

**Winnipeg Child and Family Services  
(Northwest Area) Appellant**

v.

**D.F.G. Respondent**

and

**The Attorney General of Manitoba, the Government of Yukon, the Evangelical Fellowship of Canada, the Christian Medical and Dental Society, the Catholic Group for Health, Justice and Life, the Alliance for Life, the Association des Centres jeunesse du Québec, the Southeast Child and Family Services, the West Region Child and Family Services, the Canadian Civil Liberties Association, the Canadian Abortion Rights Action League, the Women's Legal Education and Action Fund, the Women's Health Clinic Inc., the Metis Women of Manitoba Inc., the Native Women's Transition Centre Inc. and the Manitoba Association of Rights and Liberties Inc. Intervenors**

INDEXED AS: WINNIPEG CHILD AND FAMILY SERVICES  
(NORTHWEST AREA) v. G. (D.F.)

File No.: 25508.

1997: June 18; 1997: October 31.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
MANITOBA

*Torts — Negligence — Duty of care — Mother and unborn child — Pregnant mother addicted to glue sniffing — Superior court judge ordering detention and treatment of mother to prevent harm to unborn child —*

**Office des services à l'enfant et à la famille  
de Winnipeg (région du Nord-  
Ouest) Appellant**

c.

**D.F.G. Intimée**

et

**Le procureur général du Manitoba, le gouvernement du Yukon, Evangelical Fellowship of Canada, Christian Medical and Dental Society, Catholic Group for Health, Justice and Life, Alliance pour la vie, l'Association des Centres jeunesse du Québec, Southeast Child and Family Services, West Region Child and Family Services, l'Association canadienne des libertés civiles, l'Association canadienne pour le droit à l'avortement, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Women's Health Clinic Inc., Metis Women of Manitoba Inc., Native Women's Transition Centre Inc. et l'Association manitobaine des droits et libertés inc. Intervenants**

RÉPERTORIÉ: OFFICE DES SERVICES À L'ENFANT ET À LA  
FAMILLE DE WINNIPEG (RÉGION DU NORD-OUEST) c. G.  
(D.F.)

N° du greffe: 25508.

1997: 18 juin; 1997: 31 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de prudence — Mère et enfant à naître — Mère enceinte souffrant de dépendance à l'égard des vapeurs de la colle — Ordonnance de détention et de traitement de la mère rendue par un juge de la cour supérieure afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit infligé à l'enfant à naître — Y a-t-il lieu de procéder à une extension du*

*Whether law of tort should be extended to permit order — Whether appropriate for court to change law of tort.*

*Courts — Jurisdiction — Parens patriae — Pregnant mother addicted to glue sniffing — Superior court judge ordering detention and treatment of mother to prevent harm to unborn child — Whether parens patriae jurisdiction should be extended to protect unborn child — Whether appropriate for court to change law of parens patriae.*

In August 1996, the respondent was five months pregnant with her fourth child. She was addicted to glue sniffing, which may damage the nervous system of the developing fetus. As a result of her addiction, two of her previous children were born permanently disabled and are permanent wards of the state. On a motion by the appellant, a superior court judge ordered that the respondent be placed in the custody of the Director of Child and Family Services and detained in a health centre for treatment until the birth of her child. One of the grounds for the order was the court's *parens patriae* jurisdiction. The superior court judge, while acknowledging that the courts have never exercised this power on behalf of an unborn child, saw no reason why the power should not be extended to protect unborn children. The order was later stayed and ultimately set aside on appeal. The Court of Appeal held that the existing law of tort and of *parens patriae* did not support the order and, given the difficulty and complexity entailed in extending the law to permit such an order, the task was more appropriate for the legislature than the courts.

*Held* (Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The law of Canada does not recognize the unborn child as a legal person possessing rights. This is a general proposition applicable to all aspects of the law. Once a child is born, alive and viable, the law may recognize that its existence began before birth for certain limited purposes. But the only right recognized is that of the born person. Any right or interest the fetus may have remains incho-

*droit de la responsabilité délictuelle pour autoriser l'ordonnance? — Est-il opportun pour une cour de modifier les règles de droit relatives à la responsabilité délictuelle?*

*Tribunaux — Compétence — Parens patriae — Mère enceinte souffrant de dépendance à l'égard des vapeurs de la colle — Ordonnance de détention et de traitement de la mère rendue par un juge de la cour supérieure afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit infligé à l'enfant à naître — Y a-t-il lieu de procéder à une extension de la compétence parens patriae afin de protéger l'enfant à naître? — Est-il opportun pour une cour de modifier les règles de droit relatives à la compétence parens patriae?*

En août 1996, l'intimée était enceinte de cinq mois d'un quatrième enfant. Elle inhalait de la colle, et sa dépendance était de nature à endommager le système nerveux du fœtus. En raison de sa dépendance, deux de ses enfants sont nés avec des handicaps permanents et ils ont été placés sous la tutelle permanente de l'État. À la demande de l'appelant, un juge de la cour supérieure a ordonné que l'intimée soit confiée à la garde du directeur de l'Office des services à l'enfant et à la famille et qu'elle soit détenue jusqu'à la naissance de l'enfant dans un centre de soins de santé pour y subir un traitement. L'un des motifs fondant l'ordonnance était lié à la compétence *parens patriae* du tribunal. Tout en reconnaissant que les tribunaux n'ont jamais exercé ce pouvoir à l'égard d'un enfant à naître, le juge de la cour supérieure a dit ne pas voir pourquoi ce pouvoir ne pourrait pas s'étendre à la protection d'un enfant à naître. L'ordonnance a par la suite été suspendue, puis finalement annulée en appel. La Cour d'appel a conclu que l'ordonnance n'était pas justifiée suivant les règles de droit relatives à la compétence *parens patriae* et à la responsabilité délictuelle et que, vu la difficulté et la complexité inhérentes à l'extension des règles de droit afin de permettre une telle ordonnance, il était préférable de s'en remettre au législateur plutôt qu'aux tribunaux.

*Arrêt* (les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: Le droit canadien ne reconnaît pas à l'enfant à naître la qualité de personne juridique titulaire de droits. Il s'agit d'un principe général applicable dans tous les domaines du droit. Une fois que l'enfant est né, vivant et viable, le droit peut reconnaître son existence avant la naissance à certaines fins bien précises. Mais le seul droit reconnu est celui de la personne née. Tout

ate and incomplete until the child's birth. It follows that, under the law, the fetus on whose behalf the appellant purported to act in seeking the detention order was not a legal person and possessed no legal rights. There was thus no legal person in whose interests the appellant could act or in whose interests a court order could be made. Putting the matter in terms of tort, there was no right to sue, whether for an injunction or damages, until the child was born alive and viable. Since the action at issue was commenced and the injunctive relief sought before the child's birth, under the law as it presently stands, it must fail.

As well, courts do not have *parens patriae* jurisdiction over unborn children. The power of the court in *parens patriae*, as it stands, does not therefore support an order for the detention and treatment of a pregnant woman for the purpose of preventing harm to the unborn child.

As a general rule, judicial change to common law principles is confined to incremental change based largely on the mechanism of extending an existing principle to new circumstances. Courts will not extend the common law where the revision is major and its ramifications complex. To extend the law of tort to permit an order for the detention and treatment of a pregnant woman for the purpose of preventing harm to the unborn child would require major changes, involving moral choices and conflicts between fundamental interests and rights. Recognition of a fetal action against the mother for lifestyle choices would affect women, who might find themselves incarcerated and treated against their will for conduct alleged to harm the fetus. The proposed changes to the law have complex ramifications impossible for a court to fully assess, giving rise to the danger that the proposed order might impede the goal of healthy infants more than it would promote it. Taken together, the changes to the law of tort that would be required to support the order at issue are of such magnitude, consequence, and difficulty in policy terms that they exceed the proper incremental law-making powers

droit ou intérêt que le fœtus peut avoir demeure virtuel et incomplet jusqu'à la naissance de l'enfant. Par conséquent, en droit, le fœtus pour le compte duquel l'appellant a prétendu agir en sollicitant l'ordonnance de détention n'était pas une personne juridique et ne jouissait d'aucun droit. Il n'y avait donc aucune personne juridique dans l'intérêt de laquelle l'appellant pouvait agir ou le tribunal pouvait rendre une ordonnance. Sous l'angle du droit de la responsabilité délictuelle, aucun droit d'intenter une action en justice ne pouvait être exercé, que ce soit pour l'obtention d'une injonction ou de dommages-intérêts, avant que l'enfant ne naisse vivant et viable. En l'espèce, l'action en vue d'obtenir l'injonction ayant été intentée avant la naissance de l'enfant, dans l'état actuel du droit, elle doit échouer.

Les tribunaux ne peuvent non plus exercer leur compétence *parens patriae* à l'égard de l'enfant à naître. La compétence *parens patriae* de la cour, dans l'état actuel du droit, ne justifie donc pas le prononcé, à l'égard d'une femme enceinte, d'une ordonnance de détention et de traitement afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit infligé à l'enfant à naître.

En règle générale, en ce qui a trait à la modification des principes de la common law, les tribunaux doivent s'en tenir à une évolution progressive qui dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles. Les tribunaux s'abstiendront d'étendre l'application de la common law quand il s'agit d'une réforme majeure ayant des ramifications complexes. Procéder à une extension du droit de la responsabilité délictuelle pour autoriser une ordonnance de détention et de traitement afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit infligé à l'enfant à naître exigerait une réforme substantielle, supposant des choix d'ordre moral et suscitant des conflits entre des droits et des intérêts fondamentaux. Reconnaître la possibilité que le fœtus intente une action contre sa mère pour le choix d'un mode de vie aurait un effet sur la vie des femmes, qui pourraient être internées et traitées contre leur gré relativement à un comportement présumé préjudiciable pour le fœtus. La réforme proposée a des ramifications complexes qu'une cour n'est pas en mesure d'évaluer pleinement, d'où le risque que l'ordonnance proposée aille à l'encontre de l'objectif qu'elle est censée promouvoir, savoir la santé infantile. Considérés dans leur ensemble, les changements qu'il faudrait apporter au droit de la responsabilité délictuelle pour confirmer l'ordonnance de détention en cause posent de telles difficultés quant à leur ampleur, à leurs répercussions et aux questions de principe qu'ils soulèvent, qu'ils ne sauraient relever légitimement du pouvoir des tribunaux de

of the courts. These are the sort of changes which should be left to the legislature.

Similarly, to extend the court's *parens patriae* jurisdiction to permit protection of unborn children would require a major change to the law of *parens patriae*. The same problems encountered in relation to extending tort law to the unborn arise in relation to extending the *parens patriae* jurisdiction of the court. The ramifications of the change would be significant and complex, since such change involves conflicts of fundamental rights and interests and difficult policy issues. A pregnant woman and her unborn child are one and to make orders protecting fetuses would radically impinge on the fundamental liberties of the mother, both as to lifestyle choices and how and as to where she chooses to live and be. The invasion of liberty involved in making court orders affecting the unborn child is far greater than the invasion of liberty involved in court orders relating to born children. In the latter case, the only liberty interest affected is the parent's interest in making decisions for his or her child. By contrast, extension of the *parens patriae* jurisdiction of the court to unborn children has the potential to affect a much broader range of liberty interests since the court cannot make decisions for the unborn child without inevitably making decisions for the mother herself. Such a change would not be an incremental change but a generic change of major impact and consequence. It would seriously intrude on the rights of women. If anything is to be done, the legislature is in a much better position to weigh the competing interests and arrive at a solution that is principled and minimally intrusive to pregnant women.

*Per Sopinka and Major JJ. (dissenting):* The superior court judge was within his jurisdiction under *parens patriae* to order the respondent to refrain from the consumption of intoxicating substances, and to compel the respondent to live at a place of safety until the birth of her child. The jurisdiction available under *parens patriae* to act in the best interests of a child should include the power to act in the best interests of a fetus. The *parens patriae* jurisdiction exists for the stated purpose of doing what is necessary to protect the interests of those who are unable to protect themselves. A fetus suffering from its mother's abusive behaviour is particularly within this class and deserves protection.

faire évoluer progressivement le droit. De tels changements relèvent plutôt du législateur.

De même, l'extension de la compétence *parens patriae* afin de permettre à la cour d'assurer la protection de l'enfant à naître implique une modification fondamentale des règles de droit relatives à la compétence *parens patriae*. L'extension de la compétence *parens patriae* soulève les mêmes problèmes que l'extension de l'application des règles du droit de la responsabilité délictuelle à la protection de l'enfant à naître. Les répercussions d'un tel changement seraient à la fois considérables et complexes puisque des droits fondamentaux s'opposeraient et des questions de principe difficiles seraient soulevées. La femme enceinte et l'enfant à naître ne forment qu'une seule personne, et rendre une ordonnance visant à protéger le fœtus empiéterait radicalement sur les libertés fondamentales de la mère, tant en ce qui concerne le choix d'un mode de vie que sa manière d'être et l'endroit où elle choisit de vivre. L'atteinte à la liberté qui est inhérente à l'ordonnance visant l'enfant à naître est beaucoup plus étendue que celle qui découle de l'ordonnance judiciaire visant l'enfant né. Dans ce dernier cas, le seul droit dont l'exercice est entravé est celui du parent de prendre des décisions relatives à son enfant. Par contre, l'exercice de la compétence *parens patriae* au bénéfice de l'enfant à naître est susceptible de porter atteinte à une gamme plus étendue de libertés puisque le tribunal ne peut prendre une décision touchant l'enfant à naître sans que, inévitablement, cette décision ne lie la mère elle-même. Une telle modification ne ferait pas évoluer le droit de façon progressive car il s'agirait d'un changement de portée générale dont les effets et les répercussions seraient considérables. Elle empiéterait sérieusement sur les droits de la femme. Si une mesure doit être prise, le législateur est en bien meilleure position pour soupeser les intérêts opposés et arriver à une solution raisonnée qui porte le moins possible atteinte aux droits de la femme enceinte.

*Les juges Sopinka et Major (dissidents):* L'ordonnance du juge de la cour supérieure enjoignant à l'intimée de s'abstenir de consommer des substances intoxicantes et de vivre dans un endroit sûr jusqu'à la naissance de son enfant relevait de sa compétence *parens patriae*. La compétence *parens patriae* pour agir dans l'intérêt d'un enfant devrait comprendre le pouvoir d'agir dans l'intérêt d'un fœtus. La compétence *parens patriae* permet expressément de faire ce qui est nécessaire pour défendre les intérêts des personnes incapables de se protéger elles-mêmes. Le fœtus qui souffre en raison du comportement abusif de sa mère fait précisément partie de cette catégorie et il mérite cette protection.

The “born alive” rule is a legal anachronism and should be set aside, at least for the purposes of this appeal. This common law rule, which requires a fetus to be born alive before any legal rights of personhood can accrue, is an evidentiary presumption rooted in rudimentary medical knowledge not a substantive rule of law. The limited medical knowledge of the past could not determine whether a child *in utero* was alive at the time it was subjected to an injury unless the child was also born alive, suffering from that injury. Today’s medical technology has improved to the point of eliminating nearly all of the evidentiary problems from which the “born alive” rule sprang, and it no longer makes sense to retain the rule where its application would be perverse.

When a woman chooses to carry a fetus to term, she must accept some responsibility for its well-being and the state has an interest in trying to ensure the child’s health. Since the pregnant woman has the right to decide her lifestyle, a court’s ability to intervene to protect the fetus must be limited to extreme cases where her conduct has, on proof to the civil standard, a reasonable probability of causing serious irreparable harm to the unborn child. The test for state intervention is set at a high threshold because, in order to protect the fetus, the exercise of the *parens patriae* jurisdiction will necessarily involve an overriding of some rights possessed by the mother. The least rights-diminishing option should always be sought and the remedy of confinement should be the final option. The severe step of ordering confinement should be taken only when, on a balance of probabilities, no other solution is workable or effective. In cases such as this, confinement must be for purposes of treatment, not punishment. The mother remains free to reject all suggested medical treatment. While the granting of a remedy of confinement interferes with a mother’s liberty interests, those interests must bend when faced with a situation where devastating harm and a life of suffering can so easily be prevented. In any event, this interference is always subject to the mother’s right to end it by deciding to have an abortion.

In sum, while there can be no general formula — each case must be decided on its own facts — as a minimum, to justify a state intervention the following thresholds have to be met: (1) the woman must have decided

Le principe de la «naissance vivante» est un anachronisme juridique et il ne devrait plus être appliqué, du moins pour les fins du présent pourvoi. Ce principe de la common law, qui pose que le fœtus doit naître vivant pour pouvoir acquérir les droits juridiques attribués de la personnalité, est une présomption en matière de preuve qui tire son origine de connaissances médicales rudimentaires et non une règle de droit substantiel. Les connaissances médicales limitées d’antan ne permettaient pas de déterminer si l’enfant *in utero* était vivant au moment où il subissait un préjudice, à moins qu’il ne naisse vivant, affecté de la lésion. La technologie médicale d’aujourd’hui s’est améliorée au point d’éliminer presque tous les problèmes de preuve à l’origine du principe de la «naissance vivante» et il n’est plus logique de conserver ce principe, étant donné que son application serait erronée.

