

Steve Paskivski and Nick Paskivski (an infant suing by his next friend, Steve Paskivski) (Plaintiffs) Appellants;

and

Canadian Pacific Limited (formerly known as Canadian Pacific Railway Company), Wilfred Cook, Charles Marsden, William Pederson and Nestor Stanko (Defendants) Respondents;

and

Steve Paskivski and Mrs. Steve Paskivski (Third Parties) Appellants.

Canadian Pacific Limited (formerly known as Canadian Pacific Railway Company) (Defendant) Appellant by Cross-Appeal;

and

Steve Paskivski and Nick Paskivski (an infant suing by his next friend, Steve Paskivski) (Plaintiffs) Respondents by Cross-Appeal;

and

Steve Paskivski and Mrs. Steve Paskivski (Third Parties) Respondents by Cross-Appeal.

1974: May 29, 30; 1975: April 22.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Negligence—Level crossing accident—Child waiting at crossing while slowly moving freight train engaged in switching operations—Whether special circumstances requiring railway company to take additional precautions commensurate with foreseeable risk of harm.

In an action brought as a result of a level crossing accident, the Supreme Court of Alberta, Appellate Division, allowed an appeal by the respondent railway company from the trial judgment wherein the appellants were awarded general damages of \$85,000 and special damages of \$4,837.10 in respect of injuries suffered by

Steve Paskivski et Nick Paskivski (mineur poursuivant par son représentant *ad litem*, Steve Paskivski) (Demandeurs) Appelants;

et

Canadien Pacifique Limitée (ci-devant la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique), Wilfred Cook, Charles Marsden, William Pederson et Nestor Stanko (Défendeurs) Intimés;

et

Steve Paskivski et M^{me} Steve Paskivski (Mis en cause) Appelants.

Canadien Pacifique Limitée (ci-devant la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique) (Défenderesse) Appelante par incidence;

et

Steve Paskivski et Nick Paskivski (mineur poursuivant par son représentant *ad litem*, Steve Paskivski) (Demandeurs) Intimés par incidence;

et

Steve Paskivski et M^{me} Steve Paskivski (Mis en cause) Intimés par incidence.

1974: les 29 et 30 mai; 1975: le 22 avril.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME D'ALBERTA

Négligence—Accident survenu à un passage à niveau—Enfant qui attend à un passage pendant qu'un train de marchandises effectue lentement des manœuvres d'aiguillage—Y avait-il des circonstances exceptionnelles demandant à la compagnie de chemin de fer de prendre des précautions supplémentaires proportionnelles aux risques de danger prévisible?

Dans une action intentée à la suite d'un accident survenu à un passage à niveau, la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta a accueilli un appel interjeté par la compagnie de chemin de fer intimée à l'encontre du jugement du juge de première instance qui a adjugé aux appelants la somme de \$85,000 pour dommages

the infant appellant. The infant appellant, then seven years of age, fell under the wheels of a slowly moving freight train engaged in switching operations, and suffered the loss of both of his legs below the knees.

Held: The appeal should be allowed and the judgment at trial restored, Judson, Pigeon and de Grandpré JJ. dissenting. The cross-appeal "with respect to the matter of costs" should be dismissed.

Per Laskin C.J. and Spence, Dickson and Beetz JJ.: A railway company's duty of care to users of public crossings is limited to discharge of statutory obligations under the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, ss. 196-207, and compliance with orders of the Canadian Transport Commission—unless there are special or exceptional circumstances, in which event a common law duty of care will require additional precautions or safeguards.

In this case the trial judge could find the cumulative effect of the following circumstances to be "special circumstances" calling for extra precautions on the part of Canadian Pacific: (i) The crossing was a much used public crossing, not a private or little used crossing; (ii) It provided the only means of access from the predominately residential part of the community to the rest of the community; (iii) The crossing was used at regular times daily, in pursuance of a legal right, by children getting to and from school; (iv) The hour at which the train manoeuvre took place was the hour at which, to the knowledge of the railway, children would be returning to school; (v) There was not, to the knowledge of the railway, either a barrier or a flagman present; (vi) The road was icy and the day was cold and windy, compounding the danger; (vii) The train, a mile or more in length, passing within easy access in a seemingly endless procession of cars, would test the patience of children and afford them ample opportunity to indulge their natural propensity for play or mischief. Although a slowly moving train can be tempting and attractive to a child, the railway company took no precautions whatever to minimize the danger.

Per Martland and Ritchie JJ.: The trial judge found in the special circumstances of the case those exceptional circumstances which required a duty of care on the part of the respondent, beyond the mere observance of its statutory and regulatory obligations. He also found a breach of such duty, constituting negligence. On the

généraux et la somme de \$4,827.10 pour dommages spéciaux suite aux blessures subies par le mineur appellant. Ce dernier, alors âgé de sept ans, était tombé sous les roues d'un train de marchandises qui effectuait lentement des manœuvres d'aiguillage, et il perdit les deux jambes qui furent amputées au-dessous des genoux.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli et le jugement de première instance rétabli, les juges Judson, Pigeon et de Grandpré étant dissidents. Le pourvoi incident «relatif à la question des dépens» doit être rejeté.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence, Dickson et Beetz: L'obligation d'une compagnie de chemin de fer d'user de précautions à l'égard des usagers des passages à niveau publics est restreinte à l'exécution des obligations statutaires prévues à la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2, art. 196 à 207, et au respect des ordonnances rendues par la Commission canadienne des transports—sauf s'il existe des circonstances spéciales ou exceptionnelles. En ce cas, une obligation de *common law* prescrit d'autres précautions ou mesures de sécurité.

En l'espèce, le juge de première instance était en mesure de conclure que l'effet cumulatif des circonstances suivantes constituait des «circonstances spéciales» exigeant du Canadien Pacifique certaines précautions supplémentaires: (i) Le passage à niveau était un passage public fréquemment utilisé et non un passage à niveau privé et peu utilisé; (ii) Le passage à niveau représentait pour la partie résidentielle de la ville l'unique lien avec le reste de la ville; (iii) Le passage à niveau était légitimement utilisé quotidiennement et à des heures régulières par les enfants qui se rendaient à l'école ou qui en revenaient; (iv) L'heure à laquelle le train effectuait ses manœuvres était, au su de la compagnie ferroviaire, celle à laquelle les enfants retournaient à l'école; (v) Il n'y avait à cet endroit, au su de la compagnie ferroviaire, ni barrière ni signaleur; (vi) La route était recouverte de glace et la journée était froide et venteuse, ajoutant ainsi au danger; (vii) Le train long d'environ un mille dont la facilité d'accès n'avait d'égal que son interminable défilé de wagons, éprouverait la patience des enfants et leur fournirait une belle occasion de donner libre cours à leur propension naturelle au jeu ou aux espiègleries. Bien qu'un train qui circule lentement soit tentant pour les enfants et exerce beaucoup d'attrait sur eux, la compagnie ferroviaire n'a pris aucune précaution pour minimiser le danger.

Les juges Martland et Ritchie: A la lumière des circonstances spéciales de l'affaire, le juge de première instance a conclu que ces circonstances exceptionnelles imposaient à l'intimée une obligation de précautions allant au-delà de la simple observance de ses obligations statutaires et réglementaires. Il a également conclu à la

facts, there was evidence sufficient to warrant those conclusions.

Per Judson, Pigeon and de Grandpré JJ., *dissenting*: This was not a case where the doctrine of exceptional or special circumstances should be applied.

The basic flaw in the judgment of the trial judge was that, on the facts, he concluded that there existed an allurements which put on the shoulders of the railway company an added burden. A train in normal use cannot be considered to be a concealed danger or trap.

In the absence of any special duty on the company to have an employee at the crossing at all times to warn the children away from the slowly moving train and in the absence of a defect in the crossing itself, the appeal should be dismissed.

[*Grand Trunk Railway Co. of Canada v. McKay* (1903), 34 S.C.R. 81; *Anderson v. Canadian National Railways*, [1944] O.R. 169; *Lengyel v. Manitoba Power Commission* (1957), 23 W.W.R. 497; *Bouvier v. Fee*, [1932] S.C.R. 118; *Lake Erie and Detroit River Railway Co. v. Barclay* (1900), 30 S.C.R. 360; *Commissioner for Railways v. McDermott*, [1967] 1 A.C. 169; *Mitchell et al. v. Canadian National Railway Co.*, [1975] 1 S.C.R. 592, referred to.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, allowing an appeal from a judgment of Kirby J. Appeal allowed, Judson, Pigeon and de Grandpré JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed.

L. D. MacLean, Q.C., and *D. J. Evans*, for the plaintiffs, appellants.

D. B. Hodges, for the defendants, respondents.

THE CHIEF JUSTICE—I agree with my brother Dickson and would allow the appeal and dismiss the cross-appeal for the reasons he has given. To them I would add, in emphasis of what he has said on the point, that I am unable to appreciate why railway companies, in the conduct of their transportation operations, are today entitled to the benefit of a special rule, more favourable to them, by

négligence de l'intimée en raison de son manquement à cette obligation. À la lumière des faits, il est clair que ces conclusions s'appuient sur une preuve suffisante.

Les juges Judson, Pigeon et de Grandpré, dissidents: Il n'y a pas lieu en l'espèce d'appliquer la théorie des circonstances exceptionnelles ou spéciales.

Le principal défaut du jugement rendu par le juge de première instance est qu'à la lumière de ses conclusions sur les faits, il a conclu à l'existence d'un attrait qui a placé sur les épaules de la compagnie de chemin de fer un fardeau additionnel. Un train dont on fait un usage normal ne peut être considéré comme un danger caché ou un piège.

En l'absence de toute obligation spéciale de la part de la compagnie de chemin de fer de poster en tout temps aux passages à niveau un employé chargé d'avertir les enfants de ne pas s'approcher du train en marche, et en l'absence d'une défectuosité au passage à niveau lui-même, le pourvoi devrait être rejeté.

[Arrêts mentionnés: *La Compagnie du chemin de fer du Grand-Tronc du Canada c. McKay* (1903), 34 R.C.S. 81; *Anderson v. Canadian National Railways*, [1944], O.R. 169; *Lengyel v. Manitoba Power Commission* (1957), 23 W.W.R. 497; *Bouvier c. Fee*, [1932] R.C.S. 118; *Lake Erie and Detroit River Railway Co. c. Barclay* (1900), 30 R.C.S. 360; *Commissioner for Railways v. McDermott*, [1967] 1 A.C. 169; *Mitchell et al. c. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 592.]

POURVOI et POURVOI INCIDENT interjetés à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel¹ de la Cour suprême d'Alberta qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Kirby. Pourvoi accueilli, les juges Judson, Pigeon et de Grandpré étant dissidents. Pourvoi incident rejeté.

