

Cynthia Dobson *Appellant*

v.

**Ryan Leigh MacLean Dobson by his
Litigation Guardian, Gerald
M. Price** *Respondent*

and

**The Canadian Abortion Rights Action
League, the Evangelical Fellowship of
Canada and the Catholic Group for Health,
Justice and Life** *Interveners*

**INDEXED AS: DOBSON (LITIGATION GUARDIAN OF) v.
DOBSON**

File No.: 26152.

1998: December 8; 1999: July 9.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier,
Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and
Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW
BRUNSWICK

*Torts — Negligence — Motor vehicle accident —
Action by child for prenatal negligence against mother
— Whether mother liable in tort for damages to her
child arising from an alleged prenatal negligent act
which injured her foetus.*

The appellant was 27 weeks pregnant when the vehicle she was driving collided with another resulting in prenatal injuries to her foetus which resulted in his birth by Caesarian section later that day. These prenatal injuries caused permanent mental and physical impairment. The child brought an action for damages against his mother alleging that the collision was caused by her negligent driving. The motion judge found that the respondent had the legal capacity to sue for injuries caused by the appellant's alleged prenatal negligence. The Court of Appeal dismissed the appeal from that decision. At issue here is whether a mother should be

Cynthia Dobson *Appelante*

c.

**Ryan Leigh MacLean Dobson, représenté
par son tuteur à l'instance, Gerald
M. Price** *Intimé*

et

**L'Association canadienne pour le droit à
l'avortement, l'Alliance évangélique du
Canada et le Catholic Group for Health,
Justice and Life** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ: DOBSON (TUTEUR À L'INSTANCE DE) c.
DOBSON**

N° du greffe: 26152.

1998: 8 décembre; 1999: 9 juillet.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Accident
de la route — Action intentée par un enfant contre sa
mère pour négligence commise avant la naissance — La
mère doit-elle être tenue délictuellement responsable du
dommage subi par son enfant en raison de la négligence
dont elle aurait fait preuve avant la naissance laquelle a
causé un préjudice au fœtus qu'elle portait?*

L'appelante en était à sa vingt-septième semaine de grossesse lorsque le véhicule qu'elle conduisait a heurté un autre véhicule. Le foetus qu'elle portait a été blessé et il est né prématurément par césarienne plus tard le même jour. Ces blessures prénatales sont à l'origine de l'incapacité mentale et physique permanente dont est atteint l'enfant. Celui-ci a intenté une action en responsabilité contre sa mère, alléguant que la collision avait été provoquée par sa négligence au volant. Le juge saisi de la requête a conclu que l'intimé avait la capacité juridique d'agir en justice pour obtenir réparation du préjudice causé par la négligence qu'aurait commise l'appelante avant la naissance. La Cour d'appel a rejeté l'appel formé contre cette décision. Il s'agit de savoir si la mère doit être tenue délictuellement responsable du dommage

liable in tort for damages to her child arising from a prenatal negligent act which allegedly injured her foetus.

Held (Major and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci and Binnie JJ.: The judicial recognition of a legal duty of care owed by a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child requires that the two-step test articulated in *Kamloops* be satisfied — (1) establishment of a relationship sufficient to establish a duty of care, and (2) existence of no public policy considerations negating this duty of care. The conclusion reached with respect to the second branch of that test determines the outcome of this appeal. The public policy concerns raised in this case are of such a nature and magnitude that they clearly indicate that a legal duty of care cannot, and should not, be imposed by the courts upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child. However, unlike the courts, the legislature may enact legislation in this field, subject to the limits imposed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

In light of the very demanding biological reality that only women can become pregnant and bear children, the courts should be hesitant to impose additional burdens upon pregnant women. In addition, the relationship between an expectant woman and her foetus is truly unique. Accordingly, there can be no meaningful analogy between a child's action for prenatal negligence against a third-party tortfeasor, on the one hand, and against his or her mother, on the other.

The actions of a pregnant woman, including driving, are inextricably linked to her familial role, her working life, and her rights of privacy, bodily integrity and autonomous decision-making. Moreover, the judicial recognition of this cause of action would involve severe psychological consequences for the relationship between mother and child, as well as the family unit as a whole. The imposition of tort liability in this context would have profound effects upon every pregnant woman and upon Canadian society in general. Such after-the-fact judicial scrutiny of the subtle and complicated factors affecting a woman's pregnancy may make life for women who are pregnant or who are merely

subi par son enfant en raison d'un comportement négligent avant la naissance qui aurait infligé un préjudice au fœtus qu'elle portait.

Arrêt (les juges Major et Bastarache sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci et Binnie: La reconnaissance judiciaire d'une obligation légale de diligence pesant sur la femme enceinte à l'égard du fœtus qu'elle porte ou de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite exige que soit respecté le critère à deux volets formulé dans l'arrêt *Kamloops* — 1) la formation de relations suffisamment étroites pour donner naissance à l'obligation de diligence, et 2) l'inexistence de motifs touchant la politique publique pour justifier le rejet de cette obligation de diligence. La conclusion tirée relativement au second volet de ce critère détermine l'issue du présent pourvoi. La nature et l'ampleur des considérations touchant la politique publique soulevées en l'espèce sont telles qu'elles indiquent clairement qu'une obligation légale de diligence ne peut pas, et ne doit pas, être imposée par les tribunaux à la femme enceinte à l'égard du fœtus qu'elle porte ou de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite. Cependant, contrairement aux tribunaux, le législateur peut légiférer en la matière, sous réserve des limites imposées par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Compte tenu de la réalité biologique très exigeante qui veut que seules les femmes puissent devenir enceintes et porter des enfants, les tribunaux doivent hésiter à imposer des fardeaux supplémentaires aux femmes enceintes. En outre, la relation entre la femme enceinte et le fœtus est véritablement unique. Par conséquent, il ne peut y avoir aucune comparaison utile entre, d'une part, l'action qu'exerce un enfant pour négligence commise avant sa naissance contre le tiers auteur d'un délit, et, d'autre part, celle qu'il dirige contre sa mère.

Les actes de la femme enceinte, incluant la conduite automobile, sont inextricablement liés à son rôle familial, à sa vie professionnelle et à son droit à la vie privée, à l'intégrité physique et à l'autonomie décisionnelle. De plus, la reconnaissance par les tribunaux de cette cause d'action aurait de graves conséquences psychologiques sur la relation entre la mère et l'enfant, de même que sur toute la cellule familiale. L'imposition d'une responsabilité délictuelle dans ce contexte aurait des effets profonds sur chaque femme enceinte et sur la société canadienne en général. Un tel examen après le fait par les tribunaux des facteurs subtils et complexes touchant la grossesse est susceptible de rendre insupportable la vie

contemplating pregnancy intolerable. The best course, therefore, is to allow the duty of a mother to her foetus to remain a moral obligation which, for the vast majority of women, is already freely recognized and respected without compulsion by law.

There is as well a need for judicial restraint in the development of tort law as it pertains to sensitive and far-reaching issues of public policy. The imposition of a legal duty of care upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child cannot be characterized as the simple application of existing tort rules to meet the requirements of a specific case. Rather, it constitutes a severe intrusion into the lives of pregnant women, with potentially damaging effects on the family unit.

Moreover, there can be no satisfactory judicial articulation of a standard of conduct for pregnant women. A rule based on a “reasonable pregnant woman” standard raises the spectre of tort liability for lifestyle choices, and undermines the privacy and autonomy rights of women. A compromise judicial solution, based on the murky distinction between “lifestyle choices peculiar to parenthood” and a “general duty of care” owed to third parties, is simply too vague to be manageable, and will inevitably lead to inequitable and uncertain results.

Finally, a rule based on a strictly defined motor vehicle exception to delineate the scope of maternal tort liability should not be created by the judiciary. To do so would be to sanction a legal solution based solely on access to insurance. If this approach were to be adopted, the provincial legislatures would be required to amend their legislative compensation regimes for motor vehicle accidents. Any such amendment might well be required to specify that it constituted an exception to the general rule of maternal tort immunity for prenatal negligence, and that the injured child could not recover damages above the limit established by the insurance scheme. A carefully tailored solution could benefit both the injured child and his or her family, without unduly restricting the privacy and autonomy rights of women.

des femmes qui sont enceintes ou qui ne font qu’envisager de le devenir. La meilleure solution consiste donc à permettre que l’obligation de la mère envers le fœtus demeure une obligation morale reconnue de plein gré par la plupart des femmes et respectée par elles sans que la loi ne les y oblige.

La retenue judiciaire s’impose également lorsqu’il s’agit de l’évolution du droit de la responsabilité délictuelle relativement à des questions délicates et d’une portée considérable touchant la politique publique. L’imposition à la femme enceinte d’une obligation légale de diligence à l’égard du fœtus qu’elle porte ou de l’enfant auquel elle donne naissance par la suite ne peut être qualifiée de simple application des règles existantes en matière délictuelle afin de satisfaire aux exigences d’une affaire particulière. Elle constitue plutôt une intrusion grave dans la vie des femmes enceintes qui est susceptible d’entraîner des effets négatifs sur la cellule familiale.

De plus, aucune norme de conduite formulée par les tribunaux pour les femmes enceintes ne peut donner satisfaction. Une règle fondée sur la norme de la «femme enceinte raisonnable» fait apparaître le spectre de la responsabilité délictuelle pour des choix de mode de vie, et elle porte atteinte au droit des femmes à la vie privée et à l’autonomie. Une solution judiciaire mitoyenne, fondée sur la distinction floue entre les «choix de style de vie particul[iers] du parent» et l’«obligation générale de diligence» envers les tiers, est simplement trop vague pour être applicable et mènera inévitablement à des résultats inéquitables et incertains.

Finalement, les tribunaux ne doivent pas créer une règle fondée sur une exception strictement définie concernant les véhicules à moteur pour déterminer l’étendue de la responsabilité délictuelle de la mère car en agissant de la sorte, ils sanctionneraient une solution reposant uniquement sur l’accès aux assurances. Si cette approche était retenue, les législateurs provinciaux seraient obligés de modifier leurs régimes légaux d’indemnisation des victimes d’accidents de la circulation. Cette modification pourrait bien s’avérer nécessaire pour préciser que la solution retenue constitue une exception à la règle générale de l’immunité de la mère en matière délictuelle pour la négligence commise avant la naissance et que l’enfant atteint d’un préjudice ne peut obtenir de dommages-intérêts supérieurs à la limite fixée par le régime d’assurance. Une solution soigneusement élaborée pourrait profiter tant à l’enfant ayant subi un préjudice qu’à sa famille, sans porter indûment atteinte au droit des femmes à la vie privée et à l’autonomie.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: The common law must reflect the values reflected in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Applying common law liability for negligence generally to pregnant women in relation to the unborn trenches unacceptably on the liberty and equality *Charter* interests of pregnant women. The intrusion on the autonomy of the pregnant woman by common law tort liability cannot be reduced to the point where the infringement on a woman's liberty and equality interests is acceptable without distorting its methodology and introducing new difficulties. The proposal that only children "born alive" can sue leaves a vast scope for curtailment of the pregnant woman's autonomy. The proposal that liability follows only where the mother is insured against the damage flies in the face of the maxim that tort liability cannot be predicated on the defendant's means. The precept that a common law duty of care arises from the relationship between the parties is violated by the proposal that liability should be restricted to where a pregnant woman owes "general" duty to hypothetical people or by its variant that duty is owed to actual third parties.

Per Major and Bastarache JJ. (dissenting): The appellant mother owed a duty of care to other users of the highway, to passengers in her car and to her foreseeably injured born alive child. No intrusion into a pregnant woman's freedom of action can be demonstrated where a duty of care is owed to a third party in respect of the very same behaviour of which the child complains. The pregnant woman's freedom of action is not in issue in this appeal. This bright-line test easily distinguishes situations in which the pregnant woman's freedom of action is in issue from those where it is not. Tort law is well equipped to distinguish between the two.

The bare assertion of social policy concerns expressly and unilaterally centred on a pregnant woman's rights is not a sufficient answer to determine whether a pregnant woman's rights should prevail over the equally recognized rights of her born alive child. While the law may grant immunity from liability based on policy reasons, those reasons, which must be clear and compelling, are

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin: La common law doit refléter les valeurs consacrées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Appliquer de façon générale la responsabilité pour négligence prévue en common law aux femmes enceintes à l'égard des enfants à naître porte atteinte de façon inacceptable au droit à la liberté et à l'égalité garanti par la *Charte* à ces femmes. L'ingérence de la responsabilité délictuelle prévue en common law dans l'autonomie de la femme enceinte ne peut pas être réduite de manière que l'atteinte portée au droit à la liberté et à l'égalité de la femme soit acceptable sans dénaturer la méthodologie de la common law ni introduire de nouvelles difficultés. La proposition voulant que seuls les enfants «nés vivants» puissent agir en justice laisse subsister un large champ d'intervention ouvert à ceux qui voudraient réduire l'autonomie de la femme enceinte. La proposition selon laquelle la responsabilité de la mère n'est engagée que si celle-ci a souscrit une police d'assurance pour la couvrir va complètement à l'encontre de la maxime voulant que la responsabilité délictuelle ne peut être fondée sur les ressources du défendeur. La proposition selon laquelle la responsabilité doit être limitée aux cas où la femme enceinte est tenue d'une obligation «générale» à l'égard de tiers hypothétiques ou, suivant une variante de cette proposition, à l'égard de véritables tiers, déroge au précepte qui veut qu'en common law l'obligation de diligence découle de la relation qui existe entre les parties.

Les juges Major et Bastarache (dissidents): La mère appelante avait une obligation de diligence envers les autres usagers de la route, les passagers de son véhicule ainsi qu'envers son enfant qui est né vivant et atteint d'un préjudice qu'on pouvait prévoir. Il n'est pas possible d'établir qu'il y a atteinte à la liberté d'action de la femme enceinte lorsqu'elle est tenue d'une obligation de diligence envers un tiers relativement au comportement dont se plaint son enfant né vivant. La liberté d'action de la femme enceinte n'est pas en cause dans le présent pourvoi. Ce critère permet d'établir facilement une distinction nette entre les situations dans lesquelles la liberté d'action de la femme enceinte est en cause et celles où sa liberté d'action ne l'est pas. Le droit de la responsabilité délictuelle dispose des outils nécessaires pour établir une distinction entre les deux.

Le simple renvoi à des considérations de politique sociale expressément et unilatéralement centrées sur les droits de la femme enceinte ne constitue pas une réponse suffisante à la question de savoir si les droits de la femme enceinte doivent l'emporter sur les droits également reconnus de son enfant né vivant. Bien que le droit puisse accorder une immunité pour des raisons

conspicuously absent here. The removal of the child's cause of action is extreme and the policy reasons for doing so should be obvious and persuasive. No jurisprudence was advanced that would negate a pregnant woman's legal responsibility for negligent acts against her born alive child where the effects of those acts are reasonably foreseeable and where they violate the physical integrity of a legal person. The special relationship between a pregnant woman and her foetus is significant for both the mother-defendant and the born alive child-plaintiff and the legal or social policy implications to be drawn from this biological fact cannot be ascertained in the absence of equal acknowledgment of the rights of the child. To grant a pregnant woman immunity from the reasonably foreseeable consequences of her acts for her born alive child would create a legal distortion as no other plaintiff carries such a one-sided burden, nor any defendant such an advantage.

Policy considerations flowing from concerns about the appropriateness of intra-familial litigation may be sufficient to negate any child's right to sue his or her parents in tort. The conclusion that such concerns only bar tort action brought by born alive children who sustained injuries while still *in utero* is not justified.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; **considered:** *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456; *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *Bonte v. Bonte*, 616 A.2d 464 (1992); *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686, aff'd (1973), 1 O.R. (2d) 482; *Stallman v. Youngquist*, 531 N.E.2d 355 (1988); *Lynch v. Lynch* (1991), 25 N.S.W.L.R. 411; **referred to:** *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *Deziel v. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hartman by Hartman v. Hartman*, 821 S.W.2d 852 (1991); *Hogan v. Hogan*, 435 N.E.2d 770 (1982); *Eisele v. Tenuta*, 404 N.E.2d 349 (1980); *Johnson v. Myers*, 277 N.E.2d 778 (1972); *Black v. Solmitz*, 409 A.2d 634 (1979); *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997]

d'ordre politique, ces raisons, qui doivent être claires et impérieuses, font visiblement défaut dans la présente affaire. La suppression de la cause d'action de l'enfant est une mesure extrême, et les raisons d'ordre politique invoquées pour la justifier doivent être manifestes et convaincantes. Aucune décision judiciaire n'a été invoquée pour exonérer la femme enceinte ayant fait preuve de négligence à l'égard de son enfant né vivant, lorsque les effets de cette négligence sont raisonnablement prévisibles et qu'ils portent atteinte à l'intégrité physique d'une personne juridique. La relation spéciale entre la femme enceinte et le foetus est importante tant pour la mère-défenderesse que pour l'enfant-demandeur né vivant, et les incidences touchant la politique juridique ou sociale que l'on peut déduire de ce fait biologique ne peuvent pas être vérifiées en l'absence d'une reconnaissance égale des droits de l'enfant. Accorder l'immunité à la femme enceinte pour les conséquences raisonnablement prévisibles de ses actes sur son enfant né vivant créerait une distorsion juridique, car aucun autre demandeur ne doit supporter un tel fardeau unilatéral, et aucun défendeur ne jouit d'un tel avantage.

Des considérations d'ordre politique fondées sur les inquiétudes exprimées au sujet de la pertinence des litiges opposant les membres d'une même famille peuvent justifier que l'enfant soit privé du droit d'agir en responsabilité délictuelle contre ses parents. La conclusion selon laquelle de telles préoccupations ne font obstacle qu'à l'action en responsabilité délictuelle intentée par l'enfant né vivant qui a subi un préjudice *in utero* n'est pas justifiée.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; **arrêts examinés:** *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *Bonte c. Bonte*, 616 A.2d 464 (1992); *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686, conf. par (1973), 1 O.R. (2d) 482; *Stallman c. Youngquist*, 531 N.E.2d 355 (1988); *Lynch c. Lynch* (1991), 25 N.S.W.L.R. 411; **arrêts mentionnés:** *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Deziel c. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hartman by Hartman c. Hartman*, 821 S.W.2d 852 (1991); *Hogan c. Hogan*, 435 N.E.2d 770 (1982); *Eisele c. Tenuta*, 404 N.E.2d 349 (1980); *Johnson c. Myers*, 277 N.E.2d 778 (1972); *Black c. Solmitz*, 409 A.2d 634 (1979); *Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British*

1 S.C.R. 1092; *Lister v. Romford Ice & Cold Storage Co.*, [1957] 1 All E.R. 125.

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219.

By Major J. (dissenting)

Deziel v. Deziel, [1953] 1 D.L.R. 651; *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456; *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686, aff'd (1973), 1 O.R. (2d) 482; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).
Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 (U.K.), 1976, c. 28, s. 1(1).

Authors Cited

Canada. Royal Commission on New Reproductive Technologies. *Proceed with Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies*, vol. 2. Ottawa: The Commission, 1993.

Canada. Statistics Canada. Catalogue No. 82-003, *Health Reports*, vol. 7, No. 2, 1995.

Canadian Institute for Health Information. *National Trauma Registry Report — Hospital Injury Admissions, 1995/96*. Ottawa: The Institute, 1998.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.

Kerr, Ian R. "Pre-Natal Fictions and Post-Partum Actions" (1997), 20 *Dalhousie L.J.* 237.

Santello, Deborah M. "Maternal Tort Liability for Prenatal Injuries" (1988), 22 *Suffolk U. L. Rev.* 747.

Steinbock, Bonnie. *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*. New York: Oxford University Press, 1992.

United Kingdom. Law Commission. Law Com. No. 60. "Report on Injuries to Unborn Children" Cmnd. 5709, in *Law Commission Reports*, vol. 5. Oxfordshire: Professional Books, 1979.

United Kingdom. *Parliamentary Debates*, 5th ser., vol. 904, col. 1589 (6 February 1976).

Columbia Rugby Union, [1997] 1 R.C.S. 1092; *Lister c. Romford Ice & Cold Storage Co.*, [1957] 1 All E.R. 125.

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219.

Citée par le juge Major (dissident)

Deziel c. Deziel, [1953] 1 D.L.R. 651; *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686, conf. par (1973), 1 O.R. (2d) 482; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).
Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 (R.-U.), 1976, ch. 28, art. 1(1).

Doctrine citée

Canada. Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction. *Un virage à prendre en douceur: Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*, vol. 2. Ottawa: La Commission, 1993.

Canada. Statistique Canada. Catalogue n° 82-003, *Rapports sur la santé*, vol. 7, n° 2, 1995.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.

Institut canadien d'information sur la santé. *National Trauma Registry Report — Hospital Injury Admissions, 1995/96*. Ottawa: L'Institut, 1998.

Kerr, Ian R. «Pre-Natal Fictions and Post-Partum Actions» (1997), 20 *Dalhousie L.J.* 237.

Royaume-Uni. Law Commission. Law Com. No. 60. «Report on Injuries to Unborn Children» Cmnd. 5709, in *Law Commission Reports*, vol. 5. Oxfordshire: Professional Books, 1979.

Royaume-Uni. *Parliamentary Debates*, 5th ser., vol. 904, col. 1589 (6 February 1976).

Santello, Deborah M. «Maternal Tort Liability for Prenatal Injuries» (1988), 22 *Suffolk U. L. Rev.* 747.

Steinbock, Bonnie. *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*. New York: Oxford University Press, 1992.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1997), 148 D.L.R. (4th) 332, 189 N.B.R. (2d) 208, 482 A.P.R. 208, 37 C.C.L.T. (2d) 103, 12 C.P.C. (4th) 191, [1997] N.B.J. No. 232 (QL), affirming a decision of the Court of Queen's Bench (1997), 143 D.L.R. (4th) 189, 186 N.B.R. (2d) 81, 476 A.P.R. 81, [1997] N.B.J. No. 17 (QL), that the infant respondent had the legal capacity to sue his mother for the injuries allegedly caused by his prenatal injuries. Appeal allowed, Major and Bastarache JJ. dissenting.

Robert L. Barnes, Q.C., and Colleen P. Keyes, for the appellant.

M. Ann MacAulay and James W. A. MacAulay, for the respondent.

Beth Symes and Andrea York, for the intervener the Canadian Abortion Rights Action League.

David M. Brown, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

William J. Sammon, for the intervener the Catholic Group for Health, Justice and Life.

The judgment of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci and Binnie JJ. was delivered by

CORY J. —

I. Introduction

Pregnancy speaks of the mystery of birth and life; of the continuation and renewal of the species. The relationship between a pregnant woman and her foetus is unique and innately recognized as one of great and special importance to society. In the vast majority of cases, the expectant woman makes every effort to ensure the good health and welfare of her future child. In addition, the sacrifices made by the mother for her newborn child are considerable. Yet, what if hopes for the future are dashed by an injury caused to the foetus as a result of a

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1997), 148 D.L.R. (4th) 332, 189 R.N.-B. (2^e) 208, 482 A.P.R. 208, 37 C.C.L.T. (2d) 103, 12 C.P.C. (4th) 191, [1997] A.N.-B. n^o 232 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1997), 143 D.L.R. (4th) 189, 186 R.N.-B. (2^e) 81, 476 A.P.R. 81, [1997] A.N.-B. n^o 17 (QL), portant que l'enfant en bas âge intime avait la capacité juridique de poursuivre sa mère pour le dommage que lui auraient causé les blessures infligées avant sa naissance. Pourvoi accueilli, les juges Major et Bastarache sont dissidents.

Robert L. Barnes, c.r., et Colleen P. Keyes, pour l'appelante.

M. Ann MacAulay et James W. A. MacAulay, pour l'intimé.

Beth Symes et Andrea York, pour l'intervenante l'Association canadienne pour le droit à l'avortement.

David M. Brown, pour l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada.

William J. Sammon, pour l'intervenant le Catholic Group for Health, Justice and Life.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci et Binnie rendu par

LE JUGE CORY —

I. Introduction

La grossesse évoque le mystère de la naissance et de la vie ainsi que la perpétuation et le renouvellement de la race humaine. La relation entre la femme enceinte et le foetus qu'elle porte est unique et l'importance considérable et particulière qu'elle revêt pour la société est spontanément reconnue. Dans la grande majorité des cas, la femme enceinte déploie tous les efforts possibles pour assurer la santé et le bien-être de l'enfant à naître. En outre, les sacrifices que la mère consent pour son nouveau-né sont énormes. Mais que se passe-t-il si

prenatal negligent act of the mother-to-be? Should a mother be held liable for the damages occasioned to her born alive child? That is the question to be resolved in this appeal.

II. Facts

2 On March 14, 1993, the appellant was in the 27th week of her pregnancy. On that day, she was driving towards Moncton in a snowstorm. She lost control of her vehicle on a patch of slush and struck an oncoming vehicle. It is alleged that the accident was caused by her negligent driving. The infant respondent, Ryan Dobson, was allegedly injured while *in utero*, and was delivered prematurely by Caesarean section later that same day. He suffers from permanent mental and physical impairment, including cerebral palsy.

3 The infant respondent, by his grandfather and litigation guardian, launched a tort claim against, *inter alia*, the appellant for the damages he sustained. The respondent's father was the owner of the vehicle driven by the appellant. As required by provincial law, he was insured against damages caused by the negligence of drivers of his motor vehicle.

4 The issues of liability and quantum of damages were severed by a consent order dated June 25, 1996. Thus, the only question to be determined is whether Ryan Dobson has the legal capacity to bring a tort action against his mother for her allegedly negligent act which occurred while he was *in utero*. Miller J., on an application for determination of this question of law, found that the infant respondent had the legal capacity to sue for injuries caused by the appellant's prenatal negligence. The Court of Appeal dismissed the appeal from that decision.

l'espoir en l'avenir est ruiné par le préjudice que subit le fœtus en raison du comportement négligent de la future mère avant la naissance? Une mère doit-elle être tenue responsable du dommage causé à son enfant né vivant? C'est la question qu'il faut trancher dans le présent pourvoi.

II. Les faits

Le 14 mars 1993, l'appelante en était à sa vingt-septième semaine de grossesse. Cette journée-là, elle conduisait en direction de Moncton pendant une tempête de neige. Elle a perdu le contrôle de son véhicule en roulant sur une plaque de neige fondante et a heurté un véhicule circulant en sens inverse. Il est allégué que l'accident a été causé par sa négligence au volant. L'enfant en bas âge intimé, Ryan Dobson, aurait été blessé *in utero* et il est né prématurément par césarienne plus tard le même jour. Il est atteint d'une incapacité mentale et physique permanente, notamment de paralysie cérébrale.

