

**Phillip G. Hopp** (*Defendant*) *Appellant*;

and

**Aron E. Lepp** (*Plaintiff*) *Respondent*.

1980: March 20; 1980: May 20.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Physicians and surgeons — Negligence and battery — Informed consent — Duty of disclosure — First operation — Routine disc operation — Seriousness of operation — Special and unusual risks — Specific questions by patient.*

The appellant is an orthopedic surgeon practising in Lethbridge, Alberta. He had performed a disc operation on the respondent, having first obtained his formal signed consent. A myelogram had disclosed a block in the spinal canal and the appellant had removed a portion of the disc between the third and fourth lumbar vertebrae (the operation is known as a hemilaminectomy). An X-ray confirmed that the blockage had been removed. Subsequently, with the respondent not improving as expected, it was determined that a blockage still existed and the appellant referred the respondent to a neurologist in Calgary who discovered a complete blockage between the third and fourth vertebrae. A Calgary neurosurgeon was called in who performed an extensive decompressive laminectomy from the second to the fifth lumbar vertebrae. This operation, involving considerable exploring, revealed a large chunk of extruded disc material between the third and fourth lumbar vertebrae, and it was removed. The respondent, who was left with permanent disability, sued the appellant for damages sounding in negligence and in battery. The trial judge dismissed the action in so far as it was founded on negligence—there was no appeal with respect to that finding—and dismissed it also on the second branch of the respondent's claim. The Court of Appeal, by a majority, allowed the appeal, holding that the consent given to the operation was not an informed consent and hence there was an unlawful invasion of the respondent's bodily security, a battery or assault. It awarded damages of \$15,000.

*Held:* The appeal should be allowed.

The main issue argued before this Court was whether there was informed consent. A patient's consent will give protection to his surgeon or physician only if the patient

**Phillip G. Hopp** (*Défendeur*) *Appelant*;

et

**Aron E. Lepp** (*Demandeur*) *Intimé*.

1980: 20 mars; 1980: 20 mai.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

*Médecins et chirurgiens — Négligence et voies de fait — Consentement éclairé — Devoir de divulgation — Première opération — Opération discale courante — Gravité de l'opération — Risques particuliers et inhabituels — Questions précises du patient.*

L'appelant est un chirurgien-orthopédiste qui pratique à Lethbridge (Alberta). Il a pratiqué une opération discale sur l'intimé après avoir obtenu son consentement écrit. Un myélogramme avait révélé un blocage méningé et l'appelant a enlevé une partie du disque entre la troisième et quatrième vertèbre lombaire (l'opération est connue sous le nom d'hémilaminectomie). Des rayons-X ont confirmé que l'opération avait éliminé le blocage. Par la suite, comme l'état de l'intimé ne s'améliorait pas comme prévu, on a établi qu'un blocage subsistait et l'appelant a référé l'intimé à un neurologue de Calgary qui a découvert un blocage complet entre la troisième et la quatrième vertèbre. On a alors fait appel à un neurochirurgien qui a pratiqué une laminectomie complète (décompression) de la deuxième à la cinquième vertèbre lombaire. Cette opération qui exigeait une exploration considérable a révélé une grande portion de matière discale herniée entre la troisième et la quatrième vertèbre lombaire et on l'a enlevée. L'intimé qui est depuis atteint d'une incapacité permanente a poursuivi l'appelant en dommages-intérêts fondés sur la négligence et les voies de fait. Le juge de première instance a rejeté l'action dans la mesure où elle était fondée sur la négligence—il n'y a pas eu d'appel de cette décision—et l'a aussi rejetée sur la deuxième branche de la réclamation de l'intimé. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel, jugeant que le consentement à l'opération n'était pas un consentement éclairé et qu'il y a donc eu une atteinte illégale à la sécurité corporelle de l'intimé, soit des voies de fait. Elle a accordé \$15,000 à titre de dommages-intérêts.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

La principale question plaidée devant cette Cour est celle de savoir si le consentement était éclairé. Le consentement d'un patient ne protégera son chirurgien ou

has been sufficiently informed to enable him to make a choice whether or not to submit to the surgery. The issue of informed consent is at bottom a question whether there is a duty of disclosure, and, if so, the extent or scope of the duty.

In the present case, there were three aspects to this issue. 1) Did the appellant have the duty to tell the respondent that it would be his first such operation after obtaining his specialist licence and entering private practice? The trial judge held correctly that the appellant was fully qualified and was under no obligation to tell the respondent that this was his first operation, when it was clear that he was not inexperienced. 2) Did the appellant have the duty to tell the respondent that if there were complications he would not be able to call on any neurologist or neurosurgeon in Lethbridge because there were none there at the time? Here, the expert evidence was that the operation was a routine disc operation and could be performed as well in Lethbridge as in Calgary, and the trial judge correctly held that although there was a possibility of complications as there is in any operation, there was no probability of that, and where there is no special or unusual risk involved, the surgeon or physician is not obliged to alert the patient. 3) What is the duty of disclosure of the appellant with respect to the seriousness of the operation? Here, the respondent's own evidence shows that the question of the seriousness was subsumed in the issue of the appellant's qualifications and in whether the operation could be performed as well in Lethbridge as in Calgary.

If no specific questions are put as to possible risks, the surgeon is under no obligation to tell the patient that there are possible risks since there are such risks in any operation. The decided cases appear to indicate that a surgeon, generally, should answer any specific questions posed by the patient as to the risks involved and should, without being questioned, disclose to him the nature of the proposed operation, its gravity, any material risks and any special or unusual risks attendant upon the performance of the operation. However, the scope of the duty of disclosure and whether or not it has been breached are matters which must be decided in relation to the circumstances of each particular case. Here, there was no reason for this Court to disagree with the findings of the trial judge.

*Parmley v. Parmley and Yule*, [1945] S.C.R. 635; *Halushka v. University of Saskatchewan* (1965), 53 D.L.R. (2d) 436; *Smith v. Auckland Hospital Board*, [1965] N.Z.L.R. 191; *Kenny v. Lockwood*, [1932] O.R.

médecin que s'il a été suffisamment renseigné pour lui permettre de choisir de subir ou de refuser l'opération. La question du consentement éclairé est au fond une question de savoir s'il y a un devoir de divulguer et, dans l'affirmative, l'étendue ou la portée de ce devoir.

En l'espèce, cette question se divise en trois branches. 1) Était-il du devoir de l'appelant de dire à l'intimé que ce serait sa première opération de cette nature depuis l'obtention de son diplôme de spécialiste et l'ouverture de son cabinet? Le juge de première instance a correctement statué que l'appelant était tout à fait compétent et qu'il n'avait pas l'obligation de dire à l'intimé que c'était sa première opération lorsqu'il a manifestement acquis de l'expérience. 2) Était-il du devoir de l'appelant de dire à l'intimé qu'en cas de complications, il ne pourrait pas consulter de neurologue ou de neurochirurgien à Lethbridge puisqu'il n'y en avait pas sur place à l'époque? Ici les témoignages d'experts ont indiqué qu'il s'agissait d'une opération discale courante et qu'elle pouvait être effectuée aussi bien à Lethbridge qu'à Calgary, et le juge de première instance a correctement statué que même s'il y avait une possibilité de complications comme il y en a dans toute opération, il n'y avait aucune probabilité à cet égard, et aucun risque particulier ou inhabituel n'exigeait que le neurochirurgien prévienne le patient. 3) Quel est le devoir de divulgation de l'appelant à l'égard de la question de la gravité de l'opération? Ici le témoignage même de l'intimé montre que la question de la gravité de l'opération envisagée était comprise dans la question de la compétence de l'appelant et dans celle de savoir si l'opération pouvait être pratiquée aussi bien à Lethbridge qu'à Calgary.

Si aucune question précise ne porte sur les risques possibles, le chirurgien n'a aucune obligation de dire au patient qu'il existe des risques possibles puisque de tels risques se retrouvent dans toute opération. La jurisprudence indique qu'un chirurgien devrait, généralement, répondre aux questions précises que lui pose le patient sur les risques courus et devrait, sans qu'on le questionne, lui révéler la nature de l'opération envisagée, sa gravité, tous risques importants et tous risques particuliers ou inhabituels que présente cette opération. Cependant, l'étendue du devoir de divulguer et la question de savoir s'il y a eu manquement sont des questions qu'il faut décider en tenant compte des circonstances de chaque cas particulier. En l'espèce, il n'y avait aucune raison pour que cette Cour soit en désaccord avec les conclusions du juge de première instance.

Jurisprudence: *Parmley c. Parmley et Yule*, [1945] R.C.S. 635; *Halushka v. University of Saskatchewan* (1965), 53 D.L.R. (2d) 436; *Smith v. Auckland Hospital Board*, [1965] N.Z.L.R. 191; *Kenny v. Lockwood*,

141; *Nocton v. Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Hedley Byrne v. Heller*, [1964] A.C. 465; *Canterbury v. Spence* (1972), 464 F. 2d 772; *Male v. Hopmans* (1967), 64 D.L.R. (2d) 105; *Kelly v. Hazlett* (1976), 15 O.R. (2d) 290, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Alberta<sup>1</sup>, allowing the appeal by the respondent of the judgment of the Supreme Court of Alberta. Appeal allowed.

*J. C. Major, Q.C.*, and *F. Dearlove*, for the appellant.

*J. N. Le Grandeur*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal, which is here by leave of this Court, concerns the liability of the appellant doctor, an orthopedic surgeon practising in Lethbridge, Alberta, for damages sounding in negligence and in battery. He had performed a disc operation on the plaintiff, then sixty-six years of age, on March 20, 1974, having first obtained the plaintiff's formal signed consent. The operation was competently performed. It was preceded by a myelogram on March 13, 1974, which disclosed a block in the spinal canal, confirming a diagnosis made by the plaintiff's family physician and also by the appellant who had been called in for consultation.