L. D. MacLean, c.r., et *D. J. Evans*, pour les demandeurs, appelants.

D. B. Hodges, pour les défendeurs, intimés.

LE JUGE EN CHEF—Je suis d'accord avec mon collègue le juge Dickson pour accueillir le pourvoi et rejeter le pourvoi incident pour les motifs qu'il a formulés. À ceux-ci je désire ajouter, afin de mettre en relief les propos qu'il a tenus sur cette question, que je ne puis comprendre pourquoi les compagnies ferroviaires, dans la gestion de leurs opérations de transport, jouissent aujourd'hui

¹ [1973] 4 W.W.R. 580, 37 D.L.R. (3d) 706.

¹ [1973] 4 W.W.R. 580, 37 D.L.R. (3d) 706.

which their common law liability is to be gauged. When all allowances are made for the force and legal effect of the rules and regulations of the regulatory agency, the Canadian Transport Commission, to which railway companies are subject, and when the question of their liability turns on the common law of negligence, as is the case here, they cannot claim to be judged by any different standards than those that apply to other persons or entities charged with liability for negligence.

The judgment of Martland and Ritchie JJ. was delivered by

MARTLAND J.—The facts which give rise to this appeal have been stated fully in the reasons of my brothers Dickson and de Grandpré. The claim is based upon an allegation of negligence on the part of the respondent in failing to exercise reasonable care, in connection with the operation of its freight train at Coleman, Alberta, for the protection of the safety of the infant appellant. The submission of the respondent is that, in the light of the judgment of this Court in *Grand Trunk Railway Co. of Canada v. McKay*², the respondent owed no duty, in respect of its train passing over the level crossing, other than compliance with the statutory requirements of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, and any obligations imposed by the Board of Transport Commissioners.

The proposition stated in that case has, however, been qualified in subsequent decisions. Their effect is summarized in the judgment of Robertson C.J.O. in *Anderson v. Canadian National Railways*³, in the passage at p. 177 cited by my brother Dickson. In brief, if the operations of the railway are carried on in such a way, or are of such a character that the public using the crossing is exposed to exceptional danger, or if there are exceptional circumstances that render the pre-

d'une règle spéciale qui leur est plus favorable et selon laquelle nous devons déterminer leur responsabilité civile. Lorsque l'on tient compte de l'application et de la portée des règlements émanant de l'organisme de contrôle, la Commission canadienne des transports, à laquelle les compagnies de chemin de fer sont assujetties, et lorsque la question de la responsabilité de celles-ci entraîne l'application du droit commun relatif à la négligence, comme c'est le cas en l'espèce, ces compagnies ne peuvent prétendre être jugées selon des critères différents de ceux qui s'appliquent aux autres personnes ou aux autres entités dont la responsabilité est retenue pour cause de négligence.

Le jugement des juges Martland et Ritchie a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Tous les faits donnant lieu au présent appel ont été relatés dans les motifs de jugement de mes collègues les juges Dickson et de Grandpré. La réclamation est fondée sur une allégation de négligence de la part de l'intimée qui aurait omis de prendre des précautions raisonnables pour assurer la sécurité du mineur appelant lorsque le train de marchandises a effectué certaines manœuvres à Coleman en Alberta. Pour sa part, l'intimée prétend qu'à la lumière de la décision de cette Cour dans l'affaire *La Compagnie du chemin de fer du Grand-Tronc du Canada c. McKay*², aucun devoir ne lui incombait, au regard de l'utilisation du passage à niveau, sauf celui de se conformer aux exigences statutaires prévues à la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2, et à toute obligation imposée par la Commission canadienne des transports.

Cependant, certaines décisions ultérieures ont atténué la règle énoncée dans cette affaire-là. La portée de ces décisions est résumée dans le jugement prononcé par le juge en chef de l'Ontario, le juge Robertson, dans la cause *Anderson v. Canadian National Railways*³, à la p. 177, au passage cité par mon collègue le juge Dickson. En deux mots, si les opérations de la compagnie de chemin de fer sont effectuées de telle façon ou sont de nature telle que le public utilisant le passage à

² (1903), 34 S.C.R. 81.

³ [1944] O.R. 169.

² (1903), 34 R.C.S. 81.

³ [1944] O.R. 169.

scribed precautions ineffective or insufficient, the railway may be held to be negligent for failure to adopt other precautions to protect the public.

The circumstances in the present case are unusual. The respondent's freight train, consisting of 87 freight cars and 4 engines, passed, at a slow rate of speed, across the level crossing thereby blocking, for a considerable length of time, the route to school, along the highway, of a large number of children. The operation was conducted, as it had been conducted previously as an almost daily practice, at a time of day when, to the knowledge of the respondent's employees, a large number of children would be returning to school and would thereby be stopped, adjacent to the tracks. No steps of any kind were taken by the respondent to see that the children did not approach too close to the moving cars.

The trial judge referred to the allurement to children of the moving cars, and referred to the judgment of this Court in *Bouvier v. Fee*⁴. The reference to allurement was criticized in the Court of Appeal on the ground that the doctrine of allurement was relevant only in determining the status of a child as a trespasser or a licensee in a suit against an occupier of land, which the respondent in this case was not. With respect, I do not think that the trial judge's reference to allurement was made in that context. *Bouvier v. Fee* was not dealing with an occupier's liability. He regarded the allurement of the slowly moving freight cars to young children as being a factor affecting the scope of the duty of the respondent to the children who, it knew, would be present at the crossing when its freight train passed by.

niveau est exposé à un danger exceptionnel, ou s'il existe des circonstances exceptionnelles qui rendent inefficaces ou insuffisantes les précautions prescrites, la compagnie de chemin de fer peut être déclarée négligente si elle omet de prendre des mesures additionnelles pour la protection du public.

Les circonstances en l'espèce sont inusitées. Le train de marchandises de l'intimée, composé de 87 wagons et de 4 locomotives, traversait lentement le passage à niveau et bloquait ainsi, pour un temps considérable, la route principale qu'empruntaient de nombreux enfants pour se rendre à l'école. La manœuvre était effectuée, telle qu'elle l'avait été presque quotidiennement auparavant, à l'heure où, au su des employés de l'intimée, de nombreux enfants étaient en route pour l'école, forçant ainsi ces derniers à s'arrêter à proximité des voies ferrées. L'intimée ne prit aucune mesure pour s'assurer que les enfants ne s'approcheraient pas trop près des wagons en mouvement.

Le juge de première instance a parlé de l'attrait que des wagons en mouvement exercent sur les enfants et il s'est reporté à la décision de cette cour dans *Bouvier c. Fee*⁴. Cette mention de l'attrait a été critiquée par la Cour d'appel en raison du fait que la théorie de l'attrait n'est valable que pour déterminer le statut d'intrus (*trespasser*) ou de personne autorisée (*licensee*) d'un enfant dans une action contre un occupant foncier, ce qui n'était pas le cas de l'intimée en l'espèce. Avec respect, je ne crois pas que le juge de première instance avait ce contexte à l'esprit lorsqu'il a parlé de l'attrait. L'affaire *Bouvier c. Fee* ne portait pas sur la responsabilité d'un occupant. Le premier juge a plutôt considéré l'attrait des wagons en mouvement sur les jeunes enfants comme un facteur influant sur l'étendue de l'obligation de l'intimée à l'égard des enfants qui, à sa connaissance, se trouveraient au passage à niveau en même temps que son train de marchandises.

⁴ [1932] S.C.R. 118.

⁴ [1932] R.C.S. 118.

The trial judge found, in the special circumstances which I have outlined and which are fully set out in the reasons of my brother Dickson, those exceptional circumstances which required a duty of care on the part of the respondent, beyond the mere observance of its statutory and regulatory obligations. He also found a breach of such duty, constituting negligence. In my opinion, on the facts of this case, there was evidence sufficient to warrant those conclusions.

I would dispose of the appeal and the cross-appeal in the manner proposed by my brother Dickson.

The judgment of Judson, Pigeon and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J. (*dissenting*)—This appeal raises the question of the liability of a railway company for an accident at a railway crossing under the doctrine of exceptional or special circumstances where admittedly there has been no breach of statutory duty on its part.

The facts are recited at length in the reasons of my brother Dickson, as well as in the judgment of the Court of Appeal⁵, so that it will be sufficient for me to mention here only the highlights thereof:

- (1) the injured infant was seven years of age and there is a finding by the trial judge that he was not old enough considering his apparent "below normal intelligence" to have been capable of contributory negligence;
- (2) the railway crossing is the only access to and from a community of some 350 people;
- (3) the accident took place when a lengthy freight train, in order to clear the main line, was switched onto a siding; the same type of operation was carried out practically on a daily basis around one o'clock in the afternoon, at a

A la lumière des circonstances spéciales que j'ai énumérées et qui ont été relatées en détail par mon collègue le juge Dickson dans ses propres motifs, le juge de première instance a conclu que ces circonstances exceptionnelles imposaient à l'intimée une obligation de précautions allant au-delà de la simple observance de ses obligations statutaires et réglementaires. Il a également conclu à la négligence de l'intimée en raison de son manquement à cette obligation. A la lumière des faits en l'espèce, je suis d'avis que ces conclusions s'appuient sur une preuve suffisante.

Je suis d'avis de disposer de l'appel et de l'appel incident comme le propose mon collègue le juge Dickson.

Le jugement des juges Judson, Pigeon et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Le présent pourvoi soulève la question de la responsabilité d'une compagnie de chemin de fer, au regard d'un accident survenu à un passage à niveau, qui ne peut être retenue qu'en vertu de la théorie des circonstances exceptionnelles ou spéciales puisqu'il est reconnu que la compagnie n'a manqué à aucune obligation statutaire.

Les faits sont relatés en détail dans les motifs de jugement de mon collègue le juge Dickson ainsi que dans l'arrêt de la Cour d'appel⁵, de sorte qu'il suffit de ne relater ici que les faits saillants de la présente affaire:

- (1) le mineur blessé était âgé de sept ans et, de l'avis du juge de première instance, aucune négligence contributive ne peut lui être imputée vu son jeune âge et son quotient intellectuel manifestement au-dessous de la moyenne;
- (2) le passage à niveau traversait la seule route reliant un quartier où résidaient environ 350 personnes;
- (3) l'accident est survenu lorsqu'un long train de marchandises a été aiguillé sur une voie d'évitement afin de libérer la voie principale; une manœuvre semblable était effectuée presque quotidiennement vers 13 h 00, soit à l'heure

⁵ (1973), 37 D.L.R. (3d) 706.

