
L'Immunité légale de la femme enceinte et l'affaire Dobson

Alexandre-Philippe Avard et Bartha Maria Knoppers*

Dans *Dobson c. Dobson*, la Cour suprême a refusé de reconnaître la possibilité pour un enfant d'intenter un recours contre sa mère pour des dommages prénatals. Les auteurs examinent cette décision dans la perspective de la *common law*, pour ensuite y comparer l'approche que préconiserait la tradition civiliste, et enfin étudier la place de l'État dans la protection de l'intégrité du fœtus.

En refusant de sanctionner une mère qui aurait causé un préjudice à son enfant *in utero*, l'arrêt *Dobson* s'inscrit clairement dans le courant jurisprudentiel établi par la Cour suprême qui, depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, s'est toujours soucieuse de préserver l'intégrité et la liberté de la femme enceinte. Or, tenir une mère responsable de la négligence dont elle aurait fait preuve avant la naissance de son enfant porterait gravement atteinte au droit de cette dernière de contrôler sa propre vie. Le respect des droits fondamentaux exige ni plus ni moins l'immunité de la mère face aux réclamations de l'enfant pour des dommages prénatals. Les auteurs évaluent ensuite l'approche que préconiserait le droit civil aux prises avec une demande de la même nature. Parce que contraire à l'ordre public en ce sens qu'il enfreint le droit à l'intégrité physique de la femme enceinte de même que son droit à la protection de sa vie privée, les auteurs concluent que le recours d'un enfant contre sa mère pour des dommages subis pendant la grossesse est illégal. Cependant, le fœtus ne doit pas demeurer sans protection aucune. Certaines stratégies législatives mises à jour pour protéger le fœtus ont pour but de punir les femmes enceintes négligentes et de favoriser l'intervention forcée sur leur personne. Elles sont étudiées dans la dernière partie de l'article, mais elles sont rapidement remises par les auteurs au profit d'une approche socio-sanitaire plus souple et compréhensive ; des méthodes coercitives et des sanctions pénales sont loin d'être en mesure de garantir la santé des nouveau-nés. En effet, la santé de l'enfant à naître ne concerne pas que la future mère. Il s'agit au contraire d'un problème de société dont la solution passe par la prévention et le soutien des femmes à tous les stades de leur grossesse.

In *Dobson v. Dobson*, the Supreme Court of Canada refused to acknowledge a child's right to take an action against his mother for prenatal damages. The authors of the present case comment examine the *Dobson* decision from a Common Law perspective, compare this approach with the Civilian tradition, and conclude with a discussion of the role of the State in the protection of the integrity of the fetus.

In refusing to sanction a mother who has caused damage to her child *in utero*, the authors affirm that the *Dobson* decision is in line with the jurisprudential current established by the Supreme Court. Since the advent of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the Supreme Court has been conscious to maintain the preservation of the integrity of women. To hold a mother accountable because she has been negligent toward her unborn child seriously infringes the former's right of control over her person. Respect of the mother's fundamental rights requires nothing more or less than immunity from any action taken by her child for prenatal damages. In the second part of this case comment, the authors evaluate what the Civil Law's approach would be to a claim of the same nature. The authors conclude that a child's recourse against a mother for prenatal damages would be against public order because it would infringe upon the mother's right to bodily integrity as well as her right to privacy. Nevertheless, the authors affirm that the fetus is not without protection. The goal of certain legislative strategies which have already been implemented in order to protect the fetus is to punish negligent pregnant women and to force interventionist measures upon them. While these legislative strategies are analyzed in the final part of this article, the authors conclude that a socio-sanitary approach, which is more flexible and comprehensive, is preferable; coercive methods and penal sanctions will not guarantee the health of our newborns. Indeed, the health of a child who is about to be born is a concern that is not exclusive to the future mother. The concern is a societal one, the response to which resides in preventive programs that support pregnant women at all stages of their pregnancy.

* Bartha Maria Knoppers, Professeure, Faculté de droit (Centre de recherche en droit public), Université de Montréal. Alexandre-Philippe Avard, étudiant, 3^e année du Programme national, Faculté de droit, Université McGill, Montréal.

© Revue de droit de McGill 2000

McGill Law Journal 2000

Mode de référence : (2000) 45 R.D. McGill 315

To be cited as: (2000) 45 McGill L.J. 315

Introduction

- I. *L'affaire Dobson et la tradition de la common law*
- II. *L'affaire Dobson et la responsabilité en droit civil québécois*
 - A. *Inviolabilité de la personne*
 - B. *Protection de la vie privée*
- III. *Les stratégies de protection du fœtus*
 - A. *Approche étatique-interventionniste*
 - B. *Approche socio-sanitaire*

Conclusion

Introduction

Jusqu'à tout récemment, la maternité jouissait d'un caractère sacré voire impénétrable. Toutefois, suite aux innombrables progrès de la médecine moderne, cette aura de mystère entourant la reproduction humaine s'est progressivement estompée. En effet, il est maintenant possible de suivre le développement de l'enfant à naître, de sa conception jusqu'à sa naissance, et même de détecter des anomalies génétiques ou physiques chez le fœtus. Nous sommes donc désormais davantage conscient de l'impact du mode de vie de la mère sur la santé fœtale. En conséquence, le fœtus est bien souvent perçu par le corps médical et scientifique comme un «patient autonome», distinct de la femme enceinte.

Néanmoins, la science et le droit demeurent deux disciplines distinctes qui, malgré leurs interactions, se doivent de conserver leurs distances. Les connaissances scientifiques ont certes le mérite d'éclairer et d'orienter le débat sur le thème de la reproduction, mais elles ne doivent pas détourner complètement notre attention des véritables enjeux moraux et sociaux qui sous-tendent l'analyse de ces questions¹. Une sérieuse réflexion s'impose donc quant au statut de la relation mère-fœtus et à la place de l'appareil étatique dans la protection du bien-être de l'enfant à naître. L'État doit-il s'ingérer dans la vie et l'intégrité physique des futures mères dont le mode de vie présente un risque pour le fœtus au nom du droit de l'enfant à croître et naître dans des conditions optimales ? La femme enceinte deviendra-t-elle l'assureur du bon développement du fœtus, une simple «machine à produire des enfants» ?

Ces interrogations se retrouvent notamment au cœur de la polémique concernant la responsabilité civile de la femme enceinte envers l'enfant qu'elle porte. Une femme enceinte doit-elle répondre d'un acte qu'elle a posé et qui a causé préjudice au fœtus ? Le plus haut tribunal canadien s'est récemment penché sur la question dans *Dobson* c. *Dobson*².

Dans l'affaire *Dobson*, l'appelante conduisait sa voiture, alors qu'elle était enceinte de vingt-sept semaines. Suite à sa négligence, elle perdit le contrôle de l'automobile pour heurter un véhicule roulant en sens inverse. Résultat : l'enfant qu'elle portait, Ryan Dobson, fut blessé *in utero* et souffre maintenant de paralysie cérébrale. Ryan Dobson, représenté par son grand-père, poursuit donc Madame Dobson afin d'obtenir compensation pour les dommages subis *in utero*.

Plusieurs entrevoyaient l'affaire *Dobson* comme l'occasion idéale pour la Cour suprême de rédiger le chapitre final de la «saga» jurisprudentielle canadienne, vieille de plus d'une décennie, entourant le statut juridique et les droits du fœtus. Il est per-

¹ T. Caulfield et E. Nelson, «*Winnipeg Child and Family Services v. D.F.G. : A Commentary on the Law, Reproductive Autonomy and the Allure of Technopolicy*» (1998) 36 Alta. L. Rev. 799 à la p. 801.

² *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753, A.C.S. n° 41, en ligne : QL (ACS), en ligne : La Cour suprême du Canada <<http://www.droit.umontreal.ca/doc/csc-scc/fr/rec/html/dobson.fr.litm>> (date d'accès : 9 juillet 1999) [ci-après *Dobson*].

mis de douter que tel est l'impact de *Dobson*. Il importe donc d'examiner dans un premier temps cette décision dans la perspective de la *common law* (I), pour ensuite y comparer l'approche que préconiserait la tradition civiliste (II) et enfin, analyser les diverses stratégies qui s'offrent au législateur pour clore la saga jurisprudentielle et surtout, protéger l'intégrité du fœtus (III).