L'enfant en bas âge intimé, représenté par son grand-père et tuteur à l'instance, a intenté une action en responsabilité délictuelle, notamment contre l'appelante, pour obtenir réparation du dommage qu'il a subi. Le père de l'intimé était propriétaire du véhicule conduit par l'appelante. Comme la loi provinciale l'exige, il était assuré contre les dommages imputables à la négligence des conducteurs de son véhicule à moteur.

La question de la responsabilité et celle du montant des dommages-intérêts ont été séparées par l'ordonnance rendue de consentement le 25 juin 1996. La seule question qu'il reste donc à trancher est celle de savoir si Ryan Dobson a la capacité juridique d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre sa mère pour la négligence dont elle aurait fait preuve avant sa naissance. À la suite d'une demande visant à trancher cette question de droit, le juge Miller a décidé que l'enfant en bas âge intimé avait la capacité juridique de poursuivre pour obtenir réparation du préjudice causé par la négligence de l'appelante avant la naissance. La Cour d'appel a rejeté l'appel formé contre cette décision.

III. Judicial History

A. *New Brunswick Court of Queen's Bench* (1997), 186 N.B.R. (2d) 81

Miller J. recognized the difficulty of reconciling competing legal principles regarding the nature and extent of foetal rights. He accepted that legal personality begins at birth and ends at death: *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530. Therefore, at the time of the commission of the tort, the infant respondent did not exist as a person in law.

Miller J. based his decision on two principles of tort law. First, there is no common law bar to actions in tort by children against their parents: *Deziel v. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651. The doctrine of parental tort immunity, which exists in certain American jurisdictions, has never been a part of Canadian law. Second, Canadian courts have recognized the juridical personality of the foetus as a fiction which is utilized, at least in certain contexts, to protect future interests. Although a foetus is not a legal person, certain rights accrued and may be asserted by the infant upon being born alive and viable: *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456. In this case, the injury was allegedly suffered by the foetus, but the damages sued for are those sustained by the infant Ryan after his birth. Accordingly, if the damages had been caused by the negligence of some third-party, the infant respondent would be entitled to seek compensation in a tort action.

Miller J. concluded that “if an action can be sustained by a child against a parent, and if an action can be sustained against a stranger for injuries suffered by a child before birth, then it seems to me a reasonable progression to allow an action by a child against his mother for prenatal injuries caused by her negligence” (p. 88). He therefore held that the infant respondent had the legal

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick* (1997), 186 R.N.-B. (2^e) 81

Le juge Miller a reconnu qu'il est difficile de concilier des principes opposés du droit concernant la nature et l'étendue des droits du fœtus. Il a convenu que la personnalité juridique commence à la naissance et prend fin au décès: *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530. Par conséquent, l'enfant en bas âge intimé n'était pas une personne en droit au moment du délit.

Le juge Miller a fondé sa décision sur deux principes de la responsabilité délictuelle. En premier lieu, la common law n'interdit pas aux enfants d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre leurs parents: *Deziel c. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651. La théorie de l'immunité parentale en matière délictuelle, qui a cours dans certains ressorts américains, n'a jamais été accueillie en droit canadien. En second lieu, les tribunaux canadiens, s'appuyant sur une fiction juridique, ont reconnu au fœtus la personnalité juridique, à tout le moins dans certains cas, en vue de protéger ses droits futurs. Bien que le fœtus ne jouisse pas de la personnalité juridique, il possède certains droits qu'il peut faire valoir s'il naît vivant et viable: *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456. Dans la présente affaire, des blessures auraient été infligées au fœtus, mais c'est le dommage subi par Ryan, l'enfant en bas âge, après sa naissance qui fait l'objet de l'action. Par conséquent, si le dommage avait été causé par la négligence d'un tiers, l'enfant en bas âge intimé aurait le droit de réclamer une indemnisation en exerçant une action en responsabilité délictuelle.

Le juge Miller a conclu que [TRADUCTION] «si un enfant peut intenter une action à son père ou à sa mère et si une action peut être intentée à un étranger pour des blessures subies par un enfant avant sa naissance, il me semble raisonnable de franchir un pas de plus et d'autoriser un enfant à intenter une action à sa mère pour un préjudice corporel prénatal imputable à la négligence de cette dernière» (p. 88). Il a donc conclu que l'enfant en bas âge intimé avait la capacité juridique de

5

6

7

capacity to sue his mother for the injuries allegedly caused by her prenatal negligence.

B. *New Brunswick Court of Appeal* (1997), 189 N.B.R. (2d) 208

8

Hoyt C.J.N.B. also accepted that, at the time of the accident, the infant respondent did not possess juridical personality. He noted that it was common ground between the parties that a child may sue his or her parents in tort, and that a child may sue a third-party for prenatal negligence. Moreover, he found that there was a real distinction between an action brought by or on behalf of a foetus and one brought by or on behalf of a child. Accordingly, Canadian decisions involving the former — *Tremblay v. Daigle*, *supra*; *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489; and *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925 — had no application to the case before him.

9

Hoyt C.J.N.B. further found that different considerations would arise if this case involved damages resulting from lifestyle choices made by a woman during pregnancy, such as smoking, drinking and the taking of or refusal to take medication. Although cases alleging such negligent conduct by a pregnant woman would raise difficult policy decisions, those issues do not arise in this case. Hoyt C.J.N.B. found that the narrow issue to be resolved concerns the allegedly negligent driving of a pregnant woman resulting in injuries to her born alive child, and not injuries occasioned as a result of her lifestyle choices. Hoyt C.J.N.B. found support for this distinction in *Bonte v. Bonte*, 616 A.2d 464 (N.H. 1992), *Lynch v. Lynch* (1991), 25 N.S.W.L.R. 411, and J. G. Fleming, *The Law of Torts* (8th ed. 1992), at p. 168. He observed that, in *Lynch*, *supra*, Clarke J.A. stated that different policy considerations arise in the context of a claim

poursuivre sa mère pour obtenir réparation du préjudice qu'aurait causé la négligence de cette dernière avant sa naissance.

B. *Cour d'appel du Nouveau-Brunswick* (1997), 189 R.N.-B. (2^e) 208

Le juge en chef Hoyt a lui aussi convenu qu'au moment de l'accident, l'enfant en bas âge intimé ne possédait pas la personnalité juridique. Il a souligné que les parties s'entendaient pour dire qu'un enfant peut diriger une action en responsabilité délictuelle contre ses parents et qu'il peut poursuivre un tiers pour négligence commise avant sa naissance. Il a de plus conclu à l'existence d'une distinction réelle entre l'action intentée par le foetus ou en son nom et celle intentée par l'enfant ou en son nom. C'est pourquoi la jurisprudence canadienne concernant la première action — *Tremblay c. Daigle*, précité, *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489, et *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925 — ne s'appliquait pas à l'affaire dont il était saisi.

Le juge en chef Hoyt a également conclu que des considérations différentes interviendraient si la présente affaire concernait un dommage résultant des choix de style de vie faits par une femme enceinte au cours de sa grossesse, comme le tabagisme, la consommation d'alcool et la prise ou le refus de médicaments. Bien que les affaires où un tel comportement négligent est reproché à une femme enceinte appellent des décisions d'ordre politique difficiles, ces questions ne sont pas soulevées en l'espèce. Le juge en chef Hoyt a conclu que la question restreinte à trancher porte sur la négligence qu'aurait commise une femme enceinte au volant de son véhicule automobile, laquelle est à l'origine du préjudice subi par son enfant né vivant, et non pas sur le préjudice causé par les choix de style de vie qu'elle a faits. Selon le juge en chef Hoyt, cette distinction est étayée par *Bonte c. Bonte*, 616 A.2d 464 (N.H. 1992), *Lynch c. Lynch* (1991), 25 N.S.W.L.R. 411, et par J. G. Fleming, *The Law of Torts* (8^e éd. 1992), à la p. 168. Il a fait remarquer que dans *Lynch*, précité, le juge Clarke a dit qu'une demande fondée sur la négligence au volant fait intervenir des considéra-

based on negligent driving as opposed to a case involving a pregnant woman's lifestyle choices.

Hoyt C.J.N.B. concluded that the duty on the appellant in this case arose from her general duty to drive carefully and could not be characterized as a lifestyle choice which is "peculiar to parenthood" (p. 216). He noted that the same distinction was made in the *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (U.K.), 1976, c. 28. That Act exempts a mother from tort liability for prenatal negligence to her children who are born alive. However, the exemption does not apply to prenatal negligence which occurs when the pregnant woman is in breach of her general duty to drive carefully. Therefore, Hoyt C.J.N.B. held that a pregnant woman has a general duty to drive carefully, in relation to both her subsequently born child and third-party motorists. If, as alleged here, the child suffers injury during his or her lifetime as a result of the mother's negligent driving during pregnancy, the child should be able to enforce his or her rights. To hold otherwise would create a partial exclusion to a pregnant woman's general duty to drive carefully.

IV. Issue

This appeal raises but one issue. Should a mother be liable in tort for damages to her child arising from a prenatal negligent act which allegedly injured the foetus in her womb?

V. Analysis

Perhaps as a prelude to considering the public policy aspects of this appeal, it may be helpful to begin with a review of the case law which allows infants to receive compensation in tort for prenatally inflicted injuries.

tions d'ordre politique différentes de celles qui se présentent dans une affaire où il est question des choix de style de vie d'une femme enceinte.

Le juge en chef Hoyt a conclu que l'obligation pesant sur l'appelante en l'espèce découle de son obligation générale de conduire prudemment et ne peut être qualifiée de choix de style de vie [TRA-DUCTION] «particuli[er] du parent» (p. 216). Il a souligné que la même distinction a été établie dans la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (R.-U.), 1976, ch. 28. Cette loi exonère la mère de toute responsabilité délictuelle pour la négligence dont elle a fait preuve envers son enfant né vivant avant sa naissance. Toutefois, cette exonération ne vise pas la négligence commise avant la naissance par la femme enceinte qui manque à son obligation générale de conduire prudemment. Le juge en chef Hoyt a donc statué que la femme enceinte est tenue d'une obligation générale de conduire prudemment, tant envers l'enfant auquel elle donne naissance par la suite qu'envers les tiers automobilistes. Si, comme il est allégué en l'espèce, l'enfant subit, au cours de sa vie, un préjudice résultant de la négligence au volant dont sa mère a fait preuve pendant sa grossesse, il devrait pouvoir faire valoir ses droits. Conclure le contraire créerait une exception partielle à l'obligation générale de la femme enceinte de conduire prudemment.

IV. La question en litige

Le présent pourvoi ne soulève qu'une seule question. La mère doit-elle être tenue délictuellement responsable du dommage subi par son enfant en raison d'un comportement négligent avant la naissance qui aurait infligé un préjudice au foetus qu'elle portait?

V. Analyse

Avant d'examiner les aspects du présent pourvoi qui touchent la politique publique, il pourrait être utile de commencer par analyser la jurisprudence autorisant en matière délictuelle l'indemnisation des enfants pour les préjudices subis avant leur naissance.

10

11

12

A. *Tort Liability for Prenatal Negligence*

13

In *Montreal Tramways, supra*, a child born with club feet two months after an incident of alleged negligence by the tramcar company brought an action for the prenatal injuries which caused the damages. Lamont J., for the majority, held that the child did indeed have the right to sue. He based his conclusion on the following rationale (at p. 464):

If a child after birth has no right of action for prenatal injuries, we have a wrong inflicted for which there is no remedy, for, although the father may be entitled to compensation for the loss he has incurred and the mother for what she has suffered, yet there is a residuum of injury for which compensation cannot be had save at the suit of the child. If a right of action be denied to the child it will be compelled, without any fault on its part, to go through life carrying the seal of another's fault and bearing a very heavy burden of infirmity and inconvenience without any compensation therefor. To my mind it is but natural justice that a child, if born alive and viable, should be allowed to maintain an action in the courts for injuries wrongfully committed upon its person while in the womb of its mother. [Emphasis added.]

14

The infant respondent argued that the underlined passage provides a born alive child with the right to sue in tort for all prenatally inflicted injuries, including those allegedly caused by the prenatal negligence of his or her mother. It is true that the reasoning of Lamont J., on behalf of the majority of this Court, was based in part on general principles of compensation and natural justice. However, the decision contains no direct reference to the tort liability of a mother for prenatal negligence. Even if *Montreal Tramways, supra*, could be understood to encompass tortious acts by a pregnant woman that cause injury to her foetus, it must be emphasized that the decision dealt with the negligence of a third-party tortfeasor. Nothing in the decision suggests that the Court directed its attention to the sensitive issue of maternal tort liability for prenatal negligence. Accordingly, the decision in *Montreal*

A. *La responsabilité délictuelle pour négligence commise avant la naissance*

Dans l'arrêt *Montreal Tramways*, précité, une enfant, née avec les pieds bots deux mois après la prétendue commission d'une négligence par la compagnie de tramway, a intenté une action en réparation du préjudice prénatal à l'origine du dommage subi. Le juge Lamont, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a conclu que l'enfant avait effectivement le droit d'agir. Il a fondé sa conclusion sur le raisonnement suivant (à la p. 464):

[TRADUCTION] Si, après la naissance, l'enfant n'a aucun droit d'action à l'égard du préjudice prénatal, nous sommes alors en présence d'un dommage pour lequel il n'existe aucun recours car, bien que le père puisse avoir le droit d'obtenir réparation de la perte qu'il a subie et que la mère puisse y avoir droit pour ce qui lui a été infligé, une partie du préjudice ne peut faire l'objet d'une indemnisation à moins que l'enfant intente des poursuites. Si on lui refuse le droit d'action, l'enfant devra, en l'absence de toute faute de sa part, porter toute sa vie durant la marque de la faute d'autrui et assumer un très lourd fardeau d'infirmité et d'inconvénients sans obtenir réparation. Dans mon esprit, permettre à l'enfant né vivant et viable d'agir en justice afin d'obtenir réparation du préjudice infligé à tort à sa personne alors qu'il était dans le ventre de sa mère est simplement conforme à la justice naturelle. [Je souligne.]

L'enfant en bas âge intimé a prétendu que le passage souligné donne à l'enfant né vivant le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle pour tous les préjudices prénatals, y compris ceux qui auraient été causés par la négligence de la mère avant la naissance. Il est vrai que le raisonnement du juge Lamont, au nom de notre Cour, était notamment fondé sur des principes généraux d'indemnisation et de justice naturelle. Toutefois, l'arrêt ne traite pas directement de la responsabilité délictuelle de la mère pour négligence commise avant la naissance. Même si l'arrêt *Montreal Tramways*, précité, peut être interprété comme visant les actes délictueux d'une femme enceinte qui causent un préjudice au fœtus qu'elle porte, il faut souligner que l'arrêt concernait la négligence délictuelle d'un tiers. Rien dans l'arrêt ne donne à penser que la Cour à la majorité a examiné la

Tramways, while important, should not be taken as determinative of the issue raised in this appeal.

A different legal analysis was employed to achieve the same result in *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), aff'd (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.). In that case, a pregnant woman was involved in an automobile accident caused by the negligent acts of another. Three weeks later, her child was born prematurely with cerebral defects. Fraser J. held that once a child is born alive with injuries caused by an incident of prenatal negligence, the cause of action is complete (at pp. 700-701):

[T]he law has been clear that it is unnecessary that the damages coincide in time or place with the wrongful act or default. In this connection reference is made to *Grant v. Australian Knitting Mills, Ltd.*, [1936] A.C. 85, and to *Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004. In these cases the existence of the plaintiffs was unknown to the defendant. It would have been immaterial to the causes of action if the plaintiffs had been persons born after the negligent acts.

Procreation is normal and necessary for the preservation of the race. If a driver drives on a highway without due care for other users it is foreseeable that some of the other users of the highway will be pregnant women and that a child *en ventre sa mère* may be injured. Such a child therefore falls well within the area of potential danger which the driver is required to foresee and take reasonable care to avoid.

The approach adopted in *Duval* applies the “neighbour principle” articulated in the famous *dictum* of Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), at p. 580. Since it is reasonably foreseeable at the time of an accident that negligent driving may cause injury to a pregnant woman, the possibility of injury to the child on birth is, as well, reasonably foreseeable. It is this

délicate question de la responsabilité délictuelle de la mère pour une négligence commise avant la naissance. Par conséquent, l’arrêt *Montreal Tramways*, bien qu’il soit important, ne devrait pas être considéré comme décisif en ce qui concerne la question soulevée dans le présent pourvoi.

On est arrivé au même résultat au moyen d’une analyse juridique différente dans *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), confirmé par (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.). Dans cette affaire, une femme enceinte avait été impliquée dans un accident d’automobile causé par la négligence d’un tiers. Trois semaines plus tard, son enfant naissait prématurément avec des anomalies cérébrales. Le juge Fraser a conclu que, dès qu’un enfant naît vivant et atteint d’un préjudice causé par une négligence commise avant la naissance, la cause d’action est acquise (aux pp. 700 et 701):

[TRADUCTION] [I]l est bien établi en droit qu’il n’est pas nécessaire que le dommage coïncide dans le temps ou dans l’espace avec l’acte fautif ou le manquement. À cet égard, on mentionne les arrêts *Grant c. Australian Knitting Mills, Ltd.*, [1936] A.C. 85, et *Dorset Yacht Co. c. Home Office*, [1970] A.C. 1004. Dans ces arrêts, le défendeur ignorait l’existence des demandeurs. Il aurait été sans importance, en ce qui concerne les causes d’action, que les demandeurs aient été des personnes nées après l’accomplissement des actes négligents.

La procréation est normale et nécessaire pour la préservation de la race humaine. Si quelqu’un conduit sur une autoroute sans faire preuve de diligence raisonnable envers autrui, il est prévisible que des femmes enceintes se trouveront parmi les autres usagers de la route et que les enfants qu’elles portent pourront subir un préjudice. Ces enfants sont donc bien visés par le risque potentiel que le conducteur est tenu de prévoir et qu’il doit prendre raisonnablement soin d’éviter.

Le raisonnement adopté dans *Duval* applique le [TRADUCTION] «principe du prochain» formulé dans la célèbre remarque incidente de lord Atkin dans *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), à la p. 580. Étant donné qu’au moment de l’accident il est raisonnablement prévisible que la négligence au volant puisse causer des blessures à une femme enceinte, la possibilité que l’enfant

15

16

foreseeability that creates a relationship which is sufficiently proximate to give rise to a duty of care. Once the child is born alive with injuries, the relationship crystallizes and the claim for damages can be made. By contrast, the holding in *Montreal Tramways*, *supra*, is based in part on a legal fiction borrowed from the civil law. Once the child is born alive with injuries, it is “deemed to have been born at the time of the accident to the mother” (*per* Lamont J., at p. 465).

souffre d’un préjudice à la naissance est également raisonnablement prévisible. C’est ce caractère prévisible qui crée un lien suffisamment étroit pour donner naissance à une obligation de diligence. Une fois que l’enfant est né vivant mais atteint d’un préjudice, le lien se cristallise et la demande de dommages-intérêts peut être présentée. À titre de comparaison, la décision dans *Montreal Tramways*, précité, repose en partie sur une fiction juridique empruntée au droit civil. Dès qu’il est né vivant, l’enfant atteint d’un préjudice est [TRADUCTION] «réputé né au moment de l’accident survenu à la mère» (le juge Lamont, à la p. 465).

17 For the purposes of this appeal, it is not necessary to resolve the differences apparent in the reasoning of *Montreal Tramways* and *Duval*. It is sufficient to observe that when a child sues some third party for prenatal negligence, the interests of the newborn and the mother are perfectly aligned. Neither approach addresses the physical unity of a pregnant woman and her foetus, or the post-natal conflict of interest between mother and child, which are raised in this appeal.

Pour les fins du présent pourvoi, il n’est pas nécessaire de résoudre les différences apparentes entre le raisonnement de l’arrêt *Montreal Tramways* et celui de la décision *Duval*. Il suffit de noter que lorsqu’un enfant poursuit un tiers pour une négligence commise avant sa naissance, les intérêts du nouveau-né et ceux de la mère concordent parfaitement. Aucune de ces approches n’aborde la question de l’unité physique de la femme enceinte et du foetus, ni celle du conflit d’intérêts postnatal entre la mère et son enfant, qui sont soulevées en l’espèce.

18 It must be added that in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, it was recognized that even where a duty of care exists, it may not be imposed for reasons of public policy. Although a duty of care to the born alive child may exist, for reasons of public policy, which will be explored later, that duty should not be imposed upon a pregnant woman. Matters of public policy are concerned with sensitive issues that involve far-reaching and unpredictable implications for Canadian society. It follows that the legislature is the more appropriate forum for the consideration of such problems and the implementation of legislative solutions to them.

Il faut ajouter que dans l’arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, il a été reconnu que même s’il existe une obligation de diligence, elle peut ne pas être imposée pour des motifs touchant la politique publique. Bien qu’il puisse exister une obligation de diligence envers l’enfant né vivant, pour des motifs touchant la politique publique que nous approfondirons plus loin, cette obligation ne doit pas être imposée à la femme enceinte. Les questions concernant la politique publique sont des questions délicates qui comportent des répercussions imprévisibles et d’une grande portée pour la société canadienne. Il s’ensuit que l’assemblée législative est, en conséquence, le cadre le plus approprié pour l’examen de ces problèmes et la mise en œuvre de solutions législatives.

B. *Imposing a Duty of Care in this Situation*

B. *L’imposition d’une obligation de diligence dans la présente situation*

19 The test set out in *Kamloops*, *supra*, must be considered and applied in determining whether the

Il faut appliquer le critère énoncé dans l’arrêt *Kamloops*, précité, pour déterminer si la mère

appellant mother should be held liable to her child in the present case. This analysis is particularly important in light of the significant policy consequences raised by this appeal. In *Kamloops*, it was held that before imposing a duty of care, the court must be satisfied: (1) that there is a sufficiently close relationship between the parties to give rise to the duty of care; and (2) that there are no public policy considerations which ought to negative or limit the scope of the duty, the class of persons to whom it is owed, or the damages to which a breach of it may give rise.

The first criterion may be satisfied if it is assumed that a pregnant woman and her foetus can be treated as distinct legal entities. It should be noted that this assumption might be seen as being contrary to the holding of McLachlin J. in *Winnipeg, supra*, at p. 945 that “the law has always treated the mother and unborn child as one”. Nonetheless, it is appropriate in the present case to assume, without deciding, that a pregnant woman and her foetus can be treated as separate legal entities. Based on this assumption, a pregnant woman and her foetus are within the closest possible physical proximity that two “legal persons” could be. With regard to foreseeability, it is clear that almost any careless act or omission by a pregnant woman could be expected to have a detrimental impact on foetal development. Indeed, the very existence of the foetus depends upon the pregnant woman. Thus, on the basis of the assumption of separate legal identities, it is possible to proceed to the more relevant analysis for the purposes of the present appeal, the second stage of the *Kamloops* test.

However, even if it is assumed that the first stage of the *Kamloops* test is satisfied, the public policy considerations in this case clearly indicate that a legal duty of care should not be imposed upon a pregnant woman towards her foetus or

appelante doit être tenue responsable vis-à-vis son enfant dans la présente affaire. Cette analyse est particulièrement importante en raison des graves conséquences d’ordre politique soulevées dans le présent pourvoi. Dans *Kamloops*, il a été décidé qu’avant d’imposer une obligation de diligence, la cour doit être convaincue 1) qu’il existe des relations suffisamment étroites entre les parties pour donner naissance à l’obligation de diligence, et 2) qu’il n’y a aucun motif touchant la politique publique de restreindre ou de rejeter la portée de l’obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages auxquels un manquement à l’obligation peut donner lieu.

Il est possible de satisfaire au premier volet du critère si l’on présume que la femme enceinte et le foetus qu’elle porte peuvent être traités comme des entités juridiques distinctes. Il convient de noter que cette présomption pourrait sembler contraire à la conclusion tirée par le juge McLachlin dans *Winnipeg*, précité, à la p. 945: «le droit a toujours considéré que la mère et l’enfant qu’elle porte ne formaient qu’une seule et même personne». Néanmoins, il convient en l’espèce de présumer, sans en décider, que la femme enceinte et le foetus qu’elle porte peuvent être considérés comme des entités juridiques distinctes. Compte tenu de cette présomption, on ne saurait imaginer deux «personnes juridiques» plus près physiquement l’une de l’autre que la femme enceinte et le foetus. En ce qui concerne la prévisibilité, il est clair que l’on peut s’attendre à ce que presque tout acte négligent ou omission négligente de la part d’une femme enceinte ait un effet préjudiciable sur le développement du foetus. En fait, l’existence même du foetus dépend de la femme enceinte. En conséquence, si l’on présume l’existence d’entités juridiques distinctes, il est possible de passer à l’analyse plus pertinente quant au présent pourvoi, celle du second volet du critère énoncé dans l’arrêt *Kamloops*.

Cependant, même si l’on présume qu’il est satisfait au premier volet du critère de l’arrêt *Kamloops*, les considérations touchant la politique publique qui interviennent dans la présente affaire indiquent clairement qu’il n’y a pas lieu d’imposer

20

21

subsequently born child. The second branch of the *Kamloops* test requires a consideration of those public policy consequences which may negate or limit the imposition of such a duty of care upon mothers-to-be. Although increased medical knowledge makes the consequences of certain behaviour more foreseeable, and facilitates the establishment of a causative link in negligence suits, public policy must also be considered. Significant policy concerns militate against the imposition of maternal tort liability for prenatal negligence. These relate primarily to (1) the privacy and autonomy rights of women and (2) the difficulties inherent in articulating a judicial standard of conduct for pregnant women.

une obligation légale de diligence à la femme enceinte envers le fœtus qu'elle porte ou l'enfant né par la suite. Le deuxième volet du critère de l'arrêt *Kamloops* nécessite l'examen des motifs touchant la politique publique qui pourraient écarter ou restreindre l'assujettissement des futures mères à une telle obligation de diligence. Bien que l'avancement des connaissances médicales rende plus prévisibles les conséquences de certains comportements et facilite l'établissement d'un lien de causalité dans les poursuites pour négligence, il faut aussi tenir compte de la politique publique. D'importantes considérations d'ordre politique militent contre l'imposition d'une responsabilité délictuelle à la mère pour la négligence dont elle a fait preuve avant la naissance. Ces motifs concernent principalement 1) le droit des femmes à la vie privée et à l'autonomie et 2) les difficultés que suscite la formulation par les tribunaux d'une norme de conduite applicable aux femmes enceintes.

22 In addition, an intervener submitted that to impose a legal duty of care upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child would give rise to a gender-based tort, in contravention of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. That contention may be correct. However, in light of the conclusion reached with respect to the second branch of the *Kamloops* test, this case need not, and should not, be decided on *Charter* grounds. It cannot be forgotten that the parties did not address the *Charter*. Indeed, apart from the submissions of one intervener, no argument was put forward on the *Charter*. In those circumstances, it is inappropriate to resolve that issue in these reasons.