Lorsque la femme a décidé de mener sa grossesse à terme, elle doit accepter qu’elle est responsable, jusqu’à un certain point, du bien-être de l’enfant et l’État a le droit d’essayer d’assurer la santé de ce dernier. Puisque la femme enceinte a le droit de choisir le mode de vie qui lui convient, le pouvoir d’intervention de la cour pour protéger le fœtus doit être limité aux cas exceptionnels, alors qu’il existe, selon la norme de preuve applicable au civil, une probabilité raisonnable que le comportement de la mère causera un préjudice grave et irréparable à l’enfant à naître. Le critère auquel il doit être satisfait pour que l’État puisse intervenir est rigoureux car, afin de protéger le fœtus, l’exercice de la compétence *parens patriae* implique nécessairement un empiètement sur certains des droits de la mère. La cour devrait toujours opter pour la solution la moins attentatoire aux droits de la personne visée et l’internement ne devrait être ordonné qu’en dernier recours. Avant de recourir à cette mesure grave, la cour devrait s’assurer qu’il n’existe, selon la prépondérance des probabilités, aucune autre solution possible ou efficace. Dans les cas semblables à l’espèce, l’ordonnance d’internement doit avoir comme objectif le traitement, non pas la punition, de la personne visée. La mère demeure libre de refuser tous les soins médicaux qu’on lui propose. Bien que l’octroi d’une telle réparation porte atteinte au droit à la liberté de la mère, ce droit doit fléchir dans un cas où il est si facile de prévenir un préjudice dévastateur et toute une vie de souffrances. De toute façon, une telle atteinte est toujours assujettie au droit de la mère de décider de mettre fin à sa grossesse en se faisant avorter.

En somme, même s’il ne peut y avoir de formule générale — chaque cas étant un cas d’espèce — il doit être satisfait aux conditions préliminaires suivantes pour qu’une intervention de l’État soit justifiée: (1) la femme

to carry the child to term; (2) proof must be presented to a civil standard that the abusive activity will cause serious and irreparable harm to the fetus; (3) the remedy must be the least intrusive option; and (4) the process must be procedurally fair. Here, the difficult test for state intervention is met. While the “slippery slope” argument has some merit, it cannot be raised as a principled bar to granting an injunction in this case. The appellant, as a governmental agency, had the requisite standing to apply for an order.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Referred to:** *F (in utero), Re*, [1988] 2 All E.R. 193; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456; *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276; *Elliot v. Lord Joicey*, [1935] A.C. 209; *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1979), 101 D.L.R. (3d) 686, aff’d (1980), 117 D.L.R. (3d) 512; *Medhurst v. Medhurst* (1984), 9 D.L.R. (4th) 252; *Diamond v. Hirsch*, [1989] M.J. No. 377 (QL); *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686, aff’d (1973), 1 O.R. (2d) 482; *Cherry (Guardian ad litem of) v. Borsman*, [1992] 6 W.W.R. 701; *Watt v. Rama*, [1972] V.R. 353; *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 408; *Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson* (1997), 148 D.L.R. (4th) 332; *Lynch v. Lynch* (1991), 25 N.S.W.L.R. 411; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *A., Re* (1990), 28 R.F.L. (3d) 288; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. Hickey*, N.B.Q.B., November 4, 1996, unreported; *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315.

By Major J. (dissenting)

*E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *Wellesley v. Wellesley* (1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078; *X (a minor), Re*, [1975] 1 All E.R. 697; *F (in utero), Re*, [1988] 2 All E.R. 193; *Hughes v. State of Oklahoma*, 868 P.2d 730 (1994); *Commonwealth v. Cass*, 467 N.E.2d 1324 (1984); *State v. Horne*, 319 S.E.2d 703 (1984); *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489; *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; *Paton v. British Pregnancy Advisory Service*

doit avoir décidé de mener la grossesse à terme; (2) il doit être établi, selon la norme de preuve applicable au civil, que l’abus causera un préjudice grave et irréparable au fœtus; (3) la réparation accordée doit être la moins attentatoire possible; (4) le processus doit respecter l’équité procédurale. Dans la présente affaire, le critère rigoureux auquel il doit être satisfait pour que l’État puisse intervenir est respecté. Même s’il n’est pas sans mérite, l’argument du «doigt dans l’engrenage» ne peut être invoqué comme obstacle de principe à l’octroi d’une injonction en l’espèce. L’appelant, en tant qu’organisme gouvernemental, avait la qualité requise pour demander une telle ordonnance.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts mentionnés:** *F (in utero), Re*, [1988] 2 All E.R. 193; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *Paton c. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276; *Elliot c. Lord Joicey*, [1935] A.C. 209; *Dehler c. Ottawa Civic Hospital* (1979), 101 D.L.R. (3d) 686, conf. par (1980), 117 D.L.R. (3d) 512; *Medhurst c. Medhurst* (1984), 9 D.L.R. (4th) 252; *Diamond c. Hirsch*, [1989] M.J. n° 377 (QL); *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686, conf. par (1973), 1 O.R. (2d) 482; *Cherry (Guardian ad litem of) c. Borsman*, [1992] 6 W.W.R. 701; *Watt c. Rama*, [1972] V.R. 353; *Paton c. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 408; *Dobson (Litigation Guardian of) c. Dobson* (1997), 148 D.L.R. (4th) 332; *Lynch c. Lynch* (1991), 25 N.S.W.L.R. 411; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *E. (M<sup>me</sup>) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *A., Re* (1990), 28 R.F.L. (3d) 288; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. Hickey*, B.R.N.-B., 4 novembre 1996, inédit; *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

Citée par le juge Major (dissident)

*E. (M<sup>me</sup>) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *Wellesley c. Wellesley* (1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078; *X (a minor), Re*, [1975] 1 All E.R. 697; *F (in utero), Re*, [1988] 2 All E.R. 193; *Hughes c. State of Oklahoma*, 868 P.2d 730 (1994); *Commonwealth c. Cass*, 467 N.E.2d 1324 (1984); *State c. Horne*, 319 S.E.2d 703 (1984); *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489; *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; *Paton c. British Pregnancy Advisory Service*

*Trustees*, [1979] Q.B. 276; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, rev'g [1928] S.C.R. 276; *Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson* (1997), 148 D.L.R. (4th) 332.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.  
*Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (U.K.), 1976, c. 28, ss. 1, 2.  
*Court of Queen's Bench Act*, C.C.S.M., c. C280.  
*Court of Queen's Bench Rules*, Man. Reg. 553/88.  
*Declaration of the Rights of the Child* (1959), preamble.

### Authors Cited

Canada. Health Canada. *Joint Statement: Prevention of Fetal Alcohol Syndrome (FAS) and Fetal Alcohol Effects (FAE) in Canada*. Ottawa: Health Canada, October 1996.

Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Health and Welfare, Social Affairs, Seniors and the Status of Women. Report. *Foetal Alcohol Syndrome: A Preventable Tragedy*. Ottawa: Queen's Printer, June 1992.

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, vol. 3, *Gathering Strength*. Ottawa: The Commission, 1996.

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

Forsythe, Clarke D. "Homicide of the Unborn Child: The Born Alive Rule and Other Legal Anachronisms" (1987), 21 *Val. U. L. Rev.* 563.

Hanigsberg, Julia E. "Power and Procreation: State Interference in Pregnancy" (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 35.

Holmes, Oliver Wendell. "The Path of the Law" (1897), 10 *Harv. L. Rev.* 457.

Johnsen, Dawn E. "The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection" (1986), 95 *Yale L.J.* 599.

Kyres, Catherine A. "A 'Cracked' Image of My Mother/Myself? The Need for a Legislative Directive Proscribing Maternal Drug Abuse" (1991), 25 *New Eng. L. Rev.* 1325.

Manitoba. Children and Youth Secretariat. *Strategy Considerations for Developing Services for Children and Youth*. Winnipeg: Children and Youth Secretariat, March 1997.

*Trustees*, [1979] Q.B. 276; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, inf. [1928] R.C.S. 276; *Dobson (Litigation Guardian of) c. Dobson* (1997), 148 D.L.R. (4th) 332.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (R.-U.), 1976, ch. 28, art. 1, 2.  
*Déclaration des droits de l'enfant* (1959), préambule.  
*Loi sur la Cour du Banc de la Reine*, C.P.L.M., ch. C280.  
*Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88.

### Doctrine citée

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

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 3, *Vers un ressourcement*. Ottawa: La Commission, 1996.

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la santé et du bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et de la condition féminine. Rapport. *Syndrome d'alcoolisme fœtal: une tragédie évitable*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, juin 1992.

Canada. Santé Canada. *Déclaration conjointe: Prévention du syndrome d'alcoolisme fœtal (SAF) et des effets de l'alcool sur le fœtus (EAF) au Canada*. Ottawa: Santé Canada, octobre 1996.

Forsythe, Clarke D. «Homicide of the Unborn Child: The Born Alive Rule and Other Legal Anachronisms» (1987), 21 *Val. U. L. Rev.* 563.

Hanigsberg, Julia E. «Power and Procreation: State Interference in Pregnancy» (1991), 23 *R.D. Ottawa* 35.

Holmes, Oliver Wendell. «The Path of the Law» (1897), 10 *Harv. L. Rev.* 457.

Johnsen, Dawn E. «The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection» (1986), 95 *Yale L.J.* 599.

Kyres, Catherine A. «A «Cracked» Image of My Mother/Myself? The Need for a Legislative Directive Proscribing Maternal Drug Abuse» (1991), 25 *New Eng. L. Rev.* 1325.

Manitoba. Children and Youth Secretariat. *Strategy Considerations for Developing Services for Children*

Moffatt, Michael E. K., A. E. Chudley, D. Kowlessar and J. Evans. *Fetal Alcohol Syndrome, Fetal Alcohol Effects and the Impact of Alcohol Exposure during Pregnancy on School Performance and Behavior in School-age Children in a First Nation Community*, November 1996.

University of Washington School of Medicine. Department of Psychiatry and Behavioral Sciences. *Understanding the Occurrence of Secondary Disabilities in Clients with Fetal Alcohol Syndrome (FAS) and Fetal Alcohol Effects (FAE)*. Prepared by Ann P. Streissguth, Helen M. Barr, Julia Kogan and Fred L. Bookstein. Seattle, Wash.: University of Washington School of Medicine, August 1996.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1996), 113 Man. R. (2d) 3, 131 W.A.C. 3, 138 D.L.R. (4th) 254, [1996] 10 W.W.R. 111, [1996] M.J. No. 398 (QL), setting aside an order of Schulman J. (1996), 111 Man. R. (2d) 219, 138 D.L.R. (4th) 238, [1996] 10 W.W.R. 95, [1996] M.J. No. 386 (QL), requiring the respondent to enter a treatment program for her substance addiction until the birth of her child. Appeal dismissed, Sopinka and Major JJ. dissenting.

*Heather Leonoff, Q.C.*, and *Norman Cuddy*, for the appellant.

*David A. W. Phillips, Joe Aiello and Darren Sawchuk*, for the respondent.

*Shawn Greenberg*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Howard Kushner and Thomas Ullyett*, for the intervener the Government of Yukon.

*David M. Brown and Danielle Shaw*, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Christian Medical and Dental Society.

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

*Angela M. Costigan and Marcelle Crouse*, for the intervener the Alliance for Life.

and Youth. Winnipeg: Children and Youth Secretariat, March 1997.

Moffatt, Michael E. K., A. E. Chudley, D. Kowlessar and J. Evans. *Fetal Alcohol Syndrome, Fetal Alcohol Effects and the Impact of Alcohol Exposure during Pregnancy on School Performance and Behavior in School-age Children in a First Nation Community*, November 1996.

University of Washington School of Medicine. Department of Psychiatry and Behavioral Sciences. *Understanding the Occurrence of Secondary Disabilities in Clients with Fetal Alcohol Syndrome (FAS) and Fetal Alcohol Effects (FAE)*. Prepared by Ann P. Streissguth, Helen M. Barr, Julia Kogan and Fred L. Bookstein. Seattle, Wash.: University of Washington School of Medicine, August 1996.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1996), 113 Man. R. (2d) 3, 131 W.A.C. 3, 138 D.L.R. (4th) 254, [1996] 10 W.W.R. 111, [1996] M.J. n° 398 (QL), qui a annulé une ordonnance du juge Schulman (1996), 111 Man. R. (2d) 219, 138 D.L.R. (4th) 238, [1996] 10 W.W.R. 95, [1996] M.J. n° 386 (QL), enjoignant à l'intimée de suivre un programme de traitement pour sa dépendance à l'égard de substances intoxicantes jusqu'à la naissance de son enfant. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et Major sont dissidents.

*Heather Leonoff, c.r.*, et *Norman Cuddy*, pour l'appelant.

*David A. W. Phillips, Joe Aiello et Darren Sawchuk*, pour l'intimée.

*Shawn Greenberg*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Howard Kushner et Thomas Ullyett*, pour l'intervenant le gouvernement du Yukon.

*David M. Brown et Danielle Shaw*, pour les intervenants Evangelical Fellowship of Canada et Christian Medical and Dental Society.

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

*Angela M. Costigan et Marcelle Crouse*, pour l'intervenante Alliance pour la vie.



*Hugues Létourneau and Viviane Primeau*, for the interveners the Association des Centres jeunesse du Québec.

*Jeffrey F. Harris and Edward J. Gilson*, for the interveners the Southeast Child and Family Services and the West Region Child and Family Services.

*John B. Laskin and Cynthia L. Tape*, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association.

*Beth Symes and Lucy K. McSweeney*, for the interveners the Canadian Abortion Rights Action League.

*Sheilah Martin and Sharon McIvor*, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund.

*Arne Peltz and John A. Myers*, for the interveners the Women's Health Clinic Inc., the Metis Women of Manitoba Inc., the Native Women's Transition Centre Inc. and the Manitoba Association of Rights and Liberties Inc.

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

MCLACHLIN J. — In August 1996, a judge of the Manitoba Court of Queen's Bench ordered that the respondent, five months pregnant with her fourth child, be placed in the custody of the Director of Child and Family Services and detained at the Health Sciences Centre until the birth of her child, there to follow a course of treatment prescribed by the Director. The purpose of the order was to protect the respondent's unborn child. The respondent was addicted to glue sniffing which may damage the nervous system of the developing fetus.

The order was stayed two days later and ultimately set aside on appeal. The respondent voluntarily remained at the Health Sciences Centre until discharged August 14. She stopped sniffing glue

*Hugues Létourneau et Viviane Primeau*, pour l'intervenante l'Association des Centres jeunesse du Québec.

*Jeffrey F. Harris et Edward J. Gilson*, pour les intervenants Southeast Child and Family Services et West Region Child and Family Services.

*John B. Laskin et Cynthia L. Tape*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Beth Symes et Lucy K. McSweeney*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour le droit à l'avortement.

*Sheilah Martin et Sharon McIvor*, pour l'intervenante le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

*Arne Peltz et John A. Myers*, pour les intervenantes Women's Health Clinic Inc., Metis Women of Manitoba Inc., Native Women's Transition Centre Inc. et l'Association manitobaine des droits et libertés inc.

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

LE JUGE MCLACHLIN — Au mois d'août 1996, un juge de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a ordonné que l'intimée, alors enceinte de cinq mois d'un quatrième enfant, soit confiée à la garde du directeur de l'Office des services à l'enfant et à la famille et qu'elle soit détenue au Centre des sciences de la santé jusqu'à la naissance de l'enfant pour y suivre une série de traitements prescrits par le directeur. Le but de l'ordonnance était de protéger l'enfant à naître. L'intimée inhalait de la colle, et sa dépendance était de nature à endommager le système nerveux du fœtus.

L'ordonnance a été suspendue deux jours plus tard, puis annulée en appel. L'intimée est demeurée de son plein gré au Centre des sciences de la santé jusqu'à l'obtention de son congé le 14 août.

1

2

and in December gave birth to an apparently normal child, which she is now raising.

<sup>3</sup> While the problem that gave rise to these proceedings has been resolved, the legal issues it raised have not. Hence this appeal. Winnipeg Child and Family Services (the “agency”) asks this Court to overturn the order of the Manitoba Court of Appeal striking down the original order for detention. The respondent argues that the courts have no power to order a mother into custody against her will for the purpose of protecting her unborn child, and that such a radical departure from the existing law is best made, if it is to be made at all, by the legislature.

<sup>4</sup> I would dismiss the appeal on the ground that an order detaining a pregnant woman for the purpose of protecting her fetus would require changes to the law which cannot properly be made by the courts and should be left to the legislature.

