

Jan Ostrowski and Slawomira Ostrowski
(Plaintiffs) Appellants;

and

Dr. Wallace N. Lotto (Defendant)
Respondent.

1972: March 28, April 26, 27; 1972; October 18.

Present: Martland, Judson, Ritchie, Hall and Spence JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO.

Physicians and surgeons—McMurray osteotomy—Patient seeking to attribute disabilities to negligence of surgeon—No want of reasonable care and skill on part of surgeon—No such lack in surgeon's interpretation of X-rays or in post-operative treatment.

The respondent, the chief of orthopaedic services at the Toronto Western Hospital, on October 1, 1963, performed an operation, known as a McMurray osteotomy, on the appellant's left leg. The operation was made necessary by the constant pain being suffered by the appellant as a result of the deterioration of her hip occasioned by the heavy work which she had undertaken in the years following a bone fracture in 1954 and a subsequent operation performed by the respondent's predecessor. After the operation the appellant remained in the hospital until January 1964, when she was moved to a convalescent hospital. She remained there for two months and was discharged on March 9th.

In a report made before the appellant was moved to the convalescent hospital, the respondent "found it difficult to be sure" from the X-rays and radiologists' reports then available exactly what the situation was with respect to union developing at the osteotomy site and he contemplated the possibility of non-union and a further operation. Following the appellant's discharge, the respondent reported that "there is some external rotation of the left lower extremity and there is approximately three-quarters of an inch shortening of the left lower extremity." He recommended that the patient should "go home and mobilize herself" for two or three

Jan Ostrowski et Slawomira Ostrowski
(Demandeurs) Appelants;

et

Dr. Wallace N. Lotto (Défendeur)
Intimé.

1972: les 28 mars et 26 et 27 avril; 1972: le 18 octobre.

Présents: Les Juges Martland, Judson, Ritchie, Hall et Spence.

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

Médecin et chirurgien—Ostéotomie McMurray—Patiente cherchant à attribuer son incapacité à la négligence du chirurgien—Aucun manque de diligence et d'habileté raisonnables de la part du chirurgien—Interprétation des radiographies par le chirurgien ou le traitement postopératoire non entachés de pareil défaut.

L'intimé, chef des services orthopédiques de l'hôpital Toronto Western, a effectué une opération, connue sous le nom d'ostéotomie McMurray, sur la jambe gauche de l'appelante le 1^{er} octobre 1963. L'opération s'est avérée nécessaire à cause de la douleur constante qu'éprouvait l'appelante par suite de la détérioration de sa jambe, détérioration occasionnée par les gros travaux qu'elle avait entrepris au cours des années qui ont suivi la fracture de sa hanche en 1954 et l'opération subséquente effectuée par le docteur à qui l'intimé a succédé. Après l'opération, l'appelante est demeurée à l'hôpital jusqu'en janvier 1964, alors qu'elle a été transférée à une maison pour convalescents. Elle y est demeurée deux mois et a reçu son congé le 9 mars.

Dans un rapport fait avant que l'appelante ne soit transférée à l'hôpital pour convalescents, l'intimé a conclu qu'il était «difficile d'être sûr», d'après les radiographies et les rapports des radiologistes à sa disposition, de la situation exacte de la consolidation et envisageait réellement la possibilité d'une absence de consolidation et d'une autre opération. Après que l'appelante a reçu son congé, l'intimé a fait rapport que «l'on constate une certaine rotation externe du membre inférieur gauche, qui mesure environ trois quarts de pouce de moins». Il a recommandé que la patiente rentre chez elle et vaille à ses occupations deux ou trois mois avant de re-

months when the case should be reviewed with further X-rays so that he could form a final opinion.

The appellant, however, ignored the respondent's instructions so that he never had an opportunity to make a final assessment of her condition. She consulted a family physician who referred her to a radiologist in New York where further X-rays were taken and the case was further referred to an orthopaedic specialist. The New York consultations were held about a month and a half after the appellant's discharge from the convalescent hospital. The orthopaedic specialist found that, at that time, the left leg was approximately two inches short, had external rotation of 45° and that the bone had failed to unite at the site of the operations.

In an action for damages, the respondent was found by the trial judge to have been negligent in performing the operation and in failing to accord the appellant the requisite post-operative treatment. The appellant was awarded damages in the amount of \$7,500. On appeal to the Court of Appeal, the judgment at trial was set aside. On appeal to this Court, the appellant sought to have the finding at trial restored and the damage award increased so as to compensate her for the deterioration in her nervous condition which she attributed to the suffering that she underwent as a result of the operation and subsequent treatment.

Held: The appeal should be dismissed.

The medical opinion as a whole clearly established that there was no want of reasonable care and skill in the performance of the operation, and the Court was satisfied on the evidence that there was no such lack in the respondent's interpretation of the X-rays or in the post-operative treatment.

Wilson v. Swanson, [1956] S.C.R. 804, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, allowing an appeal from a judgment of Keith J. Appeal dismissed.

J. P. Nelligan, Q.C., A. Linden and C. Callan-Jones, for the plaintiff, appellant.

D. K. Laidlaw, Q.C., for the defendant, respondent.

venir pour que son cas soit examiné et d'autres radiographies prises de façon qu'il puisse former une opinion finale.

L'appelante a décidé de ne pas tenir compte des directives de l'intimé, de sorte que ce dernier n'a jamais eu l'occasion de faire une appréciation finale de son état. Elle a consulté un médecin de famille qui l'a adressée à un radiologiste de New York qui a fait prendre d'autres radiographies; son cas a alors été soumis à un spécialiste en orthopédie. Les consultations à New York ont eu lieu environ un mois et demi après la sortie de l'appelante de l'hôpital pour convalescents. Ce spécialiste a conclu qu'à cette époque-là, sa jambe gauche mesurait environ deux pouces de moins qu'avant, que la rotation externe était d'environ 45° et que l'os ne s'était pas ressoudé au foyer des opérations.

