d’un acte illégal. Le demandeur aurait peut-être pu éviter de subir le préjudice s’il n’avait pas commis un acte illégal, comme la conduite avec facultés affaiblies en l’espèce. Mais il en est de même de tout délit: si la partie lésée n’avait pas fait ceci ou cela, elle n’aurait pas été victime de la négligence de l’auteur du délit. En droit, la question est de savoir si la partie lésée a

reasonably foreseeable damage by falling below the standard of care that the law imposes. The plaintiff's behaviour will be relevant to the extent to which it can be shown, according to the established principles just referred to, that the plaintiff contributed to, or voluntarily accepted, the injury he or she suffered; his or her behaviour will be otherwise irrelevant, unless the plaintiff's claim falls into that narrow group of excluded claims referred to above. None of the foregoing propositions changes the fact that such compensation as a plaintiff properly recovers arises not from the character of his or her conduct, illegal or otherwise, but from the damage caused to him or her by the negligent act of the defendant. He or she gets only the value of, or a substitute for, the injuries he or she has suffered by the fault of another. He or she gets nothing for or by reason of the fact he or she was engaged in illegal conduct.

There may be cases where the principle of *ex turpi causa* should be invoked to prevent tort recovery which do not fall under the category of profit from illegality. Professor Weinrib, *supra*, suggests that the defence of *ex turpi causa* may properly be invoked to prevent the "stultification of the criminal law" or "evasion of the consequences of the criminal law": at pp. 52-53. He gives the example of a burglar who, due to his partner's negligence, is caught and required to pay a fine. Such a person, he suggests, should be barred from recovering damages for the fine from his partner. Weinrib states that this result could be justified either by saying that one criminal owes no duty to another, or by recourse to the maxim *ex turpi causa non oritur actio*. He adds, at p. 51:

However the conclusion is expressed, few would quarrel with it. B has deliberately chosen to violate the criminal law by attempting the burglary, and he has been visited with the consequences of that choice. Conviction and sentencing by a criminal court is the law's

subi un type de préjudice reconnu, de la part de quelqu'un qui avait une obligation de diligence envers elle et qui lui a causé un préjudice raisonnablement prévisible en ne respectant pas la norme de diligence imposée par la loi. Le comportement du demandeur ne sera pertinent que dans la mesure où l'on peut démontrer, selon les principes établis susmentionnés, que le demandeur a contribué ou délibérément acquiescé au préjudice qu'il a subi; autrement, son comportement n'est pas pertinent, à moins que l'action du demandeur ne fasse partie du groupe limité des demandes exclues décrites plus haut. Aucune des propositions susmentionnées ne change quoi que ce soit au fait que le dédommagement obtenu de bon droit par le demandeur découle non du caractère de sa conduite, illégale ou autre, mais plutôt du préjudice qu'il a subi par suite de la négligence du défendeur. Il n'obtient que la valeur, ou l'équivalent, des préjudices qu'il a subis par la faute d'autrui. Il ne retire rien du fait qu'il avait adopté une conduite illégale.

Il peut y avoir des cas où il faudrait invoquer le principe *ex turpi causa* pour empêcher, dans une action en responsabilité délictuelle, une indemnisation n'appartenant pas à la catégorie du profit tiré d'un acte illégal. Selon le professeur Weinrib, *loc. cit.*, le moyen de défense *ex turpi causa* peut justement être invoqué pour empêcher [TRADUCTION] «l'affaiblissement du droit pénal», ou comme [TRADUCTION] «moyen d'échapper aux conséquences du droit pénal»: aux pp. 52 et 53. Il cite l'exemple du cambrioleur qui, pris sur le fait par suite de la négligence de son complice, est condamné à une amende. Selon lui, cette personne devrait être déboutée de toute demande de dommages-intérêts intentée contre son complice au sujet de l'amende. Selon Weinrib, ce résultat pourrait être justifié soit par le principe selon lequel un criminel n'a aucune obligation envers un autre criminel, soit pas le recours à la maxime *ex turpi causa non oritur actio*. Il ajoute, à la p. 51:

[TRADUCTION] Peu importe la façon dont elle est exprimée, peu de gens trouveraient à redire à cette conclusion. B a délibérément choisi de contrevenir au droit pénal en tentant de commettre un cambriolage, et il doit en subir les conséquences. La condamnation et la déter-

method of ascribing to B the responsibility for his action. The assessment of the penalty is largely, though not exclusively, a reaction to the criminal's own process of decision, and it reflects both the blameworthiness of the criminal in choosing to act as he did and the amount of admonishment sufficient to influence him in his future choices. It would make no sense at all if B were able to utilize tort law's mechanism of shifting losses in order to avoid the very consequences which criminal law has imposed upon him for his intentionally culpable conduct. [Emphasis added.]

See also the similar facts which arose for consideration in *Colburn v. Patmore* (1834), 1 C.M. & R. 73, 149 E.R. 999 (Exch.)

While this example cannot be explained in terms of profit, since the claim is one of compensation for a fine incurred, it does accord with what I have called the more fundamental rationale for the defence of *ex turpi causa*, that based on the need to maintain internal consistency in the law, in the interest of promoting the integrity of the justice system. Again we have a situation where permitting recovery in tort would amount to the law's giving with one hand what it takes away with the other. Again it can be said that to permit the claim would be to create "an intolerable fissure in the law's conceptually seamless web."

There is weighty authority which supports the proposition that the preservation of the integrity of the justice system is the true rationale for the defence of illegality associated with the maxim *ex turpi causa non oritur actio*. My colleague Justice Sopinka put the defence on this basis in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at p. 316:

My colleague refers to the observation of Estey J. that the application of this maxim to defeat a tort action has been rare. Its use has been much less frequent in recent times. The courts have taken a less rigid view of its purpose. Emphasis is now placed on preserving the administration of justice from the taint that would result from the approval of a transaction that a court ought not to countenance.

mination de la peine par une cour pénale est le moyen retenu par la loi pour faire assumer à B la responsabilité de ses actes. L'évaluation de la peine est en grande partie, mais non exclusivement, une réaction au processus décisionnel du criminel, et elle reflète à la fois l'aspect répréhensible de la décision du criminel d'agir comme il l'a fait et une dose suffisante de réprimande pour l'influencer dans les choix qu'il fera à l'avenir. Il serait absolument insensé de permettre à B d'utiliser le mécanisme de répartition des pertes du droit de la responsabilité délictuelle pour éviter les conséquences mêmes que lui a infligées le droit pénal pour sa conduite intentionnellement coupable. [Je souligne.]

Voir aussi les faits semblables qui ont été examinés dans l'arrêt *Colburn c. Patmore* (1834), 1 C.M. & R. 73, 149 E.R. 999 (Éch.)

Si cet exemple ne peut s'expliquer sous l'angle du profit, puisqu'il s'agissait d'une demande de remboursement d'une amende, il s'harmonise avec ce que j'ai appelé le motif plus fondamental qui sous-tend le moyen de défense *ex turpi causa* et qui est fondé sur la nécessité de préserver la cohérence interne du droit afin d'assurer l'intégrité du système de justice. Il s'agit encore une fois d'une situation où l'attribution de dommages-intérêts en matière délictuelle équivaldrait à donner d'une main ce que l'on retire de l'autre. On pourrait encore une fois dire que faire droit à cette demande aurait pour effet de créer [TRADUCTION] «une faille intolérable dans l'unité conceptuelle du droit».

Il existe une importante jurisprudence à l'appui de la proposition voulant que la préservation de l'intégrité du système de justice soit le vrai fondement du moyen de défense de l'illégalité lié à la maxime *ex turpi causa non oritur actio*. Mon collègue le juge Sopinka a ainsi décrit le fondement de ce moyen de défense dans l'arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, à la p. 316:

Mon collègue mentionne les propos du juge Estey selon lesquels il est rare que cette maxime ait été appliquée pour rejeter une action délictuelle. Ces derniers temps, son utilisation a été beaucoup moins fréquente. Les tribunaux ont adopté une conception moins rigide de son objet. On insiste maintenant sur la protection de l'administration de la justice contre la déconsidération qui pourrait résulter de l'approbation d'une opération qu'un tribunal ne saurait permettre.

Cory J. does not deny the importance of the integrity of the justice system as a rationale for the defence. He does, however, argue at p. 216 that such a rationale may be too broad, since it is difficult to distinguish in many cases between what Ford, *infra*, terms “public and merely judicial outrage”, and he adopts the warnings of Ford that “moral indignation must not be mistaken for public policy”. On the other hand, he points out that tort awards have been properly made in many cases where the plaintiff’s conduct might have offended a judge. It seems to me that the narrow form of the rationale which I have developed, premised on the need to prevent internal inconsistency in the law, does not attract this criticism. It is not the judge’s outrage but a concern for the coherence of the legal system which he or she administers which is operative.

I add a comment on the criteria of “joint criminal activity”, which has sometimes been invoked as a condition of the application of *ex turpi causa* as a defence: see *Tomlinson v. Harrison*, [1972] 1 O.R. 670, and *Tallow v. Tailfeathers*, *supra*. Other courts have refused to adopt this requirement, arguing against its anomalous and “paradoxical result”: see, for example, the comments of Lambert J.A. in *Betts v. Sanderson Estate*, *supra*, at p. 12. When the *ex turpi causa* rule is understood to be based on the need to maintain the integrity of our system of law, it becomes clear that there is no reason to insist that both the plaintiff and the defendant have been involved in the criminal or immoral activity in order that the *ex turpi causa* maxim operate.

I conclude that there is a need in the law of tort for a principle which permits judges to deny recovery to a plaintiff on the ground that to do so would undermine the integrity of the justice system. The power is a limited one. Its use is justified where allowing the plaintiff’s claim would introduce inconsistency into the fabric of the law, either by

Le juge Cory ne nie pas l’importance que représente l’intégrité du système de justice comme fondement de ce moyen de défense. Il prétend toutefois, à la p. 216, que ce fondement peut être trop large puisqu’il est difficile dans bon nombre de cas d’établir une distinction entre ce que Ford, *infra*, appelle [TRADUCTION] «l’indignation du public et celle de la seule magistrature», et il reprend l’avertissement de Ford selon lequel [TRADUCTION] «il ne faudrait pas confondre indignation morale et ordre public». Il souligne par ailleurs que des dommages-intérêts ont à bon droit été accordés dans nombre d’actions en responsabilité délictuelle où la conduite des demandeurs pouvait paraître répréhensible aux juges. Il me semble que la forme étroite de fondement que j’ai élaborée, qui découle de la nécessité de prévenir l’incohérence interne du droit, n’appelle pas cette critique. Ce n’est pas l’indignation du juge qui entre en jeu, mais plutôt un souci de cohérence dans le système juridique qu’il applique.

J’ajoute un commentaire sur le critère de «l’entreprise criminelle conjointe» qui a parfois été invoqué comme condition de l’application de la maxime *ex turpi causa* à titre de moyen de défense: voir *Tomlinson c. Harrison*, [1972] 1 O.R. 670, et *Tallow c. Tailfeathers*, précité. D’autres tribunaux ont refusé d’adopter cette exigence, en faisant valoir qu’elle donnait lieu à un [TRADUCTION] «résultat paradoxal» et anormal: voir par exemple les commentaires du juge Lambert dans *Betts c. Sanderson Estate*, précité, à la p. 12. Lorsque la règle *ex turpi causa* est perçue comme fondée sur la nécessité de maintenir l’intégrité de notre système de droit, il devient évident qu’il n’y a pas de raison d’insister pour que le demandeur et le défendeur soient tous deux impliqués dans l’activité criminelle ou immorale pour que la règle s’applique.

Je conclus que le droit de la responsabilité délictuelle doit comprendre un principe qui habilite les juges à débouter le demandeur lorsque l’attribution des dommages-intérêts réclamés nuirait à l’intégrité du système de justice. Il s’agit d’un pouvoir limité dont l’application ne se justifie que lorsque la décision de faire droit à la demande introduirait

permitting the plaintiff to profit from an illegal or wrongful act, or to evade a penalty prescribed by criminal law. Its use is not justified where the plaintiff's claim is merely for compensation for personal injuries sustained as a consequence of the negligence of the defendant. I turn now to the question of the form in which this principle should be cast.

(b) *How the Goal of Protecting the Integrity of the Judicial System is Best Accomplished*

My colleague Cory J. suggests that the defence of *ex turpi causa non oritur actio* should be eliminated. In its place, he suggests that the courts should be granted the power to disallow a plaintiff's claim, on account of the plaintiff's wrongful conduct, by finding that no duty of care arises. This power is to be exercised under the second branch of the test articulated in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, as approved and reformulated in this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. On this view, the plaintiff's illegal or immoral conduct may constitute a policy reason for holding that the defendant owed the plaintiff no duty of care.

A variant of this approach has been adopted in Australia, *Gala v. Preston*, *supra*, and at pp. 251-55, and by the English Court of Appeal, *Pitts v. Hunt*, *supra*, at pp. 355-56, 358. This view holds that no duty should be postulated where it is either impossible or improper for the courts to establish a standard of care to govern the conduct in issue. It is recognized that there is no a priori reason in law why a duty cannot subsist between criminals or wrongdoers. However, some cases raise such "special and exceptional" circumstances that a court cannot, or cannot in good conscience, enquire into the standard of care needed to ground the duty of care in a particular situation. Unlike the view espoused by Cory J., the very possibility of a duty

une incohérence dans le droit, en permettant au demandeur soit de tirer profit d'un acte illégal ou fautif, soit d'échapper à une sanction pénale. Son application ne se justifie pas lorsque le demandeur cherche uniquement à être dédommagé pour des lésions corporelles découlant de la négligence du défendeur. J'aborderai maintenant la question de la forme que devrait revêtir ce principe.

b) *Comment assurer le mieux possible la protection de l'intégrité du système judiciaire*

Mon collègue le juge Cory suggère de supprimer le moyen de défense *ex turpi causa non oritur actio*. Il propose qu'on lui substitue un pouvoir en vertu duquel les tribunaux pourraient rejeter la demande, en raison de la conduite fautive du demandeur, en concluant à l'inexistence d'une obligation de diligence. Ce pouvoir serait exercé conformément au deuxième volet du critère établi dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, tel qu'il a été approuvé et reformulé par notre Cour dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Dans cette optique, la conduite illégale ou immorale du demandeur peut constituer une raison de principe permettant de conclure que le défendeur n'avait aucune obligation de diligence à l'égard du demandeur.

Une variante de cette démarche a été adoptée en Australie, dans l'arrêt *Gala c. Preston*, précité, aux pp. 251 à 255, et par la Cour d'appel anglaise, dans l'arrêt *Pitts c. Hunt*, précité, aux pp. 355, 356 et 358. Selon cette position, il n'y aurait pas lieu de reconnaître une obligation lorsqu'il est impossible ou inopportun pour un tribunal d'établir une norme de diligence susceptible de régir la conduite en cause. Il est reconnu qu'il n'existe en droit aucune raison a priori pour empêcher que subsiste une obligation entre des criminels ou des auteurs de fautes. Toutefois, certaines affaires comportent des circonstances à ce point «spéciales et exceptionnelles» que le tribunal est dans l'impossibilité, par souci de bonne conscience ou autrement, d'examiner la norme de diligence nécessaire pour fonder l'obligation de diligence dans un cas particulier. Contrairement à la position adoptée par le juge Cory, la possibilité même que naisse une obliga-

arising is not denied; rather the court declines to enter into the question of whether a duty exists.

With great respect, I am not sure that much is gained by replacing the defence of *ex turpi causa non oritur actio* with a judicial discretion to negate, or to refuse to consider, the duty of care. Shifting the analysis to the issue of duty provides no new insight into the fundamental question of when the courts should be entitled to deny recovery in tort to a plaintiff on the ground of the plaintiff's immoral or illegal conduct. Moreover, it introduces a series of new problems. In the end I fear that it would prove more problematic than has the defence of *ex turpi causa non oritur actio*.

I begin by noting that the duty approach, as expressed by Cory J., does not fully capture what we mean when we invoke the principle of *ex turpi causa*. If what I have said above is correct, the *ex turpi causa* principle operates most naturally as a defence because its purpose is to frustrate what would be, had *ex turpi causa* no role, a complete cause of action. Liability for tort arises out of the relationship between the alleged tortfeasor and the injured claimant. The power of the court to deny recovery where it would undermine the coherence of the legal system, on the other hand, represents concerns independent of this relationship. It is important, if only for the purposes of conceptual clarity, that *ex turpi causa* operate, on those rare occasions where its operation is justified, as a defence to frustrate tort claims which could otherwise be fully made out, because this best expresses what is in fact decided. The courts make it clear that the defendant has acted wrongly in negligently causing harm. They also make it clear that responsibility for this wrong is suspended only because

tion de diligence, n'est pas niée; le tribunal refuse plutôt d'aborder la question de l'existence d'une telle obligation.

^a Avec égards, je ne suis pas convaincue que l'on gagne vraiment à remplacer le moyen de défense *ex turpi causa non oritur actio* par un pouvoir judiciaire discrétionnaire permettant d'annuler ou de refuser d'établir l'obligation de diligence. Axer l'analyse sur l'obligation n'apporte aucun éclaircissement nouveau sur la question fondamentale de savoir quand les tribunaux devraient être habilités à débouter le demandeur de son action en responsabilité délictuelle en raison de sa conduite immorale ou illégale. Cela entraîne en outre une série de nouveaux problèmes. En dernière analyse, je crains que ce pouvoir suscite plus de problèmes que le moyen de défense *ex turpi causa non oritur actio*.

^e Je noterai d'abord que la position fondée sur l'obligation, telle qu'elle est formulée par le juge Cory, n'épuise pas complètement le sens que nous donnons au principe *ex turpi causa* lorsque nous l'invoquons. Si ce que j'ai dit plus haut est juste, le principe *ex turpi causa* s'emploie le plus naturellement comme moyen de défense puisque sa fonction est d'empêcher ce qui, s'il ne jouait aucun rôle, constituerait une cause d'action complète. La responsabilité civile délictuelle découle de la relation entre le prétendu auteur du délit et le demandeur lésé. Par ailleurs, le pouvoir du tribunal de refuser l'indemnisation lorsque celle-ci minerait la cohérence du système juridique constitue un motif indépendant de cette relation. Il est important, ne serait-ce que pour des raisons de clarté conceptuelle, que la règle *ex turpi causa* soit employée, dans les rares cas où son application se justifie, comme moyen de défense permettant de faire échec à des actions en responsabilité délictuelle auxquelles il serait autrement fait droit, parce que c'est ce qui exprime le mieux ce qui est décidé en réalité. Les tribunaux expriment clairement que le défendeur a mal agi en causant un préjudice par sa négligence. Ils expriment clairement en outre que la responsabilité de la faute est écartée uniquement parce que le souci de l'intégrité du système juri-

concern for the integrity of the legal system trumps the concern that the defendant be responsible.

Donoghue v. Stevenson, [1932] A.C. 562 (H.L.), the source of our modern law of negligence and of the concept of duty upon which it is founded, requires that a person exercise reasonable care toward all his or her neighbours. It does not say that the duty is owed only to neighbours who have acted morally and legally. Tort, unlike equity which requires that the plaintiff come with clean hands, does not require a plaintiff to have a certain moral character in order to bring an action before the court. The duty of care is owed to all persons who may reasonably be foreseen to be injured by the negligent conduct.

Policy concerns unrelated to the legal rules which govern the relationship between the parties to an action have not generally been considered in determining whether a duty of care lies. This follows from the fact that the justice which tort law seeks to accomplish is justice between the parties to the particular action; the court acts at the instance of the wronged party to rectify the damage caused by a particular defendant: see Ernest J. Weinrib, "The Special Morality of Tort Law" (1989), 34 *McGill L.J.* 403, at p. 408.

The relationship between plaintiff and defendant which gives rise to their respective entitlement and liability arises from a duty predicated on foreseeable consequences of harm. Since this is the concern, the legality or morality of the plaintiff's conduct is an extrinsic consideration. In the rare cases where concerns for the administration of justice require that the extrinsic consideration of the character of the plaintiff's conduct be considered, it seems to me that this is better done by way of defence than by distorting the notion of the duty of care owed by the defendant to the plaintiff.

It can be argued that the Australian rule avoids these doctrinal problems by recognizing that,

dique a préséance sur la nécessité de faire assumer sa responsabilité au défendeur.

L'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), source de notre droit moderne de la responsabilité délictuelle et du concept d'obligation qui le sous-tend, exige que l'on fasse preuve de diligence raisonnable à l'égard de tous les voisins. Cet arrêt ne dit pas que l'obligation n'est due qu'à l'égard des voisins qui ont agi dans le respect de la morale et de la loi. Contrairement à l'*equity* qui exige que le demandeur ait eu une attitude irréprochable, le droit de la responsabilité délictuelle n'exige pas que le demandeur justifie d'un certain caractère moral pour pouvoir intenter une action en justice. L'obligation de diligence s'applique à l'égard de toutes les personnes raisonnablement susceptibles d'être victimes d'une conduite négligente.

Les considérations de principe n'ayant aucun lien avec les règles juridiques qui régissent la relation entre les parties à une action n'ont généralement pas été examinées pour déterminer l'existence d'une obligation de diligence. Cela s'explique par le fait que la justice que cherche à rendre le droit de la responsabilité délictuelle se limite aux parties à l'instance particulière; le tribunal agit à la demande de la partie lésée afin de corriger le préjudice causé par un défendeur en particulier: voir Ernest J. Weinrib, «The Special Morality of Tort Law» (1989), 34 *R.D. McGill* 403, à la p. 408.

