

**Her Majesty The Queen in Right of the
Province of British Columbia** *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

Dean Richard Zastowny *Respondent/
Appellant on cross-appeal*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA v. ZASTOWNY

Neutral citation: 2008 SCC 4.

File No.: 31552.

2007: December 14; 2008: February 8.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Damages — Past and future wage loss — Periods of incarceration — Plaintiff seeking damages for injuries suffered as consequence of sexual assaults — Whether plaintiff entitled to compensation for wage loss while he was incarcerated — Whether plaintiff can be compensated for time spent in prison after he became eligible for parole — Whether recovery for past wage loss while incarcerated barred by application of ex turpi causa non oritur actio doctrine or novus actus interveniens doctrine — Whether Court of Appeal erred in reducing award for loss of future earnings.

In 1988, Z was twice sexually assaulted by a prison official while imprisoned for a break and enter committed to support a crack cocaine addiction. After his release from prison, Z became addicted to heroin and a repeat offender. He was in prison for 12 of the next 15 years. In 2003, Z commenced an action seeking damages for the sexual assaults. A psychologist testified that the assaults caused Z to start using heroin and exacerbated his substance abuse and criminality. Z was awarded general and aggravated damages, the cost of future counselling, and compensation for past and future wage losses. The award for past wage losses included compensation for time spent in prison.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de
la Colombie-Britannique** *Appelante/intimée
au pourvoi incident*

c.

Dean Richard Zastowny *Intimé/appeletant au
pourvoi incident*

**RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE c.
ZASTOWNY**

Référence neutre : 2008 CSC 4.

N° du greffe : 31552.

2007 : 14 décembre; 2008 : 8 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Dommages-intérêts — Perte de rémunération antérieure et ultérieure — Périodes d'incarcération — Demandeur sollicitant des dommages-intérêts pour le préjudice que des agressions sexuelles lui ont causé — Le demandeur a-t-il droit à une indemnité pour la perte de rémunération subie pendant qu'il était incarcéré? — Le demandeur peut-il être indemnisé pour le temps qu'il a passé derrière les barreaux après être devenu admissible à la libération conditionnelle? — L'application du principe ex turpi causa non oritur actio ou du principe novus actus interveniens fait-elle obstacle à l'indemnisation de la perte de rémunération antérieure subie pendant l'incarcération? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en abaissant le montant de l'indemnité accordée pour la perte de revenus ultérieure?

En 1988, Z a été agressé sexuellement à deux reprises par un employé de la prison où il était incarcéré pour avoir commis une introduction par effraction destinée à satisfaire sa dépendance au crack. Après sa remise en liberté, Z est devenu héroïnomanie et récidiviste. Il a passé 12 des 15 années suivantes en prison. En 2003, Z a intenté une action en dommages-intérêts pour les agressions sexuelles dont il avait été victime. Un psychologue a témoigné que Z avait commencé à consommer de l'héroïne à cause de ces agressions, qui avaient également accentué sa toxicomanie et sa criminalité. Z a obtenu des dommages-intérêts généraux et majorés, ainsi que des indemnités pour des frais de consultation futurs et pour la

The Court of Appeal reduced the award for past wage loss in order to compensate Z only for the time spent in prison after eligibility for parole and it reduced Z's future wage loss by 30 percent to reflect his high risk of recidivism.

Held: The appeal should be allowed and the cross-appeal should be dismissed.

A person is not entitled to compensation for periods of unemployment due to incarceration for conduct which the criminal law has determined worthy of punishment, except for exceptional circumstances such as a wrongful conviction. To hold otherwise would create a "clash" between the criminal and civil law which would compromise the integrity of our justice system. Compensation for wages lost while in prison should only be given where it does not undermine a lawfully imposed criminal sanction. [3] [42]

The doctrine of *ex turpi causa non oritur actio* is a defence that invalidates an otherwise valid and enforceable tort action in order to preserve the integrity of the legal system. It precludes damage awards that allow a person to profit from illegal or wrongful conduct or that permit evasion or rebate of a penalty prescribed by the criminal law. It does not preclude damages for personal injury. Because it is a defence, it is independent of the duty of care owed by the defendant and the defendant must prove that the plaintiff's illegal or immoral conduct precludes the action. In this case, Z should not be compensated for loss of wages while in prison because such compensation would constitute a rebate of the consequences of Z's criminal acts. Z is personally responsible for his acts and their consequences. He cannot attribute them to others and evade or seek rebate of those consequences. No distinction should be made between "core time" of incarceration and "extra time" because Z's lawfully imposed sentence consisted of both time before and after parole eligibility. [18] [20] [22] [30] [32]

The *novus actus interveniens* doctrine should not be conflated with the *ex turpi* doctrine. A factual chain of causation is not broken because the civil law is brought

perte de rémunération antérieure et ultérieure. Les dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération antérieure comprenaient une indemnité pour le temps passé en prison. La Cour d'appel a abaissé le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération antérieure de manière à indemniser Z uniquement pour le temps qu'il a passé derrière les barreaux après être devenu admissible à la libération conditionnelle, et elle a réduit de 30 p. 100 les dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération ultérieure de manière à tenir compte du risque élevé de récidive qu'il présentait.

Arrêt : Le pourvoi principal est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

À l'exception des cas exceptionnels où, par exemple, quelqu'un a été condamné à tort, une personne ne peut pas être indemnisée pour les périodes de chômage due à l'incarcération pour un comportement qui mérite d'être puni selon le droit criminel. Conclure le contraire créerait entre le droit criminel et le droit civil un « conflit » qui compromettrait l'intégrité de notre système de justice. L'indemnisation de la perte de rémunération subie pendant une période d'incarcération ne devrait avoir lieu que si elle ne mine pas une sanction pénale légitimement infligée. [3] [42]

Le principe *ex turpi causa non oritur actio* est un moyen de défense qui entraîne le rejet d'actions par ailleurs valides et recevables afin de préserver l'intégrité du système juridique. Il empêche l'attribution de dommages-intérêts qui a pour effet de permettre à une personne de tirer profit de sa conduite illégale ou fautive, ou qui fait en sorte qu'elle échappe à une sanction pénale ou qu'elle bénéficie d'une réduction de cette sanction. Il n'empêche pas l'attribution de dommages-intérêts pour le préjudice personnel. Du fait qu'il constitue un moyen de défense, le principe *ex turpi* est indépendant de l'obligation de diligence qui incombe au défendeur et ce dernier doit prouver que la conduite illégale ou immorale du demandeur fait obstacle à son action. En l'espèce, Z ne doit pas être indemnisé de la perte de rémunération subie pendant qu'il était incarcéré étant donné que cette indemnisation atténuerait les conséquences de ses actes criminels. Z est personnellement responsable de ses actes et de leurs conséquences. Il ne peut les attribuer à autrui ni esquiver leurs conséquences ou chercher à les faire atténuer. Aucune distinction ne devrait être établie entre « période fixe » et « période additionnelle », du fait que la peine légitimement infligée à Z comprenait les périodes antérieure et ultérieure à l'admissibilité à la libération conditionnelle. [18] [20] [22] [30] [32]

Le principe *novus actus interveniens* ne doit pas être confondu avec le principe *ex turpi*. Un lien de causalité factuel n'est pas rompu en raison d'un conflit entre

into conflict with the criminal law. Applying the *novus actus* doctrine in this case would inappropriately suggest that the chain of causation was broken by Z going to prison. No basis arises to interfere with the trial judge's finding of causation or the damages awarded for wages lost when Z was not in prison. The award for past wage loss should be reduced to exclude the periods of time when Z was in prison. [36-39]

With respect to the cross-appeal, the Court of Appeal did not err in reducing the award for future wage loss. Z represents a high risk of recidivism and the award should be reduced to reflect the likelihood of Z being sent back to prison. [44]

Cases Cited

Discussed: *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; **referred to:** *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.*, [2003] 3 S.C.R. 228, 2003 SCC 68; *State Rail Authority of New South Wales v. Wiegold* (1991), 25 N.S.W.L.R. 500; *Clunis v. Camden and Islington Health Authority*, [1998] Q.B. 978; *Worrall v. British Railways Board*, [1999] E.W.J. No. 2025 (QL).

Authors Cited

Banakas, E. K. "Tort Damages and the Decline of Fault Liability: Plato Overruled, But Full Marks to Aristotle!", [1985] *Cambridge L.J.* 195.

Great Britain. Law Commission. Consultation Paper No. 160. *The Illegality Defence in Tort: A Consultation Paper*. London: Stationery Office, 2001.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Saunders and Smith J.J.A.) (2006), 269 D.L.R. (4th) 510, 225 B.C.A.C. 191, 371 W.A.C. 191, 40 C.C.L.T. (3d) 240, [2006] B.C.J. No. 997 (QL), 2006 BCCA 221, setting aside in part a judgment of Cohen J., [2004] B.C.J. No. 2044 (QL), 2004 BCSC 1273. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Keith L. Johnston and Karen Horsman, for the appellant/respondent on cross-appeal.

le droit civil et le droit criminel. L'application du principe *novus actus* en l'espèce laisserait indûment croire que l'incarcération de Z a rompu le lien de causalité. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion à l'existence d'un lien de causalité tirée par le juge de première instance, ni le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération que Z a subie pendant qu'il n'était pas incarcéré. Il y a lieu d'abaisser le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération antérieure de manière à exclure les périodes pendant lesquelles Z était incarcéré. [36-39]

En ce qui concerne le pourvoi incident, la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en abaissant le montant de l'indemnité accordée pour la perte de rémunération ultérieure. Z présente un risque élevé de récidive et il y a lieu d'abaisser le montant de cette indemnité de manière à tenir compte de la probabilité que Z retourne en prison. [44]

Jurisprudence

Arrêts analysés : *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; **arrêts mentionnés :** *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, [2003] 3 R.C.S. 228, 2003 CSC 68; *State Rail Authority of New South Wales c. Wiegold* (1991), 25 N.S.W.L.R. 500; *Clunis c. Camden and Islington Health Authority*, [1998] Q.B. 978; *Worrall c. British Railways Board*, [1999] E.W.J. No. 2025 (QL).

