

T-1940-89

T-1940-89

Philius Guimond, William Bransfield, Alcime Durelle, Ernest Durelle, Corine Cormier, in her own right and on behalf of the Estate of the Deceased, Alyre Durelle, Gerald Dutcher, in his own right and as Litigation Administrator for Arnold Dutcher, William Gulliver, Alda Jenkins, in her own right and on behalf of the Estate of the Deceased, Bernard Jenkins, Thomas P. Lewis, Edward A. MacDonald, Adrian McIntyre, Anathas McIntyre, Charles McKay, David A. McKay, Hazel MacTavish, in her own right and on behalf of the Deceased, Norman MacTavish, Benoit Martin, Alfred Mercure, Matilda Murdoch, in her own right and on behalf of the Deceased, Francis J. Murdoch, Fernand Nowlan, Lloyd Richardson, Robert Robichaud, in his own right and as Litigation Administrator for Arthur Robichaud, Ernest Robichaud, Aime Savoie, Joseph Scott, Hubert Swezey, in his own right and on behalf of the Estate of Benson Swezey, Frances Ireen Williston Reid, in her own right and on behalf of the Deceased, Perley A. Williston, Herbert Williston, in his own right and on behalf of the Deceased, John Williston, Roland Williston and Wendell Williston (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada (*Defendant*)

INDEXED AS: GUIMOND v. CANADA (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Halifax, April 9; Ottawa, April 19, 1991.

*Practice — Parties — Appointment of litigation administrator — Whether plaintiff is person under disability — Test whether party capable of instructing counsel and exercising judgment as to settlement as reasonable person would — Application to act as litigation administrator for plaintiff normally granted absent reason to question bona fides of application or characterization of incapacity.*

This was an application for orders appointing representatives of deceased plaintiffs, appointing litigation administrators for plaintiffs said to be incapable, and amending the statement of claim. The defendant contests only the application for an order appointing Gerald Dutcher as litigation administrator for his father, the plaintiff Arnold Dutcher.

Philius Guimond, William Bransfield, Alcime Durelle, Ernest Durelle, Corine Cormier en son nom propre et pour le compte de la succession Alyre Durelle, Gerald Dutcher en son nom propre et en qualité d'administrateur d'instance pour Arnold Dutcher, William Gulliver, Alda Jenkins en son nom propre et pour le compte de la succession Bernard Jenkins, Thomas P. Lewis, Edward A. MacDonald, Adrian McIntyre, Anathas McIntyre, Charles McKay, David A. McKay, Hazel MacTavish en son nom propre et au nom de feu Norman MacTavish, Benoit Martin, Alfred Mercure, Matilda Murdoch en son nom propre et au nom de feu Francis J. Murdoch, Fernand Nowlan, Lloyd Richardson, Robert Robichaud en son nom propre et en qualité d'administrateur d'instance pour Arthur Robichaud, Ernest Robichaud, Aime Savoie, Joseph Scott, Hubert Swezey en son nom propre et pour le compte de la succession Benson Swezey, Frances Ireen Williston Reid en son nom propre et au nom de feu Perley A. Williston, Herbert Williston en son nom propre et au nom de feu John Williston, Roland Williston et Wendell Williston (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*défenderesse*)

RÉPERTORIÉ: GUIMOND c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge MacKay—Halifax, 9 avril; Ottawa, 19 avril 1991.

*Pratique — Parties — Constitution d'administrateur d'instance — Il échet d'examiner si un demandeur est incapable — Le critère consiste en la question de savoir si l'intéressé est capable de donner des instructions à son procureur et d'exercer son jugement au sujet d'un règlement au même titre qu'une personne saine d'esprit — Une requête en constitution d'administrateur d'instance pour une partie demanderesse doit normalement être accueillie à moins qu'il n'y ait des raisons pour mettre en doute la bonne foi de la requête ou la qualification de cette partie demanderesse comme personne frappée d'incapacité.*

Requête en ordonnance portant constitution de représentants de demandeurs décédés, ordonnance portant constitution d'administrateurs d'instance pour des demandeurs supposés incapables, et en ordonnance portant modification de la demande. La défenderesse ne conteste que la requête en ordonnance constituant Gerald Dutcher administrateur d'instance pour son père, le demandeur Arnold Dutcher.

According to correspondence from his doctor, Arnold Dutcher is a chronic paranoid schizophrenic. He sometimes imagines that individuals or, indeed, the whole town, are against him. The doctor considers him not capable of representing himself. In examination for discovery, Gerald Dutcher said his father is lucid only at intervals, and gave as his opinion that the older man would not be able to testify at trial.

*Held*, the application should be allowed.

The requirements of Rule 1700 itself must be satisfied before looking to the provincial procedures which it incorporates by reference. It is sufficient, for this purpose, that there be some evidence that the person is incapable. That evidence need not speak to the time at which the action was brought; rather, the relevant time for determining incapacity is the time at which the application is brought. In *Lingley v. Hickman* the significant date was when the action was brought because that was a motion to strike the action on the grounds that the plaintiff was a person under disability. Here there is no challenge to the right to suit by the named plaintiff. Rule 1700(2) provides for continuing an action brought by a party who may since have become incapable.

The test for determining whether a person is under disability as "of unsound mind" was set out by Lord Denning in *Kirby v. Leather*. Rule 1700 is not, however, restricted in its application to persons of unsound mind. The key factors in an application for the appointment of an administrator are whether the person is capable to instruct counsel and to exercise judgment in relation to the claims in issue and their possible settlement, as a reasonable person would be expected to do.

Under the New Brunswick Rules, the requirements for appointing an administrator to represent an incapable plaintiff are lower than those for appointing a person to represent a defendant. In the latter case, a court order is required while a qualified person may act, without Court appointment, as litigation guardian for a plaintiff under a disability. An application for appointment of a litigation administrator on behalf of a plaintiff should ordinarily be accepted, unless there is some reason to question the *bona fides* of the application or the characterization of the plaintiff as a person under disability.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 420, 1700, 1710.