#### I. History of Proceedings

<sup>5</sup> Since the outcome of this case has been resolved by events and the passage of time, there is little point in minutely canvassing the facts and allegations. The agency stresses that of the three children that the respondent had previously given birth to, two had been injured by her glue-sniffing addiction, and that in these circumstances it felt driven to take steps to protect her fourth unborn child. The respondent points out that damage to the fetal nervous system occurs in the early stages of pregnancy long before the order was sought or made, that at an earlier stage of her pregnancy she had voluntarily sought treatment but had been turned away due to lack of facilities, that when asked to take treatment she agreed and only later refused because she had fallen into a state of intoxication, and that once taken to hospital, she remained until discharged, although the custodial order requiring her to remain had been stayed. This is not a story of heroes and villains. It is the more prosaic but all too common story of people struggling to do their best in the face of inadequate facilities and the

Elle a cessé d’inhaler de la colle et, en décembre, elle a donné naissance à un enfant apparemment normal dont elle s’occupe depuis.

Bien que le problème à l’origine de l’instance soit réglé, les questions de droit qu’il soulevait demeurent sans réponse. D’où le présent pourvoi. L’Office des services à l’enfant et à la famille de Winnipeg (l’«organisme») demande à notre Cour d’infirmier l’ordonnance de la Cour d’appel du Manitoba annulant l’ordonnance de détention initiale. L’intimée soutient d’une part qu’une cour de justice n’a pas le pouvoir d’ordonner la détention d’une femme enceinte contre son gré afin de protéger l’enfant qu’elle porte et d’autre part qu’une rupture aussi radicale avec le droit existant, si tant est qu’elle s’impose, relève plutôt du législateur.

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi pour le motif qu’une ordonnance prescrivant la détention d’une femme enceinte pour protéger le fœtus nécessiterait des changements aux règles de droit qui ne sont pas du ressort des tribunaux, mais du législateur.

#### I. Historique des procédures

Comme les événements et l’écoulement du temps ont scellé l’issue de cette affaire, il est peu utile d’exposer en détail les faits et les allégations. L’organisme fait valoir que des trois enfants auxquels l’intimée avait précédemment donné naissance, deux avaient subi un préjudice en raison de la dépendance de leur mère à l’égard des vapeurs de la colle et que, dans ces circonstances, il estimait nécessaire de prendre des mesures pour protéger le quatrième enfant à naître. L’intimée signale que les dommages au système nerveux du fœtus surviennent dans les premiers mois de la grossesse, soit bien avant que l’ordonnance n’ait été demandée ou obtenue, qu’à un stade antérieur de sa grossesse elle a volontairement demandé à être traitée, ce qui lui a été refusé à cause d’un manque de ressources, qu’elle a accepté de se soumettre à un traitement et ne s’est ravisée que plus tard parce qu’elle avait atteint un stade d’intoxication, et qu’une fois amenée à l’hôpital, elle y est demeurée jusqu’à l’obtention de son congé, même si l’ordonnance l’astreignant à ce séjour forcé avait été

ravages of addiction. This said, the legal question remains: assuming evidence that a mother is acting in a way which may harm her unborn child, does a judge, at the behest of the state, have the power to order the mother to be taken into custody for the purpose of rectifying her conduct? It is on this footing that I approach the case.

Schulman J. based the order for detention on two grounds. The first, that the respondent was suffering from a mental disorder within the meaning of the Manitoba *Mental Health Act*, R.S.M. 1987, c. M110, was not pursued in this Court. The second ground for the order was the court's *parens patriae* jurisdiction — that is, the power of the court to act in the stead of a parent for the protection of a child. Schulman J. acknowledged that the courts have never exercised this power on behalf of an unborn child. However, he saw no reason why the power should not be extended to the protection of the child prior to birth: (1996), 111 Man. R. (2d) 219, 138 D.L.R. (4th) 238, [1996] 10 W.W.R. 95, [1996] M.J. No. 386 (QL).

The Court of Appeal held that the evidence did not establish incompetency under the *Mental Health Act*. The trial judge had wrongly relied on the court's *parens patriae* jurisdiction in lunacy. This power exists only where a finding of incompetency is made on the evidence, and exists moreover only for the purpose of benefiting the patient. Nor, in the view of the court, could the order be supported on the ground of an extension of the court's *parens patriae* jurisdiction to protect the child. At common law, the court's *parens patriae* jurisdiction is only exercisable after the child is born: *Re F (in utero)*, [1988] 2 All E.R. 193 (C.A.). Finally, the order could not be supported as an injunction to restrain tortious conduct. Tort law recognizes that an action brought by or on behalf of a child once born may vest prior to birth. But it does not recognize an unborn child as a legal per-

suspendue. Il n'y a pas de bons et de méchants ici. C'est une histoire plus prosaïque, bien trop fréquente, où des gens s'efforcent de faire de leur mieux face à l'insuffisance des ressources et aux ravages de la toxicomanie. Cela étant dit, reste à trancher la question de droit: en présence d'éléments de preuve selon lesquels une femme enceinte agit d'une manière susceptible de porter préjudice à l'enfant qu'elle porte, un juge peut-il, à la demande de l'État, ordonner la détention de la mère afin de corriger son comportement? J'examinerai donc l'affaire sous cet angle.

Le juge Schulman a fondé son ordonnance de détention sur deux motifs. Le premier, savoir que l'intimée souffrait d'un trouble mental au sens de la *Loi sur la santé mentale*, R.S.M. 1987, ch. M110, du Manitoba, n'a pas été débattu devant notre Cour. Le deuxième était lié à la compétence *parens patriae* du tribunal — c'est-à-dire le pouvoir du tribunal d'agir à la place du père ou de la mère pour protéger l'enfant. Le juge Schulman a reconnu que les tribunaux n'ont jamais exercé ce pouvoir à l'égard d'un enfant à naître. Cependant, il a dit qu'il ne voyait pas pourquoi ce pouvoir ne pourrait pas s'étendre à la protection d'un enfant avant sa naissance: (1996), 111 Man. R. (2d) 219, 138 D.L.R. (4th) 238, [1996] 10 W.W.R. 95, [1996] M.J. n° 386 (QL).

La Cour d'appel a conclu que la preuve n'établissait pas l'incapacité au sens de la *Loi sur la santé mentale*. Selon elle, le juge de première instance a eu tort de s'appuyer sur la compétence *parens patriae* reconnue au tribunal en cas d'aliénation mentale. Ce pouvoir n'est conféré que si la preuve permet de conclure à l'incapacité et, qui plus est, seulement au bénéfice du malade. Elle a jugé que l'ordonnance ne pouvait reposer sur une extension de la compétence *parens patriae* du tribunal en matière de protection de l'enfant. En common law, cette compétence ne peut être exercée qu'après la naissance de l'enfant: *Re F (in utero)*, [1988] 2 All E.R. 193 (C.A.). Enfin, l'ordonnance ne pouvait être justifiée à titre d'injonction visant à empêcher un comportement délictuel. Il est reconnu, en matière de responsabilité délictuelle, que l'action intentée par l'enfant né ou en

6

7

son. There is thus no one at common law who can sue to restrain the mother from a course of action potentially harmful to the child. Having concluded that the existing law of judicial *parens patriae* powers and tort did not support the order, the Court of Appeal asked whether it could or should extend the law. Citing a host of difficulties, it concluded that it could not. Any restraint would involve moral choices and difficult conflicts between the rights of the mother and the interests of the unborn child. Extending the power of the courts to make this sort of order could have adverse effects; for example expectant mothers fearing state intervention might avoid detection by not seeking desirable prenatal care. The difficulty of enforcement and incompleteness of the remedy presented obstacles. Given the difficulty and complexity entailed in extension of the law, the task was more appropriate for the legislature than the courts. For these reasons, the Court of Appeal set aside the order for detention.

son nom peut découler d'un droit acquis avant la naissance. Mais la personnalité juridique de l'enfant à naître n'est pas pour autant reconnue. Par conséquent, nul ne peut donc, en common law, ester en justice pour empêcher une femme enceinte d'agir d'une manière qui pourrait être préjudiciable à l'enfant. Ayant conclu que l'ordonnance n'était pas justifiée suivant les règles de droit relatives à la compétence *parens patriae* et à la responsabilité délictuelle, la Cour d'appel s'est demandé si elle pouvait ou si elle devait étendre l'application des règles de droit. Après avoir évoqué moult difficultés, elle a conclu qu'elle ne pouvait le faire. Toute mesure de contrainte supposerait un choix d'ordre moral et des conflits épineux entre les droits de la mère et les intérêts de l'enfant à naître. Étendre la compétence des tribunaux pour leur permettre de rendre ce genre d'ordonnance pourrait être néfaste; par exemple, une femme enceinte craignant l'intervention de l'État pourrait se soustraire à la détection en s'abstenant de demander les soins prénatals souhaitables. La difficulté d'application et l'insuffisance du redressement constituaient des obstacles. Vu la difficulté et la complexité inhérentes à l'extension des règles de droit, il était préférable de s'en remettre au législateur plutôt qu'aux tribunaux. Pour ces motifs, la Cour d'appel a annulé l'ordonnance de détention.

<sup>8</sup> The agency asks this Court to reverse the decision of the Court of Appeal and restore the order for detention.

## II. Issues

<sup>9</sup> This appeal raises two legal issues:

(1) Does tort law, as it exists or may properly be extended by the Court, permit an order detaining a pregnant woman against her will in order to protect her unborn child from conduct that may harm the child?

(2) Alternatively, does the power of a court to make orders for the protection of children (its *parens patriae* jurisdiction), as it exists or may properly be extended by the Court, permit an

L'organisme demande à notre Cour d'infirmier la décision de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance de détention.

## II. Questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions de droit:

(1) Le droit de la responsabilité délictuelle, dans son état actuel ou suivant l'extension que pourrait légitimement lui donner notre Cour, permet-il d'ordonner la détention d'une femme enceinte contre son gré afin de protéger l'enfant qu'elle porte contre un comportement susceptible de lui causer un préjudice?

(2) Subsidiairement, le pouvoir que détient une cour de justice de rendre une ordonnance pour assurer la protection d'un enfant (sa compétence *parens patriae*), selon son application

order detaining a pregnant woman against her will in order to protect her unborn child from conduct that may harm the child?

The appellant agency does not request that the order for mandatory treatment be upheld. At the same time, treatment, at least in the minimal sense of abstention from substance abuse, emerged as the only justification for the order for detention. Without mandatory treatment, the order for detention would lack any foundation. Thus the question of whether a judge may order detention of a pregnant woman at the request of the state encompasses the issue of whether a judge may make an order for mandatory treatment.

### III. Analysis

A. *Does the Law of Tort Permit an Order for the Detention and Treatment of a Pregnant Woman for the Purpose of Preventing Harm to the Unborn Child?*

#### 1. Does the Existing Law of Tort Support the Order?

Before dealing with the cases treating the issue in tort law, I turn to the general proposition that the law of Canada does not recognize the unborn child as a legal or juridical person. Once a child is born, alive and viable, the law may recognize that its existence began before birth for certain limited purposes. But the only right recognized is that of the born person. This is a general proposition, applicable to all aspects of the law, including the law of torts.

By way of preamble, two points may be made. First, we are concerned with the common law, not statute. If Parliament or the legislatures wish to legislate legal rights for unborn children or other protective measures, that is open to them, subject to any limitations imposed by the Constitution of Canada. Further, the fact that particular statutes

actuelle ou celle que pourrait légitimement lui donner notre Cour, permet-il d'ordonner la détention d'une femme enceinte contre son gré afin de protéger l'enfant qu'elle porte contre un comportement susceptible de lui causer un préjudice?

L'organisme appelant ne demande pas la confirmation de l'ordonnance de traitement obligatoire. Pourtant, le traitement, du moins en ce qui a trait à son volet minimal qui consiste à cesser l'inhalation de la substance intoxicante, paraît être le seul élément qui puisse justifier l'ordonnance de détention. Sans traitement obligatoire, l'ordonnance de détention serait sans fondement. Par conséquent, la question de savoir si le juge peut ordonner la détention d'une femme enceinte à la demande de l'État englobe celle de savoir si le juge peut rendre une ordonnance de traitement obligatoire.

### III. Analyse

A. *Le droit de la responsabilité délictuelle permet-il d'ordonner la détention et le traitement d'une femme enceinte afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit causé à l'enfant à naître?*

#### 1. L'ordonnance est-elle justifiée au regard du droit de la responsabilité délictuelle existant?

Avant de faire état des décisions qui analysent la question sous l'angle du droit de la responsabilité délictuelle, j'examine la proposition générale selon laquelle le droit canadien ne reconnaît pas à l'enfant à naître la personnalité juridique. Une fois que l'enfant est né, vivant et viable, le droit peut reconnaître son existence avant la naissance à certaines fins bien précises. Mais le seul droit reconnu est celui de la personne née. Il s'agit d'un principe général applicable dans tous les domaines du droit, y compris le droit de la responsabilité délictuelle.

En guise de préambule, deux précisions peuvent être apportées. Premièrement, il s'agit de l'application de la common law, et non de dispositions législatives. Si le Parlement ou les législatures souhaitent légiférer pour conférer des droits à l'enfant à naître ou pour le protéger, il leur est loisible de le faire, moyennant le respect de la Constitution du

10

11

12

may touch on the interests of the unborn need not concern us. Second, the issue is not one of biological status, nor indeed spiritual status, but of legal status. As this Court put it in *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530, at p. 553:

The task of properly classifying a foetus in law and in science are different pursuits. Ascribing personhood to a foetus in law is a fundamentally normative task. It results in the recognition of rights and duties — a matter which falls outside the concerns of scientific classification. In short, this Court's task is a legal one. Decisions based upon broad social, political, moral and economic choices are more appropriately left to the legislature.

Canada. En outre, le fait que des dispositions législatives précises portent sur les droits de l'enfant non encore né n'est pas pertinent en l'espèce. Deuxièmement, notre Cour n'est pas appelée à trancher une question biologique, voire spirituelle, mais juridique. Comme notre Cour le dit dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, à la p. 553:

La classification juridique et la classification scientifique du fœtus sont deux démarches différentes. L'attribution de la personnalité au fœtus est en droit une tâche essentiellement normative. Elle a pour conséquence la reconnaissance de droits et d'obligations — une préoccupation totalement étrangère à la classification scientifique. Bref, la tâche de cette Cour est juridique. Les décisions fondées sur des choix sociaux, politiques, moraux et économiques au sens large, doivent plutôt être confiées au législateur.

<sup>13</sup> What then is the status of the fetus at common law? In *Tremblay v. Daigle*, the father of a fetus sought an injunction to prevent the mother from terminating the pregnancy. He argued that a fetus was a "human being" entitled to the "enjoyment of life" under s. 1 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. This Court unanimously rejected that contention on the ground that neither the Quebec civil law nor the common law of England and Canada recognize the fetus as a juridical person. While injury to a fetus due to the negligence of third parties is actionable, the right to sue does not arise until the infant is born. See *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456; *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276, at p. 279, citing Lord Russell of Killowen in *Elliot v. Lord Joicey*, [1935] A.C. 209 (H.L.), at p. 233; *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1979), 101 D.L.R. (3d) 686 (Ont. H.C.), aff'd (1980), 117 D.L.R. (3d) 512 (Ont. C.A.); *Medhurst v. Medhurst* (1984), 9 D.L.R. (4th) 252 (Ont. H.C.); and *Diamond v. Hirsch*, [1989] M.J. No. 377 (Q.B.).

Qu'en est-il donc du fœtus en common law? Dans l'affaire *Tremblay c. Daigle*, le père de l'enfant à naître demandait une injonction afin d'empêcher la mère de mettre fin à sa grossesse. Il faisait valoir que le fœtus est un «être humain» titulaire du «droit à la vie» garanti par l'article premier de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12. À l'unanimité, notre Cour a rejeté cette prétention pour le motif que ni le droit civil québécois ni la common law britannique et canadienne ne reconnaissent au fœtus la personnalité juridique. Même si le préjudice causé à un fœtus par la négligence d'un tiers confère un droit d'action, celui-ci ne s'acquiert qu'à la naissance de l'enfant. Voir *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *Paton c. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276, à la p. 279, citant lord Russell of Killowen dans *Elliot c. Lord Joicey*, [1935] A.C. 209 (H.L.), à la p. 233; *Dehler c. Ottawa Civic Hospital* (1979), 101 D.L.R. (3d) 686 (H.C. Ont.), conf. par (1980), 117 D.L.R. (3d) 512 (C.A. Ont.); *Medhurst c. Medhurst* (1984), 9 D.L.R. (4th) 252 (H.C. Ont.), et *Diamond c. Hirsch*, [1989] M.J. n° 377 (B.R.).