Doctrine citée

Banakas, E. K. « Tort Damages and the Decline of Fault Liability : Plato Overruled, But Full Marks to Aristotle! », [1985] *Cambridge L.J.* 195.

Grande-Bretagne. Law Commission. Consultation Paper No. 160. *The Illegality Defence in Tort : A Consultation Paper*. London : Stationery Office, 2001.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Saunders et Smith) (2006), 269 D.L.R. (4th) 510, 225 B.C.A.C. 191, 371 W.A.C. 191, 40 C.C.L.T. (3d) 240, [2006] B.C.J. No. 997 (QL), 2006 BCCA 221, qui a annulé en partie un jugement du juge Cohen, [2004] B.C.J. No. 2044 (QL), 2004 BCSC 1273. Pourvoi principal accueilli et pourvoi incident rejeté.

Keith L. Johnston et Karen Horsman, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Megan R. Ellis, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] This appeal raises the issue of when — if ever — an individual may be awarded damages for past wage loss for time in which he or she was incarcerated.

[2] The respondent, Dean Richard Zastowny, was imprisoned when he was 18 years old for a break and enter committed to support his crack cocaine addiction. While incarcerated, he was twice sexually assaulted by a prison official named Roderic David MacDougall. After his release, Zastowny became addicted to heroin and a repeat offender. He spent 12 of the next 15 years in prison for a variety of offences. In 1996, while in prison, Zastowny became aware of an investigation into MacDougall. He disclosed to police that MacDougall had abused him. Consequently, MacDougall was convicted of the sexual assaults. Zastowny then brought an action for damages, including damages for lost wages. The trial judge awarded Zastowny general and aggravated damages due to the assaults, as well as past and future wage loss due to the effect of the assaults. The award for past wage loss included compensation for his time spent in incarceration. The Court of Appeal reduced the award for past wage loss in order to compensate Zastowny only for the time he spent in prison after he became eligible for parole and reduced his future wage loss by 30 percent to reflect his high risk of recidivism.

Megan R. Ellis, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève la question de savoir dans quelles circonstances, le cas échéant, un individu peut obtenir des dommages-intérêts pour la perte de rémunération antérieure qu'il a subie pendant qu'il était incarcéré.

[2] L'intimé Dean Richard Zastowny a été incarcéré, à l'âge de 18 ans, pour avoir commis une introduction par effraction destinée à satisfaire sa dépendance au crack. Pendant son incarcération, il a été agressé sexuellement à deux reprises par un employé de la prison, Roderic David MacDougall. Après sa remise en liberté, M. Zastowny est devenu héroïnomane et récidiviste. Il a passé 12 des 15 années suivantes en prison pour avoir commis diverses infractions. En 1996, pendant qu'il était incarcéré, M. Zastowny a appris que M. MacDougall faisait l'objet d'une enquête. Il a révélé à la police que M. MacDougall l'avait agressé. En conséquence, M. MacDougall a été reconnu coupable des agressions sexuelles qui lui étaient reprochées. Monsieur Zastowny a ensuite intenté une action en dommages-intérêts, notamment pour la perte de rémunération. Le juge de première instance a accordé à M. Zastowny des dommages-intérêts généraux et majorés pour les agressions, ainsi que des dommages-intérêts pour la perte de rémunération antérieure et ultérieure résultant de ces agressions. Les dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération antérieure comprenaient une indemnité pour le temps que M. Zastowny avait passé en prison. La Cour d'appel a abaissé le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération antérieure de manière à indemniser M. Zastowny uniquement pour le temps qu'il a passé derrière les barreaux après être devenu admissible à la libération conditionnelle, et elle a réduit de 30 p. 100 les dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération ultérieure de manière à tenir compte du risque élevé de récidive qu'il présentait.

[3] In my view, except for exceptional circumstances such as a person having been wrongly convicted, he or she is not entitled to compensation for periods of unemployment due to incarceration for conduct which the criminal law has determined worthy of punishment and the consequences of that punishment. To hold otherwise would create a “clash” between the criminal and civil law which would compromise the integrity of our justice system.

[4] I would therefore allow the appeal and dismiss the cross-appeal.

II. Facts

[5] Zastowny was suspended from school in grade 9 for using marijuana and dropped out of school in grade 10. As a teenager, in addition to marijuana, he used acid, mushrooms and alcohol, and eventually at the age of 17, he started using crack cocaine and developed a serious dependency. He turned to crime to support his habit and in 1988, at the age of 18, he was convicted of breaking and entering and was sent to Oakalla, a male correctional centre in British Columbia.

[6] MacDougall was a classification officer at the centre responsible for placing prisoners in the system. MacDougall sexually assaulted Zastowny twice by performing forced fellatio on him. He overcame Zastowny’s resistance by threatening him with inmate violence and also induced Zastowny to cooperate by promising a transfer to a less threatening correctional centre. Zastowny did not tell anyone what had happened.

[7] Shortly after the second assault, Zastowny was moved to a forestry work camp. He fled the camp, was caught and was returned to Oakalla to serve the rest of his sentence. After his release in 1989, he became dependent on heroin. Zastowny was incarcerated for various offences over 12 of the following 15 years. While in prison for a robbery

[3] À mon avis, à l’exception des cas exceptionnels où, par exemple, quelqu’un a été condamné à tort, une personne ne peut pas être indemnisée pour les périodes de chômage due à l’incarcération pour un comportement qui mérite d’être puni selon le droit criminel, ni pour les conséquences de la peine qui lui est infligée. Conclure le contraire créerait entre le droit criminel et le droit civil un « conflit » qui compromettrait l’intégrité de notre système de justice.

[4] Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi principal et de rejeter le pourvoi incident.

II. Les faits

[5] Monsieur Zastowny a été exclu temporairement de l’école en 9^e année parce qu’il avait consommé de la marijuana, et il a abandonné ses études en 10^e année. À l’adolescence, il a consommé non seulement de la marijuana, mais aussi de l’acide, des champignons magiques et de l’alcool, et par la suite, lorsqu’il avait 17 ans, il a commencé à consommer du crack et a développé une grave dépendance. Il s’est tourné vers le crime pour satisfaire sa dépendance et, en 1988 alors qu’il était âgé de 18 ans, il a été reconnu coupable d’introduction par effraction et a été envoyé à Oakalla, un centre correctionnel pour hommes en Colombie-Britannique.

[6] Monsieur MacDougall était agent de gestion des cas au service de placement des détenus dans le milieu carcéral. Monsieur MacDougall a, à deux reprises, agressé sexuellement M. Zastowny en lui faisant une fellation contre son gré. Il est venu à bout de la résistance de M. Zastowny en le menaçant d’actes de violence de la part d’autres détenus et en lui promettant un transfèrement vers un centre correctionnel moins dangereux. Monsieur Zastowny n’a parlé à personne de ce qui était arrivé.

[7] Peu après la deuxième agression, M. Zastowny a été envoyé dans un camp de travail forestier. Il s’est enfui du camp, mais il a été capturé et renvoyé à Oakalla pour y purger le reste de sa peine. Après sa remise en liberté en 1989, il est devenu héroïnomane. Monsieur Zastowny a passé 12 des 15 années suivantes en prison pour avoir commis

committed in 1996, he became aware of an investigation into MacDougall and he called the police. MacDougall was charged with the offences against Zastowny and others and convicted after two trials.

[8] A psychologist, Dr. Robert Ley, with an expertise in assessing and counselling cocaine and heroin addicts testified at trial. He opined that Zastowny's anti-social behaviour and criminality resulted from the assaults. His report stated that Zastowny's self-concept and self-esteem were reasonably stable before the assaults but that after the assaults, he had low self-esteem, anti-social behaviour and suffered sexual anxiety. Dr. Ley linked Zastowny's resentment and rebelliousness towards correctional officers to the assaults. He attributed Zastowny's alcohol use, subsequent choice of heroin as his preferred drug, and greater need to obliterate himself to the assaults. He opined that Zastowny had a good work ethic and record up until he was 18 years old, when he became addicted to crack cocaine, whereafter he had, for the most part, not sustained employment. He concluded that Zastowny's substance abuse and criminality directly interfered with his employment and his substance abuse was significantly exacerbated by the sexual assaults.