Dans une action pour dommages-intérêts, le juge de première instance a conclu que l'intimé avait commis une négligence en effectuant l'opération et en omettant de donner à l'appelante le traitement postopératoire requis. Il a accordé à l'appelante des dommages-intérêts s'élevant à la somme de \$7,500. Ce jugement a été infirmé par la Cour d'appel. Dans son appel à cette Cour, l'appelante cherche à faire rétablir la décision rendue en première instance et à obtenir une augmentation du montant des dommages-intérêts de façon à être indemnisée de la détérioration de son état nerveux attribuable, selon elle, aux souffrances qu'elle a endurées par suite de l'opération et du traitement postopératoire.

Arrêt: L'appel doit être rejeté.

L'opinion médicale, dans son ensemble, établit clairement qu'il n'y a pas eu manque de diligence et d'habileté raisonnables au cours de l'opération, et la Cour est convaincue, eu égard à la preuve, que l'interprétation des radiographies par l'intimé ou le traitement postopératoire ne sont pas entachés de pareil défaut.

Arrêt mentionné: *Wilson c. Swanson*, [1956] R.C.S. 804.

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario¹, infirmant un jugement du Juge Keith. Appel rejeté.

J. P. Nelligan, C.R., A. Linden et C. Callan-Jones, pour la demanderesse, appelante.

D. K. Laidlaw, C.R., pour le défendeur, intimé.

¹ [1971] 1 O.R. 372, 15 D.L.R. (3d) 402.

¹ [1971] 1 O.R. 372, 15 D.L.R. (3d) 402.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal of Ontario setting aside the judgment rendered at trial by Mr. Justice Keith whereby he found the respondent to have been negligent in performing an operation, known as a McMurray osteotomy, on the appellant's left leg just below the hip joint on October 1, 1963, and in failing to accord her the requisite post-operative treatment. Mr. Justice Keith had awarded the appellant damages in the amount of \$7,500.

In this appeal the appellant seeks to have the finding at trial restored and the damage award increased so as to compensate her for the deterioration in her nervous condition which she attributes to the suffering that she underwent as a result of the operation and subsequent treatment.

The appellant, who was fifty-eight at the time of the operation complained of, had emigrated with her husband to Canada in 1947 where they acquired a property near Huntsville, Ontario, which they logged, improved and built upon and on which, by 1963, they were operating a tourist resort. The appellant appears to have taken part in the heavy work involved in clearing the land and in December 1952, while engaged in logging operations, she dislocated her hip and fractured the acetabulum. She was admitted to the Toronto Western Hospital on December 13th, where an operation was performed on her hip by Dr. A. W. M. White who was then the chief of the orthopaedic services at that hospital. The operation disclosed that:

The posterior aspect of the hip joint capsule had been badly lacerated and a large fragment... had been broken off the posterior lip of the acetabulum; and smaller fragments had also been broken off.

The nature of the operation performed by Dr. White is best described in the words of his own report made to the Workmen's Compensation Board on the same day that he performed it. He there said:

The loose fragments were removed and the two impacted fragments were also removed. The disloca-

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Le présent appel est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario infirmant le jugement rendu en première instance par le Juge Keith qui a conclu que l'intimé avait commis une négligence en effectuant une opération, connue sous le nom d'ostéotomie McMurray, sur la jambe gauche de l'appelante, juste au-dessous de l'articulation de la hanche, le 1^{er} octobre 1963, et en omettant de donner à l'appelante le traitement postopératoire requis. Le Juge Keith avait accordé à l'appelante des dommages-intérêts s'élevant à la somme de \$7,500.

Dans le présent appel, l'appelante cherche à faire rétablir la décision rendue en première instance et à obtenir une augmentation du montant des dommages-intérêts de façon à être indemnisée de la détérioration de son état nerveux attribuable, selon elle, aux souffrances qu'elle a endurées par suite de l'opération et du traitement postopératoire.

L'appelante, âgée de cinquante-huit ans au moment de l'opération en question, a immigré au Canada avec son mari en 1947; ils ont acquis une propriété près de Huntsville, Ontario, qu'ils ont déboisée et aménagée, sur laquelle ils ont construit des bâtiments et où, en 1963, ils exploitaient un centre touristique. L'appelante paraît avoir pris part aux gros travaux de déblayage et en décembre 1952, alors qu'elle participait à l'abattage des arbres, elle s'est disloqué une hanche et fracturé le cotyle. Elle a été admise à l'hôpital Toronto Western le 13 septembre; le docteur A. W. M. White, alors chef des services orthopédiques de cet hôpital, l'a opérée à la hanche. L'opération a révélé ce qui suit:

[TRADUCTION] La face postérieure de la capsule de l'articulation de la hanche a été sévèrement lacérée et un fragment volumineux... s'est détaché du rebord postérieur du cotyle; des fragments plus petits se sont également détachés.

La nature de l'opération effectuée par le docteur White ne peut être mieux décrite que dans le rapport qu'il a fait à la Commission des accidents du travail le jour de l'opération. Il y dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Les fragments libres ont été enlevés et les deux fragments se chevauchant ont également été

tion was reduced, and the large fragment still attached to the capsule was replaced in what seemed to be its normal position and fixed there by one screw nail. It seemed quite stable following this fixation. The incision was then closed and the left limb immobilized on a Thomas splint with the hip in abduction.

This operation was not effective to reduce the severe pain and in 1954 Dr. White removed the screw nail but the appellant thereafter continued to work vigorously at the tourist resort with resultant periodic attacks of severe pain in her hip and legs. These attacks usually lasted about two weeks, but sometime in 1962 the pain became continuous and progressively worse and it was under these circumstances that the Workmen's Compensation Board referred the appellant to the respondent for his opinion on July 2, 1963.