<sup>14</sup> The Court summarized the law at p. 569 and concluded that the Quebec *Charter* confers no rights on the unborn child:

À la page 569 de l'arrêt, notre Cour résume le droit applicable et arrive à la conclusion que la *Charte* québécoise ne confère aucun droit à l'enfant à naître:

The treatment of a foetus in tort law, property law and family law reveals a similar situation as found under the *Civil Code*, namely, that the foetus has no rights in private law. In the field of tort, it is in fact the Quebec case of *Montreal Tramways*, *supra*, which is most often relied upon for authority in other jurisdictions in Canada (see, e.g., *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.); *Steeves v. Fitzsimmons* (1975), 66 D.L.R. (3d) 203 (Ont. H.C.)). As stated earlier, the *Montreal Tramways* decision does not recognize foetuses as legal persons. In the field of property law, Anglo-Canadian law, like Quebec law, has allowed a foetus to be a beneficiary of a will or a donation but it has only protected a foetus' interests where the foetus has been born alive and viable (see *Earl of Bedford's Case* (1587), 7 Co. Rep. 7b, 77 E.R. 421; *Thellusson v. Woodford* (1805), 11 Ves. Jun. 112, 32 E.R. 1030, and *Elliot v. Lord Joicey*, [1935] A.C. 209). In family law, a foetus appears to receive some protection, but, as elsewhere in the law, the rights take effect and are perfected by birth (see *K. v. K.*, [1933] 3 W.W.R. 351 (Man. K.B.), and *Solowan v. Solowan* (1953), 8 W.W.R. 288 (Alta. S.C.)).

The position is clear. Neither the common law nor the civil law of Quebec recognizes the unborn child as a legal person possessing rights. This principle applies generally, whether the case falls under the rubric of family law, succession law or tort. Any right or interest the fetus may have remains inchoate and incomplete until the birth of the child.

It follows that under the law as it presently stands, the fetus on whose behalf the agency purported to act in seeking the order for the respondent's detention was not a legal person and possessed no legal rights. If it was not a legal person and possessed no legal rights at the time of the application, then there was no legal person in whose interests the agency could act or in whose interests a court order could be made.

Putting the matter in terms of tort, there was no right to sue, whether for an injunction or damages, until the child was born alive and viable. The law of tort as it presently stands might permit an action for injury to the fetus to be brought in the child's

Le statut du fœtus en matière délictuelle, en droit des biens et en droit de la famille révèle une situation similaire à celle qui existe sous le régime du *Code civil*, savoir qu'en droit privé, le fœtus n'a pas de droits. Dans le domaine délictuel, c'est en fait l'affaire québécoise *Montreal Tramways*, précitée, qui est le plus souvent invoquée dans d'autres ressorts canadiens (voir, p. ex., *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.); *Steeves v. Fitzsimmons* (1975), 66 D.L.R. (3d) 203 (H.C. Ont.)). Comme nous l'avons déjà dit, l'arrêt *Montreal Tramways* ne reconnaît pas au fœtus la personnalité juridique. En matière de biens, le droit anglo-canadien, tout comme celui du Québec, permet qu'un fœtus soit bénéficiaire d'un legs ou d'une donation, mais ne protège ses intérêts que dans les cas où il naît vivant et viable (voir *Earl of Bedford's Case* (1587), 7 Co. Rep. 7b, 77 E.R. 421, *Thellusson v. Woodford* (1805), 11 Ves. Jun. 112, 32 E.R. 1030, et *Elliot v. Lord Joicey*, [1935] A.C. 209). En droit de la famille, le fœtus semble bénéficier d'une certaine protection mais, comme dans d'autres domaines juridiques, ses droits ne s'acquiescent et ne se concrétisent qu'à la naissance (voir *K. v. K.*, [1933] 3 W.W.R. 351 (B.R. Man.), et *Solowan v. Solowan* (1953), 8 W.W.R. 288 (C.S. Alb.)).

La position de notre Cour est claire. Ni la common law ni le droit civil du Québec ne reconnaissent que l'enfant à naître est une personne juridique titulaire de droits. Il s'agit d'un principe général qui s'applique en droit de la famille, en droit des successions ou en droit de la responsabilité délictuelle. Tout droit ou intérêt que le fœtus peut avoir demeure virtuel et incomplet jusqu'à la naissance de l'enfant.

Par conséquent, dans l'état actuel du droit, le fœtus pour le compte duquel l'organisme a prétendu agir en sollicitant l'ordonnance de détention visant l'intimée n'était pas une personne juridique et ne jouissait d'aucun droit. S'il n'était pas une personne juridique et ne jouissait d'aucun droit au moment de la demande, il n'y avait aucune personne juridique dans l'intérêt de laquelle l'organisme pouvait agir ou le tribunal pouvait rendre une ordonnance.

Sous l'angle du droit de la responsabilité délictuelle, aucun droit d'intenter une action en justice ne pouvait être exercé, que ce soit pour l'obtention d'une injonction ou de dommages-intérêts, avant que l'enfant ne naisse vivant et viable. Dans l'état

15

16

17

name after its birth. But there is no power in the courts to entertain such an action before the child's birth. The action at issue was commenced and the injunctive relief sought before the child's birth. It follows that under the law as it presently stands, it must fail.

2. Should the Law of Tort Be Extended to Permit the Order?

18

It is necessary at the outset to consider the principles that govern judicial extension of common law principles. As a general rule, judicial change is confined to incremental change "based largely on the mechanism of extending an existing principle to new circumstances"; courts will not extend the common law "where the revision is major and its ramifications complex": *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at pp. 760-61; approved in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at pp. 668-69, *per* Iacobucci J. As I stated in *Watkins*:

There are sound reasons supporting this judicial reluctance to dramatically recast established rules of law. The court may not be in the best position to assess the deficiencies of the existing law, much less problems which may be associated with the changes it might make. The court has before it a single case; major changes in the law should be predicated on a wider view of how the rule will operate in the broad generality of cases. Moreover, the court may not be in a position to appreciate fully the economic and policy issues underlying the choice it is asked to make. Major changes to the law often involve devising subsidiary rules and procedures relevant to their implementation, a task which is better accomplished through consultation between courts and practitioners than by judicial decree. Finally, and perhaps most importantly, there is the long-established principle that in a constitutional democracy it is the legislature, as the elected branch of government, which should assume the major responsibility for law reform.

actuel du droit de la responsabilité délictuelle, le préjudice causé au fœtus pourrait donner ouverture à une action intentée au nom de l'enfant après sa naissance. Mais une cour de justice n'a pas le pouvoir d'entendre une telle action avant la naissance de l'enfant. En l'espèce, l'action en vue d'obtenir l'injonction a été intentée avant la naissance de l'enfant. Vu l'état actuel du droit, elle doit échouer.

2. Y a-t-il lieu de procéder à une extension du droit de la responsabilité délictuelle afin d'autoriser l'ordonnance?

Examinons tout d'abord les principes qui régissent l'interprétation extensive des principes de la common law par les tribunaux. En règle générale, les tribunaux doivent s'en tenir à une évolution progressive qui «dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles»; les tribunaux s'abstiendront d'étendre l'application de la common law «quand il s'agit d'une réforme majeure ayant des ramifications complexes»: *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, aux pp. 760 et 761; approuvé dans *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, aux pp. 668 et 669, le juge Iacobucci. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Watkins*:

Il y a de solides raisons qui justifient ces réticences du pouvoir judiciaire à modifier radicalement des règles de droit établies. Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les modifications qu'elle pourrait apporter. La cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera à la grande majorité des cas. De plus, une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer pleinement les questions économiques et de principe qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire. Les modifications substantielles du droit comportent souvent la formulation de règles et de procédures subsidiaires nécessaires à leur mise en œuvre, ce qui devrait plutôt se faire par voie de consultation entre les tribunaux et les praticiens que par décision judiciaire. Enfin, et c'est peut-être là le plus important, il existe un principe établi depuis longtemps selon lequel, dans une démocratie constitutionnelle, il appartient à l'assemblée législative, qui est le corps élu du gouvernement, d'assumer la responsabilité principale pour la réforme du droit.



Considerations such as these suggest that major revisions of the law are best left to the legislature. Where the matter is one of a small extension of existing rules to meet the exigencies of a new case and the consequences of the change are readily assessable, judges can and should vary existing principles. But where the revision is major and its ramifications complex, the courts must proceed with great caution.

The changes which the agency asks this Court to make to the law of tort may be summarized as follows:

1. Overturn the rule that rights accrue to a person only at birth (the "live-birth" rule);
2. Recognize a fetal right to sue the mother carrying the fetus;
3. Recognize a cause of action for lifestyle choices which may adversely affect others;
4. Recognize an injunctive remedy which deprives a defendant of important liberties, including her involuntary confinement.

The proposed changes to the law of tort are major, affecting the rights and remedies available in many other areas of tort law. They involve moral choices and would create conflicts between fundamental interests and rights. They would have an immediate and drastic impact on the lives of women as well as men who might find themselves incarcerated and treated against their will for conduct alleged to harm others. And, they possess complex ramifications impossible for this Court to fully assess, giving rise to the danger that the proposed order might impede the goal of healthy infants more than it would promote it. In short, these are not the sort of changes which common law courts can or should make. These are the sort of changes which should be left to the legislature.

Ce sont des considérations comme celles-là qui permettent de soutenir que les réformes majeures du droit doivent plutôt relever de l'assemblée législative. Lorsqu'il s'agit de procéder à une extension mineure de l'application de règles existantes de manière à répondre aux exigences d'une situation nouvelle et lorsque les conséquences de la modification sont faciles à évaluer, les juges peuvent et doivent modifier les règles existantes. Mais quand il s'agit d'une réforme majeure ayant des ramifications complexes, les tribunaux doivent faire preuve de beaucoup de prudence.

Les modifications que l'organisme demande à notre Cour d'apporter aux règles du droit de la responsabilité délictuelle peuvent être résumées ainsi:

1. Abolir la règle voulant que le fœtus n'acquière des droits qu'à la naissance (le principe de la «naissance vivante»);
2. Reconnaître au fœtus le droit de poursuivre la femme qui le porte;
3. Reconnaître l'existence d'une cause d'action liée au choix d'un mode de vie susceptible de nuire à autrui;
4. Reconnaître la possibilité d'accorder une injonction visant à priver la partie défenderesse de libertés importantes, notamment par voie d'internement contre son gré.

La réforme proposée est substantielle. Elle touche les droits et les recours susceptibles d'être exercés dans bien d'autres domaines du droit de la responsabilité délictuelle. Elle suppose des choix d'ordre moral et susciterait des conflits entre des droits et des intérêts fondamentaux. Elle aurait un effet immédiat et draconien sur la vie des femmes autant que sur la vie des hommes qui pourraient être internés et traités contre leur gré relativement à un comportement présumé préjudiciable pour autrui. Elle a également des ramifications complexes que notre Cour n'est pas en mesure d'évaluer pleinement, d'où le risque que l'ordonnance proposée aille à l'encontre de l'objectif qu'elle est censée promouvoir, savoir la santé infantile. En somme, il ne s'agit pas du genre de modifications qu'un tribunal de common law pourrait ou devrait apporter. De tels changements relèvent plutôt du législateur.

19

20

(a) *Overturing the Rule that Rights Accrue only at Birth*

21 A child may sue in tort for injury caused before birth. However, only when the child is born does it have the legal status to sue and damages are assessed only as of the date of birth: see *Montreal Tramways, supra*; *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), aff'd (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.); *Cherry (Guardian ad litem of) v. Borsman*, [1992] 6 W.W.R. 701 (B.C.C.A.).

22 The rule that a fetus does not have a cause of action for prenatal injuries until "born alive" also governs in other common law countries such as England and Australia. In England, the *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (U.K.), 1976, c. 28, s. 1, creates the basis of civil liability where a child is born disabled in consequence of tortious action of some person before the child's birth. In Australia, the Supreme Court of Victoria in *Watt v. Rama*, [1972] V.R. 353 (Full Ct.), in permitting a claim for a prenatal injury resulting from an accident to the mother during pregnancy, explained why the right to sue does not exist before birth as follows (at pp. 360-61):

On the birth the relationship crystallized and out of it arose a duty on the defendant in relation to the child. On the facts which for present purposes must be assumed, the child was born with injuries caused by the act or neglect of the defendant in the driving of his car. But as the child could not in the very nature of things acquire rights correlative to a duty until it became by birth a living person, and as it was not until then that it could sustain injuries as a living person, it was, we think, at that stage that the duty arising out of the relationship was attached to the defendant, and it was at that stage that the defendant was, on the assumption that his act or omission in the driving of the car constituted a failure to take reasonable care, in breach of the duty to take reasonable care to avoid injury to the child. On this view the fact that damage was done to the embryo or foetus before birth, if such was sought to be established, was not an independent element in the plaintiff's cause of

a) *Abolir la règle voulant que le fœtus n'acquière des droits qu'à la naissance*

L'enfant peut intenter une action en responsabilité délictuelle pour le préjudice subi avant sa naissance. Toutefois, ce n'est qu'à la naissance qu'il a la capacité juridique de le faire, et le préjudice subi n'est évalué qu'à partir de ce moment: voir *Montreal Tramways, précité*; *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), conf. par (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.); *Cherry (Guardian ad litem of) c. Borsman*, [1992] 6 W.W.R. 701 (C.A.C.-B.).

La règle voulant que le fœtus n'ait une cause d'action pour un préjudice prénatal qu'à partir de la «naissance vivante» vaut également dans les autres ressorts de common law, comme l'Angleterre et l'Australie. En Angleterre, la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (R.-U.), 1976, ch. 28, art. 1, établit un régime de responsabilité civile au bénéfice de l'enfant qui naît handicapé en raison d'un acte délictuel commis avant sa naissance. En Australie, dans *Watt c. Rama*, [1972] V.R. 353 (Full Ct.), une poursuite pour préjudice prénatal résultant d'un accident dont la mère avait été victime pendant sa grossesse a été autorisée; ce faisant, la Cour suprême de Victoria explique ainsi que le droit de poursuivre n'existe pas avant la naissance (aux pp. 360 et 361):

[TRADUCTION] À la naissance, le lien s'est établi et il fait peser sur la partie défenderesse une obligation au bénéfice de l'enfant. Compte tenu des faits qui, pour l'instant, doivent être tenus pour avérés, l'enfant est né affligé d'un préjudice causé par l'acte ou la négligence de la partie défenderesse dans la conduite de son véhicule. Mais comme, par la nature des choses, l'enfant ne pouvait acquérir de droits corrélatifs à une obligation avant sa naissance et que ce n'est qu'à partir de ce moment qu'il pouvait subir un préjudice en tant que personne vivante, nous croyons que c'est à ce moment qu'une obligation découlant du lien établi pesait sur la partie défenderesse et que c'est aussi à ce moment que la partie défenderesse, en supposant que son action ou son omission dans la conduite du véhicule équivalait à une absence de prudence raisonnable, a manqué à son obligation de faire preuve de prudence raisonnable pour éviter de blesser l'enfant. Partant, le fait que le préjudice a été infligé à l'embryon ou au fœtus avant la naissance, si on devait chercher à l'établir, ne constituait pas un élément indépendant de la cause d'action de la partie

action, but merely an evidentiary fact relevant to the issue of causation. [Emphasis added.]

To permit intervention prior to birth in recognition of a duty of care owed to the fetus *in utero* would constitute a major departure from the common law as it has stood for decades. It would reverse the long-standing principle of tort law that remedies for negligent behaviour cannot be pursued until a cause of action is brought by a juridical person.

This change to the law of tort is fraught with complexities and ramifications, the consequences of which cannot be precisely foretold. At what stage would a fetus acquire rights? Could women who choose to terminate a pregnancy face injunctive relief prohibiting termination, relief which this Court rejected in *Tremblay v. Daigle*? Alternatively, could they face an action for damages brought on behalf of the fetus for its lost life? If a pregnant woman is killed as a consequence of negligence on the highway, may a family sue not only for her death, but for that of the unborn child? If it is established that a fetus can feel discomfort, can it sue its mother (or perhaps her doctor) and claim damages for the discomfort? If the unborn child is a legal person with legal rights, arguments can be made in favour of all these propositions. Some might endorse such changes, others deplore them. The point is that they are major changes attracting an array of consequences that would place the courts at the heart of a web of thorny moral and social issues which are better dealt with by elected legislators than by the courts. Having broken the time-honoured rule that legal rights accrue only upon live birth, the courts would find it difficult to limit application of the new principle to particular cases. By contrast, the legislature, should it choose to introduce a law permitting action to protect

demanderesse, mais simplement un fait probatoire pertinent aux fins de la question du lien de causalité. [Je souligne.]

Permettre d'agir avant la naissance en reconnaissant l'existence d'une obligation de prudence envers le fœtus *in utero* serait une rupture fondamentale avec la common law telle qu'elle existe depuis des décennies. Cela ferait fi du principe depuis longtemps établi en matière délictuelle selon lequel aucun recours pour comportement négligent ne peut être exercé avant qu'une personne juridique n'acquière une cause d'action à cet égard.