III. Decisions Below

A. *British Columbia Supreme Court*, [2004] B.C.J. No. 2044 (QL), 2004 BCSC 1273

[9] Zastowny brought a successful action for damages against the Province of British Columbia. The Province conceded at trial that the vicarious liability test articulated in *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, was met, and thus the Province — as

diverse infractions. Pendant qu'il était incarcéré pour un vol qualifié commis en 1996, il a appris que M. MacDougall faisait l'objet d'une enquête et il a communiqué avec la police. Monsieur MacDougall a été accusé des infractions dont M. Zastowny et d'autres personnes avaient été victimes, et il a été reconnu coupable à l'issue de deux procès.

[8] Le D^r Robert Ley, psychologue spécialisé en évaluation et counselling de cocaïnomanes et d'héroïnomanes, a témoigné au procès. Il s'est dit d'avis que le comportement antisocial et la criminalité de M. Zastowny résultaient des agressions. Il a affirmé, dans son rapport, que l'image et l'estime que M. Zastowny avait de lui-même étaient raisonnablement stables avant les agressions, mais qu'à la suite des agressions celui-ci avait une faible estime de lui-même et un comportement antisocial, en plus de souffrir d'angoisse sexuelle. Le D^r Ley a relié aux agressions l'amertume et le sentiment de révolte que M. Zastowny éprouvait à l'égard des agents de correction. Selon lui, c'est à cause de ces agressions que M. Zastowny consommait de l'alcool, que l'héroïne est devenue par la suite sa drogue préférée et qu'il éprouvait un besoin accru de s'autodétruire. Il a ajouté que M. Zastowny avait eu une bonne morale du travail et de bons antécédents à cet égard jusqu'à ce qu'il développe une dépendance au crack à l'âge de 18 ans, après quoi il avait été, la plupart du temps, incapable de conserver un emploi. Il a conclu que la toxicomanie et la criminalité de M. Zastowny avaient nui directement à sa capacité d'obtenir et de conserver un emploi et que les agressions sexuelles avaient accentué considérablement sa consommation abusive de substances psychoactives.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [2004] B.C.J. No. 2044 (QL), 2004 BCSC 1273

[9] Monsieur Zastowny a intenté avec succès une action en dommages-intérêts contre la province de la Colombie-Britannique. Lors du procès, la province a reconnu que le critère de la responsabilité du fait d'autrui énoncé dans l'arrêt *Bazley*

MacDougall's employer — was vicariously liable for the injuries suffered by Zastowny as a consequence of the assaults. Cohen J. relied heavily on the evidence of psychologist Dr. Ley. He ordered the Province to pay general and aggravated damages of \$60,000, as well as \$15,000 for future counselling, \$150,000 for past wage loss and \$50,000 for future income loss.

[10] Cohen J. awarded damages for wage loss for time spent in incarceration due to the effect of MacDougall's assaults. He held that MacDougall's contribution to Zastowny's mistrust of the criminal justice system and his alienation from justice authorities led Zastowny to conceal his abuse and led to greater sentences than he would have received had he disclosed the abuse. Further, Zastowny's stance in prison in regards to prison authorities meant that he served most of his sentences to his mandatory release date. He held it was unlikely that Zastowny would have been sentenced as he was or served his sentences to their maximums had the courts and prison officials known that he had been sexually assaulted by a prison officer.

[11] Cohen J. conducted an extensive review and analysis of cases dealing with the doctrine of *ex turpi causa non oritur actio* — no right of action arises from a base cause. He concluded that the *ex turpi* doctrine did not apply in the present case to deny Zastowny damages for loss of wages while incarcerated because the wages claimed could not be considered profits from Zastowny's illegal activity or an evasion or rebate of his criminal punishment.

[12] Cohen J. also awarded compensation for future income loss, noting that the assaults would likely contribute to Zastowny experiencing

c. Curry, [1999] 2 R.C.S. 534, était respecté, et qu'elle était donc — en sa qualité d'employeur de M. MacDougall — responsable du fait d'autrui du préjudice que les agressions avaient causé à M. Zastowny. Le juge Cohen s'est fortement appuyé sur le témoignage du psychologue, le D^r Ley. Il a ordonné à la province de verser 60 000 \$ à titre de dommages-intérêts généraux et majorés, ainsi que 15 000 \$ pour des frais de consultation futurs, 150 000 \$ pour la perte de rémunération antérieure et 50 000 \$ pour la perte de revenus ultérieure.

[10] Le juge Cohen a accordé des dommages-intérêts pour la perte de rémunération subie pendant les périodes d'incarcération due aux agressions de M. MacDougall. Il a estimé que la contribution de M. MacDougall à la méfiance de M. Zastowny à l'égard du système de justice criminelle et à son antipathie pour les autorités judiciaires avait amené ce dernier à taire les mauvais traitements dont il avait été victime et à écoper de peines plus lourdes que s'il avait dénoncé ces mauvais traitements. De plus, en raison de l'attitude qu'il a adoptée à l'égard des autorités carcérales pendant qu'il était en prison, M. Zastowny a purgé la plupart de ses peines jusqu'à la date de sa libération d'office. Le juge a conclu qu'il était improbable que M. Zastowny aurait été condamné aux mêmes peines ou qu'il aurait purgé ses peines au maximum si les tribunaux et les autorités carcérales avaient su qu'il avait été agressé sexuellement par un employé de prison.

[11] Le juge Cohen a examiné et analysé en profondeur la jurisprudence relative au principe *ex turpi causa non oritur actio* — aucun droit d'action ne naît d'une cause indigne. Il a jugé que ce principe ne pouvait être appliqué en l'espèce pour refuser d'accorder à M. Zastowny des dommages-intérêts pour la perte de rémunération subie pendant son incarcération, du fait que la rémunération réclamée ne pouvait pas être considérée comme un profit tiré des activités illégales de M. Zastowny ni comme un moyen d'esquiver ou de réduire sa sanction pénale.

[12] Le juge Cohen a également accordé une indemnité pour la perte de revenus ultérieure, en faisant remarquer que les agressions contribueraient

difficulty with employers or any individual in a position of authority.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2006), 269 D.L.R. (4th) 510, 2006 BCCA 221

[13] The Court of Appeal divided three ways on the issue of compensation for wage loss due to incarceration. Finch C.J.B.C. held that the trial judge's order should be upheld.

[14] Smith J.A. found that Zastowny was precluded from compensation for loss of earnings while imprisoned. He would have reduced the award for past loss of earning capacity by 80 percent to exclude the period of Zastowny's incarceration (12 out of 15 years).

[15] He found that the *ex turpi* doctrine had no relevance because Zastowny's "cause of action does not arise out of his own illegal or immoral conduct". Rather, he would have denied an award for past wage loss while incarcerated on the doctrine of *novus actus interveniens* — a new act intervenes. In his view, Zastowny's criminal conduct after the sexual assaults broke the causal chain between the sexual assaults and his imprisonment.

[16] Saunders J.A. concluded that Zastowny should recover some of his wage loss while incarcerated. She divided Zastowny's incarceration into non-compensable "core time" (time before eligibility for parole) which she found was his responsibility to bear as the consequence of his criminal behaviour and compensable "extra time" (time after eligibility for parole) which she held was more directly related to Zastowny's response to the assaults. She thus reduced the award for past wage loss by only 40 percent.

probablement à faire éprouver à M. Zastowny des difficultés avec les employeurs ou les personnes en situation d'autorité.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2006), 269 D.L.R. (4th) 510, 2006 BCCA 221

[13] La Cour d'appel était partagée de trois façons sur la question de l'indemnisation de la perte de rémunération due à l'incarcération. Le juge en chef Finch estimait qu'il y avait lieu de maintenir l'ordonnance du juge de première instance.

[14] Le juge Smith a conclu que M. Zastowny ne pouvait être indemnisé pour la perte de revenus subie pendant son incarcération. Il aurait réduit de 80 p. 100 le montant accordé pour la perte de capacité de gain antérieure de manière à exclure la période d'incarcération de M. Zastowny (12 années sur une période de 15 ans).

[15] Le juge Smith a estimé que le principe *ex turpi* n'était pas pertinent du fait que [TRADUCTION] « la cause d'action [de M. Zastowny] ne découle[ait] pas de sa propre conduite illégale ou immorale ». Il aurait plutôt refusé d'accorder un montant pour la perte de rémunération antérieure subie pendant l'incarcération en se fondant sur le principe *novus actus interveniens* — le principe de l'événement nouveau. À son avis, le comportement criminel que M. Zastowny a adopté après les agressions sexuelles a rompu le lien de causalité entre ces agressions et son emprisonnement.

[16] La juge Saunders considérait que M. Zastowny devrait récupérer une partie de la rémunération qu'il avait perdue pendant son incarcération. Elle a divisé la période d'incarcération de M. Zastowny en [TRADUCTION] « période fixe » non indemnisable (période précédant l'admissibilité à la libération conditionnelle) qui, selon elle, était la conséquence que M. Zastowny devait subir pour avoir adopté un comportement criminel, et en « période additionnelle » indemnisable (période ultérieure à l'admissibilité à la libération conditionnelle) qui, à ses yeux, était plus directement liée à la réaction de M. Zastowny aux agressions dont il avait été victime. Elle a donc réduit de 40 p. 100 seulement le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération antérieure.

[17] In order to break the deadlock and make an effective order, Smith J.A. acceded to the disposition proposed by Saunders J.A. but was clear that in doing so, he was not resiling from anything that he said in his reasons.