La relation qui existe entre le demandeur et le défendeur et qui entraîne leurs droits et responsabilités respectifs découle d'une obligation fondée sur les conséquences prévisibles d'un préjudice. Puisque c'est ce qui importe, la légalité ou la moralité de la conduite du demandeur est un motif extrinsèque. Dans les rares cas où le souci de l'administration de la justice exige que l'on tienne compte du motif extrinsèque que constitue la conduite du demandeur, il me semble qu'il serait préférable de l'employer comme moyen de défense plutôt que de risquer de fausser la notion de l'obligation de diligence du défendeur à l'endroit du demandeur.

On pourrait prétendre que la règle australienne évite ces problèmes en reconnaissant qu'une obli-

while a duty of care might otherwise lie, it cannot be raised because the parties, by their conduct, have made it impossible or improper to consider the claim. In other words, that a duty could arise from the relationship between the parties is not denied—plaintiff is simply barred from relying on it. Thus the Australian High Court formally avoids conflict with the principle it has articulated in earlier judgments: that no person becomes a *caput lupinum*, or an outlaw, in the eyes of the civil law merely because that person was engaged in some unlawful act: *Henwood v. Municipal Tramways Trust* (1938), 60 C.L.R. 438, at p. 466. On analysis, however, this notion that the courts cannot, in certain circumstances, consider whether a duty of care arises has the practical effect of denying a duty which would otherwise arise, and hence, in substance, of violating the very principle against making certain parties outlaws to which the court seeks to adhere.

Beyond this, a more practical objection can be raised: why is it necessary to take the rather novel step of positing judicial “inability” to investigate the appropriate standard of care, instead of using the concept by which the law has traditionally recognized considerations that prevent otherwise valid claims from succeeding, that is, the concept of a defence to the action?

The law of tort recognizes many types of defence. Some go to the relationship between the parties; for example, the defence of *volenti non fit injuria*, the plaintiff’s assumption of risk. But others go to matters unrelated to that relationship. Limitation periods, for example, are raised by way of defence. I see no reason to treat *ex turpi causa* differently. Like a lapsed limitation period, it represents a reason why a cause of action, which might otherwise be fully made out, should not succeed.

The debate is not purely academic. There are practical reasons for finding that it is proper to

gation de diligence, même si elle peut exister par ailleurs, ne peut être invoquée parce qu’il est devenu impossible ou inopportun d’examiner la demande du fait de la conduite des parties. En d’autres termes, la règle ne nie pas qu’une obligation puisse naître de la relation entre les parties, mais elle empêche simplement le demandeur de l’invoquer. La High Court d’Australie évite ainsi d’entrer en conflit avec le principe qu’elle a énoncé dans des arrêts antérieurs: nul ne devient *caput lupinum* ou déchu de ses droits au regard du droit civil du seul fait qu’il a commis un acte illégal: *Henwood c. Municipal Tramways Trust* (1938), 60 C.L.R. 438, à la p. 466. En dernière analyse toutefois, cette notion selon laquelle les tribunaux ne peuvent, dans certaines circonstances, déterminer l’existence d’une obligation de diligence a pour effet pratique d’écarter une obligation qui existerait par ailleurs et, partant, de déroger en substance au principe même que le tribunal cherche à appliquer, à savoir celui de ne pas prononcer la déchéance de certaines parties.

De plus, sur un plan plus pratique, on peut soulever l’objection suivante: pourquoi faut-il adopter le procédé plutôt nouveau consistant à supposer une «incapacité» judiciaire à examiner la norme de diligence appropriée plutôt que de recourir à la notion par laquelle le droit a traditionnellement reconnu des motifs permettant d’écarter des demandes par ailleurs valides, à savoir la notion d’un moyen de défense à l’action?

Le droit de la responsabilité délictuelle reconnaît nombre de moyens de défense. Certains portent sur la relation entre les parties comme, par exemple, le moyen de défense *volenti non fit injuria*, l’acceptation du risque par le demandeur. D’autres par contre portent sur des questions sans rapport avec cette relation. On peut par exemple soulever des délais de prescription comme moyen de défense. Je ne vois aucune raison pour traiter différemment la maxime *ex turpi causa*. Comme un délai de prescription expiré, elle constitue un motif fondant le rejet d’une cause d’action qui aurait par ailleurs pu être établie.

Le débat n’est pas purement théorique. Il est des raisons pratiques qui portent à conclure que le

view *ex turpi causa* as a defence. I mention three. If the *ex turpi causa* principle arises in the course of the investigation into whether there exists a duty of care, the onus will lie on the plaintiff to show why he or she should not be disentitled by way of his or her conduct. It is well established that the plaintiff bears the onus of establishing a valid cause of action; if not, the plaintiff faces non-suit. Thus a plaintiff whose conduct is alleged to be immoral or illegal might be bound to disprove the illegality or immorality in order to proceed with his or her action and avoid non-suit. On the other hand, if the matter is left as a defence, the onus rests on the defendant. As I have indicated, the power to preclude recovery on the basis of the plaintiff's immoral or illegal conduct is an exceptional power, operating in derogation of the general principles of tort applicable to all persons in our society. As such, it seems to me appropriate that the onus of establishing the exceptional circumstances should rest with the defendant. The plaintiff should not be required to disprove the existence and relevance of his or her illegal or immoral conduct; rather it should be for the defendant to establish it.

Second, the duty of care approach is an all or nothing approach, and cannot be applied selectively to discreet heads of damages. As discussed above, cases may arise in which a particular damage claim, e.g. for exemplary damages, or for damages for loss of future earnings, might be seen as a claim to profit from an illegal act. Another damage claim in the same action, e.g., one for compensation for personal injuries, could not be so regarded. If the *ex turpi causa* principle operates as a defence it is possible to distinguish between such claims. If it operates as a factor negating a duty of care, on the other hand, it is not possible to treat an

principe *ex turpi causa* devrait servir de moyen de défense. J'en mentionnerai trois. Si le principe *ex turpi causa* intervient à l'étape de l'examen visant à établir l'existence d'une obligation de diligence, c'est au demandeur qu'il incombe de démontrer pourquoi il ne devrait pas être privé de son droit en raison de sa conduite. Il est reconnu que le demandeur a le fardeau d'établir qu'il a une cause d'action valide; s'il ne le fait pas, il s'expose à être déclaré irrecevable dans sa demande. Par conséquent, le demandeur dont la conduite serait censément immorale ou illégale pourrait être tenu de réfuter l'illégalité ou l'immoralité de sa conduite afin de maintenir son action et d'éviter un non-lieu. Par contre, si le principe sert de moyen de défense, c'est au défendeur qu'incombe le fardeau de la preuve. Comme je l'ai mentionné, le pouvoir de refuser toute indemnisation du seul fait de la conduite immorale ou illégale du demandeur est un pouvoir exceptionnel qui s'exerce par dérogation aux principes généraux du droit de la responsabilité délictuelle applicables à tous les membres de notre société. De ce fait, il me semble que le fardeau d'établir les circonstances exceptionnelles devrait incomber au défendeur. Le demandeur ne devrait pas être tenu de réfuter l'existence et la pertinence de sa conduite illégale ou immorale; c'est plutôt au défendeur que devrait revenir la tâche de l'établir.

En deuxième lieu, la position fondée sur l'obligation de diligence est sans nuance et ne peut s'appliquer sélectivement à des chefs particuliers de dommages-intérêts. Comme nous l'avons vu plus haut, il peut arriver qu'un chef de demande particulier, visant par exemple des dommages-intérêts exemplaires ou des dommages-intérêts pour futur manque à gagner, soit perçu comme une tentative pour tirer profit d'un acte illégal. Un autre chef de demande dans la même action, visant par exemple un dédommagement pour lésions corporelles, ne pourrait pas être jugé de la même manière. Si le principe *ex turpi causa* sert de moyen de défense, il est possible d'établir une distinction entre les deux chefs de demande. Par contre, s'il sert de facteur permettant de réfuter une obligation de diligence, il est impossible de traiter sélectivement les

action in the selective manner that justice seems to require.

Finally, consideration of illegal or immoral conduct at the stage of determining the duty of care raises procedural problems. A plaintiff may sue in both tort and contract. If the approach suggested by Cory J. is adopted, in the contract claim, the plaintiff's illegal or immoral conduct would be raised as a defence to the claim; in the tort claim, the same conduct would be an element of the enquiry into the duty of care. In other words, in contract the onus would be on the defendant to prove the relevance of the plaintiff's conduct; in tort, the onus would be on the plaintiff to disprove the relevance of the conduct. The resulting confusion would unnecessarily complicate the task of the trial judge and the parties.

These considerations lead me to conclude that the important but limited power of the court to prevent tort recovery on the ground of the plaintiff's illegal or immoral conduct is better viewed as a defence than as a factor going to the existence of a duty of care.

II. Application to these Facts

The doctrine of *ex turpi causa non oritur actio* properly applies in tort where it will be necessary to invoke the doctrine in order to maintain the internal consistency of the law. Most commonly, this concern will arise where a given plaintiff genuinely seeks to profit from his or her illegal conduct, or where the claimed compensation would amount to an evasion of a criminal sanction. This appellant need not be denied recovery since these grounds are not relevant to his claim. The compensation sought by this appellant is for injuries received. This compensation can be reduced to the extent of the appellant's contributory negligence,

divers chefs de demande comme semble l'exiger la justice.

Enfin, la prise en considération de la conduite illégale ou immorale à l'étape de l'établissement d'une obligation de diligence soulève des problèmes de procédure. Un demandeur peut poursuivre à la fois en matière délictuelle et en matière contractuelle. Si la démarche suggérée par le juge Cory était adoptée, la conduite illégale ou immorale du demandeur pourrait être soulevée comme moyen de défense dans l'action en matière contractuelle; dans l'action en responsabilité délictuelle, cette même conduite serait un élément à prendre en considération pour établir l'existence d'une obligation de diligence. En d'autres termes, en matière contractuelle, il incomberait au défendeur de prouver la pertinence de la conduite du demandeur; en matière délictuelle, c'est au demandeur qu'incomberait le fardeau de réfuter la pertinence de sa conduite. La confusion qui en résulterait compliquerait inutilement la tâche du juge du procès et des parties.

Ces considérations me portent à conclure que le pouvoir important mais limité des tribunaux d'empêcher toute indemnisation, dans une action délictuelle, du fait de la conduite illégale ou immorale du demandeur convient mieux comme moyen de défense que comme facteur servant à établir l'existence d'une obligation de diligence.

II. Application aux faits de l'espèce

La règle *ex turpi causa non oritur actio* s'applique à bon droit en matière délictuelle lorsque son emploi est nécessaire pour préserver la cohérence interne du droit. Ce problème se pose habituellement lorsqu'un demandeur cherche vraiment à tirer profit de sa conduite illégale, ou lorsque le dédommagement demandé constituerait un moyen d'échapper à une sanction pénale. Il n'y a pas lieu de refuser la réparation demandée par l'appellant puisque ces motifs ne s'appliquent pas en l'espèce. L'appellant demande un dédommagement pour les blessures qu'il a subies. Ce dédommagement peut être réduit dans la mesure de sa négligence contri-

but cannot be wholly denied by reason of his disreputable or criminal conduct.

III. Disposition

I share the views of my colleague Cory J. on the issue of the appellant's contributory negligence, and the apportionment of liability. I would dispose of the case as he proposes.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—I have had the opportunity of reading the reasons prepared by my colleagues Justices Cory and McLachlin, and while I agree that the defence of *ex turpi causa* does not apply, in my opinion, the appeal and the action should be dismissed on the ground that the plaintiff failed to establish that the defendant owed a duty to the plaintiff to take care in the circumstances.

There are two approaches to the development of new categories of liability in the law of negligence. There is the more traditional approach under which new categories are created incrementally by extending liability in a particular case by analogy to existing categories. The other approach, which was enunciated by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, involves two steps. The first step recognizes a broad *prima facie* duty of care based on foreseeability of harm. This is followed by the application of a second step to determine whether there is a sound policy reason why the duty should be negated or limited. The traditional approach was reasserted by Brennan J. in *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1, and adopted by the House of Lords in *Caparo Industries p.l.c. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568, at p. 574:

We must now, I think, recognise the wisdom of the words of Brennan J in the High Court of Australia in *Sutherland Shire Council v Heyman* . . . at 43-44, where he said:

butive, mais il ne peut lui être complètement refusé du seul fait de sa conduite déshonorante ou criminelle.

a III. Dispositif

Je partage le point de vue de mon collègue le juge Cory sur la question de la négligence contributive de l'appelant et sur le partage de la responsabilité. Je suis d'avis de trancher le litige comme il le propose.

Version française des motifs rendus par

c LE JUGE SOPINKA (dissident)—J'ai eu l'occasion de lire les motifs de mes collègues les juges Cory et McLachlin et, bien que je convienne que le moyen de défense *ex turpi causa* ne s'applique pas, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et l'action sur le fondement que le demandeur n'a pas démontré que le défendeur avait à son égard une obligation de diligence dans les circonstances.

e Il existe deux positions relativement à la naissance de nouvelles catégories de responsabilité en droit relatif à la négligence. Il y a d'abord la position plus traditionnelle selon laquelle des nouvelles catégories sont créées graduellement par l'élargissement de la responsabilité dans un cas particulier par analogie avec les catégories existantes. L'autre position, qui a été formulée par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, comporte deux volets. f Selon le premier, il existe à première vue une obligation de diligence générale fondée sur le caractère prévisible du dommage. Suit l'application d'un second volet visant à déterminer s'il y a une raison de principe valable pour laquelle l'obligation devrait être supprimée ou limitée. La position traditionnelle a été affirmée de nouveau par le juge Brennan dans l'arrêt *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1, et adoptée par la h Chambre des Lords dans l'arrêt *Caparo Industries p.l.c. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568, à la p. 574: i

[TRADUCTION] À mon avis, nous devons maintenant reconnaître la sagesse des commentaires du juge Brennan de la High Court d'Australie dans l'arrêt *Sutherland Shire Council c. Heyman* [. . .], aux pages 43 et 44:

'It is preferable in my view, that the law should develop novel categories of negligence incrementally and by analogy with established categories, rather than by a massive extension of a prima facie duty of care restrained only by indefinable "considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed".'

This approach was further re-affirmed by the House of Lords in *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398, at p. 461.

Our Court has relied on both approaches. The *Anns* approach has been applied in dealing with the liability of public authorities while the traditional approach has been favoured when dealing with new categories of liability relating to private litigants. Accordingly, *Anns* was applied in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, and in *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, but the traditional approach was followed in *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239, and *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186.

In my opinion, on either approach no duty of care rested on the defendant in this case. I will examine this question, first on the basis of the traditional approach and then on the basis of the *Anns* approach.

The application of the traditional approach involves an examination of the principles in *Jordan House* and *Sundance* in order to determine whether they can be extended to find liability in this case. In those cases as well as this liability was sought to be based on a failure to act as opposed to active conduct. In other words, it was alleged that the defendant failed to do something for the care and safety of the plaintiff which the defendant ought to have done. In these circumstances the common law required special circumstances which created a duty to act. The good Samaritan deserves

À mon sens, il est préférable que les tribunaux élaborent graduellement de nouvelles catégories de négligence par analogie aux catégories établies, plutôt que d'élargir considérablement la portée d'une obligation prima facie de diligence dont les limites ne seraient établies qu'au moyen d'indéfinissables «facteurs susceptibles de supprimer l'obligation ou d'en réduire la portée ou de restreindre la catégorie de personnes qui en seraient les créancières».

Cette position a été de nouveau affirmée par la Chambre des Lords dans l'arrêt *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398, à la p. 461.

Notre Cour s'est fondée sur les deux positions. La position adoptée dans l'arrêt *Anns* a été appliquée pour traiter de la responsabilité de l'administration publique alors que la position traditionnelle a été préférée pour traiter de nouvelles catégories de responsabilité relative aux particuliers. Par conséquent, l'arrêt *Anns* a été appliqué dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, et dans l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, mais la position traditionnelle a été suivie dans les arrêts *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239 et *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186.

À mon avis, suivant l'une ou l'autre position le défendeur n'avait, en l'espèce, aucune obligation de diligence. J'examinerai cette question, d'abord sur le fondement de la position traditionnelle et ensuite sur le fondement de la position adoptée dans l'arrêt *Anns*.

L'application de la position traditionnelle comporte un examen des principes énoncés dans les arrêts *Jordan House* et *Sundance* pour déterminer s'ils peuvent être élargis de manière à conclure à la responsabilité en l'espèce. Dans ces affaires comme dans la présente, on a cherché à déterminer si la responsabilité était fondée sur le défaut d'agir par opposition à une conduite active. En d'autres termes, il a été allégué que le défendeur avait omis de veiller à la sécurité du demandeur alors qu'il aurait dû le faire. Dans les circonstances, la common law exigeait des circonstances spéciales qui

the world's accolades because he had no legal duty to act and would not have been civilly liable if he, too, had crossed over to the other side as did the Levite and the priest.

In *Jordan House*, the Court considered the liability of the owner of a public hotel whose employees ejected a patron to whom they had served large quantities of beer before turning him loose onto a busy highway knowing that he was incapable of taking care for his own safety. Laskin J., as he then was, who wrote the judgment for the majority (Ritchie J., Judson J. concurring, wrote a separate judgment agreeing in the result) stated, at pp. 247-48:

If the hotel's only involvement was the supplying of the beer consumed by Menow, it would be difficult to support the imposition of common law liability upon it for injuries suffered by Menow after being shown the door of the hotel and after leaving the hotel.

The special circumstances creating the duty were the existence of an invitor-invitee relationship and the degree of control exercised by the defendant. At page 248, Laskin J. continued:

The hotel, however, was not in the position of persons in general who see an intoxicated person who appears to be unable to control his steps. It was in an invitor-invitee relationship with Menow as one of its patrons, and it was aware, through its employees, of his intoxicated condition, a condition which, on the findings of the trial judge, it fed in violation of applicable liquor licence and liquor control legislation.

Laskin J. found that imposing liability was analogous to the finding of liability in *Dunn v. Dominion Atlantic Railway Co.* (1920), 60 S.C.R. 310, a case in which a railway company was found to have breached a duty of care to a passenger when it put him off the train at an unlighted station due to his unruly and drunken behaviour.

créaient une obligation d'agir. Le bon Samaritain mérite l'estime de tous parce que la loi ne l'obligeait pas à agir comme il l'a fait et il n'aurait pas été tenu civilement responsable s'il s'était détourné comme l'ont fait le lévite et le prêtre.

Dans l'arrêt *Jordan House*, la Cour a examiné la responsabilité du propriétaire d'un hôtel dont les employés ont expulsé un client à qui ils avaient servi beaucoup de bière avant de le laisser sur une route très fréquentée tout en sachant qu'il n'était pas en mesure d'assurer sa propre sécurité. Le juge Laskin, plus tard Juge en chef, qui a rédigé l'arrêt au nom de la majorité (avec l'appui des juges Ritchie et Judson qui ont rédigé des motifs distincts concordant quant au résultat) a dit, aux pp. 247 et 248:

Si la seule participation de l'hôtel avait consisté à fournir la bière consommée par Menow, il serait difficile de lui imputer une responsabilité en common law pour les blessures subies par Menow après qu'on l'eut mis à la porte de l'hôtel.

Les circonstances spéciales qui ont créé l'obligation étaient l'existence de rapports d'invitant à invité et le degré de contrôle exercé par le défendeur. À la p. 248, le juge Laskin a poursuivi:

L'hôtel, cependant, n'était pas dans la situation d'une personne quelconque en présence d'un homme en état d'ébriété qui semble incapable de se diriger où il veut. Ses rapports avec Menow, qui était un de ses clients, étaient des rapports de personne invitante à personne invitée et, par ses employés, il était au courant de l'état d'ébriété de Menow, état que, d'après les conclusions du juge de première instance, il a aggravé en contravention des lois applicables sur les permis de vente d'alcool et sur la régie des alcools.

Le juge Laskin a conclu que l'imputation d'une responsabilité était analogue à la conclusion de responsabilité dans l'arrêt *Dunn c. Dominion Atlantic Railway Co.* (1920), 60 R.C.S. 310, où il a été jugé qu'une société ferroviaire avait manqué à une obligation de diligence à l'égard d'un passager lorsqu'elle l'a fait descendre à une gare non éclairée en raison de son comportement indiscipliné et de son état d'ébriété.

In *Sundance*, Wilson J. found it a logical and inevitable extension of *Dunn* and *Jordan House* to saddle a ski operator with liability when a drunken patron was permitted to engage in a risky sport carried on at the ski resort by the defendant operator. At page 1198, she states:

The jurisprudence in this area seems to me to make this conclusion inevitable. When a railway company removes a drunken passenger from one of its trains it owes a duty of care to this passenger to take reasonable steps to see that the passenger does not come to harm (*Dunn v. Dominion Atlantic Railway Co. . .*). Likewise, when a hotel ejects a drunken patron, it owes a duty of care to the patron to take certain steps to ensure that the patron arrives home safely (*Jordan House*). It would seem a fortiori that when a ski resort established a competition in a highly dangerous sport and runs the competition for profit, it owes a duty of care towards visibly intoxicated participants.