⁵ (1973), 37 D.L.R. (3d) 706.

time when some 100 children were going to school;

- (4) the injured child was standing close to the slowly moving train and in the words of the trial judge, was "touching it or attempting to touch it, and as a result (fell) underneath the wheels";
- (5) in the minutes which preceded the accident, young Paskivski had been warned twice, once by a retired section hand and a second time by a school girl;
- (6) Dr. Thompson, a psychiatrist, called by plaintiff, stated that a verbal warning would not be too effective on a child of six or seven years of age;
- (7) although the crossing had been in existence for a considerable number of years, no evidence of any other accident was adduced by plaintiff.

There is no suggestion in the judgment of the trial Court that the accident was due to the slipperiness or otherwise bad condition of the crossing. The decisions of the Privy Council in *Commissioner for Railways v. McDermott*⁶ and of our Court in *Mitchell et al. v. Canadian National Railway Co.*⁷ have therefore no application. Indeed, the statement of claim refers only to the fascination and allurements, created by the "clicking and clacking" of the wheels over the iron rails, attracting the child closer to the moving cars with the result that "he or his clothing came in contact with a moving box car of the said train and he was swept under the wheels of the same".

On these facts, the trial judge came to the conclusion that the railway company was negligent for its failure "to take any special precautions to meet the particular circumstances of this crossing". The Court of Appeal unanimously reversed the trial Court. In his learned and very carefully written reasons, Clement J. A. reviews the facts and the law and comes to the conclusion that this is not a case where the doctrine of exceptional or special circumstances should receive its applica-

où une centaine d'enfants était en route pour l'école;

- (4) l'enfant blessé se tenait debout près du train qui circulait lentement et, dans les termes employés par le juge de première instance, [TRADUCTION] «il touchait le train ou tentait de le toucher et, conséquemment, (tombe) sous les roues»;
- (5) quelques minutes avant l'accident, le jeune Paskivski avait été averti à deux occasions, la première fois par un cheminot à la retraite et la seconde fois par une écolière;
- (6) le Dr Thompson, un psychiatre cité par le demandeur, a déclaré qu'un avertissement verbal avait très peu d'effet sur un enfant de six ou sept ans;
- (7) bien que le passage à niveau ait existé depuis bon nombre d'années, aucune preuve d'un autre accident n'a été produite par le demandeur.

Le jugement de première instance ne laisse aucunement entendre que c'est le passage à niveau glissant ou son mauvais état qui a causé l'accident. Par conséquent, les décisions du Conseil privé dans *Commissioner for Railways v. McDermott*⁶ et de cette Cour dans *Mitchell et al. v. Canadian National Railway Co.*⁷ ne trouvent ici aucune application. De fait, la déclaration ne mentionne que la fascination et l'attrait exercés par le «clic-clac» des roues sur les rails de fer, attirant ainsi l'enfant plus près des wagons en mouvement, avec le résultat que [TRADUCTION] «lui ou ses vêtements sont entrés en contact avec un des wagons du train en question et il a été entraîné sous les roues».

A la lumière de ces faits, le juge de première instance a conclu que la compagnie de chemin de fer avait été négligente en omettant [TRADUCTION] «de prendre des précautions particulières en raison des circonstances spéciales à ce passage à niveau». La Cour d'appel a unanimement infirmé le jugement de première instance. Dans ses motifs savamment et soigneusement rédigés, le juge d'appel Clement examine les faits et le droit et conclut qu'il n'y a pas lieu en l'espèce d'appliquer la

⁶ [1967] 1 A.C. 169.

⁷ [1975] 1 S.C.R. 592.

⁶ [1967] 1 A.C. 169.

⁷ [1975] 1 R.C.S. 592.

tion. With respect, I am in agreement with that conclusion.

Such a doctrine must be applied with great care. To the authorities quoted by Clement J. A. on this point, I would add *Manuge v. Dominion Atlantic Railway Co.*⁸ at p. 244.

Another note of caution that should be sounded is to be found in *Canadian Pacific Railway Co. v. Anderson*⁹, where Duff C. J. adopts the statement of Farwell L. J., in *Latham v. Johnson*¹⁰, at p. 408, that we must be careful

“not to allow our sympathy with the infant plaintiff to affect our judgment: sentiment is a dangerous will-of-the-wisp to take as a guide in the search for legal principles.”

The basic flaw in the judgment of the trial judge is that, on the facts as he found them and which I accept, he concluded that there existed an allure-ment which put on the shoulders of the railway company an added burden. On this point I cannot do any better than to refer to the reasons for judgment of Clement J.A., at p. 711. I am in full agreement with him that “a train in normal use cannot be considered to be a concealed danger or trap”.

The true question is to determine whether there was any duty on the railway company to have an employee on the railway crossing at all times to warn the children away from the slowly moving train. In my view, this duty does not exist and I adopt the following extract from the reasons of Duff C. J., in the *Anderson* case, *supra*, at p. 207:

It is well known that all boys experience the pressure of the invitation to climb on the back of a vehicle in order to get a ride. It has never been held, so far as I know, that a farmer driving hay to market must have somebody on top of the load to keep an eye on boys who may,

théorie des circonstances exceptionnelles ou spéciales. Avec respect, je suis d'accord avec cette conclusion.

Une telle théorie doit être appliquée avec beaucoup de prudence. Aux précédents cités par le juge d'appel Clement sur cette question, j'ajouterais *Manuge c. Dominion Atlantic Railway Co.*⁸, à la p. 244.

Un autre avertissement qui devrait être servi est celui que l'on retrouve dans *La Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique c. Anderson*⁹, où le juge en chef Duff se rallie aux propos du lord juge Farwell qui déclarait, dans l'affaire *Latham v. Johnson*¹⁰, à la p. 408, qu'il faut faire attention

[TRADUCTION] «pour ne pas laisser notre sympathie à l'égard de la demanderesse mineure influencer sur notre jugement: les sentiments sont un guide dangereux dans la recherche de principes juridiques.»

Le principal défaut du jugement rendu par le juge de première instance est qu'à la lumière de ses conclusions sur les faits, que j'accepte d'ailleurs, il a conclu à l'existence d'un attrait qui a placé sur les épaules de la compagnie de chemin de fer un fardeau additionnel. Sous ce rapport, je ne puis faire mieux que de me reporter aux motifs de jugement du juge d'appel Clement, à la p. 711. Je suis complètement d'accord avec lui lorsqu'il affirme que [TRADUCTION] «un train dont on fait un usage normal ne peut être considéré comme un danger caché ou un piège».

La véritable question est de savoir si la compagnie ferroviaire avait l'obligation de poster en tout temps, au passage à niveau, un employé chargé d'avertir les enfants de ne pas s'approcher du train en marche. A mon avis, cette obligation n'existe pas et je me rallie aux propos suivants formulés par le juge en chef Duff dans l'affaire *Anderson*, précitée, à la p. 207:

[TRADUCTION] C'est un fait notoire que tous les jeunes garçons éprouvent la tentation de monter sur l'arrière d'un véhicule pour faire une promenade. A ma connaissance, il n'a jamais été décidé qu'un fermier qui transporte son foin au marché a l'obligation de poster une

⁸ [1973] S.C.R. 232.

⁹ [1936] S.C.R. 200.

¹⁰ [1913] 1 K.B. 398.

⁸ [1973] R.C.S. 232.

⁹ [1936] R.C.S. 200.

¹⁰ [1913] 1 K.B. 398.

and almost certainly will, indulge their propensities by getting on the back of the vehicle.

Although these words were written in the context of an examination of the doctrine of allurements, I suggest that they are particularly relevant here. I might add that in the *Anderson* case, the majority refused to impose upon the railway company the obligation to hire special watchmen to warn children away after the train duly completed had been turned over to the hauling crew.

It should also be kept in mind that in the present instance, a third warning most probably would not have been heeded more than the first two. No employee of the railway could have done anything more than to give such an additional warning; he would have had no right to use physical force to prevent the child from doing what the trial judge finds was being done.

In the absence of any special duty on the railway company and in the absence of a defect in the crossing itself, I cannot but accept the reasons and the conclusion of the Court of Appeal. I would dismiss the appeal.

As to the cross-appeal "with respect to the matter of costs", I do not see any merit therein and I would adopt the reasons for judgment of McDermid J. A. There should be no order as to costs in this Court.

The judgment of Spence, Dickson and Beetz JJ. was delivered by

DICKSON J.—This is an appeal and cross-appeal from a judgment of the Alberta Supreme Court, Appellate Division, allowing an appeal by Canadian Pacific Limited from a judgment of Kirby J. wherein the appellants were awarded general damages of \$85,000 and special damages of \$4,837.10 in respect of injuries suffered by the infant appellant Nick Paskivski. I would allow the appeal and restore the judgment at trial for reasons which I shall give, but first a rather detailed statement of the facts, taken in large measure from the careful

personne au haut du chargement pour surveiller les jeunes garçons qui pourraient céder à leurs impulsions en montant à l'arrière du véhicule, ce qu'ils feront tout probablement.

Bien que ces mots aient été écrits dans le contexte d'une étude de la théorie de l'attrait, je crois qu'ils sont particulièrement à propos en l'espèce. J'ajouterais que dans l'affaire *Anderson*, la majorité a refusé d'imposer à la compagnie ferroviaire l'obligation d'embaucher des gardiens spéciaux pour éloigner les enfants du train après que celui-ci eut été assemblé et pris en charge par l'équipe de remorquage.

Nous devons également avoir à l'esprit qu'en l'espèce, un troisième avertissement n'aurait tout probablement eu guère plus d'effet que les deux premiers. Aucun employé de la compagnie ferroviaire n'aurait pu faire davantage que de donner pareil autre avertissement; il n'aurait pas eu le droit d'employer la force pour empêcher l'enfant de faire ce que le juge de première instance a conclu qu'il faisait.

En l'absence de toute obligation spéciale de la part de la compagnie de chemin de fer et en l'absence d'une défectuosité au passage à niveau lui-même, je ne peux faire autrement qu'accepter les motifs et la conclusion formulés par la Cour d'appel. Je rejetterais le pourvoi.

Quant au pourvoi incident «relatif à la question des dépens», je n'y vois aucun fondement et je me rallierais aux motifs de jugement du juge d'appel McDermid. Il ne devrait y avoir aucune adjudication de dépens en cette Cour.

Le jugement des juges Spence, Dickson et Beetz a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Il s'agit d'un pourvoi principal et d'un pourvoi incident interjetés à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta accueillant un appel interjeté par Canadien Pacifique Limitée à l'encontre d'un jugement du jury Kirby qui a adjugé aux appelants la somme de \$85,000 pour dommages généraux et la somme de \$4,837.10 pour dommages spéciaux suite aux blessures subies par le mineur appellant Nick Paskivski. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de première instance.

review contained in the judgment of the Appellate Division, is necessary and desirable.

