

Régie de l'énergie
DOSSIER: R-3809-2012
DÉPOSÉE EN AUDIENCE
Date: 5 NOVEMBRE 2012
Pièces n°: NON COTÉE

Régie de l'énergie
DOSSIER: R-3809-2012
PIÈCE NO: B-0103
Date: 5 NOVEMBRE 2012

Royal Victoria Hospital et al. (*Defendants*)
Appellants:

and

Mary Morrow (*Plaintiff*) *Respondent.*

1972: June 19; 1973: June 29.

Present: Fauteux C. J. and Abbott, Hall, Pigeon and Laskin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUEBEC

Evidence—Statements by deceased—Hearsay evidence inadmissible—Res gesta—Parol evidence of an extra-judicial admission—Civil Code Arts. 1204, 1205, 1206, 1244, 2613—Code of Civil Procedure, Arts. 287, 293, 294, 318, 320, 404-447.

Respondent brought an action for damages against the Royal Victoria Hospital, where she was hospitalized, and against the estate of the doctor who had treated her there and had died seven years later. The trial having had to be suspended before the close of the evidence, the Superior Court, at the request of the parties, ruled on an objection made by appellants' counsel during the examination out of court of respondent's mother. This objection, to parol evidence of statements made by the deceased to respondent's mother, was allowed by an interlocutory judgment of the Superior Court, which was reversed by the Court of Appeal. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be allowed in part.

The provisions to be considered are arts. 1204 and 1205 of the *Civil Code*. The rule excluding hearsay must be accepted in principle by deduction from the provisions of the *Code of Civil Procedure* referred to in art. 1205 of the *Civil Code*. The *Code of Civil Procedure* contains a number of provisions dealing with substantive law. That hearsay is generally inadmissible is implicit in arts. 287, 294, 320, 404 and 426-447. Otherwise the provisions requiring the examination of witnesses in open court under oath or solemn affirmation and the right of cross-examination could be evaded. How could any statement made out of Court be admitted when a deposition given in Court is inadmissible in another action if the necessary conditions are not fulfilled? Moreover, art. 318 was worded so that it would not be assumed that the discretion granted to the presiding judge for putting

Royal Victoria Hospital et al. (*Défendeurs*)
Appelants:

et

Mary Morrow (*Demanderesse*) *Intimée.*

1972: le 19 juin; 1973: le 29 juin.

Présents: Le Juge en Chef Fauteux et les Juges Abbott, Hall, Pigeon et Laskin.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE, PROVINCE DE QUÉBEC

Preuve—Déclarations par personne décédée depuis—Irrecevabilité de la preuve par ouï-dire—Res gesta—Preuve testimoniale d'un aveu extra-judiciaire—Code civil, art. 1204, 1205, 1206, 1244, 2613—Code de procédure civile, art. 287, 293, 294, 318, 320, 404 à 447.

L'intimée a intenté une action en dommages contre le Royal Victoria Hospital où elle a été hospitalisée et contre la succession du médecin qui l'y a traitée et est décédé sept ans plus tard. Le procès ayant dû être interrompu avant la fin des témoignages, la Cour supérieure a statué, à la demande des parties, sur une objection faite par l'avocat des appelants pendant l'interrogatoire hors de cour de la mère de l'intimée. Cette objection à la preuve testimoniale des déclarations faites par le médecin à la mère de l'intimée, a été accueillie par un jugement interlocutoire de la Cour supérieure infirmé par la Cour d'appel. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: L'appel doit être accueilli en partie.

Les textes à considérer sont les art. 1204 et 1205 du *Code civil*. Il faut en principe admettre la règle que la preuve par ouï-dire est interdite et cela par déduction des dispositions du *Code de procédure* auxquelles renvoie l'art. 1205 du *Code civil*. Le *Code de procédure* renferme de nombreux textes touchant la substance du droit. Les art. 287, 294, 320, 404 et 426 à 447 impliquent l'irrecevabilité du ouï-dire en règle générale. Autrement on permettrait d'éviter non seulement la disposition qui prescrit l'interrogatoire des témoins à l'audience, mais aussi celle qui exige le serment ou l'affirmation solennelle, sans parler du droit de la partie de contre-interroger. Comment une déclaration faite hors de cour pourrait-elle être reçue en preuve alors qu'une déposition donnée en Cour n'est pas recevable en preuve dans une autre instance si toutes les conditions requises n'ont pas été rem-

questions allows him to admit evidence which would otherwise be inadmissible.

As regards the exceptions to the rule against hearsay evidence, it would appear by virtue of arts. 2613 and 1206 of the *Civil Code* that in principle the exceptions allowed in English law must be recognized as applicable, in so far as there is no express provision in this regard or any incompatibility with an express rule.

The first exception is "*res gesta*", the very matter in dispute. In the present case the two conversations between respondent's mother and the doctor are not part of the facts giving rise to the right which respondent seeks to establish, those facts being the treatments which the doctor gave respondent with her own consent.

The other exception is for admissions of the party, which are mentioned in art. 1244 of the *Civil Code*. The first conversation was before the fact and so cannot constitute an admission.

With regard to the second conversation, the evidence should have been admitted under reserve of deciding, when rendering judgment on the merits, if it really constituted an admission. Article 1244 of the *Civil Code* permits parol evidence of extra-judicial admissions in cases where proof by testimony is admissible. The provision makes no exception for the case where the person who made the admission has since died. However, the question of admissibility must not be confused with that of probative value.

So far as admissibility of the evidence against the hospital is concerned, whether the doctor is to be considered a servant or agent will have to be decided by the Court only if liability is found to exist.

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec¹, reversing an interlocutory judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

A. Paterson, for the defendants, appellants.

Gerald E. Sullivan, Q.C., and Roger Lacoste, Q.C., for the plaintiff, respondent.