*Rules of Court of New Brunswick*, [N.B. Reg. 81-174], RR. 7.01, 7.02, 7.03.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Kirby v. Leather*, [1965] 2 All E.R. 441 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Lingley v. Hickman*, [1972] F.C. 171; (1972), 33 D.L.R. (3d) 593; 10 C.C.C. (2d) 362 (T.D.); *Bugden v. Bugden*

Selon les attestations de son médecin, Arnold Dutcher souffre de schizophrénie paranoïaque chronique et imagine parfois que des gens, voire la ville entière, sont contre lui. Le médecin estime qu'il n'est pas en mesure de se représenter lui-même. Au cours de l'interrogatoire préalable, Gerald Dutcher fait savoir que son père est lucide par moments; à son avis, son père ne serait pas en état de témoigner au procès.

*Jugement*: la demande devrait être accueillie.

Il faut se conformer aux prescriptions de la Règle 1700 des *Règles de la Cour fédérale* avant que ne s'appliquent les règles provinciales incorporées aux premières par référence. Il suffit à cet effet de prouver que l'intéressé est incapable. Il n'est pas nécessaire que la preuve établisse les faits au moment où l'action principale fut intentée; au contraire, la date à laquelle doit se rapporter cette preuve est celle où la requête a été introduite. Dans *Lingley c. Hickman*, la date de l'engagement de la procédure revêtait une importance particulière parce qu'il y avait fin de non-recevoir fondée sur l'incapacité. En l'espèce, il n'y a pas contestation du droit du demandeur nommé de participer au procès. La Règle 1700(2) prévoit la poursuite de l'action dans le cas du demandeur qui devient incapable par la suite.

Le critère applicable pour conclure si une personne est «incapable» a été défini par Lord Denning dans *Kirby v. Leather*. La Règle 1700 s'étend encore à d'autres cas que celui des faibles d'esprit. La principale question à poser en cas de demande de constitution d'administrateur d'instance est de savoir si l'intéressé est capable de donner des instructions à son procureur et d'exercer son jugement au sujet des points litigieux et d'un règlement possible en la matière, comme une personne saine d'esprit devrait être en mesure de le faire.

Selon les Règles de procédure du Nouveau-Brunswick, les conditions de constitution du tuteur d'instance du demandeur incapable sont moins rigoureuses que celles qui s'appliquent à la constitution du tuteur d'instance du défendeur incapable. Dans ce dernier cas, une ordonnance judiciaire est nécessaire alors que toute personne non frappée d'incapacité peut, sans être nommée par la Cour, agir en qualité de tuteur d'instance pour un demandeur frappé d'incapacité. Une requête en constitution d'administrateur d'instance pour un demandeur doit normalement être accueillie, à moins qu'il n'y ait des raisons de mettre en doute la bonne foi de la requête ou de la qualification du demandeur comme personne frappée d'incapacité.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 420, 1700, 1710.

*Règles de procédure du Nouveau-Brunswick*, [Règl. N.-B. 81-174]; Règles 7.01, 7.02, 7.03.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Kirby v. Leather*, [1965] 2 All E.R. 441 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Lingley c. Hickman*, [1972] C.F. 171; (1972), 33 D.L.R. (3d) 593; 10 C.C.C. (2d) 362 (1<sup>re</sup> inst.); *Bugden v. Bugden*

(1974), 15 N.S.R. (2d) 535; 52 D.L.R. (3d) 241; 23 R.F.L. 253 (S.C.); *Kennedy v. Sask. Cancer Foundation*, [1990] 2 W.W.R. 533; (1990), 81 Sask. R. 237 (Q.B.).

*Bugden* (1974), 15 N.S.R. (2d) 535; 52 D.L.R. (3d) 241; 23 R.F.L. 253 (C.S.); *Kennedy v. Sask. Cancer Foundation*, [1990] 2 W.W.R. 533; (1990), 81 Sask. R. 237 (Q.B.).

COUNSEL:

*David N. Rogers* for plaintiffs.  
*Michael F. Donovan* for defendant.

*a* AVOCATS:

*David N. Rogers* pour les demandeurs.  
*Michael F. Donovan* pour la défenderesse.

SOLICITORS:

*Gilbert, McGloan, Gillis*, Saint John, for plaintiffs.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

*b* PROCUREURS:

*Gilbert, McGloan, Gillis*, Saint-Jean, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

MACKAY J.: This application for orders, made on behalf of the plaintiffs, to amend pleadings was heard in Halifax on April 9, 1991. The orders sought include:

*d* LE JUGE MACKAY: Par cette demande en modification des plaidoiries, introduite en leur nom et entendue à Halifax le 9 avril 1991, les parties demanderesses concluent aux ordonnances suivantes:

1) An order that certain named persons be appointed representatives of the estates of other persons now deceased, for purposes of this action, and the pleadings be amended to reflect this, pursuant to Rules 1710 and 420 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] an order to which the defendant/respondent consents;

*e* 1) Ordonnance portant que certaines personnes nommément désignées sont constituées, aux fins de cette action, représentants de la succession d'autres personnes défuntées et que les plaidoiries sont modifiées en conséquence, conformément aux Règles 1710 et 420 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663], ordonnance à laquelle la partie demanderesse/intimée consent;

2) An order that certain other named persons be appointed litigation administrators for two other persons named as plaintiffs in the action as originally framed, for purposes of this action and that the pleadings be amended to reflect this pursuant to Rules 1700 and 420 of the *Federal Court Rules*, an order to which the defendant consents in part only and to which in part objection is taken; and

*g* 2) Ordonnance portant que certaines autres personnes nommément désignées sont constituées, aux fins de cette action, administrateurs d'instance pour deux personnes figurant comme parties demanderesses dans la déclaration initiale et que les plaidoiries sont modifiées en conséquence, conformément aux Règles 1700 et 420 des *Règles de la Cour fédérale*, ordonnance à laquelle la partie défenderesse consent en partie et s'oppose en partie;

3) An order that the plaintiffs be entitled to amend the pleadings by a substantive amendment to the statement of claim, pursuant to Rule 420, an order to which the defendant consents subject to its right to file an amended defence.