The case arises out of an accident which occurred at a level crossing in Coleman, Alberta, when the infant appellant, then seven years of age, fell under the wheels of a slowly moving freight train engaged in switching operations, and suffered the loss of both of his legs below the knees. There was no breach of statutory duty on the part of Canadian Pacific; the claim, if it is to succeed, must be for breach of a common law duty, as such duty has been delimited by earlier decisions of this Court, to take all reasonable precautions to protect members of the public lawfully using the crossing.

The branch line of the Canadian Pacific runs through Coleman in an east-west direction. South of the line lies a residential district of some 350 people, including over 100 children of school age, known as East Coleman or Bushtown. The main part of the town, including schools, hospitals, theatres, churches and stores, lies to the north of the tracks. Travel between the two areas is channelled along a single roadway crossed by three lines of railway tracks: the most northerly, the main line with station adjacent; the middle, a passing track or siding; and the most southerly, a spur track. The crossing is a very busy one, used by both vehicles and pedestrians although there is no sidewalk to accommodate the latter. It is important to observe that school children living in Bushtown have to go over the crossing several times a day, going to and coming from classes.

The daily train traffic included freight trains which usually conducted switching operations on to the siding at about one o'clock in the afternoon for the purpose of clearing the main line at that time, but also thereby obstructing pedestrian and vehicular traffic wishing to use the crossing. The school children from Bushtown would normally be returning to school at this hour and a group would gather on the south side of the track until the train

Avant d'exprimer mes motifs, il me semble souhaitable et même nécessaire de relater les faits en détail en me fondant en grande partie sur le soigneux exposé contenu dans l'arrêt de la Division d'appel.

Le litige découle d'un accident survenu à un passage à niveau à Coleman (Alberta). Le mineur appellant, alors âgé de sept ans, tomba sous les roues d'un train de marchandises qui effectuait lentement des manœuvres d'aiguillage. L'enfant perdit les deux jambes qui furent amputées sous les genoux. Canadien Pacifique n'a manqué à aucune obligation statutaire; pour être accueillie, la réclamation doit être fondée sur un manquement à une obligation de droit commun délimitée par certaines décisions antérieures de cette Cour, soit en l'espèce l'obligation de prendre toutes les précautions raisonnables pour protéger le public qui utilise légitimement le passage.

La voie de service du Canadien Pacifique traverse la ville de Coleman d'est en ouest. Au sud de la voie ferrée s'étend un quartier résidentiel connu sous le nom de East Coleman ou Bushtown. Environ 350 personnes, dont plus de 100 enfants d'âge scolaire, habitent ce quartier. Le centre-ville, où sont situés les écoles, les hôpitaux, les cinémas, les églises et les magasins, se trouve au nord de la voie ferrée. Ces deux régions ne sont jointes que par une seule route que traversent trois voies ferrées: au nord, il y a la voie principale menant à la gare, au centre, une voie d'évitement et au sud, une voie d'embranchement. Le passage à niveau est très achalandé, étant utilisé à la fois par les automobilistes et les piétons, bien qu'il n'y ait aucun trottoir. Il est important de noter que les écoliers qui demeurent à Bushtown doivent traverser le passage plusieurs fois par jour, pour se rendre à l'école et en revenir.

La circulation ferroviaire quotidienne comprend les trains de marchandises qui effectuent ordinairement, vers 13:00 h., des manœuvres d'aiguillage sur la voie d'évitement afin de libérer la voie principale. Cependant, ces manœuvres obstruent le passage à niveau, empêchant ainsi les automobiles et les piétons de l'emprunter. Ordinairement, les écoliers de Bushtown retournent à l'école vers cette heure-là. Un groupe se forme alors sur le côté sud

had cleared the crossing. It was at this time and place that the accident in question occurred.

The freight train came from the east on the main line and consisted of some 87 cars and four engines. It had been ordered to take the siding. The train slowed to permit the tail-end trainman to throw the switch, then moved over the switch and on to the siding at a speed of between six and ten miles per hour but the engineer brought it to a stop before it had entirely cleared the crossing. About six cars were left to the east of the crossing. The trainman came up from the switch to the caboose and telephoned the engineer to move the train ahead. This was done and the train again stopped. When the train had first stopped, the conductor got off the train to go to the station. The south side of the crossing was not visible at this time to either the conductor or to the tail-end trainman, and the front-end crew were about a mile to the west. The infant appellant Nick Paskivski, to whom I will refer simply as the appellant, had attended Grade 1 in the previous year and during this period his mother always took him to school across the railway tracks. At the time of the accident the appellant was taking Grade 1 for the second time and the trial judge found he was probably below normal intelligence. In the second year of Grade 1 he was usually taken to school by his mother and sometimes by an elder brother but on the day of the accident the elder brother was ill and the mother stayed home to care for him; the father worked night shifts and was sleeping. The appellant therefore set out alone to return to school for his afternoon classes. As he neared the crossing, he saw the train approaching. By the time he reached the crossing the train was moving slowly across. The appellant was familiar with trains and particularly with the switching operation with which he had been confronted almost daily for the preceding year and one-half. He testified that he was not frightened of trains and his mother testified she had told him he was small and must be "aware" of trains. The appellant stopped quite close to the moving box cars, waiting for them to pass. The surface of the roadway was icy from packed snow and sloped very slightly

de la voie ferrée jusqu'à ce que le train ait libéré le passage. L'accident en question est survenu à ce moment et à cet endroit.

Le train de marchandises circulait en direction ouest sur la voie principale et se composait de 87 wagons et de 4 locomotives. L'ordre d'emprunter la voie d'évitement lui avait été donné. Le train a donc ralenti afin de permettre à un cheminot d'actionner l'aiguillage. Le train s'engagea alors sur la voie d'évitement à une vitesse variant entre six et dix milles à l'heure mais le mécanicien l'immobilisa avant qu'il n'ait complètement libéré le passage à niveau. Il restait environ six wagons sur le côté est de la voie. Le cheminot quitta l'aiguillage et se dirigea vers le wagon de queue pour téléphoner au mécanicien et lui demander de faire avancer le train. Ce dernier s'exécuta puis, de nouveau, immobilisa le train. Lors du premier arrêt, le chef de train était descendu pour se rendre à la gare. Ni le chef de train ni le cheminot du wagon de queue ne pouvaient alors voir le côté sud du passage à niveau, et l'équipe travaillant à l'avant du train était à environ 1 mille à l'ouest du passage. Pendant sa première année d'école primaire, le mineur appellant Nick Paskivski, ci-après appelé simplement l'appellant, avait toujours été accompagné de sa mère pour traverser les voies ferrées. A l'époque de l'accident, l'appellant recommençait sa première année, et le juge du procès en a conclu que son quotient intellectuel était sans doute au-dessous de la moyenne. Durant son année de reprise, il était ordinairement accompagné à l'école par sa mère ou, à l'occasion par son frère aîné, mais le jour de l'accident, le frère aîné était malade et la mère était restée à la maison pour le soigner; le père dormait car il travaillait de nuit. Par conséquent, l'appellant partit seul pour l'école afin d'assister à la classe de l'après-midi. Alors qu'il approchait du passage à niveau, il vit le train s'avancer. En arrivant au passage à niveau, le train passait lentement. L'appellant était familier avec les trains et plus particulièrement avec la manœuvre d'aiguillage qu'il avait vu s'effectuer presque quotidiennement au cours des derniers dix-huit mois. Il a témoigné que les trains ne l'effrayaient pas et sa mère a témoigné qu'elle lui avait dit qu'il était petit et qu'il devait se «méfier» des trains.

down to the track from a few feet south of the track.

Several other children waited with the appellant. A retired section hand who at the time was walking on the south side of the tracks told the appellant to move further back which he did, but shortly after returned to a position very close to the moving train. The appellant's actions thereafter were found by the trial judge on conflicting evidence to have involved touching the box cars as they passed. A girl who was present testified she had said to him "Don't" but he did not heed. The appellant slipped and his legs went under the wheels. His evidence was that the wind had blown his feet from under him. It was a cold and windy day. It would seem the accident happened just as the train was coming to its first stop. No one on the train crew knew of the occurrence until the train stopped the second time, clear of the crossing.

A long line of cases commencing with *Grand Trunk Railway Co. of Canada v. McKay*¹¹, (followed in, *inter alia*, *Anderson v. Canadian National Railways*¹²; *Canadian Pacific Railway v. Rutherford*¹³; *Alexander v. Toronto, Hamilton & Buffalo Railway Co. and Ricker*¹⁴; *Weiss v. Larson et al.*¹⁵) establishes that a railway company's duty of care to users of public crossings is limited to discharge of statutory obligations under the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2 (see ss. 196 to 207) and compliance with orders of the Canadian Transport Commission—unless there are special or exceptional circumstances, in which event a common law duty of care will require additional

L'appelant s'arrête très près des wagons couverts en mouvement, attendant qu'ils aient passé. La chaussée recouverte de neige tassée était glissante et elle descendait en pente très douce sur une distance de quelques pieds jusqu'à la voie ferrée.

Plusieurs autres enfants attendaient avec l'appelant. Un cheminot à la retraite qui, à ce moment, marchait sur le côté sud de la voie ferrée, dit à l'appelant de s'écarter davantage du train. L'appelant s'exécuta mais, quelques instants plus tard, il se rapprocha du train en mouvement. À la lumière de témoignages contradictoires, le juge du procès a conclu que l'appelant avait par la suite touché aux wagons couverts alors qu'ils défilaient devant lui. Une petite fille qui était sur les lieux a témoigné lui avoir dit [TRADUCTION] «Ne fait pas cela», mais il ne lui a prêté aucune attention. L'appelant a glissé et ses jambes ont été écrasées par les roues. Selon son témoignage, le vent lui a fait perdre l'équilibre. C'était une journée froide et de grand vent. Il semblerait que l'accident soit survenu au moment même où le train s'est immobilisé pour la première fois. Aucun membre de l'équipe du train n'a eu connaissance de l'accident avant que le train ne s'immobilise pour la deuxième fois après avoir libéré le passage à niveau.