IV. Analysis

A. *Appeal: Damages for Wage Loss During Periods of Incarceration*

[18] The issue in the appeal is whether a plaintiff is barred from compensation for loss of wages during a period of time that he is unable to work because he is incarcerated.

(1) The *Ex Turpi Causa Non Oritur Actio* Doctrine

[19] The *ex turpi* doctrine, as applied in tort, has not historically been well understood. In *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159, McLachlin J. (as she then was) says that its application in tort, “in both Canada and elsewhere, has had a chequered history” (p. 171). The seminal case explaining the judicial policy underlying the *ex turpi* doctrine and its application in the context of tort law is the majority judgment of McLachlin J. in *Hall v. Hebert*.

[20] The question is, “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” (p. 169). The following principles and approach are established in *Hall v. Hebert* and are applicable in the present case.

1. Application of the *ex turpi* doctrine in the tort context invalidates otherwise valid and enforceable actions in tort (p. 169).
2. Therefore, its application must be based on a firm doctrinal foundation and be made subject

[17] Afin de dénouer l’impasse et de rendre une ordonnance efficace, le juge Smith a souscrit au dispositif proposé par la juge Saunders, mais il a clairement indiqué qu’il ne revenait pas pour autant sur les propos qu’il avait tenus dans ses motifs.

IV. Analyse

A. *Pourvoi : dommages-intérêts pour la perte de rémunération subie pendant les périodes d’incarcération*

[18] La question en l’espèce est de savoir s’il est interdit à un demandeur d’être indemnisé pour la perte de rémunération qu’il subit pendant une période où il est incapable de travailler parce qu’il est incarcéré.

(1) Le principe *ex turpi causa non oritur actio*

[19] Le principe *ex turpi* appliqué en matière de responsabilité délictuelle n’a pas été bien compris par le passé. Dans l’arrêt *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) affirme que l’application de ce principe dans le domaine de la responsabilité délictuelle « a connu des hauts et des bas, au Canada comme à l’étranger » (p. 171). L’arrêt de principe qui explique la politique judiciaire qui sous-tend le principe *ex turpi* et son application dans le contexte du droit de la responsabilité délictuelle est le jugement majoritaire rendu par la juge McLachlin dans l’affaire *Hall c. Hebert*.

[20] La question est de savoir « 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 » (p. 169). Les principes et l’approche qui suivent sont énoncés dans l’arrêt *Hall c. Hebert* et s’appliquent en l’espèce.

1. L’application du principe *ex turpi* dans le contexte de la responsabilité délictuelle entraîne le rejet d’actions par ailleurs valides et recevables (p. 169).
2. Par conséquent, son application doit avoir un fondement doctrinal ferme et un encadrement

to clear limits and should occur “in very limited circumstances” (p. 169).

3. The only justification for its application is the preservation of the integrity of the legal system. This concern is only in issue where a damage award in a civil suit would allow a person to profit from illegal or wrongful conduct or would permit evasion or rebate of a penalty prescribed by the criminal law (p. 169).

It would, in short, introduce an inconsistency in the law. It is particularly important in this context that we bear in mind that the law must aspire to be a unified institution, the parts of which — contract, tort, the criminal law — must be in essential harmony. For the courts to punish conduct with the one hand while rewarding it with the other, would be to “create an intolerable fissure in the law’s conceptually seamless web”: Weinrib, *supra*, at p. 42. We thus see that the concern, put at its most fundamental, is with the integrity of the legal system. [p. 176]

4. The *ex turpi* doctrine generally does not preclude an award of damages in tort because such awards tend to compensate the plaintiff rather than amount to “profit”:

Such damages accomplish nothing more than to put the plaintiff in the position he or she would have been in had the tort not occurred. . . . [A plaintiff should get] only the value of, or a substitute for, the injuries he or she has suffered by the fault of another. He or she gets nothing for or by reason of the fact he or she was engaged in illegal conduct. [pp. 176-77]

5. The *ex turpi* doctrine is a defence in a tort action. The plaintiff’s illegal conduct does not give rise to a judicial discretion to negate or refuse to consider the duty of care which goes to the relationship between a plaintiff and a defendant. It is independent of that relationship. The defendant may have caused harm by acting wrongly or negligently, but the “responsibility for this wrong is suspended only because concern for the integrity of

clair et avoir lieu « dans des circonstances très limitées » (p. 169).

3. Son application n’est justifiée que pour préserver l’intégrité du système juridique. Cette préoccupation n’est en cause que 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 ferait en sorte qu’elle échappe à une sanction pénale ou qu’elle bénéficie d’une réduction de cette sanction (p. 169).

En somme, cela introduirait une incohérence dans le droit. Il est particulièrement important dans ce contexte de se rappeler que le droit doit viser à constituer un tout unifié, dont les parties — les domaines contractuel, délictuel et pénal — doivent se combiner dans une indispensable harmonie. Si les tribunaux devaient, d’une main, punir la conduite qu’ils approuvent de l’autre, cela équivaldrait à [TRADUCTION] « créer une faille intolérable dans l’unité conceptuelle du droit » : Weinrib, *loc. cit.*, à la p. 42. Nous voyons donc que, dans son aspect le plus fondamental, le souci des tribunaux est de protéger l’intégrité du système juridique. [p. 176]

4. En général, le principe *ex turpi* n’empêche pas l’attribution de dommages-intérêts en matière de responsabilité délictuelle du fait qu’une telle attribution tend à indemniser le demandeur au lieu de constituer un « profit » :

De tels dommages-intérêts ne font rien d’autre que remettre le demandeur dans la position où il se trouverait si le délit ne s’était pas produit. [. . .] [Le demandeur ne devrait] obt[enir] que la valeur, ou l’équivalent, des préjudices qu’il a subis par la faute d’autrui. Il ne retire rien du fait qu’il avait adopté une conduite illégale. [p. 176-177]

5. Le principe *ex turpi* est un moyen de défense opposable dans une action fondée sur la responsabilité délictuelle. La conduite illégale du demandeur n’entraîne pas l’exercice d’un pouvoir judiciaire discrétionnaire d’annuler ou de refuser d’établir l’obligation de diligence touchant la relation qui existe entre un demandeur et un défendeur. Elle est indépendante de cette relation. Il se peut que le défendeur ait causé un préjudice en agissant mal ou en faisant montre

the legal system trumps the concern that the defendant be responsible” (pp. 181-82).

6. Treating the *ex turpi* doctrine as a defence places the onus on the defendant to prove the illegal or immoral conduct that precludes the plaintiff’s action. And as a defence, it allows for segregation between claims for personal injury and claims that would constitute profit from illegal or immoral conduct or the evasion of or a rebate of a penalty provided by the criminal law.

[21] In the case at bar, there is no challenge to the awards made for the personal injury suffered by Zastowny from the sexual assaults, namely the awards of general and aggravated damages and for future counselling. Nor is there a challenge to the award of past wage loss for the period when Zastowny was not incarcerated. The sole issue on the appeal is whether Zastowny is entitled to compensation for wage loss while he was incarcerated.

[22] Zastowny’s wage loss while incarcerated is occasioned by the illegal acts for which he was convicted and sentenced to serve time. In my view, therefore, the *ex turpi* doctrine bars Zastowny from recovering damages for time spent in prison because such an award would introduce an inconsistency in the fabric of law. This is because such an award would be, as McLachlin J. described in *Hall v. Hebert*, at p. 178, “giving with one hand what it takes away with the other”. When a person receives a criminal sanction, he or she is subject to a criminal penalty as well as the civil consequences that are the natural result of the criminal sanction. The consequences of imprisonment include wage loss. As Deschamps J. found in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*

de négligence, mais « la responsabilité de la faute est écartée uniquement parce que le souci de l’intégrité du système juridique a préséance sur la nécessité de faire assumer sa responsabilité au défendeur » (p. 181-182).

6. Considérer le principe *ex turpi* comme un moyen de défense fait en sorte qu’il incombe au défendeur de prouver l’existence de la conduite illégale ou immorale faisant obstacle à l’action du demandeur. De plus, en tant que moyen de défense, ce principe permet de faire la distinction entre les demandes relatives à un préjudice personnel et les demandes qui permettraient de tirer profit d’une conduite illégale ou immorale ou encore d’échapper à une sanction pénale ou de bénéficier d’une réduction de cette sanction.

[21] En l’espèce, nul ne conteste les montants accordés pour le préjudice personnel que les agressions sexuelles ont causé à M. Zastowny, c’est-à-dire les montants accordés à titre de dommages-intérêts généraux et majorés et l’indemnité pour des frais de consultation futurs. Nul ne conteste non plus le montant accordé pour la perte de rémunération antérieure que M. Zastowny a subie pendant qu’il n’était pas incarcéré. La seule question qui se pose en l’espèce est de savoir si M. Zastowny a droit à une indemnité pour la perte de rémunération subie pendant qu’il était incarcéré.