I. L'affaire *Dobson* et la tradition de la *common law*

Tel qu'il le fut établi notamment dans *Daigle c. Tremblay*³, le fœtus ne possède pas de personnalité juridique aux fins de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴, de même que généralement, en droit civil et en *common law*⁵. En conséquence, l'enfant à naître ne peut être titulaire de droits avant sa naissance. Toutefois, afin de protéger ses intérêts, le droit canadien stipule, par une fiction juridique, qu'un enfant né vivant et viable peut poursuivre un tiers pour des dommages prénatals⁶. Aux États-Unis, la Cour d'appel de l'Illinois a même statué qu'un médecin peut être tenu responsable pour une faute survenue avant la conception⁷.

De plus, les tribunaux ont maintenu l'inapplicabilité de la doctrine de l'immunité parentale dans la *common law* canadienne⁸. Selon cette doctrine, tout recours en responsabilité extracontractuelle entre un enfant et ses parents est strictement prohibé et ce, afin de préserver l'harmonie et la cohésion au sein de la cellule familiale.

En toute logique, si un enfant peut poursuivre un tiers pour des dommages prénatals et peut également poursuivre ses parents, on devrait conclure que rien ne l'empêche de poursuivre sa mère pour des gestes posés lors de la grossesse. Mais, est-ce légalement souhaitable ? La *common law* ouvre-t-elle si facilement la porte à la responsabilité de la femme enceinte ?

La majorité de la Cour suprême⁹, sous la plume du juge Cory, refuse de reconnaître l'existence d'un «lien de droit» entre l'enfant et sa mère dans les cas de dommages

³ [1989] 2 R.C.S. 530, 62 D.L.R. (4^e) 634 [ci-après *Daigle*].

⁴ L.R.Q., c. C-12 [ci-après *Charte québécoise*].

⁵ M.-J. Bernardi, *Le Droit à la santé du fœtus au Canada*, Montréal, Thémis, 1995 aux pp. 170-73 ; voir également I.R. Kerr, «Pre-Natal Fictions and Post-Partum Actions» (1997) 20 Dal. L.J. 237 à la p. 243.

⁶ *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456, 4 D.L.R. 337 [ci-après *Léveillé*] ; *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686, 26 D.L.R. (3^e) 418 (H.C.J.). Le principe est d'ailleurs codifié à l'article 66 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O., 1990, c. F-3.

⁷ *Renslow c. Memmonite Hospital*, 351 N.E.2d 870 (Ill. C.A. 1976).

⁸ *Deziel c. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651 (Ont. H.C.J.) : «I subscribe to the view of Lord Fleming in that case, where he said at the end of his remarks [...] "I do not think that a wrongdoer should be relieved from responsibility for the consequences of his negligence merely because the injured party happens to be his own child"» ; voir aussi *Cowle c. Fillion* (1956), 6 D.L.R. (2^e) 258 (Ont. Co. Ct.).

⁹ Voir *Dobson*, *supra* note 2 : 7 juges contre 2, les juges Major et Bastarache sont dissidents.

prénataux. Appliquant les critères établis dans *Kamloops (City) c. Nielsen*¹⁰, le juge Cory maintient que des questions de «politique publique» freinent le recours intenté par le jeune Ryan Dobson. Ce constat repose essentiellement sur la relation biologique et émotionnelle particulière qui unit la mère et le fœtus. Permettre à l'enfant, une fois né, de réclamer contre sa mère une compensation pour dommages prénataux, c'est appliquer un régime juridique «taillé sur mesure» pour régir des relations extracontractuelles entre deux personnes. Or, la mère et le fœtus ne sont justement pas des entités distinctes et autonomes et, encore moins, des adversaires juridiques :

Bien que l'imposition d'une responsabilité délictuelle aux tiers pour la négligence dont ils ont fait preuve avant la naissance favorise autant les droits de la mère que ceux de l'enfant, elle ne porte aucune atteinte majeure au droit des tiers de contrôler leur propre vie. Contrairement au tiers défendeur, chaque instant de veille et chaque instant de sommeil de la femme enceinte — essentiellement, toute son existence — a un lien avec le fœtus, auquel elle est susceptible de porter préjudice. S'il fallait tenir la mère responsable de la négligence dont elle a fait preuve avant la naissance, les décisions les plus banales de la vie quotidienne de la femme enceinte pourraient faire l'objet d'un examen par les tribunaux¹¹.

Le droit à l'intégrité physique, à l'autonomie décisionnelle, à la vie privée et à l'égalité de la femme enceinte n'exigent donc ni plus ni moins que l'immunité de la mère face aux réclamations de l'enfant pour dommages prénataux.

Dissident, le juge Major soutient que les droits fondamentaux de Madame Dobson ne seraient pas enfreints en accueillant la demande du jeune Ryan Dobson, puisqu'elle était déjà tenue de conduire de manière diligente envers les autres conducteurs:

Lorsque la femme enceinte est déjà tenue envers un tiers d'une obligation de diligence relativement au comportement pour lequel son enfant né vivant cherche à la faire déclarer responsable, des considérations d'ordre politique se rapportant à la liberté d'action de la femme enceinte ne peuvent être invoquées pour priver l'enfant de son droit *prima facie* d'intenter une action. L'obligation de diligence pesant sur la femme enceinte n'est pas plus lourde parce qu'elle peut être déclarée responsable à l'égard de son enfant né vivant¹².

Le juge Major introduit donc une distinction juridique entre les actes donnant naissance à des «obligations générales imposées à tous» (pour lesquels la femme enceinte pourra être tenue responsable) et les actes relevant du «choix de mode de vie particulier du parent» (pour lesquels la femme enceinte bénéficierait d'une immunité). Ainsi, la femme

¹⁰ [1984] 2 S.C.R. 2, 10 D.L.R. (4^e) 641 aux pp. 662-63 : «[I]n order to decide whether or not a private law duty of care existed, two questions must be asked: (1) is there a sufficiently close relationship between the parties [...] (2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?».

¹¹ *Dobson*, *supra* note 2 au para. 27.

¹² *Ibid.* au para. 116.

enceinte aurait à répondre de sa conduite durant la grossesse sans toutefois voir l'ensemble de ses choix strictement personnels (nourriture, consommation d'alcool, de drogue, horaire de travail, activités physiques, etc.) scrutés à la loupe par les tribunaux.

Une telle distinction fut immédiatement rejetée par la majorité de la Cour suprême en raison de son imprécision et de son caractère arbitraire :

Essentiellement, une règle de responsabilité délictuelle visant à établir une distinction entre les actes de la future mère qui relèvent du droit à la vie privée et ceux qui constituent des délits conduirait inévitablement à l'établissement de frontières arbitraires et à des jugements contradictoires. Se contenter de dire qu'aucune obligation générale de diligence ne s'appliquera aux «choix de mode de vie» revient à permettre que bon nombre des actes accomplis par la femme enceinte ne soient pas considérés comme des choix de mode de vie dans le cadre d'un litige¹³.

Enfin, le juge Cory rejette également l'argument voulant que l'existence d'une assurance responsabilité obligatoire couvrant les dommages corporels en matière de conduite automobile justifie la reconnaissance d'un «lien de droit» entre la mère et le fœtus en cas de poursuite pour dommages prénatals :

Apporter une solution judiciaire fondée sur l'obligation d'assurance à la question soulevée dans le présent pourvoi, c'est faire peser une responsabilité sur la mère en raison de sa capacité de payer l'indemnité fixée par le jugement grâce à ses assurances. Toutefois, le droit de la responsabilité délictuelle n'est pas, et ne doit pas être, ainsi axé sur le résultat¹⁴.

L'affaire *Dobson* s'insère dans un contexte international relativement défavorable à la sanction délictuelle des gestes d'une mère qui auraient causé préjudice à l'enfant *in utero*. D'abord, au Royaume-Uni, le débat est circonscrit par la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* qui édicte qu'un enfant ne peut poursuivre sa mère pour dommages prénatals que dans l'hypothèse où il y a eu conduite négligente d'un véhicule à moteur¹⁵. Du côté australien, une seule décision fut rendue, soit *Lynch c. Lynch*¹⁶. S'inspirant de la solution anglaise, la *common law* australienne ouvre la porte aux recours du nouveau-né pour dommages prénatals contre sa propre mère, mais seulement en cas de conduite négligente d'un véhicule à moteur. Enfin, la question demeure en suspens aux États-Unis, les réponses jusqu'ici apportées étant contradictoires¹⁷.

¹³ *Ibid.* au para. 61.

¹⁴ *Ibid.* au para. 73.

¹⁵ *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* (R.-U.), 1976, c. 28. Une telle politique législative s'explique en partie par l'obligation de tout conducteur, au Royaume-Uni, de souscrire à une police d'assurance responsabilité civile.