De nombreux précédents dont la *Compagnie du chemin de fer du Grand-Tronc du Canada c. McKay*¹¹, (suivi, entre autres, dans les causes *Anderson v. Canadian National Railways*¹²; *Le Chemin de fer canadien du Pacifique c. Rutherford*¹³; *Alexander c. Toronto Hamilton & Buffalo Railway Co. et Ricker*¹⁴; *Weiss v. Larson et al.*¹⁵) ont établi que l'obligation d'une compagnie de chemin de fer d'user de précautions à l'égard des usagers des passages à niveau publics est restreinte à l'exécution des obligations statutaires prévues à la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2 (voir les art. 196 à 207), et au respect des ordonnances rendues par la Commission canadienne des transports—sauf s'il existe des circonstances spéciales ou exceptionnelles. En ce cas une

¹¹ (1903), 34 S.C.R. 81.

¹² [1944] O.R. 169.

¹³ [1945] S.C.R. 609.

¹⁴ [1954] S.C.R. 707.

¹⁵ (1965), 55 D.L.R. (2d) 330.

¹¹ (1903), 34 R.C.S. 81.

¹² [1944] O.R. 169.

¹³ [1945] R.C.S. 609.

¹⁴ [1954] R.C.S. 707.

¹⁵ (1965), 55 D.L.R. (2d) 330.

precautions or safeguards.

Kirby J. found "special circumstances" sufficient to take the case out of what might be referred to as the *McKay* principle. He said:

The circumstances here are that we have a railway crossing by a road which is the only access to and from a community of some 350 people. Access to schools, churches, stores, service stations, all of the facilities offered by the Town of Coleman and the only access.

Then we have the special circumstances that it is the only access available to children, some 100 children going and coming to and from school every morning, every afternoon during the school week. It seems to me that those circumstances impose a special duty on the railway company to reduce to a minimum the danger inherent in a moving train.

The evidence is that the railway failed to take any special precautions. The only precaution was the usual routine railway crossing and the removal of ice from between the tracks at the crossing. There were no other special precautions taken of any kind by the railway company to meet those special circumstances. But there was an added burden in this case on the railway company in so far as the children were concerned by the reason of the allurements which a piece of machinery in motion has for children.

Kirby J. then considered the argument that the action of the appellant in touching the cars was a trespass and concluded, rightly in my opinion, that such action was not a trespass either to the land of Canadian Pacific nor to the train. To characterize the appellant as a trespasser would be, to adopt the phrase of Trites J.A. in *Lengyel v. Manitoba Power Commission*¹⁶, both "unrealistic and fictitious". As to the issue of contributory negligence on the part of the appellant, Kirby J. concluded:

It seems to me that the standard of care expected to be expected [*sic*] from a boy 7 years of age in Grade I, a boy who from my observation in the manner to which he

obligation de *common law* prescrit d'autres précautions ou mesures de sécurité.

Le juge Kirby a conclu à l'existence de «circonstances spéciales» qui suffisent à soustraire la présente cause à ce que l'on pourrait appeler le principe *McKay*. Il a dit:

[TRADUCTION] Dans les circonstances, il s'agit d'un passage à niveau traversant une route qui est la seule voie qui relie un quartier d'environ 350 personnes au reste de la ville de Coleman où sont situés les écoles, les églises, les magasins, les stations-services et tous les autres services.

Ensuite, il y a les circonstances spéciales, c'est-à-dire le fait que cette route est la seule que peuvent emprunter une centaine d'enfants pour se rendre à l'école tous les matins et pour en revenir tous les après-midi de la semaine scolaire. Il me semble que ces circonstances imposent à la compagnie de chemin de fer une obligation spéciale de réduire le danger que présente un train en mouvement.

La preuve démontre que la compagnie de chemin de fer n'a pris aucune précaution particulière. La présence du passage à niveau et l'enlèvement de la glace entre les rails sont les seules précautions qui ont été prises. La compagnie de chemin de fer n'a pris aucune précaution particulière en raison des circonstances spéciales que constituent les enfants attirés par les machines en mouvement.

Puis le juge Kirby a étudié l'argument voulant que l'appellant ait commis un *trespass* lorsqu'il a touché aux wagons. Le juge a conclu, à bon droit selon moi, que ce geste ne constituait pas un *trespass* à l'égard du terrain du Canadien Pacifique ni à l'égard du train. Qualifier l'appellant d'intrus (*trespasser*) serait, pour reprendre l'expression du juge d'appel Trites dans *Lengyel v. Manitoba Power Commission*¹⁶, à la fois [TRADUCTION] «irréaliste et faux». Relativement à la question de négligence contributive de la part de l'appellant, le juge Kirby en est venu à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Il me semble que ce qu'on peut attendre d'un enfant âgé de 7 ans qui fait sa première année d'école et dont le quotient intellectuel, d'après l'avis de

¹⁶ (1957), 23 W.W.R. 497.

¹⁶ (1957), 23 W.W.R. 497.

gave his evidence, and as his counsel has suggested, is probably below normal intelligence, the standard of care required from such a child is certainly not the same as that that would be imposed on an adult, nor is it the same standard of care that would be expected of a boy even 10 or 12 years of age or a brighter boy in a higher grade in school. Because of the allurement which a moving train has for children, and had for the infant plaintiff in this instance, I am unable to find any negligence on the part of Nicky with respect to this accident.

On the matter of parental responsibility, Canadian Pacific had issued a third party notice claiming indemnification and contribution from the parents and on this issue Kirby J. concluded:

I don't find any negligence whatever on the part of the parents. I think they acted as any normal parent would do. I don't think the parents of a 7-year-old child would anticipate or could be expected to anticipate what did happen on this particular occasion, and so I certainly do not find any negligence on their part.

The unanimous judgment of the Alberta Supreme Court, Appellate Division, was delivered by Clement J.A. He held that the doctrine of allurement had no application as the function of the doctrine is, in an appropriate case, to give a child who is in reality a trespasser the status of a licensee. I agree. We are not here concerned with occupier's liability nor with trespassers. The roadway was not railway property for the exclusive use of the railway company. It was public property which the railway company could use in common with all members of the public, including the appellant. The appellant, as a pedestrian, had an undoubted right to be where he was at the time and place of the accident.

Clement J.A., after a review of the authorities, concluded that the use by the children of the crossing was not an exceptional or special circumstance sufficient to take the case out of *McKay* and that the appeal should be allowed and the action dismissed; he thus did not find it necessary to deal with quantum of damages nor with the issues of contributory negligence of the appellant or responsibility on the part of his parents.

son avocat et mes observations sur le banc, est vraisemblablement au-dessous de la moyenne, ce qu'on peut attendre dis-je d'un tel enfant est certes différent de ce qu'on attend d'un adulte, d'un enfant âgé de 10 ou 12 ans ou d'un enfant plus intelligent dont le niveau scolaire est plus élevé. A cause de l'attrait qu'un train en mouvement exerce sur les enfants, ce qui s'est produit en l'espèce, je ne peux conclure à une quelconque négligence de la part de Nicky relativement à l'accident en question.

En ce qui concerne la responsabilité parentale, Canadien Pacifique a fait signifier un avis de mise en cause par lequel elle réclame des parents indemnité et contribution. Sur ce point, le juge Kirby a conclu comme suit:

[TRADUCTION] Je ne constate aucune négligence de la part des parents. Je crois qu'ils ont agi comme des parents normaux. Je ne crois pas que les parents d'un enfant de 7 ans auraient pu ou auraient dû prévoir les événements qui se sont produits, et je ne peux certes pas conclure à une négligence de leur part.

La décision unanime de la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta a été rendue par le juge d'appel Clement. Il a conclu que la théorie de l'attrait était inapplicable en l'espèce car cette théorie, lorsqu'elle est régulièrement appliquée, a pour effet d'accorder à un enfant, qui est en fait un intrus, le statut d'une personne autorisée (*licensee*). Je suis d'accord avec cette conclusion. Nous n'avons pas à nous préoccuper ici de responsabilité d'occupant, ni d'intrus. Le chemin n'est pas un bien de la compagnie de chemin de fer réservé à son usage exclusif. C'est un bien du domaine public qui peut être utilisé autant par la compagnie de chemin de fer que par la population, y compris l'appelant. Ce dernier, en tant que piéton, avait un droit incontestable d'être là où il était au moment où s'est produit l'accident.

Après une étude de la jurisprudence, le juge d'appel Clement a conclu que l'usage du passage à niveau par les enfants ne constitue pas une circonstance spéciale ou exceptionnelle suffisante pour soustraire la présente affaire au principe *McKay*, et que l'appel devait être accueilli et l'action rejetée; par conséquent, il a jugé inutile de traiter du quantum des dommages-intérêts ainsi que des questions de négligence contributive de l'appelant ou de responsabilité parentale.

As I have reached a different conclusion, it becomes necessary for me to consider these subsidiary issues. I would not alter the quantum of damages. The appellant can no longer run or jump or swim or climb stairs. He underwent extensive surgery and hospitalization. His mental capacity probably fits him for little other than the work of an unskilled labourer yet his physical disability will make it difficult if not impossible for him to do work of this nature. I would also reject the submission concerning contributory negligence on the part of the appellant, who was the same age as the infant plaintiff in the case of *Bouvier v. Fee*¹⁷, against whom an allegation of having been contributorily negligent was rejected by this Court. Anglin C.J.C. said, p. 119:

As to contributory negligence or common fault, it is, in our opinion, almost out of the question to raise such an issue as a ground of appeal in the case of a child under eight years of age, i.e., barely above the age under which all responsibility must be denied. Eminently an issue for determination by a trial judge, an appeal from his finding upon it is almost hopeless.

See also *McEllistrum v. Etches*¹⁸. Nor, in my opinion, can the claim for indemnity or contribution advanced by Canadian Pacific against the parents prevail. Parents cannot, in the ordinary course of things, give their children constant supervision. There may be practical difficulties. That is apparent from the facts of this very case, distinguishing this case from a case such as *Phipps v. Rochester Corp.*¹⁹ At the time of the accident the mother was tending a sick child and the father was asleep. The railway company knew, far better than the parents, when a train would be passing or likely to pass over the crossing. The railway company knew that at one o'clock in the afternoon school children would be at that crossing. The railway company which created the danger in the community was in the best position, with the least inconvenience, to protect the children exposed to that danger. Parents are expected to take reasonable steps to protect their children but the obliga-

Puisque j'ai conclu différemment, je me dois d'examiner ces questions incidentes. Je ne suis pas d'avis de modifier le quantum des dommages-intérêts. L'appelant ne peut plus courir, sauter, nager, ni monter des escaliers. Il a subi de graves opérations et fait un séjour prolongé à l'hôpital. Ses capacités intellectuelles le limiteront probablement à un travail de manœuvre, bien que son incapacité physique lui rende ce genre de travail difficile sinon impossible. Je suis également d'avis de rejeter la prétention que l'appelant aurait commis une négligence contributive. Il avait le même âge que le demandeur mineur dans l'affaire *Bouvier c. Fee*¹⁷, contre qui une allégation de négligence contributive avait été portée mais que cette Cour a rejetée. Le juge en chef Anglin a dit, à la p. 119:

[TRADUCTION] Quant à la négligence contributive ou faute commune, nous sommes d'avis qu'on peut difficilement soulever un tel point comme moyen d'appel lorsqu'il s'agit d'un enfant qui n'a même pas huit ans c.-à-d. à peine à l'âge où aucune responsabilité ne peut être retenue. C'est essentiellement une question que le juge de première instance doit trancher, un appel de sa conclusion sous ce rapport étant presque sans espoir.