Une telle mutation du droit de la responsabilité délictuelle comporte à la fois des difficultés et des ramifications, dont les conséquences ne peuvent être prévues avec exactitude. À quel moment le fœtus deviendra-t-il sujet de droit? La femme qui décide de mettre fin à sa grossesse s'exposera-t-elle à une injonction lui interdisant de le faire, pareille injonction ayant été refusée par notre Cour dans *Tremblay c. Daigle*? Subsidiairement, pourrait-elle faire l'objet d'une action en dommages-intérêts intentée au nom du fœtus, le préjudice étant la vie perdue? Lorsqu'une femme enceinte périt à cause de la négligence d'un conducteur, la famille peut-elle poursuivre non seulement pour son décès, mais aussi pour celui de l'enfant qu'elle portait? S'il est établi qu'un fœtus peut ressentir un malaise, peut-il poursuivre sa mère (ou peut-être son médecin) et demander une indemnité à ce titre? Si l'enfant à naître est une personne juridique titulaire de droits, des arguments peuvent être formulés à l'appui de toutes ces propositions. Certains pourront souscrire à une telle évolution, d'autres la déploreront. Il reste qu'il s'agit d'une modification substantielle aux conséquences multiples qui placerait les tribunaux au cœur d'un épineux débat d'ordre moral et social relevant davantage des élus que des tribunaux. En rompant avec la règle traditionnelle selon laquelle les droits ne s'acquèrent qu'à la naissance vivante, les tribunaux auraient du mal à restreindre l'application du nouveau principe à certains cas particuliers. Au contraire, le législateur, s'il décidait d'adopter une loi permettant d'intenter une action pour protéger l'enfant à naître contre l'abus de substances intoxicantes, pourrait

23

24

unborn children against substance abuse, could limit the law to that precise case.

25 Two arguments are made in favour of this Court abolishing the rule that no legal rights accrue before live birth. The first is that there is no defensible difference between a born child and an unborn child. This is essentially a biological argument. As noted above, the inquiry before this Court is not a biological one, but a legal one: *Tremblay v. Daigle, supra*. The common law has always distinguished between an unborn child and a child after birth. The proposition that biologically there may be little difference between the two is not relevant to this inquiry. For legal purposes there are great differences between the unborn and the born child, differences which raise a host of complexities.

26 The second argument is that the court should overturn the “live-birth” rule because the present law does not provide a remedy for situations like the case at bar. This argument suffers from two flaws. First, it can be made in every case where a court is asked to make a major and complex change to the law. If there were a remedy, the major change would not be required. The Court rejected this argument in *Watkins v. Olafson, supra*, and *Salituro, supra*. Nor can it avail in this case. Second, the argument begs the questions of whether a remedy is required, and if so, what remedy and how finely tailored a remedy is best able to achieve the desired social consequence. It is not every evil which attracts court action; some evils remain for the legislature to correct.

(b) *Recognizing a Fetal Right to Sue the Mother Carrying the Fetus*

27 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”:

restreindre le champ d’application de la loi à ce cas particulier.

Deux arguments sont soulevés à l’appui de l’abolition, par notre Cour, de la règle selon laquelle aucun droit ne s’acquiert avant la naissance vivante. Le premier est qu’il n’existe aucune différence justifiable entre l’enfant né et l’enfant à naître. Il s’agit essentiellement d’un argument d’ordre biologique. Nous l’avons déjà dit, notre Cour n’est pas appelée à trancher une question biologique, mais bien un débat de nature juridique: *Tremblay c. Daigle*, précité. La common law a toujours établi une distinction entre l’enfant à naître et l’enfant né. L’idée que, sur le plan biologique, la différence entre les deux puisse être tenue n’est pas pertinente aux fins des présentes. Des différences substantielles existent entre l’enfant à naître et l’enfant né sur le plan juridique, et ces différences impliquent moult complexités.

Selon le deuxième argument, le tribunal devrait rompre avec le principe de la «naissance vivante», parce que le droit actuel n’offre aucun redressement dans une situation comme celle considérée en l’espèce. Cet argument comporte deux lacunes. Premièrement, il peut être formulé dans toute affaire où un tribunal est appelé à apporter une modification substantielle et complexe aux règles de droit. S’il existait un redressement, aucune modification substantielle ne serait nécessaire. Notre Cour a rejeté cet argument dans les arrêts *Watkins c. Olafson* et *Salituro*, précités. Elle doit également le faire en l’espèce. Deuxièmement, il convient de se demander si un redressement s’impose et, le cas échéant, quelle en est la nature et dans quelle mesure sa portée doit être soigneusement délimitée afin d’atteindre l’objectif social visé. Tous les maux ne donnent pas ouverture à une action en justice, et il appartient au législateur de remédier à certains d’entre eux.

b) *Reconnaître au fœtus le droit de poursuivre la femme qui le porte*

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 séparé-

*Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 408 (Comm.), at p. 415, applied in *Re F (in utero)*, *supra*. 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.

It is therefore not surprising that no case has been cited to us from any jurisdiction in the world where a pregnant woman has been sued on behalf of her fetus. A few cases have accepted that a child, once born, may bring an action against his/her mother for prenatal injuries: *Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson* (1997), 148 D.L.R. (4th) 332 (N.B.C.A.); *Lynch v. Lynch* (1991), 25 N.S.W.L.R. 411 (C.A.), at p. 415. But none have accepted the proposition that a fetus might sue the woman carrying it. On the contrary, courts which have considered the notion have rejected it: *Paton*, *supra*; *Re F (in utero)*, *supra*.

To permit an unborn child to sue its pregnant mother-to-be would introduce a radically new conception into the law; the unborn child and its mother as separate juristic persons in a mutually separable and antagonistic relation. Such a legal conception, moreover, is belied by the reality of the physical situation; for practical purposes, the unborn child and its mother-to-be are bonded in a union separable only by birth. Such a dramatic departure from the traditional legal characterization of the relationship between the unborn child and its future mother is better left to the legislature than effected by the courts.

ment»: *Paton c. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 408 (Comm.), à la p. 415, appliqué dans *Re F (in utero)*, précité. 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.

Il n'est donc pas étonnant que les parties n'aient pu invoquer aucune cause, venant de quelque ressort que ce soit dans le monde, où une femme enceinte a été poursuivie au nom du fœtus. Dans certains cas, les tribunaux ont reconnu que l'enfant, une fois né, pouvait intenter une action contre sa mère relativement à un préjudice prénatal: *Dobson (Litigation Guardian of) c. Dobson* (1997), 148 D.L.R. (4th) 332 (C.A.N.-B.), et *Lynch c. Lynch* (1991), 25 N.S.W.L.R. 411 (C.A.), à la p. 415. Mais jamais n'a été acceptée la proposition selon laquelle le fœtus peut intenter une poursuite contre la femme qui le porte. Tout au contraire, les tribunaux appelés à se prononcer ont rejeté cette proposition: *Paton* et *Re F (in utero)*, précités.

28

Permettre à l'enfant à naître d'ester en justice contre sa future mère aurait pour effet d'introduire une notion juridique radicalement nouvelle, soit que l'enfant à naître et la femme qui le porte constituent des personnes juridiques distinctes, dans le cadre d'une relation où chacune peut se dissocier de l'autre, voire s'opposer à l'autre. En outre, une telle notion juridique ne reflète aucunement la réalité de la situation concrète, l'enfant à naître et sa future mère étant, pour des raisons pratiques, unis par un lien qui ne peut être dissous qu'à la naissance. Une rupture aussi draconienne avec la qualification juridique traditionnelle des rapports entre l'enfant à naître et sa future mère relève davantage du législateur que des tribunaux.

29

(c) *Recognizing a Cause of Action for Lifestyle Choices Which May Adversely Affect Others*c) *Reconnaître l'existence d'une cause d'action liée au choix d'un mode de vie susceptible de nuire à autrui*

30 If the problem of permitting an unborn child to sue its future mother could be surmounted, a further difficulty presents itself: could the unborn child sue her for lifestyle choices? The difficulty of this question may be discerned from the cases considering the right of born children to sue their mothers for prenatal injuries. To date, courts and legislatures have confined the right to the child suing its mother for prenatal injuries to injuries due to motor vehicle accidents.

Si les difficultés que suscite l'autorisation de l'action intentée par l'enfant à naître contre sa mère pouvaient être surmontées, un autre problème surgirait: l'enfant à naître pourrait-il la poursuivre pour le choix d'un mode de vie? La complexité de cette question ressort des causes portant sur le droit de l'enfant né de poursuivre sa mère pour un préjudice prénatal. À ce jour, tribunaux et législateurs n'ont permis l'exercice d'un tel droit qu'à l'égard d'un préjudice subi lors d'un accident de la route.

31 In the only Canadian appellate-level case to consider the issue, *Dobson, supra*, Hoyt C.J.N.B., speaking for the court, stated, "the narrow issue here concerns pre-natal injuries received by a child as a result of a mother's negligent driving of her motor vehicle and not injuries occasioned as a result of a mother's lifestyle choices" (p. 336 (emphasis added)). In Australia, the same approach was taken: *Lynch v. Lynch, supra*.

Dans la seule affaire canadienne où la question a été examinée en appel, *Dobson*, précité, le juge en chef Hoyt dit, au nom de la cour: [TRADUCTION] «la question en litige en l'espèce porte uniquement sur le préjudice prénatal qu'inflige une mère à son enfant en faisant preuve de négligence au volant d'un véhicule automobile, et non sur le préjudice résultant du choix d'un mode de vie par la mère» (p. 336 (je souligne)). En Australie, la même optique est retenue dans *Lynch c. Lynch*, précité.

32 In England, the right of infants to sue their mothers for injuries inflicted before birth is confined by statute to injuries resulting from motor vehicle accidents. The same section of the *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976*, that allows children to sue for prenatal injuries specifically excludes the child's own mother as a defendant except in cases where the alleged negligence relates to the operation of a motor vehicle (s. 2).

En Angleterre, la loi prévoit que le droit du jeune enfant de poursuivre sa mère pour un préjudice infligé avant sa naissance ne peut être exercé qu'à l'égard de dommages subis lors d'un accident de la route. L'article même de la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* qui permet à l'enfant d'exercer une poursuite en cas de préjudice prénatal prévoit expressément que la mère de l'enfant ne peut être constituée partie défenderesse, sauf négligence présumée dans la conduite d'un véhicule automobile (art. 2).

33 Behind the refusal of the courts and at least one legislature to permit a child to sue its mother for prenatal injuries related to her lifestyle, lies the fear that such suits would take the courts into the difficult policy issue of the extent to which a mother's lifestyle is actionable. Leaving the special relationship between mother and unborn child aside for the moment, there is little precedent for suing any defendant in tort for damages one has suffered as a consequence of his or her lifestyle.

Le refus des tribunaux et d'au moins un législateur de permettre à l'enfant de poursuivre sa mère pour un préjudice prénatal lié au mode de vie de cette dernière s'explique par la crainte que de telles poursuites ne contraignent les tribunaux à se prononcer sur une épineuse question de principe, savoir dans quelle mesure le mode de vie de la mère confère-t-il un droit d'action? Abstraction faite pour l'instant du cas particulier de la mère et de l'enfant à naître, il n'y a guère de précédent que

While it is not inconceivable that the courts, proceeding properly in their incremental law-making capacity, may one day recognize such claims, the appellant agency faces the difficulty that on this point too it is asking this Court to break new ground in a controversial area. Once again, the consequences for the law of tort generally might be great. Are children to be permitted to sue their parents for second-hand smoke inhaled around the family dinner table? Could any cohabitant bring such an action? Are children to be permitted to sue their parents for spanking causing psychological trauma or poor grades due to alcoholism or a parent's undue fondness for the office or the golf course? If we permit lifestyle actions, where do we draw the line?

The difficulties multiply when the lifestyle in question is that of a pregnant woman whose liberty is intimately and inescapably bound to her unborn child. One faces, to borrow the words of Hoyt C.J.N.B. in *Dobson, supra*, the "spectre of mothers being sued by their children for various activities or lifestyle choices, such as smoking, drinking and the taking or refusal of medication, during pregnancy that injure the child, with the result that mothers will be unable to control their own bodies and make autonomous choices" (p. 336). There is no authority in Canada, England or Australia for the proposition that a mother can be sued for negligent behaviour relating to lifestyle choices made during pregnancy. To recognize a duty of care in such situations would constitute yet another marked extension of the common law which would affect a large segment of society. It follows that the Court must approach the issue with great caution.

l'on puisse invoquer pour poursuivre une personne en responsabilité délictuelle pour un préjudice imputable à son mode de vie. Bien qu'il ne soit pas inconcevable que les tribunaux, dans l'exercice légitime de leur pouvoir de faire évoluer le droit, reconnaissent un jour de telles demandes, l'organisme appelant se heurte à une difficulté en ce que, à cet égard également, il demande à notre Cour d'innover dans un domaine controversé. À nouveau, les conséquences pour le droit délictuel en général peuvent être considérables. Doit-on permettre à l'enfant de poursuivre ses parents pour la fumée secondaire qu'il respire lors des repas en famille? Tout cooccupant de la maison pourrait-il intenter une action à cet égard? Devrait-on autoriser l'enfant à poursuivre ses parents pour une correction qui lui a infligé un traumatisme psychologique, pour les piètres résultats scolaires qu'il impute à l'alcoolisme ou au penchant immodéré de l'un de ses parents pour le travail ou le golf? S'il est permis d'intenter une action fondée sur le mode de vie, où cela doit-il s'arrêter?

Les difficultés se multiplient lorsque le mode de vie en cause est celui d'une femme enceinte dont la liberté est intimement et inéluctablement liée à celle de l'enfant qu'elle porte. Pour reprendre les termes employés par le juge en chef Hoyt dans l'arrêt *Dobson*, précité, on s'expose à [TRADUCTION] «la possibilité que les mères soient poursuivies par leurs enfants pour le choix d'un mode de vie ou l'exercice de diverses activités préjudiciables à l'enfant à naître, comme fumer, boire de l'alcool et prendre ou refuser de prendre des médicaments, de telle sorte que les femmes enceintes ne seraient plus maîtresses de leur propre corps et ne pourraient plus agir en toute autonomie» (p. 336). Aucun arrêt au Canada, en Angleterre ni en Australie n'appuie la proposition voulant qu'une mère puisse être poursuivie pour un comportement négligent lié au choix d'un mode de vie pendant la grossesse. La reconnaissance d'une obligation de diligence en pareil cas, constituerait une autre extension marquée de la common law qui toucherait une grande partie de la population. Il s'ensuit donc que notre Cour doit examiner la question avec beaucoup de prudence.

35 Before imposing a duty of care in a new situation, 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 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: *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2.

Avant d'imposer une obligation de diligence dans une situation nouvelle, le tribunal doit être convaincu (1) qu'il y a des relations suffisamment étroites entre les parties pour donner naissance à l'obligation de diligence et (2) qu'il n'existe aucun motif de restreindre ou de rejeter la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ni les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu: *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2.

36 The first criterion is met in the present case. The relationship between a woman and her fetus (assuming for the purposes of argument that they can be treated as separate legal entities) is sufficiently close that in the reasonable contemplation of the woman, carelessness on her part might cause damage to the fetus. The more difficult questions arise within the second branch of the test. A host of policy considerations may be raised against the imposition of tort liability on a pregnant woman for lifestyle choices that may affect her unborn child.

Le premier critère est respecté en l'espèce. Les relations entre la femme enceinte et le fœtus (à supposer, aux fins de la discussion, qu'ils puissent être considérés comme des entités juridiques distinctes) sont suffisamment étroites pour que la femme puisse raisonnablement prévoir qu'une négligence de sa part pourra porter préjudice au fœtus. Le second volet du critère suscite davantage de difficultés. De nombreuses considérations de principe peuvent être invoquées à l'encontre de la reconnaissance de la responsabilité délictuelle de la femme enceinte en raison du choix d'un mode de vie susceptible d'avoir une incidence sur l'enfant qu'elle porte.

37 Most obviously, recognizing a duty of care owed by a mother to her child for negligent prenatal behaviour may create a conflict between the pregnant woman as an autonomous decision-maker and her fetus. As the Royal Commission on New Reproductive Technologies in its final report *Proceed with Care* (1993), vol. 2, eloquently puts it (at pp. 957-58):

À l'évidence, la reconnaissance d'une obligation de diligence de la mère envers l'enfant pour un comportement négligent avant la naissance peut mener à un conflit entre la femme enceinte, en tant que personne apte à prendre des décisions de manière autonome, et le fœtus. Comme le dit avec éloquence la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction dans son rapport final intitulé *Un virage à prendre en douceur* (1993), vol. 2 (aux pp. 1084 et 1085):

From the woman's perspective, . . . considering the interests of her fetus separately from her own has the potential to create adversary situations with negative consequences for her autonomy and bodily integrity, for her relationship with her partner, and for her relationship with her physician. Judicial intervention is bound to precipitate crisis and conflict, instead of preventing them through support and care. It also ignores the basic components of women's fundamental human rights — the right to bodily integrity, and the right to equality, privacy, and dignity.

