

Kazimierz Janiak *Appellant*;

and

Samuel Ippolito *Respondent*.

File No.: 16792.

1983: December 12; 1985: March 14.

Present: Ritchie *, Dickson, Estey, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Damages — Refusal to undergo recommended surgery — Procedure having 70 per cent success rate and 100 per cent chance of recovery if successful — Whether or not uncertainty a factor to include in calculating award.

Respondent was disabled as a result of a traffic accident and could not return to work. The recommended surgical treatment entailed a 70 per cent chance of success, and if successful, a 100 per cent chance of recovery and the possibility of respondent's returning to work. Respondent, however, feared surgery of any kind and refused to undergo the operation without his doctors' assuring him of a 100 per cent chance of success; he remains disabled and out of work. The action was limited, given appellant's admission of liability, to the issue of damages. The trial judge found respondent was not entitled to damages in respect of pain or suffering or loss of earnings consequent upon an unreasonable refusal to undergo the proper medical treatment. The Court of Appeal adopted a similar line of reasoning but adjusted the award for loss of income upwards to take into account the fact that recovery was not completely guaranteed.

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

The question of whether or not a person has been reasonable in refusing to accept the recommended medical treatment is for the trier of fact to decide. In making that finding, the trier of fact must take into consideration the degree of risk from the surgery, the gravity of the consequences of refusing it, and the potential benefits to be derived from it. If any one of several recommended courses of treatment is followed, a plaintiff cannot be said to have acted unreasonably. The trial

* Ritchie J. took no part in the judgment.

Kazimierz Janiak *Appellant*;

et

Samuel Ippolito *Intimé*.

a

N° du greffe: 16792.

1983: 12 décembre; 1985: 14 mars.

Présents: Les juges Ritchie *, Dickson, Estey, Chouinard b et Wilson.

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

Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Refus de subir une intervention chirurgicale recommandée — Opération qui comporte 70 pour 100 de probabilités de réussite et qui entraîne une guérison totale si elle réussit — L'incertitude est-elle un facteur à considérer dans le calcul de l'indemnité?

d

L'intimé a été rendu invalide par suite d'un accident de la circulation et n'a pu reprendre son travail. Le traitement chirurgical recommandé comportait 70 pour cent de probabilités de réussite et, en cas de réussite, cent pour cent de probabilités de guérison et de retour au travail pour l'intimé. Cependant, l'intimé craignait toute espèce d'intervention chirurgicale et a refusé de subir l'opération à moins que ses médecins ne lui assurent à cent pour cent les chances de réussite; il est demeuré invalide et sans travail. L'action a été restreinte e à la question du montant des dommages-intérêts étant donné que l'appelant a reconnu sa responsabilité. Le juge de première instance a conclu que l'intimé n'avait pas le droit d'être indemnisé pour la douleur, les souffrances et la perte de revenu subies par suite d'un refus g déraisonnable de subir le traitement médical indiqué. La Cour d'appel a adopté à peu près la même façon de raisonner, mais elle a augmenté l'indemnité pour perte de revenu de manière à tenir compte du fait que la guérison n'était pas totalement assurée.

h

Arrêt: Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Il appartient au juge des faits de décider si une personne a été raisonnable ou non en refusant de subir le traitement médical recommandé. Pour arriver à cette i décision, le juge des faits doit tenir compte du risque que présente l'intervention chirurgicale, de la gravité des conséquences du refus de la subir et des avantages qu'il était possible d'en tirer. Si un demandeur a suivi l'une ou l'autre des différentes formes de traitement recom- j mandées, on ne peut dire qu'il a agi déraisonnablement.

* Le juge Ritchie n'a pas pris part au jugement.

judge committed no error of law here and there was no basis on which an appellate court could interfere with his finding.

Damages for aggravated injuries consequent on some pre-existing infirmity are recoverable even if the infirmity is of a psychological nature. A psychological "thin skull" that developed subsequent to the tortious act is not, however, a factor to be considered in relation to reasonableness. The analytical focus in each case is on the capacity to make a reasonable choice. A line must be drawn between those capable of making a rational choice and those who cannot due to some pre-existing psychological condition. A person capable of choice must bear the cost of an unreasonable decision but a person incapable of making such a choice due to a pre-existing psychological condition should not bear the cost when wrongfully injured. The burden of proof of damages lies with the plaintiff but shifts once it is alleged that the loss should have been mitigated.

The principle that a plaintiff cannot recover damages which could have been avoided by the taking of reasonable steps underlies the duty to mitigate. Avoidable damages are to be determined by assuming that the plaintiff has agreed to an operation not yet performed rather than looking at what on the balance of probabilities would have happened had the operation taken place. The courts must therefore take into account any "substantial possibility" of failure and the amount by which full compensation would be discounted would represent the avoidable loss.

Cases Cited

Marcroft v. Scruttons, Ltd., [1954] 1 Lloyd's Rep. 395; *Elloway v. Boomars* (1968), 69 D.L.R. (2d) 605; *Morgan v. T. Wallis Ltd.*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 165; *Buczynski v. McDonald* (1971), 1 S.A.S.R. 569; *Plenty v. Argus*, [1975] W.A.R. 155; *Selvanayagam v. University of West Indies*, [1983] 1 All E.R. 824, considered; *Steele v. Robert George and Co.*, [1942] A.C. 497; *Hay or Bourhill v. Young*, [1943] A.C. 92; *Bishop v. Arts & Letters Club of Toronto* (1978), 83 D.L.R. (3d) 107; *Love v. Port of London Authority*, [1959] 2 Lloyd's Rep. 541; *Gray v. Cotic*, [1983] 2 S.C.R. 2; *Malcolm v. Broadhurst*, [1970] 3 All E.R. 508; *Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669; *Blackstock v. Foster*, [1938] S.R. (N.S.W.) 341; *Smith v. Leech Brain & Co.*, [1962] 2 Q.B. 405; *McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.* (1974), 6 Nfld. & P.E.I.R. 203; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London*,

Le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit en l'espèce et il n'y a rien qui justifie qu'une cour d'appel modifie sa conclusion.

Des dommages-intérêts relatifs à des blessures aggravées résultant d'une infirmité préexistante peuvent être obtenus même si l'infirmité est de nature psychologique. La vulnérabilité psychologique consécutive à l'acte fautif n'est toutefois pas un facteur à prendre en considération pour déterminer le caractère raisonnable de la décision. L'examen dans chaque cas porte sur la capacité de faire un choix raisonnable. Il faut distinguer entre les personnes capables de faire un choix rationnel et celles qui ne peuvent le faire à cause d'un état psychologique préexistant. Une personne capable de choisir doit assumer le coût d'une décision déraisonnable, mais une personne incapable de faire un tel choix en raison d'un état psychologique préexistant ne doit pas en assumer le coût si elle a été blessée par suite d'un acte fautif. Le demandeur a l'obligation de prouver l'étendue du préjudice, mais le fardeau se déplace si l'on allègue que les pertes auraient pu être minimisées.