*i* 3) Ordonnance autorisant les parties demanderesses à apporter une modification de fond à la déclaration conformément à la Règle 420, ordonnance à laquelle la partie défenderesse consent sous réserve de son droit de déposer une défense modifiée.

The orders to which the defendant consents are granted. To the extent these and the disputed order sought, now resolved by these reasons, affect the designation of parties named as plaintiffs in the style of cause, this Court of its own motion directs that the style of cause be changed to reflect the terms of the orders granted.

The requested order which the defendant objects to is in the following terms:

... that Gerald Dutcher and Robert Robichaud, be appointed Litigation Administrators for Arnold Dutcher and Arthur Robichaud, respectively, for the purposes of this action, and that the pleadings be amended to reflect the same, pursuant to Rules 1700 and 420 of the Rules of Court.

The defendant does not object to the appointment of Robert Robichaud as Litigation Administrator for Arthur Robichaud, for the purpose of this action, in accord with Rule 1700, in recognition that Arthur Robichaud is a "person under a disability" as provided for in that Rule, and provided that the requirements of the *Rules of Court of New Brunswick* [N.B. Reg. 81-174], incorporated by reference in Rule 1700(1)(a) are met.

The defendant does object to the proposed appointment of Gerald Dutcher as Litigation Administrator for Arnold Dutcher for the purposes of this action. That objection is based on the submission that there is a lack of evidence before the Court, that at the time this action commenced, September 11, 1989, Arnold Dutcher, originally named as a plaintiff, was a person under a disability as a person of unsound mind.

Federal Court Rule 1700, so far as it relates to this matter, provides as follows:

*Rule 1700.* (1) A proceeding by or against an infant, lunatic, person of unsound mind or other person under disability or not having free exercise of his rights (hereinafter referred to as a "person under disability") may be brought or defended and conducted in the Court,

(a) if the person under disability is resident in a province of Canada, in the manner in which such a proceeding would be brought or defended and conducted in a superior court of the province where the person under disability is resident (as though any reference to that superior court in the laws or rules of court of that province regulating such proceeding in that superior court or regulating any special step to be taken

La Cour fait droit à la requête relative aux ordonnances auxquelles consent la défenderesse. Dans la mesure où ces ordonnances et celle à laquelle s'oppose cette dernière, et dont l'issue est décidée par les présents motifs, affectent la qualité des parties figurant à titre de demandeurs dans l'intitulé de la cause, la Cour ordonne de son propre chef que cet intitulé de cause soit modifié conformément aux dispositions des ordonnances rendues.

L'ordonnance à laquelle s'oppose la défenderesse devait prévoir ce qui suit:

[TRADUCTION] ... que Gerald Dutcher et Robert Robichaud soient, aux fins de cette action, constitués administrateurs d'instance pour Arnold Dutcher et pour Arthur Robichaud respectivement, et que les plaidoiries soient modifiées en conséquence, conformément aux Règles 1700 et 420 des Règles de la Cour.

La défenderesse ne s'oppose pas à ce que Robert Robichaud soit, aux fins de cette action, constitué administrateur d'instance pour Arthur Robichaud conformément à la Règle 1700, par ce motif que ce dernier est «incapable» au sens de cette Règle et à la condition que soient observées les prescriptions des *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick* [Règl. N.-B. 81-174], incorporées par référence dans la Règle 1700(1)a).

La défenderesse s'oppose cependant à ce que Gerald Dutcher soit, aux fins de cette action, constitué administrateur d'instance pour Arnold Dutcher, par ce motif qu'au moment où l'action fut intentée, savoir le 11 septembre 1989, la Cour n'a été saisie d'aucune preuve établissant que ce dernier était incapable parce que faible d'esprit.

Voici les dispositions applicables de la Règle 1700 des *Règles de la Cour fédérale*:

*Règle 1700.* (1) Une procédure engagée par ou contre un mineur, un aliéné, un faible d'esprit ou une autre personne n'ayant pas pleine capacité ou n'ayant pas le libre exercice de ses droits (ci-après désignés sous le nom de «incapable») peut être engagée et conduite devant la Cour et la défense peut y être assumée,

a) si l'incapable réside dans une province du Canada, de la façon dont une telle procédure serait engagée et conduite et dont la défense serait assumée devant une cour supérieure de la province où l'incapable réside (comme si une mention de cette cour supérieure dans les dispositions du droit ou les règles de pratique judiciaire de cette province réglementant la procédure devant cette cour supérieure ou réglementant

concerning a person under disability in relation to such a proceeding were a reference, with necessary modifications to the Federal Court of Canada).

(2) Any failure to comply with the requirements imposed by paragraph (1) may be remedied with effect retroactive to the commencement of the proceeding at any stage of the proceeding or of any appeal.

Counsel for the defendant relies upon the opinion of Mr. Justice Heald, then of the Trial Division, in *Lingley v. Hickman*, [1972] F.C. 171 (T.D.), at pages 182-183, for two propositions. The first, with which I agree, is that the party raising the issue of disability must satisfy Federal Court Rule 1700 before the provincial rules, in this case the *Rules of Court of New Brunswick*, incorporated by reference in the Federal Court Rule, apply to the appointment of a litigation administrator. In this case the applicable New Brunswick Rules provide for a litigation guardian to act on behalf of a plaintiff or applicant who is under a disability. Secondly, it is urged that evidence supporting the conclusion that a party is a "lunatic, person of unsound mind, or other person under a disability or not having free exercise of his rights" as set out in Rule 1700, must be provided and that the significant date of that evidence is the date on which the party commenced this action.