[D]u point de vue des femmes, considérer les intérêts du fœtus séparément de ceux de la mère risque de créer des conflits susceptibles d'avoir des conséquences néfastes sur son autonomie et son intégrité physique, ainsi que sur ses relations avec son partenaire et avec son médecin. L'intervention judiciaire exacerbe inévitablement les situations de crise et de conflits plutôt que de les prévenir par le soutien et les soins nécessaires. En outre, elle fait fi des fondements des droits de la personne, c'est-à-dire son droit à l'intégrité physique, à l'égalité, à l'intimité et à la dignité.



The potential for intrusions on a woman's right to make choices concerning herself is considerable. The fetus' complete physical existence is dependent on the body of the woman. As a result, any intervention to further the fetus' interests will necessarily implicate, and possibly conflict with the mother's interests. Similarly, each choice made by the woman in relation to her body will affect the fetus and potentially attract tort liability.

The appellant agency argues that the potential intrusions would be minimal because the duty of care could be defined very narrowly. It submits that the duty of care should be to refrain from activities that have no substantial value to a pregnant woman's well-being or right of self-determination and that have the potential to cause grave and irreparable harm to the child's life, health and ability to function after birth.

The problem with this test lies in the terms "substantial value" and "well-being or right of self-determination". They are vague and broad and may not be adequate by themselves to narrowly confine the duty of care. 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. At what point does consumption of alcohol fail to add substantial value to a pregnant woman's well-being? Or cigarette smoking? Or strenuous exercise? No bright lines emerge to distinguish tortious behaviour from non-tortious once the door is opened to suing a pregnant mother for lifestyle choices

Le risque d'empiétement sur le droit d'une femme de faire des choix la concernant est considérable. L'existence physique du fœtus dépend entièrement du corps de la femme. En conséquence, toute mesure de protection des intérêts du fœtus a nécessairement un effet sur les intérêts de la mère et peut même entrer en conflit avec ces derniers. De même, tout choix que fait une femme concernant son corps touche le fœtus et pourrait engager sa responsabilité délictuelle.

L'organisme appellant soutient que le risque d'empiétement serait minime, car l'obligation de diligence pourrait être très étroitement définie. Il fait valoir 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 mais sont susceptibles de causer un préjudice grave et irréparable à la vie, à la santé ou à la capacité de l'enfant de mener sa vie après sa naissance.

La difficulté que soulève ce critère découle de l'emploi des termes «substantiellement utiles à son bien-être ou à l'exercice de son droit à l'autonomie». Cette formule est vague et générale, et son utilisation en soi peut ne pas être suffisante pour délimiter étroitement l'obligation de diligence. 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. À quel moment la consommation d'alcool cesse-t-elle d'être substantiellement utile au bien-être d'une femme enceinte? Qu'en est-il de la cigarette? Ou des exercices violents? Aucun élément ne permet de départager clairement les comportements délictueux de ceux qui ne le sont pas une fois qu'il est possible de poursuivre une femme

38

39

adversely affecting the fetus. As one writer suggests:

[A woman] could . . . be held liable for any behavior during her pregnancy having potentially adverse effects on her fetus, including failing to eat properly, using prescription, nonprescription and illegal drugs, smoking, drinking alcohol, exposing herself to infectious disease or to workplace hazards, engaging in immoderate exercise or sexual intercourse, residing at high altitudes for prolonged periods, or using a general anesthetic or drugs to induce rapid labor during delivery.

(See: D. E. Johnsen, "The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection" (1986), 95 *Yale L.J.* 599, at pp. 606-7.)

enceinte pour le choix d'un mode de vie nuisible au fœtus. Comme le laisse entendre un auteur:

[TRADUCTION] [Une femme] pourrait [. . .] être tenue responsable pour tout comportement qui, en cours de grossesse, a pu nuire au fœtus, y compris le fait de ne pas manger convenablement, de prendre des médicaments délivrés sur ordonnance ou en vente libre, de consommer de la drogue, de fumer, de boire de l'alcool, de s'exposer à une maladie infectieuse ou à un risque professionnel, de se livrer à des rapports sexuels ou à des exercices immodérés, de résider en haute altitude pendant des périodes prolongées ou d'avoir recours à un anesthésique général ou à des médicaments pour accélérer le travail lors de l'accouchement.

(Voir: D. E. Johnsen, «The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection» (1986), 95 *Yale L.J.* 599, aux pp. 606 et 607.)

<sup>40</sup> These difficulties would be complicated by the fact that determining what will cause grave and irreparable harm to a fetus — the threshold for injunctive relief — is a difficult endeavour with which medical researchers continually struggle. The difference between confinement and freedom, between damages and non-liability, may depend on a grasp of the latest research and its implications. The pregnant women most likely to be affected by such a "knowledge" requirement would be those in lower socio-economic groups. Minority women, illiterate women, and women of limited education will be the most likely to fall afoul of the law and the new duty it imposes and to suffer the consequences of injunctive relief and potential damage awards.

À ces obstacles s'ajouterait le fait que la détermination de ce qui est susceptible d'infliger un préjudice grave et irréparable au fœtus — le critère applicable en matière d'injonction — est une tâche difficile à laquelle se consacrent inlassablement les chercheurs dans le domaine médical. Être au fait des plus récentes recherches et de leurs conséquences pourrait faire la différence entre l'interne et la liberté, entre la condamnation à des dommages-intérêts et l'irresponsabilité. Les femmes enceintes les plus susceptibles d'être pénalisées par cette exigence liée à la «connaissance» appartiendraient aux groupes socio-économiques défavorisés. Les femmes analphabètes, peu instruites ou appartenant à des groupes minoritaires seraient les plus susceptibles de contrevenir à la loi en manquant à la nouvelle obligation qui leur serait faite, et de s'exposer ainsi à une injonction et à une éventuelle condamnation à des dommages-intérêts.

<sup>41</sup> A further problem arises from the fact that lifestyle "choices" like alcohol consumption, drug abuse, and poor nutrition may be the products of circumstance and illness rather than free choice capable of effective deterrence by the legal sanction of tort. As J. E. Hanigberg writes in "Power

Une autre difficulté est le fait que le «choix» d'un mode de vie, manifesté par la consommation d'alcool, la toxicomanie ou une mauvaise alimentation, peut être attribuable aux circonstances et à la maladie plutôt qu'à l'exercice d'un libre-arbitre sur lequel la sanction de la responsabilité délictuelle pourrait avoir un effet dissuasif. Voici ce qu'écrit à ce sujet J. E. Hanigberg dans «Power

and Procreation: State Interference in Pregnancy” (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 35, at p. 53:

[W]omen do not abuse drugs out of a lack of care for their fetuses. Drug abusing pregnant women, like other drug abusers, are addicts. People do not want to be drug addicts. In addition, a product of addiction is the inability to control in-take of the substance being abused. . . .

Treating pregnant substance abusers as fetal abusers ignores the range of conditions that contribute to problems like drug addiction and lack of nutrition, such as limited quality pre-natal care, lack of food for impoverished women, and lack of treatment for substance abusers.

While the law may properly impose responsibility for the consequences of addictive behaviour, like drunkenness, the policy question remains of whether extending a duty of care in tort in this particular situation as the remedy for redressing problems which are caused by addiction is a wise option. Given the lack of control pregnant women have over many of these harmful behaviours, it is doubtful whether recognizing a duty of care to refrain from them will significantly affect their choices. As a result, the general deterrent value of the proposed new duty of care is questionable.

Recognizing a duty of care in relation to the lifestyle of the pregnant woman would also increase the level of outside scrutiny that she would be subjected to. Partners, parents, friends, and neighbours are among the potential classes of people who might monitor the pregnant woman's actions to ensure that they remained within the legal parameters. Difficulty in determining what conduct is and is not permissible might be expected to give rise to conflicts between the interested persons and the pregnant woman or even between the interested persons themselves. This raises the possibility of conflict which may exacerbate the pregnant woman's condition (and thus the fetus') rather than improve it.

and Procreation: State Interference in Pregnancy» (1991), 23 *R.D. Ottawa* 35, à la p. 53:

[TRADUCTION] [L]a femme enceinte qui se drogue ne le fait pas par indifférence envers le fœtus. Tout comme les autres toxicomanes, elle souffre d'une dépendance. Personne ne veut être toxicomane. Au surplus, l'un des effets de la dépendance est de rendre la consommation irrésistible . . .

Considérer la femme enceinte toxicomane comme une personne infligeant de mauvais traitements au fœtus, c'est passer sous silence les circonstances qui concourent à l'existence de problèmes comme la toxicomanie et la malnutrition, notamment l'insuffisance de soins prénatals de qualité, la pauvreté et l'absence de traitement destinés aux toxicomanes.

Bien qu'en droit, les conséquences d'un comportement de dépendance, tel l'état d'ébriété, puissent à juste titre engager la responsabilité, la question de principe reste posée: est-il opportun en l'occurrence de remédier au problème causé par la dépendance en établissant une obligation de diligence en matière délictuelle? Vu l'impuissance des femmes enceintes face à bon nombre de ces comportements nuisibles, il est peu probable que l'obligation qui leur serait faite afin qu'elles s'en abstiennent influence vraiment leurs choix. On peut donc s'interroger sur l'effet dissuasif général de la nouvelle obligation de diligence proposée.

Reconnaître une obligation de diligence liée au mode de vie de la femme enceinte accroîtrait la surveillance dont elle ferait l'objet de la part de son entourage. Conjoints, parents, amis et voisins font partie des personnes susceptibles d'épier la femme enceinte afin de s'assurer qu'elle respecte les paramètres établis par la loi. La difficulté de déterminer quelle conduite est acceptable ou ne l'est pas pourrait donner lieu à des conflits entre les intéressés et la femme enceinte, voire entre les intéressés eux-mêmes. Il se pourrait qu'un conflit aggrave l'état de la femme enceinte (et par conséquent celui du fœtus) plutôt que de l'améliorer.

43

If it could be predicted with some certainty that all these negative effects of extending tort liability to the lifestyle choices of pregnant women would in fact diminish the problem of injured infants, the change might nevertheless arguably be justified. But the evidence before this Court fails to establish this. It is far from clear that the proposed tort duty will decrease the incidence of substance-injured children. Indeed, the evidence suggests that such a duty might have negative effects on the health of infants. No clear consensus emerges from the debate on the question of whether ordering women into “places of safety” and mandating medical treatment provide the best solution or, on the contrary, create additional problems.

S’il était possible d’affirmer avec quelque certitude que tous ces effets néfastes de l’extension de la responsabilité délictuelle au choix du mode de vie de la femme enceinte entraîneront effectivement une réduction du nombre des enfants en bas âge victimes d’un préjudice, l’extension pourrait peut-être se justifier. Mais ce n’est pas ce qui ressort de la preuve dont notre Cour est saisie. Il est loin d’être clair que la responsabilité délictuelle proposée diminuerait le nombre des enfants victimes de la consommation de substances intoxicantes. La preuve révèle plutôt qu’elle pourrait nuire à la santé infantile. Aucun consensus clair ne se dégage quant à savoir si la meilleure solution consiste à ordonner que la femme soit détenue dans un «lieu sûr» et soumise à un traitement médical ou si, au contraire, une telle mesure ne créerait pas des problèmes supplémentaires.

44

Indeed, changing tort law to make a pregnant mother liable for lifestyle-related fetal damage may be counterproductive in at least two ways. First, it may tend to drive the problems underground. Pregnant women suffering from alcohol or substance abuse addictions may not seek prenatal care for fear that their problems would be detected and they would be confined involuntarily and/or ordered to undergo mandatory treatment. As a result, there is a real possibility that those women most in need of proper prenatal care may be the ones who will go without and a judicial intervention designed to improve the health of the fetus and the mother may actually put both at serious health risk. Second, changing the law of tort as advocated by the agency might persuade women who would otherwise choose to continue their pregnancies to undergo an abortion. Women under the control of a substance addiction may be unable to face the prospect of being without their addicting substance and may find terminating the pregnancy a preferable alternative. In the end, orders made to protect a fetus’ health could ultimately result in its destruction.

En effet, la modification du droit de la responsabilité délictuelle afin de rendre la femme enceinte responsable du préjudice causé au fœtus par son mode de vie peut aller à l’encontre du but recherché au moins de deux façons. Premièrement, cela pourrait faire en sorte d’occulter les problèmes. Il se peut que la femme enceinte souffrant d’une dépendance à l’égard de l’alcool ou d’une autre substance ne demande pas de soins prénatals par crainte que son problème ne soit décelé et qu’elle ne soit internée contre son gré ou contrainte de se soumettre à un traitement, ou les deux. Il existe donc un risque réel que les femmes qui ont le plus besoin de soins prénatals adéquats n’en reçoivent pas et qu’une mesure judiciaire visant à améliorer la santé du fœtus et celle de la mère compromette sérieusement les deux. Deuxièmement, la modification du droit de la responsabilité délictuelle préconisée par l’organisme pourrait inciter la femme qui, autrement, poursuivrait sa grossesse, à recourir à l’avortement. La femme qui souffre d’une dépendance à l’égard d’une substance intoxicante peut ne pas supporter l’idée d’être privée de celle-ci et juger préférable de mettre fin à sa grossesse. En fin de compte, l’ordonnance rendue afin de protéger la santé du fœtus pourrait entraîner sa destruction.

It is not necessary for the purposes of this appeal to decide whether (assuming the difficulties discussed above involved in treating the pregnant woman and her fetus as separate entities could be overcome) the policy objections to the proposed extension of tort liability for lifestyle-related fetal damage to pregnant women, would negate the *prima facie* duty of care which arises under the test in *City of Kamloops v. Nielsen, supra*. It suffices to note that serious policy concerns to such an extension of the law exist. The proposed change to the law of tort has the potential to produce considerable uncertainty and affect many peoples' lives adversely, without any assurance of reducing the problem of damage to unborn children from substance abuse. These considerations, as well as the problems associated with assigning separate legal status to pregnant woman and fetus, militate in favour of leaving it to the legislature to address the proper remedy for the problem.

(d) *The Extension of Injunctive Relief in Civil Cases to Detention of the Person*

In Canada, tort law permits injunctions to detain goods (the *Mareva* injunction), to restrain activities such as unlawful picketing, and sometimes to mandate certain positive action to prevent the occurrence of serious damage. But the principles of tort law have never been used to justify the forcible detention and mandatory treatment of a person. The order at issue on this appeal can be upheld only by a radical extension of civil remedies into the most sacred sphere of personal liberty — the right of every person to live and move in freedom. There exist only two ways in which the state may lawfully involuntarily confine a person: (1) by the criminal law, whose proper concern is the incarceration of those found guilty of criminal offences against society; and (2) by an order made under a provincial *Mental Health Act* that a person is not competent to manage his or her own affairs. It is open to Parliament and the legislature to enact new grounds for involuntary confinement, subject to compliance with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. But to suggest that judges at

Aux fins du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de déterminer (à supposer que soient résolues les difficultés déjà évoquées que suscite le traitement de la femme enceinte et du fœtus comme des entités distinctes) si les oppositions de principe à l'extension proposée de la responsabilité délictuelle à la femme enceinte pour les dommages causés au fœtus par le choix d'un mode de vie annuleraient l'obligation de diligence qui existe à première vue, suivant le critère établi dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, précité. Il suffit de signaler qu'une telle extension des règles de droit soulève de graves questions de principe. La réforme proposée du droit de la responsabilité délictuelle pourrait créer une incertitude considérable et avoir une incidence défavorable sur la vie de beaucoup de gens, sans pour autant assurer la régression des dommages prénatals causés par l'abus de drogues. Ces considérations, de même que les difficultés que soulève l'attribution d'un statut juridique distinct à la femme enceinte et au fœtus, justifient qu'on laisse au législateur le soin d'apporter une solution à ce problème.

(d) *Extension de l'injonction en matière civile à la détention d'une personne*

Au Canada, le droit de la responsabilité délictuelle permet l'octroi d'une injonction ordonnant la rétention de marchandises (l'injonction *Mareva*), interdisant certaines activités comme le piquetage illégal et, parfois, prescrivant certaines mesures précises afin qu'aucun préjudice grave ne soit causé. Mais les principes du droit de la responsabilité délictuelle n'ont jamais servi à justifier l'internement et le traitement d'une personne contre son gré. L'ordonnance visée en l'espèce ne peut être confirmée que par un élargissement radical du champ d'application des recours civils dans le domaine le plus sacré de la liberté individuelle, savoir le droit de chacun de vivre et de se déplacer à sa guise. L'État ne dispose que de deux avenues légales pour interner une personne contre son gré: (1) l'application du droit pénal dont l'objet légitime est l'incarcération de la personne déclarée coupable d'une infraction criminelle afin de protéger la société et (2) l'obtention, en application d'une loi provinciale sur la santé mentale, d'une ordonnance portant qu'une personne est inapte à

common law should do so is unprecedented. To describe such a change as “major” is to understate the matter; to predict that it would have important ramifications is to state the obvious. This final change is one which, if it is to be made, must be left to Parliament or the legislature.