¹⁶ (1991) 14 M.V.R. 521 (N.S.W. C.A.), en ligne : LEXIS.

¹⁷ Voir *Grodin c. Grodin*, 301 N.W.2d 869 (Mich. C.A. 1980) : M^{me} Grodin a consommé un médicament nommé tétracycline durant la grossesse, ce qui a provoqué une décoloration des dents de l'enfant. La Cour a statué qu'une mère ne peut être poursuivie pour dommages prénatals qu'à condition que l'acte reproché ne relève pas de l'exercice raisonnable de l'autorité parentale ni de la discrétion.

Malgré son intérêt indiscutable au plan international en raison du nombre restreint de juridictions qui ont abordé une question similaire, la décision dans *Dobson* n'a rien de véritablement surprenant. La Cour suprême a, surtout depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁸, toujours été soucieuse de préserver l'intégrité et la liberté de la femme dans la procréation.

En effet, dès le début des années 1980, on a reconnu l'importance du droit à la reproduction ainsi que la place prépondérante que doit occuper le libre arbitre de la femme en matière de procréation. En 1986, dans *E. (M^{me}) c. Eve*¹⁹, la Cour suprême du Canada est catégorique : jamais l'intérêt de la femme, inapte ou non, ne justifiera une ordonnance judiciaire de stérilisation, car cela «[...] enlève à nne personne le *grand privilège de procréer* [...]» [nos italiques]²⁰. Cette reconnaissance de la liberté de choix pavera la voie à la décriminalisation de l'avortement quelques années plus tard. Désormais, seule la femme enceinte a le pouvoir de décider de poursuivre ou non sa grossesse. Le juge en chef Dickson affirme :

Forcer une femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener un fœtus à terme à moins qu'elle ne satisfasse à des critères sans rapport avec ses propres priorités et aspirations est une ingérence grave à l'égard de son corps et donc une violation de la sécurité de sa personne²¹.

Le débat sur le statut juridique du fœtus va de pair avec ce courant jurisprudentiel privilégiant le contrôle de la femme sur son propre corps. C'est ainsi qu'en 1989, dans l'arrêt *Daigle*, la Cour suprême a reconnu que le fœtus ne possédait pas de personnalité juridique en droit canadien, mettant ainsi un terme aux tentatives d'ingérences extérieures dans les choix personnels de la femme enceinte. Dans cette foulée, la Cour suprême, en 1997, a refusé d'exercer son pouvoir *parens patriae* afin de contraindre une femme enceinte, sous l'effet de substances nocives pour l'enfant à naître, de subir des traitements de désintoxication :

tion parentale relative à la garde et à l'éducation des enfants ; voir toutefois *Stallman c. Youngquist*, 78 A.L.R. 4^e 1071 (Ill. Sup. Ct. 1988) : M^{me} Youngquist fut impliquée, par sa faute, dans un accident d'automobile qui a causé un préjudice irréparable au fœtus. Le tribunal a rejeté le recours en responsabilité contre la mère pour dommages prénatals et ce, pour des motifs de «politique publique» tels le droit des femmes à l'autonomie et à la liberté de leur personne ainsi que la nature particulière de la relation qui unit la mère et le fœtus; voir cependant *Bonte c. Bonte*, 616 A.2d 464 (N.H. Sup. Ct. 1992) : M^{me} Bonte fut impliquée, par sa faute, dans un accident de voiture durant sa grossesse. La Cour a conclu qu'une mère peut être poursuivie pour dommages prénatals ; voir aussi *Cullotta c. Cullotta*, 678 N.E.2d 717 (Ill. C.A. 1997) : la Cour a confirmé la position énoncée dans *Stallman c. Youngquist*.

¹⁸ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*].

¹⁹ [1986] 2 R.C.S. 388, 31 D.L.R. (4^e) 1.

²⁰ *Ibid.* à la p. 432 ; voir la récente décision de la Cour supérieure du Québec qui ordonne l'interruption de la grossesse et la ligature tubaire d'une femme enceinte souffrant de schizophrénie paranoïde : *Centre Hospitalier Robert-Giffard c. Lavoie*, [1999] J.Q. no 2798, en ligne : (QL) (JQ).

²¹ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 à la p. 57, 44 D.L.R. (4^e) 385.

Le droit dans son état actuel est clair : les tribunaux ne peuvent exercer leur compétence *parens patriae* ou de tutelle à l'égard de l'enfant à naître. [...] En droit, la naissance est une condition nécessaire à l'acquisition de la personnalité juridique. La femme enceinte et l'enfant à naître ne forment qu'une seule personne. Enfin, rendre une ordonnance visant à protéger le fœtus empiéterait radicalement sur les libertés fondamentales de la femme enceinte, tant en ce qui concerne le choix d'un mode de vie, que sa manière d'être et l'endroit où elle choisit de vivre²².

Devant cette promotion constante des droits de la femme enceinte, il n'est donc pas surprenant de voir la Cour suprême refuser la demande du jeune Ryan Dobson. La Cour avait d'ailleurs offert, quelques mois auparavant, un avant-goût de cette conclusion dans *Winnipeg* :

Il suffit de signaler qu[e la reconnaissance de la responsabilité de la femme enceinte pour dommages prénatals] soulève de graves questions de principes. La réforme proposée du droit de la responsabilité délictuelle pourrait créer une incertitude considérable et avoir une incidence défavorable sur la vie de beaucoup de gens, sans pour autant assurer la régression des dommages prénatals causés par l'abus de drogues. Ces considérations [...] justifient qu'on laisse au législateur le soin d'apporter une solution à ce problème²³.

La plupart de ces décisions fondamentales concernant la relation mère/fœtus et la responsabilité de la femme enceinte envers l'enfant qu'elle porte furent rendues dans le contexte de la *common law*. En fait, seule l'affaire *Daigle* provient du Québec. Peut-on alors prédire quelle serait la solution primée par le système judiciaire en regard du droit civil québécois, face à une poursuite contre une mère pour dommages prénatals ?

II. L'affaire *Dobson* et la responsabilité en droit civil québécois

La question au cœur de l'affaire *Dobson* tarde à attirer l'attention des juristes québécois. Jamais, jusqu'à présent, un enfant né vivant et viable n'a intenté de poursuites contre sa mère sur la base de son comportement durant la grossesse. Selon un auteur, «l'enfant aurait [théoriquement] [...], en vertu de l'article 1457 du C.c.Q., un recours contre sa mère en raison des dommages prénatals qu'il aurait subi, c'est-à-dire pour des dommages infligés une fois conçu mais avant sa naissance, à condition toutefois qu'il naisse vivant et viable»²⁴. Même si théoriquement possibles, nous sommes d'avis que le droit civil, à l'image de la *common law*, s'opposerait vivement aux réclamations du type de celles présentées par Ryan Dobson.

L'article 1457 du *Code civil du Québec* («C.c.Q.») édicte que «[t]oute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages

²² *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. D.F.G.*, [1997] 3 R.C.S. 925 à la p. 955, 152 D.L.R. (4^e) 193 [ci-après *Winnipeg* avec renvois aux R.C.S.].

²³ *Ibid.* à la p. 953.

²⁴ Bernardi, *supra* note 5 à la p. 194.

ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à *autrui*» [nos italiques]. Peut-on considérer le fœtus comme une entité juridique distincte de la femme enceinte, en conformité avec le sens du terme «autrui» de l'article 1457 ? Bien que le fœtus soit juridiquement reconnu comme partie intégrante de la femme enceinte, le droit québécois est limpide : l'enfant est rétroactivement considéré comme une «personne» s'il naît vivant et viable et qu'il en va de son intérêt²⁵. C'est ainsi qu'un enfant né peut prétendre, à l'encontre d'un tiers, avoir subi un dommage distinct de celui de sa mère même si, à l'époque où l'accident s'est produit, il était encore «en ventre de sa mère»²⁶. À la seule lecture de l'article 1457, Ryan Dobson pourrait donc réclamer de sa mère une indemnisation pour le préjudice subi *in utero*.