The judgment of the Court was rendered by

¹ [1971] Que. A.C. 475.

plies? De plus l'art. 318 du *Code de procédure* est rédigé de façon qu'on ne puisse pas penser que la faculté accordée au président du tribunal de poser des questions lui permet de rendre recevable une preuve qui ne le serait pas autrement.

Quant aux exceptions à la règle contre le oui-dire, il semble qu'en vertu des art. 2613 et 1206 du *Code civil* il faut en principe reconnaître l'application des exceptions en droit anglais dans la mesure où il n'y a pas de disposition expresse à cet égard ou incompatibilité avec une règle expresse.

La première exception est la «*res gesta*», le fait en litige lui-même. Dans le cas présent, les deux conversations entre la mère de l'intimée et le médecin ne font pas partie des faits générateurs du droit dont l'intimée veut prouver l'existence et qui sont les traitements que le médecin a donnés à l'intimée de son consentement.

L'autre exception est l'aveu dont il est fait mention à l'art. 1244 du *Code civil*. La première conversation est antérieure au fait et ne peut donc pas constituer un aveu.

Quant à la seconde conversation, la preuve aurait dû être accueillie sous réserve de décider en statuant sur le fond, s'il s'agit vraiment d'un aveu. L'art. 1244 du *Code civil* permet la preuve testimoniale d'un aveu extra-judiciaire dans les cas où la preuve par témoin est admissible. Le texte ne fait pas d'exception pour le cas où la personne qui a fait l'aveu est décédée. Il faut cependant se garder de confondre la question de l'admissibilité avec celle de la valeur probante.

Pour ce qui est de l'admissibilité de la preuve envers l'hôpital, la question de savoir si le médecin doit être considéré comme un préposé n'aura à être tranchée que si le tribunal conclut à la responsabilité.

APPEL d'un jugement de la Cour du banc de la Reine, province de Québec¹, infirmant un jugement interlocutoire de la Cour supérieure. Appel accueilli.

A. Paterson, pour les défendeurs, appelants.

Gérald E. Sullivan, c.r., et Roger Lacoste, c.r., pour la demanderesse, intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

¹ [1971] C.A. 475.

PIGEON J.—This appeal, brought by special leave of this Court, is against a majority decision of the Court of Appeal of Quebec which reversed an interlocutory judgment of Bourgeois J. in the Superior Court, allowing an objection to parol evidence of statements made by the deceased.

The plaintiff-respondent is a doctor. In early April 1960 she was hospitalized at the appellant institution suffering, it is said, from malnutrition. On May 6, she was transferred with her consent to an associated establishment known as the Allan Memorial Institute, under the care of Dr. Cameron, who treated her until June 2. She left the institution on June 17, 1960. No mention is made of subsequent treatment, or of any claim in subsequent years. Dr. Cameron died on September 8, 1967, and five days later, on September 13, 1967, plaintiff brought an action for damages amounting to \$1,500,000 against his heirs or his estate, and against the hospital.

The trial having had to be suspended before the close of the evidence, counsel for the parties asked the judge to rule on an objection made by defendants' counsel during the examination out of Court of plaintiff's mother, Mrs. Clare Morrow. This objection was to questions in respect of two conversations with Dr. Cameron, one before her daughter entered the hospital, the other by telephone early in June 1960. The objection was only to any question pertaining to statements which Dr. Cameron allegedly made to Mrs. Morrow, as counsel for the appellants had no objection to evidence of what the latter says she herself told Dr. Cameron.

It should be noted that the record indicates that a witness examined by plaintiff's counsel had introduced in evidence the notes made in the hospital records by Dr. Cameron. Both sides appear to have regarded these notes as admissible evidence, probably in view of the principles stated in the decision of this Court in *Ares*

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi formé avec l'autorisation spéciale de cette Cour est à l'encontre d'un arrêt majoritaire de la Cour d'appel du Québec qui a infirmé un jugement interlocutoire de M. le Juge Bourgeois de la Cour supérieure accueillant une objection à la preuve testimoniale de déclarations faites par le *de cujus*.

La demanderesse intimée est médecin. Au début d'avril 1960, elle a été hospitalisée à l'institution appelante souffrant, dit-on, de malnutrition. Le 6 mai, on l'a, de son consentement, transférée à un établissement annexe appelé Allan Memorial Institute sous les soins du docteur Cameron qui l'a traitée jusqu'au 2 juin. Elle est sortie de l'institution le 17 juin 1960. Il n'est fait aucune mention de traitements subséquents ni d'aucune réclamation au cours des années qui ont suivi. Le docteur Cameron est décédé le 8 septembre 1967 et cinq jours plus tard, le 13 septembre 1967, la demanderesse a intenté contre ses héritiers ou sa succession et contre l'hôpital une action en dommages au montant de \$1,500,000.

Le procès ayant dû être interrompu avant la fin des témoignages, les avocats des parties ont demandé au juge de statuer sur une objection faite par l'avocat des défendeurs pendant l'interrogatoire hors de Cour de la mère de la demanderesse, Madame Clare Morrow. Cette objection est à l'encontre de questions ayant trait à deux conversations avec le docteur Cameron, l'une avant que sa fille entre à l'hôpital, l'autre par téléphone au début de juin 1960. L'objection est uniquement à toute question relative à des déclarations que le docteur Cameron aurait faites à Madame Morrow, l'avocat des appelants ne s'opposant pas à la preuve de ce que celle-ci affirme avoir elle-même dit au docteur Cameron.