The defendant had removed a portion of the disc between the third and fourth lumbar vertebrae (the operation was known as a hemilaminectomy) and a subsequent probe of the area satisfied the appellant that the spinal cord could be freely manipulated and that, consequently, the plaintiff would be relieved of his prior symptoms and the pain which first afflicted him on his return to Lethbridge on February 25, 1974, from a motor trip. An X-ray on March 25, 1974, confirmed the appellant that the blockage disclosed by the myelogram had been removed by the operation.

Subsequently, with the plaintiff not improving as expected, it was determined that a blockage still existed and the appellant referred the plaintiff to a

<sup>1</sup> (1979), 15 A.R. 472.

[1932] O.R. 141; *Nocton v. Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Hedley Byrne v. Heller*, [1964] A.C. 465; *Canterbury v. Spence* (1972), 464 F. 2d 772; *Male v. Hopmans* (1967), 64 D.L.R. (2d) 105; *Kelly v. Hazlett* (1976), 15 O.R. (2d) 290.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta<sup>1</sup>, qui a accueilli un appel interjeté par l'intimé du jugement de la Cour suprême de l'Alberta. Pourvoi accueilli.

*J. C. Major, c.r.*, et *F. Dearlove*, pour l'appellant.

*J. N. Le Grandeur*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi, interjeté sur autorisation de cette Cour, vise la responsabilité en dommages-intérêts du médecin appellant, un chirurgien-orthopédiste qui pratique à Lethbridge (Alberta), fondée sur la négligence et les voies de fait. Il a pratiqué une opération discale sur le demandeur, alors âgé de soixante-six ans, le 20 mars 1974, après avoir obtenu son consentement écrit. L'opération a été pratiquée selon les règles de l'art. Un myélogramme fait le 13 mars 1974 avait révélé un blocage méningé, confirmant le diagnostic du médecin de famille du demandeur ainsi que celui de l'appellant qui avait été consulté.

Le défendeur a enlevé une partie du disque entre la troisième et quatrième vertèbre lombaire (l'opération est connue sous le nom d'hémilaminectomie) et une exploration subséquente de la région a convaincu l'appellant que la moelle épinière pouvait être manipulée librement et que, conséquemment, le demandeur serait soulagé de ses symptômes antérieurs et de la douleur qui l'a affligé pour la première fois à son retour à Lethbridge, le 25 février 1974, après un voyage en automobile. Des rayons-X pris le 25 mars 1974 ont confirmé à l'appellant que l'opération avait éliminé le blocage révélé par le myélogramme.

Par la suite, comme l'état du demandeur ne s'améliorait pas comme prévu, on a établi qu'un blocage subsistait et l'appellant a référé le deman-

<sup>1</sup> (1979), 15 A.R. 472.

neurologist in Calgary who, after examination and a myelogram, discovered a complete blockage between the third and fourth lumbar vertebrae. A Calgary neurosurgeon was called in who, on April 27, 1974, performed an extensive decompressive laminectomy from the second to the fifth lumbar vertebrae. This operation, involving considerable exploring, revealed a large chunk of extruded disc material between the third and fourth lumbar vertebrae, and it was removed. The trial judge found that this extruded material only became apparent because of the extensive and exploratory nature of the second operation and, if present when the appellant performed the much less complex operation, it was not unreasonable that it would not have become apparent to him.

Unfortunately, as the trial judge has found, the plaintiff has been left with permanent disabilities because of permanent damage to certain nerves in the nerve root canal. However, the trial judge found that there was no negligence on the appellant's part either in his diagnosis or in deciding, on the basis thereof, to perform the particular operation that he did perform. Nor was there any negligence in the post operative care and treatment of the plaintiff, nor was it unreasonable for the appellant to wait as long as he did, about a month, before calling in other specialists. Accordingly, he dismissed the action in so far as it was founded on negligence. The findings and conclusion of the trial judge on this branch of the case were not questioned in the Alberta Appellate Division (now known as the Alberta Court of Appeal). That Court, by a majority, differed, however, with the trial judge on his dismissal of the action on the second branch of the plaintiff's claim, holding, that the consent given to the operation was not an informed consent and hence there was an unlawful invasion of the plaintiff's bodily security, a battery or an assault. It awarded damages of \$15,000.

Whether there was informed consent was the main issue argued in this Court. It is an issue that comes before this Court for the first time. The

deur à un neurologue de Calgary qui, après un examen et un myélogramme, a découvert un blocage complet entre la troisième et la quatrième vertèbre lombaire. On a alors fait appel à un neurochirurgien qui, le 27 avril 1974, a pratiqué une laminectomie complète (décompression) de la deuxième à la cinquième vertèbre lombaire. Cette opération qui exigeait une exploration considérable a révélé une grande portion de matière discale herniée entre la troisième et la quatrième vertèbre lombaire et on l'a enlevée. Le juge de première instance a conclu que cette matière herniée n'est devenue apparente qu'en raison de l'étendue et de la nature exploratoire de la seconde opération et que, si elle était déjà là lorsque l'appelant a pratiqué l'opération beaucoup moins complexe, il n'est pas déraisonnable qu'il ne s'en soit pas aperçu.

Malheureusement, comme l'a conclu le juge de première instance, le demandeur est depuis atteint d'une incapacité permanente en raison de dommages permanents à certains nerfs logés dans le trou de conjugaison. Cependant, le juge de première instance a conclu que l'appelant n'avait pas été négligent en posant son diagnostic ni en décidant en conséquence de pratiquer l'opération particulière en cause. Il n'y a pas eu non plus de négligence dans les soins et le traitement postopératoires du demandeur, et il n'était pas déraisonnable que l'appelant attende aussi longtemps, soit environ un mois, avant de consulter d'autres spécialistes. Il a par conséquent rejeté l'action dans la mesure où elle était fondée sur la négligence. Les conclusions et la décision du juge de première instance sur cette branche de l'affaire n'ont pas été contestées en Division d'appel de l'Alberta (maintenant la Cour d'appel de l'Alberta). Toutefois, cette cour-là, à la majorité, est en désaccord avec le rejet par le juge de première instance de l'action sur la deuxième branche de la réclamation du demandeur, jugeant que le consentement à l'opération n'était pas un consentement éclairé et qu'il y a donc eu une atteinte illégale à la sécurité corporelle du demandeur, soit des voies de fait. Elle a accordé \$15,000 à titre de dommages-intérêts.

La principale question plaidée devant cette Cour est celle de savoir si le consentement était éclairé. C'est la première fois que cette question lui est

term "informed consent", frequently used in American cases, reflects the fact that although there is, generally, prior consent by a patient to proposed surgery or therapy, this does not immunize a surgeon or physician from liability for battery or for negligence if he has failed in a duty to disclose risks of the surgery or treatment, known or which should be known to him, and which are unknown to the patient. The underlying principle is the right of a patient to decide what, if anything, should be done with his body: see *Parmley v. Parmley and Yule*<sup>2</sup>, at pp. 645-46. (I leave aside any question of emergency or of mental incompetency and, also, situations where the operation or treatment performed or given is different from that to which the patient consented.) It follows, therefore, that a patient's consent, whether to surgery or to therapy, will give protection to his surgeon or physician only if the patient has been sufficiently informed to enable him to make a choice whether or not to submit to the surgery or therapy. The issue of informed consent is at bottom a question whether there is a duty of disclosure, a duty by the surgeon or physician to provide information and, if so, the extent or scope of the duty.

In the present case, there were three aspects to this issue. First, the appellant told the plaintiff that he was qualified to perform the operation, but did not tell him that it would be his first such operation after obtaining his specialist licence and entering private practice in Lethbridge. Second, he told the plaintiff that the facilities for performing the operation were as good in Lethbridge as they were in Calgary where the plaintiff had thought of going, but did not indicate to him that if there were complications he would not be able to call on any neurologist or any neurosurgeon in Lethbridge because there were none there at the time. Third, he did not tell the plaintiff that the operation was a serious one, but rather that it was not serious and the plaintiff would be up and about in six to ten days.

On the first aspect, the evidence showed that the appellant had performed many such operations

<sup>2</sup> [1945] S.C.R. 635.

soumise. L'expression «consentement éclairé», fréquemment employée dans la jurisprudence américaine, reflète le fait que bien que, généralement, un patient consente préalablement à l'opération chirurgicale ou au traitement envisagé, un chirurgien ou médecin n'est pas exonéré de responsabilité pour voies de fait ou négligence s'il manque à son devoir de divulguer les risques de l'opération ou du traitement qu'il connaît ou qu'il aurait dû connaître, et que le patient ignore. Le principe fondamental est le droit d'un patient de décider à quelle intervention, le cas échéant, il devrait se soumettre: voir *Parmley c. Parmley et Yule*<sup>2</sup>, aux pp. 645 et 646. (Je laisse de côté les questions d'urgence ou d'incapacité mentale de même que les situations où l'opération ou le traitement est différent de ce à quoi a consenti le patient.) Il s'ensuit donc que le consentement d'un patient, que ce soit à l'opération chirurgicale ou au traitement, ne protégera son chirurgien ou médecin que s'il a été suffisamment renseigné pour lui permettre de choisir de subir ou de refuser l'opération ou le traitement. La question du consentement éclairé est au fond une question de savoir s'il y a un devoir de divulguer, si le chirurgien ou médecin a le devoir de donner des renseignements et, dans l'affirmative, l'étendue ou la portée de ce devoir.