While I agree that there must be evidence upon which a Court could conclude that a person is under a disability, I do not agree that the significant time for such evidence is limited to the date of the initiation of the action. For example, an action may be initiated by a plaintiff who only subsequently is considered to be a person under a disability, a circumstance which would seem to be provided for under Rule 1700(2). The date of the initiation of the action was significant in *Lingley* because the issue was there raised by the defendant's motion that an action be struck, among other reasons because it was alleged that the plaintiff was a person under disability. In this application by the plaintiffs to appoint a litigation administrator for Arnold Dutcher, in an action commenced September 1989 and for which trial is anticipated some months hence, the time to which evidence of disability is most clearly relevant is at the time of this application.

toute mesure spéciale à prendre au sujet d'un incapable relativement à une telle procédure s'entendait, avec les modifications qui s'imposent, d'une mention à la Cour fédérale du Canada); . . .

a

(2) Il peut être remédié, à tout stade de la procédure ou d'un appel, avec effet rétroactif à compter du moment où la procédure a été engagée, à toute omission de se conformer aux prescriptions de l'alinéa (1).

b

L'avocat de la défenderesse se fonde sur la conclusion tirée par le juge Heald, qui siégeait à l'époque à la Section de première instance, dans sa décision *Lingley c. Hickman*, [1972] C.F. 171 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 182 et 183, pour faire valoir deux arguments. Le premier, auquel je souscris, veut que la partie invoquant l'incapacité se conforme aux prescriptions de la Règle 1700 des *Règles de la Cour fédérale* avant que les règles provinciales, en l'espèce les *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick* incorporées par référence aux premières, ne s'appliquent à la constitution de l'administrateur d'instance. Le second veut que soit administrée la preuve à l'appui de la conclusion qu'une partie est «un aliéné, un faible d'esprit ou une autre personne n'ayant pas pleine capacité ou n'ayant pas le libre exercice de ses droits» au sens de la Règle 1700, et que la date importante relativement à cette preuve soit celle de l'introduction de la présente action.

Tout en convenant que la Cour ne peut conclure à l'incapacité d'une personne qu'à la lumière des preuves produites à cet effet, je ne saurais accepter que la date importante en la matière ne puisse être que celle de l'introduction de l'action. Par exemple, il se peut qu'une action ait été intentée par un demandeur qui n'est frappé d'incapacité que par la suite, et c'est ce cas que semble prévoir la Règle 1700(2). La date de l'engagement de la procédure revêtait une importance particulière dans *Lingley* parce que la partie défenderesse faisait valoir entre autres, à titre de fin de non-recevoir, que la partie demanderesse était incapable. En l'espèce, les demandeurs cherchent à constituer un administrateur d'instance pour Arnold Dutcher dans une action intentée en septembre 1989 et dont l'audition doit avoir lieu dans quelques mois, et c'est certainement à l'introduction de la requête qu'il faut produire les preuves en la matière.

Counsel for the parties essentially agreed that the test to be applied in determining whether a person be considered a "person under disability" within Rule 1700 is that set out by Lord Denning, M.R. in *Kirby v. Leather*, [1965] 2 All E.R. 441 (C.A.), at page 444, there stated in relation to a statutory requirement concerning a person "of unsound mind", that is, whether the person by reason of mental illness is incapable of managing his affairs in relation to the action as a reasonable person would do, including the capacity of instructing a solicitor properly and of exercising any reasonable judgment on a possible settlement. I point out that Rule 1700 does provide for circumstances broader than those of persons of unsound mind. In my view, the key factors in an application for the appointment of a litigation administrator on behalf of a person named as plaintiff are whether the person in question is capable, aside from any disability established by law, such as infancy, to instruct counsel and to exercise judgment in relation to the claims in issue and their possible settlement, as a reasonable person would be expected to do.

Counsel for the defendant refers to two cases which, it is submitted, support the conclusion that the evidence here before the Court does not meet the necessary test. In *Bugden v. Bugden* (1974), 15 N.S.R. (2d) 535 (S.C.), a divorce case in which the Court itself raised questions of the capacity of the respondent who had been diagnosed as a "schizophrenic paranoid type". On the basis of testimony from a medical doctor, the Court concluded that it was satisfied that the respondent in that case was "mentally competent to appreciate the legal aspects of the divorce process, to weigh its probable consequences upon her and to make a reasoned judgment on what action she should take with respect thereto". Counsel also referred to *Kennedy v. Sask. Cancer Foundation*, [1990] 2 W.W.R. 533 (Sask. Q.B.), at pages 535-536, a case involving the application of the *Limitation of Actions Act* of Saskatchewan to a delayed claim for damages alleged as a result of medical treatment more than thirty years before. There the Court heard evidence that the plaintiff was abnormally preoccupied with the state of her arm and that it affected her social behaviour adversely and "[h]er psychiatrist expressed the view that she

Les avocats des parties conviennent essentiellement que le critère à appliquer pour conclure si une personne doit être considérée comme «incapable» au sens de la Règle 1700 est celui qu'a défini lord Denning, M.R., dans *Kirby v. Leather*, [1965] 2 All E.R. 441 (C.A.), à la page 444, à propos de la qualification juridique du «faible d'esprit», savoir si par suite de maladie mentale, une personne est incapable de gérer ses propres affaires dans le cadre de l'action comme le ferait une personne saine d'esprit, ce qui s'entend également de l'aptitude à donner des instructions convenables à son procureur et à exercer un jugement raisonnable au sujet d'un règlement possible. Il y a lieu de noter que la Règle 1700 s'étend à d'autres cas encore que celui des faibles d'esprit. À mon avis, la principale question à poser en cas de demande de constitution d'un administrateur d'instance pour représenter une partie demanderesse est de savoir si, sauf les incapacités légales comme la minorité, cette personne est capable de donner des instructions à son procureur et d'exercer son jugement au sujet des points litigieux et d'un règlement possible en la matière, comme une personne saine d'esprit devrait être en mesure de le faire.