Il convient de signaler que le dossier fait voir qu'un témoin interrogé par l'avocat de la demanderesse a fait la preuve des notes mises dans le dossier de l'hôpital par le docteur Cameron. On semble de part et d'autre avoir tenu ces notes pour une preuve admissible, sans doute selon les principes de l'arrêt de notre Cour dans *Ares*

v. *Venner*², an Alberta case, and in the decision of the Court of Appeal of Ontario in *Palter Cap v. Great-West Life*³, contrary to what appears to have been decided earlier in *The Canadian Pacific Railway Company v. Quinn*⁴. In Dr. Cameron's notes mention is made, under date June 2, 1960, of the objection by plaintiff's family to further treatment, and of what he then said. The text reads as follows:

The family is unwilling for us to proceed further with treatment, feeling that she is so confused and disorganized that they are apparently unconvinced that she will get better. They have been warned that if she is not adequately treated, schizophrenia will almost certainly progress, and that she may have to be placed in long term hospitalization at a later date. They have also been informed that with this line of therapy she has got some chances of recovery, possibly as high as sixty per cent, this being what we ordinarily see with our cases. However, they have said emphatically that they do not wish us to carry on, and want us to keep her until such time as her confusion subsides and she can return home, and this will be done.

The trial judge allowed the objection, citing the opinions expressed by this Court in *Price v. Dominion of Canada General Insurance Co.*⁵, the judgment of Brossard J. in *Marchand v. Héritiers Begnoche*⁶, and the majority decision of the Court of Appeal of Quebec in *Southern Canada Power Co. Ltd. v. Conserverie de Napierville*⁷.

The majority in the Court of Appeal was made up of Owen and Montgomery J.J.A., the same judges who in the *Southern Canada Power* case would have admitted in evidence the valuation report of an adjuster who had died before the hearing. They observed that, in dismissing the appeal in that case, this Court had refrained from ruling on the question of admissibility of evidence, and they held that the objection to parol evidence in the case at bar should be

c. *Venner*², une affaire d'Alberta, et celui de la Cour d'appel d'Ontario dans *Palter Cap v. Great-West Life*³, contrairement à ce qui semble avoir été décidé autrefois dans *The Canadian Pacific Railway Company c. Quinn*⁴. Dans les notes du docteur Cameron, il est fait mention, en date du 2 juin 1960, de l'opposition de la famille de la demanderesse à la poursuite du traitement et de ce qu'il a alors déclaré. Le texte se lit comme suit:

[TRADUCTION] Sa famille ne veut pas que l'on continue le traitement. Ils la trouvent si troublée et confuse qu'ils ne semblent pas croire qu'elle guérira. Ils ont été avertis que faute de traitement adéquat, il est presque certain que la schizophrénie deviendra plus prononcée, et il se peut qu'elle doive plus tard être hospitalisée pour longtemps. Ils ont aussi été informés que ce genre de thérapie lui donnait des chances de guérison, peut-être même jusqu'à soixante pourcent, ce qui est le taux ordinaire de guérison chez nos patients. Cependant, ils ont dit catégoriquement qu'ils ne veulent pas que nous continuions, et qu'ils veulent que nous la gardions jusqu'à ce qu'elle recouvre sa lucidité et soit en mesure de retourner chez elle, ce qui sera fait.

Le juge de première instance accueillit l'objection citant les opinions exprimées en cette Cour dans *Price c. Dominion of Canada General Insurance Co.*⁵, le jugement de M. le Juge Brossard dans *Marchand c. Héritiers Begnoche*⁶ et l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel du Québec dans *Southern Canada Power Co. Ltd. c. Conserverie de Napierville*⁷.

En Cour d'appel, la majorité s'est trouvée formée de MM. les Juges Owen et Montgomery, précisément ceux qui, dans l'affaire *Southern Canada Power*, auraient été disposés à admettre en preuve le rapport d'évaluation fait par un agent décédé avant le procès. Ils ont fait observer que notre Cour, en rejetant le pourvoi formé en cette affaire-là, s'était abstenue de se prononcer sur cette question d'admissibilité de preuve et ils ont conclu que dans le cas présent

² [1970] S.C.R. 608.

³ [1936] O.R. 341, 3 I.L.R. 285.

⁴ (1913), 22 Que. Q.B. 428.

⁵ [1938] S.C.R. 235.

⁶ [1964] S.C. 369.

⁷ [1967] Que. Q.B. 907.

² [1970] R.C.S. 608.

³ [1936] O.R. 341, 3 I.L.R. 285.

⁴ (1913) 22 B.R. 428.

⁵ [1938] R.C.S. 235.

⁶ [1964] C.S. 369.

⁷ [1967] B.R. 907.

dismissed. However, Brossard J.A., dissenting, felt he should adhere to the opinion which he had expressed in the *Begnoche* case.

The provisions to be considered are, in the first place, arts. 1204 and 1205 of the *Civil Code*, which read as follows:

1204. The proof produced must be the best of which the case in its nature is susceptible.

Secondary or inferior proof cannot be received unless it is first shown that the best or primary proof cannot be produced.

1205. Proof may be made by writings, by testimony, by presumptions, by the confession of the party or by his oath, according to the rules declared in this chapter and in the manner provided in the Code of Civil Procedure.

It may be noted that art. 1204 has no equivalent in the *Code Napoléon*. It is clearly of English origin. The second article is very different from the corresponding article of the *Code Napoléon* (art. 1316), which refers only to the subsequent sections of that *Code*, whereas our article refers to the *Code of Civil Procedure*. Now, the latter contains many important provisions, and it is necessary to consider first the effect of this reference. As to this Owen J.A. states:

This article indicates that the substantive rules regarding admissible evidence are declared in Chapter IX "OF PROOF" Title III "OF OBLIGATIONS" of the Civil Code and that such proof is produced in the manner provided in the Code of Procedure. It refers us to the Code of Procedure only with respect to the manner in which proof is to be made. It refers us to the Civil Code and not the Code of Procedure so far as substantive rules of evidence are concerned.

Procedural rules in the Code of Procedure such as those providing that a witness be sworn before testifying and that he be subject to cross-examination do not, in my opinion, constitute a basis from which we should infer a substantive rule of evidence providing that hearsay (written or oral) is as a general rule inadmissible in civil cases in the Province of Quebec.