En l'espèce, cette question se divise en trois branches. Premièrement, l'appelant a dit au demandeur qu'il avait compétence pour pratiquer l'opération, mais ne lui a pas dit que ce serait sa première opération de cette nature depuis l'obtention de son diplôme de spécialiste et l'ouverture de son cabinet à Lethbridge. Deuxièmement, il a dit au demandeur que les installations hospitalières étaient aussi bonnes à Lethbridge qu'à Calgary où le demandeur avait envisagé d'aller, mais il ne lui a pas dit qu'en cas de complications, il ne pourrait pas consulter de neurologue ou de neurochirurgien à Lethbridge puisqu'il n'y en avait pas sur place à l'époque. Troisièmement, il n'a pas dit au demandeur qu'il s'agissait d'une opération grave, mais plutôt qu'elle ne l'était pas et que le demandeur serait rétabli dans les six ou dix jours.

Relativement à la première branche, la preuve a démontré que l'appelant avait pratiqué plus de

<sup>2</sup> [1945] R.C.S. 635.

while a resident in a teaching hospital, and about thirty of the more than sixty performed by him were done without actual supervision although there was a specialist at hand. The trial judge found that the appellant was fully qualified and was under no obligation to tell the plaintiff that this was his first operation after his certification. In the trial judge's view, it would be ridiculous to require a licensed specialist to tell a patient (at least without being asked) how many operations of the kind in question he had performed when it was clear that he was not inexperienced. On the second aspect, the expert evidence was, as the trial judge found, that the operation was a routine disc operation and could be performed as well in Lethbridge as in Calgary. There was, the trial judge said, a possibility of complications as there is in any operation (and in this respect there could be an advantage in having the operation in Calgary where there were other specialists available) but, again on the evidence, there was no probability of that, and there was no special or unusual risk involved that would then oblige the appellant to alert the plaintiff to it. The trial judge relied in this respect on the judgment of Hall J. in *Halushka v. University of Saskatchewan*<sup>3</sup>, at p. 442.

There was no specific finding by the trial judge on the question of the seriousness of the operation, but it seems to me that the answer was comprehended in the evidence that the particular operation was a routine one and in the finding of the trial judge to that effect. The trial judge also said that, after the myelogram on March 13, 1974, which disclosed the block in the spinal canal, "the defendant spoke to the plaintiff and told him the results thereof and advised him that the only solution to the problem was surgery and went into some detail with respect to the operation which was recommended". It did not, therefore, appear to the trial judge that there was any real issue about the patient not knowing of the seriousness of the operation. The plaintiff's own evidence shows that the question of the seriousness of the proposed

<sup>3</sup> (1965), 53 D.L.R. (2d) 436.

soixante opérations de cette nature alors qu'il était chirurgien résident à l'hôpital universitaire, dont une trentaine sans surveillance réelle bien qu'un spécialiste ait été prêt à intervenir. Le juge de première instance a conclu que l'appelant était tout à fait compétent et qu'il n'avait pas l'obligation de dire au demandeur que c'était sa première opération depuis qu'il était diplômé. Selon le juge de première instance, il serait ridicule d'exiger qu'un spécialiste diplômé dise à un patient (du moins sans que la question lui soit posée) combien il a pratiqué d'opérations de ce genre lorsqu'il a manifestement acquis de l'expérience. Relativement à la deuxième branche, les témoignages d'experts ont indiqué, comme l'a conclu le juge de première instance, qu'il s'agissait d'une opération discale courante et qu'elle pouvait être effectuée aussi bien à Lethbridge qu'à Calgary. Selon le juge de première instance, il y avait une possibilité de complications comme il y en a dans toute opération (et à cet égard il aurait pu être avantageux de pratiquer l'opération à Calgary où l'on trouve d'autres spécialistes) mais, encore selon la preuve, il n'y avait aucune probabilité à cet égard, et aucun risque particulier ou inhabituel n'exigeait que l'appelant prévienne le demandeur. Sur ce point, le juge de première instance s'est appuyé sur les motifs du juge Hall dans *Halushka v. University of Saskatchewan*<sup>3</sup>, à la p. 442.

Le juge de première instance n'a pas fait de conclusion particulière sur la question de la gravité de l'opération, mais il me semble que la réponse est comprise dans la preuve que l'opération en cause était une opération courante et dans la conclusion du juge de première instance en ce sens. Ce dernier a également dit qu'après le myélogramme du 13 mars 1974, qui a révélé le blocage méningé, [TRADUCTION] «le défendeur a parlé au demandeur pour lui communiquer les résultats et l'informer que la seule solution au problème était une intervention chirurgicale et il a donné des détails de l'opération qui était recommandée». Donc, selon le juge de première instance, le litige ne porte pas vraiment sur l'ignorance par le patient de la gravité de l'opération. Le témoignage même du demandeur montre que la question de la gravité de

<sup>3</sup> (1965), 53 D.L.R. (2d) 436.

operation was subsumed in the issue of the appellant's qualifications and in whether the operation could be performed as well in Lethbridge as in Calgary. Moreover the basic complaint of the plaintiff, as his counsel averred during the argument of the appeal in this Court, was that the plaintiff did not know the operation on the plaintiff was the first that the appellant performed after beginning private practice in Lethbridge. This, however, goes to his qualifications, and on this the trial judge's finding appears to me to be unassailable.

I should add that the trial judge also held that even had he found negligence on the part of the appellant, there was no proof of damages flowing from it. Similarly, there was no proof of damages from the assault or battery, and only token damages could be awarded when the operation was a necessary one and was properly performed.

Prowse J.A., who dissented from the majority in the Alberta Appellate Division, supported the trial judge's conclusion adverse to the plaintiff on the ground that there was no specific question asked by the plaintiff that would have directed the appellant to disclose risks that were mere possibilities and thus would have weighed in favour of having the operation in Calgary. In his view, which was the view of the trial judge, the conversations or discussions that were alleged to have raised such a specific question were concerned with the appellant's competence and qualifications. Had there been a specific question of the kind alleged (and, I assume, it would be sufficient if the question or questions asked could reasonably be construed as inviting a response to possible risks), it would have been the duty of the appellant to answer it.

This brings me to consider the majority reasons of the Alberta Appellate Division delivered by Morrow J.A. He framed the issue of informed consent as it was argued by counsel for the plaintiff, namely, on the basis of assault and battery and of negligence resulting from the failure to disclose the risks involved. Whether it is consistent with an allegation of assault and battery, based on want of a valid consent, to undergird it with an

l'opération envisagée était comprise dans la question de la compétence de l'appelant et dans celle de savoir si l'opération pouvait être pratiquée aussi bien à Lethbridge qu'à Calgary. De plus la plainte fondamentale du demandeur, comme l'a affirmé son avocat dans sa plaidoirie devant cette Cour, était qu'il ignorait que l'opération pratiquée sur lui était la première de l'appelant depuis qu'il exerçait en pratique privée à Lethbridge. Toutefois cela est relié à la compétence du médecin et les conclusions du juge de première instance sur ce point sont, à mon sens, inattaquables.

Je devrais ajouter que le juge de première instance a également statué que, même s'il avait conclu à la négligence de l'appelant, la preuve de dommages en résultant n'avait pas été faite. En outre, il n'y avait aucune preuve de dommages résultant de voies de fait et seuls des dommages-intérêts symboliques peuvent être accordés lorsque l'opération est nécessaire et a été pratiquée selon les règles de l'art.

En Division d'appel de l'Alberta, le juge Prowse, qui était dissident, a appuyé la conclusion du juge de première instance déboutant le demandeur, au motif que celui-ci n'a posé aucune question précise qui aurait imposé à l'appelant de divulguer des risques qui n'étaient que de simples possibilités et qui auraient ainsi incité le demandeur à se faire opérer à Calgary. Comme le juge de première instance, il est d'avis que les conversations ou discussions qui ont supposément soulevé cette question précise, concernaient la compétence de l'appelant. Si une question précise, comme celle supposément posée, l'avait été (et je tiens pour acquis qu'il suffirait que l'on puisse raisonnablement interpréter ces questions comme invitant une réponse qui décrirait les risques possibles), l'appelant aurait eu le devoir d'y répondre.

Cela m'amène à étudier les motifs majoritaires de la Division d'appel de l'Alberta exposés par le juge Morrow. Il a formulé la question du consentement éclairé comme l'avait plaidée l'avocat du demandeur, savoir, sur le fondement des voies de fait et de la négligence résultant du défaut de divulguer les risques courus. Je n'ai pas à analyser ni à résoudre en l'espèce la question de savoir si l'on peut renforcer une allégation de voies de fait,

assertion of negligence is not a question which I need to discuss or resolve in the present case. The argument advanced in the Appellate Division was also advanced in this Court. Morrow J.A., in allowing the plaintiff's appeal, based himself on both battery and negligence, adding this:

I would include negligence in the above as on the facts present in this appeal the same reasoning as is appropriate for battery is on my understanding of the authorities equally appropriate for negligence.

Presumably, the negligence here lay in unspoken words or in misleading words when there was a duty to speak and to be properly responsive. Since I am of the opinion that there was no warrant here for interfering with the trial judge's conclusion on the issue of informed consent (or, to put it in what I think is the preferable way, namely, that the appellant had properly discharged any duty of disclosure), I prefer to leave questions touching the relationship or availability of battery and negligence on that issue to another time.

What Morrow J.A. did was to re-examine the evidence which was before the trial judge, quoting extensively from it. He did not clearly or directly challenge the trial judge's finding that the appellant was fully qualified and had no obligation to tell the plaintiff that the operation he was going to perform was his first in private practice. Nor did Morrow J.A. squarely deal with and set aside the trial judge's finding that the particular operation could be done as well in Lethbridge as in Calgary.