[22] La perte de rémunération que M. Zastowny a subie pendant qu’il était incarcéré résulte des actes illégaux dont il a été reconnu coupable et pour lesquels il a été condamné à purger une peine d’emprisonnement. J’estime donc que le principe *ex turpi* empêche M. Zastowny de toucher des dommages-intérêts pour le temps qu’il a passé en prison parce que l’attribution de tels dommages-intérêts créerait une incohérence dans le droit. Cela s’explique par le fait que l’attribution de tels dommages-intérêts équivaldrait, comme l’a précisé la juge McLachlin dans l’arrêt *Hall c. Hebert*, p. 178, « à donner d’une main ce que l’on retire de l’autre ». La personne qui se voit infliger une sanction pénale subit également les conséquences civiles qui découlent normalement de cette sanction.

v. *Maksteel Québec Inc.*, [2003] 3 S.C.R. 228, 2003 SCC 68, at para. 33, “[e]very incarcerated offender must suffer the consequences that result from being imprisoned, namely loss of employment for unavailability.” An award of damages for wages lost while incarcerated would constitute a rebate of the natural consequence of the penalty provided by the criminal law.

[23] Preserving the integrity of the justice system by preventing inconsistency in the law is a matter of judicial policy that underlies the *ex turpi* doctrine. “Judicial policy” was this Court’s justification for barring a similar claim for past wage loss due to incarceration in *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25. In that case, the plaintiff was a resident of a First Nations reserve. When he was 14 years old he joined a boxing club on the reserve that was operated by the Department of Indian and Northern Affairs and administered by William Starr. Starr sexually assaulted the appellant by subjecting him to two acts of masturbation. H.L. became addicted to alcohol, had emotional difficulties, and engaged in criminal conduct. He claimed damages from the Government of Canada, including loss of income both past and future, as a consequence of the sexual assaults. The claim included loss during periods of time for which he was incarcerated. His claim succeeded at trial, but was overturned by the Saskatchewan Court of Appeal on the awards for loss of income.

[24] This Court allowed the appeal to the extent of restoring the award for past wage loss while H.L. was at liberty, but excluding recovery for the periods of time he was incarcerated. Fish J. for the majority concluded that an award for wage loss due to incarceration was not only unsupported by the

La perte de rémunération compte parmi les conséquences de l’emprisonnement. Comme l’a conclu le juge Deschamps dans l’arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, [2003] 3 R.C.S. 228, 2003 CSC 68, par. 33, « [t]out contrevenant doit subir les conséquences découlant de son emprisonnement, voire la perte de son emploi en cas d’indisponibilité. » L’attribution de dommages-intérêts pour la perte de rémunération subie pendant l’incarcération constituerait une réduction de la conséquence normale de la peine prévue par le droit criminel.

[23] Préserver l’intégrité du système de justice en empêchant toute incohérence dans le droit est une question de politique judiciaire qui sous-tend le principe *ex turpi*. La « politique judiciaire » est le motif que notre Cour a invoqué pour rejeter une demande semblable pour la perte de rémunération antérieure due à l’incarcération dans l’arrêt *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25. Dans cette affaire, le demandeur était un résidant d’une réserve des Premières nations. Lorsqu’il était âgé de 14 ans, il s’est inscrit à un club de boxe de la réserve dont le fonctionnement était assuré par le ministère des Affaires indiennes et du Nord, et la gestion par William Starr. Ce dernier a agressé sexuellement l’appellant en le soumettant à deux actes de masturbation. H.L. est devenu alcoolique, a éprouvé des difficultés émotionnelles et a adopté un comportement criminel. Il a réclamé des dommages-intérêts au gouvernement du Canada, notamment pour la perte de revenus antérieure et ultérieure qu’il avait subie en raison des agressions sexuelles. La demande visait notamment la perte subie pendant ses périodes d’incarcération. Il a obtenu gain de cause en première instance, mais la Cour d’appel de la Saskatchewan a annulé les dommages-intérêts accordés pour la perte de revenus.

[24] Notre Cour a accueilli le pourvoi dans la mesure où elle a rétabli les dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération antérieure que H.L. avait subie pendant qu’il était en liberté, mais elle a exclu de cette indemnisation la perte subie pendant ses périodes d’incarcération. Le juge

evidence, but was, in any event, contrary to judicial policy:

In calculating H.L.'s loss of past earnings, the trial judge did not reduce the damages awarded to reflect the time H.L. spent in prison. The Court of Appeal intervened in this respect — quite properly, in my view. As Cameron J.A. noted, to compensate an individual for loss of earnings arising from criminal conduct undermines the very purpose of our criminal justice system . . .; an award of this type, if available in any circumstances, must be justified by exceptional considerations of a compelling nature and supported by clear and cogent evidence of causation.

. . .

Thus, on any view of the matter, the trial judge's finding that Mr. Starr's sexual abuse of H.L. caused his loss of income due to imprisonment is both contrary to judicial policy and unsupported by the evidence. [Emphasis added; paras. 137 and 143.]

[25] Bastarache J. dissented in *H.L.* but his views on the specific issue of awarding damages for wage loss for periods of incarceration were similar to those of Fish J. In writing for himself and three other judges, he found that to compensate a plaintiff for lost wages due to incarceration would “undermine the principles of our criminal justice system” (para. 344). In concluding as much, Bastarache J. pointed to Samuels J.A.'s reasons in the Australian case *State Rail Authority of New South Wales v. Wiegold* (1991), 25 N.S.W.L.R. 500 (C.A.), at p. 514:

If the plaintiff has been convicted and sentenced for a crime, it means that the criminal law has taken him to be responsible for his actions, and has imposed an appropriate penalty. He or she should therefore bear the consequences of the punishment, both direct and indirect. If the law of negligence were to say, in effect, that the offender was not responsible for his actions

Fish, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu que l'attribution de dommages-intérêts pour la perte de rémunération due à l'incarcération était non seulement non étayée par la preuve, mais encore qu'elle était, de toute façon, non conforme aux principes judiciaires :

Dans son calcul de la perte de revenus antérieure, le juge de première instance n'a pas retranché de la période considérée le temps où H.L. avait été incarcéré. La Cour d'appel a eu tout à fait raison, à mon avis, d'intervenir à cet égard. Comme l'a fait remarquer le juge Cameron, indemniser une personne de la perte de revenus résultant d'un comportement criminel va à l'encontre de l'objet même de notre système de justice pénale [. . .] Une telle indemnisation, lorsqu'elle peut être accordée, doit se fonder sur des motifs exceptionnels pressants et s'appuyer sur une preuve de causalité claire et convaincante.

. . .

Par conséquent, quel que soit le point de vue adopté, la conclusion du juge de première instance que les abus sexuels ont causé la perte de revenus due à l'incarcération n'est ni conforme aux principes judiciaires ni étayée par la preuve. [Je souligne; par. 137 et 143.]

[25] Le juge Bastarache a rédigé des motifs dissidents dans l'arrêt *H.L.*, mais il a exprimé un point de vue semblable à celui du juge Fish sur la question particulière de l'attribution de dommages-intérêts pour la perte de rémunération subie pendant les périodes d'incarcération. S'exprimant en son propre nom et en celui de trois autres juges, il a conclu qu'indemniser un demandeur pour la perte de rémunération due à l'incarcération irait « à l'encontre des principes de notre système de justice pénale » (par. 344). En tirant cette conclusion, le juge Bastarache a attiré l'attention sur les motifs du juge Samuels dans l'arrêt australien *State Rail Authority of New South Wales c. Wiegold* (1991), 25 N.S.W.L.R. 500 (C.A.), p. 514 :

[TRADUCTION] Si le demandeur a été déclaré coupable d'un crime et condamné à une peine, c'est parce que, au regard du droit criminel, il a été jugé responsable de ses actes et une peine appropriée lui a été infligée. Il doit donc subir les conséquences de la peine, directes et indirectes. Si, au regard de la responsabilité civile délictuelle, le contrevenant n'était pas tenu responsable

and should be compensated by the tortfeasor, it would set the determination of the criminal court at naught. It would generate the sort of clash between civil and criminal law that is apt to bring the law into disrepute. [Emphasis added.]

[26] *H.L.* is authority for the proposition that the judicial policy that underlies the *ex turpi* doctrine precludes evasion or a rebate of the consequences of the criminal penalty, both direct and indirect.

[27] The *ex turpi* doctrine has been applied by the courts of the United Kingdom on a basis similar to that found appropriate in *Hall v. Hebert* and *H.L.* In *Clunis v. Camden and Islington Health Authority*, [1998] Q.B. 978 (C.A.), the plaintiff had been discharged from a hospital where he had been detained under the U.K.'s *Mental Health Act 1983*. His mental condition deteriorated and two months later he stabbed a stranger to death. He pleaded guilty to manslaughter. He subsequently brought an action against his local health authority for negligence. He claimed that in consequence of the health authority's breach of duty he would be detained for longer than he otherwise would have been and was unlikely to regain his liberty for many years. The Court of Appeal found that he had no cause of action because his claim was "essentially based" on an illegal act. Lord Justice Beldam stated, at p. 990:

[T]he plaintiff's claim is essentially based on his illegal act of manslaughter; he must be taken to have known what he was doing and that it was wrong, notwithstanding that the degree of his culpability was reduced by reason of mental disorder. The court ought not to allow itself to be made an instrument to enforce obligations alleged to arise out of the plaintiff's own criminal act and we would therefore allow the appeal on this ground.