Voir également *McEllistrum c. Etches*¹⁸. Je suis aussi d'avis de rejeter la réclamation pour indemnité ou contribution déposée par Canadien Pacifique contre les parents. Dans le cours ordinaire des choses, les parents ne peuvent surveiller constamment leurs enfants. Certaines difficultés d'ordre pratique peuvent les en empêcher. Cela est clairement illustré par les faits de la présente cause qui la distinguent d'ailleurs de l'affaire *Phipps v. Rochester Corp.*¹⁹ Au moment de l'accident, la mère était au chevet d'un enfant malade et le père dormait. La compagnie de chemin de fer savait, beaucoup mieux que les parents, l'heure à laquelle un train emprunterait le passage à niveau ou était susceptible de passer. La compagnie de chemin de fer savait que des écoliers seraient au passage à niveau vers 13 h 00. La compagnie de chemin de fer, qui a exposé le public au danger, était la mieux placée pour protéger les enfants de ce danger tout en subissant le moins d'inconvénients possibles.

¹⁷ [1932] S.C.R. 118.

¹⁸ [1956] S.C.R. 787.

¹⁹ [1955] 1 Q.B. 450.

¹⁷ [1932] R.C.S. 118.

¹⁸ [1956] R.C.S. 787.

¹⁹ [1955] 1 Q.B. 450.

tion is not that of an insurer and those who carry on dangerous activities have a duty to use reasonable means to protect others from the dangers attendant upon or incident to such activities.

I turn now to the principal issue, namely, whether special circumstances existed requiring Canadian Pacific to take additional precautions commensurate with the foreseeable risk of harm. The answer to such a question will depend, of course, on the facts of the particular case. In *The Lake Erie and Detroit River Railway Company v. Barclay*²⁰, the railway was found guilty of negligence when the plaintiff was killed when driving home across a level crossing. Sedgewick J., for the majority, had this to say at pp. 363-4:

There was some evidence to show that owing to piles of lumber on the company's lands at the point in question, his vision of the train was necessarily obstructed, and there was also evidence to show that the train was not sufficiently manned. There was, as the jury have found, no watchman at the crossing. The jury found that the appellants' negligence consisted in their failure to have a man on the crossing at the moment of the accident. The learned counsel for the appellants endeavoured at the argument to make it appear that the only question raised in this case was as to whether it is to be left to a jury to determine if a railway company can be compelled to place a watchman upon level highway crossings to warn persons about to cross the line and rail. I do not consider that any such broad question is raised here at all. The respondent's counsel do not make any such contention. It was, I think, properly left to the jury to determine whether or not in this particular case where, late on a dark night, at the terminus of a railway, shunting was being carried on, and that of an excessively dangerous character (the process being that of a running or flying switch), at a place in a town thickly populated, and over a much frequented avenue or highway, there being no engine connected with the train colliding with the carriage, and none of the usual signals such as the blowing of whistles or the ringing of bells to give warning to passers by, it was not necessary, at that particular time and under those particular circumstances, to take

Les parents se doivent de prendre des mesures raisonnables pour protéger leurs enfants mais cette obligation n'est pas celle d'un assureur et ceux qui se livrent à des activités dangereuses ont le devoir de prendre des mesures raisonnables pour protéger le public des dangers inhérents ou incidents à de telles activités.

J'en viens maintenant à la principale question en litige, à savoir si, en raison de l'existence de circonstances spéciales, Canadien Pacifique aurait dû prendre des précautions supplémentaires proportionnelles au risque de danger prévisible. Naturellement, la réponse à une telle question dépend des faits en l'espèce. Dans *The Lake Erie and Detroit River Railway Company c. Barclay*²⁰ la compagnie de chemin de fer a été trouvée coupable de négligence lorsque l'époux de la demanderesse fut tué à un passage à niveau alors qu'il revenait chez lui. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Sedgewick a dit, aux pp. 363-4:

[TRADUCTION] La preuve démontre que du bois empilés sur le terrain de la compagnie à l'endroit en question lui a forcément obstrué la vue du train, et l'équipe du train était insuffisante. Comme a conclu le jury, il n'y avait aucun gardien au passage à niveau. Le jury a conclu que l'appelante avait été négligente en ne postant personne au passage à niveau lors de l'accident. Les distingués avocats de l'appelante ont cherché à démontrer que la seule question soulevée en l'espèce était de savoir si on peut laisser à un jury le soin de décider si une compagnie ferroviaire peut être contrainte de poster des gardiens aux passages à niveau pour avertir les gens qui vont traverser la voie ferrée. Je ne pense pas qu'une question aussi large se pose en l'espèce. L'avocat de l'intimée n'a exposé aucune prétention semblable. Je crois qu'il convenait de laisser au jury le soin de décider dans le cas présent où, par une nuit très noire, on faisait à la gare, des manœuvres de triage extrêmement dangereuses (un aiguillage à haute vitesse), dans un quartier très peuplé de la ville et sur une voie qui croisait une rue ou route très achalandée, sans qu'aucune locomotive n'ait été rattachée au train qui est entré en collision avec la voiture et sans qu'aucun des signaux habituels n'ait été donné tels qu'un coup de sifflet ou un tintement de cloche pour avertir les passants du danger, s'il était nécessaire ou non, à ce moment précis et dans ces circonstances, de prendre de plus amples précautions que celles qui ont effectivement été prises et d'être

²⁰ (1900), 30 S.C.R. 360.

²⁰ (1900), 30 R.C.S. 360.

greater precautions than they really did take, and to be much more careful than in ordinary cases where these conditions did not exist.

The decision of the Ontario Court of Appeal in *Anderson v. Canadian National Railways*; *supra*, is frequently mentioned in cases of this nature. Robertson C.J.O. in that case said at p. 177:

The result of the decisions seems to be that, under ordinary circumstances, the railway is permitted to carry on its usual operations in the normal way, at a highway level crossing, without other precautions and warnings than are prescribed by The Railway Act or by the Board, but if the operations are carried on in such a way, or are of such a character, that the public using the crossing is exposed to exceptional danger, as in the *Barclay* case, or if there are exceptional circumstances, as in the *Montreal Trust Co.* case, that render ineffective or insufficient the precautions and warnings generally prescribed, then, in such cases, it may be left to a jury to say whether or not the railway has been negligent in failing to adopt other measures for the protection of those who may use the crossing.

In the case of *Commissioner for Railways v. McDermott*²¹, the Privy Council had occasion to consider the legal position of a railway running express trains through a level crossing, lawfully and necessarily used by the local inhabitants. Lord Gardiner L.C., delivering the judgment of their Lordships, referred to such an "inherently dangerous activity" and in the course of the judgment adopted the following statement of the Lord President in *Smith v. London Midland & Scottish R. Co.*²²:

"I deduce from the decision in *Cliff v. Midland Railway*, ((1870) L.R. 5 Q.B. 258), and from (what is probably more significant for us) a whole series of Scottish decisions, beginning with *Grant v. Caledonian Railway Co.*, ((1870) 9 Macph. 258), and going on to *Hendrie*, (1909 S.C. 776), that the railway company has a duty at every level crossing where members of the public have a right to be, and where there is reason to

beaucoup plus prudent que dans les cas ordinaires où ces conditions n'existent pas.

L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Anderson v. Canadian National Railways*, précité, est souvent mentionné dans des causes comme celle-ci. Dans cette affaire-là, le juge en chef Robertson s'est exprimé ainsi, à la p. 177:

[TRADUCTION] Le résultat de ces décisions semble être que, dans des circonstances ordinaires, la compagnie de chemin de fer est autorisée à faire ses opérations habituelles de la façon normale, à un passage à niveau, sans prendre d'autres précautions ou donner d'autres avertissements que ceux qui sont prescrits par la Loi sur les chemins de fer ou par la Commission, mais que si les opérations sont effectuées de telle façon ou sont de nature telle que le public utilisant le passage est exposé à un danger exceptionnel, comme dans l'affaire *Barclay*, ou encore s'il existe des circonstances exceptionnelles, comme dans l'affaire *Montreal Trust Co.*, qui rendent inefficaces ou insuffisants les précautions et les avertissements généralement prescrits, en pareils cas, on peut laisser au jury le soin de dire si la compagnie de chemin de fer a été négligente en omettant de prendre des mesures additionnelles pour la protection de ceux qui peuvent utiliser le passage.

L'affaire *Commissioner for Railways v. McDermott*²¹, a donné au Conseil privé l'occasion d'examiner la situation juridique d'une compagnie de chemin de fer dont les trains express empruntaient un passage à niveau que le public utilisait légitimement et de toute nécessité. Le lord chancelier Gardiner, qui a rendu le jugement du Conseil privé, a employé l'expression [TRADUCTION] «activité essentiellement dangereuse», et plus loin dans le jugement il a adopté l'énoncé suivant du lord Président dans l'affaire *Smith v. London Midland & Scottish R. Co.*²²:

[TRADUCTION] «A la lumière de la décision rendue dans *Cliff v. Midland Railway*, ((1870) L.R. 5 Q.B. 258) et d'une série de décisions (sans doute beaucoup plus importantes pour nous) rendues par les tribunaux écossais, à partir de l'affaire *Grant v. Caledonian Railway Co.*, ((1870) 9 Macph. 258) jusqu'à l'affaire *Hendrie*, (1909 S.C. 776), je conclus qu'une compagnie de chemin de fer a l'obligation de prendre, à tous les

²¹ [1967] 1 A.C. 169.

²² 1948 S.C. 125.

²¹ [1967] 1 A.C. 169.

²² 1948 S.C. 125.

expect them to be, to take all reasonable precautions in train operations (and perhaps in other respects) to reduce the danger to a minimum, the nature of the precautions which are required and the question whether the duty has been fulfilled depending upon the circumstances of each case . . .”

The railway was not unaware of the potential danger. On some occasions, according to the evidence of Lori Lee Churla, people were there to chase away children who were standing too close to the train. Her evidence on this point was as follows:

Q. Did the men from the C.P.R. train see you there?

A. I don't know.

Q. Did they ever have people there to chase you away?

A. Yes.

Q. They would sometimes chase you away?

A. Yes.

Q. And the reason they would chase you away because you would be standing too close to the train, did you ever get chased for being too close, be chased away?