Mais, la tradition civiliste s'est toujours gardée d'interpréter des principes abstraits dans un *vacuum* : l'homme doit se soumettre à certaines règles ou valeurs fondamentales afin de préserver l'harmonie sociale²⁷. L'article 9 C.c.Q. affirme justement que, «[d]ans l'exercice des droits civils, [...] il ne peut [...] être dérogé [aux règles du présent code] qui intéressent l'ordre public». Bien que cette disposition trouve principalement application dans la sphère contractuelle²⁸, l'ordre public gouverne l'exercice de tous les droits civils y compris celui d'obtenir réparation pour le manquement à une obligation extracontractuelle²⁹. Par exemple, dans l'affaire *Suite c. Cooke*³⁰, où l'on traite de la responsabilité d'un gynécologue pour sa négligence dans une procédure de stérilisation (action en *wrongful pregnancy* et *wrongful life*), le tribunal s'interroge à savoir si les valeurs fondamentales de la société québécoise, l'ordre public, s'opposent à l'octroi de dommages pour la naissance d'un enfant en pleine santé. De la même manière, il convient maintenant de questionner la légitimité du recours de l'enfant contre sa mère pour dommages prénatals en fonction de considérations relevant de l'ordre public. Nous soutenons qu'un tel recours est contraire à l'ordre public notamment parce qu'il enfreint le droit à l'intégrité physique de la femme enceinte (A), de même que son droit à la protection de sa vie privée (B). Nous restreignons ainsi notre analyse de l'ordre public à ces deux principes, car ils sont explicitement protégés tant dans le *Code civil du Québec* que dans la *Charte québécoise*.

²⁵ Principe inspiré de la maxime romaine *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*.

²⁶ Léveillé, *supra* note 6.

²⁷ B. Lefebvre, «Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec» dans *Développements récents en droit civil (1994)*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1994, 149 à la p. 152.

²⁸ Voir entre autres les articles 1373, 1411 et 1413 C.c.Q.

²⁹ J.-L. Baudouin, *La Responsabilité civile*, 4^e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1994, au para. 215.

³⁰ [1995] R.J.Q. 2765, R.R.A. 849 (C.A.); voir aussi *Engstrom c. Courteau*, [1986] R.J.Q. 3048 (C.S.) et *Cataford c. Moreau*, [1978] C.S. 933.

A. Inviolabilité de la personne

Le droit à l'inviolabilité de la personne est au cœur des valeurs défendues par la société québécoise et canadienne. Chacun, au nom de sa dignité et de son autonomie décisionnelle, mérite d'être protégé contre toute atteinte non consentie à son intégrité physique³¹. Ce principe se retrouve justement codifié aux articles 3 et 10 C.c.Q. ainsi qu'à l'article premier de la *Charte québécoise* : «Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne» [nos italiques]. La protection de l'intégrité physique est à ce point ancrée dans notre tradition juridique qu'un patient peut légitimement décliner tout traitement, alors même qu'un tel refus se soldera inévitablement, et dans un avenir rapproché, par le décès³².

De ce qui précède découle logiquement le principe voulant que nul ne peut être contraint d'utiliser son corps au profit d'une autre personne, même si la vie de celle-ci est en danger³³. Or, c'est indirectement ce qu'on exigerait de la femme enceinte si le recours intenté dans *Dobson* était accueilli. En effet, la future mère n'aurait nul autre choix, face à la menace de sanctions civiles *ex post facto*, que de subir diverses atteintes à son intégrité physique au profit de l'enfant à naître : traitements médicaux, contrôle de ses activités sportives et professionnelles, de son régime alimentaire, etc. Ultime affront : elle pourrait un jour devoir consentir à un avortement ou à une quelconque thérapie fœtale, sachant son enfant atteint d'une malformation génétique grave, par peur d'éventuelles représailles juridiques de la part de celui-ci³⁴. Tout recours en responsabilité contre la femme enceinte pour un préjudice infligé au fœtus est donc contraire à l'ordre public parce qu'il viole l'intégrité physique de la femme³⁵.

³¹ É. Deleury et D. Goubau, *Le Droit des personnes physiques*, 2^e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997, aux pp. 92-96.

³² Voir par ex. *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361, 86 D.L.R. (4^e) 385 (C.S.); voir aussi *Manoir de la Pointe Bleue (1978) c. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712 (C.S.); et *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2^e) 417, 67 D.L.R. (4^e) 321 (C.A.).

³³ R.D. Bell, «Prenatal Substance Abuse and Judicial Intervention in Pregnancy : *Winnipeg Child and Family Services v. G.(D.F.)*» (1997) 55 U.T. Fac. L. Rev. 321 à la p. 329 : «Indeed, no one can be forced to undergo medical treatment for the benefit or health of another. Even a living child has no right to force a parent to undergo an organ transplant, blood transfusion, or other procedure for his or her own benefit». Voir aussi *Cayouette et Mathieu*, [1987] R.J.Q. 2230 (C.S.).

³⁴ Pour le moment, l'action en *wrongful life* est, en général, proscrite tant au Royaume-Uni, qu'au Canada et aux États-Unis : voir entre autres *Mackay c. Essex Area Health Authority*, [1982] 2 W.L.R. 890 (R.U. C.A.); *Arndt c. Smith* (1994), 21 C.C.L.T. (2^e) 66, 93 B.C.L.R. (2^e) 220 (B.C. S.C.); *Bader c. Johnson*, 675 N.E.2d 1119 (Ind. C.A. 1997).

³⁵ Canada, *Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction : Un virage à prendre en douceur*, vol. 2, Ottawa, La Commission, 1993 à la p. 1087 [ci-après *Rapport*].

B. Protection de la vie privée

Par ailleurs, le recours étudié porte gravement atteinte au droit de chacun à la protection de sa vie privée, droit garanti par les articles 35 C.c.Q. et 5 de la *Charte québécoise*³⁶. L'objet et le contenu de ce droit sont ainsi définis :

Le respect de la vie privée se traduit essentiellement par un devoir de non-immixtion, de non-ingérence dans les affaires d'autrui. [...] Cette tranquillité, qui est une valeur psychologique protégée, revêt de multiples aspects concrètement dissemblables : demeurer inconnu ; n'être pas épié ; [...] *ne pas être comptable des actes de son existence quotidienne*³⁷ [nos italiques].

Or, en accueillant le recours du nouveau-né contre sa mère pour préjudice *in utero*, c'est justement l'ensemble des choix et gestes quotidiens les plus banals de la femme enceinte — par exemple, les comportements qui, ordinairement, n'auraient aucun impact sur les tiers comme l'alimentation ou le rythme de vie — que le système judiciaire risque d'examiner au microscope³⁸. Jamais un recours extracontractuel n'a affecté un aussi vaste éventail de facettes de l'existence intime et privée d'un individu.

L'ordre public s'oppose donc à toute violation de la dignité de la femme enceinte par l'entremise du recours en responsabilité pour dommages prénatals. De surcroît, compte tenu de l'état actuel des connaissances scientifiques, la preuve de la responsabilité de la femme enceinte, et plus particulièrement le lien de causalité entre le comportement reproché et l'état physique ou mental du nouveau-né, s'avère fort complexe à démontrer : «[L]a nature ayant également une part à jouer dans le développement fœtal, les rôles sont parfois difficiles à départager en matière de responsabilité»³⁹. Mais, malgré l'impossibilité de tenir une mère civilement responsable envers l'enfant qu'elle porte, le fœtus ne doit pas demeurer sans protection aucune.

III. Les stratégies de protection du fœtus

Tous s'entendent sur un point : il est vital de promouvoir la santé des enfants et ce, à tous les stades de leur développement, y compris celui d'embryon ou de fœtus. D'ailleurs cette préoccupation est présente depuis fort longtemps. Dès 1959, la *Déclaration des droits de l'enfant*⁴⁰ formulée par l'ONU énonçait en préambule : «Considérant que l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juri-

³⁶ *Dobson*, *supra* note 2 au para. 44.

³⁷ Deleury et Goubau, *supra* note 31 à la p. 162.

³⁸ D.E. Johnsen, «The Creation of Fetal Rights : Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection» (1986) 95 *Yale L.J.* 599 à la p. 619 : «[...] in order to enforce fetal rights [...], the state would necessarily intrude in the most private areas of a woman's life. The state would have to police what a woman ate and drank, the types of physical activity in which she engaged, with whom and how often she had sexual intercourse, and where she worked — to name only a few areas of regulation».

³⁹ Bernardi, *supra* note 5 à la p. 197.