(e) *Conclusion as to Whether the Law of Tort Should Be Extended as Proposed*

47 Taken together, the changes to the law of tort that would be required to support the order for detention at issue are of such magnitude, consequence, and policy difficulty that they exceed the proper incremental law-making powers of the courts. Whether such changes should be made, and if so, how far the law should go in making them, is a task more appropriate to the legislatures than the courts.

48 I conclude that the order for detention cannot be upheld as an application of tort law.

B. *Does the Power of the Court in Parens Patriae Support an Order for the Detention and Treatment of a Pregnant Woman for the Purpose of Preventing Harm to the Unborn Child?*

49 Alternatively, the appellant agency seeks to sustain the order for the detention of the respondent by an extension of the court’s *parens patriae* jurisdiction to permit protection of unborn children. Courts have the power to step into the shoes of the parent and make orders in the best interests of the child: *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388. The

gérer ses propres affaires. Il est loisible au Parlement et aux législatures de décider que d’autres motifs justifient l’internement d’une personne contre son gré, sous réserve du respect des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mais c’est la première fois que l’on affirme qu’il incombe aux tribunaux de le faire en appliquant la common law. Dire qu’il s’agit d’une modification «substantielle» c’est un euphémisme. Qu’une telle mesure ait d’importantes ramifications est une vérité de La Palice. Il incombe au Parlement ou aux législatures, le cas échéant, d’apporter ce changement décisif.

e) *Conclusion quant à savoir s’il y a lieu d’apporter l’extension proposée au droit de la responsabilité délictuelle*

Considérés dans leur ensemble, les changements qu’il faudrait apporter au droit de la responsabilité délictuelle pour confirmer l’ordonnance de détention en cause posent de telles difficultés quant à leur ampleur, à leurs répercussions et aux questions de principe qu’ils soulèvent, qu’ils ne sauraient relever légitimement du pouvoir des tribunaux de faire évoluer progressivement le droit. Il appartient davantage au législateur qu’aux tribunaux de décider si de telles modifications sont opportunes et, le cas échéant, de déterminer quelle doit être la portée de la réforme.

J’arrive à la conclusion que l’ordonnance de détention ne peut être confirmée sur le fondement du droit de la responsabilité délictuelle.

B. *La compétence parens patriae de notre Cour justifie-t-elle le prononcé, à l’égard d’une femme enceinte, d’une ordonnance de détention et de traitement afin d’empêcher qu’un préjudice ne soit infligé à l’enfant à naître?*

Subsidiairement, l’organisme appelant tente de justifier l’ordonnance de détention de l’intimée par une extension de la compétence *parens patriae* afin de permettre à la cour d’assurer la protection de l’enfant à naître. Une cour de justice a le pouvoir de se substituer à la mère ou au père et de rendre des ordonnances dans l’intérêt de l’enfant:

agency argues that this power should be extended to orders on behalf of unborn children.

I would reject this submission for reasons similar to those enunciated in connection with the submission that the law of tort should be extended to the unborn. The submission requires a major change to the law of *parens patriae*. The ramifications of the change would be significant and complex. The change involves conflicts of fundamental rights and interests and difficult policy issues. Not surprisingly these difficulties have led all appellate courts that have considered the extension to reject it. I share their view.

The law as it stands is clear: the courts do not have *parens patriae* or wardship jurisdiction over unborn children. This is the law in the European Community, Great Britain and Canada. In Canada, all courts which have considered the issue, save for the trial judge in this case, appear to have rejected the proposition that the *parens patriae* jurisdiction of the court extends to unborn children. In *Re A.* (1990), 28 R.F.L. (3d) 288 (Ont. U.F.C.), the Children's Aid Society of Hamilton-Wentworth brought an action for a supervision order to ensure that a pregnant woman seek appropriate prenatal care deemed necessary for the welfare of the fetus. Steinberg U.F.C.J., having concluded that there was no jurisdiction to make the order under the *Child and Family Services Act*, S.O. 1984, c. 55, considered whether the *parens patriae* jurisdiction was broad enough to force the confinement of a pregnant woman to protect her fetus. He held it was not broad enough. At p. 298, he concluded:

The essence of the *parens patriae* power is that the court is empowered to take steps to protect the child or the fetus *in the place of the parent*. But here the child is actually inside of the mother. It is, therefore, impossible

*E. (Mme) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388. L'organisme prétend que cette compétence devrait permettre de rendre des ordonnances pour le compte de l'enfant à naître.

Je suis d'avis de rejeter cette prétention pour des motifs semblables à ceux exposés relativement à l'argument selon lequel le droit de la responsabilité délictuelle devrait s'appliquer à l'enfant à naître. Elle implique une modification fondamentale des règles de droit relatives à la compétence *parens patriae*. Les répercussions d'un tel changement seraient à la fois considérables et complexes. Des droits fondamentaux s'opposeraient et des questions de principe difficiles seraient soulevées. Il n'est pas étonnant que ces difficultés aient amené toutes les cours d'appel qui ont examiné la réforme proposée à la rejeter. Je partage leur point de vue.

Le droit dans son état actuel est clair: les tribunaux ne peuvent exercer leur compétence *parens patriae* ou de tutelle à l'égard de l'enfant à naître. Telle est la situation au sein de la Communauté européenne, en Grande-Bretagne et au Canada. Exception faite du juge de première instance dans la présente affaire, tous les tribunaux canadiens appelés à se prononcer sur la question semblent avoir écarté la possibilité d'exercer la compétence *parens patriae* au bénéfice de l'enfant à naître. Dans *Re A.* (1990), 28 R.F.L. (3d) 288 (C.U.F. Ont.), la société d'aide à l'enfance de Hamilton-Wentworth avait engagé une procédure en vue d'obtenir une ordonnance de surveillance pour faire en sorte qu'une femme enceinte demande les soins prénatals jugés nécessaires au bien-être du fœtus. Le juge Steinberg, après avoir conclu que le tribunal n'avait pas le pouvoir de rendre l'ordonnance en application de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.O. 1984, ch. 55, a examiné la question de savoir si la compétence *parens patriae* est suffisamment large pour permettre l'internement d'une femme enceinte en vue de protéger le fœtus. Il a conclu que tel n'était pas le cas. Voici ce qu'il a dit à la p. 298:

[TRADUCTION] Essentiellement, la compétence *parens patriae* permet au tribunal de prendre des mesures pour protéger l'enfant ou le fœtus *à la place du parent*. Or, en l'occurrence, l'enfant se trouve de fait à l'intérieur de la

50

51

in this case to take steps to protect the child without ultimately forcing the mother, under restraint if necessary, to undergo medical treatment and other processes against her will. I believe that the *parens patriae* jurisdiction is just not broad enough to envisage the forceable confinement of a parent as a necessary incident of its exercise. Even if it were, however, the court should be very wary about using its powers in such instances, as its routine exercise could possibly lead to some abuse of pregnant mothers. [Emphasis in original.]

Similarly, the New Brunswick Court of Queen's Bench has also held that the *parens patriae* jurisdiction does not extend to protection of the unborn: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. Hickey*, N.B.Q.B. (Fam. Div.), November 4, 1996, unreported, *per* Young J.

52

The English Court of Appeal has taken the same view: *Re F (in utero)*, *supra*. The local authority sought a wardship order over the unborn child of a severely mentally disabled woman given to roaming and periodic disappearance. In separate judgments, all members of the court agreed that the wardship power could not be used in the manner requested. May L.J. emphasized the effect such an order would have on the liberty of the pregnant woman and the incompatibility of a wardship order with those interests (at p. 194):

In wardship proceedings the court is exercising a parental jurisdiction in which the paramount consideration is the child's welfare. But in the case of an unborn child the only orders to protect him or her which the court could make would be with regard to the mother herself. Thus in the first place there would have to be an order authorising the local authority to find the mother. Then perhaps an order that she should live in a certain place and probably attend a certain hospital. All of these would be restrictive of the mother's liberty. Further, there could well be medical problems which would have to be solved: the mother might wish one course of action to be taken; it might be in the interests of the child that an alternative procedure should be followed. Until the child is actually born there must necessarily be an inherent incompatibility between any projected exercise of

mère. Il est donc impossible en l'espèce de prendre des mesures pour protéger l'enfant sans, en fin de compte, contraindre la mère à se soumettre à un traitement médical et à d'autres mesures contre son gré et ordonner son internement si nécessaire. Je crois que la compétence *parens patriae* n'est tout simplement pas suffisamment large pour englober l'internement d'un parent contre son gré comme mesure nécessairement accessoire à son exercice. Néanmoins, le cas échéant, une cour de justice devrait se montrer très prudente quant à l'exercice de ce pouvoir, car la banalisation d'une telle mesure pourrait exposer la femme enceinte à des abus. [En italique dans l'original.]

De même, la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick a également conclu que la compétence *parens patriae* ne s'étendait pas à la protection de l'enfant à naître: *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. Hickey*, B.R.N.-B. (Div. fam.), 4 novembre 1996, inédit, le juge Young.

La Cour d'appel d'Angleterre a adopté le même point de vue dans *Re F (in utero)*, précité. L'administration locale avait demandé une ordonnance de tutelle relativement à l'enfant à naître d'une femme atteinte d'une grave déficience mentale qui avait l'habitude de vagabonder et disparaissait périodiquement. Dans des jugements distincts, tous les membres de la cour ont convenu que la compétence de tutelle ne pouvait être exercée de la manière préconisée. Le lord juge May a mis en évidence l'effet qu'une telle ordonnance aurait sur la liberté de la femme enceinte et son incompatibilité avec les droits de celle-ci (à la p. 194):

[TRADUCTION] Dans le cadre d'une instance de tutelle, le tribunal exerce une compétence parentale, et le facteur prépondérant est le bien-être de l'enfant. Cependant, dans le cas de l'enfant à naître, toute ordonnance que le tribunal pourrait rendre pour le protéger viserait la mère. Ainsi, dans un premier temps, l'administration locale devrait obtenir une ordonnance l'autorisant à rechercher la mère. Puis, éventuellement, une ordonnance enjoignant à celle-ci de demeurer dans un lieu précis et, probablement, de se présenter à un hôpital en particulier. Toutes ces mesures restreindraient la liberté de la future mère. En outre, il se pourrait que des problèmes de nature médicale doivent être résolus, la femme pouvant alors privilégier une solution, tandis que l'intérêt de l'enfant à naître en commanderait une autre. Jusqu'à la naissance de l'enfant, tout exercice projeté de la compé-



wardship jurisdiction and the rights and welfare of the mother.

May L.J. gave four reasons for limiting the court's jurisdiction to born children. First, a fetus does not attain legal personhood until birth and therefore, the order would be contrary to that principle: *Paton, supra*. Second, applying the principle that the interests of the child are to be predominant would create conflict between the existing legal interests of the mother and those of the unborn child. Third, there could be difficulties in enforcing against the mother any order in respect of an unborn child. And finally, he held that under the *Supreme Court Act 1981* only "minors" could be made wards of the court and that in light of the *Family Law Reform Act 1969*, a "minor" could only be a person, in the sense that he or she had been born.

Balcombe L.J. also emphasized the incompatibility between wardship of the unborn and the pregnant woman's freedom. He pointed out that (as in Canada) the *Mental Health Acts* regulate and limit when a person may be confined against her will. If a pregnant woman was to be subject to controls for the benefit of her unborn child, Parliament should so legislate, as it had in the case of mentally incompetent persons. At pp. 200-201, he stated:

Approaching the question as one of principle, in my judgment there is no jurisdiction to make an unborn child a ward of court. Since an unborn child has, ex hypothesi, no existence independent of its mother, the only purpose of extending the jurisdiction to include a foetus is to enable the mother's actions to be controlled. Indeed, that is the purpose of the present application. In the articles already cited Lowe gives examples of how this might operate in practice (96 LQR 29 at 30):

'It would mean, for example, that the mother would be unable to leave the jurisdiction without the court's consent. The court being charged to protect the foetus' welfare would surely have to order the mother to

tence de tutelle est nécessairement et foncièrement incompatible avec les droits et le bien-être de la mère.

Le lord juge May a exposé quatre raisons pour lesquelles la compétence judiciaire ne doit être exercée qu'au bénéfice de l'enfant né. Premièrement, le fœtus n'acquiert la personnalité juridique qu'à la naissance, de sorte que l'ordonnance serait contraire à ce principe: *Paton*, précité. Deuxièmement, l'application du principe selon lequel les intérêts de l'enfant doivent prévaloir donnerait lieu à un conflit entre les droits existants de la mère et ceux de l'enfant à naître. Troisièmement, l'exécution de toute ordonnance relative à l'enfant à naître imposée à la femme enceinte pourrait se heurter à des difficultés. Enfin, il a jugé qu'en vertu de la *Supreme Court Act 1981*, seul un «mineur» peut être placé sous la tutelle du tribunal et que, compte tenu de la *Family Law Reform Act 1969*, le «mineur» s'entend uniquement d'une personne, c'est-à-dire une personne qui est née.

Le lord juge Balcombe a également insisté sur l'incompatibilité entre la tutelle visant l'enfant à naître et la liberté de la femme enceinte. Il a signalé que (tout comme au Canada) les lois sur la santé mentale régissent l'internement d'une personne contre son gré et limitent les cas dans lesquels cette mesure peut être prise. Si la femme enceinte doit faire l'objet d'une surveillance au bénéfice de l'enfant à naître, le Parlement devrait légiférer en ce sens, comme il l'a fait à l'égard de la personne frappée d'incapacité mentale. Voici ce qu'il a dit aux pp. 200 et 201:

[TRADUCTION] Examinant la question sous l'angle des principes, il n'existe selon moi aucune compétence susceptible d'être exercée afin de placer l'enfant à naître sous la tutelle du tribunal. L'enfant à naître n'ayant, par hypothèse, aucune existence indépendante de sa mère, l'exercice de la compétence au bénéfice du fœtus ne peut avoir que pour but de surveiller les faits et gestes de la femme enceinte. Tel est en effet l'objectif de la demande en l'espèce. Dans les articles cités précédemment, Lowe donne des exemples de ce qui pourrait en résulter dans les faits (96 LQR 29, à la p. 30):

Il s'ensuivrait, par exemple, que la femme enceinte ne pourrait quitter le ressort sans l'autorisation du tribunal. Ce dernier étant chargé d'assurer le bien-être du fœtus, il devrait certainement ordonner à la mère de

stop smoking, imbibing alcohol and indeed any activity which might be hazardous to the child. Taking it to the extreme were the court to be faced with saving the baby's life or the mother's it would surely have to protect the baby's.'

Another possibility is that the court might be asked to order that the baby be delivered by Caesarian section: in this connection see Fortin 'Legal Protection for the Unborn Child' (1988) 51 MLR 54 at 81 and the US cases cited in note 16, in particular *Jefferson v Griffin Spalding County Hospital Authority* (1981) 274 SE 2d 457. Whilst I do not accept that the priorities mentioned in the last sentence of the passage cited above are necessarily correct, it would be intolerable to place a judge in the position of having to make such a decision without any guidance as to the principles on which his decision should be based. If the law is to be extended in this manner, so as to impose control over the mother of an unborn child, where such control may be necessary for the benefit of that child, then under our system of parliamentary democracy it is for Parliament to decide whether such controls can be imposed and, if so, subject to what limitations or conditions. Thus, under the Mental Health Act 1983, to which we were also referred, there are elaborate provisions to ensure that persons suffering from mental disorder or other similar conditions are not compulsorily admitted to hospital for assessment or treatment without proper safeguards: see ss 2, 3 and 4 of that Act. If Parliament were to think it appropriate that a pregnant woman should be subject to controls for the benefit of her unborn child, then doubtless it will stipulate the circumstances in which such controls may be applied and the safeguards appropriate for the mother's protection. In such a sensitive field, affecting as it does the liberty of the individual, it is not for the judiciary to extend the law.

cesser de fumer, de boire de l'alcool et d'exercer toute activité susceptible de faire courir un risque à l'enfant à naître. Dans le cas extrême où le tribunal serait appelé à choisir entre sauver la vie de l'enfant à naître ou celle de la mère, il aurait certainement l'obligation de préserver la première.