A. Once or twice.

The evidence of Mrs. Kropinak who, with her husband, operated the general store in Bushtown was:

Q. Do the train crew ever put out flag men to keep the children from the train?

A. Well there have been train men, they would I suppose keep the children away if they thought they were too close, but there have been men there.

Q. There have been men there?

A. Yes.

Clement J.A. advanced two reasons for differing with the trial judge on the presence of special circumstances. The first:

In such a case as is before us, I would think that gates would be inadequate, and the only safeguard that could

passages à niveau que le public peut utiliser, toutes les précautions raisonnables au regard des opérations ferroviaires (et peut-être sous d'autres rapports) afin de minimiser le danger. Les circonstances propres à chaque cause régissent le genre de précautions à prendre ainsi que la question de savoir si l'obligation a effectivement été remplie . . .»

La compagnie ferroviaire n'ignorait pas l'existence d'un danger possible. Selon le témoignage de Lori Lee Churla, des gens étaient occasionnellement postés à cet endroit pour chasser les enfants qui s'approchaient trop près du train. Voici son témoignage à ce sujet:

[TRADUCTION] Q. Est-ce que les hommes à bord du train du Canadien Pacifique vous ont vus à cet endroit?

R. Je ne sais pas.

Q. Est-ce que des gens ont déjà été postés à cet endroit pour vous en chasser?

R. Oui.

Q. Et ces gens vous chassaient à l'occasion?

R. Oui.

Q. Ils vous chassaient parce que vous vous approchiez trop du train, et toi as-tu déjà été chassée parce que tu t'étais trop approchée du train?

R. Une ou deux fois.

Voici le témoignage de M^{me} Kropinak qui, avec son époux, gérait le magasin général de Bushtown:

[TRADUCTION] Q. Est-ce que des signaleurs ont déjà été postés à cet endroit pour éloigner les enfants?

R. Il y a eu des cheminots qui, je suppose, éloigneraient les enfants s'ils s'approchaient trop du train, mais des hommes ont déjà été postés à cet endroit.

Q. Des hommes ont déjà été postés à cet endroit?

R. Oui.

Le juge d'appel Clement a exprimé deux raisons pour lesquelles il a différé d'opinion avec le juge de première instance relativement à l'existence de circonstances spéciales. Voici la première:

[TRADUCTION] Dans une affaire comme celle-ci, je crois que des barrières seraient insuffisantes et il me

be regarded as having some degree of effectiveness would be to have an employee assigned to that crossing whose duty would be to take a stand at the appropriate times and on the appropriate side of the crossing, and act, not only as a flagman, but in effect as a guardian. Further, the efficacy of such a safeguard would be dependent upon its permanency, and if it were provided only on an intermittent basis children would be called on to exercise a higher degree of perceptiveness of danger than if it were not taken at all. Permanent precautions and their nature and scope are for the decision of the Canadian Transport Commission, not the Court.

For my part, I have some difficulty in relating the possible efficacy of particular precautionary measures to the presence or absence of special circumstances. I make no comment on whether or not a gate would have been adequate. There is simply no evidence on the record from which one could determine whether a gate would have given needed protection to the children and I do not think we have to decide this point. In *Canadian Pacific Railway Co. v. Anderson*²³, the railway company had assigned an employee to the task, among others, of keeping children away from the passing cars. In the present case it would not seem to have been a difficult task to perform at the most four times a day during school term, neither so burdensome nor so expensive as to be unreasonable in the light of the risk. With respect, I do not agree that the provision of a safeguard on an intermittent basis would require the children to exercise a higher degree of perceptiveness of danger than if no safeguard were provided. There is no evidence to support this conclusion and, within a highway traffic context, it has never been suggested, so far as I am aware, that the provision of school patrols, ensuring the safety of children crossing roads going to and from school, increased the risk of danger to the children.

The second reason advanced by Clement J.A. was expressed in these terms:

In the second place, there is no evidence to warrant a finding that the children, even the youngest, who were accustomed to use the crossing to the knowledge of the train crews, were not capable of forming an appreciation

semble que la seule précaution valable serait qu'un employé soit posté au passage à niveau, aux heures appropriées et du bon côté, afin d'agir non seulement comme signaleur mais aussi comme gardien. De plus, une telle précaution ne serait efficace que dans la mesure où elle serait permanente, et si elle n'était prise qu'occasionnellement, elle tendrait à rendre les enfants moins conscients du danger que si elle n'était pas prise du tout. La permanence des précautions ainsi que leur nature et leur étendue sont des matières qui relèvent de la Commission canadienne des transports et non des tribunaux.

Quant à moi, j'éprouve certaines difficultés à relier l'efficacité possible de précautions particulières à la présence ou à l'absence de circonstances spéciales. Je n'ai aucun commentaire à formuler quant à savoir si une barrière aurait suffi ou non. Il n'y a tout simplement aucune preuve au dossier qui permette de décider si une barrière aurait accordé aux enfants la protection nécessaire et je ne crois pas que nous ayons à trancher cette question. Dans *Compagnie de chemin de fer canadien du Pacifique c. Anderson*²³, la compagnie de chemin de fer avait désigné un employé pour effectuer certaines tâches dont celle d'éloigner les enfants des wagons en mouvement. En l'espèce, il ne semble pas qu'il aurait été difficile d'exécuter une tâche semblable au plus quatre fois par jour, durant l'année scolaire, ni qu'elle aurait été onéreuse ou coûteuse au point d'être déraisonnable en regard du danger. Avec respect, je ne partage pas l'opinion qu'une précaution prise sur une base intermittente tende à rendre les enfants moins conscients du danger que si aucune précaution n'était prise. Aucune preuve ne vient appuyer cette conclusion et, dans un contexte de circulation routière, on n'a jamais laissé entendre à ma connaissance que la présence de brigadiers scolaires, dont la tâche consiste à assurer la sécurité des écoliers qui doivent traverser les rues, augmente le risque de danger pour les enfants.

La seconde raison énoncée par le juge d'appel Clement a été formulée en ces termes:

[TRADUCTION] En deuxième lieu, aucune preuve n'étaye la conclusion que les enfants, même les plus jeunes, qui avaient l'habitude d'utiliser le passage à niveau au vu et au su des équipes des trains, étaient

²³ [1936] S.C.R. 200.

²³ [1936] R.C.S. 200.

of such danger as the situation presented. It is not sufficient that there may be a possibility that such a lack of comprehension exists; there must be some foundation for its probability: *Canadian National Railway Company v. MacEachern*, [1947] S.C.R. 64 at 78. Here, the same situation had existed for many years, but no evidence was given of any accident, and this tends to fortify the view that the children generally were sufficiently aware. The danger to be comprehended was that in standing too close to the moving boxcars, some mischance might cause the child to slip or fall across the rails. In the absence of special knowledge of the capabilities of a child, the test is objective as to whether a child in that age category is able to appreciate the perils to which his actions may expose him. The evidence does not show that Nick was in fact any less able in this respect than any of the other children: rather, he yielded to an irresponsible impulse, the restraint of which would require a safeguard directed to himself personally, not as a member of a particular segment of the public. I do not think that the exceptional and special circumstances here under consideration go beyond factors which could affect any member of the public, or of the segment of the public concerned, and reach into an examination of the individual.

The point taken would seem to relate more directly to the question of contributory negligence or perhaps foreseeability than to the presence or absence of special circumstances; in any event uncontradicted evidence touching upon the capacity of young children to appreciate the potential danger of passing boxcars was given by Dr. Thompson, a psychiatrist:

Q. Now then at what age would you expect a child, say a normal child might learn without experience by verbal warnings to appreciate the danger of a slow moving train?

A. Well, I think it would be difficult up until the age of eight or nine to appreciate the danger of a slow moving train.

Q. And what is the effect of a verbal warning on a child of six or seven years of age?

A. I don't think it would be too effective unless this, unless it has seen an experience of something, someone being harmed by a train or—

Q. —what would be the likely situation if a child became very used to the sight of a slow-moving train at a fairly close distance?

incapables d'apprécier le danger qui se présentait. Il ne suffit pas qu'il y ait possibilité d'une telle incompréhension; sa probabilité doit être établie: *La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. MacEachern* [1947] R.C.S. 64, à la p. 78. Ici, la même situation existait depuis plusieurs années mais aucune preuve d'un accident n'a été fournie et ceci tend à confirmer l'opinion qu'en général, les enfants étaient suffisamment conscients du danger. Le danger à percevoir était qu'en se tenant trop près des wagons couverts en mouvement, un enfant pouvait accidentellement glisser ou tomber en travers des rails. En l'absence de connaissances précises sur la capacité d'un enfant, le critère objectif consiste à déterminer si un enfant de cet âge est en mesure d'apprécier le danger auquel il s'expose lui-même. La preuve ne démontre pas que Nick était effectivement moins apte sous ce rapport que les autres enfants: il a plutôt succombé à une impulsion irréfléchie dont la maîtrise n'aurait pu être assurée que par des précautions prises contre lui en tant qu'individu et non en tant que membre d'un groupe. Je ne crois pas que les circonstances exceptionnelles ou spéciales considérées en l'espèce soient différentes de celles qui intéressent l'ensemble du public ou du groupe visé, et réclament l'étude du comportement individuel.

Ce point semble se rapporter à la négligence contributive ou peut-être à la prévisibilité plutôt qu'à la présence ou à l'absence de circonstances spéciales; quoi qu'il en soit, il y a le témoignage non contredit du Dr. Thompson, un psychiatre, sur la capacité des jeunes enfants à évaluer le danger possible que représentent des wagons couverts en mouvement:

[TRADUCTION] Q. Maintenant, à quel âge un enfant, disons un enfant normal, est-il en mesure d'évaluer, sans avertissement verbal, le danger que représente un train circulant lentement sur une voie ferrée?

R. Bien, je crois qu'il serait difficile d'évaluer, avant l'âge de huit ou neuf ans, le danger que représente un train circulant lentement sur une voie ferrée.

Q. Et quel est l'effet d'un avertissement verbal chez un enfant âgé de six ou sept ans?

R. Je crois que l'effet serait presque nul, à moins, à moins que l'enfant ait vu quelque chose, quelqu'un se faire blesser par un train ou—

Q. —et en toute vraisemblance, que se passera-t-il quand un enfant est habitué à voir de très près un train circulant lentement sur une voie ferrée?

A. Well I think it would give it a sort of a false sense of security and be more familiar with it and less fearful of it.