I do not find that liability in this case is either analogous nor a logical extension of those cases. In each of the above the defendant derived a commercial advantage from the presence of the plaintiff on its premises. In *Jordan House* and *Sundance*, there was an invitor-invitee relationship. In *Dunn*, the relationship was that of a common carrier to a passenger. In each of these relationships there was a positive duty to take reasonable measures for the safety of persons who were invited to use the premises or facilities. When, as a result of an excessive use of some of the facilities, the patron becomes an undesirable invitee, it would seem to follow as a logical extension of that duty that the owner cannot simply eject the invitee especially when the latter has become more vulnerable to injury as a result of the commercial use of the owner's facilities. In the case of *Sundance*, it was the dangerous activity on the owner's premises which injured the plaintiff who had become unfit to participate by excessive drinking.

Dans l'arrêt *Sundance*, le juge Wilson a conclu que c'était un prolongement logique et inévitable des arrêts *Dunn* et *Jordan House* que d'imputer la responsabilité à l'exploitante d'un centre de ski qui a permis à un client en état d'ébriété de pratiquer un sport dangereux dans le centre de ski qu'elle exploitait. À la p. 1198, elle a dit:

La jurisprudence dans ce domaine me semble rendre cette conclusion inévitable. Lorsqu'une compagnie de chemin de fer expulse un passager en état d'ébriété de l'un de ses trains, elle a envers ce passager une obligation de diligence qui la force à prendre des mesures raisonnables pour veiller à ce qu'il ne subisse aucun préjudice (*Dunn v. Dominion Atlantic Railway Co. [. . .]*). De même, lorsqu'un hôtel expulse un client en état d'ébriété, il a envers le client une obligation de diligence qui lui impose de prendre certaines mesures pour s'assurer que ce dernier rentre chez lui en toute sécurité (*Jordan House*). Il semblerait a fortiori que lorsqu'un centre de ski organise une compétition sportive très dangereuse pour en tirer profit, il a une obligation de diligence envers les participants manifestement en état d'ébriété.

Je suis d'avis que la responsabilité en l'espèce n'est pas semblable à celle qui existait dans ces arrêts et n'en constitue pas un prolongement logique. Dans chacun des arrêts précédents, le défendeur a tiré un avantage commercial de la présence du demandeur sur le site de son exploitation. Dans les arrêts *Jordan House* et *Sundance*, il s'agissait de rapports d'invitant à invité. Dans l'arrêt *Dunn*, le rapport était celui d'un transporteur à l'égard d'un passager. Dans chacun de ces rapports, il y avait une obligation positive de prendre les mesures raisonnables pour assurer la sécurité des personnes qui ont été invitées à utiliser les installations ou à se trouver sur les lieux. Lorsque, par suite d'une utilisation excessive de certaines installations, le client devient un invité indésirable, il découlerait logiquement de cette obligation que le propriétaire ne peut pas simplement expulser l'invité, particulièrement lorsque ce dernier est devenu plus vulnérable aux blessures par suite de l'utilisation commerciale de ses installations. Dans l'arrêt *Sundance*, le demandeur a subi des blessures qui résultaient de l'activité dangereuse qu'il a pratiquée au centre de ski du propriétaire alors qu'il n'était pas en mesure d'y prendre part en raison d'une consommation excessive d'alcool.

The situation here is quite different. No relationship of invitor-invitee nor anything similar existed. The defendant derived no commercial advantage from the activities of the plaintiff. Both were equally intoxicated and neither could be said to be more in control of the situation than the other. In my view, the special circumstances which called for the creation of a positive duty of care in the cases which I have reviewed are totally absent here. To extend liability would not amount to the incremental extension of liability but rather a quantum leap.

I arrive at the same conclusion employing the two-step *Anns* approach. It was formulated by Lord Wilberforce at pp. 751-52:

Through the trilogy of cases in this House—*Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465, and *Dorset Yacht Co. Ltd v. Home Office* [1970] A.C. 1004, the position has now been reached that in order to establish that a duty of care arises in a particular situation, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of previous situations in which a duty of care has been held to exist. Rather the question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter—in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty of the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise: see *Dorset Yacht case* [1970] A.C. 1004, per Lord Reid at p. 1027.

The second step is necessitated by the fact that if foreseeability itself were sufficient to ground liability, the net would be cast too wide. In the failure to act cases, for example, liability would attach when there is no duty to act. Accordingly, if the defendant saw a stranger about to walk off a cliff

La situation en l'espèce est tout à fait différente. Il n'y avait pas de rapports d'invitant à invité ni rien de semblable. Le défendeur n'a tiré aucun avantage commercial des activités du demandeur. Ils étaient tous les deux en état d'ébriété et aucun n'avait plus le contrôle de la situation que l'autre. À mon avis, les circonstances spéciales qui exigeaient la création d'une obligation de diligence positive dans les arrêts que j'ai examinés sont totalement absentes en l'espèce. Y appliquer la responsabilité n'équivaudrait pas à un élargissement graduel de responsabilité, mais plutôt à un changement radical.

J'arrive à la même conclusion en utilisant la position à deux volets établie dans l'arrêt *Anns*. Elle a été formulée par lord Wilberforce aux pp. 751 et 752:

[TRADUCTION] Les trois arrêts suivants de la présente cour—*Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. Ltd. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, et *Dorset Yacht Co. Ltd. c. Home Office*, [1970] A.C. 1004, ont établi le principe selon lequel, lorsqu'il s'agit de prouver qu'il existe une obligation de diligence dans une situation donnée, il n'est pas nécessaire de démontrer que les faits de cette situation sont semblables aux faits de situations antérieures où il a été jugé qu'une telle obligation existait. Il faut plutôt aborder cette question en deux étapes. En premier lieu, il faut se demander s'il existe, entre l'auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne—auquel cas il existe à première vue une obligation de diligence. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficieraient ou les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation: voir l'affaire *Dorset Yacht*, [1970] A.C. 1004, lord Reid à la p. 1027.

Le second volet est rendu nécessaire par le fait que si la prévisibilité elle-même était suffisante pour établir la responsabilité, la portée d'un tel critère serait trop grande. Par exemple dans les cas relatifs au défaut d'agir, il y aurait responsabilité quand il n'y a pas obligation d'agir. Par consé-

of which the former was aware but which was unknown to the stranger, there would be liability for failure to warn. This is but one example in which no liability exists notwithstanding foreseeability of harm. No unifying principle has been developed for the application of the second step. Moreover, in view of its purpose as a policy limitation on the broad reach of the *prima facie* duty of care created by the first step, it may be neither possible nor desirable to attempt to reduce this step to one unifying principle.

Some principles have, however, been developed which constitute limitations on the duty of care. The *ex turpi causa* and *volenti non fit injuria* doctrines are examples. Both have been supported, at least in part, by reference to the policy that in the circumstances calling for their application, the plaintiff would have no reasonable expectation that the defendant would have an obligation to exercise care for the plaintiff's safety.

The policy of reasonable expectation has been applied as a factor in the broad application of the *ex turpi causa* principle. For example, in *Gala v. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243, the High Court of Australia dealt with a claim for damages for personal injuries by one of two young persons involved in a serious accident while joy-riding in a stolen car. The majority summed up the rationale for the application of *ex turpi causa* in the following passage, at p. 254:

In the special and exceptional circumstances that prevailed, the participants could not have had any reasonable basis for expecting that a driver of the vehicle would drive it according to ordinary standards of competence and care.

While the conduct of the parties is relevant in assessing the reasonable expectation of the parties, the fact that the conduct is punishable as a criminal offence bears little or no relation to these expectations. In my opinion, reasonable expectation is not

quent, le défendeur qui voit un étranger sur le point de tomber d'une falaise dont il connaît l'existence, mais dont l'étranger n'est pas au courant, serait tenu responsable pour avoir omis de donner un avertissement. Il ne s'agit que d'un exemple dans lequel il n'y a pas de responsabilité malgré la prévisibilité du préjudice. Aucun principe d'unification n'a été élaboré pour l'application du second volet. Qui plus est, compte tenu de son but de restriction de principe imposée à la grande portée de la présomption d'obligation de diligence créée par le premier volet, il peut être ni possible ni souhaitable de tenter de réduire ce volet à un seul principe d'unification.

Toutefois, certains principes ont été élaborés qui constituent des restrictions à l'obligation de diligence. Les règles *ex turpi causa* et *volenti non fit injuria* en sont des exemples. Elles ont toutes les deux été appuyées, du moins en partie, par renvoi au principe selon lequel dans les circonstances qui exigent leur application, le demandeur ne pourrait pas raisonnablement s'attendre à ce que le défendeur ait une obligation de diligence à l'égard de sa sécurité.

La politique de l'attente raisonnable a été appliquée à titre de facteur dans l'application générale du principe *ex turpi causa*. Par exemple, dans l'arrêt *Gala c. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243, la High Court d'Australie a traité d'une demande de dommages-intérêts résultant de lésions corporelles subies par un des deux jeunes gens impliqués dans un grave accident lors d'une balade dans une voiture volée. La cour, à la majorité, a résumé le raisonnement à l'appui de l'application du principe *ex turpi causa* dans le passage suivant, à la p. 254:

[TRADUCTION] Dans les circonstances spéciales et exceptionnelles en cause, les participants ne pouvaient pas raisonnablement s'attendre à ce que le conducteur du véhicule conduise selon les normes habituelles de compétence et de diligence.

Bien que la conduite des parties soit pertinente pour évaluer leur attente raisonnable, le fait que la conduite soit punissable en tant qu'infraction criminelle n'a peu ou pas de rapport avec ces attentes. À mon avis, l'attente raisonnable n'est

the proper basis for denying recovery by reason of participating in criminal conduct. The true basis for denying recovery in such circumstances is the court's reluctance to lend its assistance to persons involved in serious criminal activity when to do so would reflect adversely on the administration of justice. This explanation of *ex turpi causa* was adopted by me in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, as pointed out in the reasons of Justice Gonthier herein. I would apply the same reasoning in this case and on that basis conclude that the administration of justice would suffer no disrepute in the eyes of the public if the Court lends its assistance to the appellant.

Although the absence of reasonable expectations is not the appropriate foundation for the application of the principles of *ex turpi causa*, this factor is otherwise a material policy consideration relating to the existence of a duty of care. Apart from the influence of this factor in leading some courts to extend the reach of *ex turpi causa*, it lies at the root of the defence of *volenti non fit injuria*.

The *volenti* defence is another example of the application of policy to negate a duty of care which would otherwise arise. It has been seriously circumscribed by reason of statutory apportionment provisions. It now only applies if the plaintiff has expressly or impliedly assumed both the physical and the legal risk. See *Sundance, supra*, at p. 1202. Where this occurs it is obvious that the plaintiff cannot have any expectation of any duty of care on the part of the defendant which can form the basis of an action. This does not, however, exhaust the operation of the policy not to find a duty of care in circumstances in which neither party would have any reasonable expectation of it. There will be other circumstances in which the policy will and should be applied. This does not mean that the limitations placed on the *volenti* defence are being eroded by reintroducing liability through the back door. A passenger who consents to be driven by an obviously intoxicated driver can still have a reasonable expectation of care on the

pas le fondement approprié pour refuser une indemnisation en raison de la participation à une conduite criminelle. Le véritable fondement pour refuser l'indemnisation dans de telles circonstances est l'hésitation de la cour à aider les personnes impliquées dans une activité criminelle grave lorsqu'une telle assistance aurait un effet néfaste sur l'administration de la justice. J'ai adopté cette explication de la règle *ex turpi causa* dans l'arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, comme le souligne le juge Gonthier dans ses motifs. Je suis d'avis d'appliquer le même raisonnement en l'espèce et, sur ce fondement, de conclure que l'administration de la justice ne serait pas déconsidérée aux yeux du public si notre Cour prêtait assistance à l'appellant.

Même si l'absence d'attente raisonnable n'est pas le fondement approprié pour l'application du principe *ex turpi causa*, ce facteur est, par ailleurs, une considération de principe importante qui se rapporte à l'existence d'une obligation de diligence. Ce facteur, outre son influence qui a amené certains tribunaux à étendre la portée de la règle *ex turpi causa*, constitue le fondement du moyen de défense *volenti non fit injuria*.

Le moyen de défense *volenti* est un autre exemple d'une application de principe pour nier l'existence d'une obligation de diligence qui, normalement, s'appliquerait. Il a été sérieusement limité par des dispositions législatives en matière de partage de la responsabilité. Il ne s'applique maintenant que si le demandeur a, expressément ou implicitement, accepté le risque physique et juridique. Voir l'arrêt *Sundance*, précité, à la p. 1202. Lorsque cela se produit, il est évident que le demandeur ne peut s'attendre de la part du défendeur à une obligation de diligence sur laquelle fondée son action. Toutefois, cette situation n'élimine pas l'application du principe selon lequel on ne conclut pas à une obligation de diligence dans les circonstances où aucune partie n'aurait d'attente raisonnable relativement à une telle obligation. Dans d'autres circonstances, le principe sera appliqué et devrait l'être. Il n'en résulte pas que les restrictions imposées au moyen de défense *volenti* sont diminuées par l'application

part of the driver. The policy would not be applied to rule out liability in these circumstances. The passenger is usually found to be contributorily negligent, reflecting the fact that having those expectations showed a lack of care for his or her own safety. But the circumstances out of which an action arises may be such that, apart from consenting to an activity which can still be carried out with reasonable care, the plaintiff cannot have any reasonable expectation of receiving care nor the defendant of providing it.

What emerges from this discussion of the two examples to which I have referred, namely *ex turpi causa* and *volenti non fit injuria*, is that there exists a definite policy not to recognize a duty of care in circumstances in which none could be expected. Criminal conduct can be the basis for negating a duty of care not because it is criminal but because it can be inferred from the conduct itself, apart from its criminal character, that no reasonable expectation of care existed on the part of the person injured. Consent to a risk of harm such as to attract the defence of *volenti* is another example of this policy. It is an example in which the absence of an expectation of care is explicitly demonstrated by a consent to the very conduct out of which the duty would otherwise arise. Consent is but one example as to how the absence of reasonable expectation can be established. The absence of reasonable expectation can also be established on the basis of the relationship of the parties and their conduct in all the circumstances of the case.

In this case, the breach of duty alleged is that the defendant allowed the plaintiff to drive when the plaintiff asked the defendant to do so. It strikes me as extraordinary to suggest that when making the request the plaintiff could at the same time have

de la notion de responsabilité par des moyens détournés. Le passager qui accepte d'être conduit par un conducteur de toute évidence en état d'ébriété peut quand même avoir une attente raisonnable de diligence de sa part. Le principe ne serait pas appliqué pour écarter la responsabilité dans de telles circonstances. Habituellement, on conclut à la négligence contributive du passager, parce que les attentes qu'il a manifestées démontreraient une absence de diligence à l'égard de sa propre sécurité. Toutefois, il se peut que les circonstances qui donnent lieu à une action soient telles que, même s'il consent à une activité qui peut quand même être exercée avec une diligence raisonnable, le demandeur ne peut raisonnablement s'attendre à bénéficier de diligence ni le défendeur à lui en manifester.

Il ressort de cette analyse des deux exemples que j'ai mentionnés, c'est-à-dire les règles *ex turpi causa* et *volenti non fit injuria*, qu'il existe un principe défini qui consiste à ne pas reconnaître d'obligation de diligence dans les circonstances où on ne peut s'attendre à ce qu'il y en ait. Le refus de l'existence d'une obligation de diligence peut être fondé sur une conduite criminelle, non pas parce qu'elle est criminelle, mais parce qu'il est possible de déduire de la conduite elle-même, indépendamment de son caractère criminel, que la personne lésée n'avait aucune attente raisonnable de diligence. L'acceptation d'un risque de dommage susceptible d'entraîner le moyen de défense *volenti* est un autre exemple de ce principe. C'est un exemple dans lequel l'absence d'attente de diligence est explicitement démontrée par l'acceptation de la conduite même de laquelle l'obligation résulterait normalement. L'acceptation n'est qu'un exemple de la manière dont l'absence d'attente raisonnable peut être démontrée. Elle peut également être démontrée sur le fondement du rapport entre les parties et de leur conduite dans toutes les circonstances de l'affaire.

En l'espèce, le manquement allégué à l'obligation résulte du fait que le défendeur a autorisé le demandeur à conduire lorsque celui-ci le lui a demandé. À mon avis, il serait extraordinaire de proposer que le demandeur a pu, quand il a fait la

had any expectation that the defendant owed the plaintiff a duty to take care for his safety by refusing the request. This is not a case of the plaintiff's being guilty of contributory negligence in having such an expectation, but rather, it is a case in which the plaintiff had no such expectation. It is, therefore, not a case for apportionment of liability because no liability arises.

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J.—I have had the benefit of the reasons of Justices Cory and McLachlin. I concur in their disposition of the case and agree for the reasons which they give that on the facts of this case the respondent had a duty of care and a defence of *ex turpi causa* was not open to him, be it viewed as such or as a matter of public policy. I also share their reasons inasmuch as they support a restricted and more carefully circumscribed application of the defence of *ex turpi causa* in tort cases. Even though it has given rise to some confusion in the past, its principle, properly understood in the light of the examples of its proper application given by my colleagues, and their comments, is in my view valid and has an important role to play in the limited circumstances to which it applies. It reflects one facet of public policy which is best captured in the statement of its purpose adopted by Justice Sopinka in his reasons in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at p. 316, from those of Taylor J. in *Mack v. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337 (S.C.), at p. 345:

The purpose of the rule today must be to defend the integrity of the legal system, and the repute in which the courts ought to be held by law-abiding members of the community.

While this statement is broad in potential scope, it is so by reason of the nature of the concept

demande, s'attendre en même temps que le défendeur s'acquitte envers lui d'une obligation de diligence à l'égard de sa sécurité en rejetant sa demande. Il ne s'agit pas d'un cas où le demandeur est coupable de négligence contributive parce qu'il avait une telle attente, mais plutôt d'un cas où le demandeur n'avait pas une telle attente. Par conséquent, il ne s'agit pas d'un cas de partage de la responsabilité parce qu'il n'en existe aucune.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs des juges Cory et McLachlin. Je partage leur avis quant à la façon de trancher le litige et conviens avec eux pour les motifs qu'ils exposent que, selon les faits de l'espèce, l'appelant avait une obligation de diligence et ne pouvait pas invoquer le moyen de défense *ex turpi causa*, qu'il soit considéré en tant que tel ou comme élément de l'ordre public. Je souscris également à leurs motifs pour autant qu'ils appuient une application restreinte et plus soigneusement circonscrite de ce moyen de défense dans les actions en responsabilité délictuelle. Malgré la confusion que ce moyen a pu engendrer dans le passé, le principe qui le sous-tend est à mon sens valable et a un rôle important à jouer dans les circonstances limitées auxquelles il s'applique, pour peu qu'il soit bien compris à la lumière des exemples de son application correcte que donnent mes collègues et de leurs observations. Il traduit un aspect de l'ordre public dont la formulation la plus heureuse se trouve dans l'énoncé de son objet adopté par le juge Sopinka dans l'arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, à la p. 316, où il reprend le passage suivant tiré des motifs du juge Taylor dans l'arrêt *Mack c. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337 (C.S.), à la p. 345:

[TRADUCTION] Aujourd'hui, la règle doit avoir pour objet de défendre l'intégrité du système juridique et la réputation que les tribunaux doivent avoir aux yeux des honnêtes citoyens.

Il s'agit certes là d'une déclaration qui peut être de grande portée mais cela tient à la nature du con-

which it expresses. I view my colleagues' comments as helpful guidelines for the application of the principle but, in my opinion, it is not appropriate to define exhaustively a priori the circumstances or particular grounds for its application.

The following are the reasons delivered by

CORY J.—Three questions must be answered in order to resolve this appeal. First, does a person who has the care and control of a motor vehicle owe a duty of care to another who is known to be impaired to deny that impaired person permission to drive the vehicle? Secondly, does the so-called principle of law, known by the maxim *ex turpi causa non oritur actio*, provide the respondent with a complete defence to this action? Finally, did the trial judge err in his apportionment of liability in this case?

Factual Background

The respondent Hebert owned what he described as a souped-up muscle car. He had driven it at speeds in excess of 200 km/hr. No doubt it exuded a compelling seductive charm that would attract young men of all ages. On a Friday evening, in July of 1986, the respondent drove his car to a party. The appellant Hall, who was known to the respondent, was also invited. He walked over from his residence to join the festivities and had every intention of walking home when the party was over.

The respondent Hebert drove his girlfriend home about midnight. She testified that he did not appear to be drunk at that time. Hebert then returned to the party, with a case of beer in the trunk of his car. There is no doubt that Hebert consumed several beers at the party. He knew that the appellant had consumed at least eight or nine beers by the time the party was breaking up around 1:30 a.m. In any event, the respondent invited the appellant to join him. The two young men then drove to

cept qu'elle exprime. Je vois dans les observations de mes collègues des guides utiles pour l'application du principe. Je ne crois cependant pas qu'il convienne d'établir a priori de façon exhaustive les circonstances ou les motifs particuliers justifiant d'y avoir recours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY—Le présent pourvoi soulève trois questions auxquelles il faut apporter une réponse. En premier lieu, la personne qui a la garde et le contrôle d'un véhicule automobile a-t-elle à l'égard d'une autre personne dont les facultés sont manifestement affaiblies une obligation de diligence en vertu de laquelle elle serait tenue de lui refuser la permission de conduire le véhicule? En deuxième lieu, le prétendu principe de droit exprimé par la maxime *ex turpi causa non oritur actio* offre-t-il à l'intimé un moyen de défense complet dans la présente action? Enfin, le juge de première instance a-t-il commis une erreur dans le partage de la responsabilité en l'espèce?