En outre, un intervenant a soutenu que l'imposition d'une obligation légale de diligence à la femme enceinte envers le fœtus qu'elle porte ou l'enfant auquel elle donne naissance par la suite engendrerait un délit fondé sur le sexe, contrairement au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il se peut que cette thèse soit fondée. Cependant, compte tenu des conclusions tirées relativement au second volet du critère énoncé dans l'arrêt *Kamloops*, il n'est pas nécessaire et il n'y a pas lieu de trancher la présente affaire en fonction de la *Charte*. Il ne faut pas oublier que les parties n'ont pas invoqué la *Charte*. En fait, à part les observations présentées par l'un des intervenants, aucun des arguments soumis ne s'appuie sur la *Charte*. Dans les circonstances, il ne convient pas de trancher cette question dans les présents motifs.

1. Privacy and Autonomy Rights of Women

1. Le droit des femmes à la vie privée et à l'autonomie

23 First and foremost, for reasons of public policy, the Court should not impose a duty of care upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child. To do so would result in very extensive and unacceptable intrusions into the

D'abord et avant tout, pour des motifs touchant la politique publique, la Cour ne doit pas imposer à la femme enceinte une obligation de diligence envers le fœtus qu'elle porte ni l'enfant auquel elle donne naissance par la suite. L'imposition d'une

bodily integrity, privacy and autonomy rights of women. It is true that Canadian tort law presently allows a child born alive and viable to sue a third-party for injuries which were negligently inflicted while *in utero*: *Montreal Tramways*, *supra*. However, of fundamental importance to the public policy analysis is the particularly unique relationship that exists between a pregnant woman and the foetus she carries.

(a) *Overview*

Pregnancy represents not only the hope of future generations but also the continuation of the species. It is difficult to imagine a human condition that is more important to society. From the dawn of history, the pregnant woman has represented fertility and hope. Biology decrees that it is only women who can bear children. Usually, a pregnant woman does all that is possible to protect the health and well-being of her foetus. On occasion, she may sacrifice her own health and well-being for the benefit of the foetus she carries. Yet it should not be forgotten that the pregnant woman — in addition to being the carrier of the foetus within her — is also an individual whose bodily integrity, privacy and autonomy rights must be protected.

The unique and special relationship between a mother-to-be and her foetus determines the outcome of this appeal. There is no other relationship in the realm of human existence which can serve as a basis for comparison. It is for this reason that there can be no analogy between a child's action for prenatal negligence brought against some third-party tortfeasor, on the one hand, and against his or her mother, on the other. The inseparable unity between an expectant woman and her foetus distinguishes the situation of the mother-to-be from that of a negligent third-party. The biological reality is that a pregnant woman and her foetus are bonded in a union. This was recognized in the majority reasons of McLachlin J. in *Winnipeg*, *supra*, at pp. 944-45:

telle obligation entraînerait des atteintes très graves et inacceptables au droit des femmes à l'intégrité physique, à la vie privée et à l'autonomie. Il est vrai que le droit canadien en matière de responsabilité délictuelle permet à l'enfant né vivant et viable de poursuivre un tiers pour le préjudice subi *in utero*: *Montreal Tramways*, précité. La relation singulière qui existe entre la femme enceinte et le foetus qu'elle porte revêt cependant une importance fondamentale pour l'analyse de la politique publique.

a) *Aperçu*

La grossesse représente non seulement l'espoir des générations futures mais également la continuité de l'espèce. L'on ne saurait imaginer phénomène humain plus important pour la société. Depuis le commencement du monde, la femme enceinte représente la fertilité et l'espoir. La biologie veut que seules les femmes puissent porter des enfants. En général, la femme enceinte fait tout ce qui est possible pour protéger la santé et le bien-être du foetus qu'elle porte. À l'occasion, elle peut sacrifier sa propre santé et son propre bien-être dans l'intérêt du foetus. Pourtant, il ne faut pas oublier que la femme enceinte — en plus d'être celle qui porte le foetus — est aussi un individu dont le droit à l'intégrité physique, à la vie privée et à l'autonomie doit être protégé.

La relation singulière entre la future mère et le foetus permet de trancher le présent pourvoi. Aucune autre relation dans la vie d'un être humain ne peut servir d'élément de comparaison. C'est pour cette raison qu'il ne peut y avoir aucune analogie entre l'action exercée par un enfant pour négligence commise avant sa naissance contre le tiers auteur d'un délit et celle qu'il dirige contre sa mère. Le fait que la femme enceinte et le foetus ne font qu'un distingue la situation de la future mère de celle du tiers négligent. La réalité biologique est que la femme enceinte et le foetus sont unis par des liens qui ne peuvent être rompus que par la naissance. Cela a été reconnu dans les motifs majoritaires du juge McLachlin dans l'arrêt *Winnipeg*, précité, aux pp. 944 et 945:

24

25

Before birth the mother and unborn child are one in the sense that “[t]he ‘life’ of the foetus is intimately connected with, and cannot be regarded in isolation from, the life of the pregnant woman”: *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 408 (Comm.), at p. 415, applied in *Re F (in utero)*, [[1988] 2 All E.R. 193]. It is only after birth that the fetus assumes a separate personality. Accordingly, the law has always treated the mother and unborn child as one. To sue a pregnant woman on behalf of her unborn fetus therefore posits the anomaly of one part of a legal and physical entity suing itself.

Avant la naissance, la mère et l’enfant qu’elle porte ne font qu’un en ce sens que [TRADUCTION] «[l]a vie du fœtus est intimement liée à celle de la femme enceinte et ne peut être considérée séparément»: *Paton c. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 408 (Comm.), à la p. 415, appliqué dans *Re F (in utero)*, [[1988] 2 All E.R. 193]. Ce n’est qu’après la naissance que le fœtus acquiert une personnalité distincte. Par conséquent, le droit a toujours considéré que la mère et l’enfant qu’elle porte ne formaient qu’une seule et même personne. Intenter une poursuite contre une femme enceinte au nom du fœtus, c’est poser en principe une anomalie puisqu’une partie d’une entité juridique et physique agirait en justice contre elle-même.

26

It was recognized in both *Montreal Tramways*, *supra*, and *Duval*, *supra*, that the strongest argument for imposing a duty of care upon third parties towards unborn children is that tort law is designed to provide compensation for harm caused by negligence and, to a lesser extent, to deter tortfeasors. It was submitted that to deny recognition to the type of action at issue in this appeal could leave an infant plaintiff without the protection and compensation provided by tort law, solely because the defendant is his or her mother. Accordingly, it was argued that the compensatory principle should be the basis for the imposition of a similar duty of care upon expectant women.

Il a été reconnu, tant dans *Montreal Tramways*, précité, que dans *Duval*, précité, que l’argument le plus solide à l’appui de l’imposition d’une obligation de diligence aux tiers envers les enfants non encore nés est que le droit en matière de responsabilité délictuelle vise à réparer le dommage causé par la négligence et, dans une moindre mesure, à dissuader les gens à commettre des délits. On a soutenu que refuser de reconnaître le genre d’action en cause dans le présent pourvoi aurait pour effet de priver l’enfant en bas âge demandeur de la protection et de la réparation prévues par le droit en matière de responsabilité délictuelle pour l’unique raison que la défenderesse est sa mère. On a donc invoqué le principe indemnitaire pour fonder l’imposition d’une obligation de diligence similaire à la femme enceinte.

27

Yet, this argument fails to take into account the fundamental difference between a mother-to-be and a third-party defendant. The unique relationship between a pregnant woman and her foetus is so very different from the relationship with third parties. Everything the pregnant woman does or fails to do may have a potentially detrimental impact on her foetus. Everything the pregnant woman eats or drinks, and every physical action she takes, may affect the foetus. Indeed, the foetus is entirely dependent upon its mother-to-be. Although the imposition of tort liability on a third party for prenatal negligence advances the interests of both mother and child, it does not significantly impair the right of third parties to control their own lives. In contrast to the third-party defendant, a pregnant woman’s every waking and sleeping

Cet argument ne tient pas compte de la différence fondamentale qui existe entre la future mère et le tiers défendeur. La relation exceptionnelle entre la femme enceinte et le fœtus qu’elle porte est tellement différente des rapports avec les tiers. Tout ce que la femme enceinte fait ou omet de faire est susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur le fœtus. Tout ce que la femme enceinte mange ou boit et chacun de ses actes peuvent avoir une incidence sur le fœtus. En réalité, le fœtus dépend entièrement de sa future mère. 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

moment, in essence, her entire existence, is connected to the foetus she may potentially harm. If a mother were to be held liable for prenatal negligence, this could render the most mundane decision taken in the course of her daily life as a pregnant woman subject to the scrutiny of the courts.

Is she to be liable in tort for failing to regulate her diet to provide the best nutrients for the foetus? Is she to be required to abstain from smoking and all alcoholic beverages? Should she be found liable for failing to abstain from strenuous exercise or unprotected sexual activity to protect her foetus? Must she undertake frequent safety checks of her premises in order to avoid falling and causing injury to the foetus? There is no rational and principled limit to the types of claims which may be brought if such a tortious duty of care were imposed upon pregnant women.

Whether it be considered a life-giving miracle or a matter of harsh reality, it is the biology of the human race which decrees that a pregnant woman must stand in a uniquely different situation to her foetus than any third-party. The relationship between a pregnant woman and her foetus is of fundamental importance to the future mother and her born alive child, to their immediate family and to our society. So far as the foetus is concerned, this relationship is one of complete dependence. As to the pregnant woman, in most circumstances, the relationship is marked by her complete dedication to the well-being of her foetus. This dedication is profound and deep. It affects a pregnant woman physically, psychologically and emotionally. It is a very significant factor in this uniquely important relationship. The consequences of imposing tort liability on mothers for prenatal negligence raise vastly different considerations, and

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 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 tribunaux.

Sa responsabilité délictuelle doit-elle être engagée pour le motif qu'elle n'a pas suivi un régime alimentaire permettant de fournir au fœtus les éléments les plus nutritifs? Doit-elle être tenue de s'abstenir de fumer et de consommer des boissons alcoolisées? Doit-elle être tenue responsable de ne pas avoir protégé le fœtus qu'elle porte en se livrant à des exercices violents ou en ayant des rapports sexuels non protégés? Doit-elle procéder à des contrôles de sécurité fréquents de son lieu d'habitation afin d'éviter de chuter et de causer un préjudice au fœtus? Si les femmes enceintes se voyaient imposer une telle obligation de diligence en matière de responsabilité délictuelle, rien ne limiterait sur le plan de la logique ni sur celui des principes le genre d'actions qui pourraient être intentées.

Miracle de la vie ou dure réalité, il reste que la biologie humaine fait en sorte que la femme enceinte se trouve, par rapport au fœtus, dans une situation exceptionnellement différente de celle des tiers. La relation entre la femme enceinte et le fœtus revêt une importance fondamentale pour la future mère, pour l'enfant né vivant, pour les membres de leur famille immédiate et pour notre société. Du point de vue du fœtus, il s'agit d'une relation de dépendance totale. Quant à la femme enceinte, sa relation est caractérisée, dans la plupart des cas, par un entier dévouement au bien-être du fœtus qu'elle porte. Ce dévouement est profond. Il se manifeste chez la femme enceinte sur les plans physique, psychologique et émotionnel. Il constitue un élément essentiel de cette relation exceptionnellement importante. L'imposition d'une responsabilité délictuelle pour la négligence commise avant la naissance à la mère et son

28

29

will have fundamentally different results, from the imposition of such liability on third parties.

imposition à un tiers soulèveront des considérations extrêmement différentes et, quand on en vient à l'essentiel, produiront des effets à l'avenant.

30

In *Winnipeg, supra*, the majority rejected an argument which sought to extend tort principles in order to justify the forced confinement and treatment of a pregnant woman with a glue-sniffing addiction, as a means of protecting her foetus. McLachlin J. observed that difficult legal and social issues arise in examining the policy considerations under the second branch of the *Kamloops* test. First, the recognition of a duty of care owed by a pregnant woman to her foetus has a very real potential to intrude upon that woman's fundamental rights. Any intervention may create a conflict between a pregnant woman as an autonomous decision-maker and the foetus she carries. Second, the judicial definition of an appropriate standard of care is fraught with insoluble problems due to the difficulty of distinguishing tortious and non-tortious behaviour in the daily life of an expectant woman. Third, certain so-called lifestyle "choices" such as alcoholism and drug addiction may be beyond the control of the pregnant woman, and hence the deterrent value of the imposition of a duty of care may be non-existent. Lastly, the imposition of a duty of care upon a pregnant woman towards her foetus could increase, to an unwarranted degree, the level of external scrutiny focussed upon her. In *Winnipeg, supra*, it was held that the lifestyle choices of a pregnant woman should not be regulated because to do so would result in an unacceptably high degree of intrusion into her privacy and autonomy rights. If that is so, then it follows that negligent acts resulting from unreasonable lapses of attention, which may so often occur in the course of a pregnant woman's daily life, should not form the basis for the imposition of tort liability on mothers.

Dans *Winnipeg*, précité, les juges majoritaires ont rejeté l'argument selon lequel les principes de la responsabilité délictuelle devaient être élargis pour justifier l'internement et le traitement forcés d'une femme enceinte qui inhalait de la colle afin de protéger le fœtus qu'elle portait. Le juge McLachlin a fait remarquer que l'examen des considérations d'ordre politique visées par le second volet du critère énoncé dans l'arrêt *Kamloops* soulevait des questions difficiles sur les plans juridique et social. Premièrement, la reconnaissance de l'obligation de diligence de la femme enceinte à l'égard du fœtus qu'elle porte risque très sérieusement d'empiéter sur les droits fondamentaux de la femme. Toute intervention est susceptible d'engendrer un conflit entre la femme enceinte, en tant que décideur autonome, et le fœtus qu'elle porte. Deuxièmement, la définition par les tribunaux d'une norme de diligence appropriée suscite des problèmes insolubles en raison de la difficulté de distinguer le comportement délictueux du comportement non délictueux dans la vie quotidienne de la femme enceinte. Troisièmement, certains prétendus «choix» de mode de vie, comme l'alcoolisme et la dépendance à la drogue, peuvent être indépendants de la volonté de la femme enceinte, ce qui est susceptible d'enlever tout effet dissuasif à l'imposition d'une obligation de diligence. Enfin, l'assujettissement de la femme enceinte à une obligation de diligence envers le fœtus qu'elle porte pourrait la soumettre, dans une mesure injustifiée, à un examen externe plus approfondi. Dans *Winnipeg*, précité, il a été décidé que les choix de mode de vie de la femme enceinte ne doivent pas être réglementés en raison de l'empiètement inacceptable qui en résulterait sur son droit à la vie privée et à l'autonomie. Si c'est le cas, il s'ensuit alors que les actes négligents causés par des moments d'inattention déraisonnables, comme cela peut se produire si souvent au cours de la vie quotidienne d'une femme enceinte, ne doivent pas fonder l'imposition de la responsabilité délictuelle aux mères.

On behalf of the infant respondent, it was argued that the reasoning in *Winnipeg* is not determinative because it dealt with the standing of the foetus to sue while still *in utero*. In *Winnipeg*, the foetus which sought the detention of its mother-to-be was not a legal person and possessed no legal rights. By contrast, the present action is brought on behalf of an infant born alive whose legal rights and interests vested at the moment of birth. In other words, the sole issue in this appeal is whether a child born alive — as opposed to a foetus — should be able to recover damages for prenatal negligence from every person except his or her mother. Despite the important legal distinction between a foetus and a child born alive, as a matter of social policy and pragmatic reality, both situations involve the imposition of a duty of care upon a pregnant woman towards either her foetus or her subsequently born child. To impose either duty of care would require judicial scrutiny into every aspect of that woman's behaviour during pregnancy. Irrespective of whether the duty of care is imposed upon a pregnant woman towards her foetus or her subsequently born child, both would involve severe intrusions into the bodily integrity, privacy and autonomous decision-making of that woman. Accordingly, the policy concerns raised by McLachlin J. in *Winnipeg* are equally pertinent to this appeal.

I am strengthened in this conclusion by the final report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies, *Proceed with Care* (1993), vol. 2, which rejected judicial interventions in pregnancy and birth. The Commission expressed its concern with these same policy issues, and recognized the need to ensure support for pregnant women and their foetuses without interfering with the privacy interests and physical autonomy of those women. It articulated its position in the following way (at pp. 955-56):

On a soutenu, au nom de l'enfant en bas âge intimé, que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Winnipeg* n'était pas décisif parce qu'il portait sur la question de savoir si le foetus avait qualité pour agir en justice *in utero*. Dans cette affaire, le foetus qui demandait la détention de sa future mère ne jouissait pas de la personnalité juridique et ne possédait aucun droit. Par contraste, la présente action est intentée au nom d'un enfant né vivant, dont les droits se sont cristallisés au moment de la naissance. En d'autres termes, la seule question faisant l'objet du présent pourvoi est de savoir si l'enfant né vivant — par opposition au foetus — doit pouvoir réclamer à tous, sauf à sa mère, des dommages-intérêts pour une négligence commise avant sa naissance. Même si le droit fait une distinction importante entre le foetus et l'enfant né vivant, vu sous l'angle de la politique sociale et de la réalité pragmatique, il est question dans les deux cas d'imposer une obligation de diligence à la femme enceinte soit à l'égard du foetus qu'elle porte, soit à l'égard de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite. Dans les deux cas, les tribunaux seraient obligés d'examiner attentivement chacune des facettes du comportement de la femme pendant sa grossesse. Que l'obligation de diligence pesant sur la femme enceinte concerne le foetus qu'elle porte ou l'enfant auquel elle donne naissance par la suite, il y aura dans un cas comme dans l'autre, atteinte grave à l'intégrité physique de la femme, à son droit à la vie privée et à son autonomie sur le plan décisionnel. Par conséquent, les considérations d'ordre politique soulevées par le juge McLachlin dans *Winnipeg* sont également pertinentes dans le cadre du présent pourvoi.

Cette conclusion est renforcée par le rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, intitulé *Un virage à prendre en douceur* (1993), vol. 2, qui s'est prononcée contre l'intervention des tribunaux pour ce qui concerne la grossesse et la naissance. La Commission s'est dite préoccupée par les mêmes questions d'ordre politique et elle a reconnu la nécessité de soutenir les femmes enceintes et les foetus sans porter atteinte au droit de ces femmes à la vie privée et à l'autonomie physique. Elle a formulé ainsi sa position (à la p. 1082):

31

32

Permitting judicial intervention therefore has serious implications for the autonomy of individual women and for the status of women collectively in our society. All individuals have the right to make personal decisions, to control their bodily integrity, and to refuse unwanted medical treatment. These are not mere legal technicalities; they represent some of the most deeply held values in society and form the basis for fundamental and constitutional human rights.

A woman has the right to make her own choices, whether they are good or bad, because it is the woman whose body and health are affected, the woman who must live with her decision, and the woman who must bear the consequences of that decision for the rest of her life.

33 Thus, it was the far-reaching implications for the privacy and autonomy rights of pregnant women which caused the Commission to recommend specifically that “civil liability never be imposed upon a woman for harm done to her fetus during pregnancy” (p. 964).

34 At trial, Miller J. observed that the existing jurisprudence permits recovery from third parties, and permits a child to sue his or her parents for postnatal negligence. He held that to permit an action by a child against his mother for prenatal negligence is a “reasonable progression” in tort jurisprudence. With respect, I believe that the imposition of a duty of care upon pregnant women in these circumstances cannot be characterized as a reasonable progression. Rather, in my view, it constitutes a severe intrusion into the lives of pregnant women, with attendant and potentially damaging effects on the family unit. This case raises social policy concerns of a very real significance. Indeed, they are of such magnitude that they are more properly the subject of study, debate and action by the legislature.

Autoriser l'intervention judiciaire a donc de graves conséquences pour l'autonomie individuelle des femmes, ainsi que pour leur statut collectif dans notre société. Tout le monde a le droit de prendre des décisions personnelles, de préserver l'intégrité de son corps et de refuser des traitements médicaux. Ce ne sont pas là simples technicalités juridiques, mais bien l'expression de certaines des valeurs les plus chères à notre société, sur lesquelles reposent les droits fondamentaux et constitutionnels de la personne.

La femme a le droit de faire ses propres choix, qu'ils soient bons ou mauvais, parce que c'est son corps et sa santé qui sont en cause et que c'est elle qui doit subir les conséquences de sa décision pour le reste de ses jours.

Ce sont donc les conséquences d'une portée considérable sur le droit des femmes à la vie privée et à l'autonomie qui ont poussé la Commission à recommander expressément «qu'on n'intente jamais de poursuite en responsabilité civile contre une femme pour le mal causé à son fœtus pendant la grossesse» (p. 1092).

En première instance, le juge Miller a fait remarquer que la jurisprudence actuelle autorise le dédommagement de la victime par les tiers et permet à l'enfant d'agir contre ses parents pour une négligence commise après la naissance. Il a décidé que permettre à l'enfant d'exercer une action contre sa mère pour négligence commise avant sa naissance, c'est admettre une «évolution raisonnable» de la jurisprudence en matière délictuelle. Avec égards, j'estime que l'imposition d'une obligation de diligence à la femme enceinte dans ces circonstances ne saurait être qualifiée d'évolution raisonnable. Selon moi, il s'agit plutôt d'une ingérence nouvelle et grave dans la vie de la femme enceinte avec tout ce que cela peut comporter d'effets négatifs pour la cellule familiale. La présente affaire fait intervenir des considérations touchant la politique sociale d'une importance très réelle. De fait, leur portée est telle qu'il est préférable de laisser au législateur le soin de les étudier, d'en débattre et de prendre les mesures qu'il juge nécessaires.

(b) *Position in the United Kingdom*

A similar concern with the privacy and autonomy rights of women led the Parliament of the United Kingdom to fashion a rule of maternal tort immunity for prenatal negligence, with a limited exception for negligent driving. This legislative solution is set out in the *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (U.K.), s. 1(1), and will be discussed in greater detail below. However, it should be noted at this point that, in its memorandum to the U.K. Law Commission, the Bar Council emphasized the social policy concerns inherent in the issue on appeal:

We recognise that logic and principle dictate that if a mother's negligent act or omission during or before pregnancy causes injury to a foetus, she should be liable to her child when born for the wrong done. But we have no doubt at all that in any system of law there are areas in which logic and principle ought to yield to social acceptability and natural sentiment and that this particular liability lies in such an area. [Emphasis added.]

(Law Com. No. 60, "Report on Injuries to Unborn Children" Cmnd. 5709 in *Law Commission Reports* (1979), vol. 5, at para. 55.)

Although the law of torts has traditionally been the province of the courts, to impose tort liability on mothers for prenatal negligence would have consequences which are impossible for the courts to assess adequately. This development would involve extensive intrusions and frequently unpredictable effects on the rights of bodily integrity, privacy and autonomous decision-making of pregnant women. The resolution of such fundamental policy issues is a matter best left to the legislature. In the United Kingdom, it was Parliament that provided a carefully tailored and minimally intrusive legislative scheme of motor vehicle insurance coverage. It was designed to provide a measure of compensation for a child who sustains prenatal injuries as a result of the negligent driving of his or

b) *La position adoptée au Royaume-Uni*

Une préoccupation similaire concernant le droit des femmes à la vie privée et à l'autonomie a mené le Parlement du Royaume-Uni à élaborer une règle qui confère à la mère l'immunité en matière délictuelle pour la négligence commise avant la naissance, mais comporte une exception limitée à l'égard de la négligence au volant. Cette solution législative est prévue par la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (R.-U.), par. 1(1), et sera analysée plus à fond par la suite. Il faut cependant souligner, à ce stade-ci, que, dans le mémoire qu'il a présenté à la Law Commission du Royaume-Uni, le Bar Council a mis l'accent sur les considérations touchant la politique sociale qui sont inhérentes à la question faisant l'objet du présent pourvoi:

[TRADUCTION] Nous reconnaissons que sur le plan des principes et de la logique, si par un acte ou une omission attribuable à la négligence, la mère cause une préjudice au fœtus avant ou pendant la grossesse, elle devrait être tenue responsable, après la naissance de son enfant, du dommage subie par ce dernier. Mais nous savons parfaitement que, dans tout système juridique, il existe des domaines où la logique et les principes doivent s'incliner devant ce qui est acceptable socialement et devant les sentiments naturels, et que ce domaine particulier de responsabilité en est un. [Je souligne.]

(Law Com. No. 60, «Report on Injuries to Unborn Children» Cmnd. 5709 in *Law Commission Reports* (1979), vol. 5, au par. 55.)

Bien que le droit de la responsabilité délictuelle relève traditionnellement des tribunaux, tenir la mère délictuellement responsable d'une négligence commise avant la naissance aurait des conséquences qu'il est impossible pour les tribunaux d'évaluer de façon adéquate. Cette évolution aux effets souvent imprévisibles entraînerait des atteintes considérables au droit à la vie privée, à l'intégrité physique et à l'autonomie décisionnelle de la femme enceinte. Il est préférable de laisser au législateur le soin de trancher ces questions d'ordre politique fondamentales. Au Royaume-Uni, c'est le Parlement qui a établi un régime législatif d'assurance-automobile élaboré avec soin afin d'être le moins attentatoire possible. Ce régime vise à assurer dans une certaine mesure l'indemnisation de

35

36

her mother. Yet, it provides protection for mothers by prohibiting claims against them beyond the limits of their insurance policies.

(c) *American Case Law*

37

The American cases indicate that there is no judicial consensus on the issue of maternal tort liability for prenatal negligence, in the context of motor vehicle accidents or otherwise. However, in *Stallman v. Youngquist*, 531 N.E.2d 355 (1988), the Supreme Court of Illinois declined to recognize a cause of action by a foetus, subsequently born alive, against his or her mother for the unintentional infliction of prenatal injuries caused by her negligent driving. Cunningham J. held that to impose a duty of care in this context would infringe the mother's rights of privacy and bodily integrity. His decision emphasized the policy concerns which militate against imposing tort liability on mothers for prenatal negligence. He articulates his position in this manner (at pp. 359-60):

It is clear that the recognition of a legal right to begin life with a sound mind and body on the part of a fetus which is assertable after birth against its mother would have serious ramifications for all women and their families, and for the way in which society views women and women's reproductive abilities. The recognition of such a right by a fetus would necessitate the recognition of a legal duty on the part of the woman who is the mother; a legal duty, as opposed to a moral duty, to effectuate the best prenatal environment possible.

. . . .