⁴⁰ Rés. AG 1386 (XIV), Doc. off. AG NU, 14^e sess., supp. n° 16, Doc. NU A/4354 (1959) 19.

dique appropriée, *avant comme après la naissance*» [nos italiques]⁴¹. Ce besoin de protection est manifeste lorsque l'on consulte les statistiques canadiennes : en 1990, 5,5 % des nouveau-nés naquirent avec un poids insuffisant, 34 % des femmes en âge de procréer déclarèrent fumer régulièrement alors que 15 % des femmes de 25 à 44 ans dirent mener une vie très stressante⁴². De plus, on estime, et ce de manière conservatrice, qu'entre un et trois enfants sur 1000 naissent affectés du syndrome d'alcoolisme fœtal dans les pays industrialisés⁴³. Inévitablement, ces individus malchanceux vivront avec de graves problèmes de santé, en plus de voir leur avenir professionnel et personnel grandement hypothéqué.

Tant dans *Dobson* que dans *Winnipeg*, la Cour suprême a, à juste titre, renvoyé la balle au législateur dans le dossier de la protection de la santé du fœtus. Par exemple, le juge Cory affirmait ceci dans *Dobson* : «Si, en tant que société, les Canadiens croient que les enfants qui ont subi un préjudice en raison de la négligence de leur mère avant leur naissance devraient être indemnisés, alors la solution devrait être formulée, après un examen soigneux et un débat, par le législateur»⁴⁴. Quelles avenues s'offrent alors au législateur afin de promouvoir le bon déroulement des grossesses ? Parmi celles-ci, laquelle s'avère la plus souhaitable : une approche *étatique-interventionniste* (A), centrée sur la sanction de comportements répréhensibles chez la femme enceinte, ou une approche *socio-sanitaire* (B), soucieuse d'encadrer, tant médicalement que socialement, la maternité afin de prévenir les problèmes de développement chez le fœtus ?

A. Approche étatique-interventionniste

Un des premiers réflexes du législateur face à un problème social est de faire appel au droit criminel. Nous pourrions ainsi imposer des sanctions pénales contre la femme enceinte pour ses comportements nuisibles pour la santé du fœtus. Présentement, le *Code criminel*⁴⁵ est relativement muet sur la question et ne prévoit pas expres-

⁴¹ Ce principe est réaffirmé en préambule de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3, R.T. Can. 1992 n° 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990, accession du Canada 1992).

⁴² Institut canadien de la santé infantile (ICSI), *La Santé des enfants du Canada : Profil réalisé par l'ICSI*, 2^e éd., Ottawa, ICSI, 1994 aux pp. 15-40.

⁴³ Santé Canada, «Déclaration conjointe : Prévention du syndrome d'alcoolisme fœtal (SAF) et des effets de l'alcool sur le fœtus (EAF) au Canada» (1996), en ligne : Centre canadien de lutte contre l'alcoolisme et les toxicomanies <<http://www.ccsa.ca/fasstmf.htm>> (date d'accès : 5 août 1999) [ci-après «Déclaration conjointe»]. Le syndrome d'alcoolisme fœtal est une entité clinique qui englobe une série d'anomalies associées à la consommation d'alcool pendant la grossesse. Les effets chez l'enfant peuvent être très importants : retard de croissance prénatal et/ou postnatal, atteinte du système nerveux central, troubles du comportement, troubles d'apprentissage, déficits intellectuels, etc.

⁴⁴ *Dobson*, *supra* note 2 au para. 48.

⁴⁵ L.R.C. 1985, c. C-46.

sément de telles sanctions⁴⁶. En 1989, la Commission de réforme du droit au Canada avait pourtant proposé une solution plus «musclée» par l'insertion de l'article suivant au *Code criminel* :

- (1) Commet un crime quiconque,
 - a) à dessein, par témérité ou par négligence cause la destruction d'un fœtus ou lui cause un préjudice corporel grave ;
 - b) étant une femme enceinte, cause à dessein la destruction de son fœtus ou lui cause délibérément un préjudice grave, par une action quelconque ou en omettant de prendre des dispositions raisonnables pour avoir de l'aide à l'accouchement⁴⁷.

Parallèlement au droit criminel, le législateur pourrait opter pour une intervention plus directe dans la grossesse et ainsi contraindre toute femme enceinte à subir les traitements requis par son état de santé lorsqu'il en va de l'intérêt de l'enfant à naître. Au Canada, peu de dispositions accordent expressément aux tribunaux de tels pouvoirs. D'une part, la *Children's Act*⁴⁸ du Yukon prévoit à son article 133 qu'un juge peut rendre une «ordonnance obligeant la femme à se soumettre à la surveillance ou à la consultation professionnelle raisonnable» s'il possède des motifs sérieux permettant de croire qu'elle consomme des substances nocives à la santé du fœtus. Toutefois, cette disposition fut rapidement déclarée inconstitutionnelle en raison de son imprécision⁴⁹. D'autre part, la *Loi sur les services à la famille* du Nouveau-Brunswick édicte que le terme «enfant» inclut le fœtus («an unborn child»)⁵⁰. En rapprochant cette définition des autres articles de la loi en question, il est permis de croire que les tribunaux du Nouveau-Brunswick jouiront d'une certaine latitude en matière de protection de la santé fœtale. Cependant, il n'y a que très peu d'applications pratiques de la *Loi sur les services à la famille* à l'enfant à naître⁵¹.

⁴⁶ Le *Code criminel* prévoit toutefois des sanctions dans le cas de la négligence d'une femme enceinte à se procurer de l'aide lors de la naissance d'un enfant (art. 242 *Code criminel*) et dans le cas où il y a atteinte à la vie de l'enfant non encore né au cours de sa mise au monde (art. 238 *Code criminel*).

⁴⁷ Canada, Commission de réforme du droit, *Les Crimes contre le fœtus*, Document de travail 58, Ottawa, La Commission, 1989 à la p. 68.

⁴⁸ S.Y.T. 1984, c.2.

⁴⁹ *Joe c. Y.T. (Dir. of Fam. & Children's Services)* (1986), 5 B.C.L.R. (2^e) 267 (Y. S.C.).

⁵⁰ L.R.N.-B. 1983, c. 16, art. 1.

⁵¹ La seule cause où cette loi a été appliquée pour protéger les intérêts du fœtus est *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. A.D.* (1990), 109 R.N.-B. (2^e) 192 (B.R.). Placé devant la preuve de la détresse psychologique de la femme enceinte et de son comportement à l'égard de ses autres enfants, le tribunal ordonne la supervision de la mère et du fœtus pendant six mois. Par supervision, on entend l'obligation d'accoucher à l'hôpital de même que l'obligation de consulter des médecins et autres intervenants lors de la grossesse ; voir aussi M.-A. Jacob, «Femme et fœtus pendant la grossesse : deux patients et sujets de droit autonomes ?» (1997) 11 R.J.E.L. 45 à la p. 54.

Devant cette lacune quant à la protection législative de l'enfant à naître, les défenseurs des droits du fœtus ont cherché à faire interpréter la législation existante en matière de protection des enfants et de la famille comme s'appliquant implicitement au fœtus. Bien que certains tribunaux aient reconnu que le comportement négligent de la mère envers la santé et le développement de l'enfant à naître doit nécessairement avoir un impact sur la détermination du besoin de protection de l'enfant après sa naissance⁵², rares sont ceux qui ont imposé des soins à la femme enceinte contre son gré sur la base des lois de protection des enfants. Par exemple, dans *Re Baby R.*⁵³, le juge Macdonell a refusé de reconnaître qu'un fœtus puisse être considéré comme un «enfant ayant besoin de protection» selon la *Family and Child Service Act* de la Colombie-Britannique⁵⁴ :

[T]he powers of the superintendent to apprehend are restricted to living children that have been delivered. Were it otherwise, then the state would be able to confine a mother to await her delivery of the child being apprehended. For the apprehension of a child to be effective there must be a measure of control over the body of the mother. Should it be lawful in this case to apprehend an unborn child hours before birth, then it would logically follow that an apprehension could take place a month or more before term. Such powers to interfere with the rights of women, if granted and if lawful, must be done by specific legislation and anything less will not do⁵⁵.

Malgré ces sporadiques tentatives d'intervention étatique dans la grossesse, c'est du côté du gouvernement fédéral que l'on assiste présentement au plus explicite débat concernant la protection de la santé des enfants à naître. En effet, la Chambre des communes est à étudier le Projet de loi C-243⁵⁶ qui modifierait l'article 218 du *Code criminel* afin de punir certains comportements de la femme enceinte en plus de permettre toute ordonnance nécessaire à la protection du fœtus⁵⁷ :

⁵² Voir *Re Children's Aid Society for the District of Kenora and J.L.* (1981), 134 D.L.R. (3d) 249 (C.P. Div. fam. Ont.) ; voir aussi *Re Supt. of Family and Child Service and McDonald* (1982), 135 D.L.R. (3d) 330, 37 B.C.L.R. 32 (B.C. S. C.).