Les faits

L'intimé Hebert était propriétaire de ce qu'il a décrit comme une voiture au moteur gonflé. Il l'a déjà conduite à des vitesses excédant 200 km/h. Il ne fait aucun doute que cette automobile avait un charme séducteur irrésistible pour les jeunes gens de tout âge. Un vendredi soir de juillet 1986, l'intimé s'est rendu à une fête au volant de son automobile. L'appellant Hall, que l'intimé connaissait, y était aussi invité. C'est à pied que ce dernier s'est rendu à la fête, et par ce moyen qu'il avait l'intention de retourner chez lui à la fin de la soirée.

L'intimé Hebert a reconduit son amie chez elle vers minuit. Celle-ci a déclaré en preuve qu'il ne paraissait pas ivre à ce moment. Hebert est ensuite retourné à la fête, avec une caisse de bière dans le coffre arrière de sa voiture. Il ne fait aucun doute que Hebert a consommé plusieurs bières au cours de la fête. Il savait aussi que l'appellant avait consommé au moins huit ou neuf bières au moment où la fête s'est terminée, vers 1 h 30. De toute façon, l'intimé a invité l'appellant à l'accompagner et les

a baseball field. There the respondent brought out six bottles of beer from the trunk of the car and shared these with the appellant.

When they had finished drinking the six bottles of beer, the respondent, with the appellant still as a passenger, drove to Graveyard Road. This road is a gravel spur, which leads a few hundred feet up on an incline. It was unlit and, more significantly, dropped off sharply on one side to a gravel pit. The road was so rough that the car keys fell out of the ignition and the vehicle stalled. The young men could not find the car keys. The respondent determined that the car could only be started by "a rolling start". To that end he backed the car part-way down the hill and turned it around so that it was facing downhill. It was by then about 3:00 a.m. At this point the appellant asked if he could drive the car and the respondent replied, "Sure, okay".

With the appellant driving the vehicle, the roll start was attempted. The appellant perhaps over accelerated. In any event he lost control. The car left the road, went down the steep slope to the gravel pit and turned upside down. The two young men were able to walk away from the accident and reached the home of an acquaintance, who described both of them as being drunk. It was later discovered that the appellant had suffered significant head injuries.

At the time of the accident the respondent was aware that the appellant had consumed 11 or 12 bottles of beer, three of those within the last hour prior to the accident. Despite this, he did not consider the appellant drunk. However his criteria for determining whether a person was capable of driving his car was, to say the least, relaxed. He considered a person capable of driving his car unless they were falling down drunk or seeing double. Thus, despite his knowledge of the amount of beer consumed by the appellant, he did not consider him impaired for purposes of driving his car. The respondent did not believe that the appellant had driven his car although the appellant said that he

deux jeunes gens se sont dirigés en automobile vers un terrain de base-ball. L'intimé a alors sorti du coffre de son automobile six bouteilles de bière qu'il a partagées avec l'appellant.

Après avoir bu les six bouteilles de bière, l'intimé et l'appelant son passager se sont rendus en automobile jusqu'au chemin Graveyard. Cette route est une voie secondaire de gravier qui conduit, quelques centaines de pieds plus loin, à un plan incliné. Elle n'était pas éclairée et, fait plus important encore, elle donnait abruptement d'un côté sur une carrière de gravier. La route était si cahoteuse que les clefs se sont délogées du contact et, par la suite, le moteur a calé. Les jeunes gens ne purent retrouver les clefs de l'automobile. L'intimé a conclu que la voiture ne pouvait être remise en marche que par un «démarrage en côte». Il a donc fait reculer l'automobile une partie de la route, pour l'orienter ensuite vers le bas de la côte. Il était environ 3 h. C'est à ce moment que l'appelant a demandé s'il pouvait conduire, et que l'intimé lui a répondu [TRADUCTION] «Oui, bien sûr».

L'appelant au volant, ils ont tenté un démarrage en côte. Peut-être parce qu'il a donné trop d'accélération, l'appelant a perdu la maîtrise du véhicule, qui a quitté la route pour s'engager sur la pente raide menant à la carrière de gravier et capoter. Les deux jeunes gens ont pu quitter à pied les lieux de l'accident et se rendre à la maison d'une connaissance, qui les a décrits tous deux comme ivres à ce moment. On a découvert par la suite que l'appelant avait subi d'importantes blessures à la tête.

Au moment de l'accident, l'intimé savait que l'appelant avait consommé 11 ou 12 bouteilles de bière, dont trois dans l'heure précédant l'accident. Il ne le considérait pourtant pas comme ivre. Il faut toutefois reconnaître que ses critères pour déterminer si une personne était capable de conduire son automobile étaient à tout le moins très larges. Selon lui, une personne était en mesure de conduire son automobile tant qu'elle n'était pas ivre au point de ne plus pouvoir se tenir debout ou de voir double. Ainsi, même s'il savait la quantité de bière que l'appelant avait consommée, il ne le considérait pas comme inapte à conduire son automobile. Selon l'intimé, l'appelant n'avait jamais con-

had on one other occasion. Although both young men were used to driving on gravel roads, the respondent knew the Graveyard Road was dark, inclined and with an open gravel pit on one side. The respondent knew that in roll-starting his souped-up car on a gravel road it would be all too easy in the best of conditions to give the car too much gas so that it would surge ahead and be difficult to control.

The Courts Below

Trial Division

The trial judge held that although the appellant drove the respondent's car, the respondent could still be liable for negligence as he "had a primary obligation to remain sober enough to preserve his ability to drive or his ability to determine the [appellant's] or any other person's ability and competence to drive before delivering care and control of his car to him." He found that the respondent was negligent in concluding that the appellant could drive and in permitting him to drive on the unlit difficult gravel road.

At trial the respondent raised the defence of *ex turpi causa non oritur actio* alleging that both parties were engaged in a criminal enterprise and as a result, that he could not be held liable. The trial judge decided that the mere acceptance of a ride knowing that the driver was impaired did not constitute a common enterprise. He found that the only joint enterprise of the parties was the consumption of alcohol in a public place contrary to the provincial liquor act. That conduct he found was finished well before the appellant drove the vehicle. He concluded that there was then no link between the illegality of drinking in a public place and the subsequent actions of the respondent which led to the accident. Further, he expressed the view that a breach of the liquor control act was not

duit son automobile auparavant, mais celui-ci prétend l'avoir fait à une occasion. Même si les deux jeunes gens avaient l'habitude de conduire sur des routes de gravier, l'intimé savait que le chemin Graveyard n'était pas éclairé, qu'il était incliné et qu'il donnait d'un côté sur une carrière de gravier. L'intimé savait qu'en démarrant sa voiture à moteur gonflé en côte sur une route de gravier, il risquait fort, même dans les meilleures conditions, de donner trop d'accélération, d'emballer le moteur, rendant la voiture difficile à maîtriser.

Les juridictions inférieures

La Cour de première instance

Selon le juge de première instance, en dépit du fait que l'appelant conduisait son automobile, l'intimé pouvait toujours être tenu responsable pour négligence puisqu'il [TRADUCTION] «avait l'obligation fondamentale de demeurer suffisamment sobre pour conserver son aptitude à conduire ou son aptitude à déterminer l'aptitude à conduire ou la compétence de [l'appelant] ou de toute autre personne avant de lui confier la garde et la maîtrise de sa voiture.» Il a estimé que l'intimé avait fait preuve de négligence en concluant que l'appelant était en mesure de conduire et en lui permettant de conduire sa voiture sur une route de gravier non éclairée et difficile.

Au procès, l'intimé a soulevé le moyen de défense *ex turpi causa non oritur actio* en prétendant que les deux parties prenaient toutes deux part à une entreprise criminelle et que, partant, il ne pouvait être tenu responsable. Le juge de première instance a conclu que le seul fait d'accepter une randonnée en sachant que les facultés du conducteur sont affaiblies ne constituait pas une entreprise commune. Selon lui, la seule entreprise conjointe des parties était la consommation d'alcool dans un endroit public, en contravention avec la loi provinciale sur les boissons alcoolisées. Il a estimé que cette activité avait pris fin bien avant que l'appelant ne prenne le volant de la voiture. Il a conclu qu'il n'existait aucun lien entre l'illégalité de la consommation d'alcool dans un endroit public et les actions subséquentes de l'intimé qui ont donné lieu à l'accident. Il a en outre affirmé qu'une con-

misconduct of such a moral gravity that the court should decline to compensate the appellant.

When he apportioned the liability he found that the respondent was more responsible for the accident than the appellant and apportioned negligence with 75 percent attributable to the respondent and 25 percent to the appellant.

Court of Appeal (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 201

The Court of Appeal allowed the respondent's appeal. The majority was of the view that the respondent owner did not owe a duty of care to the appellant and that accordingly, the appellant (at p. 206) "could not recover damages against him".

Gibbs J.A., for the majority, concluded that the principle of *ex turpi causa non oritur actio* was applicable and the action could be dismissed on that basis as well. He wrote, at p. 210, that "until the Supreme Court of Canada rules otherwise there can be little doubt that the defence of *ex turpi causa non oritur actio* is available here in this kind of action". He went further and determined that the application of the principle did not depend upon a joint criminal enterprise; rather, the defence was available wherever the conduct of the plaintiff giving rise to the claim is so tainted with criminality or culpable immorality that, as a matter of public policy, the court will not assist him or her to recover damages. He wrote at pp. 210-11:

Accordingly, to the extent that either of *Funk v. Clapp* [(1986), 35 B.C.L.R. (2d) 222] or *Betts v. Sanderson Estate* [(1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1] leads to the conclusion that the defence is confined to cases of joint criminal enterprise or applies only in contracts, neither should any longer be accepted as good law in this province. . . .

Further, the statement in *Funk v. Clapp* at p. 233 that the doctrine of *ex turpi causa* no longer applies where there is legislation respecting contributory negligence

travention à la loi sur les boissons alcoolisées n'était pas un délit moral à ce point grave que la cour doive rejeter la demande de réparation présentée par l'appellant.

En ce qui a trait au partage de la responsabilité, il a conclu que l'intimé avait une plus grande part de responsabilité que l'appellant dans l'accident, et établi à 75 pour 100 la part de négligence de l'intimé et à 25 pour 100 celle de l'appellant.

La Cour d'appel (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 201

La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par l'intimé. Elle a estimé, à la majorité, que le propriétaire intimé n'avait pas d'obligation de diligence à l'égard de l'appellant et que, partant, ce dernier (à la p. 206) [TRADUCTION] «ne pouvait pas lui réclamer des dommages-intérêts».

Le juge Gibbs, au nom de la majorité, a conclu que le principe *ex turpi causa non oritur actio* était applicable et que l'action pouvait aussi être rejetée pour ce motif. Selon lui, à la p. 210, [TRADUCTION] «tant que la Cour suprême du Canada ne se sera pas prononcée sur cette question, on peut difficilement douter que le moyen de défense *ex turpi causa non oritur actio* s'applique dans cette sorte d'action». Il est allé plus loin en déterminant que l'application de ce principe ne dépendait pas de l'existence d'une entreprise criminelle conjointe; selon lui, on pouvait plutôt invoquer ce moyen de défense chaque fois que la conduite du demandeur à l'origine de la demande est à ce point entachée de criminalité ou d'immoralité coupable que, pour des motifs d'ordre public, la cour ne l'aidera pas à obtenir un dédommagement. Il a écrit, aux pp. 210 et 211:

[TRADUCTION] Par conséquent, dans la mesure où l'arrêt *Funk c. Clapp* [(1986), 35 B.C.L.R. (2d) 222] ou l'arrêt *Betts c. Sanderson Estate* [(1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1] amène à conclure que ce moyen de défense se limite aux affaires où il existe une entreprise criminelle conjointe ou ne s'applique qu'aux contrats, ni l'un ni l'autre ne devrait plus être accepté comme l'expression adéquate du droit en vigueur dans cette province. . . .

En outre, l'affirmation, à la p. 233 de l'arrêt *Funk c. Clapp*, portant que la règle *ex turpi causa* ne s'applique plus lorsque des dispositions législatives sur le partage

that includes both "fault" or "conduct" as well as "negligence" and citing with approval the decision *Lewis v. Sayers*, [1973] O.R. 591 . . . can no longer be considered to be an accurate statement of the law of this province.

In her minority reasons, Southin J.A. held that the principle *ex turpi causa* had no place in the law of tort. However, she found that there was no duty of care owed by the respondent to the appellant in this case. She wrote at p. 216:

I hold that a person who drives while impaired a motor vehicle belonging to another and thereby injures himself cannot recover damages from that other on the footing that that other person had a duty in the circumstances not to enable him to commit the crime whereby he injured himself.

Analysis

In order to determine what role, if any, the doctrine of *ex turpi causa* should play in tort cases, it is necessary to consider briefly the nature of a tort, its history and development.

The Essence and Aim of Tort Law

It is difficult to define the nature of a tort. Indeed one of the greatest writers in the field, W. L. Prosser has expressed the opinion that it should not be defined. Perhaps it is easiest to begin by saying what it is not. A tort is not a crime. Although criminal law and tort law grew from the same roots they are today quite distinct and different. Criminal law is designed to provide security for the citizens of the state. It attempts to define that conduct which society finds abhorrent and therefore necessary to control. Those who commit crimes are prosecuted by the state and are subject to punishment which reflects the state's or society's abhorrence for the particular crime.

de la responsabilité englobent à la fois la «faute» ou la «conduite» en plus de la «négligence», et citant avec approbation la décision *Lewis c. Sayers*, [1973] O.R. 591, [. . .] ne peut plus être considérée comme l'expression adéquate de l'état du droit dans cette province.

Dans ses motifs de dissidence, le juge Southin a conclu que le principe *ex turpi causa* n'a pas sa place en droit de la responsabilité civile délictuelle. Elle a toutefois estimé que l'intimé n'avait aucune obligation de diligence à l'égard de l'appelant en l'espèce. Elle écrit, à la p. 216:

[TRADUCTION] Je conclus que la personne qui, alors que ses facultés sont affaiblies, conduit le véhicule automobile appartenant à une autre personne et qui s'inflige ainsi des blessures ne peut réclamer des dommages-intérêts à cette autre personne du seul fait que celle-ci avait, dans les circonstances, l'obligation de ne pas lui permettre de commettre le crime par lequel elle s'est infligé des blessures.

Analyse

Pour pouvoir déterminer quel rôle, le cas échéant, la règle *ex turpi causa* devrait jouer dans des actions en responsabilité délictuelle, il est nécessaire d'examiner brièvement la nature du délit civil, de même que l'histoire et l'évolution du droit de la responsabilité délictuelle.

L'essence et le but du droit de la responsabilité délictuelle

Il est difficile de définir la nature d'un délit. En fait, l'un des plus grands auteurs dans ce domaine, W. L. Prosser, a exprimé l'avis qu'on ne devrait pas chercher à le faire. Il est peut-être plus facile de commencer par dire ce qu'un délit n'est pas. Un délit n'est pas un crime. Même si le droit pénal et le droit de la responsabilité délictuelle ont les mêmes sources, ils constituent aujourd'hui des réalités bien distinctes et différentes. Le droit pénal vise à assurer la sécurité des citoyens de l'État. Il tente de définir la conduite que la société juge répugnante et, partant, qu'il est nécessaire de sanctionner. Les personnes qui commettent des crimes sont poursuivies par l'État et sont passibles de peines qui reflètent la répugnance de l'État ou de la société à l'égard de chaque crime particulier.

Nor is the law of torts contractual in its nature. Contract law seeks to enforce the rights which arise out of an agreement whose parties have voluntarily agreed to be bound by its terms. The law of contract seeks to enforce the terms of the agreement specifically or provide compensation for its breach. Nor can torts fall under the title of quasi-contractual relief. That remedy seeks to prevent unjust enrichment that might, for example, arise out of payment of money under mistake.

The law of tort covers a much wider field than does contract or quasi-contract. It provides a means whereby compensation, usually in the form of damages, may be paid for injuries suffered by a party as a result of the wrongful conduct of others. It may encompass damages for personal injury suffered, for example, in a motor vehicle accident or as a result of falling in dangerous premises. It can cover damages occasioned to property. It may include compensation for injury caused to the reputation of a business or a product. It may provide damages for injury to honour in cases of defamation and libel. A primary object of the law of tort is to provide compensation to persons who are injured as a result of the actions of others. W. L. Prosser puts the aim of tort law this way in *Handbook of the Law of Torts* (4th ed. 1971), at p. 6, quoting Cecil A. Wright, "Introduction to the Law of Torts" (1944), 8 *Cambridge L.J.* 238, in this way:

... in short, doing all the things that constitute modern living—there must of necessity be losses, or injuries of many kinds sustained as a result of the activities of others. The purpose of the law of torts is to adjust these losses, and to afford compensation for injuries sustained by one person as the result of the conduct of another.

Allen M. Linden, *Canadian Tort Law* (4th ed. 1988), describes it in this way at p. 3:

Le droit de la responsabilité délictuelle n'est pas non plus de nature contractuelle. Le droit des contrats vise à faire appliquer les droits découlant d'un accord par lequel les parties ont accepté volontairement de s'engager. Le droit des contrats vise à faire respecter expressément les modalités de l'accord ou à accorder une réparation en cas d'inexécution. Le droit de la responsabilité délictuelle ne peut non plus être rangé sous la rubrique des réparations quasi contractuelles. Ce recours vise à empêcher l'enrichissement sans cause qui pourrait se produire, par exemple en cas de versement d'une somme d'argent par erreur.

Le droit de la responsabilité délictuelle embrasse un domaine beaucoup plus vaste que celui du droit contractuel ou quasi contractuel. Il offre à la personne qui a subi un préjudice découlant de la conduite fautive d'autrui un moyen d'obtenir réparation, habituellement sous forme de dommages-intérêts. Il peut s'étendre aux dommages-intérêts pour lésions corporelles subies, par exemple, dans un accident de la route ou par suite d'une chute dans des lieux dangereux. Il peut viser les dommages matériels, ou encore accorder une réparation pour atteinte à la réputation d'une entreprise ou d'un produit. Il peut accorder des dommages-intérêts pour atteinte à l'honneur dans des cas de diffamation ou de libelle. L'un des principaux buts du droit de la responsabilité délictuelle est de dédommager les personnes qui subissent un préjudice par suite des actes d'autrui. W. L. Prosser décrit de la façon suivante le but du droit de la responsabilité délictuelle, dans *Handbook of the Law of Torts* (4^e éd. 1971), à la p. 6, en citant Cecil A. Wright, «Introduction to the Law of Torts» (1944), 8 *Cambridge L.J.* 238:

[TRADUCTION] ... en résumé, dans l'accomplissement de toutes les choses dont la vie moderne est composée —il y a nécessairement des pertes ou des préjudices de toutes sortes qui découlent des activités d'autrui. Le but du droit de la responsabilité délictuelle est de répartir ces pertes et de réparer les préjudices que subit un individu par la faute d'un autre.

Dans son ouvrage *La responsabilité civile délictuelle* (4^e éd. 1988), Allen M. Linden le décrit de la façon suivante, à la p. 3:

First and foremost, tort law is a compensator. A successful action puts money into the pocket of the claimant. This payment is supposed to reimburse him for the economic and psychic damages he has suffered at the hands of the defendant.

Although compensation may be the primary purpose of tort law, it must be noted that aggravated or exemplary damages which may sometimes be awarded are aimed at punishment and deterrence. Tort actions fulfil a role in appeasing the victim and may serve as a means of educating the public, as well as producers and manufacturers, as to the dangers involved in the use of certain products or processes.

Duty of Care and Public Policy

On what basis will compensation be paid for damages in a tort action based upon a claim of negligence? In order for a court to award compensation, it must be determined that the defendant owed the plaintiff a duty of care. Only if such a duty exists, can the breach of that duty result in payment of compensation or damages. The classical expression of the duty of care was set out in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, at pp. 580-81. There it was explained that a duty of care arises when there is a likelihood of harm being occasioned due to one's actions to a person in a sufficient relationship of legal proximity to give rise to such a duty. The notion of "legal proximity" has been set out in terms of whether the risk of harm ought to have been reasonably foreseeable to the defendant. It has been recognized that there are instances in which a person may not have actually anticipated the harm but ought reasonably to have done so. In those circumstances, the person will be found liable in negligence.

Nevertheless it has been observed that foreseeability in and of itself is not the only element in determining whether there is a duty of care. In *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, the House of Lords considered the

Le droit de la responsabilité délictuelle joue, d'abord et avant tout, un rôle réparateur. Le demandeur qui a gain de cause reçoit une somme d'argent à titre de réparation des préjudices financier et moral qu'il a subis par la faute du défendeur.