L'avocat de la défenderesse cite deux précédents à l'appui de sa conclusion que les preuves produites devant la Cour ne satisfont pas au critère établi. Le premier est *Bugden v. Bugden* (1974), 15 N.S.R. (2d) 535 (C.S.), affaire de divorce dans laquelle la Cour a soulevé elle-même la question de la capacité de l'intimée chez qui un état de «schizophrénie paranoïaque» avait été diagnostiqué. Sur la foi du témoignage d'un médecin, la Cour a conclu dans cette affaire que l'intimée était [TRA-DUCTION] «mentalement capable de juger des questions juridiques ainsi que des conséquences possibles de la procédure de divorce, et de former un jugement raisonné sur la ligne de conduite qu'elle devrait suivre à ce sujet». Le second précédent cité est *Kennedy v. Sask. Cancer Foundation*, [1990] 2 W.W.R. 533 (Sask. Q.B.), aux pages 535 et 536, affaire portant sur l'application de la *Limitation of Actions Act* (loi sur la prescription) de la Saskatchewan à une action tardive en dommages-intérêts pour traitement médical administré plus de trente ans auparavant. Malgré les témoignages selon lesquels la demanderesse était anormalement préoccupée de l'état de son bras au point que son comportement en souffrait et «son psychiatre pen-

would have had difficulty discussing the matter with a lawyer". Nevertheless, the Court concluded that despite her distress there was not evidence of unsoundness of mind following the plaintiff's attainment of her majority which would be required to suspend the application of the regular limitation of actions provisions. In my view, neither of these cases is directly referable to the situation before the Court. At this stage this is not a trial with oral testimony but rather is an interlocutory application on behalf of plaintiffs for the Court to name a litigation administrator to represent a party originally named as one plaintiff, where there is no challenge to the right to suit by that party and no question of that party's capacity in terms of being bound by any decision of the Court.

In this application the following evidence about the disability of Arnold Dutcher is presented with an affidavit in support of the motion by counsel for the plaintiffs. First, there is a note dated May 25, 1990 from his doctor, Paul E. L. Christensen, M.D., as follows:

To Whom It May concern:

This is to verify that Mr. Arnold Dutcher is unable to testify because of his physical & mental health. I hope you can assist my patient in this matter.

Second, there is a further letter from Dr. Paul E. L. Christensen, M.D. dated July 16, 1990, addressed to the law firm of counsel for the plaintiffs, which includes the following:

Re: Mr. Arnold Dutcher

To Whom It May Concern:

This 60-year-old gentleman has a long history of chronic paranoid schizophrenia with multiple episodes of acute psychosis requiring hospitalization. His treatment initially goes back to Dr. Duffy in 1971, . . . He received multiple hospital admissions, which you can tell from the Discharge Summaries and see that the patient was on multiple medications . . . At that time his firm diagnosis wasn't clear but in recent years he's been assessed by Psychiatrist, Dr. Ali on several occasions and felt to be a long-term chronic paranoid schizophrenic, and in retrospect this is clear this has been going on a long, long time. Over the last 5 to 10 years he's had multiple delusions and psychosis, such as neighbors in Loggieville were harassing him on the phone. He actually had police action against [sic] him for harassing a fellow neighbor and we felt justified in doing so, as he felt that she was harassing him. He has come in multiple times complaining about the whole town against [sic] him and hundreds of people out against [sic] him. The gentleman is a very nervous individual, as mentioned earlier had previous episodes of psychosis.

sait qu'elle aurait eu du mal à en discuter avec un avocat», la Cour a conclu que malgré son affliction, il n'y avait aucune preuve de faiblesse d'esprit après que la demanderesse eut atteint la majorité, qui eût justifié la suspension du délai de prescription légale. À mon avis, ni l'une ni l'autre de ces affaires n'a aucun rapport direct avec l'affaire en instance. Il ne s'agit pas en cet état de la cause d'un procès avec témoignage oral, mais d'une requête introduite pour le compte des parties demandereses, en constitution d'un administrateur d'instance pour représenter une partie initialement nommée comme demandeur, et il n'y a contestation ni du droit de cette partie de participer au procès ni de sa capacité pour ce qui est d'être soumise à une décision de la Cour.

Voici les preuves relatives à l'incapacité d'Arnold Dutcher, qui ont été produites au moyen de l'affidavit déposé à l'appui de la requête des avocats des demandeurs. En premier lieu, une note en date du 25 mai 1990 de son médecin, le Dr Paul E. L. Christensen, porte ce qui suit:

[TRADUCTION] À qui de droit:

Je certifie par les présentes que M. Arnold Dutcher n'est pas en mesure de témoigner en raison de son état de santé physique et mentale. Prière de l'aider en cette matière.

En deuxième lieu, une autre lettre en date du 16 juillet 1990 du Dr Paul E. L. Christensen, adressée à l'étude d'avocats représentant les demandeurs, porte entre autres:

[TRADUCTION] Objet: M. Arnold Dutcher

À qui de droit:

Cette personne, qui a 60 ans, souffre depuis longtemps de schizophrénie paranoïaque chronique avec de nombreux épisodes de psychose aiguë nécessitant l'hospitalisation. Il a été traité pour la première fois par le Dr Duffy en 1971 . . . Il a été hospitalisé plusieurs fois, comme en témoignent les sommaires de sortie d'hôpital qui indiquent aussi que le patient a subi de nombreuses médications . . . À l'époque le diagnostic n'était pas clair, mais ces dernières années, il a été évalué à plusieurs reprises par le Dr Ali, psychiatre, qui a diagnostiqué une schizophrénie paranoïaque chronique, et avec le recul, il est manifeste que cet état existe depuis longtemps. Au cours des cinq à dix dernières années, il a eu de nombreuses crises de psychose paranoïaque, étant persuadé par exemple que ses voisins de Loggieville le harcelaient au téléphone. Il a même reçu un avertissement de la police pour avoir harcelé une voisine dont il pensait qu'elle le harcelait. Il s'est plaint à moi à plusieurs reprises que la ville entière était contre lui et que des centaines de gens lui voulaient du mal. Cette personne est très nerveuse et, comme indiqué plus haut, a eu auparavant des crises de psychose.