⁵³ (1988), 53 D.L.R. (4^e) 69, 30 B.C.L.R. (2^e) 237 (B.C. S.C.) [ci-après *Re Baby R.*].

⁵⁴ S.B.C. 1980, c. 11, art. 1.

⁵⁵ *Re Baby R.*, *supra* note 53 à la p. 80. Voir également *Re A. (in utero)* (1990), 72 D.L.R. (4^e) 722, 75 O.R. (2^e) 82 (Ont. Unif. Fam. Ct.). Dans cette affaire, le tribunal a jugé que la définition du terme «enfant» dans la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* ne confère pas de statut ni de droit au fœtus à la protection contre les abus de la mère. Le juge Steinberg rejette expressément les conclusions du juge Kirkland dans *Re Children's Aid Society and T.* (1987), 59 O.R. (2^e) 204, 7 R.F.L. (3^e) 191 (C.P. Div. Fam.). Dans cette affaire, le tribunal avait conclu qu'un fœtus pouvait bénéficier de la protection de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*.

⁵⁶ P.L. C-243, *Loi modifiant le Code criminel (protection de l'enfant avant sa naissance)*, 1^{er} sess., 36^e Parl., 1997, art.1 (1^{er} lecture le 9 octobre 1997). Ce projet de loi fut présenté par un député de l'opposition (bill privé).

⁵⁷ Du côté des États-Unis, peu de dispositions législatives ne confèrent si explicitement des droits au fœtus à l'encontre de la liberté et l'intégrité de la femme enceinte. En revanche, les tribunaux de la Caroline du Sud ont accepté d'interpréter les lois de protection des enfants afin d'imposer des sanctions criminelles à une femme pour son comportement répréhensible à l'égard du fœtus lors du troi-

218.(1) Pour l'application du présent article, «enfant» s'entend notamment du fœtus que sa mère n'a pas l'intention arrêtée de faire avorter.

- (2) Quiconque étant enceinte consomme, sciemment ou sans se soucier des conséquences de son acte, une substance qui nuit ou est susceptible de nuire à la croissance, au développement ou à la santé d'un enfant qu'elle porte est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal d'un an.
- (3) Lorsqu'une personne a commis l'infraction visée au paragraphe (2), si le tribunal estime qu'il est nécessaire de rendre une ordonnance visant à prévenir la perpétration d'une nouvelle infraction par cette personne à l'égard du même enfant, il peut rendre l'une ou l'autre des ordonnances suivantes :
- (a) une ordonnance confinant la personne à un hôpital ou à un autre établissement approprié dans lequel l'accès aux substances nocives est contrôlé pour le temps que le tribunal estime nécessaire pour la protection de la croissance, du développement et de la santé de l'enfant ;
- (b) une ordonnance de soumettre la personne au traitement que le tribunal estime nécessaire pour la protection de la croissance, du développement et de la santé de l'enfant.

Ces stratégies législatives qui prônent la «méthode dure», c'est-à-dire la punition des femmes enceintes et l'intervention forcée sur leur personne, ne s'avèrent pas la solution idéale. D'abord, suite à notre analyse des décisions de la Cour suprême et des

sième trimestre de sa grossesse (consommation de drogue): *Whitmer c. State*, 492 S.E.2d 777 (S.C. Sup. Ct. 1997). Mais, aucun autre état n'a accepté d'interpréter sa législation de cette manière : voir *Reinesto c. Superior Court of State In and For County of Navajo*, 894 P.2d 733 (Ariz. C.A. 1995) ; *Reyes c. Superior Court*, 75 Cal. App.3d 214 (C.A. 1977) ; *Johnson c. State*, 602 So.2d 1288 (Fla. Sup. Ct. 1992) ; *State c. Luster*, 419 S.E.2d 32 (Ga. C.A. 1992) ; *People c. Hardy*, 469 N.W.2d 50 (Mich. C.A. 1991) ; *People c. Morabito*, 580 N.Y.S.2d 843 (Co. Ct. 1992) ; *Sheriff, Washoe County, Nev. c. Encoe*, 885 P.2d 596 (Nev. Sup. Ct. 1994) ; *State c. Gray*, 584 N.E.2d 710 (Ohio Sup. Ct. 1992) ; *Collins c. State*, 890 S.W.2d 893 (Tex. C.A. 1994) ; *State c. Dunn*, 916 P.2d 952 (Wash. C.A. 1996). De surcroît, en général, les états américains n'ordonnent pas la détention d'une femme enceinte et l'imposition de soins au profit du fœtus : *In re Steven S.*, 126 Cal. App.3d 23 (C.A. 1981) ; *State ex rel. Angela M.W. c. Kruzicki*, 561 N.W.2d 729 (Wis. Sup. Ct. 1997) ; *Matter of Dittrick Infant*, 263 N.W.2d 37 (Mich. C.A. 1977) ; *Taft c. Taft*, 446 N.E.2d 395 (Mass. Sup. Ct. 1983). Voir toutefois les décisions américaines qui autorisent le médecin à procéder à une césarienne ou à une transfusion sanguine en l'absence du consentement de la femme enceinte alors que le fœtus a atteint la viabilité : *Raleigh Fikkin-Paul Morgan Memorial Hospital and Ann May Memorial Foundation in Town of Neptune c. Anderson*, 201 A.2d 537 (N.J. Sup. Ct. 1964) ; *Jefferson c. Griffin Spalding County Hospital Authority*, 274 S.E.2d 457 (Ga. Sup. Ct. 1981) ; *Application of Jamaica Hosp.*, 491 N.Y.S.2d 898 (Sup. Ct. 1985) ; *Crouse Irving Memorial Hosp. c. Paddock*, 485 N.Y.S.2d 443 (Sup. Ct. 1985) ; *In re A.C.*, 533 A.2d 611 (D.C. C.A. 1987). Voir enfin J.K. Levy, «Jehovah's Witnesses, Pregnancy, and Blood Transfusions : A Paradigm for the Autonomy Rights of all Pregnant Women» (1999) 27 J.L., Med. & Eth. 171.

valeurs sous-jacentes, on peut douter de la constitutionnalité de telles mesures⁵⁸. De plus, outre l'atteinte considérable à l'intégrité physique et au droit à la protection de la vie privée de la femme enceinte⁵⁹, plusieurs croient que ces politiques draconiennes auraient un impact pernicieux sur la santé des femmes et celle de leur enfant à naître. Imposer des sanctions contre la femme enceinte, c'est s'enliser dans un cercle vicieux par lequel la société ne fait qu'exacerber le degré de culpabilité et de honte déjà fort important chez celles dont le comportement pose des risques pour la santé de leur futur bébé⁶⁰. Par conséquent, les femmes enceintes pourraient hésiter à consulter un professionnel afin d'obtenir des soins prénatals et ce, par crainte que ce spécialiste ne découvre la moindre négligence qui risquerait d'endommager le fœtus. La relation de confiance, pierre angulaire du rapport médecin-patient, est donc totalement incompatible avec l'approche coercitive. La Société des obstétriciens et gynécologues du Canada, à l'image de bon nombre d'associations médicales tant au Canada qu'aux États-Unis, est de cet avis :

It is false to assume that intervention will necessarily benefit the fetus. Intervention discourages women whose fetuses may be most at risk from seeking medical care, as it erodes the trust necessary for pregnant women to gain access to prenatal care and other services that could help to promote the birth of healthier infants. The physician must remain a conduit to care for pregnant women, an advocate for access to appropriate services⁶¹.

En outre, l'efficacité de cette forme de protection de la santé des enfants à naître est discutable parce que le risque le plus élevé de préjudices irréparables chez le fœtus existe au cours des premières semaines suivant la conception, alors que fréquemment, la femme ne sait même pas qu'elle est enceinte. Comment peut-on alors prétendre que

⁵⁸ M. Jackman, «The Canadian Charter as a Barrier to Unwanted Medical Treatment of Pregnant Women in the Interests of the Fetus» (1993) 14 Health L. Can. 49 ; voir aussi Bell, *supra* note 33.

⁵⁹ Voir la section II.B. du présent commentaire.

⁶⁰ Colombie-Britannique, Ministry for Children and Family, «Community Action Guide : Working Together for the Prevention of Fetal Alcohol Syndrome — Section 5 : Taking Action in Your Community», en ligne : <<http://www.mcf.gov.bc.ca/pubs/fas5a.html>> (dernière modification : 27 septembre 1999) : «For women with addiction problems feelings of guilt and shame can make it even harder to stop or reduce the use of alcohol and other drugs. Helping these women involves reducing their guilt and grief, and helping them discover their physical, emotional and spiritual health».