L'obligation de minimiser les dommages découle du principe selon lequel le demandeur ne peut être indemnisé pour les dommages qui auraient pu être évités par des mesures raisonnables. Les pertes évitables doivent être déterminées en supposant que le demandeur a consenti à une opération qui n'a pas encore eu lieu plutôt qu'en considérant ce qui, selon la prépondérance des probabilités, se serait produit si l'opération avait eu lieu. Les cours doivent donc tenir compte de toute «possibilité réelle» d'échec et la somme dont le plein dédommagement serait diminué représenterait la perte évitable.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Marcroft v. Scruttons, Ltd.*, [1954] 1 Lloyd's Rep. 395; *Elloway v. Boomars* (1968), 69 D.L.R. (2d) 605; *Morgan v. T. Wallis Ltd.*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 165; *Buczynski v. McDonald* (1971), 1 S.A.S.R. 569; *Plenty v. Argus*, [1975] W.A.R. 155; *Selvanayagam v. University of West Indies*, [1983] 1 All E.R. 824; arrêts mentionnés: *Steele v. Robert George and Co.*, [1942] A.C. 497; *Hay or Bourhill v. Young*, [1943] A.C. 92; *Bishop v. Arts & Letters Club of Toronto* (1978), 83 D.L.R. (3d) 107; *Love v. Port of London Authority*, [1959] 2 Lloyd's Rep. 541; *Gray v. Cotic*, [1983] 2 R.C.S. 2; *Malcolm v. Broadhurst*, [1970] 3 All E.R. 508; *Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669; *Blackstock v. Foster*, [1938] S.R. (N.S.W.) 341; *Smith v. Leech Brain & Co.*, [1962] 2 Q.B. 405; *McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.* (1974), 6 Nfld. & P.E.I.R. 203; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground*

[1912] A.C. 673; *Banco de Portugal v. Waterlow and Sons, Ltd.*, [1932] A.C. 452; *Savage v. T. Wallis, Ltd.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 357; *McAuley v. London Transport Executive*, [1957] 2 Lloyd's Rep. 500; *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067; *Harlow & Jones, Ltd. v. Panex (International), Ltd.*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 509; *Taylor v. Addems and Addems*, [1932] 1 W.W.R. 505; *Masny v. Carter-Hall-Aldinger Co.*, [1929] 3 W.W.R. 741; *Matters v. Baker and Fawcett*, [1951] S.A.S.R. 91; *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; *Newell v. Lucas*, [1964-65] N.S.W.R. 1597; *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166; *Davies v. Taylor*, [1972] 3 All E.R. 836; *Schrump v. Koot* (1978), 18 O.R. (2d) 337; *McCarthy v. MacPherson's Estate* (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 294, referred to.

Authors Cited

American Jurisprudence, 2nd ed., vol. 22, Rochester, N.Y., The Lawyers Co-operative Publishing Company; San Francisco, Calif., Bancroft-Whitney Company, 1965.

Cooper-Stephenson, Kenneth D. and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada*, Toronto, The Carswell Company Limited, 1981.

Dobbs, Dan B. *Law of Remedies*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1973.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed., Sydney, The Law Book Company Limited, 1983.

APPEAL AND CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 34 O.R. (2d) 151, varying an award of damages made by Callaghan J. Appeal and cross-appeal dismissed.

Brendan O'Brien, Q.C., for the appellant.

William Morris, Q.C., *Rhona Waxman* and *Kim Carpenter-Gunn*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The central issue in this case is how damages for personal injury are to be assessed where the victim of the accident unreasonably refuses to undergo the recommended surgery.

Electric Railways Company of London, [1912] A.C. 673; *Banco de Portugal v. Waterlow and Sons, Ltd.*, [1932] A.C. 452; *Savage v. T. Wallis, Ltd.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 357; *McAuley v. London Transport Executive*, [1957] 2 Lloyd's Rep. 500; *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067; *Harlow & Jones, Ltd. v. Panex (International), Ltd.*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 509; *Taylor v. Addems and Addems*, [1932] 1 W.W.R. 505; *Masny v. Carter-Hall-Aldinger Co.*, [1929] 3 W.W.R. 741; *Matters v. Baker and Fawcett*, [1951] S.A.S.R. 91; *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Newell v. Lucas*, [1964-65] N.S.W.R. 1597; *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166; *Davies v. Taylor*, [1972] 3 All E.R. 836; *Schrump v. Koot* (1978), 18 O.R. (2d) 337; *McCarthy v. MacPherson's Estate* (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 294.

Doctrine citée

American Jurisprudence, 2nd ed., vol. 22, Rochester, N.Y., The Lawyers Co-operative Publishing Company; San Francisco, Calif., Bancroft-Whitney Company, 1965.

Cooper-Stephenson, Kenneth D. and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada*, Toronto, The Carswell Company Limited, 1981.

Dobbs, Dan B. *Law of Remedies*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1973.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed., Sydney, The Law Book Company Limited, 1983.

POURVOI ET POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 34 O.R. (2d) 151, qui a modifié les dommages-intérêts accordés par le juge Callaghan. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Brendan O'Brien, c.r., pour l'appellant.

William Morris, c.r., *Rhona Waxman* et *Kim Carpenter-Gunn*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—La question centrale du présent pourvoi est de savoir comment évaluer les dommages-intérêts pour blessures corporelles lorsque la victime d'un accident refuse déraisonnablement de subir l'intervention chirurgicale qui lui est recommandée.

1. The Facts

On March 31, 1976 the respondent sustained serious back injuries when his automobile was struck from behind by a vehicle driven by the appellant. Prior to that date the respondent had been employed for eleven years as a crane operator. Since the accident he has been disabled to such an extent that it has been impossible for him to return to work. Liability for negligent driving was admitted by the appellant and the trial was confined to the issue of damages.

The respondent's main injury, according to the medical evidence presented at trial, consisted of a disc protrusion of the cervical spine. Several medical experts testified to the effect that the recommended course of treatment for such an injury would be the surgical excision of the disc together with a spinal fusion. The trial judge accepted the evidence that this type of operation entails an approximately 70 per cent chance of success and that, if successful, could result in an almost 100 per cent recovery for the respondent who could thereafter return to work as a crane operator. The respondent, however, appears to have suffered from a great fear of surgery of any kind and insisted on assurance of a 100 per cent chance of success before consenting to undergo the recommended procedure. As neither his family physician nor his orthopaedic surgeon was able to provide such an absolute guarantee for this or any other type of surgery, the respondent refused to heed the medical advice. Accordingly, his back injuries have not improved and he continues to be disabled and out of work.

2. The Courts Below

At trial, Callaghan J. found that the respondent (plaintiff in the original action) had acted unreasonably in refusing to undergo the recommended surgery. Having made this finding he went on to state that any individual claiming damages for personal injuries has "a duty to mitigate his loss by obtaining proper medical treatment" and that he is not entitled to damages in respect of "any pain, suffering, loss of amenities, or loss of earnings consequent upon an unreasonable refusal to under-

1. Les faits

Le 31 mars 1976, l'intimé a subi des blessures graves au dos lorsque sa voiture a été heurtée à l'arrière par celle de l'appelant. Avant cette date, l'intimé travaillait depuis onze ans comme grutier. Depuis l'accident, il est invalide au point de ne pouvoir reprendre son travail. L'appelant a reconnu sa responsabilité pour négligence dans la conduite d'un véhicule à moteur et le procès n'a porté que sur la question des dommages-intérêts.