As pointed out by the United Kingdom Law Commission, Consultation Paper No. 160, *The Illegality Defence in Tort* (2001), at §4.100:

Clunis v. Camden and Islington Health Authority . . . seems entirely justifiable if the rationale of consistency

de ses actes et devait être indemnisé par l'auteur du délit, la décision du tribunal pénal serait mise en échec. Il en résulterait entre le droit civil et le droit pénal une sorte de conflit susceptible de déconsidérer la justice. [Je souligne.]

[26] L'arrêt *H.L.* permet d'affirmer que la politique judiciaire qui sous-tend le principe *ex turpi* empêche d'esquiver ou d'atténuer les conséquences directes et indirectes de la sanction pénale.

[27] Les tribunaux du Royaume-Uni ont appliqué le principe *ex turpi* pour des motifs semblables à ceux jugés appropriés dans les arrêts *Hall c. Hebert* et *H.L.* Dans l'affaire *Clunis c. Camden and Islington Health Authority*, [1998] Q.B. 978 (C.A.), le demandeur avait obtenu son congé d'un hôpital où il avait été détenu en vertu de la *Mental Health Act 1983* du Royaume-Uni. Son état mental s'est détérioré et, deux mois plus tard, il a poignardé à mort un étranger. Il a plaidé coupable à une accusation d'homicide involontaire coupable. Par la suite, il a intenté une action pour négligence contre l'autorité sanitaire locale. Il a soutenu que, parce que l'autorité sanitaire avait manqué à son devoir, il serait détenu plus longtemps qu'il l'aurait par ailleurs été et ne recouvrerait vraisemblablement sa liberté qu'au bout de nombreuses années. La Cour d'appel a statué qu'il n'avait aucune cause d'action parce que sa demande [TRADUCTION] « repos[ait] essentiellement » sur un acte illégal. Le lord juge Beldam s'est exprimé ainsi, à la p. 990 :

[TRADUCTION] [L]a demande présentée par le demandeur repose essentiellement sur son acte illégal d'homicide involontaire coupable; il faut considérer qu'il savait ce qu'il faisait et qu'il savait que c'était mal, même si son degré de culpabilité était moindre à cause de ses troubles mentaux. La cour ne devrait pas permettre que l'on se serve d'elle pour faire respecter des obligations censées découler de l'acte criminel commis par le demandeur lui-même, et, par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel pour ce motif.

Dans son document de consultation n° 160, intitulé *The Illegality Defence in Tort* (2001), §4.100, la United Kingdom Law Commission fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] L'arrêt *Clunis c. Camden and Islington Health Authority* [. . .] semble parfaitement justifiable

is accepted: it would be quite inconsistent to imprison or detain someone on the grounds that he was responsible for a serious offence and then to compensate him for the detention.

[28] A similar conclusion was reached in *Worrall v. British Railways Board*, [1999] E.W.J. No. 2025 (QL) (C.A.), in which Lord Justice Mummery stated, at para. 34:

Having been convicted of those offences the plaintiff must be treated in this action as fully and personally responsible in law for his deliberate criminal acts and for the consequences of them, including financial loss resulting from the criminal conviction. It would be inconsistent with his criminal conviction to attribute to the negligent defendant in this action any legal responsibility for the financial consequences of crimes which he has been found guilty of having deliberately committed.

[29] Cohen J. rejected the application of the *ex turpi* doctrine because he found that “compensation for lost wages [was not] an evasion or ‘rebate’ of the plaintiff’s criminal punishment” (para. 245); that the criminal penalty was a term of confinement and he was not making an award to compensate for confinement. Although he had the benefit of the United Kingdom and Australian precedents that denied compensation for the civil consequence of incarceration, he did not have the decision of this Court in *H.L.*

[30] The judicial policy that underlies the *ex turpi* doctrine precludes damages for wage loss due to time spent in incarceration because it introduces an inconsistency in the fabric of the law that compromises the integrity of the justice system. In asking for damages for wage loss for time spent in prison, Zastowny is asking to be indemnified for the consequences of the commission of illegal acts for which he was found criminally responsible. Zastowny was punished for his illegal acts on the basis that he possessed sufficient *mens rea* to be held criminally responsible for them. He is personally responsible for his criminal acts and the consequences that flow from them. He cannot attribute them to others and evade or seek rebate of those consequences. As noted by Samuels J.A. in *State*

si l’on retient le raisonnement de la cohérence : il serait tout à fait incohérent d’emprisonner ou de détenir une personne parce qu’elle est responsable d’une infraction grave, et de l’indemniser ensuite pour sa détention.

[28] Une conclusion semblable a été tirée dans l’arrêt *Worrall c. British Railways Board*, [1999] E.W.J. No. 2025 (QL) (C.A.), où le lord juge Mummery a affirmé ceci, au par. 34 :

[TRADUCTION] Du fait qu’il a été reconnu coupable de ces infractions, le demandeur doit, dans la présente action, être tenu entièrement et personnellement responsable en droit de ses actes criminels délibérés et des conséquences de ces actes, y compris la perte financière découlant de la condamnation criminelle. Il serait incompatible avec sa condamnation criminelle d’attribuer au défendeur négligent en l’espèce la responsabilité légale des conséquences financières des crimes qu’il a été déclaré coupable d’avoir délibérément commis.

[29] Le juge Cohen a refusé d’appliquer le principe *ex turpi* du fait qu’il estimait que [TRADUCTION] « l’indemnisation de la perte de rémunération [n’était pas] un moyen d’esquiver ou de “réduire” la sanction pénale du demandeur » (par. 245), que la sanction pénale était une peine d’incarcération et qu’il n’accordait pas un montant à titre d’indemnité pour l’incarcération. Le juge Cohen avait pris connaissance de la jurisprudence du Royaume-Uni et de l’Australie, dans laquelle l’indemnisation des conséquences civiles de l’incarcération était refusée, mais il ne disposait pas de l’arrêt *H.L.* de notre Cour.

[30] La politique judiciaire qui sous-tend le principe *ex turpi* interdit l’attribution de dommages-intérêts pour la perte de rémunération due à l’incarcération parce que l’attribution de tels dommages-intérêts crée dans le droit une incohérence qui compromet l’intégrité du système de justice. En sollicitant des dommages-intérêts pour la perte de rémunération qu’il a subie pendant son incarcération, M. Zastowny demande d’être indemnisé pour les conséquences des actes illégaux qu’il a commis et dont il a été déclaré criminellement responsable. Monsieur Zastowny a été puni pour ses actes illégaux parce qu’il avait une intention coupable suffisante pour en être tenu criminellement responsable. Il est personnellement responsable de ses actes criminels et des conséquences en découlant. Il ne peut les attribuer

Rail, to grant a civil remedy for any time spent in prison suggests that criminally sanctioned conduct of an individual can be attributed elsewhere. E. K. Banakas discussed this issue in “Tort Damages and the Decline of Fault Liability: Plato Overruled, But Full Marks to Aristotle!”, [1985] *Cambridge L.J.* 195, at p. 197:

Although it is morally irrational to punish a person unable to account for his actions, it is even less rational to compensate such a person for his punishment following his unchallenged conviction for a *mens rea* offence; if the conviction stands, punishment is a *lawful* injury, if not, there should be *no* punishment at all and *no* injury of the kind compensated in this case. Tort law has enough on its plate without having to play criminal law’s conscience; besides, if *lawful* injury, inflicted by the courts themselves, starts being compensated in negligence, where will it all end? [Underlining added.]

(2) Distinguishing Between “Core Time” and “Extra Time”

[31] Saunders J.A. divided Zastowny’s periods of incarceration into non-compensable “core time” (time before eligibility for parole) and compensable “extra time” (time after eligibility for parole), and awarded damages for the latter. Aside from evidentiary concerns respecting this division, I am unable to agree in principle with this approach.

[32] Zastowny was serving a lawfully imposed criminal sentence. There should be no distinction between “core time” and “extra time” because Zastowny’s lawfully imposed sentence consisted of both. To award damages for any period of incarceration pursuant to a lawfully imposed sentence would create that conflict between the criminal

à autrui ni esquiver ces conséquences ou chercher à les faire atténuer. Comme l’a fait remarquer le juge Samuels dans l’arrêt *State Rail*, accorder une réparation civile pour une période d’incarcération laisse entendre que le comportement d’un individu auquel s’attache une sanction pénale peut être attribué à autrui. E. K. Banakas a analysé cette question dans son article intitulé « Tort Damages and the Decline of Fault Liability : Plato Overruled, But Full Marks to Aristotle! », [1985] *Cambridge L.J.* 195, p. 197 :

[TRADUCTION] Même s’il est moralement irrationnel de punir une personne incapable de rendre compte de ses actions, il est encore moins rationnel de l’indemniser de la peine qui lui a été infligée à la suite d’une déclaration de culpabilité non contestée relativement à une infraction exigeant la *mens rea*. Si la déclaration de culpabilité est maintenue, la peine est un préjudice *légitime*; dans le cas contraire, aucune peine ne devrait être infligée ni aucun préjudice de cette nature ne devrait faire l’objet d’une indemnisation en l’espèce. Le droit de la responsabilité délictuelle a suffisamment de pain sur la planche sans devoir jouer le rôle de conscience du droit criminel; en outre, si les tribunaux commencent à accorder des indemnités fondées sur la négligence pour le préjudice *légitime* qu’ils ont eux-mêmes infligé, où tout cela s’arrêtera-t-il? [Je souligne.]