⁶¹ La Société des obstétriciens et gynécologues du Canada, «Involuntary Intervention in the Lives of Pregnant Women» (1997), en ligne : <http://www.sogc.medical.org/sogc_docs/common/guide/guideindex.htm> (date d'accès : 27 juillet 1999) [ci-après «SOGC Guidelines»]. Voir également : American Academy of Pediatrics, Committee on Substance Abuse, «Drug-Exposed Infants» (1995) 96 Pediatrics 364 ; American Medical Association, «Legal Intervention during Pregnancy (H-420.969)» (1990), en ligne : <<http://www.ama-assn.org/mem-data/wmmed/policy/policy.htm>> (date d'accès : 27 juillet 1999) ; American Nurses Association, «Opposition to Criminal Prosecution of Women for Use of Drugs while Pregnant» (5 avril 1991), en ligne : <<http://www.nursingworld.org/readroom/position/drug/drpreg.htm>> (date d'accès : 2 août 1999) ; voir enfin *Rapport*, *supra* note 35 aux pp. 1085-86.

l'imposition de sanctions criminelles et leur effet dissuasif pourront bénéficier à l'enfant «en ventre de sa mère»⁶² ?

Par ailleurs, ouvrir la porte à l'intervention judiciaire dans l'existence de la femme enceinte, c'est s'aventurer en terrain glissant. En effet, dans le contexte actuel où les progrès fulgurants de la génétique et du dépistage prénatal ne cessent d'étonner, permettre à l'État de s'ingérer dans le pouvoir purement personnel de la procréation pourrait mener à des résultats indésirables. Entre forcer une femme à subir des traitements dans l'intérêt du fœtus et contraindre celle-ci à se faire avorter en raison du résultat d'un examen prénatal révélant une malformation grave chez le fœtus, il n'y a qu'un pas à franchir⁶³. Ne risque-t-on pas alors de voir le spectre de l'eugénisme refaire surface au nom de la protection de l'intérêt du fœtus et de la société⁶⁴ ?

En fait, c'est la dignité de la femme, sa place au sein de la société canadienne et québécoise qui souffre à nouveau de tout ce débat entourant la criminalisation et le traitement du comportement abusif de la femme enceinte :

[L]es décisions tendant à criminaliser la conduite de la femme pendant la grossesse sont révélatrices en ce qu'elles renvoient une certaine perception du rôle de celle-ci, réduite à une activité de pondeuse. Ainsi considérée sous le seul angle de la reproduction humaine, la femme perd sa qualité de personne capable, douée de raison, pour ne devenir qu'un appareil reproducteur qu'il faut contrôler pour en assurer le bon fonctionnement jusqu'à ce que le travail soit complété⁶⁵.

En plus de devoir traditionnellement porter la majeure partie du fardeau économique et social relié à la grossesse, les femmes seraient transformées en «assureurs» de la santé de l'enfant à naître. Vue sous cet angle, la grossesse deviendrait un véritable risque juridique pour bon nombre de femmes. Décider de mener à terme sa grossesse pourrait signifier s'exposer au regard inquisiteur de l'État sur ses choix personnels jusqu'à la menace d'une intervention forcée sur son corps. Ne risque-t-on pas alors de percevoir un impact négatif sur le taux de natalité en plus de constater un accroissement dans la pratique des avortements⁶⁶ ?

De surcroît, on peut prédire que dans bon nombre de cas, ce seront des femmes issues de milieux défavorisés, n'ayant que peu ou pas de contrôle sur la situation de misère dans laquelle elles se trouvent, qui feront l'objet des mesures coercitives :

⁶² S. Martin et M. Coleman, «Judicial Intervention in Pregnancy» (1995) 40 McGill L.J. 947 à la p. 982.

⁶³ À l'heure actuelle, un organisme américain sans but lucratif offre une compensation monétaire aux femmes dépendantes de la drogue qui acceptent de se faire stériliser : voir T. Robertson, «Sterilization Program for Drug-Addicted Mothers Offers Cash Incentive» *National Post* (2 septembre 1999) A14.

⁶⁴ D. Heyd, «Prenatal Diagnosis : Whose Right?» (1995) 21 J. Med. Eth. 292. Voir également J.E. Bowman, «The Road to Eugenics» (1996) 3 U. Chi. L. Sch. Roundtable 491 ; voir aussi L. Gillam, «Prenatal Diagnosis and Discrimination Against the Disabled» (1999) 25 J. Med. Eth. 163.

⁶⁵ Bernardi, *supra* note 5 à la p. 214 ; voir également F. Forsyth, «Lynch v. Lynch & Anor» (1992) 18 Melb. U.L. Rev. 950 à la p. 953 et *Rapport, supra* note 35 aux pp. 1086-87.

⁶⁶ Bell, *supra* note 33 à la p. 339.

Au Canada aussi bien qu'aux États-Unis, les femmes qui font l'objet d'une intervention concernant la grossesse ou l'accouchement sont aussi soumises à une surveillance de l'État du fait de leur situation économique précaire et de leur recours antérieur aux services publics afin de combler leurs besoins. [...] Toutes les femmes visées par les jugements rendus au Canada en matière d'ingérence dans leurs décisions en matière de reproduction avaient précédemment eu affaire aux services sociaux publics⁶⁷.

En plus des inégalités économiques, la politique étatique-interventionniste ne tient pas compte du fait que les femmes, dont les comportements présentent des dangers pour la santé du fœtus (drogue, alcool), sont bien souvent victimes de violence⁶⁸ :

[L]es femmes visées par les décisions judiciaires semblent vivre dans des relations où elles sont victimes d'actes de violence de la part des hommes. [...] Dans les décisions qui obligent la femme à recevoir des soins ou lui refusent la garde de son enfant, les observations relatives aux actes de violence du conjoint ne font jamais mention des répercussions de cette violence sur sa capacité d'obtenir les services voulus ou à prendre soin de ses enfants comme il se doit. On ne mentionne jamais la responsabilité du conjoint⁶⁹.

Enfin, plus que la femme elle-même, c'est l'institution de la famille qui est menacée par toutes ces mesures. Des tensions inévitables risquent de surgir au sein de la cellule familiale et maritale lors de la grossesse. Obligée par la loi d'adopter un mode de vie irréprochable du point de vue de la santé de l'enfant à naître, la femme enceinte risque d'être constamment sous la surveillance étroite de son conjoint et, plus généralement, de l'ensemble de sa famille⁷⁰.

L'approche étatique-interventionniste ne semble donc pas être la meilleure solution pour garantir la santé des nouveau-nés. Elle se concentre démesurément sur la seule responsabilité de la femme et néglige du même coup le contexte social, culturel et économique dans lequel la grossesse est vécue. La protection législative de l'enfant à naître n'est toutefois pas une utopie. Il existe véritablement des solutions qui conju-

⁶⁷ S. Rodgers, «L'Intervention judiciaire touchant la grossesse et l'accouchement» dans Canada, *Questions d'ordre éthique et juridique liées aux nouvelles techniques de reproduction : Grossesse et parentalité*, Collection d'études de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, vol. 4, Ottawa, La Commission, 1993 à la p. 102.

⁶⁸ C. MacIntosh, «Conceiving Fetal Abuse» (1998) 15 Can. J. Fam. L. 178 à la p. 219 : «[M]ost approaches to "fetal abuse" are simplistic, dualistic, and based on premises which may be more harmful than helpful, both to women overall and to pregnant women in particular. In general, these positions have tended to over-represent the power of individual women to control the well-being of their pregnancies, while ignoring such factors as the impossibility of many women to control or prevent acts of violence directed at them which simultaneously impact upon women's well-being and that of a developing fetus. Although children whose fetal development has been damaged by truly preventable causes are certainly victims, it is clearly naive to assert that such damage can be averted by controlling women while allowing the conditions which lead to fetal damage to continue to occur (e.g. battering by male partners directly, or substance abuse that may be the response to such battering)».

⁶⁹ Rodgers, *supra* note 67 à la p. 103.