Selon la preuve médicale soumise en première instance, la blessure principale de l'intimé est une protrusion discale de la colonne vertébrale. Plusieurs experts en médecine ont témoigné que le traitement recommandé pour ce genre de blessure serait l'ablation chirurgicale du disque et une fusion vertébrale. Le juge de première instance a ajouté foi aux témoignages selon lesquels ce genre d'opération comporte environ 70 pour 100 de chances de succès et pourrait, à condition de réussir, entraîner une guérison presque totale de l'intimé qui pourrait, par la suite, reprendre son travail de grutier. Cependant, l'intimé semble avoir craint énormément toute espèce d'intervention chirurgicale et insisté pour qu'on lui assure à cent pour cent les chances de réussite avant de consentir à subir le traitement recommandé. Puisque ni son médecin de famille ni son chirurgien orthopédiste ne pouvaient fournir cette garantie absolue pour ce genre ou tout autre genre d'intervention chirurgicale, l'intimé a refusé de suivre l'avis des médecins. En conséquence, ses blessures au dos n'ont pas guéri et il continue d'être invalide et sans travail.

^h 2. Les cours d'instance inférieure

En première instance, le juge Callaghan a conclu que l'intimé (le demandeur dans les procédures initiales) avait agi de façon déraisonnable en refusant de subir l'intervention chirurgicale recommandée. Après avoir tiré cette conclusion, il a ajouté que toute personne qui réclame des dommages-intérêts pour blessures corporelles a [TRADUCTION] «l'obligation de réduire ses pertes en se faisant soigner convenablement» et n'a pas droit à des dommages-intérêts pour [TRADUCTION] «toute

go medical treatment or surgical operation". Taking into account the estimated period of convalescence from a spinal fusion operation, Mr. Justice Callaghan found that, had the respondent acted reasonably, he would have been able to return to work by the end of March 1978. Accordingly, he found the appellant responsible for the respondent's loss of income for the two years between the date of the accident and March 31, 1978, which loss amounted to a total of \$33,000. In addition, he assessed general damages for pain and suffering in sustaining the injuries at \$25,000. When these awards were reduced to reflect the insurance benefits the respondent had received, the total amount for which the respondent received judgment at trial was \$47,900 plus interest from November 25, 1977.

In the Ontario Court of Appeal [(1981), 34 O.R. (2d) 151] Blair J.A. (with whom Goodman J.A. concurred) agreed generally with the line of reasoning pursued by the trial judge, but differed in his calculation of damages to the extent that he did not cut off the appellant's responsibility for lost earnings at the date when the respondent might have been expected to recuperate from the operation and return to work. Rather, he took into account the fact that the recommended surgery entailed only a 70 per cent chance of success and adjusted the award for loss of income upward in order to take into account the fact that, even if the respondent had acted reasonably in the circumstances, his recovery would not have been assured. After making a series of adjustments to reflect the contingencies entailed in the surgery and the respondent's future job prospects had he undergone the operation, Blair J.A. awarded damages for loss of earnings in the amount of \$81,661. He then deducted the insurance benefits which the respondent had received and added the \$25,000 representing general damages for pain and suffering. This produced a total award of \$103,651.

douleur, souffrance, perte de jouissance de la vie ou perte de revenu résultant du refus déraisonnable de subir un traitement médical ou une intervention chirurgicale». Tenant compte de la période estimative de convalescence nécessaire par suite d'une opération de fusion vertébrale, le juge Callaghan a conclu que si l'intimé avait agi de façon raisonnable, il aurait pu reprendre son travail dès la fin de mars 1978. En conséquence, il a tenu l'appelant responsable de la perte de revenu subie par l'intimé pendant les deux années comprises entre la date de l'accident et le 31 mars 1978, perte qui s'élève au total à 33 000 \$. De plus, il a évalué à 25 000 \$ les dommages-intérêts généraux pour douleur et souffrances résultant des blessures subies. Après réduction de ces montants de manière à refléter les prestations d'assurance touchées par l'intimé, ce dernier s'est vu accorder en première instance la somme totale de 47 900 \$ plus les intérêts à compter du 25 novembre 1977.

En Cour d'appel de l'Ontario [(1981), 34 O.R. (2d) 151], le juge Blair (aux motifs duquel le juge Goodman a souscrit) s'est dit d'accord, dans l'ensemble, avec le genre de raisonnement adopté par le juge de première instance, mais a divergé d'opinion avec lui quant au calcul des dommages-intérêts, dans la mesure où il n'a pas mis fin à la responsabilité de l'appelant pour la perte de revenu à la date à laquelle on aurait pu s'attendre à ce que l'intimé soit rétabli de l'opération et retourne à son travail. Il a plutôt pris en considération le fait que l'intervention chirurgicale recommandée comportait seulement 70 pour 100 de chances de succès et a augmenté le montant accordé pour la perte de revenu de manière à tenir compte du fait que, même si l'intimé avait agi de façon raisonnable dans les circonstances, son rétablissement n'aurait pas été garanti. Après avoir procédé à une série d'ajustements de manière à refléter les aléas de l'intervention chirurgicale et les possibilités d'emploi futur de l'intimé si ce dernier avait subi l'opération, le juge Blair a accordé des dommages-intérêts de 81 661 \$ pour la perte de revenu. Il a ensuite déduit les prestations d'assurance touchées par l'intimé et a ajouté 25 000 \$ de dommages-intérêts généraux pour douleur et souffrances. Le montant total accordé a été ainsi de 103 651 \$.

A strong dissent in the Court of Appeal was voiced by MacKinnon A.C.J.O. based on his analysis of the English case law on the issue of the refusal of a tort victim to seek medical care. The principle he elicited from the English authorities is that a tort victim's unreasonable refusal to undergo medical treatment constitutes an intervening cause which effectively cuts off the liability of the initial tortfeasor. Accordingly, as applied by MacKinnon A.C.J.O., this principle has the effect of barring the respondent from any claim for loss of income beyond the date on which he might reasonably be expected to have returned to work had he undergone the surgery and the surgery had been a success. While MacKinnon A.C.J.O. was prepared to take account of the approximately 30 per cent chance of the operation's failure in assessing the reasonableness of the respondent's refusal of the surgery, he was not prepared to factor this percentage into the *quantum* of loss awarded once the respondent was held to have acted unreasonably. Although he would have varied the damages calculation in some minor respects, the overall thrust of his dissent was to approve the approach taken by Callaghan J. at trial.

3. Unreasonable Refusal of Treatment

The single most noteworthy fact with which this appeal is concerned is that the trial judge found the respondent to have been unreasonable in his refusal to accept the recommended medical treatment. As noted by each of the member of the House of Lords in *Steele v. Robert George and Co.*, [1942] A.C. 497, this question is most appropriately left to the trier of fact to decide. There is no reason to conclude that Callaghan J. committed any error of law in determining this issue in the case at bar. Both the majority and the dissent in the Ontario Court of Appeal were of the view that there was sufficient evidence to support the trial judge's finding and, in the absence of any suggestion that he misdirected himself or applied the wrong test to the facts presented to him, there is no basis on which this Court can interfere with his

Le juge en chef adjoint MacKinnon a exprimé énergiquement sa dissidence en s'appuyant sur son analyse de la jurisprudence anglaise portant sur la question du refus de la victime d'une faute de recourir à des soins médicaux. Selon le principe qu'il a dégagé de la jurisprudence anglaise, le refus déraisonnable de la victime d'une faute de subir un traitement médical constitue une cause nouvelle qui a pour effet de mettre fin à la responsabilité de l'auteur initial de la faute. En conséquence, selon l'application qu'en a fait le juge en chef adjoint MacKinnon, ce principe a pour effet d'empêcher l'intimé de réclamer quoi que ce soit pour la perte de revenu subie après la date à laquelle on aurait pu raisonnablement s'attendre à ce qu'il retourne au travail s'il avait subi avec succès l'intervention chirurgicale. Même si le juge en chef adjoint MacKinnon était disposé à tenir compte de la probabilité d'environ 30 pour 100 que l'opération ne réussisse pas en évaluant le caractère raisonnable du refus de l'intimé de subir l'intervention chirurgicale, il n'était pas prêt à tenir compte de ce pourcentage dans le montant accordé pour la perte après avoir conclu que l'intimé a agi de façon déraisonnable. Quoiqu'il aurait modifié le calcul des dommages-intérêts sous certains aspects de moindre importance, la portée globale de sa dissidence a été d'approuver le point de vue adopté par le juge Callaghan en première instance.