What the learned Appellate Court judge fastened on was the seriousness of the operation and the failure of the appellant to go into some detail about the risks, whether probable or possible. This is what Morrow J.A. said on the various points raised in respect of informed consent:

With respect, I am unable to agree that if the evidence might have justified a conclusion that this particular doctor was competent to do the operation and that the facilities were adequate at Lethbridge this by itself provided a complete answer to the issue raised with

fondée sur l'absence de consentement valide, par une assertion de négligence. L'argument plaidé devant la Division d'appel a été repris devant cette Cour. En accueillant l'appel du demandeur, le juge Morrow s'est appuyé sur les voies de fait et la négligence et a ajouté ceci:

[TRADUCTION] Je suis d'avis d'ajouter la négligence à ce qui précède puisque, suivant les faits de l'espèce, le raisonnement qui s'applique aux voies de fait s'applique, si je comprends bien la jurisprudence, également à la négligence.

Il y a lieu de croire qu'en l'espèce la négligence consiste en des réticences ou des tromperies alors qu'il y avait un devoir de parler et de réagir de façon idoine. Puisque je suis d'avis que rien ne justifie en l'espèce de modifier la conclusion du juge de première instance sur la question du consentement éclairé (ou, pour le dire d'une façon qui me semble préférable, que l'appelant s'est bien acquitté de tout devoir de divulguer), je préfère remettre à une autre occasion l'examen du lien entre les voies de fait et la négligence ou de la possibilité de les invoquer à ce sujet.

Pour sa part, le juge Morrow a réexaminé la preuve produite en première instance et en a cité de longs extraits. Il n'a pas contesté réellement ou directement la conclusion du juge de première instance que l'appelant était tout à fait compétent et qu'il n'était pas tenu d'informer le demandeur que l'opération qu'il allait pratiquer était la première depuis qu'il exerçait en pratique privée. Le juge Morrow n'a pas non plus analysé directement ni infirmé la conclusion du juge de première instance que l'opération en cause pouvait être pratiquée aussi bien à Lethbridge qu'à Calgary.

Le savant juge de la Cour d'appel s'est quant à lui attaché à la gravité de l'opération et à l'omission de l'appelant de donner des détails sur les risques probables ou possibles. Voici les commentaires du juge Morrow sur les divers points soulevés relativement au consentement éclairé:

[TRADUCTION] Avec égards, il m'est impossible d'admettre que, si la preuve avait pu justifier une conclusion que ce médecin était compétent pour pratiquer l'opération et que les installations hospitalières étaient adéquates à Lethbridge, cela répondrait complètement en soi à



respect to proper instructions and to the giving of a valid and informed consent.

While it may be that there was no obligation on the doctor to volunteer that this would be his first operation on his own, that is not what he was being asked. Rather, before the patient gave his consent to the operation he wanted some assurance as to "how serious" the operation was. The seriousness of the operation has to also be considered along with his previous decision with the patient and his wife to have the operation in Calgary. Now can it be said that to reply to the query of "how serious" by saying "it is not serious, in six to ten days you will be back home running around like you did before" and so answer the query about Calgary by a reply to the effect "he could do it as good as any doctor in Calgary".

I have to observe that the reply given to the Appellant is almost identical to that to be found in *Smith v. Auckland Hospital Board*, [1965] N.Z.L.R. 191. As in that case there was nothing said about the risk whether one takes that as "probable" or as "possible".

And there is this further concluding summarizing passage:

I am unable to find on a careful reading of the evidence, and reading it in a manner most favourable to the respondent, that the respondent doctor ever gave any further information or explanation to his patient. Then, looking at the remarks of the learned trial judge it seems to me that the judge takes the statements of the medical experts as to the nature of the actual operation, the technique followed, and their statements that for such an operation as was carried out if without complication, the Lethbridge facilities were adequate, and substitutes them or uses them as constituting a truthful explanation by the respondent himself. To me this constitutes a manifest error and I would allow the appeal here and substitute a judgment in favour of the appellant based on both battery and negligence.

The way in which Morrow J.A. dealt with the appellant's response to an inquiry about the seriousness of the operation would make the response inadequate, assuming there was a specific question about the risks. However, it is clear from the trial judge's finding, that the appellant had gone into some detail about the operation—and I have already referred to this finding—and that any question about the seriousness of the operation

la question qui se pose relativement aux renseignements appropriés et à l'existence d'un consentement valide et éclairé.

Bien que le médecin n'ait peut-être eu aucune obligation de dire spontanément que ce serait sa première opération tout seul, ce n'est pas ce qui lui était demandé. Avant de consentir à l'opération, le patient voulait plutôt obtenir certaines assurances sur la «gravité» de l'opération. La gravité de l'opération doit également être considérée avec la décision qu'il avait préalablement prise de concert avec le patient et son épouse quant à l'opération à Calgary. Or, peut-on dire qu'en répondant à la question sur la «gravité» en disant «ce n'est pas grave, dans six à dix jours vous serez chez vous prêt à reprendre vos activités» il a répondu à la question relative à Calgary en disant «qu'il pouvait le faire aussi bien que n'importe quel médecin à Calgary».

Je dois faire remarquer que la réponse donnée à l'appellant est presque identique à celle que l'on trouve dans *Smith v. Auckland Hospital Board*, [1965] N.Z.L.R. 191. Comme dans cette affaire-là, on n'a rien dit au sujet du risque, qu'il soit considéré comme «probable» ou comme «possible».

Nous trouvons ensuite ce dernier passage qui résume son opinion:

[TRADUCTION] En lisant attentivement la preuve et en le faisant de la façon qui soit la plus favorable à l'intimé, je suis incapable de conclure que le médecin intimé a donné d'autres renseignements ou explications à son patient. Si l'on examine alors les remarques du savant juge de première instance, il me semble qu'il prend les déclarations des médecins experts sur la nature de l'opération réelle, la technique suivie, et leurs témoignages qu'en l'absence de complications, les installations hospitalières de Lethbridge étaient adéquates pour l'opération en question, et les considère ou les utilise comme si elles constituaient une explication franche de l'intimé lui-même. Cela constitue à mon avis une erreur manifeste et je suis d'avis d'accueillir le présent appel et de prononcer un jugement favorable à l'appellant fondé à la fois sur les voies de fait et la négligence.

La façon dont le juge Morrow traite de la réponse de l'appellant à une question relative à la gravité de l'opération rend la réponse inadéquate si l'on présume qu'il s'agit d'une question précise concernant les risques. Cependant, il ressort clairement des conclusions du juge de première instance que l'appellant a fourni certains détails sur l'opération—j'ai déjà parlé de cette conclusion—et qu'aucune question sur la gravité de l'opération ne peut

cannot be isolated from the conversations between the parties touching the operation and touching whether it could be performed as well in Lethbridge as in Calgary.

It is not clear from Morrow J.A.'s reasons whether he considered that the patient had raised a specific question about possible risks, nor is it at all clear from the evidence that there was more than a general discussion about the operation. In the *Auckland Hospital* case, there was a specific question raised about the risks, and this then, on the view there taken by the New Zealand Court, put upon the doctor an obligation to respond by indicating even possible risks. I shall return to this issue shortly. I am prepared to take it from Morrow J.A.'s reference to the New Zealand case that he considered that there was a specific question about risks, enveloped in the inquiry about the seriousness of the operation. However, I am of the opinion, as apparently was the trial judge, that this is an unwarranted extrapolation of the evidence. Indeed, there is nothing in the record to support the conclusion that there were possible risks in the particular operation different from the possibilities that exist in any operation, leaving aside whether a specific question was raised as to risks.

*Kenny v. Lockwood*<sup>4</sup> is an early Ontario case on informed consent or on the duty of disclosure, and on its facts bears a resemblance to the present case. There, one of the issues was whether a surgeon had failed in an alleged duty to inform a patient of the seriousness of an operation which resulted in permanent injury, although the operation was competently performed. A special difficulty for the plaintiff patient in the *Kenny* case was that she had pleaded that the surgeon and an associated physician had "falsely and recklessly, without caring whether it was false or true or without reasonable ground for believing it to be true", represented the operation as "simple" and that "her hand would be all right in three weeks". The Court of Appeal found that there was no fraud or recklessness amounting to fraud. It none the less examined an allegation of breach of duty,

<sup>4</sup> [1932] O.R. 141.

être isolée des conversations entre les parties portant sur l'opération et sur la question de savoir si elle pouvait être pratiquée aussi bien à Lethbridge qu'à Calgary.

Dans ses motifs, le juge Morrow ne dit pas clairement s'il a considéré que le patient avait posé une question précise sur les risques possibles, et la preuve n'indique pas clairement si la discussion concernant l'opération allait au-delà des généralités. Dans l'affaire *Auckland Hospital*, les risques avaient fait l'objet d'une question précise et, selon l'opinion de la Cour de la Nouvelle-Zélande, le médecin avait alors l'obligation de répondre en indiquant même les risques possibles. Je reviendrai à cette question sous peu. Je suis prêt à déduire de la mention de l'affaire néo-zélandaise par le juge Morrow que selon lui, les risques avaient fait l'objet d'une question précise, enveloppée dans l'interrogation sur la gravité de l'opération. Toutefois, je suis d'avis, comme l'a apparemment été le juge de première instance, que c'est là une extrapolation que la preuve ne justifie pas. En fait, rien au dossier n'appuie la conclusion que l'opération en cause comportait des risques possibles différents de ceux qui existent dans toute opération, abstraction faite du point de savoir si les risques ont fait l'objet d'une question précise.