(2) Distinction entre « période fixe » et « période additionnelle »

[31] La juge Saunders a divisé les périodes d’incarcération de M. Zastowny en [TRADUCTION] « période fixe » non indemnisable (période précédant l’admissibilité à la libération conditionnelle) et en « période additionnelle » indemnisable (période ultérieure à l’admissibilité à la libération conditionnelle), et elle a accordé des dommages-intérêts pour cette dernière période. Indépendamment des questions de preuve relatives à cette division, je suis incapable de souscrire en principe à cette approche.

[32] Monsieur Zastowny purgeait une peine criminelle légitimement infligée. Aucune distinction ne devrait être établie entre « période fixe » et « période additionnelle », du fait que la peine légitimement infligée à M. Zastowny comprenait les deux. L’attribution de dommages-intérêts pour une période d’incarcération liée à une peine légitimement

and civil law which the judicial policy underlying the *ex turpi* doctrine requires be precluded. In the words of McLachlin J. in *Hall v. Hebert*, “concern for the integrity of the legal system trumps the concern that the defendant be responsible” (p. 182). It would be inconsistent to incarcerate a person for a criminal offence and then compensate him for the incarceration. Zastowny was serving the sentence imposed for his criminal conduct. He cannot attribute part of his lawfully imposed sentence to someone else in order to obtain a partial rebate of the consequences of his criminal conduct.

[33] As explained by counsel for the Province, there are other difficulties with the notion of compensating for “extra time”. Parole boards are assigned exclusive jurisdiction to make parole decisions. Such discretionary decisions are contextual, involving a balancing of factors including public safety, the interests of victims and rehabilitation and reintegration interests of the offender. A trial court hearing an action for negligence would not be in possession of all the material before the parole board. It would be in the position of “second guessing” what the decision of the parole board would have been had the board attributed some or all of the offender’s conduct while incarcerated before parole eligibility to someone else and on that basis granted parole. It is not for a trial court in a negligence action to review the merits of a discretionary decision of a parole board. It would be doing just that if it was to find that a person would not be incarcerated for extra time but for the negligent action of another. For these reasons, the “core time” versus “extra time” approach must be rejected.

imposée créerait entre le droit criminel et le droit civil le conflit que la politique judiciaire qui sous-tend le principe *ex turpi* exige d’éviter. Pour reprendre les propos de la juge McLachlin dans l’arrêt *Hall c. Hebert*, « le souci de l’intégrité du système juridique a préséance sur la nécessité de faire assumer sa responsabilité au défendeur » (p. 181-182). Il serait illogique d’incarcérer une personne pour une infraction criminelle et de l’indemniser ensuite pour cette incarceration. Monsieur Zastowny purgeait la peine infligée pour son comportement criminel. Il ne peut attribuer à personne d’autre une partie de la peine qui lui a été légitimement infligée afin d’atténuer partiellement les conséquences de son comportement criminel.

[33] Comme l’a expliqué l’avocat de la province, la notion de l’indemnisation pour la « période additionnelle » pose d’autres problèmes. Les commissions des libérations conditionnelles ont compétence exclusive pour prendre des décisions en matière de libération conditionnelle. Ces décisions discrétionnaires sont de nature contextuelle et reposent notamment sur l’évaluation de facteurs comme la sécurité publique, les intérêts des victimes ainsi que les intérêts du contrevenant en matière de réadaptation et de réinsertion. Un tribunal de première instance qui entendrait une action pour négligence ne disposerait pas de tous les documents qui sont soumis à la commission des libérations conditionnelles. Il se trouverait forcé de « deviner » quelle aurait été la décision de la commission des libérations conditionnelles si elle avait attribué à quelqu’un d’autre une partie ou la totalité du comportement adopté par le contrevenant pendant la période d’incarcération ayant précédé son admissibilité à la libération conditionnelle, et si elle lui avait accordé la libération conditionnelle pour ce motif. Il n’appartient pas au tribunal de première instance saisi d’une action pour négligence d’examiner le bien-fondé d’une décision discrétionnaire rendue par une commission des libérations conditionnelles. C’est précisément ce qu’il ferait s’il concluait qu’une personne n’aurait pas été incarcérée pendant une période additionnelle, n’eût été l’acte de négligence d’une autre personne. Pour ces motifs, l’approche de la « période fixe » et de la « période additionnelle » doit être rejetée.

(3) The *Novus Actus Interveniens* Doctrine

[34] In the view of Smith J.A., the bar to recovery for past wage loss while incarcerated was due to the application of the *novus actus interveniens* doctrine. His conclusion was based on his interpretation of Fish J.'s words in *H.L.*:

[S]ince the basis of the decision in *H.L. v. Canada (Attorney General)* is that H.L.'s intervening conduct broke the causal chain between the sexual assault and his imprisonment, the relevant doctrine is *novus actus interveniens* — “A new act intervenes”: *The Dictionary of Canadian Law*, (Carswell: Scarborough, 1995) 2nd ed., p. 813.

In *H.L. v. Canada (Attorney General)*, Fish J. said, in a passage I have already quoted but will reproduce for convenience,

142 In any event, *the chain of causation linking H.L.'s sexual abuse to his loss of income while incarcerated was interrupted by his intervening criminal conduct*. During these periods, his lack of gainful employment was caused by his imprisonment, not by his alcoholism; and his imprisonment resulted from his criminal conduct, not from his abuse by Mr. Starr nor from the alcoholism which it was found to have induced. [Emphasis added by Smith J.A.; paras. 105-6.]

[35] I cannot agree with Smith J.A.'s conclusion that Fish J. applied the *novus actus* doctrine in *H.L.* Nowhere did Fish J. use the term *novus actus interveniens* or conduct an analysis of why that doctrine might apply. In my view, Fish J. was only pointing to the lack of evidence that might have connected H.L.'s criminality with the abuse he suffered. Unlike in *H.L.*, in the case at bar, there is evidence linking Zastowny's criminality to the sexual assaults he suffered.

[36] With respect, I think that Smith J.A. conflated the *novus actus* and *ex turpi* doctrines when he found at para. 111:

(3) Le principe *novus actus interveniens*

[34] Selon le juge Smith, c'est l'application du principe *novus actus interveniens* qui faisait obstacle à l'indemnisation de la perte de rémunération antérieure subie pendant l'incarcération. Sa conclusion était fondée sur son interprétation des propos tenus par le juge Fish dans l'arrêt *H.L.* :

[TRADUCTION] [P]uisque l'arrêt *H.L. c. Canada (Procureur général)* tient pour acquis que le comportement que H.L. a adopté dans l'intervalle a rompu le lien de causalité entre les agressions sexuelles et son emprisonnement, c'est le principe *novus actus interveniens* qui s'applique — le principe de « l'événement nouveau » : *The Dictionary of Canadian Law*, (Carswell : Scarborough, 1995) 2^e éd., p. 813.

Dans l'arrêt *H.L. c. Canada (Procureur général)*, le juge Fish s'est exprimé ainsi dans un passage que j'ai déjà cité, mais que je reproduis pour des raisons de commodité :

142 Quoi qu'il en soit, *le lien de causalité entre les abus sexuels et la perte de revenus pendant l'incarcération a été rompu par le comportement criminel de H.L.* Durant les périodes en cause, l'absence d'emploi rémunérateur était due à l'emprisonnement, et non à l'alcoolisme, et cet emprisonnement résultait du comportement criminel de H.L., et non des actes de M. Starr ni de l'alcoolisme de H.L. qui avait découlé de ces actes selon la preuve. [Souligné par le juge Smith; par. 105-106.]

[35] Je ne puis souscrire à la conclusion du juge Smith selon laquelle le juge Fish a appliqué le principe *novus actus* dans l'arrêt *H.L.* Nulle part le juge Fish n'a-t-il utilisé l'expression *novus actus interveniens* ou analysé les raisons pour lesquelles ce principe pourrait s'appliquer. À mon sens, le juge Fish faisait tout simplement ressortir l'absence d'élément de preuve qui aurait pu lier la criminalité de H.L. aux agressions dont il avait été victime. Contrairement à l'affaire *H.L.*, il existe, en l'espèce, des éléments de preuve qui lient la criminalité de M. Zastowny aux agressions sexuelles dont il a été victime.

[36] En toute déférence, je crois que le juge Smith a confondu les principes *novus actus* et *ex turpi* lorsqu'il a tiré la conclusion suivante, au par. 111 :

The question was not whether it would bring the administration of justice into disrepute to award the respondent damages for injuries arising out of his own criminal acts: rather, the question was whether the criminal acts of the respondent should serve to break the chain of causation because to award him compensation for the losses he suffered by reason of his punishment for those criminal acts would undermine the purpose of the criminal justice system by bringing the civil law into conflict with the criminal law, to the disrepute of both.

[37] The determination of a chain of causation and whether that chain was broken is a factual one. A factual chain of causation is not broken because the civil law is brought into conflict with the criminal law.

[38] Indeed in this case, Cohen J., based on the evidence of Dr. Ley, was of the view that Mr. Zastowny's incarcerations and their lengths were attributable to the sexual assaults he suffered. Unlike *H.L.*, on the evidence in this case, there is a chain of causation between the sexual assaults and Zastowny's criminal activity and incarceration. There is no basis to interfere with the factual findings of Cohen J. It is notwithstanding the chain of causation that Zastowny cannot recover damages for wages lost due to incarceration. The reason is the judicial policy underlying the *ex turpi* doctrine that the criminal and civil law should not be in conflict.