3. Le refus déraisonnable de subir un traitement

Le fait le plus important auquel touche le présent pourvoi a trait à la conclusion du juge de première instance portant que l'intimé a été déraisonnable en refusant de subir le traitement médical recommandé. Comme le souligne chacun des membres de la Chambre des lords dans l'arrêt *Steele v. Robert George and Co.*, [1942] A.C. 497, c'est au juge des faits qu'il appartient vraiment de trancher cette question. Il n'y a pas de raison de conclure que le juge Callaghan a commis une erreur de droit quelconque en tranchant cette question en l'espèce. En Cour d'appel de l'Ontario, les juges formant la majorité et le juge dissident ont tous été d'avis qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la conclusion du juge de première instance et, en l'absence de toute prétention qu'il s'est trompé ou qu'il a appliqué le

finding. He alone had the opportunity to assess the evidence and determine the issue of the respondent's reasonableness at first hand.

It may, however, be opportune, since this Court now has the concept of reasonableness in relation to a refusal of medical or surgical treatment before it, to make reference to some of the difficult elements involved in a finding of unreasonableness before considering precisely how such a finding affects the legal principles otherwise applicable on an assessment of damages.

(1) Unreasonableness and the "Thin Skull" Doctrine

The first difficult issue which arises in assessing the reasonableness or otherwise of a plaintiff's refusal of medical treatment is the extent, if any, to which subjective attributes of the plaintiff may be taken into account by the court. In the case at bar it was submitted by the respondent that, whether or not his refusal of treatment was perceived as objectively unreasonable, its source lay in an innate fear of surgery which he could not be expected to overcome. Accordingly, he invoked a variation of the long accepted principle that "if the wrong is established the wrongdoer must take the victim as he finds him": *per* Lord Wright in *Hay or Bourhill v. Young*, [1943] A.C. 92, at pp. 109-10. It followed from this, he argued, that the injuries resulting from his inordinate fear, which might otherwise have been avoided if a reasonable decision regarding medical treatment had been made, were analogous to the type of aggravated injuries which might be suffered by a haemophilic inflicted with a bleeding wound or any other victim with a predisposed physiological oversensitivity: *Bishop v. Arts & Letters Club of Toronto* (1978), 83 D.L.R. (3d) 107 (Ont. H.C.)

It is, of course, well established that damages for aggravated injuries consequent on some pre-existing infirmity of the plaintiff are recoverable

mauvais critère aux faits qui lui ont été soumis, il n'y a rien qui puisse justifier cette Cour de modifier sa conclusion. Lui seul avait la possibilité d'évaluer directement la preuve et de trancher la question du caractère raisonnable de l'intimé.

Cependant, puisque cette Cour doit étudier le concept du caractère raisonnable du refus de subir un traitement médical ou chirurgical, il peut être opportun de mentionner certaines difficultés que comporte le fait de conclure au caractère déraisonnable avant d'analyser précisément comment une telle conclusion modifie les principes juridiques applicables par ailleurs à l'évaluation des dommages-intérêts.

(1) Caractère déraisonnable et doctrine de la «vulnérabilité de la victime»

La première difficulté qui se présente lors de l'évaluation du caractère raisonnable ou déraisonnable du refus par un demandeur de subir un traitement médical est la mesure, s'il y a lieu, dans laquelle la cour peut tenir compte des caractéristiques subjectives du demandeur. En l'espèce, l'intimé a soutenu que, peu importe que son refus de subir le traitement soit perçu ou non comme objectivement déraisonnable, il s'explique par une crainte innée de subir une intervention chirurgicale, qu'il ne pouvait être censé surmonter. En conséquence, il a invoqué une variante du principe accepté depuis longtemps selon lequel [TRADUCTION] «si la faute est prouvée, son auteur doit subir les conséquences de l'état antérieur de la victime»: lord Wright dans l'arrêt *Hay or Bourhill v. Young*, [1943] A.C. 92, aux pp. 109 et 110. Il s'ensuit, a-t-il soutenu, que le préjudice qui découle de sa peur insurmontable, qui aurait pu être par ailleurs évité si une décision raisonnable avait été prise à propos du traitement médical, est semblable au préjudice aggravé que pourrait subir un hémophile victime d'une hémorragie due à une blessure ou une autre victime prédisposée à une hypersensibilité physiologique: *Bishop v. Arts & Letters Club of Toronto* (1978), 83 D.L.R. (3d) 107 (H.C. Ont.)

Il est évidemment bien établi que des dommages-intérêts relatifs à des blessures aggravées résultant d'une infirmité préexistante du demandeur

even if the infirmity is of a psychological nature: see, e.g. *Love v. Port of London Authority*, [1959] 2 Lloyd's Rep. 541 (Q.B.); *Gray v. Cotic*, [1983] 2 S.C.R. 2. As Geoffrey Lane J. said in *Malcolm v. Broadhurst*, [1970] 3 All E.R. 508, at p. 511, "there is no difference in principle between an egg-shell skull and an egg-shell personality". Indeed, it would seem that the *locus classicus* of the "thin skull rule", the decision of Kennedy J. in *Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669, was in fact a case of aggravated injuries which were triggered by the impact of the defendant's tortious act on the plaintiff's inchoate psychological hypersensitivity.

The key word, however, is pre-existing. Once it is acknowledged that there is such a thing as a "psychological thin skull", the inquiry shifts to (a) the timing and (b) the nature of the alleged psychological infirmity.

(a) Timing

With regard to timing, it would seem that the very concept of a thin skulled plaintiff embodies within it the notion that the oversensitive condition was pre-existing at the time of the injury. That is to say, where the ultimate consequence of which the plaintiff complains is not due to the impact of the defendant's wrongful act on some existing sensitivity of the plaintiff, but rather arises only subsequent to the injury and independent of any intrinsic physiological or psychological problem for which the tortious act has served as a catalyst, the ordinary rules of recoverability apply. By way of illustration, where a blow to the plaintiff's chest inflicted by the defendant ultimately results in the development of a malignancy, but there is no evidence of any pre-existing susceptibility to such a disease in the plaintiff, then the ordinary rules of causation apply: *Blackstock v. Foster*, [1938] S.R. (N.S.W.) 341. On the other hand, where the defendant's negligent act results in the plaintiff's lip being burned and, due to a rare pre-malignant condition of the plaintiff, this burn turns into a fatal malignant growth, then the pre-existing "thin skull" serves to displace the otherwise applicable

peuvent être obtenus même si l'infirmité est de nature psychologique: voir, par exemple, *Love v. Port of London Authority*, [1959] 2 Lloyd's Rep. 541 (B.R.); *Gray c. Cotic*, [1983] 2 R.C.S. 2. Comme l'affirme le juge Geoffrey Lane dans *Malcolm v. Broadhurst*, [1970] 3 All E.R. 508, à la p. 511, [TRADUCTION] «en principe, il n'y a pas de différence entre la vulnérabilité physique et la vulnérabilité psychologique». En réalité, il semblerait que la source classique de la «règle de la vulnérabilité de la victime», c.-à-d. l'arrêt du juge Kennedy *Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669, ait été une affaire de préjudice aggravé déclenché par l'effet de la faute du défendeur sur l'hypersensibilité psychologique innée du demandeur.