Holding a third person liable for prenatal injuries furthers the interests of both the mother and the subsequently born child and does not interfere with the defendant's right to control his or her own life. Holding a mother liable for the unintentional infliction of prenatal injuries subjects to State scrutiny all the decisions a woman must make in attempting to carry a pregnancy to term, and infringes on her right to privacy and bodily autonomy.

. . . .

l'enfant qui a subi un préjudice prénatal résultant de la négligence de sa mère au volant. Pourtant, il protège les mères en interdisant les réclamations supérieures à la limite de leur police d'assurance.

c) *La jurisprudence américaine*

La jurisprudence américaine n'est pas fixée sur la question de la responsabilité délictuelle de la mère pour négligence commise avant la naissance, qu'il s'agisse d'un accident d'automobile ou d'un autre contexte. Toutefois, dans la décision *Stallman c. Youngquist*, 531 N.E.2d 355 (1988), la Cour suprême de l'Illinois a refusé de reconnaître au fœtus, né vivant par la suite, une cause d'action contre sa mère pour le préjudice involontairement causé avant la naissance par la négligence au volant de cette dernière. Le juge Cunningham a conclu que l'imposition d'une obligation de diligence dans ce contexte porterait atteinte au droit de la mère à la vie privée et à l'intégrité physique. Sa décision fait ressortir les considérations d'ordre politique qui militent contre l'imposition d'une responsabilité délictuelle aux mères pour la négligence commise avant la naissance. Il a formulé ainsi sa position (aux pp. 359 et 360):

[TRADUCTION] À l'évidence, la reconnaissance du droit du fœtus de commencer sa vie en ayant un esprit et un corps sains qu'il pourra opposer après la naissance à sa mère aurait des répercussions graves sur toutes les femmes et leurs familles, et sur la façon dont la société considère les femmes et leur capacité reproductrice. La reconnaissance d'un tel droit au fœtus exigerait la reconnaissance d'une obligation légale pesant sur la femme qui est la mère; une obligation légale, par opposition à une obligation morale, de s'assurer du meilleur environnement prénatal possible.

. . . .

Tenir un tiers responsable du préjudice prénatal favorise les droits de la mère et de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite et ne porte pas atteinte au droit du défendeur de mener sa vie. Retenir la responsabilité de la mère pour le préjudice involontairement infligé avant la naissance soumet à l'examen minutieux de l'État toutes les décisions qu'une femme doit prendre pour tenter de mener sa grossesse à terme, et porte atteinte à son droit à la vie privée et à l'intégrité physique.

. . . .

The relationship between a pregnant woman and her fetus is unlike the relationship between any other plaintiff and defendant. No other plaintiff depends exclusively on any other defendant for everything necessary for life itself. No other defendant must go through biological changes of the most profound type, possibly at the risk of her own life, in order to bring forth an adversary into the world. It is, after all, the whole life of the pregnant woman which impacts on the development of the fetus. As opposed to the third-party defendant, it is the mother's every waking and sleeping moment which, for better or worse, shapes the prenatal environment which forms the world for the developing fetus. That this is so is not a pregnant woman's fault: it is a fact of life.

In the case of *Bonte, supra*, a child sued his mother for injuries sustained as a result of her negligent failure to use a designated crosswalk when she was seven months pregnant. The three-to-two split in the Supreme Court of New Hampshire, in favour of allowing the infant's cause of action to proceed, is typical of the division of judicial opinion in the United States. The reasons of Thayer J., for the majority, reflect those of the trial judge in the instant appeal. Thayer J. recognized the infant's cause of action for the following reasons (at p. 466):

Because our cases hold that a child born alive may maintain a cause of action against another for injuries sustained while in utero, and a child may sue his or her mother in tort for the mother's negligence, it follows that a child born alive has a cause of action against his or her mother for the mother's negligence that caused injury to the child when in utero.

With respect, I believe that the public policy considerations are paramount in this appeal. Accordingly, I agree with the dissenting decision of Brock C.J. and Batchelder J., which eloquently echoes the policy concerns that pertain to this difficult case (at p. 467):

Holding a third party liable for negligently inflicted prenatal injuries furthers the child's legal right to begin life free of injuries caused by the negligence of others,

La relation entre la femme enceinte et le fœtus qu'elle porte est différente de celle qui existe entre les autres demandeurs et les autres défendeurs. Aucun autre demandeur ne dépend entièrement du défendeur pour tout ce qui est nécessaire à la vie elle-même. Aucun autre défendeur ne doit subir de profondes transformations biologiques, peut-être même au risque de sa propre vie, pour donner naissance à la partie adverse. Après tout, c'est l'ensemble de la vie de la femme enceinte qui a des effets sur le développement du fœtus. Contrairement au cas du tiers défendeur, chaque moment de veille et chaque moment de sommeil de la mère forment, pour le meilleur et pour le pire, l'environnement prénatal qui constitue le monde du fœtus en croissance. La femme enceinte n'y est pour rien: il s'agit d'une réalité de la vie.

Dans l'affaire *Bonte*, précitée, un enfant a poursuivi sa mère pour le préjudice résultant de son omission d'utiliser le passage à piétons prévu lorsqu'elle était enceinte de sept mois. La décision majoritaire (trois contre deux) de la Cour suprême du New Hampshire, qui a autorisé la poursuite de l'enfant, est caractéristique de la division de la jurisprudence aux États-Unis. Les motifs du juge Thayer, s'exprimant au nom de la majorité, reflètent ceux du juge de première instance dans le présent pourvoi. Le juge Thayer a reconnu la cause d'action de l'enfant en bas âge pour les motifs suivants (à la p. 466):

[TRADUCTION] Parce que notre jurisprudence admet que l'enfant né vivant peut avoir une cause d'action contre un tiers pour le préjudice subi *in utero* et que l'enfant peut intenter une action en responsabilité délictuelle contre sa mère pour négligence, il s'ensuit que l'enfant né vivant a une cause d'action contre sa mère dont la négligence est à l'origine du préjudice subi *in utero* par l'enfant.

Avec égards, je crois que les considérations touchant la politique publique revêtent une extrême importance dans le présent pourvoi. Par conséquent, je suis d'accord avec la décision dissidente du juge en chef Brock et du juge Batchelder, laquelle reflète de façon éloquentes les considérations d'ordre politique que soulève cette affaire difficile (à la p. 467):

[TRADUCTION] Tenir un tiers responsable du préjudice prénatal infligé par négligence favorise le droit de l'enfant de commencer sa vie libre de tout préjudice causé

38

39

but does not significantly restrict the behavior or actions of the defendant beyond the limitations already imposed by the duty owed to the world at large by long standing rules of tort law. Third parties, despite this recently imposed duty to the fetus, are able to continue to act much as they did before the cause of action was recognized. Imposing the same duty on the mother, however, will constrain her behavior and affirmatively mandate acts which have traditionally rested solely in the province of the individual free from judicial scrutiny, guided, until now, by the mother's sense of personal responsibility and moral, not legal, obligation to her fetus.

Although it is true that the law may impose liability based on the special relationship between certain parties, we can think of no existing legal duty analogous to this one, which could govern such details of a woman's life as her diet, sleep, exercise, sexual activity, work and living environment, and, of course, nearly every aspect of her health care. Imposing a legal duty upon a mother to her fetus creates a legal relationship which is irrefutably unique.

40

The willingness of the trial judge and the New Brunswick Court of Appeal to impose tort liability on mothers for prenatal negligence appears to be based in large part on principles of tort law which, to date, have been applied solely to negligent third parties. The infant respondent argues that these general principles, which may result in third-party liability, may equally result in maternal prenatal liability. Yet, I agree with the position put forward by the dissent in *Bonte*, which was expressed as follows: “[W]hether to subject the day-to-day decisions and acts of a woman concerning her pregnancy to judicial scrutiny is not properly a question to be decided by a mechanical application of logic” (p. 467).

par la négligence des autres, mais cela n'oblige pas le défendeur à respecter dans son comportement ou ses actes des limites beaucoup plus sévères que celles qu'imposent les obligations auxquelles il est tenu envers la société en général en vertu des règles bien établies de la responsabilité délictuelle. En dépit des obligations récemment imposées aux tiers à l'égard du fœtus, ceux-ci peuvent continuer d'agir généralement comme ils le faisaient avant que cette cause d'action ne soit reconnue. Toutefois, imposer les mêmes obligations à la mère aura pour effet d'encadrer son comportement et de la contraindre à accomplir des actes relevant traditionnellement du libre choix de la personne et échappant au contrôle des tribunaux, puisqu'ils étaient jusqu'ici guidés par le sens des responsabilités personnelles et du devoir moral, et non légal, qu'éprouve la mère envers le fœtus.

Bien qu'il soit vrai que la loi impose parfois une responsabilité fondée sur la relation particulière existant entre certaines parties, nous ne pouvons imaginer aucun devoir légal existant analogue à cette obligation qui pourrait régir des aspects aussi précis de la vie d'une femme que son régime alimentaire, son sommeil, l'exercice qu'elle fait, ses relations sexuelles, son milieu de travail et de vie, et, naturellement, presque toutes les facettes des soins de santé qu'elle reçoit. Imposer un devoir légal à la mère à l'égard du fœtus crée une relation juridique sans contredit exceptionnelle.

L'empressement du juge de première instance et de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick à imposer une responsabilité délictuelle à la mère pour la négligence commise avant la naissance paraît fondée dans une large mesure sur les principes du droit de la responsabilité délictuelle qui jusqu'ici avaient été appliqués uniquement aux tiers négligents. L'enfant en bas âge intimé soutient que ces principes généraux dont l'application peut engager la responsabilité d'un tiers peuvent également permettre de retenir la responsabilité de la mère pour un préjudice prénatal. Pourtant, je suis d'accord avec la position avancée dans les motifs dissidents de l'arrêt *Bonte*, laquelle a été exprimée comme suit: [TRADUCTION] «[L]a question de savoir s'il faut soumettre au contrôle des tribunaux les décisions et les actes quotidiens d'une femme relativement à sa grossesse ne peut pas être tranchée par une application automatique de la logique» (p. 467).

Rather, it is the policy concerns, so central to this issue, which should determine whether tort liability should be imposed on mothers for prenatal negligence. With the greatest respect, I am of the view that the judgments below failed to appreciate fully the extensive intrusion into the privacy and autonomy rights of women that would be required by the imposition of tort liability on mothers for prenatal negligence. Such a rule of law would have profound implications and consequences for all Canadian women who are or may become pregnant.

(d) *Consequences of Recognizing this Cause of Action*

There are many circumstances in which the acts or failures to act of a pregnant woman may constitute negligence and result in injury to her foetus. A general social survey indicates that of all the types of accidents in which women were involved, 28 percent occurred in motor vehicles and 21 percent occurred in the home: Statistics Canada, Catalogue No. 82-003, *Health Reports* (1995), vol. 7, No. 2, at p. 12. In addition, for hospital admissions due to unintentional falls, the place of occurrence is the home for 47 percent of the females who reported injuries: Canadian Institute for Health Information, *National Trauma Registry Report — Hospital Injury Admissions, 1995/96* (1998), at p. 57. If a legal duty of care is imposed upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child, such accidents, if they occur while the woman is pregnant, could be characterized as prenatal negligence and result in tort liability.

Moreover, a pregnant woman will very often choose, or be compelled by economic reality, to continue her employment in order to support and maintain, or to assist in the support and maintenance, of her family. It seems clear that imposing a legal duty of care upon a pregnant woman would adversely affect that woman's ability to work during pregnancy. Indeed, all of the legal problems

C'est plutôt à la lumière des considérations d'ordre politique, si cruciales dans la présente affaire, que doit être tranchée la question de savoir si les mères doivent encourir une responsabilité délictuelle pour la négligence commise avant la naissance. Avec égards, j'estime que les jugements des instances inférieures n'ont pas bien mesuré l'ampleur de l'atteinte au droit des femmes à la vie privée et à l'autonomie qu'entraînerait l'imposition d'une responsabilité délictuelle aux mères pour la négligence commise avant la naissance. Une règle de droit de cette nature aurait des effets profonds sur toutes les Canadiennes qui sont enceintes ou sont susceptibles de le devenir.

d) *Les conséquences de la reconnaissance de cette cause d'action*

Il existe une multitude de situations dans lesquelles les actes ou les omissions de la femme enceinte peuvent constituer de la négligence et causer un préjudice au fœtus qu'elle porte. Une enquête sociologique générale indique que, de tous les types d'accidents dans lesquels les femmes sont impliquées, 28 p. 100 ont trait aux véhicules à moteur, tandis que 21 p. 100 se produisent à la maison: Statistique Canada, Catalogue n° 82-003, *Rapports sur la santé* (1995), vol. 7, n° 2, à la p. 12. De plus, 47 p. 100 des femmes hospitalisées en raison de chutes involontaires ayant causé des blessures ont subi cet accident à la maison: Institut canadien d'information sur la santé, *National Trauma Registry Report — Hospital Injury Admissions, 1995/96* (1998), à la p. 57. Si une obligation légale de diligence était imposée à la femme enceinte à l'égard du fœtus qu'elle porte ou de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite, un tel accident survenu pendant la grossesse, pourrait être qualifié de négligence avant la naissance et entraîner une responsabilité délictuelle.

De plus, la femme enceinte choisit très souvent, ou est forcée par la réalité économique, de continuer de travailler afin de subvenir aux besoins, ou d'aider à subvenir aux besoins, de sa famille. Il est indéniable qu'imposer une obligation légale de diligence à la femme enceinte aurait des conséquences négatives sur sa capacité de travailler pendant la grossesse. En effet, l'ensemble des pro-

41

42

43

inherent in maternal tort liability for prenatal negligence, in the context of household and highway accidents, are equally apparent in the workplace setting. Statistical data indicates that, of all the accidents in which women were injured, 14 percent occurred in the course of employment: *Health Reports, supra*, at p. 12.

blèmes juridiques inhérents à la responsabilité délictuelle de la mère pour la négligence commise avant la naissance, à la maison et sur la route, se présentent aussi dans le milieu de travail. Les statistiques montrent que, de tous les accidents où des femmes sont blessées, 14 p. 100 se produisent dans l'exercice de leurs fonctions: *Rapports sur la santé, op. cit.*, à la p. 12.

44 Whether it be in the household, on the roadways, or in the workplace, the imposition of a duty of care upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child could render that woman liable in tort, even in situations where her conduct could not possibly affect a third-party. A mother could be held liable in tort for negligent acts or defaults, which occurred while she was pregnant and alone, and which subsequently caused damages to her born alive child. This could include the careless performance of household activities — such as preparing meals, carrying loads of laundry, or shovelling snow — while alone in the home. It could include the negligent operation of any motor vehicle — be it for personal, family or work-related purposes — even if no third-party could possibly be affected. A mother who injured her foetus in a careless fall, or who had an unreasonable lapse of attention in the home, at work or on the roadways, could potentially be held liable in tort for the damages suffered by her born alive child. The imposition of tort liability in those circumstances would significantly undermine the privacy and autonomy rights of women.

Que ce soit au foyer, sur les routes ou en milieu de travail, l'imposition d'une obligation de diligence à la femme enceinte à l'égard du fœtus qu'elle porte ou de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite pourrait engager sa responsabilité délictuelle, même dans des situations où sa conduite ne pourrait absolument pas avoir d'incidence sur un tiers. La responsabilité délictuelle de la mère pourrait être retenue pour des omissions ou des actes négligents qui ont été commis pendant la grossesse, alors qu'elle se trouvait seule, et qui ont par la suite causé un dommage à son enfant né vivant. Cela pourrait viser l'exécution négligente des tâches ménagères — telles la préparation des repas, le fait de porter la lessive ou de pelleter de la neige — alors que la personne est seule à la maison. Cela pourrait également comprendre la conduite négligente d'un véhicule à moteur — que ce soit à des fins personnelles, familiales ou liées au travail — même s'il était impossible que sa conduite ait une incidence sur un tiers. La mère qui cause un préjudice au fœtus qu'elle porte en faisant une chute due à sa négligence ou en commettant une erreur d'inattention déraisonnable à la maison, au travail ou sur la route, pourrait être tenue délictuellement responsable du dommage subi par son enfant né vivant. L'imposition d'une responsabilité délictuelle dans ces circonstances porterait gravement atteinte au droit à la vie privée et à l'autonomie de la femme.

45 It becomes apparent that many potential acts of negligence are inextricably intertwined with the lifestyle choices, the familial roles and the working lives of pregnant women. Women alone bear the burdens of pregnancy. Our society collectively benefits from the remarkably important role played by pregnant women. The imposition by courts of tort liability on mothers for prenatal negligence

Il appert que plusieurs actes potentiellement négligents sont inextricablement liés aux choix concernant le mode de vie, au rôle familial et à la vie professionnelle de la femme enceinte. Seule la femme porte la charge de la grossesse. Notre société profite collectivement de ce rôle remarquablement important joué par la femme enceinte. L'imposition par les tribunaux d'une responsabilité

would restrict a pregnant woman's activities, reduce her autonomy to make decisions concerning her health, and have a negative impact upon her employment opportunities. It would have a profound effect upon every woman, who is pregnant or merely contemplating pregnancy, and upon Canadian society in general. Any imposition of such tort liability should be undertaken, not by the courts, but by the legislature after careful study and debate.

Moreover, the imposition of tort liability in this context would carry psychological and emotional repercussions for a mother who is sued in tort by her newborn child. To impose tort liability on a mother for an unreasonable lapse of prenatal care could have devastating consequences for the future relationship between the mother and her born alive child. In essence, the judicial recognition of a cause of action for maternal prenatal negligence is an inappropriate response to the pressing social issue of caring for children with special needs. Putting a mother through the trauma of a public trial to determine whether she was at fault for the injury suffered by her child can only add emotional and psychological trauma to an already tragic situation.

Such litigation would, in all probability, have detrimental consequences, not only for the relationship between mother and child, but also for the relationship between the child and his or her family. Yet, family harmony will be particularly important for the creation of a caring and nurturing environment for the injured child, who will undoubtedly require much loving attention. It seems clear that the well-being of such a child cannot be readily severed from the interests of his or her family. In short, neither the best interests of the injured child, nor those of the remainder of the family, would be served by the judicial recognition of the suggested cause of action.

délictuelle à la mère pour la négligence commise avant la naissance aurait pour effet de limiter les activités de la femme enceinte, de restreindre sa liberté de prendre des décisions relatives à sa santé et aurait des conséquences négatives sur ses possibilités d'emploi. L'imposition d'une telle responsabilité aurait des effets considérables sur chaque femme enceinte ou projetant simplement de le devenir et sur la société canadienne en général. L'imposition d'une telle responsabilité ne doit pas être décidée par les tribunaux mais par le législateur, après que la question aura fait l'objet d'un examen minutieux et d'un débat.

Au surplus, l'imposition d'une responsabilité délictuelle dans ce contexte aurait des répercussions psychologiques et émotionnelles sur la mère poursuivie par le nouveau-né. Mettre une responsabilité délictuelle à la charge de la mère pour un manque déraisonnable de soins prénatals pourrait avoir des effets dévastateurs sur la future relation entre la mère et l'enfant né vivant. Avant tout, la reconnaissance judiciaire d'une cause d'action pour la négligence commise par la mère avant la naissance constituerait une réponse inappropriée face à l'urgent problème social d'assumer les soins des enfants ayant des besoins particuliers. Soumettre la mère à l'expérience stressante du procès public visant à déterminer si elle est responsable du préjudice subi par son enfant ne peut qu'ajouter un traumatisme émotionnel et psychologique à une situation déjà tragique.

Il est fort probable qu'une telle poursuite entraînerait des conséquences négatives non seulement sur la relation entre la mère et l'enfant, mais aussi sur la relation entre l'enfant et sa famille. Pourtant, l'harmonie familiale sera particulièrement importante pour la création d'un milieu plein d'attention et de soins pour l'enfant qui a subi un préjudice et qui aura sans aucun doute besoin d'être entouré d'amour. Il semble clair que le bien-être d'un tel enfant ne peut être facilement dissocié des intérêts de la famille. En résumé, ni l'intérêt de l'enfant qui a subi un préjudice, ni celui des autres membres de la famille ne sont servis par la reconnaissance judiciaire de la cause d'action proposée.

46

47

48

The primary purposes of tort law are to provide compensation to the injured and deterrence to the tortfeasor. In the ordinary course of events, the imposition of tort liability on a mother for prenatal negligence would provide neither compensation nor deterrence. The pressing societal issue at the heart of this appeal is the lack of financial support currently available for the care of children with special needs. The imposition of a legal duty of care on a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child will not solve this problem. If anything, attempting to address this social problem in a litigious setting would merely exacerbate the pain and trauma of a tragic situation. It may well be that carefully considered legislation could create a fund to compensate children with prenatally inflicted injuries. Alternatively, amendments to the motor vehicle insurance laws could achieve the same result in a more limited context. If, as a society, Canadians believe that children who sustain damages as a result of maternal prenatal negligence should be financially compensated, then the solution should be formulated, after careful study and debate, by the legislature.

2. Difficulties of Articulating a Judicial Standard of Conduct for Pregnant Women

49

The infant respondent and certain interveners argued that a legal duty of care should be imposed upon a pregnant woman towards her foetus or born alive child. If such a duty of care is imposed upon pregnant women, then a judicially defined standard of conduct would have to be met. One intervener argued that tort liability should be imposed where a woman's conduct fails to conform to a "reasonable pregnant woman" standard, which would apply to all aspects of her behaviour while pregnant. By contrast, the infant respondent argued in favour of the test put forward by the Court of Appeal in this case. This test draws a distinction between those situations in which a pregnant woman owes a "general duty of care" and those which relate to "lifestyle choices peculiar to parenthood". In the

Le droit de la responsabilité délictuelle vise essentiellement à assurer l'indemnisation des personnes qui ont subi un préjudice et à dissuader les comportements délictueux. Normalement, l'imposition d'une responsabilité délictuelle à la mère pour la négligence commise avant la naissance n'apporte ni indemnisation, ni effet dissuasif. La question de société pressante au centre du présent pourvoi est le manque de soutien financier actuel pour les enfants ayant des besoins particuliers. L'imposition d'une obligation légale de diligence à la femme enceinte envers le fœtus qu'elle porte ou l'enfant né vivant par la suite ne résoudra pas ce problème. Tenter de régler ce problème social dans un cadre litigieux ferait plutôt en sorte d'exacerber la douleur et le traumatisme d'une situation tragique. Il se peut très bien qu'une loi soigneusement étudiée puisse créer un fonds pour indemniser les enfants ayant subi un préjudice avant leur naissance. De façon subsidiaire, des modifications à la législation sur l'assurance-automobile pourraient parvenir au même résultat dans un contexte plus limité. 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.

2. Difficultés d'élaboration d'une norme de conduite judiciaire applicable à la femme enceinte

L'enfant en bas âge intimé et certains intervenants soutiennent qu'une obligation légale de diligence doit être imposée à la femme enceinte à l'égard du fœtus qu'elle porte ou de son enfant né vivant. Si une telle obligation de diligence est imposée à la femme enceinte, il faudrait qu'une norme de conduite définie par les tribunaux soit respectée. Selon un intervenant, la responsabilité délictuelle doit être retenue lorsque la conduite de la femme n'est pas conforme à la norme de la «femme enceinte raisonnable», qui s'appliquerait à tous les aspects de son comportement pendant la grossesse. Par contraste, l'enfant en bas âge intimé a dit qu'il était en faveur du critère avancé par la Cour d'appel dans la présente affaire. Ce critère établit une distinction entre les situations dans les-

latter cases, a mother would be immune from tort liability for prenatal negligence. Another strand in the respondent's argument is that, at the very least, a mother should be held liable for all damages suffered by her born alive child as a result of prenatal injuries caused by her allegedly negligent driving. It was argued that the existence of a mandatory insurance regime for motor vehicle negligence entitles the born alive child to compensation in such cases.

I believe that the courts cannot, and should not, articulate a standard of conduct for pregnant women. To do so raises all of the troubling questions posed by Cunningham J. in *Stallman*, *supra*, (at p. 360):

It must be asked. By what judicially defined standard would a mother have her every act or omission while pregnant subjected to State scrutiny? By what objective standard could a jury be guided in determining whether a pregnant woman did all that was necessary in order not to breach a legal duty to not interfere with her fetus' separate and independent right to be born whole? In what way would prejudicial and stereotypical beliefs about the reproductive abilities of women be kept from interfering with a jury's determination of whether a particular woman was negligent at any point during her pregnancy?

For the reasons set out later, I am of the view that the various approaches advocated by the infant respondent and the interveners fail to avoid the pitfalls of a judicially defined standard of care for pregnant women. To adopt the "reasonable pregnant woman" standard involves far-reaching implications and extensive intrusions into the rights of bodily integrity, privacy and autonomy of pregnant women. The test articulated by the Court of Appeal is, I believe, inconsistent with general principles of tort law and unworkable in practice. Finally, if the existence of motor vehicle insurance

quelles une femme enceinte a une «obligation générale de diligence» et celles qui se rapportent à un «choix de style de vie particuli[er] du parent». Dans ce dernier cas, la mère serait exonérée de toute responsabilité délictuelle pour la négligence commise avant la naissance. Un autre volet de l'argumentation de l'intimé est que la mère devrait, à tout le moins, être tenue responsable de tous les dommages subis par son enfant né vivant en raison des préjudices prénatals causés par la négligence dont elle aurait fait preuve au volant. Il a été allégué que l'existence d'un régime d'assurances obligatoire pour la négligence au volant donne à l'enfant né vivant le droit d'obtenir réparation dans de tels cas.

Je crois que les tribunaux ne peuvent pas, et ne doivent pas, formuler une norme de conduite applicable à la femme enceinte, sous peine de soulever toutes les questions troublantes qu'a posées le juge Cunningham dans *Stallman*, précité, à la p. 360:

[TRADUCTION] Il faut poser la question. En vertu de quelle norme définie par les tribunaux toutes les omissions ou tous les actes de la femme enceinte seraient-ils soumis à l'examen minutieux de l'État? Quelle norme objective guiderait le jury appelé à décider si la femme enceinte a fait tout ce qui était nécessaire pour ne pas manquer à son obligation légale de ne pas porter atteinte au droit distinct et indépendant de son fœtus de naître indemne? Comment pourrait-on empêcher que des croyances préjudiciables et stéréotypées relatives aux capacités reproductrices des femmes soient prises en compte par le jury appelé à se prononcer sur la négligence d'une femme particulière à un moment donné au cours de sa grossesse?