⁷⁰ Jacob, *supra* note 51 à la p. 80.

guent à la fois la dignité de la femme et le droit de l'enfant de débiter sa vie dans les meilleures conditions possibles. Tout cela passe nécessairement par un changement dans la conception sociale de la relation mère-fœtus : la femme enceinte et l'enfant qu'elle porte ne sont pas des adversaires légaux ; la femme enceinte n'est pas «l'abuseur» et le fœtus, «la victime». Ils vivent plutôt une relation unique d'intimité, d'amour et de proximité. Dès qu'elle se sait enceinte, la future mère a donc un devoir moral envers cet «être» qu'elle porte : elle devra faire des choix, des sacrifices afin d'offrir au fœtus un développement optimal. Une telle responsabilité ne saurait exister sans un soutien constant et compréhensif de la part du milieu :

La meilleure façon de procéder n'est pas de contraindre les femmes enceintes à adopter certains comportements, mais plutôt de leur offrir un environnement qui les soutient et qui les aide, dans lequel elles peuvent prendre des décisions éclairées et choisir parmi les solutions réalistes qui s'offrent à elles avant et pendant leur grossesse⁷¹.

B. Approche socio-sanitaire

L'approche socio-sanitaire cherche justement à détourner les projecteurs de la femme enceinte pour conscientiser la population à l'effet que la santé des nouveau-nés est une question qui concerne l'ensemble de la société. Contrairement à l'approche étatique-interventionniste qui ne fait que réagir à une situation problématique, l'approche socio-sanitaire «prévient les coups» et mise sur la recherche de solutions durables par un soutien aux femmes enceintes. Cet encadrement social de la maternité se traduit par trois concepts : sensibilisation, prévention et traitement.

D'abord, il est primordial de sensibiliser l'ensemble de la population et ce, dès le moment où les individus sont en âge de procréer, quant à l'impact des choix de mode de vie sur la santé et le bon développement de l'enfant à naître⁷². Cela passe notamment par l'identification précise, preuves à l'appui, des comportements potentiellement néfastes, tels la consommation d'alcool, de drogues, de tabac ainsi que la malnutrition. De plus, des campagnes d'éducation devraient cibler et s'adapter plus particulièrement aux groupes à risques, tout en insistant sur la responsabilité du père dans le bon déroulement de la grossesse et sur son rôle primordial à titre de soutien moral, affectif et économique. Enfin, il importe de fournir aux membres de la profession médicale les outils nécessaires pour réagir efficacement : une formation complète en matière de santé prénatale et surtout, une sensibilisation quant aux ressources communautaires disponibles pour le soutien des femmes enceintes. Ainsi, ils pourront mieux conseiller leurs patientes face aux choix auxquels elles seront confrontées, en plus de déceler rapidement celles qui auront un comportement à risque pour mieux les orienter vers les soins et ressources appropriés. Tel que l'affirme Santé Canada :

Les efforts de prévention devraient être dirigés vers les femmes avant et pendant la période de la procréation, de même que vers les personnes qui ont de

⁷¹ *Rapport, supra* note 35 à la p. 1090.

⁷² *Ibid.*, voir en particulier la recommandation 275 à la p. 1093.

l'influence sur elles, entre autres, leur partenaire, leur famille et les membres de la collectivité. Tous les efforts doivent tenir compte de la famille et du milieu culturel, autrement dit, cibler aussi bien la femme enceinte que son partenaire et son milieu familial dans le contexte de la collectivité à laquelle ils appartiennent. De plus, ils doivent reposer sur une démarche intégrée, en d'autres termes, mobiliser tous les services que suppose la prise en compte des besoins souvent complexes de ces femmes sur les plan social, économique et affectif⁷³.

Mais, une campagne d'éducation ne saurait avoir un impact substantiel sur la santé des nouveau-nés si elle ne s'accompagne pas de mesures additionnelles de prévention. Par exemple, l'État devrait mettre en place un programme d'assistance directe aux femmes enceintes dans le besoin sous forme, par exemple, d'octrois d'allocations prénatales et de compléments alimentaires ou vitaminiques⁷⁴. De plus, l'État devrait faciliter l'accès aux femmes enceintes à des spécialistes, tels des nutritionnistes, capables de les guider dans leurs choix personnels lorsque vient le temps de la grossesse.

Plus important encore, la promotion de la santé des nouveau-nés passe par l'amélioration générale des conditions économiques et sociales des familles les plus pauvres. En effet, la pauvreté représente un facteur responsable en grande partie des troubles de santé chez les nouveau-nés⁷⁵. Dans un rapport américain, on constate à quel point les efforts de réduction de la pauvreté sont nécessaires à la lutte contre les problèmes de santé chez les nourrissons :

Ultimately, however, the nation's persistently high rate of low birth weight would be most effectively addressed through a dedicated, national commitment to assuring adequate support to individuals and families, including ample income and health care. Sufficient evidence is available to point to significant health benefits of an integrated approach to health and well-being, incorporating high-quality medical care with protections against poverty and its circumstances⁷⁶.

Enfin, la société devrait faciliter l'accès des femmes enceintes aux soins de santé, particulièrement aux programmes de désintoxication, ainsi qu'à un «counseling» personnalisé et adapté à leurs besoins.

La mise en œuvre de ces politiques d'inspiration socio-sanitaire s'avère donc la voie à suivre. Plus compatible avec le droit de la femme à l'autonomie en matière de

⁷³ «Déclaration conjointe», *supra* note 43.

⁷⁴ À l'heure actuelle, un tel programme existe notamment au niveau du gouvernement fédéral. Ce programme, chapeauté par Santé Canada, est appelé «Programme canadien de nutrition prénatale» et finance des projets locaux d'aide à la maternité tant avant qu'après la naissance. Voir le site internet de Santé Canada : <<http://www.hc-sc.gc.ca/hppb/enfance-jeunesse/pc/pcnp>>.

⁷⁵ D. Hughes et L. Simpson, «The Role of Social Change in Preventing Low Birth Weight» (printemps 1995), en ligne : <<http://www.futureofchildren.org/LBW/07LBWHUG.htm>> (date d'accès : 28 octobre 1999) : «Like many other health conditions, low birth weight is strongly associated with socio-economic status. Studies in this country and others show that rates of low birth weight increase with decreasing socio-economic status. This association persists across various measures of socio-economic status, including occupation of the mother and/or father, income, and education».

⁷⁶ *Ibid.*

procréation et le respect de son intégrité physique, parions que l'encadrement de la grossesse permettra aux enfants du pays de débiter leur vie du bon pied. C'est d'ailleurs l'opinion de plusieurs organismes dont La Société des obstétriciens et gynécologues du Canada :

The SOGC recommends that adequate resources should be made available for the development of effective programmes and services to ensure that all pregnant women have access to good health care, proper counselling and rehabilitation, safe living conditions, and adequate nutrition. Rather than forced medical intervention, improvement in communication and counselling in a non-judgmental fashion is the best approach for resolving differences in medical opinion and patient perspective. The primary objective of physicians who work with pregnant women should be to promote the women's health and well-being while respecting their autonomy⁷⁷.

Conclusion

Le débat sur les droits du fœtus et de la femme qui le porte n'est certes pas clos. Mais la Cour suprême du Canada, notamment dans l'affaire *Dobson*, indique assez justement l'optique dans laquelle la société québécoise et canadienne doit poursuivre sa réflexion quant à la promotion de la santé fœtale. Celle-ci se trouve beaucoup mieux servie par une approche «socio-sanitaire», plus compréhensive, que par l'imposition de sanctions ou la menace d'une ordonnance judiciaire de traitement de la femme enceinte. La santé de l'enfant à naître ne concerne pas que la future mère : il s'agit d'un problème de société dont la solution passe par la prévention et le soutien des femmes enceintes à tous les stades de leur grossesse. Cette approche préventive, plutôt que coercitive ou punitive, ne s'inscrit-elle pas dans la volonté de plus en plus ferme, en droit canadien, de rechercher des alternatives viables à la justice pénale⁷⁸ ?

Après plus d'une décennie de débats juridiques opposant la mère au fœtus, n'est-il pas temps de tourner la page ? Avec l'émergence de la thérapie fœtale et d'une médecine pré-conceptuelle, nous avons donc besoin plus que jamais, tant en droit civil qu'en *common law*, d'une confirmation législative sans équivoque de l'autonomie de la femme enceinte dans la procréation et, notamment, d'une reconnaissance inconditionnelle de l'immunité de la mère contre toutes poursuites en réparation de préjudices *in utero*.

⁷⁷ «SOGC Guidelines», *supra* note 61 à la p. 2.

⁷⁸ Voir à ce sujet la Commission du droit du Canada: J.J. Llewellyn et R. Howse, «La Justice réparatrice : cadre de réflexion», en ligne : <<http://www.cdc.gc.ca/fr/papers/howse.html>> (date d'accès : 27 octobre 1999).