Le mot clé est cependant le mot préexistante. Dès que l'on reconnaît qu'il y a «vulnérabilité psychologique de la victime», l'examen doit alors porter sur a) l'élément de temps et b) la nature de la prétendue infirmité psychologique.

a) L'élément de temps

Quant à l'élément de temps, il semblerait que le concept même de la vulnérabilité du demandeur comporte l'idée que l'état d'hypersensibilité existait déjà au moment où la victime a été blessée. Autrement dit, les règles ordinaires en matière de dédommagement s'appliquent lorsque la conséquence ultime dont le demandeur se plaint n'est pas due à l'effet de la faute du défendeur sur une certaine sensibilité préexistante du demandeur, mais survient plutôt seulement après avoir subi la blessure, indépendamment de tout problème physiologique ou psychologique auquel la faute a servi de catalyseur. Par exemple, si un coup porté par le défendeur à la poitrine du demandeur entraîne finalement l'apparition d'une tumeur maligne, sans qu'il y ait de preuve que le demandeur était prédisposé à souffrir d'une telle maladie, alors les règles ordinaires en matière de causalité s'appliquent: *Blackstock v. Foster*, [1938] S.R. (N.S.W.) 341. D'autre part, lorsque le demandeur subit une brûlure de la lèvre par suite de la faute du défendeur et qu'en raison d'une prédisposition rare du demandeur, cette brûlure se transforme en tumeur maligne mortelle, alors la «vulnérabilité préexis-

rules of causation: *Smith v. Leech Brain & Co.*, [1962] 2 Q.B. 405.

The same dichotomy must presumably apply to cases of a psychological thin skulled plaintiff. A significant distinction has to be made between persons who subsequent to an accident develop an emotional or psychological infirmity and those who bring a pre-existing emotional or psychological infirmity to the accident. The question posed by the kind of case we have here is: do persons in the latter group have to meet the objective test of reasonableness when their refusal of medical help is being assessed by the trier of fact or are their subjective attributes to be given due consideration?

In *Marcroft v. Scruttons, Ltd.*, [1954] 1 Lloyd's Rep. 395 (C.A.), the plaintiff, a dock labourer, was unloading cargo from a steamship at the Liverpool docks when the wire of a derrick which was unloading cargo from part of the lower hold fouled the hatch beam. The hatch cover on which the plaintiff was standing was dislodged and he fell about ten feet into the hold. He suffered no physical injuries apart from bruises but anxiety neurosis and depression following the shock incapacitated him from work. Liability was not contested by the plaintiff; the only issue was damages.

The plaintiff saw his panel doctor who referred him to a psychologist. She saw him on several occasions and observed that he had tremors of the hand, mouth, eyelids, general shaking of the body, severe depression and lack of confidence. She recommended that he go to the Rainhill Mental Hospital for electric shock treatment. He refused to go because it was a mental hospital. The trial judge found that this was unreasonable. When the case went to appeal Lord Justice Singleton said it was one of the most difficult cases on the assessment of damages that he had encountered in a long time. He adverted to the fact that some of the

tante de la victime» a pour effet d'écarter les règles de causalité par ailleurs applicables: *Smith v. Leech Brain & Co.*, [1962] 2 Q.B. 405.

a La même dichotomie doit probablement s'appliquer au cas de vulnérabilité psychologique d'un demandeur. Il faut faire une distinction importante entre les personnes qui, à la suite d'un accident, deviennent infirmes sur le plan émotif ou psychologique et celles qui souffraient déjà d'une infirmité émotive ou psychologique avant l'accident. La question que pose le genre d'affaire dont nous sommes saisis en l'espèce est la suivante: les personnes de la dernière catégorie doivent-elles b satisfaire au critère objectif du caractère raisonnable lorsque le juge des faits évalue leur refus de recevoir des soins médicaux ou doit-on prendre dûment en considération leurs caractéristiques c subjectives? d

Dans l'affaire *Marcroft v. Scruttons, Ltd.*, [1954] 1 Lloyd's Rep. 395 (C.A.), le demandeur, qui était débardeur, déchargeait des marchandises d'un navire sur les quais de Liverpool lorsque le e câble d'une grue qui déchargeait des marchandises d'une partie de la cale inférieure a heurté la poutre d'écouille. Le panneau d'écouille sur lequel se tenait le demandeur s'est détaché et celui-ci est f tombé d'une hauteur d'environ dix pieds dans la cale. Il ne s'est infligé aucune autre blessure que des ecchymoses, mais une névrose d'angoisse et une dépression consécutives au choc l'ont rendu incapable de travailler. Il n'y a pas eu de contesta- g tion de responsabilité de la part du demandeur; le litige portait uniquement sur les dommages-intérêts.

Le demandeur a consulté son médecin conventionné qui lui a dit de s'adresser à une psychologue. Celle-ci l'a rencontré à maintes reprises et a constaté des tremblements de la main, de la bouche, des paupières, des tremblements de tout le corps, une dépression grave et un manque de confiance en soi. Elle lui a recommandé de se rendre au Rainhill Mental Hospital pour y subir des électrochocs. Il a refusé d'y aller parce qu'il s'agissait d'un hôpital psychiatrique. Le juge de première instance a conclu que cela était déraisonnable. En appel, le lord juge Singleton a affirmé qu'il s'agissait d'un cas d'évaluation de dommages-inté-

doctors who gave evidence testified "that this man was of a type who might be more readily affected by an accident of this kind than other men would be". He also referred to the medical evidence that many people have a natural antipathy to entering mental hospitals. He had to deal with the contention made by counsel for the plaintiff that the plaintiff's condition really was such that he could not make up his mind. Dr. Evans, one of the defendant's witnesses, said, at p. 398:

I felt he was incapable of really coherent thought when I saw him. I did not think he was really capable of reasoning the thing out. I think it was just a matter of taking fright at the mere mention of mental hospital.

Lord Justice Singleton dealt with that in the following way, at p. 399:

A man who is in an anxiety state may have difficulty in making up his mind, but on a question as to the treatment which he should have his mind is, or ought to be, made up for him by his own medical advisers. That is one of the purposes of having medical advisers. The patient would not know what he ought to do; the patient takes medical advice, and the patient ought to be guided by his medical advisers.

His Lordship concluded at the same page and at p. 400:

I do not wish to say anything that would hurt the feelings of a plaintiff in a case of this kind, but I believe it to be the duty of this Court to say that if a man is recommended by his own medical advisers and by others to undergo a course of treatment, he ought to undergo it; if he is advised that it gives him a reasonable chance of recovery, and if the treatment is reasonable, he ought to undergo it; if he will not, and does not, he must see that it is a little hard upon the defendants if they are to be asked to pay damages in respect of a period extending afterwards. If the general opinion is that treatment would cure him, or, at least, render him in a much better state in every way, then he ought to undergo the treatment.