The respondent, who succeeded Dr. A. W. M. White as chief of orthopaedic services at the Toronto Western Hospital, is a highly reputable and distinguished orthopaedic surgeon who is an assistant professor of surgery at the University of Toronto, chairman of the medical advisory board of the Rehabilitation Foundation of the Disabled, a member of the board of governors of Hillcrest Convalescent Hospital and a special consultant to the Workmen's Compensation Board.

The report made by the respondent to the Workmen's Compensation Board after having seen the appellant on July 2, 1963, read, in part, as follows:

She describes the pain at night that keeps her awake as a severe toothache like pain going from the hip and radiating down the leg, to below the knee. She has sharp discomfort on movement, particularly posteriorly and she noticed decreased movement of her hip in that she had more difficulty in getting her shoe and stocking on on the left side and she feels that the hip is weak and is unable to actively cross her leg over her right. At times the left hip will collapse under her and tend to make her fall. Prior to last summer she was able to get her shoe and stockings on but with a little difficulty...

enlevés. La dislocation a été réduite; le fragment volumineux encore rattaché à la capsule a été remplacé dans ce qui semblait être sa position normale et y a été fixé à l'aide d'une vis. Il semblait passablement stable après cette fixation. L'incision a alors été refermée et le membre gauche immobilisé à l'aide d'une attelle Thomas, la hanche en abduction.

Cette opération n'a pas réussi à diminuer la violente douleur et en 1954 le docteur White a enlevé la vis, mais par la suite, l'appelante a continué à travailler énergiquement au centre touristique, ce qui a provoqué des crises périodiques de douleur violente à la hanche et aux jambes. Ces crises duraient habituellement deux semaines environ, mais à un moment donné, en 1962, la douleur est devenue continue et s'est progressivement aggravée; c'est dans ces circonstances que la Commission des accidents du travail a adressé l'appelante à l'intimé, le 2 juillet 1963, pour obtenir son opinion.

L'intimé, qui a succédé au docteur A. W. M. White dans les fonctions de chef des services orthopédiques de l'hôpital Toronto Western, est un très réputé et distingué chirurgien en orthopédie; il est professeur assistant en chirurgie à l'université de Toronto, président du Medical Advisory Board of the Rehabilitation Foundation of the Disabled, membre du conseil d'administration du Hillcrest Convalescent Hospital et conseiller spécial de la Commission des accidents du travail.

Voici une partie du rapport que l'intimé a présenté à la Commission des accidents du travail après avoir vu l'appelante le 2 juillet 1963:

[TRADUCTION] Elle compare la douleur qui la tient éveillée la nuit à la douleur que cause une rage de dents; la douleur part de la hanche et irradie dans la jambe jusqu'en dessous du genou. La patiente est fortement incommodée lorsqu'elle se meut, particulièrement du côté dorsal et elle a remarqué que sa hanche est moins mobile en ce sens qu'elle a plus de difficulté à mettre son soulier et son bas du côté gauche; elle sent que sa hanche est faible et sa jambe gauche ne peut d'elle-même se poser sur sa jambe droite. Parfois, sa hanche gauche cède sous elle, manquant de la faire tomber. Jusqu'à l'été dernier, elle pouvait mettre son soulier et son bas, mais avec un peu de difficulté...

This woman has an osteoarthritis secondary to her fracture dislocation of the hip and she is having sufficient pain that I think surgical treatment is indicated. I would prefer to leave her with a movable hip. . . . I think there is considerable damage to the acetabulum itself and I would think the procedure most likely to give the best result for the longest time, would be a MacMurray type Osteotomy. . . .

. . . if the Board are in agreement we will admit her to the Toronto Western Hospital at the end of September for the operative procedure described above.

The medical details of the MacMurray operation which was performed by the respondent on the appellant's left hip on October 1, 1963, are fully described and discussed in the reasons for judgment at trial and in the Court of Appeal, but for the purposes of this appeal I only find it necessary to consider the evidence having a direct bearing on the origins of the disabilities which the appellant seeks to attribute to the negligence of Dr. Lotto.

As I have indicated, the operation was made necessary by the constant pain being suffered by the appellant as a result of the deterioration of her hip occasioned by the heavy work which she had undertaken in the years following the bone fracture in 1954 and subsequent operation by Dr. White.

The description of the operation contained in the respondent's report of October 3, 1963, reads in part, as follows:

The shaft of the femur was then displaced inwards and was held with a blade plate in satisfactory position. A portable X-ray was taken at the time of operation of the hip. The lower shaft of the femur was slightly abducted at the osteotomy site. The incision was closed in layers and the patient returned to her bed in good condition.

I think she will be three or four months before this osteotomy has healed and I think she should have a considerable reduction in the amount of pain from this arthritic joint.

After the operation the appellant remained in the Toronto Western Hospital, where she proved a most difficult and complaining patient, until

Cette femme souffre d'ostéoarthrite par suite de la dislocation et fracture de sa hanche; elle souffre suffisamment pour que je crois indiqué un traitement chirurgical. Je préférerais maintenir la hanche mobile Je crois que le cotyle est lui-même considérablement endommagé et j'estime que ce qui aurait à longue échéance le meilleur résultat serait une ostéotomie du genre MacMurray

. . . avec l'accord de la Commission, nous l'admettrons à l'hôpital Toronto Western à la fin de septembre pour pratiquer l'intervention ci-dessus décrite.