With respect, I cannot agree with this reasoning, which implies an *a priori* decision that the

l'objection à la preuve testimoniale aurait dû être rejetée. Au contraire, M. le Juge Brossard, dissident, était d'avis de s'en tenir à l'opinion qu'il avait exprimée dans l'affaire *Begnoche*.

Les textes à considérer sont en premier lieu les art. 1204 et 1205 du *Code civil* qui se lisent comme suit:

1204. La preuve offerte doit être la meilleure dont le cas, par sa nature, soit susceptible.

Une preuve secondaire ou inférieure ne peut être reçue, à moins qu'au préalable il n'apparaisse que la preuve originaire ou la meilleure ne peut être fournie.

1205. La preuve peut être faite par écrit, par témoins, par présomptions, par l'aveu de la partie ou par son serment, suivant les règles énoncées dans ce chapitre et en la manière indiquée dans le Code de procédure civile.

Notons que l'art. 1204 n'a pas d'équivalent dans le *Code Napoléon*. Il est évidemment d'inspiration anglaise. Quand au second, il est bien différent de l'article correspondant du *Code Napoléon* (art. 1316) qui renvoie seulement aux sections suivantes du même code tandis que le nôtre renvoie au *Code de procédure civile*. Or, celui-ci renferme de nombreuses et importantes dispositions et il importe de s'interroger en premier lieu sur l'effet de ce renvoi. A ce sujet, M. le Juge Owen dit:

[TRADUCTION] Cet article indique que les règles de fond concernant la preuve recevable sont énoncées au chapitre IX, «DE LA PREUVE», Titre III, «DES OBLIGATIONS», du Code civil et que cette preuve est produite en la manière indiquée dans le Code de procédure civile. Il nous renvoie au Code de procédure civile seulement pour ce qui concerne la manière selon laquelle la preuve doit être faite. Il nous renvoie au Code civil et non au Code de procédure en ce qui regarde les règles de fond de la preuve.

Les règles de procédure du Code de procédure, telles que les règles prévoyant qu'un témoin doit être assermenté avant de témoigner, et qu'il doit se soumettre à un contre-interrogatoire, ne constituent pas, à mon avis, une raison de conclure à l'existence d'une règle de fond établissant qu'en règle générale le ouïr (écrit ou oral) est irrecevable dans les affaires civiles dans la province de Québec.

Avec respect, je ne puis accepter ce raisonnement qui implique une décision *a priori* que le

content of the *Code of Civil Procedure* nowhere touches on substantive law, while it is well known that the *Code*, despite its title, contains a number of provisions dealing with substantive law. Such is the case, for instance, of injunctions, prerogative writs, and so on. In my view, in order to ascertain the effect of this reference one must examine the provisions referred to and see what may be deduced therefrom.

Under the heading "Examination of witnesses", one finds, after art. 293, reproducing in substance what was before 1897 art. 1230 C.C., the following provision:

294. Except where otherwise provided, in any contested case the witnesses are examined in open court, the opposite party being present or duly notified.

This provision reproduces the text of the first paragraph of art. 344 of the 1897 *Code of Procedure*, which was essentially the same as art. 263 of the 1867 *Code*.

I feel it is impossible not to find in this article an implicit exclusion of hearsay evidence. If a person testifying before a judge may speak of what was said to him by the witness of the fact to be proved, then the latter will in effect have been examined in the absence of the judge and of the opposite party. This is well illustrated in *Napper v. City of Sherbrooke*⁸. A bicycle racer alleged he had been injured through the negligence of a municipal policeman, who had failed to stop traffic in time. The trial judge allowed the policeman to relate in his defence what a motorist involved in the accident had said to him. Citing Justice Brossard's decision in *Marchand v. Héritiers Begnoche*, we held unanimously that this evidence was inadmissible. By admitting hearsay evidence not only is the provision requiring examination of witnesses in open court evaded, but that requiring an oath or solemn affirmation as well, to say nothing of the right to cross-examine.

⁸ [1968] S.C.R. 716.

contenu du *Code de procédure* ne touche nulle part le fond du droit alors que l'on sait pertinemment que; malgré son titre, ce code renferme de nombreux textes touchant la substance du droit. Il en est ainsi, par exemple, de l'injonction, des brefs de prérogative, etc. Pour juger de l'effet du renvoi il faut, à mon avis, examiner les dispositions pertinentes et voir ce qu'il y a lieu d'en déduire.

Sous le titre de «L'audition des témoins» on trouve en premier lieu après l'art. 293 qui reproduit en substance ce qui était avant 1897 l'art. 1230 C.C., le texte suivant:

294. Sauf lorsqu'il est autrement prescrit, dans toute cause contestée, les témoins sont interrogés à l'audience, la partie adverse présente ou dûment appelée. . . .

Cette disposition reproduit textuellement le premier alinéa de l'art. 344 du *Code de procédure* de 1897 qui se trouvait en substance à l'art. 263 du *Code* de 1867.

Il me paraît impossible de ne pas y voir implicitement l'interdiction de la preuve par ouï-dire. En effet, si celui qui dépose devant le juge peut témoigner de ce que lui a dit le témoin du fait, celui-ci se trouve à avoir été interrogé hors la présence du juge et de la partie adverse. C'est ce qu'illustre bien l'affaire *Napper c. Cité de Sherbrooke*⁸. Un coureur cycliste soutenait avoir été blessé par la faute d'un constable municipal qui avait négligé d'arrêter à temps la circulation. Le juge du procès a permis à ce constable d'invoquer pour se disculper, ce qu'un automobiliste impliqué dans l'accident lui avait déclaré. Citant la décision de M. le Juge Brossard dans *Marchand c. Héritiers Begnoche*, nous avons été unanimes à juger cette preuve irrecevable. En admettant le ouï-dire on permet d'éluider non seulement la disposition qui prescrit l'interrogatoire des témoins à l'audience, mais aussi celle qui exige le serment ou l'affirmation solennelle, sans parler du droit de la partie de contre-interroger.