It is interesting to note that Lord Justice Denning in his concurring reasons indicates, at p. 401,

rêts parmi les plus difficiles qu'il lui ait été donné de rencontrer depuis longtemps. Il a parlé du fait que certains des médecins qui ont témoigné ont déclaré [TRADUCTION] «que cet homme était du genre de ceux qui pourraient être affectés plus facilement que d'autres par un accident de ce type». Il a aussi fait état des éléments de preuve médicale selon lesquels de nombreuses personnes répugnent naturellement à se faire traiter dans des hôpitaux psychiatriques. Il avait dû examiner la prétention de l'avocat du demandeur que l'état de ce dernier était tel qu'il n'était pas vraiment en mesure de prendre une décision. Le D^r Evans, qui a déposé pour la défenderesse, affirme, à la p. 398:

[TRADUCTION] J'ai senti qu'il était incapable de penser de façon vraiment cohérente lorsque je l'ai rencontré. Je ne crois pas qu'il était vraiment capable d'entendre raison. Je crois qu'il prenait tout bonnement peur à la seule mention de l'hôpital psychiatrique.

Le lord juge Singleton traite cette question de la façon suivante, à la p. 399:

[TRADUCTION] Une personne qui souffre d'angoisse peut avoir de la difficulté à prendre une décision, mais à propos du traitement à lui prodiguer, la décision est ou se doit d'être prise par son médecin. C'est là le rôle du médecin, le patient n'est pas censé savoir quoi faire; le patient consulte le médecin et doit être guidé par ce dernier.

Sa Seigneurie conclut, à la même page et à la p. 400:

[TRADUCTION] Je ne veux rien dire qui puisse froisser le demandeur dans une affaire de ce genre, mais je crois qu'il est du devoir de cette Cour d'affirmer que si une personne se voit recommander par ses propres médecins et d'autres médecins de subir un traitement, celle-ci se doit de le subir; si on lui dit qu'elle a des chances raisonnables de guérir et si le traitement est raisonnable, elle se doit de le subir; si elle ne veut pas le subir et ne le subit pas, elle doit se rendre compte que c'est un peu trop exiger des défendeurs que de leur demander de payer des dommages-intérêts pour la période de temps qui suit ce refus. Si on estime de manière générale que le traitement permettrait de la guérir ou, au moins, d'améliorer sensiblement son état à tous égards, alors elle se doit de subir le traitement.

Il est intéressant de noter que, dans ses motifs concordants, le lord juge Denning indique, à la

that the plaintiff had "unbeknown to him, a constitutional weakness which made it very serious for him, because the accident operating on that weakness produced in him a very severe nervous shock, trembling from head to foot". He nevertheless found that this factor had to be disregarded. He said at p. 401:

Viewing the matter objectively, he was quite unreasonable in refusing to follow their advice; but viewing the matter subjectively, the man's attitude was quite understandable. He was an uneducated, ignorant man who did not realize that a mental hospital nowadays is very different from what it was 30 or 40 years ago; and, moreover, owing to his anxiety neurosis, he was not in a fit state to make reasonable decisions. The difficult question in the case is whether we are to admit this subjective condition of his as a reason for refusing medical treatment. I think not. We should do great harm if we allowed him to go on receiving compensation for the rest of his life because of his refusal to accept medical treatment. Persons who suffer from an anxiety state have more chance of recovery if they are treated as responsible human beings and are expected to behave reasonably, rather than as weaklings who can give way to their weakness and expect to get paid for it. [Emphasis added.]

The Court in *Marcroft* clearly refused to permit subjective attributes to enter into the question of the reasonableness of the plaintiff's refusal of medical treatment. Their Lordships' conclusion that the plaintiff was more vulnerable than most prior to the accident to the effects of shock does not appear to have affected the outcome either in terms of the reasonableness of his refusal of medical treatment or in relation to aggravated damages.

By way of contrast, in *Elloyay v. Boomars* (1968), 69 D.L.R. (2d) 605 (B.C.S.C.), the plaintiff who suffered minor injuries in an automobile accident developed a psychosis of a schizophrenic nature which by the time of trial was largely disabling. McIntyre J. found on the medical evidence that the plaintiff suffered from a pre-existing condition which predisposed him to schizophrenic illness and that the accident, operating on that predisposition, brought about the full schi-

p. 401, que le demandeur avait [TRADUCTION] «sans le savoir, une faiblesse diathésique qui a aggravé les choses pour lui parce qu'en agissant sur cette faiblesse, l'accident lui a causé un choc nerveux très grave et des tremblements de la tête aux pieds». Il a néanmoins conclu qu'il ne fallait pas tenir compte de ce facteur. Il affirme, à la p. 401:

[TRADUCTION] Du point de vue objectif, il a été tout à fait déraisonnable de sa part de refuser de suivre leur avis; cependant, du point de vue subjectif, l'attitude de cet homme est très compréhensible. Il s'agit d'un homme sans instruction et mal informé qui ne s'est pas rendu compte qu'aujourd'hui l'hôpital psychiatrique est très différent de ce qu'il était il y a 30 ou 40 ans; de plus à cause de sa névrose d'angoisse, il n'était pas en état de prendre une décision raisonnable. Le problème qui se pose en l'espèce est de savoir si nous devons accepter son état subjectif comme une justification de son refus de subir le traitement médical. Je ne le crois pas. Nous agirions très mal en lui permettant de toucher une indemnité pour le reste de ses jours par suite de son refus de subir un traitement médical. Les personnes qui souffrent d'angoisse ont plus de chances de guérir si elles sont traitées comme des personnes responsables et si on s'attend à ce qu'elles se conduisent de façon raisonnable plutôt que comme des faibles qui peuvent donner libre cours à leur faiblesse et s'attendre à être payées en retour. [C'est moi qui souligne.]

Dans l'arrêt *Marcroft*, la cour a clairement refusé de permettre que les caractéristiques subjectives comptent dans la détermination du caractère raisonnable du refus par le demandeur de subir le traitement médical. La conclusion de leurs Seigneuries que le demandeur était, avant l'accident, plus vulnérable que la plupart des gens aux effets de choc ne semble pas avoir modifié l'issue ni en ce qui concerne le caractère raisonnable de son refus d'être traité ni en ce qui a trait à l'aggravation du préjudice.

Par contre, dans l'arrêt *Elloyay v. Boomars* (1968), 69 D.L.R. (2d) 605 (C.S.C.-B.), le demandeur qui avait subi des blessures mineures dans un accident d'automobile a commencé à souffrir d'une psychose de nature schizophrénique qui l'affectait énormément à l'époque du procès. Le juge McIntyre a conclu, en se fondant sur la preuve médicale, que le demandeur était, avant l'accident, dans un état qui le prédisposait à la schizophrénie et que l'accident, en agissant sur cette prédisposition,

zophrenic illness. The plaintiff had been advised to take treatment for his condition but he refused. McIntyre J. concluded, however, that his psychosis was itself a factor in his refusal and he could not therefore be held responsible for the worsening of his condition. Damages must be assessed on the basis that he had not wilfully failed in his duty to mitigate.

In *McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.* (1974), 6 Nfld. & P.E.I.R. 203 (Nfld. T.D.), the plaintiff, an unskilled labourer, injured his back while working as a painter's helper. He was in continuous pain. One specialist recommended a spinal fusion to alleviate the pain. Another said it wouldn't help. The plaintiff decided not to have it and the insurance company discontinued his disability benefits. Higgins J. said, at p. 208:

The position therefore is that Dr. Shapter and Dr. Russell, both specialists in their respective fields, are in complete disagreement as to the benefits which might result from surgery. Faced with this conflict of expert opinion, it is not to be wondered at that the patient, an unlettered man, would be reluctant to agree to an operation. I do not regard his refusal, in these circumstances, as unreasonable. [Emphasis added.]