Les détails médicaux de l'opération MacMurray effectuée par l'intimé sur la hanche gauche de l'appelante le 1^{er} octobre 1963 sont décrits et discutés au long dans les motifs du jugement de première instance et de la Cour d'appel, mais aux fins du présent appel, j'estime nécessaire d'examiner uniquement la preuve qui porte directement sur l'origine de l'incapacité que l'appelante cherche à attribuer à la négligence du docteur Lotto.

Comme je l'ai signalé, l'opération s'est avérée nécessaire à cause de la douleur constante qu'éprouvait l'appelante par suite de la détérioration de sa hanche, détérioration occasionnée par les gros travaux qu'elle avait entrepris au cours des années qui ont suivi la fracture de sa hanche en 1954 et l'opération subséquente effectuée par le docteur White.

Suit un extrait de la description de l'opération dans le rapport que l'intimé a fait le 3 octobre 1963:

[TRADUCTION] La diaphyse fémorale a alors été déplacée vers l'intérieur et maintenue dans la position voulue par une mince plaque. Une radiographie a été prise au moment de l'opération de la hanche. L'extrémité inférieure de la diaphyse fémorale a été légèrement mise en abduction à l'endroit de l'ostéotomie. L'incision a été refermée par couches et la patiente a été ramenée à sa chambre dans un état satisfaisant.

Je crois que l'ostéotomie sera guérie dans trois ou quatre mois; je crois que la douleur causée par cette articulation arthritique devrait être considérablement réduite.

Après l'opération, l'appelante est demeurée à l'hôpital Toronto Western, où elle s'est avérée une patiente très difficile et plaignarde; en jan-

January 1964, when she was moved to the Hillcrest Convalescent Hospital. Once again I find the most satisfactory evidence of her condition during the ensuing months to be contained in the reports made by the respondent to the Workmen's Compensation Board. Before she was moved to the convalescent hospital he reported, in part, as follows:

This woman's post-operative course has been fairly painful. She has had a great many worries which have aggravated her and she has been a most difficult patient for the nurses and physiotherapists to manage. At the present time she does have some discomfort in her hip. The exact amount is hard to be sure of. She does seem to be more settled and less agitated about things going on. X-rays show the displacement osteotomy has remained in good position. *One wonders whether there is a delayed union developing at the osteotomy site. However it is difficult to be sure of this. . . .* It is possible that if there truly is a non-union or delayed union at the osteotomy site we may well need to operate on her again. In view of her generalized agitation and difficulty in adjusting to the hospital situation I dread this eventuality if it should occur.

The italics are my own.

The appellant remained in the convalescent hospital for two months and after her discharge on March 9th, the respondent made the following report:

This woman is at Hillcrest Convalescent Hospital. I expect within the next day or so she will be going home. She is commencing weight-bearing and really I believe is having less and less discomfort from her left hip. There is some external rotation of the left lower extremity and there is approximately three-quarters of an inch shortening of the left lower extremity.

This woman has been exceedingly difficult to manage. She is terribly upset about the possibility of those deformities and feels she will be unable to do any form of work at all with three-quarters of an inch shortening even though her pain I think is diminishing to the point where she has to admit this is true. She has thus far refused to accept the lift for her left shoe which I think would make things considerably easier for her and she is having some discomfort in her right hip and in her lower back. For many

vier 1964, elle a été transférée au Hillcrest Convalescent Hospital. Ici encore, j'estime que la preuve la plus satisfaisante de son état au cours des mois qui ont suivi se trouve dans les rapports de l'intimé à la Commission des accidents du travail. Avant que sa patiente soit transférée à l'hôpital pour convalescents, l'intimé a établi un rapport dont voici un extrait:

[TRADUCTION] Le rétablissement postopératoire de cette femme a été passablement difficile. Elle a eu de nombreux soucis, et elle a causé beaucoup de difficultés aux infirmières et aux physiothérapeutes. En ce moment, elle éprouve un certain malaise à la hanche. Il est difficile d'apprécier avec certitude l'importance de ce malaise. Elle semble être plus calme, moins agitée au sujet des événements. Les radiographies montrent que l'os déplacé au cours de l'ostéotomie a gardé la bonne position. *On peut se demander s'il y a retard de consolidation au foyer de l'ostéotomie. Toutefois, il est difficile d'en être sûr. . . .* Il est possible, s'il y a absence de consolidation ou retard de consolidation au foyer de l'ostéotomie, que nous soyons peut-être obligés d'opérer la patiente de nouveau. Étant donné son agitation générale et la difficulté qu'elle éprouve à s'adapter à sa situation d'hospitalisée, je crains cette éventualité.

J'ai mis des mots en italique.

L'appelante est demeurée deux mois à l'hôpital pour convalescents; lorsqu'elle a reçu son congé le 9 mars, l'intimé a fait le rapport suivant:

[TRADUCTION] Cette femme se trouve au Hillcrest Convalescent Hospital. Je m'attends à ce qu'elle retourne chez elle d'ici un jour ou deux. Elle commence à prendre du poids; réellement, je crois que les malaises qu'elle éprouve à la hanche gauche vont en diminuant. On constate une certaine rotation externe du membre inférieur gauche, qui mesure environ trois quarts de pouce de moins.

Il a été très difficile de traiter cette patiente. La possibilité de ces difformités l'inquiète énormément; elle croit qu'elle ne pourra effectuer aucun genre de travail si sa jambe se trouve raccourcie de trois quarts de pouce, bien que, à mon avis, sa douleur diminue au point qu'elle doive l'admettre. Jusqu'ici, elle a refusé d'accepter une semelle rehaussante pour son soulier gauche, ce qui, à mon avis, lui faciliterait les choses; elle éprouve un certain malaise à la hanche droite et au bas du dos. Depuis de nom-

years she has had discomfort in her feet in wearing ordinary shoes and apparently cannot stand the pressure of the uppers. I would think she should be allowed to go home and mobilize herself with two canes and gradually increase her activities over the next two or three months. I think she will have to be reviewed at that time with X-rays of her hip and examination and an assessment made as to what her status is.