Même si la réparation demeure le but principal du droit de la responsabilité civile délictuelle, il convient de souligner qu'il est possible dans certains cas d'accorder des dommages-intérêts alourdis ou exemplaires en guise de punition ou à des fins de dissuasion. Les actions en responsabilité délictuelle jouent un rôle lenifiant pour la victime et peuvent servir à instruire le public tout comme les producteurs et les fabricants relativement aux dangers que comporte l'utilisation de certains produits ou procédés.

L'obligation de diligence et l'ordre public

À quelles conditions peut-on faire droit à une demande de dommages-intérêts dans une action en responsabilité délictuelle fondée sur le délit de négligence? Le tribunal doit d'abord déterminer si le défendeur avait une obligation de diligence à l'égard du demandeur. L'existence d'une telle obligation est absolument nécessaire pour qu'un manquement à cette obligation entraîne le versement d'une réparation ou de dommages-intérêts. L'expression classique de l'obligation de diligence figure dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562, aux pp. 580 et 581. On y explique qu'une obligation de diligence naît pour le défendeur lorsqu'il y a risque, du fait de ses actes, de porter préjudice à une personne avec laquelle il a un lien juridique suffisamment étroit pour entraîner une telle obligation. Pour établir la notion de «lien juridique étroit» il faut déterminer si le défendeur aurait pu raisonnablement prévoir le risque de préjudice. Il est reconnu que dans certains cas, même si elle n'a pas prévu le préjudice, la personne en cause aurait raisonnablement dû le faire. Elle est alors jugée responsable pour négligence.

Toutefois, la prévisibilité ne serait pas en soi le seul élément qui permette de déterminer l'existence d'une obligation de diligence. Dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, la Chambre des Lords a examiné l'im-

importance of considerations beyond foreseeability and proximity, setting out a two-stage test for its determination. This test was adopted by this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. Wilson J., speaking for the majority, reformulated Lord Wilberforce's test in *Anns, supra*, in the following manner (at pp. 10-11):

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties . . . so that, in the reasonable contemplation of the authority, carelessness on its part might cause damage to that person? If so,
- (2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

This Court very recently reconfirmed both its adoption of the *Anns*, standard and of Wilson J.'s reformulation of it in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299.

When a court considers whether a duty of care exists, it must of course take into account all the circumstances of the alleged wrongdoing. That will involve a consideration of the facts which are pertinent to each case. The doctrine of *stare decisis* means that all others in the same position as the plaintiff and defendant in the particular case will also be affected. This is one of the reasons the court must take public policy into account. This was first clearly and frankly recognized in the *dicta* of Lord Denning in *Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1969] 2 Q.B. 412, at p. 426, where he wrote:

It is, I think, at bottom a matter of public policy which we, as judges, must resolve. This talk of "duty" or "no duty" is simply a way of limiting the range of liability for negligence.

That public policy must be taken into consideration in tort cases was ably expressed *Winfield and*

portance de considérations autres que la prévisibilité et le lien étroit, et établi un critère à deux volets pour trancher. Notre Cour a adopté ce critère dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Dans cette affaire, le juge Wilson, s'exprimant au nom de la majorité, a reformulé de la façon suivante le critère énoncé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*, précité, aux pp. 10 et 11:

- 1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties [. . .] pour que les autorités aient pu raisonnablement prévoir que leur manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l'affirmative,
- 2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

Notre Cour a récemment confirmé de nouveau à la fois son adoption de la norme énoncée dans l'arrêt *Anns* et la reformulation qu'en a donnée le juge Wilson, dans l'arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299.

Lorsqu'il est appelé à déterminer l'existence d'une obligation de diligence, le tribunal doit évidemment tenir compte de toutes les circonstances entourant la faute alléguée. Cela comprend un examen des faits qui sont pertinents pour chaque espèce. La règle du *stare decisis* signifie que tous les autres justiciables dont la situation est la même que celle du demandeur et du défendeur dans l'espèce seront aussi touchés. C'est là une des raisons pour lesquelles les tribunaux doivent tenir compte de l'ordre public. Cela a été reconnu clairement et franchement pour la première fois dans les opinions incidentes de lord Denning dans l'arrêt *Dorset Yacht Co. c. Home Office*, [1969] 2 Q.B. 412, à la p. 426:

[TRADUCTION] Il s'agit, en dernière analyse, d'une question d'ordre public que nous, juges, devons trancher. Toute cette histoire d'existence ou d'inexistence d'un «devoir» n'est qu'un moyen de limiter le champ de la responsabilité pour négligence.

La nécessité de tenir compte de l'ordre public dans des affaires de responsabilité délictuelle a été

Jolowicz on Tort (12th ed. 1984), by W. V. H. Rogers, at p. 75:

The use of the word "policy" indicates no more than that the court must decide not simply whether there is or is not a duty, but whether there should or should not be one, taking into account both the established framework of the law and also the implications that a decision one way or the other may have for the operation of the law in our society. For long the judges, while undoubtedly aware of it, displayed a reluctance to admit openly that the application of a "legal" rule is insufficient to deal with novel questions about the scope of the tort of negligence, but the post-war period has seen an increasing readiness to admit that considerations of policy must, from time to time, play a major part in the making of decisions.

This same principle was recognized and supported by Prosser in his text, *supra*, at pp. 325-26. Thus it can be seen that although the *Donoghue v. Stevenson* principle may be taken as the starting point for determining whether a duty of care exists, societal concerns must also be addressed under the heading of public policy. Thus even if a duty of care is found to exist, the court will have to determine whether, for public policy reasons, that duty should be limited in part or in whole. This approach is entirely consistent with the principle set out in *Anns, supra*, which as we have seen has been adopted by this Court. Thus the courts in Canada have expanded the consideration of the notion of a duty of care to meet the developing needs and concerns of society.

The same principle has been recognized in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, *supra*. There La Forest J. wrote at p. 319:

In my view, the second branch of the *Anns* test is broad enough to allow for the consideration, where relevant, of the factors the English courts have considered in the context of their just and reasonable test. It is now well established that policy considerations may in fact negate the existence of the duty; see *Central Trust Co. v.*

exprimée de façon très compétente dans *Winfield and Jolowicz on Tort* (12^e éd. 1984), par W. V. H. Rogers, à la p. 75:

[TRADUCTION] L'emploi de l'expression «de principe» indique uniquement que le tribunal doit décider non seulement s'il existe ou non une obligation, mais aussi s'il devrait ou non y en avoir une, en tenant compte à la fois du cadre établi du droit et des incidences que pourrait avoir une décision dans un sens comme dans l'autre sur l'application du droit dans notre société. Même s'ils en étaient probablement conscients, les juges, ont pendant longtemps manifesté de la réticence à admettre ouvertement que l'application d'une règle «de droit» ne suffit pas à résoudre de nouvelles questions dont ils sont saisis quant à la portée du délit de négligence; toutefois, depuis l'après-guerre, les tribunaux semblent plus disposés à reconnaître que des considérations de principe doivent à l'occasion jouer un rôle important dans la résolution de différends.

Ce même principe est reconnu et appuyé par Prosser dans son ouvrage, *op. cit.*, aux pp. 325 et 326. Donc, même si le principe établi dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson* peut servir de point de départ lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'une obligation de diligence, il y a aussi lieu de tenir compte de considérations intéressant la société sous la rubrique de l'ordre public. Par conséquent, même si le tribunal constate l'existence d'une obligation de diligence, il lui faut déterminer si, pour des motifs d'ordre public, cette obligation devrait être limitée en partie ou supprimée. Cette façon de voir s'harmonise parfaitement avec le principe établi dans l'arrêt *Anns*, précité, et adopté par notre Cour. Les tribunaux canadiens ont donc élargi l'examen de la notion de l'obligation de diligence de façon à répondre aux besoins et aux attentes grandissants de la société.

Le même principe a été reconnu dans l'arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, précité. Dans ses motifs, le juge La Forest écrit, à la p. 319:

J'estime que le second volet du critère de l'arrêt *Anns* est suffisamment général pour permettre d'examiner, lorsque cela est pertinent, les facteurs dont les tribunaux anglais ont tenu compte dans le contexte de leur critère de ce qui est juste et raisonnable. Il est maintenant bien établi que des considérations de principe peuvent en fait

Rafuse, [[1986] 2 S.C.R. 147]; *Leigh and Sillivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785 (H.L.); *Norwich City Council v. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180 (C.A.); *Pacific Associates Inc. v. Baxter*, [[1990] 1 Q.B. 993].

Public Policy and the Impaired Plaintiff

Tort law has recognized society's concern for the danger posed by those who drive while impaired. A response to this concern has been judicial recognition that reasonable steps must be taken to prevent those who have consumed alcohol from driving and to make the supplier of alcohol responsible for the injuries caused to and by the drunken driver. See for example *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239. Further, the courts have properly demonstrated their willingness to impose a duty upon those who control a car so that they will be properly held liable for permitting impaired persons to drive their vehicles. See *Hempler v. Todd* (1970), 14 D.L.R. (3d) 637 (Man. Q.B.); *Ontario Hospital Services Commission v. Borsoski* (1973), 54 D.L.R. (3d) 339 (Ont. H.C.), and *Betts v. Sanderson Estate* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.). This Court cited *Hempler*, *supra*, and *Borsoski*, *supra*, with approval in *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186, where a drunken plaintiff recovered damages for injuries suffered when he was sliding downhill in an inner tube. There Wilson J. wrote, *supra*, at pp. 1196-97:

The general approach taken in *Jordan House* has been applied in a number of cases. Car owners who have permitted or instructed impaired persons to drive their cars have been found liable (see: *Hempler v. Todd* (1970), 14 D.L.R. (3rd) 637 (Man. Q.B.), and *Ontario Hospital Services Commission v. Borsoski* (1973), 54 D.L.R. (3rd) 339 (Ont. H. Ct.)) as has the owner of a motorcycle who allowed a young unlicensed driver to use it (see: *Stermer v. Lawson* (1977), 79 D.L.R. (3d) 366 (B.C.S.C.)). The common thread running through these cases is that one is under a duty not to place another

supprimer l'obligation; voir *Central Trust Co. c. Rafuse*, [[1986] 2 R.C.S. 147]; *Leigh and Sillavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785 (H.L.); *Norwich City Council c. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180 (C.A.); *a Pacific Associates Inc. c. Baxter*, [[1990] 1 Q.B. 993].

L'ordre public et la conduite avec facultés affaiblies

Le droit de la responsabilité délictuelle a reconnu la préoccupation de la société au sujet du danger que représente la conduite avec facultés affaiblies. L'une des façons d'y répondre a consisté à reconnaître judiciairement la nécessité de prendre des mesures raisonnables afin d'empêcher de conduire ceux qui ont consommé de l'alcool, et de faire assumer au fournisseur de l'alcool la responsabilité des blessures que le conducteur en état d'ébriété aura pu infliger à d'autres ou s'infliger à lui-même. Voir par exemple l'arrêt *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239. En outre, les tribunaux ont bien montré qu'ils étaient disposés à reconnaître une obligation de la part de ceux qui ont la garde d'une automobile, qui seront alors tenus responsables d'avoir permis à des personnes dont les facultés étaient affaiblies de conduire leur voiture. Voir *Hempler c. Todd* (1970), 14 D.L.R. (3d) 637 (B.R. Man.); *Ontario Hospital Services Commission c. Borsoski* (1973), 54 D.L.R. (3d) 339 (H.C. Ont.), et *Betts c. Sanderson Estate* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.). Notre Cour a cité avec approbation les décisions *Hempler* et *Borsoski*, précitées, dans *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186, affaire dans laquelle le demandeur a obtenu des dommages-intérêts pour des blessures subies au cours d'une descente sur une chambre à air alors qu'il était ivre. Dans cet arrêt, le juge Wilson a écrit, aux pp. 1196 et 1197:

On retrouve dans un certain nombre de décisions l'approche générale retenue dans l'arrêt *Jordan House*. Des propriétaires d'automobile qui ont permis à des personnes en état d'ébriété de conduire leur voiture ou qui leur ont demandé de le faire ont été tenus responsables (voir: *Hempler v. Todd* (1970), 14 D.L.R. (3d) 637 (B.R. Man.) et *Ontario Hospital Services Commission v. Borsoski* (1973), 54 D.L.R. (3d) 339 (H.C. Ont.)), tout comme le propriétaire d'une motocyclette qui a autorisé un jeune conducteur sans permis à l'utiliser (voir: *Stermer v. Lawson* (1977), 79 D.L.R. (3d) 366 (C.S.C.-B.)).

person in a position where it is foreseeable that that person could suffer injury. The plaintiff's inability to handle the situation in which he or she has been placed—either through youth, intoxication or other incapacity—is an element in determining how foreseeable the injury is.

These cases clearly demonstrate that the impairment of the plaintiff does not necessarily constitute a bar to recovery of damages.

In sum it can be seen that the remedy provided by the law of tort is a flexible one. It is based upon a desire to achieve fairness by compensating, in appropriate cases, those who have been injured by the conduct of others. It must remain flexible and be permitted to grow with a changing society.

Similarly tort cases, which would necessarily involve the consideration of public policy as a bar to recovery, should determine the applicable principles on a case by case basis. These principles, like those applicable in the law of tort, should be flexible and evolve with our ever changing society. What may be contrary to public policy in our decade may be perfectly acceptable in the next.

Contributory Negligence

During the course of the development of tort various concepts have been put forward which were aimed at limiting its scope. In earlier days the defence of contributory negligence constituted an absolute bar to recovery in a tort action. Contributory negligence has been defined as “unreasonable conduct on the part of a victim which, along with the negligence of others, has in law contributed to the victim's own injuries” (see Lewis N. Klar, *Tort Law*, at p. 299). It is hard to say how the doctrine grew or upon what foundation it was based. Perhaps it arose from the court's desire either to control the tendency of juries to find in favour of plaintiffs or to use it as a means of exercising a type of public policy control over recovery in tort cases. In any event, it was first enunciated in *But-*

Ces affaires ont ceci de commun qu'une personne a l'obligation de ne pas exposer autrui à un risque de blessure prévisible. L'incapacité du demandeur de se prendre en charge dans la situation dans laquelle il a été placé—soit à cause de sa jeunesse, de son état d'ébriété ou d'une autre incapacité—entre en ligne de compte quand on détermine le caractère prévisible de la blessure.

Ces décisions montrent clairement que l'ébriété du demandeur ne constitue pas nécessairement un obstacle à l'indemnisation.

Somme toute, il ressort que la réparation offerte par le droit de la responsabilité délictuelle est souple. Elle est fondée sur la volonté d'atteindre à l'équité en dédommageant, lorsque cela est opportun, les personnes qui ont été lésées par la conduite d'autrui. Il faut conserver sa souplesse à cette forme de réparation et lui permettre de progresser au rythme de l'évolution de la société.

De la même manière, dans les affaires de responsabilité délictuelle, qui comportent nécessairement des considérations d'ordre public s'opposant à l'indemnisation, il faudrait déterminer les principes applicables au cas par cas. Ces principes, comme ceux qui s'appliquent en droit de la responsabilité délictuelle, devraient être souples et s'adapter à l'évolution de la société. Ce qui est contraire à l'ordre public dans notre décennie peut devenir tout à fait acceptable dans la prochaine.

La négligence contributive

Au cours du développement du droit de la responsabilité délictuelle, diverses notions furent mises de l'avant pour en limiter la portée. Dans les premiers temps, le moyen de défense fondé sur la négligence contributive constituait un obstacle absolu à l'indemnisation dans une action en responsabilité délictuelle. La négligence contributive a été définie comme la [TRADUCTION] «conduite déraisonnable de la part de la victime qui, conjuguée à la négligence d'autrui, a en droit contribué au préjudice subi par la victime» (voir Lewis N. Klar, *Tort Law*, à la p. 299). Il est difficile de préciser l'origine et le fondement de cette règle. Elle est peut-être née du désir des tribunaux de maîtriser la tendance des jurys à pencher en faveur des demandeurs, ou encore d'exercer une

terfield v. Forrester (1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926 (K.B.). This decision it should be noted, coincides with the Duke of Wellington's Peninsula campaign when muskets were still one of the principal military weapons.

The unfairness of the doctrine was soon recognized when it was applied in cases where the victim was responsible for the injuries only in a minute degree compared to the defendant. One means that was introduced in an attempt to outmanoeuvre the application of the principle was the doctrine of last clear chance. By this doctrine, if a plaintiff had in fact been negligent but the defendant had the last clear chance to avoid the accident and was at fault in failing to avail him or herself of the opportunity then the plaintiff could recover despite his or her contributory negligence. (See *Davies v. Mann* (1842), 10 M. & W. 546, 152 E.R. 588, and *Salmond on the Law of Torts* (17th ed. 1977), by R. F. V. Houston at pp. 512-13). However the application of the doctrine of last clear chance led to great confusion and still did not completely alleviate the unfairness arising from the rigid application of the defence.

It was the recognition of the basic unfairness of the contributory negligence defence that led to the passage of Acts providing for apportionment of liability (Negligence Acts) in most common law jurisdictions including all the common law provinces of Canada. This legislation recognized that accidents are frequently caused by the negligence of two or more parties and that fairness requires that the liability for the damages should be apportioned among all the parties who are responsible in accordance with the extent of their responsibility.

There is in my view a great deal to be said for the position that apportionment legislation goes far towards removing *ex turpi causa* as a defence. So far as possible the doctrine should be confined to the contractual sphere where it serves a useful purpose.

sorte de contrôle de l'ordre public sur la réparation dans des actions en responsabilité délictuelle. Quoiqu'il en soit, elle a été énoncée pour la première fois dans *Butterfield c. Forrester* (1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926 (B.R.), décision qui, comme il convient de le noter, coïncide avec la campagne d'Espagne du duc de Wellington, à une époque où le mousquet était encore l'une des principales armes militaires.

On ne devait pas tarder à reconnaître l'iniquité de cette règle lorsqu'elle était appliquée dans des affaires où la victime n'avait contribué à son préjudice que dans une proportion infime par comparaison au défendeur. Pour tenter d'échapper à l'application de cette règle, on a notamment eu recours à la théorie de la dernière chance. Selon cette théorie, le demandeur pouvait obtenir gain de cause en dépit de sa propre négligence si le défendeur avait eu une dernière chance d'éviter l'accident mais ne l'avait pas fait. (Voir *Davies c. Mann* (1842), 10 M. & W. 546, 152 E.R. 588, et *Salmond on the Law of Torts* (17^e éd. 1977), par R. F. V. Houston, aux pp. 512 et 513.) Toutefois, l'application de la théorie de la dernière chance a entraîné beaucoup de confusion sans pour autant mettre fin complètement à l'iniquité qu'entraînait l'application stricte de ce moyen de défense.

C'est la reconnaissance de l'iniquité fondamentale du moyen de défense fondé sur la négligence contributive qui a conduit la plupart des ressorts de common law, dont toutes les provinces de common law du Canada, à adopter des lois sur le partage de la responsabilité. Cette législation reconnaît que les accidents sont fréquemment causés par la négligence de plusieurs parties et qu'en toute équité, la responsabilité du préjudice devrait être partagée entre toutes les parties responsables, dans la mesure de leur responsabilité respective.

Il y aurait beaucoup à dire en faveur de la position selon laquelle la législation sur le partage de la responsabilité va loin pour ce qui est de supprimer la règle *ex turpi causa* comme moyen de défense. Dans la mesure du possible, cette règle devrait être limitée au domaine contractuel où elle joue un rôle utile.

Volenti Non Fit Injuria

Another mechanism aimed at limiting the scope of tort actions is the defence known by the maxim *volenti non fit injuria*. The maxim stands for the proposition that no injury is done to one who consents. The defence applies both to intentional and accidental harms. *Salmond on Torts, supra*, at pp. 496 ff. would draw a distinction between the two, characterizing the defence as either a negation of the duty of care or as a bar to recovery. See also the reasons of Justice McLachlin in *London Drugs, supra*; *Clerk & Lindsell on Torts* (16th ed. 1989), at pp. 112-13; Fleming, *The Law of Torts* (7th ed. 1987), at p. 265; *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (19th ed. 1987) at pp. 557-58; Linden, *supra*, at pp. 448-49. No matter how the maxim or principle is characterized, *volenti non fit injuria*, like the common law defence of contributory negligence, constituted an absolute bar to recovery. While apportionment legislation such as the various negligence acts has reduced or removed entirely the draconian effects of the contributory negligence defence, *volenti* remains as a complete defence. Yet it has, in recent years, been severely restricted in its application.

In order for the doctrine of *volenti* to apply, there must be either an express or implied assumption of the risk of the activity which caused the damage. That is to say, both parties to the activity must have agreed that they would participate in it regardless of the risk of injury and give up their right to sue should injury occur as a result of the agreed upon activity. It must be observed that the consent goes to the legal as opposed to the physical risk of harm (see *Lehnert v. Stein*, [1963] S.C.R. 38).