In *Morgan v. T. Wallis Ltd.*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 165, the plaintiff, aged 33, was employed by the defendants as a lighterman on the River Thames. In January 1970, a stevedore employed by the defendants on the ship *Cymric* threw some wire rope on to an adjoining barge on which the plaintiff was working. While trying to avoid this the plaintiff fell into the hold and injured his back. There was no dispute as to liability. Special damages were agreed. General damages were disputed on the ground that the plaintiff unreasonably refused to undergo tests and an operation out of a genuine, though misplaced, fear. The evidence indicated that the fear was beyond his control. Mr. Justice Browne found that the plaintiff's refusal to undergo the tests and the operation was unreason-

avait provoqué une schizophrénie caractérisée. On avait conseillé au demandeur de se faire traiter pour sa maladie, mais il a refusé. Le juge McIntyre a toutefois conclu que sa psychose était elle-même un facteur de son refus et qu'on ne pouvait en conséquence le tenir responsable de l'aggravation de son état. Les dommages-intérêts doivent être évalués en considérant qu'il n'a pas délibérément manqué à son obligation de limiter le préjudice subi.

Dans la décision *McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.* (1974), 6 Nfld. & P.E.I.R. 203 (D.P.I. T.-N.), le demandeur, qui était manoeuvre, s'est blessé au dos en travaillant comme aide-peintre. Il éprouvait des douleurs persistantes. Un spécialiste a recommandé de pratiquer une fusion vertébrale pour calmer la douleur. Un autre a affirmé que ce serait inutile. Le demandeur a décidé de ne pas se faire opérer et la compagnie d'assurance a cessé de lui verser des prestations d'invalidité. Le juge Higgins affirme ceci, à la p. 208:

[TRADUCTION] La situation est donc la suivante: le D^r Shapter et le D^r Russell, des spécialistes dans leurs domaines respectifs, ne s'entendent absolument pas sur les avantages qui pourraient résulter d'une intervention chirurgicale. Face à cette divergence d'opinions des experts, il n'est pas étonnant que le patient, qui est illettré, se soit montré réticent à consentir à l'opération. Je ne considère pas son refus comme déraisonnable dans ces circonstances. [C'est moi qui souligne.]

Dans l'arrêt *Morgan v. T. Wallis Ltd.*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 165, le demandeur, âgé de 33 ans, était employé par la défenderesse comme batelier sur la Tamise. En janvier 1970, un arrimeur au service de la défenderesse sur le navire *Cymric* a lancé un câble sur une barge adjacente sur laquelle travaillait le demandeur. En essayant de l'éviter, le demandeur est tombé dans la cale et s'est blessé le dos. La responsabilité n'a pas été contestée. Le montant des dommages-intérêts spéciaux a fait l'objet d'un accord. Les dommages-intérêts généraux ont été contestés pour le motif que le demandeur avait refusé déraisonnablement de subir des examens et une opération à cause d'une crainte réelle mais déplacée. Il est ressorti de la preuve que cette crainte était incontrôlable chez lui. Le juge Browne a conclu que le refus du demandeur

able. Quoting from his reasons at p. 170:

Everybody agrees, and I emphasize strongly, that the plaintiff in the present case is not in the slightest degree a malingerer, and is a completely honest man who genuinely holds the beliefs and fears about which he has told us in evidence. But in deciding whether the defendants have proved that he has unreasonably refused to have the investigation and operation in question here, it seems to me clear from the authorities to which I have referred, that I must apply an objective test, in this sense, would a reasonable man in all the circumstances, receiving the advice which the plaintiff did receive, have refused the operation? I think this question must be considered as at the times when his decision was made and on the basis of the advice he then received. If the plaintiff preferred and prefers to go on as he is rather than to have the operation no-one can blame him. But the question I have to consider is not, "Is the plaintiff to blame for refusing the operation?" but, "Is it fair and reasonable to make the defendants pay for his refusal?" [Emphasis added.]

It is, however, of interest to note that at p. 173 Browne J. states:

As I have said several times, I entirely accept that the plaintiff's fear and his inability to bring himself to agree to the operation are absolutely genuine. But in my view there is no evidence that this is due to any physical or mental or psychological disability which existed before the accident and which would entitle the plaintiff to say that the defendants must take the plaintiff as they find him. [Emphasis added.]

He concluded at the same page:

As I have said, I think one must decide the question whether the plaintiff's refusal was unreasonable by the objective standard of the reasonable man, and the fact that this particular plaintiff has got himself into an emotional state where he finds it impossible to agree to the operation is, in my view, no ground for saying that his refusal was not unreasonable.

It would appear then on the English authorities that a psychological "thin skull" developed subsequent to the tortious act is not a factor that can be considered in relation to reasonableness: the objective test prevails in the absence of any pre-existing condition.

de subir les examens et l'opération était déraisonnable. Voici un extrait de ses motifs tiré de la p. 170:

[TRADUCTION] Tous reconnaissent, et je le souligne avec vigueur, que le demandeur en l'espèce ne simule absolument pas une maladie, qu'il est tout à fait honnête et qu'il croit et craint véritablement les choses qu'il nous a dites dans sa déposition. Mais pour ce qui est de décider si la défenderesse a prouvé qu'il a refusé déraisonnablement de subir les examens et l'opération en cause en l'espèce, il me semble clair, d'après la jurisprudence que j'ai consultée, que je me dois d'appliquer un critère objectif, c'est-à-dire une personne raisonnable dans les mêmes circonstances, ayant reçu les conseils que le demandeur a reçus, aurait-elle refusé l'opération? Je crois qu'il faut examiner cette question par rapport à l'époque où il a pris sa décision et en fonction des conseils qu'il a alors reçus. Si le demandeur a préféré et préfère toujours rester comme il est plutôt que de subir l'opération, personne ne peut le lui reprocher. Mais la question qu'il me faut examiner n'est pas «Le demandeur est-il à blâmer pour avoir refusé l'opération?» mais «Est-il juste et raisonnable d'obliger la défenderesse à payer pour son refus?» [C'est moi qui souligne.]

Il est cependant utile de souligner qu'à la p. 173, le juge Browne affirme:

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà dit à plusieurs reprises, je conviens entièrement que la crainte du demandeur et son incapacité de se décider à consentir à l'opération sont absolument réelles. Mais à mon avis, il n'y a aucune preuve que cela est dû à une incapacité physique, mentale ou psychologique qui existait avant l'accident et qui permettrait au demandeur d'affirmer que la défenderesse doit subir les conséquences de l'état antérieur du demandeur. [C'est moi qui souligne.]

Il conclut, à la même page:

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà dit, je crois qu'il faut décider si le refus du demandeur a été déraisonnable en fonction du critère objectif de la personne raisonnable et le fait que le demandeur aux présentes se soit trouvé dans un état émotif qui l'a empêché de consentir à l'opération ne permet pas, à mon avis, d'affirmer que son refus n'était pas déraisonnable.

Il semblerait donc, d'après la jurisprudence anglaise, que la vulnérabilité psychologique qui découle de l'acte fautif n'est pas un facteur que l'on peut prendre en considération pour déterminer le caractère raisonnable: le critère objectif s'applique en l'absence de toute condition préexistante.