⁸ [1968] R.C.S. 716.

This conclusion is strengthened by the wording of the exceptions which article 294 is subject to. Such is the case for art. 287, 404 and 426 to 437 which provide for the examination out of court of some witnesses before the prothonotary, a person authorized to administer the oath or a commissioner, always in the presence of the parties. Such is also the case for art. 320 (formerly art. 343), which reads as follows:

320. A deposition given at a former trial of the same action, or of another action founded in whole or in part upon the same cause of action, may be given in evidence if it is established that the witness who made it is dead, or is so ill as to be unable to be present, or is absent from the province, provided in all cases that the adverse party had a full opportunity to cross-examine.

On this question Owen J.A. states:

Because Art. 343 C.P. provided that evidence given at a former trial under oath and subject to cross-examination by the opposite party may be given in evidence at a subsequent trial it does not follow that the reverse is true, namely that any statement which is not given under oath and is not subject to cross-examination by the opposite party is not admissible as evidence.

With respect, I must point out that this reasoning ignores the rule that the legislature is presumed not to have spoken in vain. If the article does not mean that when the opposing party has not had a full opportunity to cross-examine, the deposition may not be admitted, the proviso is deprived of any meaning. Further, if, as I think, this enactment means that even a deposition given in Court is inadmissible in another action when the necessary conditions are not fulfilled, how are we to conclude that any statement made out of Court may be admitted? In my opinion Brossard J.A. correctly held that this provision of the *Code of Civil Procedure* implies the inadmissibility of hearsay as a general rule.

Moreover, this is how it has been generally understood since 1967, and the wording of the new 1965 *Code*, far from tending to invalidate

Les exceptions dont l'art. 294 fait réserve renforcent cette conclusion. Tel est le cas des art. 287, 404 et 426 à 437 qui prévoient l'interrogatoire hors de cour de certains témoins devant le protonotaire, une personne autorisée à recevoir le serment ou un commissaire, toujours en présence des parties. Tel est aussi le cas de l'art. 320 (autrefois art. 343) qui se lit comme suit:

320. La déposition donnée lors d'une première instruction de la demande ou d'une autre demande basée en partie ou pour le tout sur la même cause d'action, est reçue en preuve, s'il est établi que le témoin qui l'a donnée est décédé, ou est malade au point de ne pouvoir être présent, ou encore qu'il est absent de la province, pourvu dans tous les cas, que la partie adverse ait eu pleine liberté de le contre-interroger.

A ce sujet, M. le Juge Owen dit:

[TRADUCTION] Parce que l'art. 343 prévoit que la déposition qui a été donnée sous serment lors d'une première instruction et a été sujette au contre-interrogatoire par la partie adverse peut être reçue en preuve lors d'une instruction subséquente, cela ne veut pas dire que l'inverse est également vrai, savoir, que toute déclaration qui n'a pas été faite sous serment et n'a pas été sujette au contre-interrogatoire par la partie adverse ne peut être reçue en preuve.

Avec respect, je dois faire observer que ce raisonnement méconnaît la règle que le législateur n'est pas censé parler pour ne rien dire. Si l'article ne signifie pas que lorsque la partie adverse n'a pas eu pleine liberté de contre-interroger, la déposition ne peut pas être reçue, le «pourvu que» est dépourvu de toute signification. D'un autre côté, si comme je le crois, ce texte signifie que même une déposition donnée en Cour n'est pas recevable en preuve dans une autre instance lorsque toutes les conditions requises n'ont pas été remplies, comment peut-on penser que n'importe quelle déclaration faite hors de Cour peut être reçue en preuve? A mon avis, c'est à bon droit que M. le Juge Brossard a conclu que cette disposition du *Code de procédure* implique l'irrecevabilité du oui-dire en règle générale.

C'est ainsi, d'ailleurs, qu'on l'a généralement compris depuis 1867 et le texte du nouveau *Code* de 1965, loin de tendre à infirmer cette

this conclusion, supports it in two ways: first, by reproducing without significant alteration the provisions so interpreted; second, by introducing modifications implying that the exclusion of hearsay is maintained. For instance, a whole new chapter has been added, entitled "Perpetuation of Evidence", which includes in arts. 438 to 447 provisions designed to enable depositions *ad futuram memoriam* to be taken from witnesses who it is feared will be absent or incapacitated when a legal proceeding which is not yet introduced is instituted. One may also note that in art. 318 (formerly art. 344), care was taken to add to the wording "the judge may ask the witness any question he deems useful" the words "according to the rules of evidence". This was obviously done so that it would not be assumed that this discretion granted to the presiding judge allows him to admit evidence which would otherwise be inadmissible.

For these reasons, I feel that the rule excluding hearsay must be accepted in principle, and I arrive at this conclusion essentially by deduction from the provisions of the *Code of Civil Procedure* referred to in art. 1205 C.C., rather than by interpretation of the rule in art. 1204. It may be noted that Mignault states with regard to the latter article (Vol. 6, pp. 7-8):

[TRANSLATION] . . . it is clear that this rule should not be taken literally, as otherwise it would sanction hearsay evidence, since such evidence is often the best evidence available to the litigant.