The defence of *volenti* was advanced in this Court in several cases, particularly pertaining to passengers in motor vehicles. However, it is sig-

Volenti non fit injuria

Parmi les moyens employés pour limiter la portée des actions en responsabilité délictuelle figure le moyen de défense désigné par la maxime *volenti non fit injuria*. Cette maxime énonce le principe selon lequel la personne qui s'expose librement à un risque connu ne peut se plaindre du préjudice qu'elle subit. Ce moyen de défense s'applique à l'égard des préjudices intentionnels et accidentels. Selon l'auteur de *Salmond on Torts, op. cit.*, aux pp. 496 et suiv., il faudrait établir une distinction entre les deux, le moyen de défense étant qualifié soit de suppression de l'obligation de diligence soit d'obstacle à l'indemnisation. Voir aussi les motifs du juge McLachlin dans l'arrêt *London Drugs*, précité; *Clerk & Lindsell on Torts* (16^e éd. 1989), aux pp. 112 et 113; Fleming, *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), à la p. 265; *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (19^e éd. 1987), aux pp. 557 et 558; Linden, *op. cit.*, aux pp. 545 à 547. Peu importe la qualification donnée à cette maxime ou à ce principe, le moyen de défense *volenti non fit injuria*, à l'instar de celui de la négligence contributive en common law, constituait un obstacle absolu à l'indemnisation. Même si les dispositions législatives sur le partage de la responsabilité adoptées en de nombreux endroits ont réduit ou éliminé complètement les effets draconiens du moyen de défense fondé sur la négligence contributive, la règle *volenti* demeure un moyen de défense complet. On a cependant beaucoup limité son application au cours des dernières années.

L'application de la règle *volenti* suppose nécessairement l'existence d'une acceptation expresse ou implicite du risque inhérent à l'activité qui a donné lieu au dommage. Cela signifie que les parties doivent avoir convenu de prendre part à l'activité peu importe le risque de préjudice, et de renoncer à leur droit de poursuite pour le préjudice subi par suite de l'activité visée. Il convient de souligner que le consentement porte sur le risque juridique de préjudice par opposition au risque physique (voir *Lehnert c. Stein*, [1963] R.C.S. 38).

Si le moyen de défense *volenti* a été invoqué dans plusieurs affaires devant notre Cour, notamment lorsqu'il s'agissait de passagers dans des

nificant that the defence has rarely been accepted. See for example *Car and General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] S.C.R. 322; *Lehnert v. Stein*, *supra*; and *Eid v. Dumas*, [1969] S.C.R. 668.

In *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649, at p. 658, Estey J. described the very limited scope of the doctrine in these words:

... *volenti* will arise only where the circumstances are such that it is clear that the plaintiff, knowing of the virtually certain risk of harm, in essence bargained away his right to sue for injuries incurred as a result of any negligence on the defendant's part. The acceptance of the risk may be express or may arise by necessary implication from the conduct of the parties, but it will arise ... only where there can truly be said to be an understanding on the part of both parties that the defendant assumed no responsibility to take due care for the safety of the plaintiff, and that the plaintiff did not expect him to.

The *volenti* defence acts as a complete bar to recovery. Although it has not been the subject of legislation, it has been very severely limited in its application. Perhaps the judicial limitation was well merited in light of the harsh academic criticism of the defence. See Prosser, *supra*, at p. 454. Before it can operate as a defence, the plaintiff must not only consent to accept the risk of harm but also must bargain away his or her right to sue for injuries that may result from the dangerous activity. The doctrine will only be applied where it can truly be said that there is an understanding on the part of both parties that the defendant assumed no responsibility to take care for the safety of the plaintiff and the plaintiff did not expect him or her to do so. Clearly, the *volenti* defence will only be applicable in a narrow range of cases.

Thus the defence of contributory negligence has been eliminated by legislation and that of *volenti* severely restricted by the courts. There remains to be considered the third defence put forward as an absolute bar to recovery in tort actions. That

automobiles, il a rarement été accueilli, ce qui est significatif. Voir par exemple *Car and General Insurance Corp. c. Seymour*, [1956] R.C.S. 322; *Lehnert c. Stein*, précité; et *Eid c. Dumas*, [1969] R.C.S. 668.

Dans *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649, à la p. 658, le juge Estey a décrit dans les termes suivants la portée très limitée de cette règle:

... le moyen de défense de *volenti* ne s'applique que lorsque les circonstances sont telles qu'il est manifeste que le demandeur, connaissant le risque presque certain de préjudice, a essentiellement convenu de renoncer à son droit de poursuite pour les blessures subies par suite d'une négligence quelconque du défendeur. L'acceptation du risque peut être expresse ou peut ressortir de façon nettement implicite de la conduite des parties, mais elle n'est opposable [...] que lorsqu'on peut vraiment dire que les deux parties ont compris que le défendeur n'assumait aucune responsabilité de diligence pour la sécurité du demandeur et que le demandeur ne s'attendait pas à ce qu'il le fasse.

Le moyen de défense *volenti* constitue un obstacle complet à l'indemnisation. Même s'il n'a pas fait l'objet de dispositions législatives, on a beaucoup limité son application. Cette restriction judiciaire était peut-être bien méritée, compte tenu des critiques très sévères d'auteurs à l'égard de ce moyen de défense. Voir Prosser, *op. cit.*, à la p. 454. Pour qu'un défendeur puisse l'invoquer, il faut non seulement que le demandeur ait consenti à accepter le risque de blessure, mais encore qu'il ait convenu de renoncer à son droit de poursuite pour les blessures pouvant découler de l'activité dangereuse. La règle n'est appliquée que lorsqu'on peut vraiment dire que les deux parties ont compris que le défendeur n'assumait aucune responsabilité de diligence pour la sécurité du demandeur et que le demandeur ne s'attendait pas à ce qu'il le fasse. Le moyen de défense *volenti* ne s'applique manifestement que dans une gamme très restreinte d'affaires.

En somme, le moyen de défense fondé sur la négligence contributive a été éliminé par des dispositions législatives, et celui de *volenti*, réduit de façon importante par les tribunaux. Il reste donc à examiner le troisième moyen de défense qui est

defence skulks furtively behind the Latin maxim *ex turpi causa non oritur actio*.

Ex Turpi Causa Non Oritur Actio

The maxim has been translated to mean “no right of action arises from a base cause”. Its effect is to provide that wrong doing on the part of a plaintiff can be used to bar recovery. Historically, the doctrine first arose, and in my view was correctly applied, in contract cases to bar a plaintiff from using the court to enforce an illegal contract. Unfortunately, the doctrine has found its way into the realm of tort law. The application of the principle by way of defence completely bars recovery. Because the results may often be disastrous and manifestly unfair, various methods have been used by courts in an attempt to either circumscribe or avoid its application.

Application of the Doctrine

The defence has not been frequently advanced in tort cases. When it has been put forward its consideration by the courts has been so inconsistent that it has given rise to a great deal of well merited criticism. See G. H. L. Fridman, “The Wrongdoing Plaintiff” (1972), 18 *McGill L.J.* 275; Ernest J. Weinrib, “Illegality as a Tort Defence” (1976), 26 *U.T.L.J.* 28; D. Gibson, “Comment: Illegality of Plaintiff’s Conduct as a Defence” (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 89; Jane P. Swanton, “Plaintiff a Wrongdoer: Joint Complicity in an Illegal Enterprise as a Defence to Negligence” (1981), 9 *Sydney L. Rev.* 304; W. J. Ford, “Tort and Illegality: The *Ex Turpi Causa* Defence in Negligence Law” (1977-78), 11 *Melbourne U.L.R.* 32, 164; Charles Debattista, “*Ex Turpi Causa* Returns to the English Law of Torts: Taking Advantage of a Wrong Way Out” (1984), 13 *Anglo-Am. L.R.* 15; Neville H. Crago, “The Defence of Illegality in Negligence Actions” (1964), 4 *Melbourne U.L.R.* 534; Harold S. Davis,

invoqué comme obstacle absolu à l’indemnisation dans des actions en responsabilité délictuelle. Ce moyen de défense rôde furtivement derrière la maxime latine *ex turpi causa non oritur actio*.

Ex turpi causa non oritur actio

La maxime signifie que «le droit d’action ne naît pas d’une cause indigne». Elle a pour effet de permettre au défendeur d’invoquer une faute de la part du demandeur pour faire obstacle à l’indemnisation demandée. Historiquement, c’est dans des affaires de droit des contrats que cette règle est d’abord apparue, et a selon moi été correctement appliquée, comme moyen d’empêcher le demandeur de s’adresser aux tribunaux pour obtenir l’exécution d’un contrat illégal. Elle s’est malheureusement glissée dans le domaine du droit de la responsabilité délictuelle. Son application comme moyen de défense constitue un obstacle complet à toute indemnisation. Comme les résultats risquent souvent d’être désastreux et manifestement injustes, les tribunaux ont eu recours à diverses méthodes pour tenter d’en restreindre ou d’en empêcher l’application.

Application de la règle

Ce moyen de défense n’a pas été invoqué souvent dans des affaires de responsabilité délictuelle, et lorsqu’il l’a été, le traitement que lui ont accordé les divers tribunaux a été si différent qu’il s’est attiré beaucoup de critiques fondées. Voir G. H. L. Fridman, “The Wrongdoing Plaintiff” (1972), 18 *R.D. McGill* 275; Ernest J. Weinrib, “Illegality as a Tort Defence” (1976), 26 *U.T.L.J.* 28; D. Gibson, “Comment: Illegality of Plaintiff’s Conduct as a Defence” (1969), 47 *R. du B. can.* 89; Jane P. Swanton, “Plaintiff a Wrongdoer: Joint Complicity in an Illegal Enterprise as a Defence to Negligence” (1981), 9 *Sydney L. Rev.* 304; W. J. Ford, “Tort and Illegality: The *Ex Turpi Causa* Defence in Negligence Law” (1977-78), 11 *Melbourne U.L.R.* 32, 164; Charles Debattista, “*Ex Turpi Causa* Returns to the English Law of Torts: Taking Advantage of a Wrong Way Out” (1984), 13 *Anglo-Am. L.R.* 15; Neville H. Crago, “The Defence of Illegality in Negligence Actions” (1964), 4 *Melbourne U.L.R.* 534; Harold S. Davis,

“The Plaintiff’s Illegal Act as a Defense in Actions of Tort” (1904-05), 18 *Harv. L. Rev.* 505; Bruce MacDougall, “*Ex Turpi Causa*: Should a Defence Arise From a Base Cause?” (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 1; P. Legrand Jr., “La dynamique de l’impunité: autour de la défense d’*ex turpi causa* en *common law* des délits civils” (1991), 36 *McGill L.J.* 609.

The inconsistency in the application of *ex turpi causa* makes it somewhat difficult to summarize the approaches that the courts have taken. However, there do appear to be four distinct opinions expressed regarding the effect of a plaintiff’s illegal act. In early American cases, the illegal act of the plaintiff was said to go to causation. (See Harold S. Davis, “The Plaintiff’s Illegal Act as a Defense in Actions of Tort”, *supra.*) This approach has sometimes been adopted in Canada (see, e.g., *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452, at p. 477 and the reasons of La Forest J. in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at p. 262. In other cases the illegal act is said to negate the duty of care (see, e.g., the Australian case *Smith v. Jenkins* (1970), 119 C.L.R. 397 (Aust. H.C.), at p. 400). In still others the illegal act is said to make the determination of a standard of care impossible (see, e.g., *Pitts v. Hunt*, [1990] 3 All E.R. 344 (C.A.), and *Progress and Properties Ltd. v. Craft* (1976), 135 C.L.R. 651 (Aust. H.C.)). Finally, others have suggested that illegal acts of the plaintiff should act as a bar to recovery of damages. (See discussion in MacDougall, *supra.*)

Justification for the Application of the Doctrine in Tort

No matter how inconsistently it has been applied, there have been three principal justifications put forward for the application of *ex turpi causa* in tort. These can be roughly described as: (a) a plaintiff should not be able to profit from his or her illegal actions; (b) that the maxim should be used to support the aims of the criminal justice

«The Plaintiff’s Illegal Act as a Defense in Actions of Tort» (1904-05), 18 *Harv. L. Rev.* 505; Bruce MacDougall, «*Ex Turpi Causa*: Should a Defence Arise From a Base Cause?» (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 1; P. Legrand jr, «La dynamique de l’impunité: autour de la défense d’*ex turpi causa* en *common law* des délits civils» (1991), 36 *R.D. McGill* 609.

Le manque de conformité dans l’application du principe *ex turpi causa* rend assez difficile la tâche de résumer les points de vue adoptés par les tribunaux. Il semble toutefois se dégager quatre opinions distinctes sur l’effet d’un acte illégal de la part du demandeur. Dans les premières décisions américaines, l’acte illégal du demandeur avait une incidence sur le lien de causalité. (Voir Harold S. Davis, «The Plaintiff’s Illegal Act as a Defense in Actions of Tort», *loc. cit.*) Ce point de vue a parfois été adopté au Canada (voir par exemple *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452, à la p. 477, et les motifs du juge La Forest dans *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, à la p. 262. Dans d’autres affaires, on a conclu que l’acte illégal supprimait l’obligation de diligence (voir par exemple la décision australienne *Smith c. Jenkins* (1970), 119 C.L.R. 397 (H.C. Austr.), à la p. 400). Dans d’autres décisions, on a conclu qu’en raison de l’acte illégal, il était impossible d’établir une norme de diligence (voir par exemple *Pitts c. Hunt*, [1990] 3 All E.R. 344 (C.A.), et *Progress and Properties Ltd. c. Craft* (1976), 135 C.L.R. 651 (H.C. Austr.)). Enfin, d’autres ont donné à entendre que les actes illégaux du demandeur devraient empêcher l’obtention de dommages-intérêts (voir MacDougall, *loc. cit.*).

Justification de l’application de la règle en droit de la responsabilité délictuelle

Malgré le manque de cohérence dans son application, trois principales justifications ont été avancées pour soutenir l’application de la maxime *ex turpi causa* en droit de la responsabilité délictuelle. En voici les grandes lignes: a) le demandeur ne devrait pas pouvoir tirer profit de ses actions illégales; b) la maxime devrait servir à appuyer les

system; (c) that allowing recovery by wrongdoing plaintiffs would have the effect of throwing the administration of justice into disrepute or of hampering the operation of justice. It may be convenient to now consider each of these “justifications”.

(a) *Profiting from an Illegal Wrong*

This justification is based upon the proposition that a plaintiff should not be permitted to profit from his or her own wrongdoings. This principle is, I think, more properly applicable to the law of contract than of tort. As we have seen the prime purpose of modern tort law is to provide compensation for injuries caused by the conduct or fault of others. It attempts to put the plaintiff back in the same position he or she would have been in had the tortious acts not been committed. A “wrongdoing plaintiff” who recovers damages in tort is not receiving the benefit for the wrongful act but is merely being compensated for a harm that occurred as a result of a breach of duty of care owed to the plaintiff. The plaintiff’s wrongdoing would be taken into consideration in assessing the extent of the liability for which the plaintiff would be responsible under the applicable Negligence Act.

The policy reasons put forward for the maintenance of the doctrine of *ex turpi causa* form the proper rationale for the application of the doctrine in contract law. In those cases where an agreement is voluntarily made, giving benefits to each side, the courts are properly justified in refusing to enforce those agreements which are illegal.

One of the rare instances in which *ex turpi causa* may be helpfully considered is in the context of economic torts. This is best exemplified by *Canada Cement LaFarge Ltd., supra*. There the plaintiff-respondent claimed to have suffered damages as a result of a conspiracy to injure it. The plaintiff-respondent who in the course of its business was allegedly a co-conspirator of the appellants, argued that it had been driven into bankruptcy by the illegal combines activity of the

but visés par le système de justice pénale; c) accueillir les actions en dommages-intérêts intentées par des demandeurs fautifs aurait pour effet de déconsidérer l’administration de la justice ou de nuire à son fonctionnement. Il y a lieu d’examiner chacune de ces «justifications».

a) *Tirer profit d’une action illégale*

Cette justification est fondée sur la proposition selon laquelle le demandeur ne devrait pouvoir tirer profit de ses propres fautes. À mon avis, ce principe s’applique mieux au droit des contrats qu’au droit de la responsabilité délictuelle. Comme nous l’avons vu, le but principal du droit moderne de la responsabilité délictuelle est de permettre la réparation du préjudice causé par la conduite ou la faute d’autrui. Il vise à rétablir le demandeur dans la situation qui serait la sienne s’il n’y avait pas eu d’acte délictuel. Le «demandeur fautif» qui obtient des dommages-intérêts en responsabilité délictuelle ne tire pas d’avantage de l’acte fautif; il obtient seulement la réparation d’un préjudice qui s’est produit par suite du manquement à une obligation de diligence à son égard. La faute du demandeur serait prise en considération au moment d’évaluer la part de responsabilité qui lui est attribuable en vertu de la loi sur le partage de la responsabilité applicable.

Les considérations de principe mises de l’avant pour justifier le maintien de la règle *ex turpi causa* constituent le fondement adéquat de son application en droit des contrats. Dans les affaires où les parties ont volontairement conclu un accord destiné à leur apporter des avantages respectifs, les tribunaux sont fondés à refuser de sanctionner les accords illégaux.

L’une des rares situations où l’on peut utilement examiner la maxime *ex turpi causa* est dans le contexte des délits économiques. L’arrêt *Ciments Canada LaFarge Ltée*, précité, en est le meilleur exemple. Dans cette affaire, la demanderesse-intimée soutenait avoir subi des dommages par suite d’un complot en vue de lui nuire. Bien que, dans le cadre de ses affaires, elle aurait conspiré avec les appelantes, elle prétendait maintenant avoir été acculée à la faillite par suite des activités illégales

appellants. Writing for the Court, Estey J. found that the tort of conspiracy was not made out. He went on, however, to consider whether the plaintiff might be barred from claiming against the appellants on the ground that it had also participated in the illegality at issue. In rejecting this argument, Estey J. relied on lack of causation stating that the damages suffered were not linked to the illegality in which the plaintiff had participated. However, Estey J. accepted that had the causal link been present, the respondent would have been barred from recovering (*supra*, at pp. 475 ff.). In his reasons, Estey J. noted the controversy with respect to the application of *ex turpi causa* to tort but went on to state, at p. 479: "If the loss suffered by the respondent was occasioned by his voluntary participation in an illegal transaction, the courts should not come to his assistance."

Of all the cases in which *ex turpi causa* has been considered this one is the most akin to the area in which *ex turpi causa* is properly applied, that is, contract. Essentially, by seeking damages the respondent was trying to recover the profit of its illegal bargain. This is exactly the situation which *ex turpi causa* rightly prevents in the contractual domain. As Estey J. explains, at p. 477:

The benefit falling to the respondent was the opportunity to be the sole supplier of lightweight aggregate to the combine. If the damages which have been suffered by the respondent flowed from its involvement in the illegal combine or from the contracts entered into between the respondent and the appellants affording the opportunity to the respondent to participate in the combine, then these doctrines prevent the respondent's recovery. [Emphasis added.]

Had the causal connection that was lacking in that case been present, then indeed that would seem to be an occasion in which there should not be recovery. Allowing such recovery in this very restricted type of economic tort would not achieve compensation, but rather would permit the plaintiff to acquire illegal profits.

de coalition des appelantes. Dans le jugement qu'il a rendu au nom de la Cour, le juge Estey a conclu que le délit civil de complot n'avait pas été établi. Il a cependant examiné la question de savoir si la demanderesse pouvait être empêchée de poursuivre les appelantes parce qu'elle avait aussi participé au projet illégal en cause. En rejetant cet argument, le juge Estey s'est fondé sur l'absence de lien de causalité; il a déclaré que les préjudices subis n'étaient pas liés aux activités illégales auxquelles la demanderesse avait participé. À son avis toutefois, si l'on avait établi l'existence d'un lien de causalité, l'intimée aurait été empêchée d'obtenir des dommages-intérêts (précité, aux pp. 475 et suiv.). Dans ses motifs, le juge Estey a fait allusion à la controverse au sujet de l'application de la maxime *ex turpi causa* en droit de la responsabilité délictuelle, puis a fait la remarque suivante, à la p. 479: «Si le préjudice qu'a subi l'intimée résulte de sa participation volontaire à un contrat illégal, les cours ne doivent pas lui venir en aide.»

De toutes les affaires où l'on a procédé à l'examen de la maxime *ex turpi causa*, c'est celle qui est la plus apparentée au contexte dans lequel elle est appliqué à bon droit, soit celui du domaine contractuel. Essentiellement, en demandant des dommages-intérêts, l'intimée cherchait à tirer profit de son entente illégale. C'est exactement la situation à laquelle fait obstacle la maxime *ex turpi causa* dans le domaine contractuel. Comme l'explique le juge Estey, à la p. 477:

À l'intimée revenait l'avantage que constituait la possibilité d'être l'unique fournisseur de granulats légers de la coalition. Si le préjudice subi par l'intimée découle de sa participation à la coalition illégale ou de ses contrats avec les appelantes, en vertu desquels elle pouvait participer à la coalition, alors, suivant les principes susmentionnés, l'intimée ne peut réclamer de dommages-intérêts. [Je souligne.]

S'il y avait eu un lien de causalité dans cette affaire, cela aurait vraisemblablement fait obstacle à l'indemnisation. En effet, l'attribution de dommages-intérêts à l'égard de ce type très limité de délit économique n'apporterait pas une réparation, mais permettrait plutôt au demandeur d'obtenir des avantages illégaux.

However, this would be, in my opinion, an instance in which the *volenti* defence will properly apply. This is indeed a situation where a court will be able to find tacit voluntary assumption of risk. When a party enters into an illegal bargain there is clearly an agreement that in the event of an inability to recover illegal profits due to negligence of one of the parties to the illegal agreement, no law suit would be brought. No party to an illegal combine would think that it could sue to recover the profits it should have been able to make from its illegal activities. While it would be inappropriate for profits on illegal bargains to be recoverable in tort when they cannot be recovered in contract, this does not necessitate the retention of the *ex turpi causa* defence in tort. The tortious illegal bargain situation lends itself very conveniently to the application of the *volenti* defence which, appropriately, serves to bar recovery entirely.