*Kenny v. Lockwood*<sup>4</sup> est un des premiers arrêts ontariens sur le consentement éclairé ou sur le devoir de divulguer, et, à sa lecture, il ressemble à la présente affaire. Une des questions y était de savoir si un chirurgien avait manqué au devoir qu'il aurait eu d'informer une patiente de la gravité d'une opération qui a entraîné une lésion permanente, bien que l'opération ait été pratiquée selon les règles de l'art. Une difficulté spéciale pour la patiente intimée dans l'affaire *Kenny* est qu'elle a plaidé que le chirurgien et le médecin associé avaient [TRADUCTION] «faussement et avec insouciance, sans se préoccuper que ce soit vrai ou faux ou sans motif raisonnable de croire que c'était vrai», affirmé que l'opération était «simple» et que [TRADUCTION] «sa main serait guérie dans trois semaines». La Cour d'appel a jugé qu'il n'y avait pas eu fraude ou insouciance

<sup>4</sup> [1932] O.R. 141.

apart from fraud, in the description of the operation as simple and in the failure to point out its seriousness in that, if not successful, it might result in permanent injury. The Court of Appeal founded its assessment on *Nocton v. Ashburton*<sup>5</sup>, taking the relationship of surgeon and patient to be a fiduciary one, requiring honesty from the surgeon. *Nocton v. Ashburton* is, of course, a case which was one of the underpinnings of the more extensive doctrine propounded in *Hedley Byrne v. Heller*<sup>6</sup>.

The trial judge in the *Kenny* case had imposed liability upon the surgeon and an associate, expressing himself as follows:

I hold as a matter of law that it was the duty of the surgeons when they accepted the plaintiff as their patient to inform her as to the seriousness of her submitting to the operation at that time, and of the fact that the disease was of such a character as that it might not for a number of years cause her much suffering or inconvenience; and that the surgeons were not entitled to operate upon her hand until they put that matter with perfect frankness and plainness before her and then had her decision that she would or would not submit to the operation at that time.

The contrast between that case and the present one lies in the fact that there the trial judge ignored evidence of the surgeon that he had discussed the operation with the patient and had explained in detail to her the condition of her hand, afflicted with a progressive disease, and the operation. In the present case the trial judge had considered like evidence but it was the Alberta Appellate Division that played down this evidence.

There are observations in the *Kenny* case that point to the later developments as to the duty of disclosure and the later clarifications of issues not there worked out in the detail with which they have been handled in later, especially American cases and in literature on the subject: see, for

<sup>5</sup> [1914] A.C. 932.

<sup>6</sup> [1964] A.C. 465.

équivalant à fraude. Elle a néanmoins examiné une allégation de manquement au devoir, indépendamment de la fraude, en ce que l'opération avait été décrite comme simple et qu'on avait omis d'attirer l'attention sur sa gravité puisque, si elle ne réussissait pas, elle pouvait entraîner une lésion permanente. La Cour d'appel a fondé son évaluation sur l'arrêt *Nocton v. Ashburton*<sup>5</sup>, considérant que le rapport entre le chirurgien et son patient est un rapport fiduciaire qui exige l'honnêteté du chirurgien. L'arrêt *Nocton v. Ashburton* est bien sûr un des fondements de la doctrine plus large exposée dans l'arrêt *Hedley Byrne v. Heller*<sup>6</sup>.

Dans l'arrêt *Kenny*, le juge de première instance avait conclu à la responsabilité du chirurgien et de son associé dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Je considère comme une question de droit celle du devoir incombant aux chirurgiens, qui ont accepté de soigner la demanderesse, de l'informer de la gravité de l'opération à ce moment-là et du fait que la nature de la maladie faisait qu'il pouvait s'écouler plusieurs années avant qu'elle lui cause davantage de souffrances ou d'inconvénients; et que les chirurgiens n'avaient pas le droit de lui opérer la main sans d'abord lui expliquer la situation en toute honnêteté et clarté, en lui laissant alors décider si elle subirait l'opération à ce moment-là.

La distinction entre cette affaire-là et la présente repose sur le fait que dans la première le juge de première instance n'a pas tenu compte du témoignage du chirurgien portant qu'il avait discuté de l'opération avec la patiente et lui avait expliqué en détail l'état de sa main, atteinte d'une maladie progressive, et l'intervention. En l'espèce, le juge de première instance a considéré une preuve semblable, mais c'est la Cour d'appel qui l'a minimisée.

Certaines remarques dans l'arrêt *Kenny* ouvrent la voie aux développements subséquents du devoir de divulguer et aux éclaircissements postérieurs de questions qui n'y avaient pas été résolues de façon aussi détaillée qu'elles l'ont été plus tard; il s'agit particulièrement de décisions et d'ouvrages améri-

<sup>5</sup> [1914] A.C. 932.

<sup>6</sup> [1964] A.C. 465.

example, *Canterbury v. Spence*<sup>7</sup>; Comment, "Informed Consent as a Theory of Medical Liability", [1970] Wisc. L. Rev. 879; Waltz and Scheuneman, "Informed Consent to Therapy", (1970), 64 N.W.U.L. Rev. 628; Comment, "Informed Consent—A Proposed Standard for Medical Disclosure", (1973), 48 N.Y.U.L. Rev. 548; Skegg, "Informed Consent to Medical Procedures", (1975), 15 Med. Sci. Law 124. The Ontario Court of Appeal, in reversing, by a majority, the trial judge and absolving the surgeon and his associate of liability, made it clear that the facts of the particular case are highly relevant in determining whether a duty to inform arises and its extent. There was not much authority to go on, and *Nocton v. Ashburton* offered the best guidance as to the existence of a duty and as to its breach which, as Lord Haldane said in that case, would be "negligence in word". He added that "the difficulty as regards the principle lies in its application to individual cases".

Hodgins J.A. in the *Kenny* case proceeded from this as follows: (at p. 156)

In particularizing its application it is stated that the duty arises: "In those cases where a person within whose special province it lay to know a particular fact has given an erroneous answer to an inquiry made with regard to it by a person desirous of ascertaining the fact for the purpose of determining his course."

It is assumed to arise in those cases where there was a breach of a duty to which equity had attached its sanction arising from the circumstances and relation of the parties, and the duty does not necessarily depend upon the putting of a question. It may arise where the very situation of the parties implied the necessity for an explanation or a warning and includes a moral, as distinguished from a legal duty to be careful, and as an obligation it arises out of the duty independently of contract or of special obligation. For, as Lord Haldane remarks, "If a man intervenes in the affairs of another

<sup>7</sup> (1972), 464 F. 2d 772.

cains sur le sujet, voir, par exemple, *Canterbury v. Spence*<sup>7</sup>; Comment, «Informed Consent as a Theory of Medical Liability», [1970] Wisc. L. Rev. 879; Waltz and Scheuneman, «Informed Consent to Therapy», (1970), 64 N.W.U.L. Rev. 628; Comment, «Informed Consent—A Proposed Standard for Medical Disclosure», (1973), 48 N.Y.U.L. Rev. 548; Skegg, «Informed Consent to Medical Procedures», (1975), 15 Med. Sci. Law 124. En infirmant, à la majorité, la décision du juge de première instance et en concluant à la non-responsabilité du chirurgien et de son associé, la Cour d'appel de l'Ontario a clairement souligné que les faits d'une affaire particulière sont de grande importance dans une décision sur l'existence et l'étendue du devoir de donner des renseignements. Il n'y avait pas beaucoup de jurisprudence sur laquelle s'appuyer et *Nocton v. Ashburton* offrait les meilleurs principes relativement à l'existence d'un devoir et à un manquement à son sujet qui, pour reprendre les paroles de lord Haldane dans cette affaire, serait une [TRADUCTION] «négligence verbale». Il a ajouté que [TRADUCTION] «c'est dans son application à chaque affaire particulière que le principe pose une difficulté».

Dans *Kenny*, le juge Hodgins de la Cour d'appel est parti de là pour dire: (à la p. 156)

[TRADUCTION] Lorsque l'on en précise les modalités d'application, on dit que le devoir existe: «Dans le cas où une personne qui, de par sa spécialité, connaît un fait particulier, donne une réponse erronée à une question que lui pose une personne désireuse de connaître ce fait avant de décider d'agir.»

On considère qu'il existe lorsqu'il y a eu manquement à un devoir, sanctionné par l'*equity*, vu les circonstances et le rapport entre les parties, et qu'il ne faut pas nécessairement qu'une question ait été posée. Il peut exister lorsque la situation même des parties laisse supposer la nécessité d'une explication ou d'une mise en garde, et comprend un devoir moral, par opposition à un devoir légal de prudence, qui en tant qu'obligation, existe indépendamment d'un contrat ou d'une obligation particulière. En effet, comme le fait remarquer lord Haldane, «Si un homme intervient dans les affaires d'un

<sup>7</sup> (1972), 464 F. 2d 772.

he must do so honestly, whatever be the character of that intervention.”

And there is this further pertinent observation (at p. 159):

Nor do I for a moment think that the dangers inseparable from any operation, such as failure or death under an anaesthetic, the danger of infection, of tetanus, of gas gangrene or gangrene, were proper or necessary to be disclosed to a patient before an operation.

I would add, taking the trial judge's finding on the point in the present case, that the risk or possibility of complications as being more easily dealt with in larger centres is also common to all operations and does not ordinarily call for particular disclosure.

*Kenny v. Lockwood* is important as much for what it portended as for what it actually decided. It indicated that a surgeon who recommends an operation which involves known risks, that is probable risks, or special or unusual risks, is under an obligation to his patient to disclose those risks and, if he fails to do so, and injury results from one of the undisclosed or not fully disclosed risks, the patient's consent to the operation will be held to be not an informed consent, although the operation itself was competently performed. Apart from situations of this kind, a surgeon need not go into every conceivable detail of a proposed operation so long as he describes its nature, unless the patient asks specific questions not by way of merely general inquiry, and, if so, those questions must be answered, although they invite answers to merely possible risks. If no specific questions are put as to possible risks, the surgeon is under no obligation (although he may do so) to tell the patient that there are possible risks since there are such risks in any operation. It becomes a question of fact of how specific are any questions that are put and, equally, it is an issue of fact whether, questions or no questions, the evidence supports a finding that there were probable or special or unusual risks which the surgeon failed to disclose or did not fully disclose.

autre, il doit le faire honnêtement, quelle que soit la nature de l'intervention.»