One must now examine, therefore, what exceptions may exist to the rule against hearsay evidence. Because it was derived from English law, does this mean that it was adopted in all its aspects? The law to be interpreted is contained in a code; on the other hand, the codification process has left untouched a great deal of earlier law. Here, in addition to the general principle of art. 2613, there is a special provision in the second paragraph of art. 1206 which reads as follows:

1206. The rules declared in this chapter, unless expressly or by their nature limited, apply in commercial as well as in other matters.

conclusion, la confirme de deux façons. Premièrement, en reproduisant sans modification notable les textes interprétés en ce sens. Deuxièmement, en apportant des modifications qui impliquent que l'interdiction du ouï-dire est maintenue. Ainsi, on a ajouté tout un nouveau chapitre intitulé «De la conservation de la preuve» dans lequel on trouve aux art. 438 à 447 des dispositions destinées à permettre de recueillir *ad futuram memoriam* les dépositions de témoins dont on craint l'absence ou la défaillance lors de l'instruction d'un litige qui n'est pas encore en instance. On peut également noter qu'à l'art. 318 (autrefois art. 344), on a pris la peine d'ajouter au texte «le juge peut poser au témoin les questions qu'il croit utiles» les mots «selon les règles de la preuve». Cela a évidemment été fait pour qu'on ne puisse pas penser que cette faculté accordée au président du tribunal lui permet de rendre recevable une preuve qui ne le serait pas autrement.

Pour ces raisons, il me paraît qu'il faut admettre en principe la règle que la preuve par ouï-dire est interdite et cela essentiellement par déduction des dispositions du *Code de procédure* auxquelles renvoie l'art. 1205 C.C. plutôt que par interprétation de la règle de l'art. 1204. Notons qu'au sujet de ce dernier article Mignault a écrit (Vol. 6, pp. 7-8):

. . . il est clair que cette règle ne doit pas être prise à la lettre, car autrement elle autoriserait la preuve par ouï-dire, cette preuve étant quelquefois la meilleure qui soit à la disposition de la partie.

Il faut donc maintenant rechercher quelles peuvent être les exceptions à la règle contre le ouï-dire. Parce qu'on l'a empruntée au droit anglais, cela veut-il dire qu'on l'a prise avec toutes ses modalités? C'est un droit codifié qu'il s'agit d'interpréter. D'un autre côté la codification a laissé subsister beaucoup de droit antérieur. Ici, en outre du principe général de l'art. 2613, on trouve au deuxième alinéa de l'art. 1206 un texte spécial qui se lit comme suit:

1206. Les règles contenues dans ce chapitre s'appliquent aux matières commerciales comme aux autres, à moins qu'elles ne soient restreintes expressément ou par leur nature.

When no provision is found in this code for the proof of facts concerning commercial matters, recourse must be had to the rules of evidence laid down by the laws of England.

The wording of the second paragraph seems to imply that recourse may not be had to English law in civil matters in the absence of express provisions on a matter of evidence, but to read it in this manner would be to run counter to general principles. As Rinfret C.J. noted in *Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal*⁹, the maxim *Expressio unius est exclusio alterius* becomes inapplicable in such a case. Further, the drafters of the Code inserted among the provisions applicable in all cases certain rules taken from English law, such as art. 1204. It would be strange if these provisions had a different effect in civil and in commercial matters, when the first paragraph of art. 1206 states that they are equally applicable to both. It would appear, then, that in principle the exceptions allowed in English law must be recognized as applicable, in so far as there is no express provision in this regard or any incompatibility with an express rule.

The first exception to be considered is usually called *res gestae*, although Phipson, correctly in my view, designates it as *res gesta*, namely the matter in dispute. If one regards the exclusion of hearsay as the result of the rule that witnesses should be heard in open court, this exception ceases really to be an exception. When the words spoken are a part of the matter in dispute, as in the case of verbal defamation, one is not dealing with a deposition given otherwise than in open court but with the facts to be proven.

In the present case it is unnecessary to consider how far this may be taken. The two conversations between Mrs. Morrow and Dr. Cameron are not part of the facts giving rise to the right which respondent seeks to establish. The facts giving rise to the right claimed are the treatments which Dr. Cameron gave respondent

En l'absence de dispositions dans ce Code quant à la preuve de matières commerciales, on doit avoir recours aux règles sur la preuve prescrite par les lois d'Angleterre.

Textuellement, le second alinéa impliquerait qu'en matière civile, il n'y a pas lieu de recourir au droit anglais pour suppléer à l'absence de disposition expresse quant à la preuve, mais en le lisant ainsi, on irait à l'encontre du principe général. Comme M. le Juge en chef Rinfret l'a fait observer dans l'affaire de l'*Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal*⁹ la maxime «*Expressio unius est exclusio alterius*» devient alors inapplicable. De plus, les rédacteurs du Code y ont mis parmi les dispositions applicables en toute matière certaines règles empruntées au droit anglais, tel l'art. 1204. Il serait bien singulier que ces dispositions n'aient pas le même effet en matières civiles qu'en matières commerciales alors que le premier alinéa de l'art. 1206 les déclare également applicables aux unes et aux autres. Il semble donc qu'il faut en principe reconnaître l'application des exceptions admises en droit anglais dans la mesure où il n'y a pas de disposition expresse à cet égard ou incompatibilité avec une règle expresse.

La première exception à considérer est ce qu'on appelle ordinairement «*res gestae*» mais que Phipson, justement à mon avis, dénomme «*res gesta*», c'est-à-dire le fait en litige. Dès que l'on considère l'interdiction du oui-dire comme la conséquence de la règle que les témoins doivent être entendus à l'audience, cette exception n'en est vraiment pas une. Lorsque des paroles prononcées sont une partie du fait en litige comme, par exemple, dans le cas de diffamation verbale, il ne s'agit pas d'une déposition donnée autrement qu'à l'audience mais bien du fait qu'il s'agit de prouver.

Dans le cas présent, il n'est pas nécessaire de rechercher jusqu'où cela peut aller. Les deux conversations entre Madame Morrow et le docteur Cameron ne font pas partie des faits générateurs du droit dont l'intimée veut prouver l'existence. Ces faits générateurs sont les traitements que le docteur Cameron a donnés à l'inti-

⁹ [1953] 2 S.C.R. 140, at p. 153.

⁹ [1953] 2 R.C.S. 140, à p. 153.

with her own consent, not the consent of her mother, who stated she had not been consulted on the matter.