(b) Nature

The other element that has to be considered in determining whether the objective test of reasonableness applies to the decision made by the alleged thin skulled plaintiff is the nature of the pre-existing psychological infirmity. It is evident that not every pre-existing state of mind can be said to amount to a psychological thin skull. It seems to me that the line must be drawn between those plaintiffs who are capable of making a rational decision regarding their own care and those who, due to some pre-existing psychological condition, are not capable of making such a decision. As pointed out by Professor Fleming, a plaintiff cannot by making an unreasonable decision in regard to his own medical treatment “unload upon the defendant the consequences of his own stupidity or irrational scruples”: Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), p. 226. Accordingly, non-pathological but distinctive subjective attributes of the plaintiff’s personality and mental composition are ignored in favour of an objective assessment of the reasonableness of his choice. So long as he is capable of choice the assumption of tort damages theory must be that he himself assumes the cost of any unreasonable decision. On the other hand, if due to some pre-existing psychological condition he is incapable of making a choice at all, then he should be treated as falling within the thin skull category and should not be made to bear the cost once it is established that he has been wrongfully injured.

I believe that Lord Justice Singleton’s concern in *Marcroft v. Scruttons*, *supra*, stemmed from his doubt as to whether the plaintiff in that case was capable of making a rational decision. Not only that, there was some indication in the medical evidence that his incapacity may have been itself a consequence of the trauma induced by the accident. If this is so, it would appear manifestly unjust to cut off his recovery for failure to mitigate his damages through a rational decision as to treatment. The reasons of Lord Justice Denning are even more baffling. He attributes the plain-

b) La nature

L’autre élément dont il faut tenir compte pour déterminer si le critère objectif du caractère raisonnable s’applique à la décision prise par le demandeur prétendument vulnérable est la nature de l’infirmité psychologique préexistante. Il est évident qu’on ne peut pas dire que tous les états d’esprit préexistants équivalent à une vulnérabilité psychologique. Il me semble qu’il faut faire la distinction entre les demandeurs capables de prendre une décision rationnelle à propos de leur propre santé et ceux qui, à cause d’un état psychologique préexistant, sont incapables de prendre une telle décision. Comme le souligne le professeur Fleming, le demandeur ne peut, en prenant une décision déraisonnable quant à ses propres soins médicaux [TRADUCTION] «faire assumer au défendeur les conséquences de sa propre bêtise ou de ses hésitations irrationnelles»: Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), à la p. 226. En conséquence, les caractéristiques subjectives, non pathologiques mais distinctives, de la personnalité du demandeur et de sa constitution psychologique sont écartées en faveur d’une évaluation objective du caractère raisonnable de son choix. Dans la mesure où il est capable de faire un choix, il faut présumer, selon la théorie des dommages-intérêts en matière délictuelle, qu’il assume lui-même le coût de toute décision déraisonnable. D’autre part, si en raison d’un état psychologique préexistant il est absolument incapable de faire un choix, alors il faut le considérer comme appartenant à la catégorie des victimes vulnérables et ne pas lui en faire supporter les conséquences dès qu’il est prouvé qu’il a été blessé par suite d’un acte fautif.

Je crois que ce qui préoccupait le lord juge Singleton dans l’arrêt *Marcroft v. Scruttons*, précité, tenait au doute qu’il avait quant à savoir si le demandeur, dans cette affaire, était capable de prendre une décision rationnelle. De plus, la preuve médicale portait à croire jusqu’à un certain point que son incapacité pouvait elle-même découler du traumatisme causé par l’accident. Si tel était le cas, il semblerait manifestement injuste de mettre fin au dédommagement à cause de son omission de limiter le préjudice qu’il a subi par une décision rationnelle quant au traitement. Les

tiff's traumatic state after the accident to a pre-existing constitutional weakness and says it rendered the plaintiff incapable of making reasonable decisions. Yet he concluded that this was a subjective factor that could not be considered. This would appear to be carrying the objective test too far in that it overrides the "thin skull" principle altogether.

The position in the United States would appear to be that a great number of personal attributes falling short of a constitutional incapacity to act reasonably can be taken into account in evaluating the plaintiff's post-injury behaviour. This position is best summed up in Dobbs, *Law of Remedies* (1973), p. 580 as follows:

In such cases the courts have spoken of "the reasonable and prudent man," or "reasonable care" by the plaintiff as a test, but this term is probably too narrow. Personal preferences of the plaintiff, personal finances of the plaintiff and even irrational fears of the plaintiff are given due weight in deciding what he is expected to do to minimize damages. The standard, then, is not so much the objective standard of the hypothetical reasonable man as it is the subjective standard based on what can be reasonably expected of the particular plaintiff.

In their text on *Personal Injury Damages in Canada* (1981) Professors Cooper-Stephenson and Saunders point out that no clear position has emerged from the Canadian jurisprudence in this area although cases such as *Elloyay, supra*, and *McGrath, supra*, suggest that a plaintiff in Canada may not be held to an objective standard of reasonableness which it is beyond his capacity to attain. This position would appear to most appropriately complement Fleming's assertion that where a plaintiff does not suffer from a constitutional incapacity to act reasonably he cannot make the defendant bear the burden of his unreasonable behaviour. Thus, the analytic focus in each case is on the capacity of the plaintiff to make a reasonable choice.

motifs du lord juge Denning sont encore plus déconcertants. Il attribue l'état traumatique dans lequel était le demandeur après l'accident à une faiblesse diathésique préexistante et affirme qu'il a rendu le demandeur incapable de prendre des décisions rationnelles. Il conclut néanmoins qu'il s'agit là d'un facteur subjectif dont on ne peut pas tenir compte. Cela semblerait pousser le critère objectif trop loin en ce que, tout compte fait, il l'emporte sur le principe de la «vulnérabilité de la victime».

La situation aux États-Unis semblerait être qu'un grand nombre de facteurs personnels, sauf l'incapacité diathésique d'agir raisonnablement, peuvent être pris en considération en évaluant la conduite adoptée par le demandeur après avoir subi le préjudice. On trouve le meilleur résumé de cette situation dans Dobbs, *Law of Remedies* (1973), à la p. 580:

[TRADUCTION] Dans ces cas, les tribunaux ont cité comme critère «l'homme raisonnable et prudent» ou la «prudence raisonnable» de la part du demandeur, mais cette expression est probablement trop restreinte. Les préférences personnelles du demandeur, ses finances personnelles et même ses craintes irrationnelles sont dûment considérées pour décider ce qu'il est censé faire pour minimiser le préjudice subi. Le critère est alors moins le critère objectif de l'homme raisonnable hypothétique que le critère subjectif fondé sur ce à quoi on peut raisonnablement s'attendre du demandeur en question.

Dans leur texte intitulé *Personal Injury Damages in Canada* (1981), les professeurs Cooper-Stephenson et Saunders soulignent qu'il ne se dégage de la jurisprudence canadienne aucune position claire dans ce domaine, bien que des décisions comme *Elloyay* et *McGrath*, précitées, laissent entendre qu'au Canada un demandeur ne peut pas être astreint à une norme objective de caractère raisonnable qu'il lui est impossible d'atteindre. Cette position semblerait être celle qui complète le mieux l'affirmation de Fleming selon laquelle, lorsqu'un demandeur ne souffre pas d'une incapacité diathésique d'agir raisonnablement, il ne peut faire supporter au défendeur le fardeau de sa conduite déraisonnable. Ainsi, l'examen porte dans chaque cas sur la capacité du demandeur de faire un choix raisonnable.