Nick Paskivski, the appellant:

Q. Nicky, were you frightened of trains?

A. No.

Lori Lee Churla, a child, a witness for the railway company:

Q. But you weren't afraid of this train that went by this track?

A. No.

Q. And it came by lots of times when you were going to school?

A. Yes.

John Chomick, retired section hand, a witness for the railway company:

Q. Lots of days the children are gathered at the crossing, aren't they?

A. Well every day.

Q. Almost every day?

A. Yes.

Q. And you know that the children, lots of times stand too close to the train too?

A. Well so, stay, well you see some stay far away and some, you know, how, the kids, close.

Q. You know—

A. —lots of times some smart kids stay away and some come right close and train goes close and they're not scared of that, you see.

Samuel Clarence Ferguson, tail-end trainman:

Q. And you know that little tiny kids don't have the respect for a slow-moving train that they should, don't you?

A. Well you don't have to go to little kids to do that.

Q. You get into some big kids too.

A. Yes.

The evidence above quoted tends to the conclusion that the segment of the public with which we are

R. Bien, je crois que cela contribuera à lui donner une fausse impression de sécurité car étant familier avec le train il en aura moins peur.

Nick Paskivski, l'appelant:

[TRANSDUCTION] Q. Nicky, est-ce que tu craignais les trains?

R. Non.

Lori Lee Churla, une enfant, témoin cité par la compagnie ferroviaire:

[TRANSDUCTION] Q. Mais tu ne craignais pas ce train qui circulait sur cette voie ferrée?

R. Non.

Q. Et il passait plusieurs fois lorsque tu te rendais à l'école?

R. Oui.

John Chomick, un cheminot à la retraite, témoin cité par la compagnie ferroviaire:

[TRANSDUCTION] Q. Les enfants se rassemblent souvent au passage à niveau, n'est-ce pas?

R. Bien, tous les jours.

Q. Presque à tous les jours.

R. Oui.

Q. Et vous savez également que les enfants s'approchent souvent trop près du train?

R. Bien, il y en a qui se tiennent assez loin alors que d'autres, vous savez, les enfants, se tiennent trop près.

Q. Vous savez—

R. —souvent quelques enfants sages se tiennent loin alors que d'autres s'approchent et le train passe très près d'eux mais cela ne les effraie pas, vous voyez.

Samuel Clarence Ferguson, cheminot occupant le wagon de queue:

[TRANSDUCTION] Q. Et vous savez que les petits enfants n'exercent pas toute la prudence nécessaire face à un train qui circule lentement?

R. Bien, il n'y a pas que les petits enfants qui commettent des imprudences.

Q. Les enfants plus âgés en commettent aussi?

R. Oui.

Les témoignages cités ci-dessus viennent appuyer la conclusion que le groupe qui nous intéresse en

here concerned, school children of tender years, were incapable of understanding and comprehending the hazards to which they were exposed by the slowly moving train. It is true, as the learned appellate judge states, there was no evidence of any other accident. The record is neutral. There is no evidence of either accident or absence of accident in preceding years.

The *McKay* case was decided over seventy years ago, when Canada was, to quote Sedgewick J. in that case, "a young and only partially developed territory". Davies J. in the same case expressed concern that railway development not be impeded. The past seventy years have wrought many changes within Canada and today one might perhaps be inclined to question the relevance and validity of a rule of law which limits the common law duty of care of a railway to the special case or the exceptional case, particularly if those words are to receive a strict or narrow construction. It may well be that the interests of a young and undeveloped nation are best served by a minimum of impediment to industrial growth and economic expansion but in a more developed and populous nation this attitude of *laissez faire* may have to yield to accommodate the legitimate concern of society for other vital interests such as the safety and welfare of children. But if the test to be met is that of exceptional or special circumstances, it appears to me it was open to the trial judge to find upon all of the evidence that the appellant had met that test.

In this case in my opinion the trial judge could find the cumulative effect of the following circumstances to be "special circumstances" calling for extra precautions on the part of Canadian Pacific: (i) The crossing was a much used public crossing, not a private or little used crossing; (ii) It provided the only means of access from the predominantly residential part of the community to the rest of the community; (iii) The crossing was used at regular

l'espèce, soit les jeunes écoliers, étaient incapables de saisir et de comprendre les dangers auxquels les exposait ce train en mouvement. Comme le souligne le savant juge d'appel, il est vrai qu'il n'y a eu aucune preuve d'un autre accident. Le dossier n'en parle pas. Il n'y a aucune preuve d'accident ou d'absence d'accident dans le passé.

La décision dans l'affaire *McKay* a été rendue il y a plus de soixante-dix ans, soit à l'époque où le Canada n'était, pour employer les mots du juge Sedgewick dans cette affaire-là, [TRADUCTION] «qu'un territoire jeune et partiellement développé». Dans cette même affaire, le juge Davies s'est préoccupé du fait que l'extension du réseau ferroviaire ne devait pas être gênée. Le Canada a beaucoup changé au cours des derniers soixante-dix ans et l'on pourrait être enclin aujourd'hui à mettre en doute la pertinence et la validité de la règle de droit qui restreint aux situations spéciales ou exceptionnelles l'obligation de prendre des précautions que le droit commun impose à une compagnie ferroviaire, surtout si ces mots doivent être interprétés rigoureusement ou restrictivement. Il se peut que les intérêts d'une jeune nation en voie de développement soient mieux servis en réduisant les obstacles à la croissance industrielle et à l'expansion économique, mais au sein d'une nation plus développée et peuplée, ce laisser-aller doit céder le pas à l'intérêt légitime qu'entretient la société à l'égard d'autres préoccupations fondamentales telles que la sécurité et le bien-être des enfants. Mais si le critère à satisfaire est celui des circonstances spéciales ou exceptionnelles, il me semble que le juge de première instance était libre de conclure, à la lumière de toute la preuve, que l'appelant y avait satisfait.

En l'espèce, je suis d'avis que le juge de première instance était en mesure de conclure que l'effet cumulatif des circonstances suivantes constituait des «circonstances spéciales» exigeant du Canadien Pacifique certaines précautions supplémentaires: (i) Le passage à niveau était un passage public fréquemment utilisé et non un passage à niveau privé et peu utilisé; (ii) le passage à niveau représentait pour la partie résidentielle de la ville

times daily, in pursuance of a legal right, by children getting to and from school; (iv) The hour at which the train manoeuvre took place was the hour at which, to the knowledge of the railway, children would be returning to school; (v) There was not, to the knowledge of the railway, either a barrier or a flagman present; (vi) The road was icy and the day was cold and windy, compounding the danger; (vii) The train, a mile or more in length, passing within easy access in a seemingly endless procession of cars, would test the patience of children and afford them ample opportunity to indulge their natural propensity for play or mischief. A slowly moving train can be tempting and attractive to a child: see *Gough v. National Coal Board*²⁴. Yet the railway company took no precautions whatever to minimize the danger. This is not a case, in my opinion, in which it can simply be said that the railway company did nothing abnormal and that the entire fault should be attributed to the parents for allowing a seven-year old child to go to school across a railway track without supervision. In my view the railway company, because of the exceptional circumstances, owed the appellant a duty of care, which it failed to discharge, to protect him against the foreseeable risk of injury as a result of slipping beneath the moving railroad cars. In the recent case in this Court of *Mitchell et al. v. Canadian National Railway Co.*²⁵, a nine-year old boy recovered damages for the loss of a leg when he tripped on a shrub or bush, protruding above the surface of an icy embankment on the railway company's right-of-way and slid down the embankment into the path of a passing freight train.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Alberta Supreme Court, Appellate Division, and restore the judgment at trial with costs in all

l'unique lien avec le reste de la ville; (iii) Le passage à niveau était légitimement utilisé quotidiennement et à des heures régulières par les enfants qui se rendaient à l'école ou qui en revenaient; (iv) L'heure à laquelle le train effectuait ses manœuvres était, au su de la compagnie ferroviaire, celle à laquelle les enfants retournaient à l'école; (v) Il n'y avait à cet endroit, au su de la compagnie ferroviaire, ni barrière ni signaleur; (vi) La route était recouverte de glace et la journée était froide et venteuse, ajoutant ainsi au danger; (vii) Le train long d'environ un mille dont la facilité d'accès n'avait d'égale que son interminable défilé de wagons, éprouverait la patience des enfants et leur fournirait une belle occasion de donner libre cours à leur propension naturelle au jeu ou aux espiègleries. Un train qui circule lentement est tentant pour les enfants et exerce beaucoup d'attrait sur eux: voir *Gough v. National Coal Board*²⁴. Malgré cela, la compagnie ferroviaire n'a pris aucune précaution pour minimiser le danger. A mon avis, il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire où l'on peut tout simplement dire que la compagnie ferroviaire n'a rien fait d'anormal et que toute la faute doit être imputée aux parents parce qu'ils ont permis à un enfant de sept ans de se rendre à l'école en traversant une voie ferrée sans surveillance. A mon avis, en raison des circonstances exceptionnelles, la compagnie ferroviaire avait à l'égard de l'appelant une obligation dont elle ne s'est pas acquittée, soit l'obligation de le protéger de tout risque prévisible de blessures s'il glissait sous les roues des wagons en mouvement. Dans une cause récemment entendue par cette Cour, soit *Mitchell et al. c. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*²⁵, des dommages-intérêts ont été accordés à un garçon de neuf ans pour la perte d'une jambe subie lorsqu'il a trébuché sur un arbuste ou arbrisseau dépassant d'un talus verglacé sur l'emprise du chemin de fer et glissé en bas du talus pour être heurté par un train de marchandises en marche.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta et de rétablir le jugement de première

²⁴ [1953] 2 All E.R. 1283.

²⁵ [1975] 1 S.C.R. 592.

²⁴ [1953] 2 All E.R. 1283.

²⁵ [1975] 1 R.C.S. 592.

Courts and I would dismiss the cross-appeal with costs.

Appeal allowed and judgment at trial restored with costs, JUDSON, PIGEON and DE GRANDPRÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the plaintiffs, appellants: Rice, MacLean, Babki & Evans, Lethbridge.

Solicitor for the defendant, respondent, Canadian Pacific Ltd.: D. B. Hodges, Calgary.

instance avec dépens dans toutes les Cours, et je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident avec dépens.

Pourvoi accueilli et jugement de première instance rétabli avec dépens, les JUGES JUDSON, PIGEON et DE GRANDPRÉ étant dissidents.

Procureurs des demandeurs, appelants: Rice MacLean, Babki & Evans, Lethbridge.

Procureur de la demanderesse, intimée: Canadien Pacifique Ltée: D. B. Hodges, Calgary.