I have quoted at such length from the respondent's reports to the Workmen's Compensation Board because I accept them as constituting an assessment of the appellant's condition before, during and after the operation, made by a conscientious and highly qualified orthopaedic surgeon in the discharge of his function as a special consultant to the Board. These reports reflect the best opinion of an orthopaedic specialist as to the appellant's condition while she was under his care. It is clear that when she was released Dr. Lotto envisaged the possibility of non-union and dreaded the further possibility of it being necessary for this very disturbed and difficult patient having to undergo a further operation. At the time of her discharge it was clearly his opinion that the best course for the appellant to follow was to gradually increase her activities over the next two or three months and to then return for further X-rays to enable him to reassess her status. This was undoubtedly an opinion honestly held by an expert in the orthopaedic field and it would require the strongest possible evidence to satisfy me that he was wrong much less that he was negligent.

The appellant, who now complains of negligence in her post-operative care, elected to ignore the respondent's instructions so that he never had an opportunity to make a final assessment of her condition. She consulted her family physician who referred her to a radiologist in New York where further X-rays were taken and the case was further referred to Dr. McLaughlin, an orthopaedic specialist who was obviously regarded by the appellant's advisors as a leading authority in his field. The New York consultations were held in late April, 1964, about a month and a half after the appellant's discharge from the convalescent hospital, and the McLaughlin opinion is strongly relied on by the appellant as showing

breuses années, elle supporte mal le port de souliers ordinaires et ne peut apparemment pas endurer la pression des empeignes. A mon avis, elle devrait pouvoir rentrer chez elle et se déplacer à l'aide de deux cannes; elle devrait reprendre graduellement ses activités au cours des deux ou trois prochains mois. Je crois qu'il faudra alors prendre des radiographies de sa hanche, l'examiner et faire une appréciation de son état.

Si je cite une si grande partie des rapports de l'intimé à la Commission des accidents du travail, c'est que je les accepte comme constituant une appréciation de l'état de l'appelante avant, durant et après l'opération, faite par un chirurgien en orthopédie consciencieux et hautement compétent dans l'accomplissement de ses fonctions de conseiller spécial de la Commission. Ces rapports traduisent l'opinion d'un spécialiste en orthopédie sur l'état de l'appelante pendant qu'il soignait celle-ci. Il est clair que lorsque sa patiente a reçu son congé de l'hôpital, le docteur Lotto envisageait la possibilité d'une absence de consolidation et redoutait en outre la possibilité que cette patiente difficile et très agitée doive subir une autre opération. A l'époque où sa patiente a reçu son congé de l'hôpital, l'intimé était clairement d'avis que le mieux pour l'appelante était de reprendre graduellement ses activités au cours des deux ou trois mois qui suivraient puis de revenir pour d'autres radiographies afin qu'il puisse apprécier son état. C'était indubitablement l'opinion sincère d'un expert dans le domaine de l'orthopédie; il faudrait apporter une preuve très forte pour me convaincre qu'il s'est trompé, voire qu'il s'est montré négligent.

L'appelante, qui se plaint maintenant de négligence dans les soins postopératoires qu'elle a reçus, a décidé de ne pas tenir compte des directives de l'intimé, de sorte que ce dernier n'a jamais eu l'occasion de faire une appréciation finale de son état. Elle a consulté son médecin de famille qui l'a adressée à un radiologiste de New York qui a fait prendre d'autres radiographies; son cas a alors été soumis au docteur McLaughlin, spécialiste en orthopédie qui est de toute évidence considéré par les conseillers de l'appelante comme une autorité en la matière. Les consultations à New York ont eu lieu à la fin d'avril 1964, environ un mois et demi après la sortie de l'appelante de l'hôpital pour convalescents; l'appelante

that, at that time, the left leg was approximately two inches short, had external rotation of about 45° and that the bone had failed to unite at the site of the operations. Dr. Lotto, who had taken measurements himself, testified that the leg shortage was $\frac{3}{4}$ of an inch after the operation and the external rotation was 15° when the appellant was discharged from Hillcrest. The respondent gave it as his opinion that the additional shortening and external rotation could, medically speaking, have occurred after the patient left his care. I cannot believe that the respondent would have reported a $\frac{3}{4}$ of an inch shortening, as he did to the Workmen's Compensation Board on March 11th, without having measured the leg, nor can I accept the suggestion that a man of his competence was so inept as to make a mistake of $1\frac{1}{4}$ inches in his measurement. I accordingly accept the respondent's opinion that the additional shortening did in fact occur in the month and a half after he last examined the appellant.

Although Dr. McLaughlin gave no evidence, his written opinion was entered as an exhibit and was accepted by the appellant and her advisers. This opinion is, in my view, particularly significant as containing an assessment of the case by a recognized orthopaedic specialist whose conclusions in many respects appear to me to coincide with those of the respondent. His comments on the operation as disclosed by the X-rays taken in New York are contained in the following paragraphs:

This poor lady is really in need of help. As far as I can see, the operation was properly conceived and the osteotomy placed in excellent position. I have never before seen a McMurray osteotomy that went on to a non-union such as this one did, and I believe that this complication is probably the crux of her troubles. She is quite upset about the external rotation of her leg and the shortening, which she did not expect, but I feel quite sure that if she can be given a comfortable and stable limb, these problems will become insignificant.