Et nous trouvons cette autre remarque pertinente (à la p. 159):

[TRADUCTION] Je ne crois pas un seul instant qu'il convienne ni qu'il soit nécessaire de révéler à un patient, avant une opération, les dangers inhérents à toute opération, tels l'échec ou le décès sous l'effet d'un anesthésique, le danger d'infection, de tétanos, de gangrène gazeuse ou de gangrène.

Adoptant la conclusion du juge de première instance sur le point en litige en l'espèce, j'ajouterais que la possibilité de faire plus facilement face au risque ou aux complications dans un grand centre est commun à toutes les opérations et n'exige ordinairement pas de mention particulière.

L'arrêt *Kenny v. Lockwood* est aussi important pour ce qu'il laissait entrevoir que pour ce qu'il décidait réellement. Il indique que lorsqu'un chirurgien recommande une opération qui comporte des risques connus, savoir des risques probables, ou des risques particuliers ou inhabituels, il a l'obligation de les divulguer à son patient et, s'il omet de le faire et qu'un des risques tus ou partiellement divulgués entraîne une lésion, on jugera que le consentement du patient à l'opération n'était pas un consentement éclairé, bien que l'opération elle-même ait été pratiquée selon les règles de l'art. Les situations de ce genre mises à part, un chirurgien n'est pas requis d'aller dans tous les détails concevables d'une opération envisagée; il suffit qu'il en décrive la nature, à moins que le patient ne pose des questions précises, autrement que par le biais d'une interrogation générale; dans ce cas, il doit y répondre même si ces réponses portent sur une simple possibilité de risques. Si aucune question précise ne porte sur les risques possibles, le chirurgien n'a aucune obligation (bien qu'il puisse le faire) de dire au patient qu'il existe des risques possibles puisque de tels risques se retrouvent dans toute opération. Déterminer à quel point les questions posées sont précises devient une question de fait; il en est de même de savoir si, qu'il y ait eu des questions ou non, la preuve permet de conclure à l'existence de risques probables, particuliers ou inhabituels que le chirurgien n'a pas divulgués ou n'a divulgués que partiellement.

No doubt, a surgeon has some leeway in assessing the emotional condition of the patient and how the prospect of an operation weighs upon him; the apprehension, if any, of the patient, which may require placating; his reluctance, if any, to submit to an operation, which, if the surgeon honestly believes that the operation is necessary for the preservation of the patient's life or health, may demand detailed explanation of why it is necessary. All of this goes to informed consent and is entirely apart from the skill and care with which the operation is performed. It is, as I noted earlier, for the patient to decide whether to allow the surgery to be carried out.

*Kenny v. Lockwood* was considered in *Halushka v. University of Saskatchewan*, *supra*, a case involving voluntary submission to an experiment as part of medical research into a new anaesthetic drug. The "patient" was told that a new drug was involved and that the proposed test was quite safe, having been conducted many times before. In fact, however, the new drug had not been used or tested before and there was a risk involved in the use of a new anaesthetic. Brain damage resulted to the "patient" who suffered cardiac arrest but was ultimately resuscitated. Hall J.A., speaking for the Saskatchewan Court of Appeal and affirming the trial judge's imposition of liability, on the verdict of a jury, upon the two doctors who carried out the experiment, said this:

In ordinary medical practice the consent given by a patient to a physician or surgeon, to be effective, must be an "informed" consent freely given. It is the duty of the physician to give a fair and reasonable explanation of the proposed treatment including the probable effect and any special or unusual risks.

In my opinion the duty imposed upon those engaged in medical research, as were the appellants Wyant and Merriman, to those who offer themselves as subject for experimentation, as the respondent did here, is at least as great as, if not greater than, the duty owed by the ordinary physician or surgeon to his patient. There can be no exceptions to the ordinary requirements of disclosure in the case of research as there may well be in

Un chirurgien a indubitablement une certaine liberté d'action pour évaluer l'état émotif d'un patient et sa réaction à la perspective d'une opération; la crainte du patient, qui peut exiger qu'on l'apaise; la réticence du patient à subir une opération que le chirurgien croit honnêtement nécessaire à la préservation de la vie ou de la santé du patient et qu'il peut être obligé d'expliquer en détail pour en exposer la nécessité. Tout cela se rapporte au consentement éclairé et est tout à fait indépendant de la compétence et du soin avec lesquels une opération est pratiquée. Comme je l'ai dit plus tôt, il appartient au patient de décider s'il permet l'opération chirurgicale.

L'arrêt *Kenny v. Lockwood* a été examiné dans l'arrêt *Halushka v. University of Saskatchewan*, précité, une affaire portant sur la participation volontaire à une expérience de recherche médicale sur une nouvelle drogue anesthésique. On avait dit au «patient» qu'il s'agissait d'une nouvelle drogue et que le test envisagé était tout à fait sûr, car on l'avait déjà effectué plusieurs fois auparavant. Cependant, en fait, la nouvelle drogue n'avait jamais été utilisée ni vérifiée auparavant et l'utilisation d'une nouvelle drogue anesthésique présentait un risque. Le «patient» qui a été finalement resuscité après un arrêt cardiaque a subi une lésion cérébrale. Le juge Hall qui parlait au nom de la Cour d'appel de la Saskatchewan et qui, comme le juge de première instance aux termes du verdict du jury, a conclu à la responsabilité des deux médecins qui ont fait l'expérience, s'est exprimé comme suit:

[TRADUCTION] Dans la pratique médicale ordinaire, pour être valable, le consentement que donne un patient à un médecin ou à un chirurgien, doit être un consentement «éclairé» donné librement. Le médecin a le devoir de donner une explication honnête et raisonnable du traitement proposé, y compris de l'effet probable et des risques particuliers ou inhabituels.

A mon avis, le devoir qu'ont les personnes faisant de la recherche médicale, comme les appelants Wyant et Merriman en l'espèce, envers ceux qui offrent de se soumettre à une expérience, comme l'intimé l'a fait ici, est au moins aussi grand sinon plus que le devoir du médecin généraliste ou du chirurgien envers son patient. Il ne peut y avoir d'exceptions aux exigences ordinaires de divulgation dans le cas de la recherche comme il peut

ordinary medical practice. The researcher does not have to balance the probable effect of lack of treatment against the risk involved in the treatment itself. The example of risks being properly hidden from a patient when it is important that he should not worry can have no application in the field of research. The subject of medical experimentation is entitled to a full and frank disclosure of all the facts, probabilities and opinions which a reasonable man might be expected to consider before giving his consent. The respondent necessarily had to rely upon the special skill, knowledge and experience of the appellants, who were, in my opinion, placed in the fiduciary position described by Lord Shaw of Dunfermline in *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 at p. 969.

In the view of the Court of Appeal, there were undisclosed or misrepresented facts and, it added, "[they] need not concern matters which directly cause the ultimate damage if they are of a nature which might influence the judgment upon which the consent is based".

I would refer also to *Male v. Hopmans*<sup>8</sup>, a judgment of the Ontario Court of Appeal. It affirmed the trial judge's finding of liability of a physician, an orthopedic surgeon, who treated a patient for a serious infection by the use of a drug which carried the risk of impairing the patient's hearing. The treatment in question was post-operative and was administered when it appeared that the patient had developed a serious pus condition in his left knee upon which an operation had been performed by the surgeon. The surgeon administered a drug which he had never used before, although knowing from the literature on it that it carried the risk of side effects. There was expert evidence that certain tests should have been carried out in the early stages of the treatment, and the trial judge found (and the Court of Appeal affirmed this finding) that the need for such tests ought to have been apparent to the surgeon but they were neither ordered nor made. The patient became completely deaf as a result of the treatment. It was on the ground of failure to order or make the tests that liability was imposed, this

<sup>8</sup> (1967), 64 D.L.R. (2d) 105.

bien en exister dans la pratique de la médecine générale. Le chercheur n'a pas à peser l'effet probable de l'absence de traitement contre les risques que comporte le traitement lui-même. L'exemple de risques que l'on peut à bon droit cacher à un patient, lorsqu'il est important qu'il ne s'inquiète pas, ne peut s'appliquer dans le domaine de la recherche. Le sujet d'une expérience médicale a droit à une divulgation entière et honnête de tous les faits, de toutes les probabilités et opinions dont un homme raisonnable pourrait normalement tenir compte avant de donner son consentement. L'intimé devait nécessairement s'en remettre à la compétence, à la connaissance et à l'expérience particulières des appelants, qui étaient, à mon avis, dans la position fiduciaire décrite par lord Shaw of Dunfermline dans l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 à la p. 969.

La Cour d'appel était d'avis qu'il y avait des faits non divulgués ou faussement présentés et elle a ajouté, [TRADUCTION] «il n'est pas nécessaire qu'ils se rapportent à ce qui a directement causé le dommage si leur nature est telle qu'ils pouvaient influencer le jugement sur lequel le consentement s'est fondé».

Je désire mentionner également *Male v. Hopmans*<sup>8</sup>, un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. Il confirme la conclusion du juge de première instance quant à la responsabilité du médecin, un chirurgien-orthopédiste, qui avait traité une infection grave avec une drogue qui risquait d'affaiblir l'ouïe du patient. Il s'agissait d'un traitement post-opératoire administré lorsqu'il est devenu évident que le patient souffrait d'une infection purulente grave au genou gauche opéré par le chirurgien. Le chirurgien a administré une drogue qu'il n'avait jamais utilisée auparavant, tout en sachant d'après les publications s'y rapportant qu'elle pouvait avoir des effets secondaires. Selon le témoignage des experts, certains tests auraient dû être effectués au début du traitement, et le juge de première instance a conclu (cette conclusion a été confirmée par la Cour d'appel) que le chirurgien aurait dû se rendre compte de leur nécessité, mais ils n'ont été ni prescrits ni faits. Le traitement a rendu le patient complètement sourd. Le chirurgien a été tenu responsable parce qu'il avait omis de prescrire ou de faire les tests; c'était le troisième moyen de

<sup>8</sup> (1967), 64 D.L.R. (2d) 105.

being the third ground of negligence charged against the surgeon.