Pour les motifs énoncés plus loin, j'estime que les diverses approches préconisées par l'enfant en bas âge intimé et par les intervenants ne réussissent pas à éviter les embûches d'une norme de diligence applicable aux femmes enceintes et définie par les tribunaux. Adopter la norme de la femme enceinte raisonnable entraîne des répercussions d'une grande portée et des atteintes importantes au droit à l'intégrité physique, à la vie privée et à l'autonomie des femmes enceintes. Le critère énoncé par la Cour d'appel est, à mon avis, incompatible avec les principes généraux de la responsa-

50

51

is to be relied upon as the basis for imposing a legal duty of care upon pregnant women, then this solution should be enacted by the legislature. A specific and insurance-dependent rule of tort liability cannot, and should not, be created by the courts.

(a) *Reasonable Pregnant Woman Standard*

52 Linked to the unpredictable impact on the privacy and autonomy rights of women, lies the difficult, perhaps impossible, task of judicially defining a standard of conduct for pregnant women. An intervener argued that a mother-to-be should be held liable for all negligent behaviour causing damages to her foetus, which would be determined in accordance with a “reasonable pregnant woman” standard. An intervener submitted that, once aware of the pregnancy, a woman should be required to conform to the standard of behaviour of a “reasonably prudent expectant mother conducting herself under similar circumstances”: D. Santello, “Maternal Tort Liability for Prenatal Injuries” (1988), 22 *Suffolk U. L. Rev.* 747, at p. 775. This would involve an analysis of the risks associated with a given activity, the gravity of the possible injury, and the likelihood of that injury occurring. The standard of care would be reasonable rather than absolute, and thus a pregnant woman would not be expected to act as the insurer for the health of her subsequently born child.

53 In my view, this standard is inappropriate. It raises the spectre of judicial scrutiny and potential liability imposed for “lifestyle choices”. Thus, it brings into play all of the policy concerns articulated in *Winnipeg*, *supra*. For instance, it would be open to the trier of fact to determine that a “reasonable pregnant woman”, who knows or has reason to know of her condition, should not smoke cigarettes or drink alcohol. Decisions involving the standard of care in tort law focus upon generally accepted norms, rather than on the individual

bilité délictuelle et il est inapplicable en pratique. Enfin, si l’existence d’une assurance-automobile doit servir de fondement à l’imposition d’une obligation légale de diligence à la femme enceinte, il faut que cette solution soit adoptée par le législateur. Les tribunaux ne peuvent pas, et ne doivent pas, créer une règle précise en matière de responsabilité délictuelle qui soit subordonnée à la souscription d’une assurance.

a) *La norme de la femme enceinte raisonnable*

Conjointement à ses effets imprévisibles sur le droit des femmes à la vie privée et à l’autonomie, la formulation par les tribunaux d’une norme de conduite pour les femmes enceintes apparaît comme une tâche difficile, voire impossible. Un intervenant prétend que la future mère devrait être tenue responsable de l’ensemble de ses comportements négligents qui causent un dommage au fœtus qu’elle porte, ce qui serait déterminé en fonction d’une norme de la «femme enceinte raisonnable». Un autre a soutenu qu’une fois qu’elle sait qu’elle est enceinte, la femme devrait être tenue de se conformer à la norme de comportement de la [TRADUCTION] «femme enceinte raisonnablement prudente se trouvant dans une situation semblable»: D. Santello, «Maternal Tort Liability for Prenatal Injuries» (1988), 22 *Suffolk U. L. Rev.* 747, à la p. 775. Cela comporterait une analyse des risques liés à une activité donnée, de la gravité du préjudice possible et de sa probabilité. Il s’agit d’une norme raisonnable de diligence et non d’une norme absolue, de sorte que l’on ne s’attendrait pas à ce que la femme enceinte agisse comme un assureur à l’égard de la santé de l’enfant auquel elle donne naissance par la suite.

J’estime que cette norme ne convient pas. Elle fait apparaître le spectre d’un examen judiciaire et d’une éventuelle responsabilité imposée en raison des «choix de style de vie». Elle fait donc entrer en jeu l’ensemble des considérations d’ordre politique formulées dans l’arrêt *Winnipeg*, précité. Par exemple, il serait loisible au juge des faits de décider qu’une «femme enceinte raisonnable», qui connaît ou a des raisons de connaître son état, ne doit ni fumer ni boire. Les décisions portant sur la norme de diligence en matière de responsabilité

woman. This objective standard would permit triers of fact to dictate, according to their own notions of proper conduct, the manner in which an expectant woman should behave throughout her pregnancy. Accordingly, a pregnant woman whose lifestyle conduct was under judicial scrutiny would not benefit from a truly individual standard, which takes into account her personal situation and acknowledges her autonomy.

The importance of an individual standard of assessment is emphasized by the great disparities which exist in the financial situations, education, access to health services and ethnic backgrounds of pregnant women. These disparities would inevitably lead to an unfair application of a uniform legal standard concerned with the reasonable pregnant woman. In this regard, Cunningham J. noted in *Stallman, supra*, at p. 360:

Pregnancy does not come only to those women who have within their means all that is necessary to effectuate the best possible prenatal environment: any female of child-bearing age may become pregnant. Within this pool of potential defendants are representatives of all socio-economic backgrounds: the well-educated and the ignorant; the rich and the poor; those women who have access to good health care and good prenatal care and those who, for an infinite number of reasons, have not had access to any health care services.

Tort law is concerned with the application of objective standards of reasonable behaviour to impugned conduct. It cannot adequately address the profound public policy implications raised by this appeal. Brock C.J. and Batchelder J., in dissent, expressed serious doubts as to whether it is “possible to subject a woman’s judgment, action, and behavior as they relate to the well-being of her fetus to a judicial determination of reasonableness in a manner that is consistent and free from

délictuelle sont centrées sur des normes généralement acceptées, plutôt que sur la femme en cause. Cette norme objective permettrait au juge des faits de dicter, selon sa propre conception de la conduite maternelle appropriée, la façon dont une femme enceinte doit se comporter au cours de sa grossesse. Par conséquent, la femme enceinte dont le mode de vie ferait l’objet d’un examen par les tribunaux ne bénéficierait pas d’une norme véritablement individuelle, qui tient compte de sa situation personnelle et qui reconnaît son autonomie.

L’importance d’une norme d’évaluation individuelle est accentuée par les disparités criantes constatées chez les femmes enceintes en ce qui concerne la situation financière, le niveau d’instruction, l’accès aux services de santé et l’origine ethnique. Ces disparités mèneraient inévitablement à l’application inéquitable d’une norme juridique uniforme élaborée en fonction de la femme enceinte raisonnable. À ce sujet, le juge Cunningham a noté, dans l’arrêt *Stallman*, précité, à la p. 360:

[TRADUCTION] Il n’est pas donné qu’aux femmes ayant les moyens nécessaires pour créer le meilleur milieu prénatal possible de devenir enceintes: toute femme en âge de concevoir peut l’être. Dans cet ensemble de défenderesses potentielles, on retrouve des représentantes de tous les milieux socio-économiques: les femmes instruites et celles qui n’ont pas d’instruction; les riches et les pauvres; les femmes qui ont accès à des soins médicaux et prénatals de qualité et celles qui, pour un nombre infini de raisons, n’y ont pas accès.

Le droit de la responsabilité délictuelle concerne l’application d’une norme objective de comportement raisonnable à la conduite reprochée. Il ne peut s’attaquer adéquatement aux importantes répercussions que soulève le présent pourvoi sur le plan de la politique publique. Le juge en chef Brock et le juge Batchelder, dissidents, ont exprimé de sérieuses réserves relativement à la question de savoir s’il était [TRADUCTION] «possible de soumettre le jugement, les actes et le comportement d’une femme, relativement au bien-être du fœtus qu’elle porte, à l’appréciation des tribunaux en vue de déterminer leur caractère raisonnable d’une façon qui soit cohérente et ne donne

54

55

arbitrary results”: *Bonte, supra*, at p. 468. I share those reservations.

(b) *Lifestyle Choices Peculiar to Parenthood*

56

On behalf of the infant respondent, it was argued that these policy considerations, although admittedly profound, are not raised in this appeal. Rather, it was submitted that this case is only concerned with whether a mother may be liable to her born alive child for her prenatal negligence in the operation of a motor vehicle. This position was adopted by the New Brunswick Court of Appeal. Hoyt C.J.N.B. held that, because a pregnant woman who is driving owes a general duty of care to members of the public, she must owe that same duty to her subsequently born child. However, he went on to hold that, if the activity in question is “peculiar to parenthood” or involves a “lifestyle choice”, then a child born alive with injuries cannot commence an action in negligence against his or her mother. A similar dividing line is described by Professor Fleming, *supra*, at p. 168:

More complex is the question whether a child should have a claim for prenatal injury against a parent. A distinction is in order between the general duty to avoid injury which the defendant owes to all others and those peculiar to parenthood. An instance of the former is the duty to drive carefully, which even the mother at the wheel owes to her foetus. On the other hand, there is strong aversion against inquisition into alleged parental indiscretions during pregnancy, like excessive smoking, drinking or taking drugs.

Thus, Professor Fleming describes the immunity from tort liability in this context as relating to all those activities which are “peculiar to parenthood”; that is to say, those activities that relate uniquely to parenting.

pas lieu à des résultats arbitraires»: *Bonte*, précité, à la p. 468. Je partage ces réserves.

b) *Le choix du mode de vie particulier du parent*

On a avancé, au nom de l'enfant en bas âge intimé, que malgré leur grande importance, ces considérations d'ordre politique n'étaient pas soulevées dans le présent pourvoi. On a plutôt soutenu que le présent pourvoi portait uniquement sur la question de savoir si la mère pouvait être tenue responsable envers son enfant né vivant de la négligence dont elle avait fait preuve au volant avant sa naissance. C'est la position qu'a adoptée la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick. Le juge en chef Hoyt a conclu que parce qu'une femme enceinte a, si elle prend le volant, une obligation générale de diligence envers le public, elle a cette même obligation envers l'enfant auquel elle donne naissance par la suite. Il a toutefois ajouté que, si l'activité en question est une obligation «particulière du parent» ou si elle comporte des «choix de style de vie», l'enfant né vivant mais atteint d'un préjudice ne peut exercer une action pour négligence contre sa mère. Une ligne de démarcation similaire est évoquée par le professeur Fleming, *op. cit.*, à la p. 168:

[TRADUCTION] La question de savoir si l'enfant devrait pouvoir poursuivre ses parents pour le préjudice subi avant la naissance est plus complexe. Il faut faire une distinction entre l'obligation générale de ne pas causer de préjudice, à laquelle la partie défenderesse est tenue envers tous, et les obligations particulières du parent. Un exemple de la première est l'obligation de conduire prudemment, à laquelle même la mère au volant est tenue envers le fœtus qu'elle porte. En revanche, l'on répugne à examiner les imprudences qu'auraient commises les parents au cours de la grossesse, comme le tabagisme excessif et la consommation d'alcool et de drogue.

Par conséquent, le professeur Fleming dit de l'immunité en matière de responsabilité délictuelle dans ce contexte qu'elle se rapporte à toutes les activités «particulière[s] du parent»; ce qui signifie, les activités qui concernent uniquement le rôle de parent.

With respect to those who hold this opinion, I am of the view that this distinction is unworkable. It fails to consider the scope of the role of a parent. Driving is an integral part of parenting in a great many families. For instance, a parent must often drive to pick up children from school or child care, to take them to the dentist or doctor, or to hockey practice or swimming lessons. Indeed, I doubt whether any court can articulate a sound legal test, which is both theoretically coherent and workable in practice, that could effectively limit maternal prenatal liability to cases of motor vehicle negligence. Ultimately, only the legislature can create such a narrow and specific basis of tort liability.

In my view, a distinction based on duties which are “peculiar to parenthood” would lead to inconsistent results. In this regard, the American cases which considered a partial abrogation of the parental immunity doctrine, which excludes acts involving the “exercise of parental authority and discretion”, are instructive. Certain American courts have rejected the parental immunity exceptions because they result in arbitrary distinctions between acts unique to parenting and those that are not: *Hartman by Hartman v. Hartman*, 821 S.W.2d 852 (Mo. 1991), at pp. 856-57. Significantly, several American cases considered the operation of a motor vehicle to be a family activity which engaged the parental immunity doctrine. This position treated the use of an automobile as essential to the functioning of a household. In *Hogan v. Hogan*, 435 N.E.2d 770 (Ill. App. Ct. 1982), it was held that driving a child to her piano lesson constituted the operation of a motor vehicle to accomplish a family purpose. Similarly, *Eisele v. Tenuta*, 404 N.E.2d 349 (Ill. App. Ct. 1980), held that driving with a minor to a college was directly connected with family purposes and objectives. In *Johnson v. Myers*, 277 N.E.2d 778 (Ill. App. Ct. 1972), at pp. 779-80, it was stated that “[i]n a modern society the motor vehicle plays an intimate and necessary part in the accomplishment of many family purposes”. This seems to be an eminently

Avec égards pour les tenants de cette opinion, j’estime que cette distinction est inutilisable en pratique, car elle ne tient pas compte de l’ampleur du rôle de parent. Conduire fait partie intégrante du rôle de parent dans un grand nombre de familles. Par exemple, le père ou la mère doit souvent aller chercher les enfants à l’école ou à la garderie, les conduire chez le dentiste, chez le médecin, aux pratiques de hockey ou aux cours de natation. En fait, je doute qu’un tribunal puisse formuler un bon critère juridique, qui soit à la fois cohérent en théorie et applicable en pratique, qui puisse restreindre efficacement la responsabilité prénatale de la mère aux cas de négligence au volant. En définitive, seul le législateur peut créer un régime de responsabilité délictuelle aussi limité et précis.

À mon avis, une distinction fondée sur les obligations «particulière[s] du parent» conduirait à des résultats contradictoires. À ce sujet, il est instructif de consulter la jurisprudence américaine où a été examinée l’abrogation partielle de la théorie de l’immunité parentale, qui exclut les actes relevant de «l’exercice de l’autorité et du pouvoir discrétionnaire des parents». Certains tribunaux américains ont rejeté les exceptions à l’immunité parentale parce qu’elles créaient des distinctions arbitraires entre les actes propres au rôle de parent et ceux qui ne le sont pas: *Hartman by Hartman c. Hartman*, 821 S.W.2d 852 (Mo. 1991), aux pp. 856 et 857. Ce qui est important, c’est que la conduite d’un véhicule à moteur a été considérée dans plusieurs arrêts américains comme une activité familiale faisant intervenir la théorie de l’immunité parentale. Selon cette position, l’utilisation d’une automobile est essentielle à la vie d’un ménage. Dans la décision *Hogan c. Hogan*, 435 N.E.2d 770 (Ill. App. Ct. 1982), il a été décidé que conduire une enfant à son cours de piano c’était utiliser un véhicule à moteur à des fins familiales. De même, dans la décision *Eisele c. Tenuta*, 404 N.E.2d 349 (Ill. App. Ct. 1980), il a été conclu que le fait d’accompagner en voiture un mineur jusqu’à son collègue était directement lié à des fins familiales. Dans la décision *Johnson c. Myers*, 277 N.E.2d 778 (Ill. App. Ct. 1972), aux pp. 779 et

sensible conclusion which reflects the scheduling demands of contemporary society.

780, il a été dit que [TRADUCTION] «[d]ans une société moderne, le véhicule à moteur est intimement lié et nécessaire à la satisfaction de plusieurs des besoins de la famille». Cela semble être une conclusion tout à fait raisonnable qui reflète les horaires de plus en plus chargés de la société contemporaine.

59

The Court of Appeal also referred to a “general duty of care” in articulating its test for maternal tort liability. With respect, there can be no such duty owed to the public at large. As a matter of tort law, a duty of care must always be owed by one person to another. Negligence cannot exist in the abstract. There must be a specific duty owed to a foreseeable plaintiff, which is breached, in order for negligence to arise. A “general duty of care” does not exist. Accordingly, it cannot be used as a legal test for the imposition of tort liability in cases of prenatal negligence. Even if it were possible to identify readily those activities in which a woman owes a “general duty of care”, this would not limit the extent of external scrutiny and control over a pregnant woman’s daily life. To rely on the “general duty of care” distinction, in order to hold that this appeal does not raise important issues of social policy, is bound to introduce a significant element of uncertainty into tort law.

La Cour d’appel a également fait référence à une «obligation générale de diligence» en formulant le critère relatif à la responsabilité délictuelle de la mère. Avec égards, il ne peut exister une telle obligation envers le public en général. Vu sous l’angle du droit de la responsabilité délictuelle, l’obligation de diligence doit toujours peser sur une personne au profit d’une autre. La négligence ne peut exister dans l’abstrait. Il faut qu’il y ait manquement à une obligation particulière envers un demandeur prévisible pour que la négligence puisse être invoquée. Il n’existe pas d’«obligation générale de diligence». Par conséquent, elle ne peut pas servir de critère juridique pour l’imposition d’une responsabilité délictuelle dans les cas de négligence commise avant la naissance. Même s’il était possible de déterminer facilement les activités pour lesquelles une femme a une «obligation générale de diligence», cela ne limiterait pas l’étendue de l’examen minutieux auquel serait soumise la vie quotidienne de la femme enceinte. Se fonder sur la distinction qu’entraîne l’«obligation générale de diligence» pour conclure que le présent pourvoi ne soulève pas d’importantes questions de politique sociale, c’est introduire inévitablement un élément d’incertitude non négligeable dans le droit de la responsabilité délictuelle.

60

Moreover, it is clear that the duty of care imposed by the Court of Appeal is by no means narrow. It would impose tort liability on mothers for prenatal negligence in all situations in which a “general duty of care” is owed to third parties. The distinction between lifestyle choices and a so-called “general duty of care” involves a standard which can be readily applied to many areas of a pregnant woman’s behaviour, most of which are not protected by insurance. The potential breadth of maternal tort liability under this test was recognized by Professor Ian R. Kerr in “Pre-Natal

Au surplus, il est évident que l’obligation de diligence imposée par la Cour d’appel est loin d’être limitée. Elle engagerait la responsabilité délictuelle de la mère pour la négligence commise avant la naissance dans tous les cas où il existe une «obligation générale de diligence» envers les tiers. La distinction entre le choix d’un mode de vie et ce qu’on appelle l’«obligation générale de diligence» nécessite une norme qui peut facilement être appliquée à de nombreux aspects du comportement de la femme enceinte, dont la plupart ne sont pas couverts par une assurance. L’étendue potentielle de la

Fictions and Post-Partum Actions” (1997), 20 *Dalhousie L.J.* 237, at pp. 270-71:

[E]mploying the distinction between duties owed to the general public and those peculiar to parenthood does not assist the Court in narrowing the issue in *Dobson*. In fact, it has the very opposite effect. The rule that the Court of Appeal has derived from Fleming’s distinction is that *duties owed by a pregnant woman to the general public are owed to her unborn child as well*. The consequence of this rule, which seems to have gone completely unnoticed by the Court, is that it will allow a child’s litigation guardian to commence actions for prenatal injuries resulting from innumerable sorts of lifestyle choices that a pregnant woman might embrace. These would include activities such as rollerblading, shopping in a crowded mall, spraying weedkiller on her crops, sailing, lighting fireworks for her children on Canada day, or any other activity where there is a risk of harm to the general public. There is nothing unique or narrow about the act of driving a car. It is just as much a lifestyle choice as any of the other activities just mentioned. . . .

Ironically, in its attempt to shield women from inquiries into alleged parental indiscretions such as smoking and drinking, the Court of Appeal has expanded the liability of pregnant women. [Emphasis in original.]

In essence, a rule of tort law attempting to distinguish between acts of a mother-to-be involving privacy interests and those constituting common torts would of necessity result in arbitrary line-drawing and inconsistent verdicts. Simply to state that a “general duty of care” will not apply to “lifestyle choices” is to leave open the possibility that many actions taken by pregnant women will not be considered lifestyle choices for the purposes of litigation. Is drug use, if prescribed by a physician, a lifestyle choice? Is a hazardous work environment a lifestyle choice? Indeed, is it not arguable that driving while pregnant, for the benefit

responsabilité délictuelle de la mère selon ce critère a été reconnue par le professeur Ian R. Kerr dans «Pre-Natal Fictions and Post-Partum Actions» (1997), 20 *Dalhousie L.J.* 237, aux pp. 270 et 271:

[TRADUCTION] [L’]utilisation de la distinction établie entre les obligations envers le public en général et les obligations particulières du parent n’a pas aidé la cour à circonscrire le débat dans l’arrêt *Dobson*. En fait, cela a eu exactement l’effet contraire. Selon le principe que la Cour d’appel a tiré de la distinction faite par Fleming, *la femme enceinte a les mêmes obligations envers l’enfant qu’elle porte envers le public en général*. La conséquence de ce principe, qui semble avoir totalement échappé à la cour, est que le tuteur à l’instance de l’enfant aura le droit d’intenter une action pour préjudice prénatal résultant des innombrables choix de mode de vie qu’une femme enceinte peut faire. Il pourrait s’agir de faire du patin à roues alignées, de magasiner dans un centre commercial achalandé, d’étendre de l’herbicide sur ses plantes, de faire de la voile, d’allumer un feu d’artifice pour ses enfants à l’occasion de la Fête du Canada ainsi que toute autre activité comportant des risques pour le public en général. Conduire une automobile n’est pas une activité exceptionnelle ou limitée. Il s’agit d’un choix de mode de vie comme le sont les autres activités mentionnées. . . .

Ironiquement, en voulant protéger les femmes contre l’examen des prétendues imprudences parentales, comme le tabagisme et la consommation d’alcool, la Cour d’appel a étendu la responsabilité des femmes enceintes. [En italique dans l’original.]

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 style 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 litige. La consommation d’un médicament prescrit par un médecin constitue-t-il un choix de mode de vie? Travailler dans un milieu dangereux constitue-t-il un choix de mode de vie?

and welfare of the family, constitutes a lifestyle choice?

En fait, ne peut-on prétendre que conduire pendant la grossesse, dans l'intérêt de la famille et pour son bien-être, constitue un choix de mode de vie?

62 In *Winnipeg, supra*, it was argued that the potential state intrusions on behalf of the foetus would be minimal because the duty of care could be defined narrowly. It was submitted that the standard should be "to refrain from activities that have no substantial value to a pregnant woman's well-being or right of self-determination" (para. 38). In rejecting this test as too vague and broad, McLachlin J. observed that the proposed standard raised the following intractable questions (at para. 39):

What does substantial value to a woman's well-being mean? What does a woman's well-being include? What is involved in a woman's right of self-determination — all her choices, or merely some of them? And if some only, what is the criterion of distinction? Although it may be easy to determine that abusing solvents does not add substantial value to a pregnant woman's well-being and may not be the type of self-determination that deserves protection, other behaviours are not as easily classified.

Dans *Winnipeg*, précité, on a avancé que le risque d'empiètement par l'État au nom du fœtus serait minime parce que l'obligation de diligence pouvait être définie très étroitement. On a soutenu que la femme enceinte serait tenue «de ne pas se livrer à des activités qui ne sont pas substantiellement utiles à son bien-être ou à l'exercice de son droit à l'autonomie» (par. 38). Rejetant ce critère en le qualifiant de trop imprécis et trop large, le juge McLachlin a noté que la norme proposée soulevait les questions insolubles qui suivent (au par. 39):

Qu'est-ce qu'une activité substantiellement utile au bien-être d'une femme? Que comprend ce bien-être? Quel est l'objet du droit à l'autonomie — tous les choix de la femme, ou seulement certains d'entre eux? Dans ce dernier cas, quel critère permettra de déterminer les choix à retenir? Même s'il peut être aisé de conclure que l'inhalation de vapeurs de solvants n'est pas substantiellement utile au bien-être de la femme enceinte et ne constitue peut-être pas le genre de manifestation d'autonomie qui mérite d'être protégée, la qualification d'autres comportements peut ne pas être aussi facile.

63 Similarly the test proposed by the Court of Appeal fails to articulate a workable judicial standard for distinguishing between tortious and non-tortious conduct. Just as McLachlin J. could not identify a bright line to ground liability on the basis of conduct which fails to add "substantial value to a pregnant woman's well-being", a similar difficulty is presented by a liability rule defined by behaviour involving "lifestyle choices" or conduct "peculiar to parenthood". The determination of whether a duty of care should be imposed must be made by considering the effects of tort liability on the privacy and autonomy interests of women, and upon their families, rather than by reference to a formalistic characterization of the conduct in question.

De même, le critère proposé par la Cour d'appel ne formule pas une norme judiciaire qu'on puisse utiliser pour établir une distinction entre les actes délictuels et les actes non délictuels. À l'instar du juge McLachlin qui n'a pas pu tirer du comportement qui n'est pas «substantiellement utile au bien-être de la femme enceinte» un critère clair permettant de statuer sur la responsabilité, nous sommes confrontés en l'espèce aux difficultés suscitées par l'application d'une règle concernant la responsabilité qui est axée sur le comportement dicté par des «choix de style de vie» ou sur la conduite «particulière du parent». Pour décider s'il y a lieu d'imposer une obligation de diligence, il faut tenir compte de l'effet qu'aurait la responsabilité délictuelle sur le droit des femmes à la vie privée et à l'autonomie, ainsi que sur leur famille, plutôt que de se reporter à une qualification formaliste de la conduite en question.

(c) *Motor Vehicle Exception*

In articulating a distinction between lifestyle choices and the general duty to drive carefully, the Court of Appeal relied on the *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976*. However, it must be remembered that, under this statute, the Parliament of the United Kingdom exempted mothers from tort liability for injuries caused to their children while *in utero*, with the exception of injuries sustained as a result of motor vehicle accidents. With respect, the U.K. legislative solution to the issue at bar cannot be interpreted as support for the test suggested by the Court of Appeal. To do so presumes that it is appropriate for courts to resolve an extremely sensitive and complex issue of public policy and insurance law. The Court of Appeal failed to appreciate the significance of the fact that maternal liability for motor vehicle negligence is provided for in the United Kingdom in legislation rather than the common law.

Thus, it must be emphasized that the general rule for mothers in the United Kingdom is one of immunity for prenatal negligence with the limited exception of injuries caused by negligent driving. The Act provides that a mother cannot be held liable for any amount of damages which exceeds the limit fixed by statute. This will benefit both the mother and the rest of the family. The legislation renders it impossible to argue by analogy that the duty of care should be extended to other tortious situations. A judicial finding of liability in this appeal would not necessarily place pregnant women in Canada in the same legal position. If such an action were allowed, even in the narrow context of negligent driving, it would have to recognize a duty and articulate a standard of care for the conduct of pregnant women. As a matter of tort law, this carries the risk that the duty would be

c) *L'exception relative aux véhicules à moteur*

Pour établir une distinction entre le choix d'un mode de vie et l'obligation générale de conduire prudemment, la Cour d'appel s'est fondée sur la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976*. Toutefois, il faut se rappeler qu'en vertu de cette loi, le Parlement du Royaume-Uni a exonéré les mères de toute responsabilité délictuelle pour les préjudices causés à leurs enfants pendant la vie intra-utérine, à l'exception du préjudice subi à la suite d'un accident de la route. Avec égards, la solution retenue par le Parlement du Royaume-Uni pour régler la question en litige ne saurait être invoquée pour appuyer le critère proposé par la Cour d'appel. Ce serait présumer que les tribunaux peuvent à bon droit résoudre une question extrêmement délicate et complexe qui relève de la politique publique et du droit des assurances. La Cour d'appel n'a pas saisi l'importance du fait qu'au Royaume-Uni, la responsabilité de la mère pour négligence au volant est prévue par la loi plutôt que par la common law.