invoque avec insistance l'opinion du docteur McLaughlin pour montrer qu'à cette époque-là, sa jambe gauche mesurait environ deux pouces de moins qu'avant, que la rotation externe était d'environ 45° et que l'os ne s'était pas ressoudé au foyer des opérations. Le docteur Lotto, qui avait pris lui-même les mesures, a témoigné que la jambe mesurait trois quarts de pouce de moins après l'opération et que la rotation externe était de 15° lorsque l'appelante a quitté l'hôpital Hillcrest. L'intimé s'est dit d'avis que l'aggravation du raccourcissement et de la rotation externe pouvait médicalement s'être produite lorsqu'il ne soignait plus la patiente. Je ne puis croire que l'intimé aurait mentionné un raccourcissement de $\frac{3}{4}$ de pouce, comme il l'a mentionné à la Commission des accidents du travail le 11 mars, sans avoir mesuré la jambe, et je ne puis accepter la prétention qu'un homme de sa compétence ait pu commettre la bêtise de se tromper d'un pouce et un quart dans les mesures. J'accepte donc l'opinion de l'intimé que l'aggravation du raccourcissement s'est de fait produite au cours du mois et demi qui a suivi le dernier examen qu'il a fait subir à l'appelante.

Le docteur McLaughlin n'a pas témoigné, mais son opinion écrite a été produite comme pièce et a été acceptée par l'appelante et ses conseillers. Cette opinion est, à mon avis, particulièrement importante, étant donné qu'elle renferme une appréciation du cas par un spécialiste en orthopédie reconnu, dont les conclusions, à de nombreux égards, me semblent coïncider avec celles de l'intimé. Ses commentaires sur l'opération, fondés sur les radiographies prises à New York, se trouvent dans les alinéas suivants:

[TRADUCTION] Cette pauvre femme a réellement besoin d'aide. Pour autant que je puisse en juger, l'opération a été conçue de façon appropriée et l'os réséqué placé dans une position excellente. Je n'ai encore jamais vu une ostéotomie McMurray se solder par une absence de consolidation, comme c'est ici le cas, et je crois que cette complication est probablement la raison de ses troubles. Elle s'inquiète beaucoup au sujet de la rotation externe et du raccourcissement de sa jambe, choses auxquelles elle ne s'attendait pas, mais je suis passablement certain que si l'on peut lui assurer une jambe confortable et stable, ces problèmes deviendront insignifiants.

It is possible that the loose internal fixation is contributing to her pain. I would think that further operation is warranted unless improvement takes place, and to me the most logical approach would be an attempt to obtain bony union across the osteotomy site. Whether or not the osteotomy should be taken down and the rotation corrected must, I think, await the findings at operation. I have suggested to her that she return and ask Dr. White for his opinion about this problem. She has great faith in Dr. White and I can assure you that he is one of the most competent orthopedists in Canada.

In response to your four questions: I believe she should do as much walking as is tolerable in order to keep her muscles from wasting. Physical therapy will do nothing except temporarily soothe her symptoms, which can be accomplished equally well by gentle heat applied at home. I think the question of further operation should await Dr. White's opinion; and it would seem to me that she would be much better off having it done at home. Certainly the surgeons in Toronto could do as much for her as any one down here.

It is to be noted that Dr. McLaughlin considered "the operation was properly conceived and the osteotomy placed in excellent position" and that he had "never before seen a McMurray osteotomy that went on to a non-union such as this one did". This appears to me to constitute the strongest kind of evidence negating any negligence by the respondent in performing the operation.

I do not think that the opinion of Dr. McLaughlin as to non-union which he formed on the examination of X-rays taken about a month and a half after the appellant's discharge from the convalescent hospital and his recommendation that "further operation is warranted unless improvement takes place" in any way conflict with the opinion expressed by Dr. Lotto in his reports made after the operation and on the patient's discharge, at which time he "found it difficult to be sure" from the X-rays and radiologists' reports then available exactly what the situation was with respect to union developing and he clearly contemplated the possibility of non-union and a further operation. He recommended that the patient should "go home and mobilize herself"

Il est possible que la fixation interne lâche contribue à la douleur qu'elle éprouve. Selon moi, une autre opération est indiquée, à moins qu'une amélioration ne survienne; à mon sens, le procédé le plus logique consisterait à tenter d'obtenir une consolidation osseuse au foyer de l'ostéotomie. Pour savoir si l'ostéotomie devrait être défaite et la rotation corrigée, j'estime qu'il faut attendre les résultats de l'opération. Je lui ai proposé de retourner consulter le docteur White à cet sujet. Elle a une très grande confiance dans le docteur White et je puis vous assurer qu'il est l'un des meilleurs orthopédistes au Canada.

Je réponds à vos quatre questions comme suit; je crois qu'elle devrait marcher autant que possible pour éviter l'atrophie musculaire. La physiothérapie ne peut que calmer temporairement les symptômes, ce qui peut également être fait à la maison grâce à l'application d'une chaleur douce. Je crois que pour déterminer la question d'une autre opération, il convient d'attendre l'opinion du docteur White; il me semble qu'il serait de beaucoup préférable que la patiente soit opérée dans la ville où elle réside. Les chirurgiens de Toronto peuvent certainement faire autant pour elle que ceux d'ici.

Notons que le docteur McLaughlin considère que «l'opération a été conçue de façon appropriée et l'os réséqué placé dans une position excellente» et qu'il n'a «encore jamais vu une ostéotomie McMurray se solder par une absence de consolidation comme c'est ici le cas». C'est là, à mon avis, un genre de preuve des plus convaincants écartant toute négligence de la part de l'intimé au cours de l'opération.

