

Vincent Hall *Appellant*

v.

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

INDEXED AS: HALL v. HEBERT

File No.: 22399.

1992: October 6; 1993: April 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

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

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

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

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

Vincent Hall *Appellant*

c.

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

RÉPERTORIÉ: HALL c. HEBERT

N° du greffe: 22399.

1992: 6 octobre; 1993: 29 avril.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

By McLachlin J.

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

By Cory J.

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

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

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

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

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

Citée par le juge Cory

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

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

By Gonthier J.

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

By Sopinka J. (dissenting)

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

Authors Cited

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

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

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

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

Citée par le juge Gonthier

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

Citée par le juge Sopinka (dissent)

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

Doctrine citée

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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