However, the profiting from an illegal bargain rationale generally cannot be readily transferred to the realm of tort. The case of *Hegarty v. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 145 (Irish C.A.), is perhaps a notorious example of the unfairness which results from transferring the doctrine from contract to tort law. In that case a woman sought damages as a result of becoming infected with a venereal disease as a result of what was said to be illicit sexual intercourse. She was denied recovery on the basis that the courts should not provide a remedy for immoral and illegal acts. Yet the woman could in no sense be said to be profiting from her immoral action if she were simply compensated for the physical injury she sustained as a result of contracting the venereal disease. Could it possibly be argued today that a prostitute who became infected with AIDS, by a carrier of that disease who was aware that he or she was a carrier, should be prevented from recovering compensation for contracting AIDS because of the fact that he or she was a prostitute? The better solution would be to provide compensation for the prostitute subject, of course, to a consideration of the effect of any con-

Il s'agirait là toutefois, à mon avis, d'un cas où l'application du moyen de défense *volenti* serait justifiée. Il s'agit en effet d'une situation dans laquelle le tribunal peut discerner une acceptation de risques tacite et volontaire. Lorsqu'une partie conclut une entente illégale, il y a clairement accord pour qu'en cas d'incapacité de tirer des avantages économiques en raison de la négligence de l'une des parties à l'accord illégal, aucune poursuite ne soit intentée. Aucune partie à une coalition illégale n'imaginerait pouvoir engager une action pour obtenir les avantages qu'elle s'attendait à tirer de ses activités illégales. S'il est inconcevable de permettre, en droit de la responsabilité délictuelle, l'obtention de dommages-intérêts fondés sur les avantages escomptés d'ententes illégales qu'il serait impossible d'obtenir en droit des contrats, cela ne nécessite pas pour autant le maintien du moyen de défense *ex turpi causa* en droit de la responsabilité délictuelle. La situation délictuelle de l'entente illégale se prête très bien à l'application du moyen de défense *volenti* qui, à bon droit, est un obstacle absolu à l'indemnisation.

Toutefois, le raisonnement applicable au fait de profiter d'une entente illégale ne peut en général être facilement transféré dans le domaine de la responsabilité délictuelle. L'affaire *Hegarty c. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 145 (C.A. Irl.), est peut-être un exemple célèbre de l'injustice que peut entraîner le fait de transférer la règle du domaine contractuel au domaine de la responsabilité délictuelle. Dans cette affaire, une femme a intenté une poursuite en dommages-intérêts pour préjudice subi après avoir contracté une maladie transmise sexuellement par suite de relations qualifiées d'illícites. Elle a été déboutée au motif que les tribunaux ne devraient pas accorder de réparation pour des actes immoraux et illégaux. On ne pouvait pourtant prétendre que cette femme tirait profit de son acte immoral si tout ce qu'elle obtenait, c'était d'être dédommée pour le préjudice corporel subi par suite de la maladie vénérienne qu'elle avait contractée. Pourrait-on prétendre aujourd'hui qu'une personne prostituée, devenue sidéenne par suite de rapports sexuels avec une personne séropositive consciente de son état, devrait être déboutée d'une action en dommages-intérêts pour avoir

tributory negligence. This, I hasten to add, would not prevent the prosecution of both parties for any breach of the criminal law they might have committed.

(b) *Reinforcement of Criminal Law*

The second justification put forward for the application of the *ex turpi causa* maxim is that it serves to re-enforce criminal law. According to proponents of this position, the tort system can and should support the workings of the criminal justice system by providing penalties for illegal behaviour. This position should be rejected. A court when sentencing must consider the nature of the crime and the offender and impose a penalty that is appropriate for the crime and the offender all within the limits for sentencing provided by the *Criminal Code*. There does not seem to be any rational basis for a court to impose an additional sanction upon a convicted person by denying what may well be fair and just compensation for injuries received as a result of a tortious act. See Weinrib, *supra*; MacDougall, *supra*; and Gibson, *supra*, at p. 92. In sum it seems unfair and unreasonable to impose a sanction beyond that which has been set out by the *Criminal Code* in the guise of reinforcing criminal law.

(c) *Integrity of the Justice System*

The final justification put forward for the use of the doctrine is that it protects the integrity of the justice system. It is said that use of the *ex turpi causa* defence satisfactorily addresses two concerns. The first concern is that the judicial system's scarce resources should not be employed to allow a plaintiff to recover for injuries suffered during the commission of an illegal or immoral act. Secondly, it would be unseemly for the court to attempt to resolve some of the issues that would arise in such a claim. An example of this last con-

tracté le sida, du seul fait qu'elle est prostituée? La meilleure solution serait de lui accorder des dommages-intérêts, en tenant compte, naturellement, de l'effet de toute négligence contributive. Je m'empresse toutefois de préciser que ceci n'empêcherait pas que les deux parties fassent l'objet de poursuites pénales pour avoir contrevenu aux dispositions du droit pénal.

b) *Appui au droit pénal*

La deuxième justification mise de l'avant à l'égard de l'application de la maxime *ex turpi causa* est que celle-ci sert à appuyer le droit pénal. Selon les tenants de cette position, le système du droit de la responsabilité délictuelle peut et devrait appuyer le fonctionnement du système de justice pénale en prévoyant des peines pour des activités illégales. Cette position devrait être rejetée. Lorsqu'il est appelé à déterminer la peine applicable, le tribunal doit prendre en considération la nature du crime et le contrevenant, et infliger la peine appropriée eu égard au crime et au contrevenant, dans les limites prévues à cette fin par le *Code criminel*. Il n'y a apparemment aucun fondement rationnel pour justifier qu'un tribunal inflige une sanction additionnelle à la personne condamnée en lui refusant ce qui pourrait fort bien être une réparation juste et équitable pour des blessures subies par suite d'un acte délictuel. Voir Weinrib, *loc. cit.*; MacDougall, *loc. cit.*, et Gibson, *loc. cit.*, à la p. 92. En somme, il semble injuste et déraisonnable d'infliger une sanction qui viendrait s'ajouter à celle qui est prévue dans le *Code criminel*, dans le seul but d'appuyer le droit pénal.

c) *Intégrité du système de justice*

La dernière justification avancée à l'appui de cette règle est qu'elle protège l'intégrité du système de justice. On fait valoir que le recours au moyen de défense *ex turpi causa* répond de façon satisfaisante à deux préoccupations. En premier lieu, on veut s'assurer que les ressources limitées du système de justice ne servent pas à aider un demandeur à obtenir une indemnisation pour des préjudices subis pendant qu'il commettait un acte illégal ou immoral. En second lieu, il paraîtrait inconvenant que le tribunal tente de résoudre cer-

cern is set out in *Progress and Properties Ltd. v. Craft*, *supra*, at p. 668, a decision of the High Court of Australia. There Jacobs J. made the following observation:

Where there is a joint illegal activity the actual act of which the plaintiff in a civil action may be complaining as done without care may itself be a criminal act of a kind in respect of which a court is not prepared to hear evidence for the purpose of establishing the standard of care which was reasonable in the circumstances. A court will not hear evidence nor will it determine a standard of care owing by a safe blower to his accomplice in respect of the explosive device.

The concern expressed as to claims put forward which can amount to an abuse of the court processes may well be valid. It was this justification which was considered by Justice Sopinka in his reasons in *Norberg*, *supra*, in which he stated at p. 316:

My colleague refers to the observation of Estey J. that the application of this maxim to defeat a tort action has been rare. Its use has been much less frequent in recent times. The courts have taken a less rigid view of its purpose. Emphasis is now placed on preserving the administration of justice from the taint that would result from the approval of a transaction that a court ought not to countenance. In this regard, I agree with the statement of Taylor J. in *Mack v. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337 (S.C.), at p. 345:

The purpose of the rule today must be to defend the integrity of the legal system, and the repute in which the courts ought to be held by law-abiding members of the community. It is properly applied in those circumstances in which it would be manifestly unacceptable to fair-minded, or right-thinking, people that a court should lend assistance to a plaintiff who has defied the law.

Yet I wonder if the use of the defence is the best means of protecting the courts. The *ex turpi causa* defence by its very nature invites the pronouncement of arbitrary and personalized conclusions from the bench. W. J. Ford points out the difficulty of applying this concept in "Tort and Illegality:

taines questions qui découleraient d'une telle demande. On peut trouver un exemple de cette seconde préoccupation dans l'arrêt de la High Court d'Australie *Progress and Properties Ltd. c. Craft*, précité, à la p. 668, où le juge Jacobs a fait l'observation suivante:

[TRADUCTION] Lorsqu'il y a activité illégale conjointe, l'acte même dont peut se plaindre le demandeur dans une action civile en prétendant qu'il a été commis par manque de diligence peut être elle-même un acte criminel à l'égard duquel le tribunal n'est pas disposé à entendre la preuve pour établir la norme de diligence qui était raisonnable dans les circonstances. Le tribunal n'entendra pas de preuve et ne déterminera pas la norme de diligence à laquelle serait tenu un voleur de coffre-fort à l'égard de son complice en ce qui a trait à la manipulation d'un dispositif explosif.

La préoccupation exprimée quant aux demandes qui peuvent constituer un usage abusif des tribunaux peut fort bien être valide. C'est cette justification que le juge Sopinka a examinée dans l'arrêt *Norberg*, précité, où il a déclaré dans ses motifs, à la p. 316:

Mon collègue mentionne les propos du juge Estey selon lesquels il est rare que cette maxime ait été appliquée pour rejeter une action délictuelle. Ces derniers temps, son utilisation a été beaucoup moins fréquente. Les tribunaux ont adopté une conception moins rigide de son objet. On insiste maintenant sur la protection de l'administration de la justice contre la déconsidération qui pourrait résulter de l'approbation d'une opération qu'un tribunal ne saurait permettre. À cet égard, je fais miens les propos du juge Taylor dans l'arrêt *Mack c. Enns* (1981), 30 B.C.L.R. 337 (C.S.), à la p. 345:

[TRADUCTION] Aujourd'hui, la règle doit avoir pour objet de défendre l'intégrité du système juridique et la réputation que les tribunaux doivent avoir aux yeux des honnêtes citoyens. Elle est appliquée à bon droit dans les circonstances où il serait manifestement inacceptable pour les personnes impartiales et sensées qu'un tribunal vienne en aide à un demandeur qui a défié la loi.

Je me demande néanmoins si le recours à ce moyen de défense est la meilleure façon de protéger les tribunaux. De par sa nature même, le moyen de défense *ex turpi causa* est une invitation à l'expression de conclusions arbitraires et personnalisées de la part de la magistrature. W. J. Ford

The *Ex Turpi Causa* Defence in Negligence Law (Part Two),” *supra*, at p. 184:

While a refusal to entertain actions which would have the effect of shocking the public conscience might be defensible, it is often difficult to distinguish between public and merely judicial outrage, a problem which lends added force to Starke J.’s warning that ‘moral indignation must not be mistaken for public policy’.

Furthermore, compensation should not be looked upon as a judicial approbation of a plaintiff’s illegal activities. Criminal prosecution serves the purpose of expressing judicial and, more importantly, society’s condemnation of the illegal activities.

Let us consider some examples of situations where the plaintiff, although guilty of an immoral or illegal act, was injured by the tortious acts of the defendant and should still recover damages. Take first a *Norberg*-type scenario where drugs were provided by a doctor in return for sexual favours. Clearly the tortious acts of the doctor can be recognized and the plaintiff compensated for them without any risk of the court’s being seen as giving its approval of the drug-abusing behaviour of the plaintiff. Neither the offence of “double doctoring”, of which the plaintiff was guilty in that case, nor any sense of immorality which might be attributed to some of her activities, is relevant to the court’s determination of her tort claim. Any consideration of the culpability of the plaintiff in those circumstances would be irrelevant to the issue of compensation. In a situation in which the plaintiff’s conduct is relevant to the issue of damages, it will be best considered either in the context of contributory negligence or in the admittedly

souligne la difficulté inhérente à l’application de cette notion dans «Tort and Illegality: The *Ex Turpi Causa* Defence in Negligence Law (Part Two)», *loc. cit.*, à la p. 184:

[TRADUCTION] Même si le refus d’entendre des actions qui auraient pour effet de choquer la conscience publique pouvait être défendable, il est souvent difficile d’établir une distinction entre l’indignation du public et celle de la seule magistrature, problème qui donne plus de force à l’avertissement du juge Starke pour qui «il ne faudrait pas confondre indignation morale et ordre public».

En outre, l’attribution de dommages-intérêts ne devrait pas être perçue comme une approbation judiciaire des activités illégales du demandeur. C’est aux poursuites criminelles qu’il appartient d’exprimer la condamnation des activités illégales par le système judiciaire et, plus important encore, par la société.

Examinons certains exemples de situations dans lesquelles le demandeur, lui-même coupable d’un acte immoral ou illégal, a été lésé par les actes délictueux du défendeur et devrait de ce fait obtenir des dommages-intérêts. Considérons d’abord une situation du type de l’affaire *Norberg* dans laquelle un médecin a fourni des médicaments en échange de faveurs sexuelles. Le tribunal peut clairement reconnaître les actes délictueux du médecin et accepter que la demanderesse en soit dédommée sans qu’il y ait risque de donner l’impression d’approuver le comportement toxicomane de la demanderesse. Ni l’infraction consistant à obtenir des ordonnances multiples dont était coupable la demanderesse en l’espèce, ni quelque caractère d’immoralité qui pourrait être attribué à certaines de ses actions ne seraient pertinents à l’égard du litige que le tribunal doit trancher dans son action en responsabilité délictuelle. Tout examen de la culpabilité de la demanderesse dans ces circonstances serait sans rapport avec la question de la réparation. S’il s’agit d’une situation où la conduite du demandeur a une incidence sur la question des dommages-intérêts, il vaudrait mieux l’examiner soit dans le contexte de la négligence contributive soit dans celui, manifestement plus rare, de l’acceptation volontaire du risque de préjudice sus-

rare case of a voluntary assumption of the risk of injury from engaging in the dangerous activity.

Another example is that of the plaintiff who is driving while impaired and is injured by the negligent acts of another or the situation presented in *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, *supra*, where the drunken plaintiff was injured while sliding downhill on an innertube. In these examples the culpability of the plaintiff for being impaired while driving a motor vehicle or for being drunk in a public place is irrelevant to the issue of damages for compensation arising out of the tortious acts of others. Once again the impaired driving or drunkenness may be taken into account in considering contributory negligence and in rare circumstances in the voluntary assumption of the risk; yet, unless the plaintiff truly assumed the risk he or she may recover damages. Thus it can be seen that there are many examples of cases in which the Court has awarded compensation although the plaintiff has been guilty of an illegal act.

The extreme example of the claim for damages brought by a bank robber injured in an explosion caused by the negligent handling of the explosives by his partner can be readily resolved and dismissed by the application of public policy considerations.

Further, I do not think that the concern represented by *Progress and Properties Ltd. v. Craft*, *supra*, poses a serious problem. Courts are expected to hear and do in fact hear cases that are frequently unpleasant, unsavoury and sordid. Yet they manage to determine standards of care in the most difficult of circumstances. There does not seem to be any reason for a court to refuse to consider the standard of care on the ground of unseemliness.

Can the "Justifications" be Justified?

None of the three justifications is particularly convincing. A better mechanism for assessing the

ceptible de se produire en raison de l'activité dangereuse.

On peut aussi prendre comme exemple le cas du demandeur qui, conduisant alors que ses facultés sont affaiblies, a été blessé par la négligence d'autrui, ou encore la situation de l'affaire *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, précitée, dans laquelle le demandeur a subi des blessures au cours d'une descente sur une chambre à air alors qu'il était ivre. Dans ces exemples, la culpabilité du demandeur pour conduite avec facultés affaiblies ou pour ivresse dans un lieu public est sans rapport avec la question des dommages-intérêts réclamés en guise de réparation pour les méfaits d'autrui. Encore une fois, la conduite avec facultés affaiblies ou l'ivresse peuvent être prises en considération lorsqu'il s'agit de déterminer la négligence contributive ou, dans de rares circonstances, l'acceptation volontaire du risque, mais, à moins que le demandeur n'ait vraiment assumé le risque, il peut obtenir ses dommages-intérêts. On peut donc constater qu'en bon nombre de cas, le tribunal a fait droit à des demandes de dommages-intérêts même si le demandeur était coupable d'un acte illégal.

Le cas extrême de l'action en dommages-intérêts pour blessures intentée par un cambrioleur de banque contre son complice qui aurait causé une explosion en manipulant des explosifs de façon négligente peut aisément être tranché et rejeté par l'application de considérations d'ordre public.

En outre, je ne pense pas que la préoccupation reflétée dans *Progress and Properties Ltd. c. Craft*, précitée, pose un grave problème. De par leur rôle, les tribunaux sont appelés à entendre des affaires qui sont souvent désagréables, plutôt répugnantes et sordides. Malgré cela, ils réussissent à établir des normes de diligence dans les circonstances les plus difficiles. Aucun motif ne semblerait justifier qu'un tribunal refuse d'examiner la norme de diligence parce que cela serait inconvenant.

Les «justifications» sont-elles justifiables?

Aucune des trois justifications n'est particulièrement convaincante. Dans la plupart des actions en

actions of the plaintiff in most tort cases will be by means of either the operation of the appropriate Negligence Act, the application of the *volenti* defence, or in considering whether a duty of care exists.

The Negligence Acts by the principle of apportionment of responsibility are aimed at achieving that fairness which the tort remedy seeks to provide. It might have reasonably been thought that this legislation would spell the end of *ex turpi causa* defence. Yet despite the passage of apportionment legislation, the doctrine of *ex turpi causa* stubbornly and somewhat irrationally has survived. Like many noxious weeds, it appears to be difficult to eradicate.

Some judges have, with good reason, suggested that the doctrine of *ex turpi causa* is not only anachronistic but also has been specifically eliminated by the enactment of apportionment legislation. In *Lewis v. Sayers*, [1970] 3 O.R. 591, at p. 598, Gould Dist. Ct. J. stated:

It appears to me that in a case to which, by reason of its facts, s. 4 of the *Negligence Act* applies, the Ontario Legislature has quite deliberately substituted for the *ex turpi causa* rule a positive direction that the Court shall make a finding as to the degree of fault or negligence to be attributed to each party and shall apportion the damages accordingly. I realize of course that s. 4 was enacted primarily to do away with the absolute defence formerly available in cases of contributory negligence, but the wording is equally apt in relation to the defence now under discussion, to which the added words "fault or" seem to apply with particular force. The defence *ex turpi causa non oritur actio* seems necessarily to involve a situation where both parties are alleged to be at fault, and so long as it is remembered that s. 4 applies only where the fault of each has contributed to the damages, in my opinion the section leaves no room for the application of the maxim.

MacDougall, *supra*, cites Gould Dist. Ct. J. and agrees at p. 41:

Ex turpi causa is anachronistic in light of the existence of contributory negligence legislation. In fact, the find-

responsabilité délictuelle, on parviendra à mieux évaluer les actions du demandeur en ayant recours à la loi sur le partage de la responsabilité applicable ou au moyen de défense *volenti*, ou en déterminant l'existence d'une obligation de diligence.

Les lois sur le partage de la responsabilité visent à atteindre à l'équité que cherche à réaliser la réparation en responsabilité délictuelle. On aurait pu penser que cette législation entraînerait la disparition du moyen de défense *ex turpi causa*. Et pourtant, malgré l'adoption de dispositions législatives sur le partage de la responsabilité, la règle *ex turpi causa* a survécu obstinément, de façon quelque peu irrationnelle. Comme bon nombre de mauvaises herbes nocives, elle semble être difficile à éliminer.

Certains juges ont dit, avec raison, que la règle *ex turpi causa* est non seulement un moyen anachronique, mais encore un moyen qui a été expressément éliminé par l'adoption de lois sur le partage de la responsabilité. Dans *Lewis c. Sayers*, [1970] 3 O.R. 591, le juge Gould de la Cour de district a exposé ce qui suit, à la p. 598:

[TRADUCTION] À mon avis, il semble que, dans les cas où les faits justifient que l'on applique l'art. 4 de la Loi [sur le partage de la responsabilité], le législateur ontarien a délibérément voulu remplacer la règle *ex turpi causa* par des directives précises voulant que le tribunal détermine l'importance de la faute ou de la négligence de chacune des parties et qu'il partage la responsabilité en conséquence. Je comprends, bien entendu, que l'art. 4 a été adopté d'abord pour faire échec à la défense absolue que constituait la négligence contributive, mais son libellé vise tout autant le moyen de défense qui nous occupe, auquel les mots ajoutés—«faute ou»—semblent particulièrement s'appliquer. Pour que l'on puisse invoquer le moyen de défense *ex turpi causa non oritur actio*, il faut nécessairement que l'on présume que les deux parties ont commis une faute, et, dans la mesure où l'on se rappelle que l'art. 4 ne s'applique que lorsque les deux parties ont, par leur faute, contribué aux dommages, cet article nous empêche à mon avis, d'appliquer la maxime.