Je ne crois pas que l'opinion du docteur McLaughlin quant à l'absence de consolidation, opinion qu'il a formée à l'examen des radiographies prises environ un mois et demi après le départ de l'appelante de l'hôpital pour convalescents, et sa recommandation qu'une «autre opération est indiquée à moins qu'une amélioration ne survienne», soient de quelque façon en conflit avec l'opinion du docteur Lotto, exprimée dans les rapports qu'il a faits après l'opération et lorsque la patiente a reçu son congé de l'hôpital; il avait alors conclu qu'il était «difficile d'être sûr», d'après les radiographies et les rapports des radiologistes à sa disposition, de la situation exacte de la consolidation et envisageait réellement la possibilité d'une absence de consolidation et d'une

for two or three months when the case should be reviewed with further X-rays so that he could form a final opinion. Dr. McLaughlin, having the benefit of the new X-rays, concluded that non-union had been established, but even he did not exclude the possibility that improvement might take place which would make a further operation unnecessary, and pending a further opinion being taken from Dr. White, he recommended that the appellant should "do as much walking as is tolerable".

Dr. Lobb, a radiologist, gave evidence on behalf of the appellant. He was consulted in preparation for trial for the purpose of giving his opinion as to the proper interpretation of the X-rays, taken before the appellant's discharge, which he had never seen before. His evidence was to the effect that the early X-rays yielded plain indication within a few weeks of the operation that non-union was established. This opinion was contrary to the interpretation of the X-rays made by six radiologists of acknowledged competence who had read the plates while the appellant was hospitalized and upon whose reports the respondent relied as he was entitled to do. Without casting any reflection on Dr. Lobb's professional capacity, I am nevertheless satisfied that the respondent was fully justified in acting on the reports which he received from the radiologists who advised him.

In attributing negligence to the respondent, Mr. Justice Keith made the following finding:

Taking all of the evidence as a whole, I am forced to the conclusion that Dr. Lotto ought to have known, if he did not, that when he authorized Mrs. Ostrowski to be discharged from hospital on March 9, 1964, that the bone that he had severed would only unite as a result of a further operation, and that non-union had been established.

This conclusion appears to me to constitute a direct challenge to the opinion of a highly qualified orthopaedic specialist based on the reports of radiologists of acknowledged ability, and with the greatest respect I am unable to find that it is supported by the evidence.

autre opération. Il a recommandé que la patiente rentre chez elle et vaque à ses occupations deux ou trois mois avant de revenir pour que son cas soit examiné et d'autres radiographies prises de façon qu'il puisse former une opinion finale. Le docteur McLaughlin, qui a pu examiner les nouvelles radiographies, a conclu que l'absence de consolidation était établie, mais lui non plus n'a pas exclu la possibilité d'une amélioration, rendant inutile une autre opération; en attendant une autre opinion, celle du docteur White, il a dit que l'appelante devait «marcher autant que possible».

Le docteur Lobb, radiologiste, a témoigné pour le compte de l'appelante. Au moment des préparatifs du procès, on lui a demandé son opinion sur l'interprétation appropriée des radiographies prises avant le départ de l'appelante de l'hôpital et qu'il n'avait jamais vues auparavant. Selon son témoignage, les premières radiographies montrent clairement, quelques semaines déjà après l'opération, l'absence de consolidation. Cette opinion est contraire à l'interprétation de six radiologistes de compétence reconnue qui ont vu les plaques pendant que l'appelante était hospitalisée et sur les rapports de qui l'intimé s'est fondé, comme il était en droit de le faire. Sans vouloir porter atteinte à la compétence professionnelle du docteur Lobb, je suis néanmoins convaincu que l'intimé avait pleinement raison de se fier aux rapports des radiologistes qui l'ont conseillé.

En déclarant l'intimé coupable de négligence, le Juge Keith a tiré la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Compte tenu de l'ensemble de la preuve, je suis forcé de conclure que le docteur Lotto aurait dû savoir, s'il ne le savait pas déjà, que lorsqu'il a autorisé M^{me} Ostrowski à quitter l'hôpital le 9 mars 1964, l'os qu'il avait réséqué ne se souderait qu'après une autre opération, et qu'il y avait absence de consolidation.

Cette conclusion me paraît contester directement l'opinion d'un spécialiste en orthopédie hautement compétent qui s'est fié aux rapports de radiologistes de compétence reconnue; respectueusement, je ne puis voir que cette conclusion est étayée par la preuve.

Mr. Justice Keith's opinion as to the respondent's negligence was also based on the following findings:

(1) I find as a fact that, regardless of the post-operative treatment employed by Dr. Lotto, which may well have been consistent with accepted standards, he in fact did shorten Mrs. Ostrowski's leg appreciably and possibly by as much as one and a half inches and possibly more and that it could not be restored to anything approaching its original length . . .

(2) I further find that Dr. Lotto externally rotated Mrs. Ostrowski's leg 45 degrees and that had union been achieved her shortened leg and outwardly splayed foot and leg would have constituted intolerable deformities which would have had to be corrected.

As to the first of these findings, it is to be noted that the learned trial judge accepted, as in my opinion he was bound to do having regard to the evidence, the fact that Dr. Lotto's treatment "may well have been consistent with accepted standards", and even if the evidence went no further than this, it could hardly be accepted as discharging the burden of proving negligent treatment which the appellant assumed under the pleadings. The second finding as to the intolerable condition in which the appellant would have been left if union had occurred after the operation, is based on the condition of the limb a month and a half after discharge when it was examined in New York, and while I have great respect for the care and industry displayed by the learned trial judge in his lengthy review of the evidence, I am nevertheless of opinion that his firm prognosis as to what the result *would* have been if union had occurred must rest in great degree upon conjecture as opposed to inference from proved fact, and I cannot accept it as a basis for concluding that the respondent was negligent.