His present medications include monthly injections of an antipsychotic, as well as Valium for anxiety, Restoril for sleep, and Buscopam for his chronic stomach problems.

In summary, it is very clear that this patient has had a long history of disability and the question in time re. 1979 to '81, the patient was also very ill from the same illness he suffers from now. It's also obvious that this patient is not capable or suitable to stand in court or represent himself in any adequate fashion.

Third, there is an excerpt from examination for discovery, conducted by counsel for the defendant, of Gerald Dutcher, now proposed as litigation administrator for his father Arnold Dutcher, relevant portions of which are:

Q.2 You are going to be seeking to be appointed litigation administrator for your father, Arnold Dutcher?

A. Yes.

Q.3 And exhibit 84 indicates that Arnold Dutcher has physical and mental health problems which would prevent him from testifying. Could you indicate what those problems are?

A. He suffers from colitis, which is a physical — and mental anxiety, stress. Depression. There is a number of others, but I am not — I will have to check with his doctor. I am not quite familiar with them all, but there are a number of disorders that he has.

Q.4 Is he lucid?

A. Pardon me?

Q.5 Is he lucid? Is he able to answer questions and to understand questions that are put to him?

A. At times he is but at others he is not. Like, he had been prepared, he thought that he might be able to go through this, and he was here earlier this morning and he, because of his nerves and a lot of other things, he had to leave, and I just got that form from his doctor at 1:00 o'clock or 1:30.

Q.6 So the information that you are going to be supplying, is this information derived from documents, or derived from questions that you asked your father?

A. It could be from both.

Q.7 The difficulty in this case is that he appears to be still in a position to supply evidence on an ongoing basis as to his particular case.

A. Due to his condition I don't think that he would be able to testify, regardless of what time it would be, right now, whether it be two months from now or six months from now or whatever. Like, due to his physical condition and his mental condition is — you know — regardless of when it is, I don't think he would be able to do this. And this is why when he came in this morning he had to leave.

Q.8 Well I understand that, but what I am trying to determine is whether if I asked you a question and you don't know

Son traitement actuel comprend des injections mensuelles d'un antipsychotique, du Valium pour l'anxiété, du Restoril pour l'insomnie et du Buscopam pour ses troubles peptiques chroniques.

*a* En résumé, ce patient a eu une longue histoire d'incapacité et à l'époque en question, de 1979 à 1981, il souffrait de façon très aiguë du mal dont il souffre actuellement. Il est aussi manifeste qu'il n'est pas en mesure de comparaître en justice ou de se représenter convenablement.

*b* La troisième preuve est la transcription de l'interrogatoire préalable, mené par l'avocat de la défenderesse, de Gerald Dutcher, que les demandeurs souhaitent voir constitué administrateur d'instance pour son père Arthur Dutcher. En voici les passages applicables:

*c* [TRADUCTION] Q.2 Vous allez demander à être constitué administrateur d'instance pour votre père Arthur Dutcher?

R. Oui.

*d* Q.3 Et selon la pièce 84, Arnold Dutcher souffre de troubles physiques et mentaux qui l'empêchent de témoigner. Pourriez-vous nous dire quels sont ces troubles?

*e* R. Il souffre de colite, qui est une maladie physique . . . et d'anxiété mentale, de tension nerveuse. De dépression. Il y en a d'autres, mais je ne . . . il faudra que je vérifie avec son médecin. Je ne les connais pas toutes, mais il est affligé de différentes maladies.

Q.4 Est-il lucide?

R. Pardon?

*f* Q.5 Est-il lucide? Est-il en mesure de répondre aux questions et de comprendre les questions qu'on lui pose?

*g* R. Il l'est par moments. Par exemple, il avait été préparé pour cette séance et pensait qu'il pourrait y participer, il est arrivé de bonne heure ce matin mais à cause de ses nerfs et d'un tas d'autres choses, il a dû s'en aller. C'est son médecin qui vient de me l'apprendre à 13 heures ou à 13 h 30.

Q.6 Donc les renseignements que vous allez produire, les tenez-vous des documents ou de la réponse de votre père à vos questions?

*h* R. Cela pourrait être des deux.

Q.7 La difficulté dans cette affaire, c'est qu'il semble toujours en mesure de donner un témoignage soutenu pour ce qui est de son propre intérêt dans l'action.

*i* R. Vu son état, je ne pense pas qu'il soit en mesure de témoigner, que ce soit maintenant ou dans deux ou dans six mois. Vu son état physique et mental, eh bien, quel que soit le moment, je ne pense pas qu'il soit capable de témoigner. C'est d'ailleurs pourquoi il est venu ce matin puis a dû s'en aller.

*j* Q.8 Ça, je le comprends, mais ce que je cherche à savoir, c'est si je vous pose une question et que vous ne connaissiez pas



the answer can you go to him and ask the question and he will tell you?

A. Certainly. Well, as a matter of fact, I asked him a number of questions yesterday which was in regards to this discovery and I — he submitted to me several answers to the questions I had asked.