*Male v. Hopmans* brought the New Zealand case of *Smith v. Auckland Hospital Board*<sup>9</sup>, on appeal<sup>10</sup>, into Canadian law, especially through the lengthy quotations by the trial judge from that case. The *Smith* case appears, with some caution, to formulate a professional medical standard for informed consent, as the following passage from the reasons of the trial judge in that case indicates (at pp. 250-251):

As it seems to me, the paramount consideration is the welfare of the patient, and given good faith on the part of the doctor, I think the exercise of his discretion in the area of advice must depend upon the patient's overall needs. To be taken into account should be the gravity of the condition to be treated, the importance of the benefits expected to flow from the treatment or procedure, the need to encourage him to accept it, the relative significance of its inherent risks, the intellectual and emotional capacity of the patient to accept the information without such distortion as to prevent any rational decision at all, and the extent to which the patient may seem to have placed himself in his doctor's hands with the invitation that the latter accept on his behalf the responsibility for intricate or technical decisions.

This duty appears to me to be governed by all the factors I have mentioned as they would be assessed and applied by a reasonably prudent medical practitioner; and the need to include descriptions of the adverse possibilities of treatment in the explanations must depend upon the significance which that prudent doctor in his patient's interests would reasonably attach to them in all the environment of the case. I certainly am not prepared to hold, in the absence of authority, that doctors should be distracted from their prime responsibility to care for the health of their patients by the thought that there is an almost automatic need to describe these possibilities in order to avoid a claim in negligence should something, by bad chance, go wrong.

*Male v. Hopmans* is not a case directly concerned with informed consent, but a portion of the reasons of Aylesworth J.A., who spoke for the Ontario Court of Appeal, bears on that issue,

<sup>9</sup> [1964] N.Z.L.R. 241.

<sup>10</sup> [1965] N.Z.L.R. 191.

négligence invoqué contre le chirurgien.

L'arrêt *Male v. Hopmans* a introduit dans le droit canadien l'arrêt néo-zélandais *Smith v. Auckland Hospital Board*<sup>9</sup>, en appel<sup>10</sup>, en raison particulièrement des longs extraits qu'en a cités le juge de première instance. L'arrêt *Smith* formule avec une certaine prudence une norme professionnelle médicale relativement au consentement éclairé, comme l'indique le passage suivant des motifs du juge de première instance dans cette affaire (aux pp. 250 et 251):

[TRADUCTION] A mon avis, la préoccupation principale est le bien-être du patient et, si le médecin est de bonne foi, je crois que l'exercice de sa discrétion quant aux renseignements à fournir dépendra de l'ensemble des besoins du patient. Il faudra tenir compte de la gravité de l'état du patient, de l'importance des bienfaits qui devraient résulter du traitement, de la nécessité de l'encourager à l'accepter, de l'importance relative de ses risques inhérents, de la capacité intellectuelle et émotionnelle du patient d'accepter l'information sans déformation au point d'empêcher une décision rationnelle, et de la mesure dans laquelle le patient peut sembler s'en être remis au médecin, lui laissant le soin d'accepter en son nom la responsabilité de décisions compliquées ou techniques.

A mon avis, ce devoir est régi par tous les facteurs que j'ai mentionnés tels qu'ils seraient évalués et appliqués par un médecin raisonnablement prudent; et la nécessité de décrire, lors des explications, les effets défavorables qui peuvent résulter du traitement doit être fonction de l'importance que ce médecin prudent devrait normalement leur accorder, dans l'intérêt de son patient, compte tenu de toutes les circonstances. Je ne suis certainement pas disposé à conclure, en l'absence de jurisprudence, que les médecins devraient se laisser distraire de leur responsabilité première, qui est de s'occuper de la santé de leurs patients, par la pensée qu'il est presque automatiquement nécessaire de décrire ces possibilités afin d'éviter une poursuite en responsabilité si, par malheur, quelque chose ne va pas.

L'arrêt *Male v. Hopmans* ne vise pas directement le consentement éclairé, mais une partie des motifs du juge Aylesworth, qui parlait au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, porte sur cette ques-

<sup>9</sup> [1964] N.Z.L.R. 241.

<sup>10</sup> [1965] N.Z.L.R. 191.



especially as it relates to a situation in which a patient who has a serious condition for which risky therapy or treatment is contemplated. So much depends on the particular facts, according to the Ontario Court of Appeal, when the question is whether the surgeon has a duty to warn the patient, and it may be relevant to that duty whether the patient is in a condition to make a choice.

I am far from persuaded that the surgeon should decide on his own not to warn of the probable risk of hearing or other impairment if the course of treatment contemplated is administered. A surgeon is better advised to give the warning, which may be coupled with a warning of the likely consequence if the treatment is rejected. The patient may wish to ask for a second opinion, whatever be the eminence of his attending physician. It should not be for that physician to decide that the patient will be unable to make a choice and, in consequence, omit to warn him of risks. Of course, on the view already expressed that, generally, there has been prior consent, the probable risks would be those that, if he was informed about them, would reasonably be expected to affect the patient's decision to submit or not to submit to a proposed operation or treatment. I find it difficult, however, to conclude that if there are probable risks (as opposed to mere possibilities such as those inherent in any operation or therapy, e.g. the risk of infection) they would not also be material in the sense of the objective standard that has been proposed in some writings and cases. Thus, in the article by Waltz and Scheuneman, referred to above, at p. 640 thereof, a proposed standard of materiality, adopted by the Court in *Canterbury v. Spence, supra*, is expressed as follows:

... [a] risk is ... material when a reasonable person, in what the physician knows or should know to be the patient's position, would be likely to attach significance to the risk or cluster of risks in deciding whether or not to undergo the proposed therapy.

No doubt, this invites a finding of fact upon which expert medical evidence of the judgment to be exercised would be admissible but not determina-

tion, particulièrement puisqu'elle se rapporte à une situation où un patient est dans un état grave pour lequel on envisage une thérapie ou un traitement qui présente des risques. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, les faits particuliers sont de première importance lorsqu'il s'agit de savoir si le chirurgien a le devoir de prévenir le patient, et il peut être pertinent à ce devoir de savoir si le patient est dans un état qui lui permet de faire un choix.

Je ne suis pas du tout convaincu que le médecin devrait décider de lui-même de ne pas prévenir le patient du risque probable pour l'ouïe ou d'autres risques si le traitement est administré. Il est préférable qu'un chirurgien fasse une mise en garde, qu'il peut assortir d'une autre mise en garde quant aux conséquences vraisemblables du refus de subir le traitement. Le patient peut désirer demander une deuxième opinion, quel qu'éminent que soit son médecin traitant. Ce médecin ne devrait pas décider que le patient est incapable de faire un choix et, en conséquence, omettre de le prévenir des risques. Bien sûr, compte tenu de l'opinion déjà exprimée qu'il y a généralement eu un consentement préalable, les risques probables seraient ceux qui, si le patient en avait été informé, pourraient raisonnablement modifier sa décision de subir ou de refuser l'opération ou le traitement. Il m'est difficile, toutefois, de conclure que s'il y a des risques probables (par opposition à de simples possibilités comme celles qui sont inhérentes à toute opération ou traitement, par ex. le risque d'infection), ils ne seraient pas aussi importants au sens de la norme objective qui a été mise de l'avant dans certains commentaires et arrêts. Ainsi, l'article de Waltz and Scheuneman, susmentionné, à la p. 640, propose-t-il la norme de l'importance du risque; cette norme adoptée par la cour dans *Canterbury v. Spence*, précité, est formulée comme suit:

[TRADUCTION] ... [un] risque est ... important lorsqu'une personne raisonnable, dans l'état du patient, que connaît ou devrait connaître le médecin, attacherait vraisemblablement de l'importance au risque ou à l'ensemble des risques en décidant si elle doit se soumettre au traitement envisagé ou le refuser.

Cela demande indubitablement de tirer une conclusion de fait pour laquelle le témoignage de médecins experts décrivant le jugement à exercer

tive. Indeed, since a particular patient is involved upon whom particular surgery is to be performed or particular therapy administered, and it is a duty of disclosure to him that affects the validity of his consent, evidence of medical experts of custom or general practice as to the scope of disclosure cannot be decisive, but at most a factor to be considered.

The case law on the question of informed consent or the duty of disclosure has exhibited a variety of classifications of risks involved in proposed surgery or therapy. Probable risks, which must be disclosed, have been contrasted with mere possibilities (as, for example, risks involved in any operation), but this dichotomy cannot be absolute because it ought to take note of whether a risk is or is not quite remote, and here the gravity of the consequences, if a risk should materialize, must be brought into account; for example, the risk of death, even if a mere possibility, as contrasted with some residual stiffness of a member of the body. A second classification, expressed in American cases and American writings, is that of material and immaterial risks. Under this classification possible risks whose consequences would be grave could well be regarded as material. Materially connotes an objective test, according to what would reasonably be regarded as influencing a patient's consent.