As to the standard of care required of the respondent under the circumstances, I refer to the reasons for judgment of Rand J., speaking on behalf of himself and Nolan J., in *Wilson v. Swanson*², where he adopted what was said in the

Le Juge Keith a également fondé son avis quant à la négligence de l'intimé sur les conclusions suivantes:

[TRADUCTION] (1) Je conclus que c'est un fait établi qu'indépendamment du traitement post-opératoire qu'il a employé, lequel peut bien avoir été conforme aux normes acceptées, le docteur Lotto a de fait notablement raccourci la jambe de M^{me} Ostrowski, peut-être d'un pouce et demi, peut-être plus, et que la jambe ne pourrait pas être ramenée à une longueur approchant de près sa longueur initiale . . .

(2) Je conclus de plus que le docteur Lotto a soumis la jambe de M^{me} Ostrowski à une rotation externe de 45 degrés et que si la consolidation s'était faite, la jambe raccourcie et le pied et la jambe tournés vers l'extérieur auraient constitué des difformités intolérables qu'il aurait fallu corriger.

Quant à la première de ces conclusions, il est à noter que le savant juge de première instance a accepté, comme à mon avis il était tenu de le faire eu égard à la preuve, la possibilité que le traitement du docteur Lotto ait été «conforme aux normes acceptées»; même si la preuve s'était arrêtée là, on pouvait difficilement conclure qu'elle satisfaisait à l'obligation de prouver la négligence dans les traitements imputée dans les procédures de l'appelante. La seconde conclusion, qui concerne l'état intolérable dans lequel se serait trouvée l'appelante si la consolidation s'était faite après l'opération, est fondée sur l'état de la jambe un mois et demi après le départ de l'appelante de l'hôpital, lorsqu'elle a été examinée à New York; même si j'ai beaucoup de respect pour le soin et la diligence avec lesquels le savant juge de première instance a longuement étudié la preuve, je suis néanmoins d'avis que son pronostic ferme quant à ce qu'*aurait* été le résultat si la consolidation s'était produite, doit reposer dans une large mesure sur une conjecture, par opposition à une présomption découlant d'un fait établi, et je ne puis l'accepter comme fondement à la conclusion que l'intimé a commis une négligence.

Quant au soin requis de l'intimé dans les circonstances, je me reporte aux motifs de jugement rendus par le Juge Rand en son propre nom ainsi qu'au nom du Juge Nolan dans l'arrêt *Wilson v. Swanson*², où il a fait sien ce qui a

² [1956] S.C.R. 804.

² [1956] R.C.S. 804.

judgment of the Superior Court of New Hampshire in *Leighton v. Sargent*³:

... following the general principles on the professional undertaking enunciated by Tindal C. J. in *Lanphier v. Phipos*, (1838), 8 C. & P. 475, 173 E.R. 581,...

The passage which was adopted read as follows:

To charge a physician or surgeon with damages, on the ground of unskillful or negligent treatment of his patient's case, it is never enough to show that he has not treated his patient in that mode, nor used those measures, which in the opinion of others, even medical men, the case required; because such evidence tends to prove errors of judgment, for which the defendant is not responsible, as much as the want of reasonable care and skill, for which he may be responsible.

As I have indicated, I think that the medical opinion as a whole, and particularly that of Dr. McLaughlin upon whose evidence appellant's counsel relied, clearly establishes that there was no want of reasonable care and skill in the performance of the operation, and I am satisfied on the evidence as a whole that there was no such lack in the respondent's interpretation of the X-rays or in the post-operative treatment. In light of this conclusion I do not find it necessary to consider the submission so fully argued before us that the appellant's damages should be increased so as to compensate her for the deterioration in her nervous condition since the operation.

For all these reasons, as well as for those contained in the reasons for judgment delivered by Aylesworth J. on behalf of the Court of Appeal, I would dismiss this appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the plaintiffs, appellants: Nelligan & Power, Ottawa.

Solicitors for the defendant, respondent: McCarthy & McCarthy, Toronto.

³ (1853), 27 N.H.R. 460 at p. 474.

été dit dans le jugement de la Cour supérieure du New Hampshire dans l'affaire *Leighton v. Sargent*³:

[TRADUCTION] ... suivant les principes généraux ayant trait à l'engagement professionnel énoncés par le Juge en chef Tindal dans l'arrêt *Lanphier v. Phipos* (1838). 8 C. & P. 475. 173 E.R. 581,...

Le passage adopté se lit comme suit:

[TRADUCTION] Pour déclarer un médecin ou un chirurgien passible de dommage-intérêts pour le motif qu'il a traité le cas de son patient avec inhabilité ou négligence, il ne suffit jamais de démontrer qu'il n'a pas traité son patient de la façon ni pris les mesures que, de l'avis d'autres gens, même de médecins, le cas exigeait; car pareille preuve tend à prouver la commission d'erreurs de jugement, dont le défendeur n'est pas responsable, autant que le défaut de diligence et d'habileté raisonnables, dont il peut être responsable.

Comme je l'ai dit, je crois que l'opinion médicale, dans son ensemble, et particulièrement celle du docteur McLaughlin, sur le témoignage de qui l'avocat de l'appelante s'est fondé, établit clairement qu'il n'y a pas eu manque de diligence et d'habileté raisonnables au cours de l'opération, et je suis convaincu, eu égard à l'ensemble de la preuve, que l'interprétation des radiographies par l'intimé ou le traitement postopératoire ne sont pas entachés de pareil défaut. Étant donné cette conclusion, je n'estime pas nécessaire de considérer la prétention plaidée à fond devant nous, que les dommages-intérêts accordés à l'appelante devraient être accrus de façon à l'indemniser de la détérioration de son état nerveux après son opération.

Pour tous ces motifs, ainsi que pour ceux qui sont exprimés dans les motifs de jugement rendus par le Juge Aylesworth au nom de la Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Appel rejeté avec dépens.

Procureurs des demandeurs, appelants: Nelligan & Power, Ottawa.

Procureurs du défendeur, intimé: McCarthy & McCarthy, Toronto.

³ (1853), 27 N.H.R. 460, à la p. 474.