It is submitted for the defendant that this evidence does not meet the test for the appointment of a litigation administrator or guardian, that it is clear that Arnold Dutcher can explain his situation to his son, though I construe the comments of his son during examination for discovery as indicating that this was not consistently the case. Counsel also urges that there is no evidence that Dutcher is unable to instruct counsel and that the final sentence in the second letter from his doctor, a letter which counsel characterizes as vague, does not meet any legal test. Counsel for the applicants urges that the evidence of Dr. Christensen, particularly the stress in the second letter on a long history of chronic paranoid schizophrenia with multiple episodes of acute psychosis requiring hospitalization, supported by the reference to his continuing treatment and the doctor's conclusion about his ability to represent himself in any adequate fashion, all goes to satisfy the test for the appointment of a litigation administrator or guardian.

In my view, in this application, made by counsel for the plaintiffs essentially on behalf of Gerald Dutcher who seeks to act as litigation administrator for his father Arnold Dutcher, who was named in the statement of claim and style of cause as originally framed as one of the plaintiffs, it is sufficient under Rule 1700 that there be evidence that Arnold Dutcher, said to be "a person under disability", is incapable of managing his own affairs in relation to this action by instructing counsel or exercising any reasonable judgment on a possible settlement as a reasonable person would be expected to do. This is a different situation from that in *Lingley* where the defendant sought to have the action struck in part on the argument that the plaintiff was a person under disability at the time the action commenced. In my view, the latter situation might require evidence of a fairly high standard where the Court is invited, without the consent or implicit acceptance of the person to

la réponse, est-ce que vous pourrez lui relayer la question et qu'il vous donnera la réponse.

R. Certainement. En fait, je lui ai posé hier des questions qui intéressent cet interrogatoire préalable et je ... il m'a donné plusieurs réponses à ces questions.

L'avocat de la défenderesse soutient qu'il ressort de ce témoignage que les conditions ne sont pas réunies pour la constitution d'un administrateur ou tuteur d'instance, qu'il est manifeste qu'Arthur Dutcher peut donner les explications nécessaires à son fils, bien que je conclue des réponses de ce dernier à l'interrogatoire préalable qu'il n'en était pas toujours ainsi. Cet avocat soutient aussi qu'il n'y a aucune preuve établissant que M. Dutcher n'est pas en mesure de donner des instructions à son avocat, et que la dernière phrase de la seconde lettre de son médecin (lettre que l'avocat qualifie de vague) ne répond à aucun critère juridique. L'avocat des requérants soutient de son côté que le témoignage du Dr Christensen, en particulier l'insistance dans la seconde lettre sur la longue histoire de schizophrénie paranoïaque chronique avec de multiples épisodes de psychose aiguë nécessitant l'hospitalisation, renforcée par la mention du traitement continu du patient et la conclusion du médecin quant à l'inaptitude de ce dernier à se représenter convenablement, satisfait pleinement aux conditions de constitution d'un administrateur ou tuteur d'instance.

J'estime que dans cette requête, introduite par l'avocat des demandeurs essentiellement pour le compte de Gerald Dutcher qui cherche à se faire constituer administrateur d'instance pour son père Arnold Dutcher, lequel figurait parmi les demandeurs dans la déclaration initiale, il suffit, sous le régime de la Règle 1700, de prouver que Arnold Dutcher, qu'on dit «incapable», est incapable de gérer ses propres affaires dans le cadre de cette action en donnant des instructions à son avocat ou en formant un jugement raisonnable quant à un règlement possible, comme le ferait une personne saine d'esprit. Les faits de la cause sont différents de ceux de l'affaire *Lingley*, où la partie défenderesse faisait valoir, à titre de fin de non-recevoir, que la partie demanderesse était frappée d'incapacité au moment où elle intenta l'action. Cette dernière affaire devrait, à mon avis, requérir des preuves bien strictes car la Cour devait, sans le

be affected, to make a determination that a party is a person under disability.

That somewhat different criteria may be appropriate when a person seeks to act as litigation guardian for a plaintiff who is a person under disability from those where a defendant is a person under disability seems clearly reflected in New Brunswick Rules which provide, *inter alia*:

#### 7.01 Representation

Unless ordered otherwise or provided otherwise by an Act, a proceeding by or against a person under disability shall be commenced, continued or defended, in the case of

- (d) a person who is mentally incompetent or incapable of managing his own affairs, not so declared, by a litigation guardian. . . .

#### 7.02 Litigation Guardian for Plaintiff or Applicant

(1) Without being appointed by the court, any person who is not under disability may act as litigation guardian for a plaintiff or applicant who is under disability.

(2) A person shall not act as litigation guardian for a plaintiff or applicant who is under disability until he has filed an affidavit in which he

- (a) consents to act in that capacity,  
 (b) confirms that he has given written authority to a solicitor to act and specifies the name of that solicitor,  
 (c) sets out his place of residence and that of the person under disability,  
 (d) sets out his relationship, if any, to the person under disability,  
 (e) states that he has no interest in the proceeding adverse to that of the person under disability, and  
 (f) acknowledges that he has been informed of his liability to pay personally any costs awarded against him or against the party under disability.

#### 7.03 Litigation Guardian for Defendant or Respondent

(1) Until he has been appointed by the court, a person shall not act as a litigation guardian for a defendant or respondent who is under disability.

[Then follow the procedural steps to be followed by one to be appointed by the Court as litigation guardian for a defendant or respondent who is under disability.]

Under these Rules as I understand them, a qualified person may act, without being appointed by the Court, as litigation guardian for a plaintiff or applicant who is under a disability, but to act in the same representative capacity for a defendant or respondent who is under disability requires appointment by the Court. The Court must consid-

consentement ou l'acquiescence implicite de l'intéressé, décider si une partie était incapable.

Que les critères applicables au cas de la personne qui cherche à se faire constituer tuteur d'instance pour un demandeur incapable soient différents de ceux applicables au cas du défendeur incapable ressort clairement des Règles de procédure du Nouveau-Brunswick qui portent, entre autres:

#### 7.01 Représentation

Sauf ordonnance contraire ou disposition contraire d'une loi, les personnes suivantes sont chargées d'introduire, de continuer ou de contester l'instance engagée par une personne frappée d'incapacité ou contre celle-ci:

- d) le tuteur d'instance, pour une personne atteinte d'incapacité mentale ou incapable de gérer ses propres affaires mais qui n'est pas reconnue comme telle . . .