MacDougall, *loc. cit.*, cite le juge Gould avec approbation, à la p. 41:

[TRADUCTION] La maxime *ex turpi causa* est anachronique eu égard à l'existence de lois sur le partage de la

ing that *ex turpi causa* applies where contributory negligence legislation also applies undermines the purpose of the contributory negligence legislation.

It must be remembered that the finding that a duty of care exists is the crucial first step in the court's consideration of a defendant's negligence. Even when that duty is found to exist it has now been clearly recognized that the issue of public policy will come into play which can provide immunity for the defendant or limit the extent of the duty of care. In those jurisdictions which still maintain the *ex turpi causa* defence in tort, examination shows that the issue of illegality really goes to public policy. See for example, the Australian cases of *Smith v. Jenkins, supra*; *Progress and Properties Ltd. v. Craft, supra*; *Jackson v. Harrison* (1978), 138 C.L.R. 438; *Gala v. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243.

I find support for the position that *ex turpi causa* has no place in the law of tort from the decision of the House of Lords in *National Coal Board v. England*, [1954] 1 All E.R. 546. There Lord Porter wrote at p. 552:

... I cannot believe that a breach of a statutory obligation drafted to ensure the adoption of a careful method of working is a "turpis causa" within the meaning of the rule. Indeed, the adage itself is generally applied to a question of contract, and I am by no means prepared to concede where concession is not required that it applies also to the case of a tort.

See as well, Fleming, *supra*, at p. 278, footnote 1 notes:

1. The maxim "ex turpi causa non oritur actio" is nowadays handled with caution. According to a widely held view, its sole legitimate function is to deny a plaintiff legal aid for accomplishing an illegal object, like enforcing a contract; at most to preclude him from relying on an illegal transaction necessary to

responsabilité. En fait, la conclusion portant que la maxime *ex turpi causa* s'applique dans les cas où s'appliquent également les lois sur le partage de la responsabilité mine le but même de ces lois.

Il faut se rappeler que la détermination de l'existence d'une obligation de diligence est l'étape initiale et cruciale du processus d'examen judiciaire de la négligence du défendeur. Même une fois cette obligation établie, il est maintenant clairement reconnu que la question de l'ordre public peut entrer en ligne de compte et jouer en faveur du défendeur, en le protégeant de toute responsabilité ou en limitant l'étendue de son obligation de diligence. Dans les endroits où l'on a conservé le moyen de défense *ex turpi causa* en responsabilité délictuelle, on se rend compte que la question de l'illégalité relève du domaine de l'ordre public. Voir par exemple les arrêts australiens *Smith c. Jenkins*; *Progress and Properties Ltd. c. Craft*, précités, *Jackson c. Harrison* (1978), 138 C.L.R. 438, *Gala c. Preston* (1991), 172 C.L.R. 243.

La position selon laquelle il n'y a pas de place pour la maxime *ex turpi causa* en droit de la responsabilité délictuelle est selon moi appuyée par la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *National Coal Board c. England*, [1954] 1 All E.R. 546. Lord Porter y écrivait, à la p. 552:

[TRADUCTION] ... je ne puis croire qu'un manquement à une obligation d'origine législative formulée de façon à assurer l'adoption d'une méthode de travail adéquate constitue une «turpis causa» au sens de la règle. En fait, la maxime elle-même est généralement appliquée à des questions du domaine des contrats et je ne suis absolument pas disposé à concéder, là où ce n'est pas nécessaire, qu'elle s'applique aussi à une affaire de responsabilité délictuelle.

Voir également l'ouvrage de Fleming, *op. cit.*, à la p. 278, renvoi 1:

[TRADUCTION] 1. La maxime «ex turpi causa non oritur actio» est employée avec circonspection de nos jours. Selon une opinion largement répandue, sa seule fonction légitime est de refuser au demandeur l'aide du tribunal dans sa recherche d'un objet illégal, comme l'exécution d'un contrat; tout au plus, de l'empêcher de se fonder sur une opération illégale nécessaire pour établir sa demande. Ni l'une ni l'autre fonction n'est

establish his claim. Neither is generally applicable to negligence claims.

G. H. L. Fridman, *supra*, comments at p. 293:

However, the cases which suggest *ex turpi causa non oritur actio* as a ground for rejection of a plaintiff's claim must now be read in the light of the comments and strictures raised by Windeyer, J. in *Smith v. Jenkins*. These must surely make it difficult to accept that maxim as a satisfactory basis for decision-making in this area, if indeed, in the light of the comments of the [*National Coal Board v. England*] case any further critique was necessary.

Glanville Williams, in his *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), says in his chapter "The Scope of the Contributory Negligence Act", at p. 333:

Plaintiff's illegality. The notion that it is an effective riposte in tort to show that the plaintiff was a wrongdoer should long ago have been killed by the arguments of Sir Frederick Pollock; but it has lingered on in some cases, aided by oft-repeated maxims like *Ex turpi causa non oritur actio*.

The law of tort is continuing to grow. It provides a remedy of compensation that can stand on its own. It has no need at this stage of its development to be fettered by the application of somewhat archaic doctrines expressed in Latin maxims. Such maxims, clothed in their Latin mystique, lead to confusion in their definition and application. It would be better if any limitation of the duty of care were recognized in the courts by the application of public policy considerations.

Summary

From this review perhaps some principles and conclusions may be derived.

- (1) The remedy of tort is based upon a concept of compensation arising from a breach of duty. It aims to put the injured party in the

généralement applicable à des actions pour négligence.

G. H. L. Fridman, *loc. cit.*, fait le commentaire suivant à la p. 293:

[TRADUCTION] Toutefois, les décisions qui préconisent que la maxime *ex turpi causa non oritur actio* peut fonder le rejet d'une demande doivent maintenant être interprétées à la lumière des commentaires et des critiques exprimés par le juge Windeyer dans l'arrêt *Smith v. Jenkins*. Par suite de ceux-ci, il est certainement difficile d'accepter cette maxime comme fondement satisfaisant pour trancher en ce domaine si, compte tenu des commentaires faits dans l'arrêt [*National Coal Board c. England*], d'autres critiques étaient encore nécessaires.

Dans son ouvrage *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), Glanville Williams affirme ce qui suit dans le chapitre intitulé «The Scope of the Contributory Negligence Act», aux pp. 333 à 335:

[TRADUCTION] *Illégalité du demandeur*. La notion selon laquelle on peut effectivement débouter le demandeur de son action en responsabilité délictuelle en montrant qu'il était fautif aurait dû être démolie depuis longtemps par les arguments présentés par Sir Frederick Pollock, mais elle a persisté dans certaines affaires, appuyée par des maximes maintes fois répétées comme *ex turpi causa non oritur actio*.

Le droit de la responsabilité délictuelle continue de se développer. Il prévoit un recours en dédommagement qui peut fonctionner de façon autonome. Il n'a pas besoin à cette étape de son développement d'être entravé par l'application de règles quelque peu archaïques exprimées par des maximes latines. De telles maximes, revêtues de leur mystique latine, portent à la confusion dans leur définition et leur application. Il serait préférable que toute limitation de l'obligation de diligence soit reconnue judiciairement par l'application de considérations d'ordre public.

Résumé

Le présent examen permet de tirer certains principes et conclusions:

- 1) Le recours en droit de la responsabilité délictuelle est fondé sur une notion de dédommagement découlant d'un manque-

same position that he or she would have been in had the tortious act not occurred.

(2) The remedy is a flexible one that has responded to the problems arising in our increasingly complex society. ^a

(3) Compensation in tort is based primarily upon a duty of care. Traditionally, the duty of care is said to be present when there is a likelihood of harm arising due to one's actions to a person in a relationship of sufficient legal proximity to give rise to such a duty. ^b ^c

(4) The notion of legal proximity has been traditionally formulated in terms of whether the risk of harm ought to have been reasonably foreseeable to the defendant. ^d

(5) This Court has approved the two stage test for considering foreseeability, proximity and duty of care. It is: (i) is there a sufficiently close relationship between the parties so that, in the reasonable contemplation of a party, carelessness on its part might cause damage to another person; if so, (ii) are there any considerations which should negate or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise. ^e ^f ^g

(6) It has been recognized that this test, particularly the second branch, is broad enough to take into account policy considerations which may in fact negate the existence of a duty of care. ^h ⁱ

(7) Damages have been awarded in many cases where the plaintiff has been guilty of illegal acts. ^j

ment à une obligation. Il vise à rétablir la partie lésée dans la position qui serait la sienne si l'acte délictuel n'avait pas eu lieu.

2) Il s'agit d'une réparation souple qui s'est adaptée aux problèmes qui surgissent dans notre société de plus en plus complexe.

3) Le dédommagement en droit de la responsabilité délictuelle est fondé principalement sur une obligation de diligence. On a traditionnellement reconnu l'existence d'une obligation de diligence lorsqu'il y a risque que les actions d'une personne causent un préjudice à une autre personne avec laquelle elle a un lien juridique suffisamment étroit pour entraîner une telle obligation.

4) La notion de lien juridique étroit a traditionnellement été liée à la question de savoir si le défendeur aurait dû raisonnablement prévoir le risque de préjudice.

5) Notre Cour a approuvé le critère à deux volets permettant de déterminer la prévisibilité, le lien étroit et l'obligation de diligence. Il peut se résumer ainsi: (i) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties pour qu'une partie ait pu raisonnablement prévoir que son manque de diligence pourrait causer des dommages à autrui; dans l'affirmative, (ii) y a-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficieraient ou c) les dommages-intérêts auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

6) On a reconnu que ce critère, particulièrement dans son second volet, est suffisamment vaste pour tenir compte de considérations de principe qui peuvent dans les faits annuler l'obligation de diligence.

7) Dans bon nombre d'affaires, le demandeur a obtenu des dommages-intérêts même s'il était coupable d'actes illégaux.

(8) The old common law defence of contributory negligence that stood as an absolute bar to recovery in tort actions has been legislated out of existence. In many cases, two or more parties are responsible for the tortious act and should share responsibility. The Negligence Acts of all the common law provinces provide a basis for a fair assessment and distribution of the liability.

(9) The defence of *volenti*, which provides a complete bar to recovery, has been confined to a narrow scope by this Court.

(10) *Volenti* may provide a valid defence in cases of economic tort. See *Canada Cement LaFarge Ltd.*, *supra*.

(11) The doctrine of *ex turpi causa* should be eliminated from application to tort cases.

(12) It would be better to consider the issue as a question to be resolved on considerations of public policy.

Application of the Principles to this Case

In this case we have two young men, whose ability to drive was impaired, in a high-powered muscle car, on a dark, inclined gravel road which on one side sloped sharply away to a gravel pit. All the ingredients of tragedy were present. The respondent was aware of the difficulties presented in handling his high-powered vehicle. He was aware that the appellant had consumed at least 11 beers over the course of an evening and three in the last hour. He knew of the difficulties of roll-starting his car and that too much gas could all too easily be given to the car. He was not aware that the appellant had even driven his car on another occasion. The respondent, as the owner of the vehicle, was charged with its care and control. In

8) L'ancien moyen de défense fondé sur la négligence contributive, qui était reconnu en common law et qui servait d'obstacle absolu à l'indemnisation dans des actions en responsabilité délictuelle, a été supprimé par voie législative. Dans bon nombre de cas, deux ou plusieurs parties sont à l'origine de l'acte délictuel et devraient en partager la responsabilité. Les diverses lois sur le partage de la responsabilité adoptées dans les provinces de common law constituent le fondement d'une évaluation et d'une répartition justes de la responsabilité.

9) Notre Cour a restreint à une portée étroite le moyen de défense *volenti* qui permet de faire complètement obstacle à l'indemnisation.

10) La règle *volenti* peut être un moyen de défense valide dans des affaires de délit économique. Voir l'arrêt *Ciments Canada LaFarge Ltée*, précité.

11) L'application de la règle *ex turpi causa* devrait être supprimée dans les actions en responsabilité délictuelle.

12) Il serait préférable de considérer cette question comme devant être tranchée à la lumière de considérations d'ordre public.

Application des principes à l'espèce

Il s'agit en l'espèce de deux jeunes gens dont les facultés étaient affaiblies, qui ont conduit une voiture à haute performance sur une route de gravier non éclairée, inclinée et dont un côté donnait abruptement sur une carrière de gravier. Tous les éléments pour qu'une tragédie se produise étaient réunis. L'intimé connaissait les difficultés inhérentes à la conduite de sa voiture à haute performance. Il savait que l'appellant avait consommé au moins 11 bières dans la soirée et trois au cours de la dernière heure. Il était conscient des difficultés que posait le démarrage en côte de sa voiture et du risque d'emballement du moteur. Il ne se rappelait pas que l'appellant ait déjà conduit son automobile. En sa qualité de propriétaire de la voiture, l'intimé

those circumstances he clearly owed a duty to the appellant to refuse to permit him to drive his vehicle. I do not think that it is an “overriding” duty as expressed by the trial judge. Rather it is an application of common sense that one who has the care and control of a vehicle should not permit another person that he or she knows or should know is unfit to drive to take over the control of his or her vehicle. Particularly this is so where the vehicle is high powered, the driving conditions are difficult and the proposed driver is clearly impaired.

There was a breach of the duty owed by the respondent to the appellant when he permitted the appellant to drive the car. Next it must be considered if there is a basis, for public policy reasons, for denying the plaintiff the right to recover all or any part of his claim. To repeat, the defence of *ex turpi causa* should not be applied in tort cases. The issue of “public policy” should not be considered under the archaic Latin rubric of *ex turpi causa* but honestly and frankly under the designation of public policy. In this case there is no basis for the application of the doctrine under any guise.

Even if, contrary to my views, *ex turpi causa* were to be applied, it must be observed that the majority of the Court of Appeal has gone further than any other court in applying the doctrine to a situation where there was not a joint criminal activity. Generally speaking decisions in which the *ex turpi causa* defence has been applied have required the existence of joint illegal conduct by the parties. See for example: *Betts v. Sanderson Estate, supra, Canada Cement LaFarge Ltd., supra, Norberg v. Wynrib, supra, and Tallow v. Tailfeathers, [1973] 6 W.W.R. 732*. The majority allowed the defence based solely on the illegality of the conduct of the plaintiff. This would seem to be contrary to decisions of this court in *Harris v. Toronto Transit Commission, [1967] S.C.R. 460,*

en avait la garde et le contrôle. Dans ces circonstances, il avait clairement à l'égard de l'appellant l'obligation de lui refuser la permission de conduire son automobile. Je ne crois pas qu'il s'agisse d'une obligation [TRADUCTION] «primordiale» comme l'a affirmé le juge de première instance. Il s'agit plutôt d'une notion de bon sens en vertu de laquelle la personne qui a la garde et le contrôle d'un véhicule ne devrait pas en confier le contrôle à une autre personne qui, selon la connaissance qu'il en a ou qu'il devrait en avoir, n'est pas en état de conduire. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'une voiture à haute performance, que les conditions de conduite sont difficiles et que les facultés de la personne qui se propose comme conducteur sont manifestement affaiblies.

En permettant à l'appellant de conduire son automobile, l'intimé a manqué à l'obligation de diligence qu'il avait à son égard. Il faut ensuite se demander s'il existe, pour des motifs d'ordre public, des motifs de débouter le demandeur de la totalité ou d'une partie de sa demande. Encore une fois, le moyen de défense *ex turpi causa* ne devrait pas s'appliquer à des actions en responsabilité délictuelle. Il ne faudrait pas examiner la question de «l'ordre public» sous la rubrique archaïque de la maxime latine *ex turpi causa* mais en débattre ouvertement et franchement au titre de l'ordre public. L'espèce n'appelle d'aucune façon l'application de la règle sous quelque forme que ce soit.

Même si, contrairement à ce que je crois, on appliquait la maxime *ex turpi causa*, il faut noter que la majorité de la Cour d'appel est allée plus loin que toute autre cour dans l'application de la règle à une situation où il n'y avait pas d'entreprise criminelle conjointe. En général, les décisions dans lesquelles on a appliqué le moyen de défense *ex turpi causa* ont exigé l'existence d'une conduite illégale conjointe des parties. Voir par exemple *Betts c. Sanderson Estate, Ciments Canada LaFarge Ltée, Norberg c. Wynrib*, précités, et *Tallow c. Tailfeathers, [1973] 6 W.W.R. 732*. La plupart ont accueilli le moyen de défense fondé uniquement sur l'illégalité de la conduite du demandeur. Cela semble aller à l'encontre des décisions de notre Cour dans les arrêts *Harris c.*

and *Miller v. Decker*, [1957] S.C.R. 624, at pp. 627-28. In any event I can see no reason for extending this anachronistic defence. It remains then to determine if recovery should be denied on the grounds of public policy.

If a plaintiff's conduct was in contravention of the law and if this conduct was a factor in producing his injury, he may well be found guilty of contributory negligence or indeed of being the author of his own misfortune. Yet simply because the plaintiff was a wrongdoer does not necessarily mean that he can have no remedy at law for harm done to him. There have been, as we have seen, numerous cases where a plaintiff who has either been impaired while driving or drunk in a public place as in *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, *supra*, has been permitted to recover.

There is no reason why the appellant should be prevented from recovering compensation on the grounds of public policy. To permit him to recover would not offend or shock the conscience of reasonable right thinking members of the community fully apprised of the facts.

In sum, public policy should not constitute an absolute bar to the recovery of compensation for the injuries suffered in an accident by an impaired driver.

Apportionment of Liability

The trial judge attributed 75 per cent of the responsibility of the accident to the respondent and 25 per cent to the appellant. I cannot agree with that assessment. Individuals must take responsibility for their actions. It was the appellant who sought permission to drive the vehicle. He must or should have been aware of his impairment. He knew of the powerful nature of the vehicle and the problems involved in roll starting it. He was aware of the dangers presented by the dark inclined gravel road sloping off steeply to the gravel pit on

Toronto Transit Commission, [1967] R.C.S. 460, et *Miller c. Decker*, [1957] R.C.S. 624, aux pp. 627 et 628. Quoi qu'il en soit, je ne vois aucune raison d'étendre ce moyen de défense anachronique. Il reste donc à déterminer s'il y a lieu de rejeter la demande de réparation pour des considérations d'ordre public.

Si le demandeur a contrevenu à la loi et que sa conduite est un facteur qui a contribué au préjudice, il peut fort bien être tenu responsable de négligence contributive ou considéré comme auteur de son propre malheur. Toutefois, le seul fait que le demandeur soit fautif ne signifie pas nécessairement qu'il doit être privé de tout recours judiciaire à l'égard du préjudice qu'il a subi. Nous avons vu que nombre de décisions ont fait droit aux demandes de réparation présentées par des demandeurs qui avaient conduit alors que leurs facultés étaient affaiblies ou qui avaient été ivres dans un lieu public, comme dans l'affaire *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, précitée.

Rien ne justifie que l'appellant soit empêché d'obtenir un dédommagement pour des considérations d'ordre public. La décision de lui accorder réparation ne devrait ni offenser ni choquer la conscience des citoyens sensés et raisonnables qui ont pris connaissance de tous les faits de l'espèce.

Bref, l'ordre public ne devrait pas être un obstacle absolu à l'indemnisation d'un conducteur ayant subi des blessures lors d'un accident, alors que ses facultés étaient affaiblies.

Partage de la responsabilité

Le juge de première instance a attribué 75 pour 100 de la responsabilité de l'accident à l'intimé, et 25 pour 100 à l'appellant. Je ne puis souscrire à cette évaluation. Les personnes doivent assumer la responsabilité de leurs actes. C'est l'appellant qui a demandé la permission de conduire le véhicule. Il devait ou aurait dû être conscient de l'état d'ébriété dans lequel il se trouvait. Il connaissait la puissance de l'automobile et les problèmes inhérents à un démarrage en côte. Il était au courant des dangers que présentait la route de gravier non éclairée

one side. Nevertheless he sought permission to drive the car and obtained it. He must accept responsibility for seeking permission to drive the car and for the manner in which he drove it. In my view, there is little to choose between the negligence of the appellant and that demonstrated by the respondent. The liability should be divided equally between the appellant and the respondent.

Disposition

In the result the appeal is allowed, the order of the Court of Appeal set aside and the trial judgment restored but varied to provide for an equal division of liability. The appellant has achieved substantial success in this appeal, and should therefore have his costs here and in the courts below.

Appeal allowed with costs, SOPINKA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Paine, Edmonds, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Carfra & Lawton, Victoria.

donnant abruptement d'un côté sur la carrière de gravier. Malgré cela, il a demandé et obtenu la permission de conduire l'automobile. Il doit accepter la responsabilité qui découle de sa demande de conduire l'automobile et de sa façon de conduire. À mon avis, il est bien difficile de trancher entre la négligence de l'appelant et celle dont a fait preuve l'intimé. La responsabilité devrait être partagée également entre l'appelant et l'intimé.

Dispositif

Le pourvoi est donc accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel infirmé et le jugement de première instance rétabli, avec modification toutefois prévoyant le partage de la responsabilité à parts égales. L'appelant ayant obtenu en grande partie gain de cause dans le présent pourvoi, il devrait avoir droit à ses dépens dans notre Cour et dans toutes les juridictions inférieures.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge SOPINKA est dissident.

Procureurs de l'appelant: Paine, Edmonds, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Carfra & Lawton, Victoria.