Then there is the language of special or unusual risks, in contrast to those inherent in any operation. This contrast was expressed by Morden J. in *Kelly v. Hazlett*<sup>11</sup>, at p. 319. If by special or unusual risks is meant merely probable risks, then this classification is substantially the same as the probable-possible one that I have already referred to, subject to qualifying possible risks by the gravity of the consequences if such a risk should materialize. Special or unusual risks may, however, go beyond those that are probable in respect of the

<sup>11</sup> (1976), 15 O.R. (2d) 290.

serait recevable sans être déterminant. En fait, puisqu'il s'agit d'un patient particulier sur lequel une opération chirurgicale particulière doit être pratiquée ou à qui un traitement particulier doit être administré et que c'est le devoir de divulgation à son égard qui touche son consentement, le témoignage des médecins experts sur l'usage ou la pratique générale quant à l'étendue de la divulgation ne peut être déterminant, tout au plus peut-il être un facteur à considérer.

La jurisprudence sur la question du consentement éclairé ou le devoir de divulguer propose plusieurs classifications des risques que comporte une opération chirurgicale ou un traitement envisagé. On a distingué les risques probables, qui doivent être divulgués, des simples possibilités (comme, par exemple, les risques qui existent dans toute opération), mais cette dichotomie ne peut être absolue parce qu'elle doit tenir compte de la question de savoir si un risque est ou n'est pas élevé et alors il faut considérer la gravité des conséquences si un risque devait se réaliser; par exemple, le risque de décès, même s'il n'est qu'une simple possibilité, par opposition à une raideur résiduelle d'un membre. Une deuxième classification formulée dans la jurisprudence et la doctrine américaines, est celle des risques importants et peu importants. Selon cette classification, les risques possibles dont les conséquences pourraient être graves pourraient bien être considérés comme importants. L'importance connote un critère objectif selon ce que l'on pourrait raisonnablement considérer comme ayant une influence sur le consentement du patient.

Ensuite on parle de risques particuliers ou inhabituels par opposition aux risques inhérents à toute opération. Cette distinction a été formulée par le juge Morden dans *Kelly v. Hazlett*<sup>11</sup>, à la p. 319. Si l'expression risques particuliers ou inhabituels désigne seulement les risques probables, cette classification est alors essentiellement la même que celle des risques probables ou possibles dont j'ai déjà parlé, sauf que les risques possibles peuvent être décrits par la gravité des conséquences si pareils risques se réalisent. Cependant, les risques

<sup>11</sup> (1976), 15 O.R. (2d) 290.

surgery or therapy involved in a particular case and could relate to serious consequences in the particular instance even if the risk be a mere possibility. On this view, the classification is incomplete, in not taking account of probable risks. Of course, if specific questions are asked, this introduces another element but here the evidence touching the specific character of the question will first have to be assessed.

In summary, the decided cases appear to indicate that, in obtaining the consent of a patient for the performance upon him of a surgical operation, a surgeon, generally, should answer any specific questions posed by the patient as to the risks involved and should, without being questioned, disclose to him the nature of the proposed operation, its gravity, any material risks and any special or unusual risks attendant upon the performance of the operation. However, having said that, it should be added that the scope of the duty of disclosure and whether or not it has been breached are matters which must be decided in relation to the circumstances of each particular case.

The present case is not one which calls for more refinement of issues touching the duty of disclosure and its extent. In my view, the findings of the trial judge make this unnecessary. There are, however, certain observations in the majority reasons of the Alberta Appellate Division to which I wish to refer. I cannot agree with Morrow J.A. when he said, in the concluding summarizing passage of his reasons, quoted above, that there was manifest error in the trial judge's acceptance of the expert evidence that the particular operation could be carried out in Lethbridge as well as in Calgary, if without complication. The appellant also so testified and, on the whole evidence, including that which described the operation performed by the appellant as a routine disc operation, it was open to the trial judge to make the findings that he did make.

I agree, of course, that if Morrow J.A. meant that the patient had not been properly informed of

particuliers ou inhabituels peuvent dépasser ceux que la chirurgie ou le traitement envisagé rend probables dans un cas particulier et pourraient se rapporter aux conséquences graves du cas précis même si le risque n'était qu'une simple possibilité. De ce point de vue, la classification est incomplète puisqu'elle ne tient pas compte des risques probables. Bien sûr, si des questions précises sont posées, un autre élément entre en jeu mais, alors, la preuve concernant le caractère précis de la question devra d'abord être évaluée.

En résumé, la jurisprudence indique qu'en obtenant le consentement d'un patient à une opération chirurgicale sur sa personne, un chirurgien doit, généralement, répondre aux questions précises que lui pose le patient sur les risques courus et doit, sans qu'on le questionne, lui divulguer la nature de l'opération envisagée, sa gravité, tous risques importants et tous risques particuliers ou inhabituels que présente cette opération. Cependant, ceci dit, il faut ajouter que l'étendue du devoir de divulguer et la question de savoir s'il y a eu manquement sont des questions qu'il faut décider en tenant compte des circonstances de chaque cas particulier.

La présente affaire n'en est pas une qui demande d'élaborer davantage sur les questions concernant le devoir de divulguer et sa portée. A mon avis, il n'est pas nécessaire de le faire vu les conclusions du juge de première instance. Cependant, je désire mentionner certaines remarques faites dans l'opinion majoritaire de la Cour d'appel de l'Alberta. Je ne peux être d'accord avec le juge Morrow lorsqu'il dit, dans le dernier passage susmentionné de ses motifs, où il résume son opinion, que le juge de première instance a fait une erreur manifeste en acceptant le témoignage des experts portant que l'opération en cause pouvait être pratiquée aussi bien à Lethbridge qu'à Calgary, s'il n'y avait pas de complications. L'appellant a également témoigné dans ce sens et, compte tenu de l'ensemble de la preuve, y compris celle qui décrit l'opération pratiquée par l'appellant comme une opération discale courante, le juge de première instance pouvait conclure comme il l'a fait.

Il en serait autrement si le juge Morrow voulait dire que le patient n'avait pas été correctement

the risks, whether or not the operation could be performed as well in Lethbridge as in Calgary, it was for him to decide where it should be performed. However, the record does not support a conclusion that the plaintiff had made the question of the place of performance of the operation central to his consent or that the appellant had failed to provide the information that was requested.

Morrow J.A. made two statements going to causation and to damages which I also cannot accept. The first statement is as follows:

... The evidence does leave it open for the trial judge to have reasonably found that had the operation been in Calgary, rather than in Lethbridge (accepting that there would have been consent to the operation in any event) the problem which arose from the first operation and which made the second operation necessary might at least have been discovered earlier with less possible neurological deficit.

This goes against the findings of the trial judge that (1) it could not be said that the permanent disability of the respondent had not occurred as a result of the original disc condition and (2) he was not satisfied that the extruded portion of the disc removed by the second operation was present when the appellant operated. Morrow J.A.'s reasons, at the most, go to suggest that the patient might possibly have suffered less damage if he had gone to Calgary in the first place. This was highly conjectural and cannot form the basis of a judgment for the patient. Morrow J.A. also appeared to found liability on the following basis (this being the second statement that I question):

... One cannot read the testimony of the appellant without gathering that in his own mind, whether it is justified or not, he has been left with the feeling that his lengthy period of recuperation and the second operation and indeed his present poor condition, is to be a considerable degree attributable to the efforts of the respondent.

This is not a tenable ground, however sympathetic one is inclined to be with the respondent's present plight.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Alberta Appellate Division and restore the

informé des risques, entre subir l'opération à Lethbridge ou à Calgary. Il lui appartiendrait alors de décider où elle devait être pratiquée. Cependant, le dossier ne permet ni de conclure que le demandeur faisait dépendre son consentement du lieu de l'opération ni que l'appelant n'a pas donné le renseignement demandé.

Le juge Morrow a fait deux déclarations relatives à la causalité et aux dommages-intérêts que je ne peux accepter. Voici la première:

[TRADUCTION] ... D'après la preuve, il était loisible au juge de première instance de conclure raisonnablement que si l'opération avait été pratiquée à Calgary plutôt qu'à Lethbridge (en admettant qu'il y aurait eu consentement à l'opération dans les deux cas), le problème qui s'est posé suite à la première opération et qui a nécessité la seconde opération aurait pu au moins être découvert plus tôt et peut-être causer une déficience neurologique moindre.

Cela est contraire aux conclusions du juge de première instance qu' (1) on ne peut pas dire que l'incapacité permanente de l'intimé n'est pas le résultat de l'état initial du disque et (2) il n'était pas convaincu que la matière discale herniée enlevée à la seconde opération était présente lorsque l'appelant a opéré la première fois. Les motifs du juge Morrow suggèrent tout au plus que le patient aurait peut-être subi des dommages moindres s'il était allé à Calgary au départ. C'est hautement hypothétique et ne peut servir de fondement à un jugement en faveur du patient. Le juge Morrow fonde apparemment aussi la responsabilité sur le moyen suivant (c'est la deuxième déclaration que je mets en doute):

[TRADUCTION] ... On ne peut lire le témoignage de l'appelant sans comprendre qu'à tort ou à raison, il a l'impression que sa longue convalescence, la seconde opération et, en fait, son mauvais état de santé actuel sont en grande partie attribuables aux tentatives de l'intimé.

Ce moyen ne peut tenir, malgré la grande sympathie que l'on peut avoir pour l'état de santé actuel de l'intimé.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Division d'appel de l'Alberta et de

judgment of Brennan J. dismissing the action. The appellant is entitled to costs throughout. The cross-appeal is dismissed without costs.

*Appeal allowed with costs; cross-appeal dismissed without costs.*

*Solicitors for the defendant, appellant: Jones, Black & Co., Calgary.*

*Solicitors for the plaintiff, respondent: Babki & Co., Lethbridge.*

rétablir le jugement du juge Brennan qui rejette l'action. L'appelant a droit aux dépens dans toutes les cours. Le contre-appel est rejeté sans dépens.

*Pourvoi accueilli avec dépens; contre-appel rejeté sans dépens.*

*Procureurs du défendeur, appellant: Jones, Black & Co., Calgary.*

*Procureurs du demandeur, intimé: Babki & Co., Lethbridge.*