#### d 7.02 Tuteur d'instance du demandeur ou du requérant

(1) Toute personne qui n'est pas frappée d'incapacité peut, sans être nommée par la cour, agir en qualité de tuteur d'instance d'un demandeur ou d'un requérant frappé d'incapacité.

e (2) Nul ne peut agir en qualité de tuteur d'instance d'un demandeur ou d'un requérant frappé d'incapacité avant d'avoir déposé un affidavit dans lequel

- a) il consent à agir en cette qualité,  
 b) il confirme avoir donné un mandat écrit à un avocat pour le représenter, en indiquant le nom de l'avocat,  
 c) il indique son lieu de résidence ainsi que celui de la personne frappée d'incapacité  
 d) il indique, le cas échéant, son lien de parenté avec la personne frappée d'incapacité  
 e) il indique n'avoir dans l'instance aucun intérêt opposé à celui de la personne frappée d'incapacité et  
 f) il reconnaît avoir été informé qu'il pourrait être tenu personnellement responsable de tous les dépens auxquels lui-même et la personne frappée d'incapacité auront été condamnés.

#### 7.03 Tuteur d'instance d'un défendeur ou d'un intimé

h (1) À moins d'être nommé par la cour, nul ne peut agir en qualité de tuteur d'instance d'un défendeur ou d'un intimé frappé d'incapacité.

[Cette disposition énumère ensuite la procédure à suivre par la personne nommée par la cour tuteur d'instance d'un défendeur ou intimé frappé d'incapacité.]

i Il ressort de ces règles de procédure qu'une personne qualifiée peut, sans y être nommée d'ordre de justice, agir en qualité de tuteur d'instance d'un demandeur ou requérant frappé d'incapacité, mais que le tuteur d'instance d'un défendeur ou intimé incapable doit être nommé par la juridiction compétente. Celle-ci doit prendre en considération,

er, among other factors, the circumstances of the proceedings before it. An application for appointment of a litigation administrator or guardian on behalf of a plaintiff, in my view, should ordinarily be accepted, unless there is some reason to question the *bona fides* of the application or the characterization of the plaintiff as a person under disability.

I am satisfied on the basis of the written statements of Dr. Christensen emphasized by counsel for the applicants, already referred to, and from the description of his son Gerald Dutcher given in examination for discovery that Arnold Dutcher at times is lucid but at other times he is not, and that Gerald Dutcher did not believe that his father would be able to testify in this matter at any time. I acknowledge that it is not solely his ability to testify that is at issue here. I am not persuaded that the fact that he may answer questions asked by his son leads to the conclusion that he would be able with consistency, as a reasonable person might be expected to do, to instruct counsel and to appreciate the implications of this action and any proposals for settlement that might arise. I am prepared to interpret Dr. Christensen's description of Arnold Dutcher as a person who could not be expected with any reasonable consistency to appreciate his situation in relation to matters here in issue and to instruct counsel adequately. I conclude for purposes of this action that he is a "person under disability" as provided for in Rule 1700.

Thus, in addition to the orders referred to earlier in these reasons, an order goes appointing Gerald Dutcher as litigation administrator for Arnold Dutcher, for the purposes of this action and that the pleadings be amended to reflect this, pursuant to Rules 1700 and 420 of the *Federal Court Rules*. It should be understood that to fully meet the requirements of Rule 1700(1)(a) Gerald Dutcher, as litigation administrator, is expected to meet the requirements established for one so acting on behalf of a plaintiff by the New Brunswick Rules of Court.

entre autres, les faits de la cause dont elle est saisie. À mon avis, une requête en constitution d'administrateur ou de tuteur d'instance pour une partie demanderesse doit normalement être accueillie, à moins qu'il y ait des raisons pour mettre en doute la bonne foi de la requête ou la qualification de cette partie demanderesse comme personne frappée d'incapacité.

Je conclus, sur la foi des attestations ci-dessus du D<sup>r</sup> Christensen sur lesquelles insiste l'avocat des requérants, et du témoignage donné par Gerald Dutcher durant l'interrogatoire préalable, que son père Arnold Dutcher n'est lucide que par moments et que selon Gerald Dutcher, il ne serait pas en mesure de témoigner dans cette affaire à quelque moment que ce soit. Je prends note qu'il n'y a pas que son incapacité à témoigner qui soit en question en l'espèce. Je ne suis pas persuadé que, du fait qu'il peut répondre aux questions posées par son fils, on peut conclure qu'il serait tout le temps en mesure, comme toute personne saine d'esprit devrait l'être, de donner des instructions à son avocat, de saisir les ramifications de cette action et de juger des propositions de règlement qui pourraient se faire jour. J'incline à souscrire à la description faite par le D<sup>r</sup> Christensen et selon laquelle M. Arnold Dutcher est une personne dont on ne saurait attendre qu'elle soit tout le temps en mesure de juger de sa situation vis-à-vis du litige en l'espèce et de donner des instructions à son avocat en conséquence. Je conclus aux fins de cette action qu'il est «incapable» au sens de la Règle 1700.

En conséquence, outre les ordonnances mentionnées au début des présents motifs, une ordonnance sera rendue qui constitue Gerald Dutcher administrateur d'instance pour Arnold Dutcher aux fins de cette action et modifie les plaidoiries à cet effet, conformément aux Règles 1700 et 420 des *Règles de la Cour fédérale*. Il est entendu que pour satisfaire pleinement aux impératifs de la Règle 1700(1)a), Gerald Dutcher doit, en qualité d'administrateur d'instance, se conformer aux prescriptions des *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick* pour tout tuteur d'instance de demandeur.