Il faut donc souligner qu'au Royaume-Uni, la règle générale est que les mères jouissent d'une immunité qui les protège contre les poursuites fondées sur une négligence commise avant la naissance, sauf si le préjudice a été causé par une négligence au volant. La Loi prévoit qu'une mère ne peut être tenue de payer des dommages-intérêts excédant la limite prescrite. Cette disposition profite tant à la mère qu'aux autres membres de la famille. La loi est rédigée de façon à ce qu'on ne puisse soutenir que l'obligation de diligence doit être étendue par analogie à d'autres délits. Une décision judiciaire concluant à la responsabilité dans le présent pourvoi n'aurait pas nécessairement pour effet de placer les femmes enceintes au Canada dans la même situation juridique. Si l'exercice d'une telle action était autorisée, même dans le cadre restreint de la négligence au volant, il faudrait reconnaître l'existence d'une obligation de diligence pesant sur les femmes enceintes et formuler une norme applicable à leur conduite. Du point de vue de la responsabilité délictuelle, ce serait risquer que cette obligation soit appliquée

64

65

applied in other contexts where it would impose unreasonable obligations upon pregnant women.

66 As previously discussed, the consequences of imposing tort liability on a mother, for prenatally inflicted injuries causing damages to her born alive child, are far-reaching. It cannot be forgotten that the relationship between a mother-to-be and her foetus is such that everything the former does may affect the latter. To reiterate some of the most obvious examples — the ingestion of prohibited drugs, the consumption of alcohol, and the smoking of cigarettes — all could be found to breach a duty of care owed by a pregnant woman to her foetus or subsequently born child. Perhaps the decision to avoid eating fruits and vegetables could also be found to constitute tortious conduct. The same conclusion might be reached with regard to unprotected sexual intercourse, rigorous exercise or no exercise. Every aspect of the life of a pregnant woman would be subjected to external scrutiny if liability for tortious conduct to her foetus were imposed.

67 Moreover, it is noteworthy that the U.K. regime is a direct result of the compulsory liability insurance mandated for motor vehicle negligence. See Law Com. No. 60, “Report on Injuries to Unborn Children”, *supra*, at paras. 59-60. This underlying rationale was recognized by Ray Carter in the *Parliamentary Debates*, 5th ser., vol. 904, col. 1589 (6 February 1976) at col. 1595:

Clause 2 deals with the special case in which the Law Commission thought that a mother should be liable for negligence causing injuries to her child. In this case alone the Law Commission thought that it would relieve rather than increase the stress naturally imposed on her if her child could recover damages against her. Because she is bound to be insured for liability while driving, there should be no question of inability to pay the sum awarded, and this provision accords with the general policy that the blameless victims of road accidents caused by negligence should recover compensation. For those reasons motor accidents are treated as a special

dans d'autres cas où elle ferait peser sur les femmes enceintes des obligations déraisonnables.

Comme je l'ai mentionné précédemment, les conséquences de l'imposition d'une responsabilité délictuelle à la mère pour préjudice prénatal ayant causé un dommage à son enfant né vivant sont considérables. On ne peut oublier que la nature de la relation entre la future mère et le fœtus fait en sorte que tout ce que fait la première est susceptible d'avoir des effets sur ce dernier. Pour reprendre quelques-uns des exemples les plus évidents — l'absorption de drogues illicites, la consommation d'alcool et le tabagisme — on pourrait conclure qu'ils contreviennent tous à l'obligation de diligence de la femme enceinte envers le fœtus qu'elle porte ou l'enfant auquel elle donne naissance par la suite. On pourra peut-être conclure que la décision de ne pas manger de fruits et de légumes constitue un comportement délictueux. La même conclusion pourrait être tirée à l'égard des rapports sexuels non protégés, des exercices violents ou de l'absence d'exercice. Chacune des facettes de la vie de la femme enceinte serait soumise à un examen externe minutieux si sa responsabilité était engagée en raison d'un comportement délictueux à l'égard du fœtus.

De plus, il convient de noter que le régime prévu au Royaume-Uni est une conséquence directe de l'obligation de souscrire une assurance de responsabilité civile pour la négligence au volant. Voir Law Com. No. 60, «Report on Injuries to Unborn Children», *op. cit.*, aux par. 59 et 60. Cette raison d'être sous-jacente a été reconnue par Ray Carter dans les *Parliamentary Debates*, 5th ser., vol. 904, col. 1589 (6 février 1976), à la col. 1595:

[TRADUCTION] L'article 2 porte sur le cas particulier où la Law Commission estimait qu'une mère devait être tenue responsable du préjudice que sa négligence avait causé à son enfant. Dans ce seul cas, la Law Commission était d'avis que cela aurait pour effet de diminuer plutôt que d'accroître le stress qu'elle subit naturellement si son enfant pouvait lui réclamer des dommages-intérêts. Puisqu'elle est tenue de souscrire une assurance de responsabilité civile lorsqu'elle conduit, le problème de la capacité de payer ne devrait pas se poser, et cette disposition est conforme au principe général de l'indemnisation des victimes non responsables d'accidents de la

case. From a legal point of view, I understand that there may be said to be some inconsistency between the provisions of Clauses 1 and 2 [maternal immunity and motor vehicle exception], but I believe that the provisions are based on common sense and reflect the realities of everyday life. [Emphasis added.]

The legislative record in the United Kingdom clearly demonstrates that the motor vehicle exception to maternal tort immunity for prenatal negligence was designed as a measure to decrease the anxiety of women who continue to drive during their pregnancies. It does so by providing recourse to insurance if there is a motor vehicle accident. The distinction in the Act between driving negligence and all other types of negligence stems from pragmatic and logistical considerations. It reduces the driving-associated worries of pregnant women with the mandatory requirement of motor vehicle insurance. These are precisely the types of “common-sense” criteria that legislators may consider in the course of their studies. Courts, if they are going to create exceptions or distinctions, must do so in a more legally principled manner. As a matter of tort law, a motor vehicle exception to maternal immunity for prenatal negligence is “legally weak and untidy”: B. Steinbock, *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses* (1992), at p. 98. However, it may well be appropriate for a legislative body to create such an exception.

Once again, the American experience with the partial abrogation of the parental tort immunity doctrine is instructive in this regard. In *Black v. Solmitz*, 409 A.2d 634 (1979), the Supreme Judicial Court of Maine refused to carve out a motor vehicle exception for the following reasons at p. 639:

route causés par la négligence. Pour ces motifs, les accidents de la circulation sont considérés comme des cas particuliers. D’un point de vue juridique, on peut dire qu’il y a certaines incompatibilités entre les dispositions des articles 1^{er} et 2 [l’immunité maternelle et l’exception relative aux véhicules à moteur], mais je crois que ces dispositions sont fondées sur le sens commun et qu’elles reflètent les réalités de la vie quotidienne. [Je souligne.]

Les textes législatifs du Royaume-Uni indiquent clairement que l’exception relative aux véhicules à moteur au principe de l’immunité de la mère en matière délictuelle pour la négligence commise avant la naissance a été conçue à titre de mesure visant à diminuer l’angoisse des femmes qui continuent de conduire pendant leur grossesse. À cette fin, elle prévoit le recours à l’assurance dans les cas d’accidents de la circulation. La distinction établie par la Loi entre la négligence au volant et les autres formes de négligence découle de considérations pragmatiques et logistiques. Elle diminue les craintes des femmes enceintes à l’égard de la conduite automobile grâce à l’obligation de souscrire une police d’assurance-automobile. Il s’agit justement du type de critère «de sens commun» que le législateur peut examiner dans le cadre de ses travaux. Les tribunaux qui créent des exceptions ou des distinctions doivent le faire en se fondant davantage sur les principes du droit. En matière délictuelle, l’exception relative aux véhicules à moteur dont est assorti le principe de l’immunité maternelle pour la négligence commise avant la naissance est [TRADUCTION] «faible et incohérente au point de vue juridique»: B. Steinbock, *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses* (1992), à la p. 98. Cependant, il se peut que la création d’une telle exception par l’assemblée législative soit fondée.

Une fois de plus, l’expérience américaine relative à l’abrogation partielle de la théorie de l’immunité parentale en matière délictuelle est instructive à ce sujet. Dans l’arrêt *Black c. Solmitz*, 409 A.2d 634 (1979), la Supreme Judicial Court du Maine a refusé d’élaborer une exception relative aux véhicules à moteur pour les motifs suivants, à la p. 639:

68

69

It seems proper to add, however that we do not intend to limit our decision to automobile negligence cases in the manner of the Virginia Supreme Court of Appeals, nor do we intend to follow the Massachusetts Supreme Judicial Court in abrogating the rule of parental immunity only to the extent of the parent's automobile liability insurance. Those limitations seem to us objectionable as suggesting that the decision to restrict immunity is based on expediency rather than on correct legal principles. In our view such decisions are difficult to defend against the charge that they effect a result more appropriately reserved for legislation. [Emphasis added; citations omitted.]

[TRADUCTION] Il convient toutefois d'ajouter que nous n'avons pas l'intention de limiter la portée de notre décision aux cas de conduite automobile négligente, comme l'a fait la Supreme Court of Appeals de la Virginie, et que nous n'avons pas non plus l'intention de suivre l'exemple de la Supreme Judicial Court du Massachusetts qui a aboli le principe de l'immunité parentale uniquement en ce qui touche l'assurance de responsabilité automobile des parents. Ces limitations nous semblent douteuses car elles donnent à penser que la décision de restreindre l'immunité s'appuie sur des motifs d'opportunité plutôt que sur des principes de droit bien fondés. Selon nous, il est difficile de défendre de telles décisions contre les attaques de ceux qui soutiennent qu'elle mènent à un résultat relevant plutôt du législateur. [Je souligne; citations omises.]

70 It may well be that a legislative exception to maternal tort immunity can be created for damages, caused to a child upon birth, as a result of the negligent driving of a pregnant woman. For example, the statute might specify that this constituted an exception to the general rule of tort immunity, fix the limits of liability, and prohibit the recovery of damages above the limit fixed in the insurance policy. Legislation of this type could be socially rewarding for it could benefit the injured child, the mother and the rest of the family. Yet, if it were carefully drafted, such legislation would not constitute an undue intrusion into the privacy and autonomy rights of pregnant women in Canada.

Il se peut bien qu'une exception à l'immunité maternelle en matière délictuelle puisse être créée par la loi pour le dommage causé à un enfant à sa naissance en raison de la négligence au volant de la femme enceinte. Par exemple, la loi pourrait préciser que cela constitue une exception au principe général de l'immunité en matière délictuelle; elle pourrait établir le cadre de la responsabilité et plafonner l'indemnisation suivant la limite fixée dans la police d'assurance. Des dispositions législatives de ce genre pourraient s'avérer avantageuses sur le plan social parce qu'elles pourraient profiter à l'enfant atteint d'un préjudice, à la mère et aux autres membres de la famille. Par ailleurs, si elles étaient soigneusement rédigées, ces dispositions ne porteraient pas indûment atteinte au droit des femmes enceintes à la vie privée et à l'autonomie au Canada.

(d) *Insurance-Dependent Rationale*

d) *La justification fondée sur l'obligation d'assurance*

71 Clearly, the judicial creation of a motor vehicle exception would be predicated, in large part, on the existence of a mandatory insurance regime for automobile negligence. This underlying rationale was accepted by the Australian High Court in *Lynch, supra*. In that case, the facts were strikingly similar to those presented in this appeal. The court strictly limited maternal tort liability for prenatal injuries to cases of motor vehicle negligence on the basis that insurance was compulsory in that context. In arriving at this conclusion, Clarke J.A.

Évidemment, la création par les tribunaux d'une exception relative aux véhicules à moteur serait fondée, en grande partie, sur l'existence d'un régime d'assurance-automobile obligatoire couvrant la négligence au volant. Cette justification sous-jacente a été adoptée par la Haute Cour de l'Australie dans la décision *Lynch*, précitée. Dans cette affaire, les faits avaient une ressemblance frappante avec ceux qui font l'objet du présent pourvoi. La cour a limité strictement la responsabilité délictuelle de la mère pour le préjudice

considered the policy concerns that all those injured in road accidents should be compensated and that all owners of motor vehicles should contribute to the cost of injury through insurance. By adopting an insurance-dependent rationale, it was not necessary for the court to consider whether a pregnant woman owed a duty of care to her foetus or subsequently born child.

It must be recognized that, although the appellant mother is in the legal position of defending this action, an award of damages in favour of the respondent would greatly assist the appellant and her husband with the financial requirements of caring for their severely disabled child. It is true that, in this particular case, the material interests of the mother and child are aligned, notwithstanding the fact that their legal relationship is adversarial. As one author notes, “[i]f there is automobile insurance, allowing such suits does not make the mother and fetus — or, rather, subsequently born child — genuine adversaries, since the whole family benefits by allowing the child to recover”: Steinbock, *supra*, at p. 100.

An insurance-driven judicial solution to the issue raised in this appeal imposes liability on a mother on the basis of her ability to satisfy a judgment by means of her insurance coverage. However, tort law is not, and should not be, result-oriented in this manner. A rule founded on access to insurance would run counter to the decision in *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 S.C.R. 1092, at p. 1108. There it was held that juries should generally not be advised that a judgment will be paid by an insurer, because the existence of insurance is irrelevant to the determination of the issue of liability. Although some American courts have seized upon the prevalence of liability insurance as a rationale for allowing intra-family tort litigation,

prénatal aux cas de négligence au volant pour le motif qu’en cette matière, l’assurance était obligatoire. En arrivant à cette conclusion, le juge Clarke a examiné les considérations d’ordre politique qui justifient l’indemnisation des victimes d’accidents de la circulation et la répartition du coût de l’indemnisation entre tous les propriétaires de véhicule à moteur au moyen de l’assurance. En adoptant une justification fondée sur l’obligation d’assurance, la cour n’a pas eu à déterminer si la femme enceinte était tenue d’une obligation de diligence envers le fœtus qu’elle porte ou l’enfant auquel elle donne naissance par la suite.

Il faut reconnaître que, même si la mère appelante est la défenderesse dans la présente action, l’attribution de dommages-intérêts à l’intimé aiderait grandement cette dernière et son mari à faire face au fardeau financier que représentent les soins à donner à leur enfant gravement handicapé. Il est vrai que, dans cette affaire, l’intérêt matériel de la mère et celui de l’enfant convergent, malgré le fait que leur relation en droit soit celle de parties adverses. Comme le fait remarquer un auteur, [TRADUCTION] «[s’il] y a une assurance-automobile, le fait d’autoriser de telles poursuites ne transforme pas la mère et le fœtus — ou plutôt, l’enfant né par la suite — en de véritables parties adverses car le fait de permettre à l’enfant d’obtenir des dommages-intérêts profite à toute la famille»: Steinbock, précité, à la p. 100.

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 résultat. Une règle fondée sur l’accès aux assurances irait à l’encontre de l’arrêt *Hamstra (Tuteur à l’instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092, à la p. 1108. Dans cet arrêt, il a été décidé que les jurys ne devaient généralement pas être informés du fait que le montant accordé par jugement serait payé par un assureur parce que l’existence d’une assurance n’est pas pertinente quant à la question de la

72

73

this reasoning has been the subject of considerable judicial criticism: *Black, supra*; *Hartman, supra*.

responsabilité. Bien que certaines cours américaines aient invoqué la généralisation de l'assurance de responsabilité pour accueillir des poursuites en dommages-intérêts entre les membres d'une même famille, ce raisonnement a fait l'objet de nombreuses critiques de la part des tribunaux: *Black et Hartman, précités*.

74 Quite simply, the existence of insurance is not an appropriate basis for the determination of tort liability between litigating parties. As Viscount Simonds noted in *Lister v. Romford Ice & Cold Storage Co.*, [1957] 1 All E.R. 125 (H.L.), at p. 133: "As a general proposition it has not, I think, been questioned for nearly two hundred years that, in determining the rights inter se of A and B, the fact that one or other of them is insured is to be disregarded".

L'existence d'une assurance ne peut tout simplement pas servir de fondement à la détermination de la responsabilité délictuelle des parties à un litige. Comme le vicomte Simonds l'a souligné dans la décision *Lister c. Romford Ice & Cold Storage Co.*, [1957] 1 All E.R. 125 (H.L.), à la p. 133: [TRADUCTION] «Depuis près de deux cent ans, je pense que n'a jamais été remise en question la règle générale voulant que, lorsque l'on détermine les droits qu'ont A et B l'un envers l'autre, il ne faut pas tenir compte du fait que l'un ou l'autre est assuré».

75 Moreover, problems of application are bound to arise with a judicial exception to maternal tort immunity based on motor vehicle insurance. For instance, should liability be confined to the limits of the mother's insurance policy? Contributory negligence as a vehicle passenger may not be covered by insurance. In addition, the mother's action may be barred by a wide range of coverage defences available to her insurer. This Court has consistently held that the existence of insurance is irrelevant to a determination of tortious liability. Accordingly, it would be inappropriate to resolve this appeal on that basis.

De plus, fonder l'exception judiciaire à l'immunité de la mère en matière délictuelle sur l'existence d'une assurance-automobile ne manquera pas de susciter des problèmes d'application. Par exemple, la responsabilité devrait-elle être limitée au maximum de la couverture d'assurance de la mère? Il se peut que la négligence contributive du passager ne soit pas couverte par les assurances. De plus, l'action de la mère peut se heurter à toute une panoplie de moyens de défense touchant à la couverture du risque que son assureur peut invoquer. Notre Cour a conclu à maintes reprises que l'existence d'une assurance n'est pas pertinente en ce qui concerne la détermination de la responsabilité délictuelle. Il ne conviendrait donc pas de régler le sort du présent pourvoi sur ce fondement.

VI. Summary

VI. Résumé

76 Perhaps a very brief summary of some of the more significant conclusions reached in these reasons may be of assistance. This is the first case in which Canadian courts have had to examine the theory of maternal tort liability for prenatal negligence. The judicial recognition of a legal duty of care owed by a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child requires that the two-step test articulated in *Kamloops, supra*, be

Il peut être utile de résumer très brièvement quelques-unes des conclusions les plus importantes des présents motifs. Il s'agit de la première affaire dans laquelle les tribunaux canadiens ont dû se pencher sur la théorie de la responsabilité délictuelle de la mère pour la négligence commise avant la naissance. La reconnaissance judiciaire d'une obligation légale de diligence pesant sur la femme enceinte à l'égard du foetus qu'elle porte ou de

satisfied. The conclusion reached with respect to the second branch of that test determines the outcome of this appeal. The public policy concerns raised in this case are of such a nature and magnitude that they clearly indicate that a legal duty of care cannot, and should not, be imposed by the courts upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child. However, unlike the courts, the legislature may, as did the Parliament of the United Kingdom, enact legislation in this field, subject to the limits imposed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Biology dictates that only women can become pregnant and bear children. In light of this very demanding biological reality, the courts should be hesitant to impose additional burdens upon pregnant women. In addition, the relationship between an expectant woman and her foetus is truly unique. Accordingly, there can be no meaningful analogy between a child's action for prenatal negligence against a third-party tortfeasor, on the one hand, and against his or her mother, on the other.

The actions of a pregnant woman, including driving, are inextricably linked to her familial role, her working life, and her rights of privacy, bodily integrity and autonomous decision-making. Moreover, the judicial recognition of this cause of action would involve severe psychological consequences for the relationship between mother and child, as well as the family unit as a whole. It is apparent that the imposition of tort liability in this context would have profound effects upon every pregnant woman and upon Canadian society in general. Therefore, I must agree with the conclusion reached by Brock C.J. and Batchelder J., dissenting in *Bonte, supra* (at p. 468):

Such after-the-fact judicial scrutiny of the subtle and complicated factors affecting a woman's pregnancy may make life for women who are pregnant or who are

l'enfant auquel elle donne naissance par la suite nécessite le respect du critère à deux volets formulé dans l'arrêt *Kamloops*, précité. La conclusion tirée relativement au second volet de ce critère détermine l'issue du présent pourvoi. La nature et l'ampleur des considérations touchant la politique publique soulevées en l'espèce sont telles qu'elles indiquent clairement qu'une obligation de diligence ne peut et ne doit pas être imposée par les tribunaux à la femme enceinte à l'égard du foetus qu'elle porte ou de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite. Cependant, contrairement aux tribunaux, le législateur peut à l'instar du Parlement du Royaume-Uni, légiférer en la matière, sous réserve des limites imposées par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La biologie a décidé que seules les femmes peuvent avoir des enfants. Compte tenu de cette réalité biologique très exigeante, les tribunaux doivent hésiter à imposer des fardeaux supplémentaires aux femmes enceintes. En outre, la relation entre la femme enceinte et le foetus est véritablement unique. Par conséquent, il ne peut y avoir aucune comparaison utile entre, d'une part, l'action exercée par un enfant pour négligence commise avant sa naissance contre le tiers auteur d'un délit, et, d'autre part, celle qu'il dirige contre sa mère.

Les actes de la femme enceinte, incluant la conduite automobile, sont inextricablement liés à son rôle familial, à sa vie professionnelle et à son droit à la vie privée, à l'intégrité physique et à l'autonomie décisionnelle. De plus, la reconnaissance par les tribunaux de cette cause d'action aurait de graves conséquences psychologiques sur la relation entre la mère et l'enfant de même que sur la cellule familiale dans son ensemble. Il est manifeste que l'imposition d'une responsabilité délictuelle dans ce contexte aurait des effets profonds sur chaque femme enceinte et sur la société canadienne en général. Par conséquent, je ne puis qu'être d'accord avec la conclusion tirée par le juge en chef Brock et le juge Batchelder qui étaient dissidents dans l'arrêt *Bonte*, précité, à la p. 468:

[TRADUCTION] L'examen après le fait par les tribunaux des facteurs subtils et complexes touchant la grossesse est susceptible de rendre insupportable la vie des

77

78

merely contemplating pregnancy intolerable. For these reasons, we are convinced that the best course is to allow the duty of a mother to her fetus to remain a moral obligation which, for the vast majority of women, is already freely recognized and respected without compulsion by law.

79 There is as well a need for judicial restraint in the development of tort law as it pertains to sensitive and far-reaching issues of public policy. The imposition of a legal duty of care upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child cannot be characterized as the simple application of existing tort rules to meet the requirements of a specific case. Rather, it constitutes a severe intrusion into the lives of pregnant women, with potentially damaging effects on the family unit.

80 Moreover, there can be no satisfactory judicial articulation of a standard of conduct for pregnant women. A rule based on a “reasonable pregnant woman” standard raises the spectre of tort liability for lifestyle choices, and undermines the privacy and autonomy rights of women. A compromise judicial solution, based on the murky distinction between “lifestyle choices peculiar to parenthood” and a “general duty of care” owed to third parties, is simply too vague to be manageable, and will inevitably lead to inequitable and uncertain results.

81 Finally, a rule based on a strictly defined motor vehicle exception to delineate the scope of maternal tort liability should not be created by the judiciary. To do so would be to sanction a legal solution based solely on access to insurance. If this approach were to be adopted, the provincial legislatures would be required to amend their legislative compensation regimes for motor vehicle accidents. Any such amendment might well be required to specify that it constituted an exception to the general rule of maternal tort immunity for

femmes qui sont enceintes ou qui ne font qu’envisager de le devenir. Pour ces motifs, nous sommes convaincus que la meilleure solution consiste à permettre que l’obligation de la mère envers le fœtus demeure une obligation morale reconnue de plein gré par la plupart des femmes et respectée par elles sans que la loi ne les y oblige.

La retenue judiciaire s’impose également lorsqu’il s’agit de l’évolution du droit de la responsabilité délictuelle relativement à des questions délicates et d’une portée considérable touchant la politique publique. L’imposition à la femme enceinte d’une obligation légale de diligence à l’égard du fœtus qu’elle porte ou de l’enfant auquel elle donne naissance par la suite ne peut être qualifiée de simple application des règles existantes en matière délictuelle afin de satisfaire aux exigences d’une affaire particulière. Elle constitue plutôt une intrusion grave dans la vie des femmes enceintes qui est susceptible d’entraîner des effets négatifs sur la cellule familiale.

De plus, aucune norme de conduite formulée par les tribunaux pour les femmes enceintes ne peut donner satisfaction. Une règle fondée sur la norme de la «femme enceinte raisonnable» fait apparaître le spectre de la responsabilité délictuelle pour des choix de mode de vie, et elle porte atteinte au droit des femmes à la vie privée et à l’autonomie. Une solution judiciaire mitoyenne, fondée sur la distinction floue entre les «choix de style de vie particuli[ers] du parent» et l’«obligation générale de diligence» envers les tiers, est simplement trop vague pour être applicable et mènera inévitablement à des résultats inéquitables et incertains.

Finalement, les tribunaux ne doivent pas créer une règle fondée sur une exception strictement définie concernant les véhicules à moteur pour déterminer l’étendue de la responsabilité délictuelle de la mère car en agissant de la sorte, ils sanctionneraient une solution reposant uniquement sur l’accès aux assurances. Si cette approche était retenue, les législateurs provinciaux seraient obligés de modifier leurs régimes légaux d’indemnisation des victimes d’accidents de la circulation. Cette modification pourrait bien s’avérer néces-

prenatal negligence, and that the injured child could not recover damages above the limit established by the insurance scheme. A carefully tailored solution could benefit both the injured child and his or her family, without unduly restricting the privacy and autonomy rights of Canadian women.

VII. Disposition

The order of the Court of Appeal and the trial judgment are set aside. The appeal is allowed but, under the circumstances, without costs.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. — The issue on this appeal is whether the common law should hold a pregnant woman civilly liable for injury to her foetus when the foetus is later born alive. Thus far the courts have not imposed such liability. I agree with Cory J. that they should not do so now and unconditionally endorse his analysis and disposition of this appeal. I wish merely to add observations about the constitutional values underpinning the autonomy interest of pregnant women and the difficulty with using tort principles to restrict that interest.