[39] In addition, application of the *novus actus* doctrine here would be inappropriate because it might suggest that a chain of causation can be irreparably broken by a plaintiff going to prison, and that is not necessarily the case. Depending on the facts, the chain of causation may still apply to attribute loss of wages for the period a person is not incarcerated. In other words, a trial judge may see fit to award a plaintiff damages for wage loss *after* a period spent in incarceration. That is what this Court will do by only reducing Zastowny's

[TRANSLATION] Il ne s'agissait pas de savoir si l'attribution de dommages-intérêts à l'intimé pour le préjudice découlant de ses propres actes criminels serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice; il s'agissait plutôt de savoir si les actes criminels de l'intimé devrait contribuer à rompre le lien de causalité parce que l'indemniser des pertes subies en raison de la peine qui lui a été infligée pour ces actes criminels irait à l'encontre de l'objet du système de justice criminelle en créant entre le droit criminel et le droit civil un conflit qui les déconsidérerait tous les deux.

[37] La question de savoir s'il existe un lien de causalité et si ce lien a été rompu est une question de fait. Un lien de causalité factuel n'est pas rompu en raison d'un conflit entre le droit civil et le droit criminel.

[38] En fait, dans le cas qui nous occupe, le juge Cohen a estimé, à la lumière du témoignage du D^r Ley, que les incarcérations de M. Zastowny et leur durée étaient attribuables aux agressions sexuelles dont il avait été victime. Contrairement à l'affaire *H.L.*, la preuve présentée en l'espèce établit l'existence d'un lien de causalité entre les agressions sexuelles, d'une part, et les activités criminelles et l'incarcération de M. Zastowny, d'autre part. Il n'y a aucune raison de modifier les conclusions de fait du juge Cohen. Monsieur Zastowny ne peut pas obtenir des dommages-intérêts pour la perte de rémunération due à son incarcération, et ce, malgré l'existence du lien de causalité. Il en est ainsi en raison de la politique judiciaire qui sous-tend le principe *ex turpi*, selon laquelle il ne devrait pas y avoir de conflit entre le droit criminel et le droit civil.

[39] En outre, il ne conviendrait pas en l'espèce d'appliquer le principe *novus actus* du fait que cela pourrait laisser croire que l'incarcération du demandeur peut rompre définitivement le lien de causalité, ce qui n'est pas nécessairement le cas. Le lien de causalité peut, selon les faits, continuer de justifier l'attribution de dommages-intérêts pour la perte de rémunération qu'une personne subit pendant qu'elle n'est pas incarcérée. En d'autres termes, le juge de première instance peut juger opportun d'accorder à un demandeur des dommages-intérêts pour la perte

damages for wage loss to exclude the periods of time when he was in prison between 1988 and 2003.

(4) Exceptional Circumstances

[40] Fish J. left open a window in *H.L.* when he found, at para. 137, that an award for past wage loss due to incarceration would have to be justified by “exceptional considerations of a compelling nature”.

[41] No exception exists in the present case. There is no principled distinction between the wage loss award at issue in *H.L.*, and that at issue in the case at bar. While I agree with Finch C.J.B.C. that the circumstances of the sexual assaults were egregious and involved a breach of trust by MacDougall in his capacity as an employee of the Province, this will be true of any case in which an institutional employer is found vicariously liable for the sexual torts of an employee. In *H.L.*, for example, the victim was a young teenager and his abuser was a government official on reserve. Moreover, as noted by Smith J.A., the egregious circumstances of Zastowny’s abuse were taken into account in the trial judge’s award of aggravated damages.

[42] Because awarding damages for wage loss for time spent in incarceration would create an inconsistency between the principles governing criminal responsibility in the criminal law and tort law, the only “exceptional circumstance” is where an award for wage loss while in prison would not undermine a lawfully imposed criminal sanction, such as where an individual was wrongly convicted. No valid exceptional circumstance can result in a “clash” between the criminal and civil law.

de rémunération subie *après* une période d’incarcération. C’est ce que notre Cour fera en se contentant d’abaisser le montant des dommages-intérêts accordés à M. Zastowny pour la perte de rémunération de manière à exclure ses périodes d’incarcération entre 1988 et 2003.

(4) Circonstances exceptionnelles

[40] Le juge Fish a maintenu une possibilité dans l’arrêt *H.L.* lorsqu’il a conclu, au par. 137, que l’indemnisation de la perte de rémunération antérieure due à l’incarcération devrait « se fonder sur des motifs exceptionnels pressants ».

[41] Il n’y a aucune exception en l’espèce. Il n’existe aucune distinction rationnelle entre l’indemnisation de la perte de rémunération accordée dans l’affaire *H.L.* et celle qui est cause en l’espèce. Bien que je convienne avec le juge en chef Finch que les circonstances entourant les agressions sexuelles étaient graves et qu’il y a eu abus de confiance de la part de M. MacDougall en sa qualité d’employé de la province, il en sera ainsi dans tous les cas où un employeur institutionnel est tenu responsable du fait d’autrui pour les délits sexuels d’un employé. Par exemple, dans l’affaire *H.L.*, la victime était un jeune adolescent dont l’agresseur était un représentant du gouvernement sur la réserve. En outre, comme l’a souligné le juge Smith, le juge de première instance a, dans son calcul des dommages-intérêts majorés, tenu compte des circonstances graves ayant entouré les agressions de M. Zastowny.

[42] Puisque l’attribution de dommages-intérêts pour la perte de rémunération subie pendant une période d’incarcération créerait une incohérence entre le droit de la responsabilité délictuelle et les principes de la responsabilité criminelle en droit criminel, les seules « circonstances exceptionnelles » sont celles où l’indemnisation de la perte de rémunération subie pendant une période d’incarcération ne minerait pas une sanction pénale légitimement infligée, tel le cas où un individu a été condamné à tort. Il n’y a pas de circonstances exceptionnelles valables qui peuvent engendrer un conflit entre le droit criminel et le droit civil.

B. *Cross-Appeal: Damages for Future Wage Loss*

[43] At trial, Cohen J. awarded \$50,000 for future wage loss. Cohen J. did not specifically state that he was awarding future income loss for periods in which Zastowny might be incarcerated in the future, though he did say that Dr. Ley's opinion was that the plaintiff "represents a very high risk of drug relapse and future criminal offending". On appeal, both Smith and Saunders J.J.A. agreed that this award should be reduced by 30 percent to reflect the "high risk of recidivism" identified by the psychologist. Zastowny by cross-appeal submits that the Court of Appeal erred in reducing the award for loss of future earnings.

[44] The trial judge did not exclude time Zastowny had spent in prison from his damage award for past wage loss. Although he noted that Zastowny represented a high risk of recidivism, there is no indication that in awarding damages for future wage loss, he excluded time for future imprisonment based on the high risk of that occurring. It was therefore not unreasonable for Saunders and Smith J.J.A. to conclude that the award for future wage loss had to be reduced in order to reflect the likelihood of Zastowny being sent back to prison — a "very high risk" according to Dr. Ley.

V. Disposition

[45] I would allow the appeal and dismiss the cross-appeal both with costs.

Appeal allowed with costs. Cross-appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

B. *Pourvoi incident : dommages-intérêts pour la perte de rémunération ultérieure*

[43] En première instance, le juge Cohen a accordé une indemnité de 50 000 \$ pour la perte de rémunération ultérieure. Il n'a pas précisé que cette indemnisation visait les périodes pendant lesquelles M. Zastowny pourrait être incarcéré dans l'avenir, bien qu'il ait affirmé que le D^r Ley était d'avis que le demandeur [TRADUCTION] « présentait un risque très élevé de récidive en matière de consommation de drogue et de criminalité ». En appel, les juges Smith et Saunders ont convenu de réduire cette indemnité de 30 p. 100, de manière à tenir compte du « risque élevé de récidive » décrit par le psychologue. Dans son pourvoi incident, M. Zastowny soutient que la Cour d'appel a commis une erreur en abaissant le montant de l'indemnité accordée pour la perte de revenus ultérieure.

[44] Le juge de première instance n'a pas exclu les périodes d'incarcération de M. Zastowny lorsqu'il a calculé les dommages-intérêts pour la perte de rémunération antérieure. Même s'il a constaté que M. Zastowny présentait un risque élevé de récidive, rien n'indique qu'il a exclu du calcul des dommages-intérêts pour la perte de rémunération ultérieure les périodes pendant lesquelles M. Zastowny risque fortement d'être incarcéré dans l'avenir. Il n'était donc pas déraisonnable pour les juges Saunders et Smith de conclure que le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte de rémunération ultérieure devait être réduit de manière à tenir compte de la probabilité que M. Zastowny retourne en prison — un « risque très élevé » selon le D^r Ley.

V. Dispositif

[45] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi principal et de rejeter le pourvoi incident, avec dépens dans les deux cas.

Pourvoi principal accueilli avec dépens. Pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

*Solicitors for the respondent/appellant on cross-
appeal: Megan Ellis & Company, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi
incident : Megan Ellis & Company, Vancouver.*