The three decisions cited by Owen J.A. on this point are by no means conclusive in my view. For reasons previously stated, *C.P.R. v. Quinn*¹⁰ is of doubtful value. In any event, it concerns the admissibility not of statements regarded as part of the facts to be proven, but of notes in hospital records, which in my view is quite another matter. With regard to *Bean v. Asbestos*¹¹, this was a trial decision which adds nothing to the opinions of the English commentators on which it was based. Finally, as regards *Little v. London & Lancashire Guarantee & Acc.*¹², this too was a trial decision in which the judge, after admitting under reserve evidence of statements of the deceased person, held that the question was not of great significance in the circumstances, as he said there was sufficient evidence without them.

The other exception to be considered is for admissions of the party. Here there is an explicit provision in the *Civil Code*, namely art. 1244:

1244. An extra-judicial admission must be proved by writing or the oath of the party against whom it is set up, except in the cases in which, according to the rules declared in this chapter, proof by testimony is admissible.

Could the statements in question be regarded as admissions within the meaning of the provision above cited?

As far as the first conversation is concerned, the answer is not doubtful. This was before the fact, and so cannot constitute an admission.

The question is obviously more difficult with regard to the second conversation. When she was interrupted by the objection, Mrs. Morrow was saying:

Q. Just tell us what you told him?

¹⁰ (1913), 22 Que. Q.B. 428.

¹¹ (1915), 21 R.L.N.S. 378.

¹² (1940), 7 I.L.R. 281.

mée de son consentement à elle et non pas de sa mère et celle-ci a déclaré qu'elle n'avait pas été consultée à ce sujet.

Les trois décisions citées par M. le Juge Owen sur ce point ne me paraissent aucunement démonstratives. L'arrêt *C.P.R. c. Quinn*¹⁰ est de valeur douteuse pour les raisons déjà indiquées. De toute façon, il ne porte pas sur l'admissibilité de déclarations considérées comme partie du fait à prouver mais sur celle de notes consignées dans un dossier, ce qui est, à mon avis, une toute autre question. Quant à *Bean c. Asbestos*¹¹, il s'agit d'une décision de première instance qui n'ajoute rien aux opinions d'auteurs anglais sur lesquelles elle est fondée. Enfin, quant à *Little c. London & Lancashire Guarantee & Acc.*¹², il s'agit également d'un jugement de première instance où le juge, après avoir admis sous réserve la preuve de déclarations de la personne décédée, a déclaré la question sans grande importance en l'occurrence, disant qu'il trouvait la preuve suffisante sans cela.

L'autre exception à examiner c'est l'aveu. Ici, l'on est en présence d'une disposition explicite dans le *Code civil*, c'est l'art. 1244:

1244. L'aveu extrajudiciaire doit être prouvé par écrit ou par le serment de la partie contre laquelle il est invoqué, excepté dans les cas où, suivant les règles contenues dans ce chapitre, la preuve par témoins est admissible:

Peut-on considérer que les paroles dont on veut faire la preuve pourraient être des aveux au sens de la disposition précitée?

Pour ce qui est de la première conversation, aucun doute ne paraît possible. Elle est antérieure au fait, elle ne peut donc pas en constituer un aveu.

Le point est évidemment plus délicat en ce qui concerne la seconde conversation. Voici ce que disait Madame Morrow lorsqu'elle a été interrompue par l'objection:

[TRADUCTION] Q. Dites-nous seulement ce que vous lui avez dit?

¹⁰ (1913), 22 B.R. 428.

¹¹ (1915), 21 R.L.N.S. 378.

¹² (1940), 7 I.L.R. 281.

A. What was the object of destroying my daughter's brilliant brain. And he said . . .

Here, the objection raises the following question. Can the Court refuse *a priori* to consider as possibly constituting an admission a statement relating to the matter in dispute and allegedly made to a third party by the party himself? I fail to see how the Court could so decide, and I do not see how in such circumstances the Court could, without allowing the witness to repeat the statement which is sought to be proved, decide that such statement is not susceptible of being considered an admission. In a footnote to an article published in the *Revue du Barreau* entitled "The Extra-Judicial Admission"¹³ Me Alastair M. Watt said:

In these situations it would seem preferable to take the evidence under reserve or to let the witness answer with the jury excluded as otherwise there will always be some doubt as what the witness was going to say, and judgment must therefore be based largely on conjecture.

With respect for the trial judge, I see nothing against this practical suggestion in the decision rendered by this Court in *Price v. Dominion of Canada General Insurance*¹⁴. The extreme caution which must be exercised before admitting evidence of a statement made by a deceased person does not prevent taking the deposition under reserve, when the case is heard by a judge alone and there is a possibility that such a statement, the contents of which are not known, constitutes an extra-judicial admission.

Of course, if the deposition is admissible it presents an extremely delicate problem when it relates to a conversation held without witnesses with a deceased person. Here the difficulty is compounded by the fact that the witness is the plaintiff's mother, and also by what she said herself concerning her state of mind at that time: ". . . my reaction was terrible, if you want to know, it was terrible. I wanted to go up there and kill them". The fact remains that, as Owen

R. Pourquoi détruit-on le brillant cerveau de ma fille. Et il a dit . . .

L'objection soulève ici la question suivante. Peut-on *a priori* refuser de considérer comme susceptible de constituer un aveu, une déclaration qui se rapporte au fait en litige et qui aurait été faite à un tiers par la partie elle-même? Je vois difficilement comment on pourrait décider ainsi et je ne vois pas non plus comment, dans une pareille situation, l'on pourrait sans permettre au témoin de répéter la déclaration qu'il entend prouver, décider qu'elle n'est pas susceptible d'être considérée comme un aveu. Dans une note au bas d'un article publié dans la *Revue du Barreau* sous le titre «The Extra-Judicial Admission»¹³, Me Alastair M. Watt dit:

[TRADUCTION] Dans de tels cas, il paraîtrait préférable de prendre la preuve sous réserve ou de permettre au témoin de répondre après exclusion du jury; car autrement il y aura toujours un doute quant à ce que le témoin était sur le point de dire, et le jugement se trouvera forcément fondé dans une large mesure sur des suppositions.