In my view, to apply common law liability for negligence generally to pregnant women in relation to the unborn is to trench unacceptably on the liberty and equality interests of pregnant women. The common law must reflect the values enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Liability for foetal injury by pregnant women would run contrary to two of the most fundamental of these values — liberty and equality.

saire pour préciser que la solution retenue constitue une exception à la règle générale de l'immunité de la mère en matière délictuelle pour la négligence commise avant la naissance et que l'enfant atteint d'un préjudice ne peut obtenir de dommages-intérêts supérieurs à la limite fixée par le régime d'assurance. Une solution soigneusement élaborée pourrait profiter tant à l'enfant ayant subi un préjudice qu'à sa famille, sans porter indûment atteinte au droit des Canadiennes à la vie privée et à l'autonomie.

VII. Dispositif

L'ordonnance de la Cour d'appel et le jugement de première instance sont annulés. Le pourvoi est accueilli mais, vu les circonstances, il n'y aura aucune adjudication de dépens.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — La question à trancher dans le présent pourvoi est de savoir si en common law la femme enceinte doit être tenue civilement responsable du préjudice subi par le fœtus qu'elle porte lorsque celui-ci naît vivant. Jusqu'ici, les tribunaux n'ont pas imposé une telle responsabilité. Je suis d'accord avec le juge Cory qu'ils ne doivent pas maintenant commencer à le faire, et je souscris inconditionnellement à son analyse et à sa façon de trancher le pourvoi. J'ajouterais simplement quelques remarques sur les valeurs constitutionnelles qui sous-tendent le droit à l'autonomie des femmes enceintes et sur les difficultés que suscite le recours aux principes de la responsabilité délictuelle pour restreindre ce droit.

À mon avis, appliquer de façon générale la responsabilité pour négligence prévue en common law aux femmes enceintes vis-à-vis les enfants à naître porte atteinte de façon inacceptable au droit à la liberté et à l'égalité de ces femmes. La common law doit refléter les valeurs consacrées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Rendre les femmes enceintes responsables des blessures subies par le fœtus qu'elles portent irait à l'encontre de deux de ces valeurs les plus fondamentales — la liberté et l'égalité.

82

83

84

85 I turn first to liberty. Virtually every action of a pregnant woman — down to how much sleep she gets, what she eats and drinks, how much she works and where she works — is capable of affecting the health and well-being of her unborn child, and hence carries the potential for legal action against the pregnant woman. Such legal action in turn carries the potential to bring the whole of the pregnant woman's conduct under the scrutiny of the law. This in turn has the potential to jeopardize the pregnant woman's fundamental right to control her body and make decisions in her own interest: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, *per* Wilson J.

86 The intrusion upon the pregnant woman's autonomy worked by the proposed common law rule would also violate her right to equal treatment. Canadians generally enjoy the full right to decide what they will eat or drink, where they will work and other personal matters. Pregnant women, however, would not enjoy that right. In addition to the usual duties of prudent conduct imposed on all who engage in life's various activities, pregnant women would be subject to a host of additional restrictions. Any other individual can avoid being a tortfeasor by isolating himself or herself from other members of society. The pregnant woman has no such choice. She carries her foetus 24 hours a day, seven days a week.

87 To say women choose pregnancy is no answer. Pregnancy is essentially related to womanhood. It is an inexorable and essential fact of human history that women and only women become pregnant. Women should not be penalized because it is their sex that bears children: *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219. To say that broad legal constraints on the conduct of pregnant women do not constitute unequal treatment because women choose to become pregnant is to

J'examine d'abord la liberté. À toutes fins utiles, chaque geste accompli par la femme enceinte — et jusqu'à ses heures de sommeil, ce qu'elle mange et ce qu'elle boit, sa charge de travail et son milieu de travail — peut avoir une incidence sur la santé et le bien-être de l'enfant à naître et, par conséquent, est susceptible de donner lieu à une action en justice contre la femme enceinte. Cette action en justice est elle-même susceptible d'assujettir à un examen minutieux, tous les faits et gestes de la femme enceinte, ce qui peut, éventuellement, mettre en péril le droit fondamental de la femme enceinte d'être maîtresse de son propre corps et de prendre des décisions dans son propre intérêt: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Wilson.

L'ingérence dans l'autonomie de la femme enceinte qu'engendrerait la règle de common law proposée violerait également son droit à l'égalité. En général, les Canadiens sont entièrement libres de décider ce qu'ils mangeront ou boiront, de choisir leur lieu de travail et de se déterminer dans leur vie personnelle. Les femmes enceintes, cependant, seraient privées de ce droit. En plus d'être assujetties à l'obligation habituelle de se conduire prudemment dans l'exercice des activités humaines, les femmes enceintes feraient l'objet de toute une gamme de restrictions supplémentaires. N'importe qui peut éviter de commettre un délit en s'isolant des autres membres de la société. La femme enceinte, elle, ne le peut pas. Elle porte le fœtus 24 heures par jour, sept jours par semaine.

Dire que les femmes choisissent de devenir enceintes n'avance à rien. La grossesse est essentiellement liée au fait d'être femme. Il est une réalité inexorable et essentielle de l'histoire de l'humanité que les femmes — et seules les femmes — peuvent être enceintes. Elles ne doivent pas être pénalisées parce qu'elles appartiennent au sexe qui porte les enfants: *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219. Dire que l'imposition d'importantes contraintes juridiques concernant la conduite des femmes enceintes ne constitue pas une inégalité de traitement parce que les femmes elles-mêmes choisissent de devenir enceintes, c'est renforcer l'inégalité dont elles font l'objet par la

reinforce inequality by the fiction of deemed consent and the denial of what it is to be a woman.

Those who urge intrusion of common law tort liability into the lives of pregnant women do not, in the main, contest the impermissibility of broad interference with the rights of women to make decisions about their bodies and lives. They seek rather to reduce the intrusion on the autonomy of the pregnant woman to the point where the infringement on her liberty and equality interests is acceptable.

My difficulty is that the common law is unable to achieve this restrained result without distortion of the very methodology by which it operates and the introduction of new difficulties. The first proposal — the rule that only children “born alive” can sue — eliminates liability for abortion but leaves vast scope for curtailment of the pregnant woman’s autonomy. The second proposal — a rule that liability follows only where the mother has an insurance policy to cover the damage — flies in the face of the maxim that tort liability cannot be predicated on the means of the defendant. A third proposal, adopted by the Court of Appeal — that liability be restricted to situations where the pregnant woman already owes a duty to other people “generally” (in this case, a general duty to “drive carefully”) — violates the precept that a common law duty of care arises from the relationship of the parties before the court, not from the relationship between the defendant and a hypothetical plaintiff. Finally, the variant on the Court of Appeal’s theory adopted by Major J. — that the additional duty must be owed to an actual third party — still violates the principle that the duty of care in tort must be founded on the relationship between the actual parties to the dispute before the court, and makes recovery conditional on the serendipitous coincidence that another person stood to be injured by the pregnant woman’s act or omission. I am not persuaded that the common law can be narrowed

fiction du consentement réputé et la négation de la nature même de la femme.

Ceux qui réclament l’ingérence de la responsabilité délictuelle prévue en common law dans la vie des femmes enceintes ne contestent pas, en général, l’inadmissibilité d’un empiétement important sur le droit des femmes de prendre des décisions concernant leur corps et leur vie. Ils cherchent plutôt à réduire l’ingérence dans l’autonomie de la femme enceinte de manière que l’atteinte portée au droit à la liberté et à l’égalité de celle-ci soit acceptable.

88

Le problème, c’est que la common law ne peut parvenir à ce résultat sans dénaturer sa propre méthodologie ni introduire de nouvelles difficultés. La première proposition — la règle que seuls les enfants «nés vivants» peuvent agir en justice — élimine la responsabilité que pourrait encourir la femme en cas d’interruption de grossesse, mais elle laisse subsister un large champ d’intervention ouvert à ceux qui voudraient réduire l’autonomie de la femme enceinte. La deuxième proposition — la règle selon laquelle la responsabilité de la mère n’est engagée que si celle-ci a souscrit une police d’assurance pour la couvrir — va complètement à l’encontre de la maxime qui veut que la responsabilité délictuelle ne peut être fondée sur les ressources du défendeur. Une troisième proposition, adoptée par la Cour d’appel — selon laquelle la responsabilité de la femme enceinte serait limitée aux cas où elle est déjà tenue d’une obligation «générale» à l’égard d’autrui (en l’espèce, l’obligation générale de «conduire prudemment») — viole le précepte selon lequel en common law l’obligation de diligence découle de la relation qui existe entre les parties qui se présentent devant le tribunal, non de la relation qui existe entre le défendeur et un demandeur hypothétique. Enfin, la variante de la théorie de la Cour d’appel qu’a retenue le juge Major — selon laquelle l’obligation supplémentaire doit exister à l’égard d’un véritable tiers — viole toujours le principe selon lequel l’obligation de diligence en matière de responsabilité délictuelle doit être fondée sur le lien qui existe entre les véritables parties au litige porté devant la cour, et subordonne la

89

to achieve the result here sought while staying true to its principles.

réparation à l'existence, par un heureux concours de circonstances, d'une autre victime à qui un acte ou une omission de la femme enceinte a causé un préjudice. Je ne suis pas convaincue qu'on puisse limiter la common law de façon à parvenir au résultat visé en l'espèce tout en respectant les principes.

90

The goal of the Court of Appeal and those who advocate liability in this case is modest. They simply want children who are born with injuries sustained before birth due to their mother's negligence in operating a motor vehicle to be able to recover under the mother's liability insurance policy. That may be a laudable goal. The difficulty is that in order to achieve this modest goal judicially, they cast themselves on the horns of a dilemma: either they shape the common law in a way that has the potential to render pregnant women liable for a broad range of conduct and unjustifiably trammel liberty and rights to equal treatment; or they accept category-based restrictions antithetical to the common law method. Legislative action, the route chosen in England, can accomplish the limited goal of permitting children like the respondent to access motor vehicle liability insurance without these negative consequences. In these circumstances, the courts should not intervene.

L'objectif que visent la Cour d'appel et ceux qui préconisent l'imposition d'une responsabilité dans la présente affaire est modeste. Ils veulent tout simplement que les enfants qui naissent atteints d'un préjudice subi avant leur naissance en raison de la négligence dont leur mère a fait preuve au volant puissent obtenir réparation grâce à la police d'assurance de responsabilité souscrite par leur mère. Si louable qu'il soit, le but modeste qu'ils cherchent à atteindre par voie judiciaire les enferme dans un dilemme: ou bien ils adaptent la common law de façon que les femmes enceintes puissent être tenues responsables de toute une gamme de conduites et ils portent alors atteinte sans justification à la liberté et aux droits à l'égalité de ces dernières, ou bien ils acceptent l'application de restrictions fondées sur des catégories, ce qui constitue l'antithèse de la méthode de la common law. La voie législative, privilégiée en Angleterre, peut permettre d'atteindre l'objectif limité qui consiste à assurer aux enfants placés dans la même situation que l'intimé l'accès à l'assurance de responsabilité automobile, tout en évitant ces conséquences négatives. Dans les circonstances, les tribunaux ne doivent pas intervenir.

The reasons of Major and Bastarache JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Major et Bastarache rendus par

91

MAJOR J. (dissenting) — On March 14, 1993, the appellant Cynthia Dobson was driving a motor vehicle towards Moncton, New Brunswick, on Route 126. There were patches of drifted snow and slush on the road and the weather was unsettled. At approximately 12:30 p.m., her vehicle collided with that of John Carter. Cynthia Dobson was 27 weeks pregnant. The respondent Ryan Dobson was born by Caesarean section later the same day. He suffered injuries in the collision resulting in permanent mental and physical impairment, including

LE JUGE MAJOR (dissident) — Le 14 mars 1993, l'appelante Cynthia Dobson conduisait un véhicule à moteur en direction de Moncton (Nouveau-Brunswick), sur la route 126. Il y avait des plaques de neige amoncelée et de neige fondante sur la route et le temps était incertain. Vers 12 h 30, son véhicule est entré en collision avec celui de John Carter. Cynthia Dobson était enceinte de 27 semaines. L'intimé Ryan Dobson est né par césarienne plus tard le même jour. Il a subi des blessures dans la collision qui ont entraîné une

cerebral palsy, and alleges that the collision was caused by his mother's negligent driving.

The issue is whether a born alive child has the legal capacity to commence a tort action against his mother for prenatal injuries sustained as a result of her alleged negligent driving.

The trial judge granted the respondent standing to sue. He reasoned that since a child has a right to sue his parents in tort (*Deziel v. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651 (Ont. H.C.)), and since a born alive child has a right to sue third parties in tort for injuries sustained *in utero* (*Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456; *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), aff'd (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.)), it follows that a born alive child has a right to sue his mother in tort for injuries sustained *in utero*.

The trial judge held (186 N.B.R. (2d) 81, at p. 88) that his conclusion followed as a matter of "reasonable progression":

But if an action can be sustained by a child against a parent, and if an action can be sustained against a stranger for injuries suffered by a child before birth, then it seems to me a reasonable progression to allow an action by a child against his mother for prenatal injuries caused by her negligence.

There are two central objections to the trial judge's conclusion. Both are based on the unique relationship between a pregnant woman and her foetus. The first is that the trial judge's reasons rest on the mistaken assumption that the relation between a pregnant woman and her foetus can be analogized to the relation between third parties and the foetus. A pregnant woman cannot have a duty of care to her own foetus, which is at law but a part of herself. Thus, it is argued that the *sui generis*

incapacité mentale et physique permanente, notamment une paralysie cérébrale, et il allègue que la collision a été causée par la négligence de sa mère au volant.

La question à trancher est de savoir si l'enfant né vivant a la capacité juridique d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre sa mère pour le préjudice prénatal résultant de la négligence dont cette dernière aurait fait preuve au volant.

Le juge de première instance a reconnu à l'intimé la qualité pour agir. Il a tenu le raisonnement suivant: puisque l'enfant a le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre ses parents (*Deziel c. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651 (H. C. de l'Ont.)) et que l'enfant né vivant a le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre des tiers pour le préjudice subi *in utero* (*Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), conf. par (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.)), l'enfant né vivant a le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre sa mère pour obtenir réparation du préjudice subi *in utero*.

Le juge de première instance décide (186 R.N.-B. (2^e) 81, à la p. 88) que sa conclusion découle d'une [TRADUCTION] «évolution raisonnable»:

[TRADUCTION] Toutefois, si un enfant peut intenter une action à son père ou à sa mère et si une action peut être intentée à un étranger pour des blessures subies par un enfant avant sa naissance, il me semble raisonnable de franchir un pas de plus et d'autoriser un enfant à intenter une action à sa mère pour un préjudice corporel prénatal imputable à la négligence de cette dernière.

La conclusion du juge de première instance se heurte à deux objections principales qui sont fondées sur la relation unique entre la femme enceinte et le fœtus. La première est que le juge de première instance présume à tort qu'il est possible de comparer la relation entre la femme enceinte et le fœtus avec la relation entre les tiers et le fœtus. La femme enceinte ne peut être tenue d'une obligation de diligence envers le fœtus qu'elle porte, lequel, en droit, n'est qu'une partie d'elle-même.

92

93

94

95

nature of the relation between a pregnant woman and her foetus does not permit the application of the holdings in *Montreal Tramways*, *supra*, and *Duval*, *supra*, to the instant case. The legal unity of pregnant woman and foetus precludes the finding of a duty of care.

L'on prétend donc que la nature *sui generis* de la relation entre la femme enceinte et le fœtus s'oppose à l'application de la conclusion tirée dans *Montreal Tramways* et *Duval*, précités, à la présente affaire. L'unité juridique de la femme enceinte et du fœtus empêche de conclure à l'existence d'une obligation de diligence.

96 The second objection raises the policy implications of the trial judge's decision. A pregnant woman and her foetus are physically one, in the sense that she carries her foetus within herself. Virtually every aspect of her behaviour could foreseeably affect her foetus. Thus the vindication of a born alive child's right to sue his mother in tort would severely constrain a pregnant woman's freedom of action. The physical unity of pregnant woman and foetus means that the imposition of a duty of care would amount to a profound compromise of her privacy and autonomy. Therefore, even if a duty of care could be said to arise in the instant case, there are determinative policy considerations, formulated by this Court in *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925, negating the finding of a duty of care.

La seconde objection soulève la question des conséquences d'ordre politique de la décision rendue par le juge de première instance. La femme enceinte et le fœtus constituent une seule personne physique, en ce sens qu'elle porte le fœtus en elle-même. Il est à prévoir que tout comportement de la femme enceinte est susceptible d'affecter le fœtus. Donc, la reconnaissance du droit de l'enfant né vivant d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre sa mère restreindrait grandement la liberté d'action de la femme enceinte. L'unité physique de la femme enceinte et du fœtus signifie que l'imposition d'une obligation de diligence équivaldrait à compromettre sérieusement la vie privée et l'autonomie de la femme enceinte. Par conséquent, même si l'on pouvait conclure à l'existence d'une obligation de diligence dans la présente affaire, des considérations d'ordre politique déterminantes, que notre Cour a formulées dans *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925, s'opposent à toute conclusion en ce sens.

The First Branch of the Kamloops Test

Le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt Kamloops

97 These two objections correspond to the two-step test in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), at pp. 751-52, which was adopted by this Court in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. The test was stated by Wilson J. at pp. 10-11:

Ces deux objections correspondent au critère à deux volets énoncé dans *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), aux pp. 751 et 752, qui a été adopté par notre Cour dans *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Aux pp. 10 et 11, le juge Wilson a formulé ce critère de la façon suivante:

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties (the [defendant] and the person who has suffered the damage) so that, in the reasonable contemplation of the [defendant], carelessness on its part might cause damage to that person? If so,

- 1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties ([le défendeur] et la personne qui a subi les dommages) pour que [le défendeur ait] pu raisonnablement prévoir que [son] manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l'affirmative,

(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?

The parties to the present action are a mother and her born alive child, not a pregnant woman and her foetus. The parties are separate legal entities. This distinguishes the appeal from cases dealing with abortion (see *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530) and the autonomy rights of pregnant women (see *Winnipeg, supra*).

The well-settled rule that a born alive child has a right to sue third parties for injuries prenatally sustained (i.e., the “born alive rule”) does not entail an assertion of foetal rights. If the rule is applied in the present case, the duty of care at issue would not be owed by the pregnant woman to her foetus. It would be owed to her born alive child.

The foetus has no cause of action. There is no doubt that a foetus can be injured in a car accident. But this physical injury is not an actionable harm. It is not a legal fact. It is legally meaningless until it arises as the suffering of a legal person — the born alive child. Had there been no birth, no legally recognized injury would have taken place. Birth transforms the physical injury sustained by the foetus into an actionable harm. Not the injury to the foetus but the injury to the born alive child’s mental and physical functioning is actionable.

As Lamont J. put it in *Montreal Tramways, supra*, at p. 463, “[t]he wrongful act of the Company produced its damage on the birth of the child and the right of action was then complete” (emphasis added). There was no legal damage, though there was physical injury, before the birth of the child. The actionable damage did not antecede the birth. What is actionable in this appeal is not whatever it was that happened to the respondent as a foetus. What is actionable in this appeal is what

2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l’obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l’obligation peut donner lieu?

Les parties à la présente action sont une mère et son enfant né vivant, et non une femme enceinte et son fœtus. Les parties sont des entités juridiques distinctes. C’est ce qui permet de distinguer le présent pourvoi des affaires visant l’avortement (voir *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530) et les droits d’autonomie de la femme enceinte (voir *Winnipeg, précité*).

La règle bien établie selon laquelle l’enfant né vivant a le droit d’agir contre des tiers en réparation du préjudice prénatal (c.-à.-d., le «principe de la naissance vivante») n’emporte pas reconnaissance de droits au fœtus. Si la règle est appliquée en l’espèce, la femme enceinte ne serait pas tenue d’une obligation de diligence envers le fœtus, mais envers l’enfant né vivant.

Le fœtus n’a pas de cause d’action. Il ne fait aucun doute qu’il peut être blessé dans un accident d’automobile. Cependant, ce préjudice corporel n’est pas un dommage donnant droit à une action. Il ne constitue pas un fait juridique. Il n’a d’effet juridique que lorsqu’il se manifeste dans les souffrances d’une personne juridique — l’enfant né vivant. À défaut de naissance, il n’y a pas de préjudice en droit. La naissance transforme le préjudice corporel subi par le fœtus en un dommage donnant ouverture à action. C’est le préjudice porté aux capacités mentales et physiques de l’enfant né vivant, et non le préjudice subi par le fœtus, qui donne ouverture à action.

Comme le juge Lamont l’écrit dans *Montreal Tramways, précité*, à la p. 463, [TRADUCTION] «[l]’acte fautif de la Société a produit le dommage à la naissance de l’enfant et le droit d’action était dès lors acquis» (je souligne). Il n’y avait pas de dommage en droit, bien qu’il y ait eu préjudice corporel avant la naissance de l’enfant. Le dommage donnant ouverture à action n’a pas précédé la naissance. Ce qui donne ouverture à action dans le présent pourvoi, ce n’est pas ce qui est arrivé à

98

99

100

101

is now happening to the respondent as a child. It is the child's cerebral palsy and related injuries that are actionable.

l'intimé alors qu'il était à l'état de fœtus. Ce qui donne ouverture à action dans le présent pourvoi, c'est ce qui arrive maintenant à l'intimé devenu enfant. Ce sont la paralysie cérébrale de l'enfant et les blessures y afférentes qui donnent ouverture à action.

102 There is no such thing as "liability for prenatal injuries". Under existing Canadian law the foetus does not exist for purposes of state protection or civil action: see *Winnipeg, supra*. The pregnant woman has no responsibility for damages or otherwise to the foetus and that is so whether the harm is accidental, negligent or deliberate. While most pregnant women take special care to ensure a healthy foetus, there is no legal requirement that they do so. Only damages to a legal person are actionable.

La «responsabilité pour préjudice prénatal» n'existe pas. Sous le régime du droit canadien actuel, le fœtus n'existe pas comme objet de protection de l'État ou d'une action civile: voir, *Winnipeg*, précité. La femme enceinte n'encourt aucune responsabilité à l'égard du fœtus, en matière de dommages ou autrement, que ce soit en raison d'un accident, d'une négligence ou d'un acte délibéré. Bien que la plupart des femmes enceintes prennent un soin particulier à assurer la santé du fœtus, la loi ne les oblige pas à le faire. Seul les dommages causés à une personne juridique donnent ouverture à action.

103 The law of tort views a born alive child as a person capable of suing third parties for damages resulting from injuries inflicted on her as a foetus. Absent the born alive child, however, foetal injuries are legally irrelevant. Thus, while there is no liability for prenatal injuries, there is liability for post-natal injuries resulting from prenatal events caused by a third party's negligence.

Le droit de la responsabilité délictuelle tient l'enfant né vivant pour capable d'agir en justice contre un tiers pour obtenir réparation des dommages résultant du préjudice qu'il a subi à l'état de fœtus. À défaut de naissance vivante, le préjudice subi par le fœtus est sans effet juridique. Ainsi, bien qu'il n'existe pas de responsabilité pour préjudice prénatal, il y a responsabilité pour préjudice postnatal résultant d'événements survenus avant la naissance et causés par la négligence d'un tiers.

104 The ability of the child to sue depends on his legal existence. In this appeal, the physical injury sustained *in utero* is irrelevant to the question of standing. It has relevance only as a matter of causation. The plaintiff must prove, on the balance of probabilities, that his damages were in fact caused by the defendant's negligence. Ryan Dobson must prove that his damages result from the negligent driving of his mother.

La capacité d'agir en justice de l'enfant est liée à son existence juridique. Dans le présent pourvoi, le préjudice corporel subi *in utero* est sans pertinence quant à la qualité pour agir. Il n'est pertinent qu'au regard du lien de causalité. Le demandeur doit prouver, selon la prépondérance des probabilités, que le dommage qu'il a subi a en fait été causé par la négligence du défendeur. Ryan Dobson doit prouver que le dommage qu'il a subi résulte de la négligence de sa mère au volant.

105 A pregnant woman cannot owe a duty of care to her foetus any more than she can owe a duty of care to herself. The duty of care is owed to the born alive child. Whatever may be said as a matter of policy, the trial judge's "reasonable progression" is not inconsistent with the legal unity of

La femme enceinte ne peut pas plus être tenue d'une obligation de diligence envers le fœtus, qu'elle ne peut être assujettie à une obligation de diligence envers elle-même. L'obligation de diligence existe au profit de l'enfant né vivant. Quoique l'on puisse dire sur le plan des principes,

pregnant woman and foetus. It has nothing to do with that unity.

In Canada, a pregnant woman has an unrestricted legal right to an abortion from conception to the time of birth, but once the child is born alive he is a legal person with all the rights that accompany that status. The right of the pregnant woman to terminate her pregnancy is unrelated to her possible responsibility to her child once born alive. An application of the first branch of the *Kamloops* test to the present case would unquestionably find that the appellant mother while driving her car owed a duty of care to other users of the highway and to passengers in her car. In my opinion, the duty of care owed by the mother to her born alive child is obvious, providing she knows or ought to know that she is pregnant at the time of the act.

The Second Branch of the *Kamloops* Test

The next question is whether policy reasons as contemplated in *Kamloops* deprive the born alive plaintiff Ryan Dobson of his cause of action.

In para. 31 of his reasons, Cory J. postulates that such policy considerations do exist. He states:

On behalf of the infant respondent, it was argued that the reasoning in *Winnipeg* is not determinative because it dealt with the standing of the foetus to sue while still *in utero*. In *Winnipeg*, the foetus which sought the detention of its mother-to-be was not a legal person and possessed no legal rights. By contrast, the present action is brought on behalf of an infant born alive whose legal rights and interests vested at the moment of birth. In other words, the sole issue in this appeal is whether a child born alive — as opposed to a foetus — should be able to recover damages for prenatal negligence from every person except his or her mother. Despite the important legal distinction between a foetus and a child born alive, as a matter of social policy and pragmatic

l'«évolution raisonnable» évoquée par le juge de première instance n'est pas incompatible avec l'unité juridique de la femme enceinte et du fœtus. Elle n'a rien à voir avec cette unité.

Au Canada, la loi reconnaît à la femme enceinte le droit absolu d'obtenir un avortement de la conception jusqu'au moment de la naissance, mais une fois que l'enfant est né vivant, c'est une personne juridique qui jouit de tous les droits rattachés à cet état. Le droit de la femme enceinte de mettre un terme à sa grossesse n'est pas lié à sa responsabilité éventuelle envers son enfant une fois qu'il est né vivant. L'application en l'espèce du premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Kamloops* mènerait sans aucun doute à la conclusion que la mère appelante avait, au volant de son automobile, une obligation de diligence envers les autres usagers de la route et les passagers de son véhicule. À mon avis, l'obligation de diligence à laquelle est tenue la mère envers son enfant né vivant est évidente, si elle sait ou aurait dû savoir qu'elle était enceinte au moment où l'acte est accompli.

Le second volet du critère énoncé dans l'arrêt *Kamloops*

La question suivante est de savoir si les motifs d'ordre politique envisagés dans l'arrêt *Kamloops* privent le demandeur né vivant, Ryan Dobson, de sa cause d'action.

Au paragraphe 31 de ses motifs, le juge Cory fait état de telles considérations d'ordre politique. Il écrit:

On a soutenu, au nom de l'enfant en bas âge intimé, que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Winnipeg* n'était pas décisif parce qu'il portait sur la question de savoir si le fœtus avait qualité pour agir en justice *in utero*. Dans cette affaire, le fœtus qui demandait la détention de sa future mère ne jouissait pas de la personnalité juridique et ne possédait aucun droit. Par contraste, la présente action est intentée au nom d'un enfant né vivant, dont les droits se sont cristallisés au moment de la naissance. En d'autres termes, la seule question faisant l'objet du présent pourvoi est de savoir si l'enfant né vivant — par opposition au fœtus — doit pouvoir réclamer à tous, sauf à sa mère, des dommages-intérêts pour une négligence commise avant sa naissance. Même si le droit fait

106

107

108

reality, both situations involve the imposition of a duty of care upon a pregnant woman towards either her foetus or her subsequently born child. To impose either duty of care would require judicial scrutiny into every aspect of that woman's behaviour during pregnancy. Irrespective of whether the duty of care is imposed upon a pregnant woman towards her foetus or her subsequently born child, both would involve severe intrusions into the bodily integrity, privacy and autonomous decision-making of that woman. Accordingly, the policy concerns raised by McLachlin J. in *Winnipeg* are equally pertinent to this appeal.

une distinction importante entre le fœtus et l'enfant né vivant, vu sous l'angle de la politique sociale et de la réalité pragmatique, il est question dans les deux cas d'imposer une obligation de diligence à la femme enceinte soit à l'égard du fœtus qu'elle porte, soit à l'égard de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite. Dans les deux cas, les tribunaux seraient obligés d'examiner attentivement chacune des facettes du comportement de la femme pendant sa grossesse. Que l'obligation de diligence pesant sur la femme enceinte concerne le fœtus qu'elle porte ou l'enfant auquel elle donne naissance par la suite, il y aura dans un cas comme dans l'autre, atteinte grave à l'intégrité physique de la femme, à son droit à la vie privée et à son autonomie sur le plan décisionnel. Par conséquent, les considérations d'ordre politique soulevées par le juge McLachlin dans *Winnipeg* sont également pertinentes dans le cadre du présent pourvoi.

109 In my opinion, the policy concerns raised in *Winnipeg, supra*, relative to the pregnant woman and her foetus do not apply to the mother and her born alive child. This action was brought on behalf of a legal person, not a foetus. Cory J. suggests that, from the perspective of a pregnant woman, the important legal distinction between her foetus and her born alive child might not appear relevant. In his view, a pregnant woman might conclude that the behavioural restrictions to which she would be subjected in either case are identical. But the compelling point of departure is that, in contrast to *Winnipeg, supra*, in this appeal the pregnant woman's perspective is not the only legally recognized perspective. It competes with the recognized perspective of her born alive child.

À mon avis, les considérations d'ordre politique soulevées dans *Winnipeg*, précité, relativement à la femme enceinte et au fœtus ne s'appliquent pas à la mère et à son enfant né vivant. La présente action a été intentée au nom d'une personne juridique, et non pas au nom d'un fœtus. Le juge Cory affirme que, du point de vue de la femme enceinte, la distinction juridique importante établie entre le fœtus et l'enfant né vivant pourrait ne pas paraître pertinente. Selon lui, la femme enceinte pourrait conclure que les restrictions du comportement auxquelles elle serait soumise sont identiques dans les deux cas. Cependant, contrairement à la situation examinée dans l'arrêt *Winnipeg*, précité, le point de départ obligatoire est que dans le présent pourvoi, le point de vue de la femme enceinte n'est pas le seul qui soit juridiquement reconnu. Il est en concurrence avec le point de vue également reconnu de son enfant né vivant.

110 The issue here is twofold. First, would a finding that Cynthia Dobson owes the respondent a duty of care result in additional behavioural restrictions on her while she was pregnant? If so, are those restrictions of a nature that would justify a finding that the respondent's right to commence a tort action against his mother for prenatal injuries allegedly sustained as a result of her negligent driving

La question en litige en l'espèce est double. Premièrement, la conclusion que Cynthia Dobson est tenue envers l'intimé d'une obligation de diligence entraînerait-elle des restrictions de comportement supplémentaires pendant la grossesse? Dans l'affirmative, ces restrictions sont-elles de nature à justifier la conclusion que le droit de l'intimé d'intenter contre sa mère une action en responsabilité délictuelle pour le préjudice prénatal qu'il aurait subi en raison de la négligence de sa

should give way to Cynthia Dobson's autonomy rights on policy grounds?

I respectfully disagree with Cory J. that sufficient policy concerns have been raised on the facts of this case to negative the child's right to sue in tort. The appellant Cynthia Dobson was already under a legal obligation to drive carefully. She owed a duty of care to passengers in her car and to other users of the highway, such as John Carter, the other motorist involved in the collision. If her negligent driving caused the collision, she will be liable to John Carter.

In these circumstances, it would be unjustified to hold that the appellant should not be liable to her born alive child on the grounds that such liability would restrict her freedom of action. Her freedom of action in respect of her driving was already restricted by her duty of care to users of the highway. Hence, to acknowledge that the suffering of her born alive child, Ryan Dobson, was within the reasonably foreseeable ambit of the risk created by her negligent driving is hardly a limitation of her freedom of action. The appellant mother would not have had to take any further precautions, additional to those she was already legally obliged to take, in order to avoid liability to her born alive child.

The appellant's autonomy interests are not in issue. She was not legally free to operate a motor vehicle without due care. She did not have the freedom to drive carelessly. Therefore, it cannot be said that the imposition of a duty of care to her born alive child would restrict her freedom to drive. The respondent child cannot take away from his mother a freedom she did not have.

I respectfully disagree with McLachlin J. that the liberty and equality interests of pregnant women are in issue in this appeal. The values enshrined in the *Canadian Charter of Rights and*

mère au volant doit céder aux droits relatifs à l'autonomie de Cynthia Dobson pour des motifs d'ordre politique?

Avec égards, je suis en désaccord avec le juge Cory qui estime que les faits de la présente affaire soulèvent des considérations d'ordre politique suffisantes pour priver l'enfant du droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle. L'appelante Cynthia Dobson était légalement tenue de conduire prudemment. Elle était assujettie à une obligation de diligence envers les passagers de sa voiture et les autres usagers de la route, comme John Carter, l'autre automobiliste impliqué dans la collision. Si sa négligence au volant a provoqué la collision, l'appelante encourt une responsabilité à l'égard de John Carter.

Dans ces circonstances, on ne saurait soutenir qu'elle ne devrait pas encourir de responsabilité à l'égard de son enfant né vivant pour le motif que cette responsabilité restreindrait sa liberté d'action. Sa liberté d'action dans la conduite d'un véhicule était déjà restreinte par son obligation de diligence envers les usagers de la route. En conséquence, reconnaître que les souffrances de son enfant né vivant, Ryan Dobson, entraient dans le cadre raisonnablement prévisible du risque créé par sa négligence au volant, ce n'est sûrement pas restreindre sa liberté d'action. La mère appelante n'aurait pas eu à prendre d'autres précautions que celles qu'elle était déjà légalement tenue de prendre afin d'éviter d'encourir une responsabilité à l'égard de son enfant né vivant.

Les droits d'autonomie de l'appelante ne sont pas en cause. Elle ne pouvait pas légalement conduire un véhicule à moteur sans faire preuve de diligence. Elle n'avait pas la liberté de conduire de façon négligente. Par conséquent, on ne peut dire que l'imposition d'une obligation de diligence à l'égard de son enfant né vivant restreindrait sa liberté de conduire. L'enfant intimé ne peut enlever à sa mère une liberté qu'elle n'avait pas.

Avec égards, je suis en désaccord avec la conclusion du juge McLachlin que le droit à la liberté et à l'égalité de la femme enceinte est en cause dans le présent pourvoi. Les valeurs inscrites dans

111

112

113

114

Freedoms do not grant pregnant women interests of any kind in negligent driving.

la *Charte canadienne des droits et libertés* n'accorde à la femme enceinte aucun droit en matière de négligence au volant.

115 On the facts of this case, Ryan Dobson's *prima facie* right to sue in tort arises only on the same grounds and in the same way as that of the driver of the other car. In these circumstances, the appellant's freedom of action is not in issue, and the suggestion that her son's rights ought to be negated so as to protect her freedom of action is misplaced.

Compte tenu des faits de la présente affaire, le droit *prima facie* de Ryan Dobson d'intenter une action en responsabilité délictuelle prend naissance pour les mêmes motifs et de la même manière que celui du conducteur de l'autre automobile. Dans ces circonstances, la liberté d'action de l'appelante n'est pas en cause et l'idée que son fils doit être privé de ses droits pour protéger sa liberté d'action à elle est hors de propos.

116 Where a pregnant woman already owes a duty of care to a third party in respect of the same behaviour for which her born alive child seeks to find her liable, policy considerations pertinent to the pregnant woman's freedom of action cannot operate so as to negative the child's *prima facie* right to sue. The duty of care imposed on the pregnant woman is not more onerous because of her potential liability to her born alive child.

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 vivant.

117 The presence of a duty of care owed to a third party in respect of the same behaviour for which her born alive child seeks to find her liable precludes a pregnant woman from arguing successfully that her freedom of action would be restricted by the imposition of a duty of care to her born alive child. A grant of immunity from tort liability rooted in policy considerations pertinent to a pregnant woman's freedom of action must necessarily rest on a showing that such freedom of action would be restricted by the imposition of a duty of care to the born alive child. No such showing seems possible where the pregnant woman's freedom of action is already restricted in the very same respect by a duty of care owed to a third party.

L'existence d'une obligation de diligence envers un tiers relativement au comportement dont l'enfant né vivant cherche à la faire déclarer responsable empêche la femme enceinte d'alléguer avec succès que sa liberté d'action serait restreinte par l'imposition d'une obligation de diligence envers son enfant né vivant. La reconnaissance d'une immunité en matière de responsabilité délictuelle sur le fondement de considérations d'ordre politique se rapportant à la liberté d'action de la femme enceinte doit nécessairement reposer sur la preuve que cette liberté d'action serait restreinte par l'imposition d'une obligation de diligence envers l'enfant né vivant. Une telle preuve semble exclue lorsque la liberté d'action de la femme enceinte est déjà restreinte à cet égard par une obligation de diligence envers un tiers.

118 I disagree with McLachlin J. that this view of the matter violates the principle that the duty of care in tort must be founded on the relationship between the actual parties to the dispute before the court. The point is not that the child's *prima facie*

Je ne puis souscrire à la conclusion du juge McLachlin que cette façon d'envisager la question porte atteinte au principe selon lequel l'obligation de diligence en responsabilité délictuelle doit être fondée sur la relation entre les véritables parties au

right to sue arising from the first branch of *Kamloops* is conditional on the “serendipitous coincidence” that a third party is owed a duty of care. The point is that, where a duty of care is owed to a third party, the child’s *prima facie* right to sue cannot be negated under the second branch of *Kamloops* on policy grounds flowing from the pregnant woman’s freedom of action. The point is precisely that where, as here, a pregnant woman’s freedom of action is not in issue, nothing in the relationship between the actual parties to the dispute can possibly support the proposition that the imposition of liability to her born alive child would infringe her freedom of action.

But matters are different where the pregnant woman does not owe a third party a duty of care in respect of the behaviour, as, for instance, in her lifestyle choices such as smoking, drinking, and dietary and health-care decisions. That is also true of various other activities that may place the pregnant woman in harm’s way. The examples range from an unhealthy work or home environment to activities as extreme as bungy jumping. In such cases, the second branch of the *Kamloops* test may prevent the imposition of a duty of care because her freedom of action is in issue and policy reasons for immunity can be adduced. The distinction is plain and is obscured only by slippery slope and flood-gate types of argument founded in an understandably emotional response to the question.

Assume, for example, that another pregnant woman was a passenger in Cynthia Dobson’s car. If, as a result of negligent driving, the other pregnant woman gave birth to an injured child, there is absolutely no doubt that that born alive child would have a right to sue Cynthia Dobson: see *Montreal Tramways*, *supra*, and *Duval*, *supra*. In those circumstances, policy reasons flowing from

litige porté devant le tribunal. Ce n’est pas que le droit *prima facie* d’agir de l’enfant soit subordonné à l’existence, par l’effet d’un «heureux concours de circonstances», d’une obligation de diligence envers un tiers. C’est que lorsqu’il existe une obligation de diligence au profit d’un tiers, le droit *prima facie* d’agir de l’enfant ne peut être anéanti en vertu du second volet du critère énoncé dans *Kamloops* pour des considérations d’ordre politique découlant de la liberté d’action de la femme enceinte. C’est que justement dans un cas comme la présente affaire, où la liberté d’action de la femme enceinte n’est pas en cause, rien dans la relation entre les véritables parties au litige ne peut étayer l’idée que l’imposition d’une responsabilité à l’égard de son enfant né vivant porterait atteinte à sa liberté d’action.

Toutefois, il en va tout autrement lorsque la femme enceinte n’est pas tenue d’une obligation de diligence envers un tiers relativement au comportement, comme, par exemple, les choix concernant son mode de vie relativement au tabagisme, à la consommation d’alcool, à l’alimentation et aux soins de santé. On peut en dire autant de diverses autres activités qui peuvent s’avérer préjudiciables à la femme enceinte. Les exemples vont du milieu de travail ou de vie malsains jusqu’à des activités aussi extrêmes que le saut à l’élastique. Dans de tels cas, le second volet du critère énoncé dans l’arrêt *Kamloops* peut faire obstacle à l’imposition d’une obligation de diligence parce que sa liberté d’action est en cause et que des raisons d’ordre politique justifiant l’immunité peuvent être invoquées. La distinction est claire et n’est obscurcie que par des arguments fondés sur la crainte d’un dérapage ou d’une avalanche de poursuites, inspirée par une réaction émotionnelle qu’on peut comprendre.

Supposons par exemple qu’une autre femme enceinte ait pris place dans l’automobile de Cynthia Dobson. Si, en raison d’une négligence au volant, l’autre femme enceinte mettait au monde un enfant atteint d’un préjudice, il ne fait aucun doute que cet enfant né vivant aurait le droit de poursuivre Cynthia Dobson: voir, *Montreal Tramways* et *Duval*, précités. Dans ces circonstances, il

119

120

Cynthia Dobson's freedom of action capable of negating Ryan Dobson's right to sue seem impossible to formulate. His mother's freedom of action in respect of her driving was already restricted by the duty of care she owed to, *inter alia*, another born alive child.

semble impossible d'invoquer des considérations d'ordre politique se rapportant à la liberté d'action de Cynthia Dobson qui puissent priver Ryan Dobson de son droit d'intenter une action. La liberté d'action de sa mère dans la conduite d'un véhicule était déjà restreinte par l'obligation de diligence à laquelle elle était tenue notamment à l'égard d'un autre enfant né vivant.

121 The example confirms that no intrusion into a pregnant woman's freedom of action can be demonstrated in cases where a duty of care owed to a third party in respect of the same behaviour forms part of the factual situation. In such cases, the pregnant woman's freedom of action is not in issue.

Cet exemple confirme qu'il n'est pas possible d'établir qu'il y a atteinte à la liberté d'action de la femme enceinte lorsque l'obligation de diligence à laquelle elle est tenue envers un tiers relativement au même comportement est un élément du contexte factuel. Dans de tels cas, la liberté d'action de la femme enceinte n'est pas en cause.

122 This view of the matter has the advantage of providing a bright-line test to distinguish situations in which the pregnant woman's freedom of action is in issue from situations in which her freedom of action is not in issue. A given factual transaction either involves a duty of care to third parties or it does not. These matters are not crystal clear. But the law of tort is well-equipped to distinguish between situations where duties of care are owed and situations where duties of care are not owed. In jurisprudential matters, few lines could be brighter than those situations where a pregnant woman owes to third parties a duty of care in respect of the very same behaviour of which her born alive child complains and situations where she does not owe such duty to third parties.

Cette façon d'envisager la question a l'avantage d'offrir un critère permettant d'établir une distinction nette entre les situations dans lesquelles la liberté d'action de la femme enceinte est en cause et les situations dans lesquelles sa liberté d'action ne l'est pas. Dans une situation de faits donnée, l'obligation de diligence envers les tiers existe ou bien elle n'existe pas. Ces questions ne sont pas claires, à l'évidence. Cependant, le droit de la responsabilité délictuelle dispose des outils nécessaires pour établir une distinction entre les cas où il existe une obligation de diligence et ceux où il n'en existe pas. En matière jurisprudentielle, peu de situations pourraient être plus claires que celles où une femme enceinte a une obligation de diligence envers les tiers relativement au comportement même dont son enfant né vivant se plaint et celles où elle n'est pas tenue d'une telle obligation de diligence envers les tiers.

123 Policy considerations flowing from a pregnant woman's autonomy interests are not operative in situations, such as the case before us, where those interests are not in issue. These situations are distinguishable from situations where those interests are indeed in issue. Therefore, there is no need to beware that, in deciding this appeal on its own facts, we will have decided infinitely more difficult cases truly involving lifestyle choices and autonomy interests of pregnant women. On the contrary, the very depth, complexity and impor-

Les considérations d'ordre politique fondées sur les droits relatifs à l'autonomie de la femme enceinte ne s'appliquent pas lorsque, comme dans l'affaire dont nous sommes saisis, ces droits ne sont pas en cause. Ces situations se distinguent de celles où ces droits sont effectivement en cause. Par conséquent, il n'y a pas lieu de craindre qu'en statuant sur le présent pourvoi en fonction de ses faits propres, nous ne tranchions des affaires infiniment plus complexes touchant vraiment des choix concernant le mode de vie et les droits

tance of such cases demands that they not be decided until they in fact arise before this Court.

The determining question is what social policy can justify the conclusion that, as between the rights of a pregnant woman and those of her born alive child, the rights of the child should yield.

The concerns formulated in *Winnipeg, supra*, are not sufficient to take into account the additional factor present in the instant case: the legal personality of the born alive child. At issue is the relationship between the rights of a pregnant woman and the rights of her born alive child. A one-sided emphasis on either side of this relationship necessarily misses the subject-matter it is attempting to analyse. Such an emphasis simply begs the question.

That question is what social policy considerations justify the denial of a born alive child's right to recover for negligently caused physical damages. No compelling evidence, in fact no evidence, was presented that should as a matter of social policy place the child in a subservient position to that of the negligent mother.

The bare assertion of social policy concerns expressly and unilaterally centred on a pregnant woman's rights are not a sufficient answer to the question whether a pregnant woman's rights should prevail over the equally recognized rights of her born alive child. It is no answer to the plaintiff in this case that unilateral concerns about a pregnant woman's competing rights are sufficient to "negative" a negligent violation of his physical integrity. His rights, too, are at stake.

While the law may grant immunity from liability based on policy reasons, those reasons must be clear and compelling and are conspicuously absent in this case. The removal of the child's cause of

relatifs à l'autonomie de la femme enceinte. Au contraire, l'ampleur, la complexité et l'importance mêmes de telles affaires exigent qu'elles ne soient pas tranchées avant qu'elles soient soumises à notre Cour.

La question déterminante est de savoir quelle politique sociale peut justifier la conclusion que vis-à-vis les droits de la femme enceinte ceux de son enfant né vivant doivent céder.

Les inquiétudes formulées dans *Winnipeg*, précité, ne sont pas suffisantes pour tenir compte du facteur additionnel présent dans la présente affaire: la personnalité juridique de l'enfant né vivant. Est en cause la relation entre les droits de la femme enceinte et ceux de son enfant né vivant. L'accent mis uniquement sur l'une ou l'autre des deux parties à la relation étudie nécessairement l'objet qu'on tente d'analyser. Un tel point de vue présume de la réponse.

Il s'agit de savoir quelles considérations d'ordre social justifient la négation du droit d'un enfant né vivant d'obtenir réparation du préjudice corporel résultant d'une négligence. Aucun élément de preuve convaincant, voire aucun élément, n'a été présenté pour justifier par des considérations de politique sociale la subordination de l'enfant à la mère négligente.

Le simple renvoi à des considérations de politique sociale expressément et unilatéralement centrées sur les droits de la femme enceinte ne constitue pas une réponse suffisante à la question de savoir si les droits de la femme enceinte doivent l'emporter sur les droits également reconnus de son enfant né vivant. On ne peut répondre au demandeur dans la présente affaire que des considérations unilatérales relatives aux droits concurrents de la femme enceinte sont suffisantes pour «nier» une atteinte à son intégrité physique résultant d'une négligence. Ses droits à lui aussi sont en jeu.

Bien que le droit puisse accorder une immunité pour des raisons d'ordre politique, ces raisons, qui doivent être claires et impérieuses, font visiblement défaut dans la présente affaire.

124

125

126

127

128

action is extreme and it should follow that the policy reasons for doing so should be obvious and persuasive. There was no authority advanced to support the defendant's claim in this case; that is, authority that would negate a pregnant woman's legal responsibility for negligent acts against her born alive child, where the effects of those acts are reasonably foreseeable and where they violate the physical integrity of a legal person. To recall Lamont J.'s words in *Montreal Tramways, supra*, at p. 464, no other plaintiff would "be compelled, without any fault on its part, to go through life carrying the seal of another's fault and bearing a very heavy burden of infirmity and inconvenience without any compensation therefor".

129 The special relationship between a pregnant woman and her foetus is a biological fact. This biological fact is significant for the mother-defendant. But it is also deeply significant for the born alive child-plaintiff. The legal or social policy implications to be drawn from that biological fact cannot be ascertained in the absence of equal acknowledgment of the rights of the child.

130 To grant a pregnant woman immunity from the reasonably foreseeable consequences of her acts for her born alive child would create a legal distortion as no other plaintiff carries such a one-sided burden, nor any defendant such an advantage.

131 Aside from a pregnant woman's autonomy interests, there may be policy considerations flowing from concerns about the appropriateness of intra-familial litigation that may be sufficient to negative any child's right to sue its parents in tort. The considerations, however, must apply to all members of the defined family unit. The conclusion that such concerns only bar tort action brought by born alive

La suppression de la cause d'action de l'enfant est une mesure extrême et, en conséquence, les raisons d'ordre politique invoquées pour la justifier doivent être manifestes et convaincantes. Aucun précédent n'a été invoqué pour étayer la prétention de la défenderesse dans la présente affaire; c'est-à-dire aucune décision judiciaire qui aurait exonéré la femme enceinte faisant preuve de négligence à l'égard de son enfant né vivant, lorsque les effets de cette négligence sont raisonnablement prévisibles et qu'ils portent atteinte à l'intégrité physique d'une personne juridique. Pour reprendre les termes du juge Lamont dans *Montreal Tramways*, précité, à la p. 464, aucun autre demandeur ne [TRADUCTION] «[doit], en l'absence de toute faute de sa part, porter toute sa vie durant la marque de la faute d'autrui et assumer un très lourd fardeau d'infirmité et d'inconvénients sans obtenir réparation».

La relation spéciale entre la femme enceinte et le foetus est un fait biologique. Ce fait biologique est important pour la mère-défenderesse. Mais il est également fort important pour l'enfant-demandeur né vivant. Les incidences tenant à la politique juridique ou sociale que l'on peut déduire de ce fait biologique ne peuvent pas être vérifiées en l'absence d'une reconnaissance égale des droits de l'enfant.

Accorder l'immunité à la femme enceinte pour les conséquences raisonnablement prévisibles de ses actes sur son enfant né vivant créerait une distorsion juridique, car aucun autre demandeur ne doit supporter un tel fardeau unilatéral, et aucun défendeur ne jouit d'un tel avantage.

Le droit à l'autonomie de la femme enceinte mis à part, des considérations d'ordre politique fondées sur les inquiétudes exprimées au sujet de la pertinence des litiges opposant les membres d'une même famille peuvent justifier que l'enfant soit privé du droit d'agir en responsabilité délictuelle contre ses parents. Cependant, les considérations doivent s'appliquer à tous les membres de la cellule familiale définie. La conclusion selon laquelle de telles préoccupations ne font obstacle qu'à l'action en responsabilité délictuelle intentée

children who sustained injuries while still *in utero* is not justified.

As no policy concerns sufficient to negative the child's right to sue arise on the facts of this case, the born alive respondent has the legal capacity to commence a tort action against his appellant mother for prenatal injuries allegedly sustained as a result of her negligent driving.

Under the direction given by the majority in *Winnipeg, supra*, it is my opinion that the removal of Ryan Dobson's right to sue in tort for negligent violations of his physical integrity lies within the exclusive purview of the legislature, subject to the limits imposed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I would dismiss this appeal.

Appeal allowed, MAJOR and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Burchell, Hayman, Barnes, Halifax.

Solicitors for the respondent: Bingham, Rideout, Brison and Blair, Moncton.

Solicitors for the intervener the Canadian Abortion Rights Action League: Eberts, Symes, Street and Corbett, Toronto.

Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Stikeman, Elliott, Toronto.

Solicitors for the intervener the Catholic Group for Health, Justice and Life: Barnes, Sammon, Ottawa.

par l'enfant né vivant qui a subi un préjudice *in utero* n'est pas justifiée.

Étant donné qu'aucune considération d'ordre politique suffisante pour priver l'enfant de son droit d'intenter une action n'a été soulevée compte tenu des faits de la présente affaire, l'intimé né vivant a la capacité juridique d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre sa mère appelante pour le préjudice prénatal qui résulterait de la négligence de celle-ci au volant.

Suivant les principes directeurs établis par les juges majoritaires dans l'arrêt *Winnipeg*, précité, j'estime que la suppression du droit de Ryan Dobson d'intenter une action en responsabilité délictuelle pour les atteintes à son intégrité physique causées par la négligence relève exclusivement du législateur, sous réserve des limites imposées par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges MAJOR et BASTARACHE sont dissidents.

Procureurs de l'appelante: Burchell, Hayman, Barnes, Halifax.

Procureurs de l'intimé: Bingham, Rideout, Brison and Blair, Moncton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour le droit à l'avortement: Eberts, Symes, Street and Corbett, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada: Stikeman, Elliott, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Catholic Group for Health, Justice and Life: Barnes, Sammon, Ottawa.

132

133

134