Avec respect pour le juge de première instance, je ne vois rien à l'encontre de cette suggestion pratique dans l'arrêt que cette Cour a rendu dans *Price c. Dominion of Canada General Insurance*¹⁴. L'extrême prudence qu'il faut exercer avant d'admettre en preuve le récit d'une déclaration d'une personne décédée ne fait pas obstacle à ce que la déposition soit prise sous réserve, lorsque la cause est entendue par un juge seul et qu'il est possible que cette déclaration, dont on ne connaît pas la teneur, constitue un aveu extra-judiciaire.

Il est bien sûr que si la déposition est recevable, elle pose un problème extrêmement délicat quand il s'agit d'une conversation sans témoin avec une personne décédée. Ici, la difficulté est aggravée du fait que le témoin est la mère de la demanderesse et aussi par ce qu'elle a dit elle-même de son état d'esprit à l'époque: [TRADUCTION] ". . . ma réaction a été terrible, si vous voulez le savoir, elle a été terrible. Je voulais aller les tuer." Il n'en reste pas moins, comme le

¹³ [1943] R. du B. 288, at p. 291.

¹⁴ [1938] S.C.R. 234.

¹³ [1943] R. du B. 288, à p. 291.

¹⁴ [1938] R.C.S. 234.

J.A. points out, the question of admissibility must not be confused with that of probative value. An express provision, that of art. 1244 of the Quebec *Civil Code*, permits parol evidence of extra-judicial admissions in cases where, as in the present case, proof by testimony is admissible. There is a decision of this Court which is clear on that point: *Grimaldi v. Restaldi*¹⁵. The provision makes no exception for the case where the person who made the admission has since died.

I therefore conclude that with regard to the second conversation, the evidence should have been admitted under reserve of deciding, when rendering judgment on the merits, if it really constituted an admission.

One final question remains to be considered. Was this evidence also admissible in the same manner against the other defendant, the hospital? This raises the controversial question of admissions by a servant or agent (*General Exchange Insurance Co. v. Simard Frère & Cie*¹⁶; *Bourgoin v. Sullivan*¹⁷; *Major v. Rodrigue*¹⁸; *Maillet v. Perras*¹⁹). In the case at bar, we do not yet know if Dr. Cameron is to be considered a servant or agent. Plaintiff so contends in her pleadings, but it is a question which the Court will decide on the merits only if liability is found to exist. It does not seem appropriate to pursue this matter further at the moment.

On the whole, I would allow the appeal and vary the judgment of the Court of Appeal to restore the judgment of the Superior Court allowing the objections to evidence of statements allegedly made by Dr. Cameron to Mrs. Clare Morrow, save as to the statements allegedly made in June 1960 in respect of which the objection must be reserved for decision on the merits. Appellants shall be entitled to costs in this Court but with only one counsel fee.

¹⁵ [1933] S.C.R. 489.

¹⁶ [1945] Que. Q.B. 726.

¹⁷ [1942] Que. Q.B. 593.

¹⁸ [1942] Que. Q.B. 700.

¹⁹ (1940), 69 Que. Q.B. 183.

fait observer M. le Juge Owen, qu'il faut se garder de confondre la question de l'admissibilité avec celle de la valeur probante. Une disposition expresse, l'art. 1244 du *Code civil* du Québec, permet la preuve testimoniale d'un aveu extra-judiciaire dans les cas où, comme dans la présente affaire, la preuve par témoin est admissible. Un arrêt de cette Cour a statué formellement en ce sens: *Grimaldi c. Restaldi*¹⁵. Le texte ne fait pas d'exception pour le cas où la personne qui a fait l'aveu est décédée.

Je conclus donc que pour ce qui est de la seconde conversation, la preuve aurait dû être accueillie sous réserve de décider en statuant sur le fond, s'il s'agit vraiment d'un aveu.

Il reste une dernière question à examiner. Cette preuve était-elle également admissible de la même manière envers l'autre défendeur, l'hôpital? Cela pose la question controversée de l'aveu par un préposé (*General Exchange Insurance Co. c. Simard Frère & Cie*¹⁶; *Bourgoin c. Sullivan*¹⁷; *Major c. Rodrigue*¹⁸; *Maillet c. Perras*¹⁹). Dans le cas présent, on ne sait pas encore si le docteur Cameron doit être considéré comme un préposé. La demanderesse le prétend dans ses procédures, mais c'est une question que le tribunal n'aura à trancher au fond que s'il conclut qu'il y a responsabilité. Il ne semble pas à propos d'en dire davantage pour le moment.

Sur le tout, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de modifier l'arrêt de la Cour d'appel en statuant qu'il y a lieu de rétablir le jugement de la Cour supérieure accueillant les objections à la preuve de déclarations que le docteur Cameron aurait faites à Madame Clare Morrow, sauf quant aux déclarations faites en juin 1960 au sujet desquelles l'objection doit être réservée pour adjudication au fond. Les appelants ont droit aux dépens en cette Cour mais en n'y faisant entrer qu'un seul honoraire d'avocat.

¹⁵ [1933] R.C.S. 489.

¹⁶ [1945] B.R. 726.

¹⁷ [1942] B.R. 593.

¹⁸ [1942] B.R. 700.

¹⁹ (1940), 69 B.R. 183.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the defendants, appellants: McMaster, Meighen, Minnion, Patch & Cordeau, Montreal.

Solicitor for the plaintiff, respondent: Gerald E. Sullivan, Montreal.

Appel accueilli avec dépens.

Procureurs des défendeurs, appelants: McMaster, Meighen, Minnion, Patch & Cordeau, Montréal.

Procureur de la demanderesse, intimée: Gerald E. Sullivan, Montréal.