Une autre possibilité serait que l'on demande au tribunal d'ordonner que le bébé soit extrait du corps de la mère par césarienne: à ce sujet voir Fortin, «Legal Protection for the Unborn Child» (1988) 51 MLR 54, à la p. 81 et les décisions américaines citées à la note 16, notamment *Jefferson c Griffin Spalding County Hospital Authority* (1981) 274 SE 2d 457. Bien que je ne sois pas nécessairement d'accord avec les priorités évoquées à la dernière phrase de l'extrait précité, il serait inacceptable qu'un juge soit appelé à trancher un tel dilemme sans que les principes à appliquer pour rendre une décision n'aient été énoncés. S'il faut étendre l'application de la règle de droit de manière à soumettre la mère à une surveillance lorsque le bien-être de l'enfant l'exige, dans notre système de démocratie parlementaire, il appartient au Parlement de décider si une telle surveillance est opportune et, le cas échéant, de la délimiter ou de l'assortir de conditions. Ainsi, la Mental Health Act 1983, également citée, renferme des dispositions détaillées dont l'objet est de faire en sorte que la personne souffrant d'un trouble mental ou d'une autre pathologie semblable ne soit pas hospitalisée contre son gré pour une évaluation ou un traitement sans jouir de garanties suffisantes: voir les art. 2, 3 et 4 de cette loi. S'il jugeait opportun de soumettre la femme enceinte à une surveillance au bénéfice de l'enfant à naître, le Parlement préciserait sans aucun doute les circonstances dans lesquelles une telle mesure pourrait être prise et les garanties qui s'appliqueraient au bénéfice de la mère. Il n'appartient pas aux tribunaux d'étendre l'application des règles de droit relativement à une question aussi délicate et ayant une telle incidence sur la liberté individuelle.

54 Staughton L.J., in rejecting the authority's application, emphasized the inseparability of the fetus from the mother, citing the European Commission on Human Rights (at p. 201):

When the wardship jurisdiction of the High Court is exercised, the rights, duties and powers of the natural parents are taken over or superseded by the orders of the court. Until a child is delivered it is not, in my judgment, possible for that to happen. The court cannot care for a child, or order that others should do so, until the

À l'appui du rejet de la demande présentée par l'administration locale, le lord juge Staughton a souligné que le fœtus et la femme enceinte étaient indissociables et il a cité la Commission européenne des droits de l'homme (à la p. 201):

[TRADUCTION] Lorsqu'elle exerce sa compétence de tutelle, la Haute Cour est investie des droits, des obligations et des attributions des parents naturels, et ses ordonnances s'imposent. Cela ne peut se produire, à mon avis, avant l'accouchement. La cour ne peut prendre en charge l'enfant ni ordonner à quiconque de le

child is born; only the mother can. The orders sought by the local authority are not by their nature such as the court can make in caring for the child; they are orders which seek directly to control the life of both mother and child. As was said by the European Commission of Human Rights in *Paton v UK* (1980) 3 EHRR 408 at 415 (para 19): 'The "life" of the foetus is intimately connected with, and cannot be regarded in isolation from, the life of the pregnant woman.'

As the English Court of Appeal's reasons eloquently attest, the same problems encountered in relation to extending tort jurisdiction to the unborn, surface in relation to extending the *parens patriae* jurisdiction of the court. The law sees birth as the necessary condition of legal personhood. The pregnant woman and her unborn child are one. Finally, to make orders protecting fetuses would radically impinge on the fundamental liberties of the pregnant woman, both as to lifestyle choices and how and as to where she chooses to live and be.

It is argued that the *parens patriae* jurisdiction over children necessarily involves overriding the liberty of parents, and that there is nothing new in this. This argument overlooks the fact that the invasion of liberty involved in making court orders affecting the unborn child, is of a different order than the invasion of liberty involved in court orders relating to born children. The *parens patriae* power over born children permits the courts to override the liberty of the parents to make decisions on behalf of their children where a parental choice may result in harm to a child: *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315. The only liberty interest affected is the parent's interest in making decisions for his or her child. By contrast, extension of the *parens patriae* jurisdiction of the court to unborn children has the potential to affect a much broader range of liberty interests. The court cannot make decisions for the unborn child without inevitably making decisions for the mother herself. The intrusion is therefore far greater than simply limiting the mother's choices concerning

faire avant la naissance; seule la mère le peut. Les ordonnances que cherche à obtenir l'administration locale ne peuvent en raison de leur nature être rendues par la cour pour assurer le bien-être de l'enfant; elles visent directement à soumettre la vie de la mère et de l'enfant à naître à une surveillance. Comme le dit la Commission européenne des droits de l'homme dans *Paton c UK* (1980), 3 EHRR 408, à la p. 415 (par. 19): «La «vie» du fœtus est intimement liée à celle de la femme enceinte et ne peut être considérée séparément.»

Comme le font ressortir avec éloquence les motifs de la Cour d'appel d'Angleterre, l'extension de la compétence *parens patriae* soulève les mêmes problèmes que l'extension de l'application des règles du droit de la responsabilité délictuelle à la protection de l'enfant à naître. En droit, la naissance est une condition nécessaire à l'acquisition de la personnalité juridique. La femme enceinte et l'enfant à naître ne forment qu'une seule personne. Enfin, rendre une ordonnance visant à protéger le fœtus empiéterait radicalement sur les libertés fondamentales de la femme enceinte, tant en ce qui concerne le choix d'un mode de vie, que sa manière d'être et l'endroit où elle choisit de vivre.

L'appelant fait valoir que l'exercice de la compétence *parens patriae* au bénéfice de l'enfant implique nécessairement un empiètement sur la liberté des parents et que ceci n'a rien de nouveau. Il ne tient pas compte du fait que l'atteinte à la liberté qui est inhérente à l'ordonnance visant l'enfant à naître est d'une toute autre nature que celle qui découle de l'ordonnance judiciaire visant l'enfant né. La compétence *parens patriae* à l'égard de l'enfant né permet au tribunal d'empiéter sur le droit des parents de prendre des décisions pour le compte de leurs enfants lorsque l'exercice de cette faculté peut porter préjudice à ceux-ci: *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315. Le seul droit dont l'exercice est entravé est celui du parent de prendre des décisions relatives à son enfant. Par contre, l'exercice de la compétence *parens patriae* au bénéfice de l'enfant à naître est susceptible de porter atteinte à une gamme plus étendue de libertés. Le tribunal ne peut prendre une décision touchant l'enfant à naître sans que, inévitablement, cette décision ne lie la mère elle-même. L'empiètement est donc

55

56

her child. Any choice concerning her child inevitably affects her. For example, to sustain the order requested in the case at bar would interfere with the pregnant woman's ability to choose where to live and what medical treatment to undergo. The *parens patriae* jurisdiction has never been used to permit a court to make such decisions for competent women, whether pregnant or not. Such a change would not be an incremental change within *Watkins v. Olafson*, *supra*, but a generic change of major impact and consequence. It would seriously intrude on the rights of women. If anything is to be done, the legislature is in a much better position to weigh the competing interests and arrive at a solution that is principled and minimally intrusive to pregnant women.

beaucoup plus étendu et ne consiste pas uniquement à limiter les choix de la mère concernant l'enfant. Toute mesure visant l'enfant à naître touche inévitablement la mère. Par exemple, conclure au bien-fondé de l'ordonnance visée en l'espèce empêcherait la femme enceinte de choisir son milieu de vie et d'opter pour un traitement médical. La compétence *parens patriae* n'a jamais été invoquée pour permettre à un tribunal de prendre des décisions au nom d'une femme non atteinte d'une déficience mentale, qu'elle soit enceinte ou non. La modification préconisée ne ferait pas évoluer le droit de façon progressive au sens de l'arrêt *Watkins c. Olafson*, précité, car il s'agirait d'un changement de portée générale dont les effets et les répercussions seraient considérables. Elle empiéterait sérieusement sur les droits de la femme. Si une mesure doit être prise, le législateur est en bien meilleure position pour soupeser les intérêts opposés et arriver à une solution raisonnée qui porte le moins possible atteinte aux droits de la femme enceinte.

57 I conclude that the law of *parens patriae* does not support the order for the detention of the respondent.

Je conclus que la compétence *parens patriae* ne peut être invoquée à l'appui de l'ordonnance de détention de l'intimée.

#### C. *Constitutional Concerns*

#### C. *Questions d'ordre constitutionnel*

58 The parties did not put the constitutionality of the order in issue; although some interveners raised constitutional concerns. In view of my conclusion that the common law of tort and *parens patriae* provide no support for the order at issue, the question of the constitutionality of the order and the procedures which gave rise to it does not arise. Of course, in the event that the legislature chooses to address the problem, its legislation in substance and procedure would fall to be assessed against the provisions of the *Charter*.

Les parties n'ont pas soulevé l'inconstitutionnalité de l'ordonnance en cause bien que certains intervenants aient invoqué des questions constitutionnelles. Vu ma conclusion selon laquelle ni le droit de la responsabilité délictuelle sous le régime de la common law ni la compétence *parens patriae* ne fondent l'ordonnance visée en l'espèce, la question de la constitutionnalité de l'ordonnance et de la procédure qui a précédé son prononcé n'a pas à être tranchée. Évidemment, si le législateur décidait de légiférer en la matière, les dispositions substantielles et procédurales qu'il édicterait devraient être conformes à la *Charte*.

#### IV. Conclusion

#### IV. Conclusion

59 I conclude that the common law does not clothe the courts with power to order the detention of a pregnant woman for the purpose of preventing harm to her unborn child. Nor, given the magni-

Je conclus que la common law ne confère pas aux tribunaux le pouvoir d'ordonner la détention d'une femme enceinte afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit causé à l'enfant qu'elle porte. Vu

tude of the changes and their potential ramifications, would it be appropriate for the courts to extend their power to make such an order. The changes to the law sought on this appeal are best left to the wisdom of the elected legislature. I would dismiss the appeal. The respondent is entitled to her costs on a party and party basis in this Court and in the courts below.

The reasons of Sopinka and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) — I respectfully disagree with the conclusion of McLachlin J. that an order detaining a pregnant woman addicted to glue sniffing for which she has rejected abortion and/or medical treatment and decided to carry her child to term, would require a change to the law which cannot be properly made other than by legislation.

To the extent that a change in the law in the circumstances of this case is required, the much admired flexibility of the common law has proven adaptable enough over centuries to meet exigent circumstances as they arise. That flexibility is surely needed in the appeal.

Under existing Canadian law the expectant respondent at her sole discretion could have chosen an abortion. Instead she chose to continue her pregnancy and to continue her glue sniffing which in the past had resulted in two serious and permanently handicapped children being born who are now permanent wards of the state.

There are three questions that arise in this appeal. What are the rights of the pregnant woman? Does the unborn foetus have independent rights? Does the state also have a separate right to intervene to prescribe proper medical treatment in the hope of achieving the birth of a healthy child as opposed to standing idly by and watching the birth of a permanently and seriously handicapped child

l'ampleur des modifications préconisées et leurs répercussions possibles, il n'est pas non plus opportun que les tribunaux étendent leur compétence et se reconnaissent le pouvoir de rendre une telle ordonnance. Il est préférable de laisser aux élus le soin de décider s'il y a lieu de modifier les règles de droit comme le souhaite l'appelant. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. L'intimée a droit aux dépens entre parties dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Sopinka et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Je suis dans l'obligation d'exprimer mon désaccord avec la conclusion du juge McLachlin selon laquelle une ordonnance de détention visant une femme enceinte dépendante à l'égard de la colle, qui a refusé de se faire avorter ou de recevoir des soins médicaux et a décidé de mener sa grossesse à terme, nécessiterait des changements aux règles de droit qui ne peuvent être apportés que par une loi.

S'il fallait apporter des changements aux règles de droit en raison des circonstances de l'espèce, la common law, dont la souplesse soulève l'admiration, s'est avérée, au cours des siècles, assez flexible pour répondre aux situations urgentes au fur et à mesure qu'elles se sont présentées. Cette souplesse est certainement nécessaire dans le présent pourvoi.

En vertu du droit canadien actuel, l'intimée aurait pu choisir en toute liberté de se faire avorter. Elle a plutôt choisi de poursuivre sa grossesse et de continuer à inhaler de la colle, ce qui a déjà donné lieu à la naissance de deux enfants gravement et irrémédiablement handicapés qui sont maintenant placés sous la tutelle permanente de l'État.

Trois questions litigieuses ont été soulevées dans le présent pourvoi. Quels sont les droits de la femme enceinte? L'enfant à naître a-t-il des droits qui lui sont propres? L'État a-t-il un droit d'intervention distinct pour prescrire les soins médicaux requis dans l'espoir qu'il soit donné naissance à un enfant en santé, ou doit-il ne rien faire et assister à la naissance d'un enfant irrémédiablement et

60

61

62

63

who has no future other than as a permanent ward of the state?

gravement handicapé, dont le seul avenir est d'être placé sous sa tutelle permanente?

64 The respondent, a young woman, was pregnant for the fourth time. She was addicted to the inhalation of solvent fumes over a long period. Two of her previous children were born permanently disabled as a result of her addiction and are permanent wards of the state.

L'intimée, une jeune femme, était enceinte pour la quatrième fois. Elle avait une dépendance à l'égard des vapeurs de solvants depuis longtemps. Deux de ses enfants sont nés avec des handicaps permanents en raison de sa dépendance et ils sont placés sous la tutelle permanente de l'État.

65 The respondent, on becoming pregnant for the fourth time, made the decision not to have an abortion. She chose to remain pregnant, deliver the child, and continue her substance abuse.

Apprenant qu'elle était enceinte pour la quatrième fois, l'intimée a décidé de ne pas se faire avorter. Elle a choisi de mener sa grossesse à terme, de donner naissance à l'enfant et de continuer l'abus de substances intoxicantes.

66 In my opinion, the state has an enforceable interest in ensuring, to the extent practicable, the well-being of the unborn child and the appeal should be allowed.

À mon avis, l'État a le droit d'assurer dans la mesure du possible le bien-être de l'enfant à naître et j'accueillerais le pourvoi.

67 Historically, it was thought that damage suffered by a foetus could only be assigned if the child was born alive. It was reasoned that it was only at that time that damages to the live child could be identified. The logic for that rule has disappeared with modern medical progress. Today by the use of ultrasound and other advanced techniques, the sex and health of a foetus can be determined and monitored from a short time after conception. The sophisticated surgical procedures performed on the foetus before birth further belies the need for the "born alive" principle.

Historiquement, on considérait que le préjudice subi par le fœtus ne donnait ouverture à un droit d'action que si l'enfant naissait vivant. On croyait que ce n'était qu'à ce moment-là qu'il était possible de déterminer le préjudice subi par l'enfant. L'utilité de cette règle est disparue avec les progrès de la médecine moderne. De nos jours, l'échographie et d'autres techniques de pointe permettent de déterminer le sexe du fœtus et de suivre l'évolution de son état de santé peu de temps après la conception. Les interventions chirurgicales complexes pratiquées sur des fœtus avant la naissance contredisent également la nécessité du principe de la «naissance vivante».

## I. Facts

## I. Les faits

### A. *Of the Present Case*

### A. *L'espèce*

68 The respondent mother D.F.G. first became a client of Winnipeg Child and Family Services ("C.F.S.") in December of 1990, at 16 years of age and pregnant with her first child. She was abusing solvents and had an unstable lifestyle. C.F.S. deemed D.F.G. "a child in need of protection" and placed her in a residential youth treatment facility. In March of 1991, following the birth of her child, she was placed in a residential facility specifically

L'intimée D.F.G. a pour la première fois fait appel à l'Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (l'«Office») en décembre 1990; elle avait alors 16 ans et était enceinte de son premier enfant. Elle inhalait régulièrement des vapeurs de solvants et menait une vie instable. L'Office a jugé que D.F.G. était une «enfant ayant besoin de protection» et il l'a placée dans un établissement résidentiel de traitement pour jeunes.

planned to assist young mothers with the care of infants.

D.F.G. was unable to stabilize her lifestyle. C.F.S. obtained a permanent order of guardianship of the child in April of 1992. C.F.S. continued to offer services to D.F.G. to help her ongoing addiction problem and general instability. Social workers visited her regularly between June and August of 1992. On many occasions there was a strong smell of glue in her apartment and D.F.G. showed obvious signs of impairment.

D.F.G. was 18 years of age and still addicted to solvents when her second child was born permanently disabled on August 6, 1992. She consented to a permanent order of guardianship of this child in favour of C.F.S. on February 24, 1993.

D.F.G.'s third child was born on November 5, 1993. She was still using solvents and the baby was born jittery and showed symptoms of drug withdrawal. Again C.F.S. took custody of the child who was also permanently disabled.

D.F.G. met with C.F.S. social workers on December 8, 1993. She smelt of solvent and admitted to continuing her addictive use of them. C.F.S. received a permanent order of guardianship with respect to the third child in February 1994.

In addition to C.F.S., Winnipeg Social Services had a social worker assigned to work with D.F.G. This worker's affidavit evidence confirmed that from 1992 to date D.F.G. has been under the influence of solvents on many occasions. She stated that she had seen dried glue on D.F.G.'s face and had detected a strong odour of glue when visiting her at her home. As well D.F.G. had consistently refused all offers of treatment to deal with her addiction problem.

En mars 1991, suite à la naissance de son enfant, elle a été placée dans un établissement résidentiel conçu spécialement pour aider les jeunes mères à prendre soin de leurs nourrissons.

D.F.G. était incapable de stabiliser ses habitudes de vie. En avril 1992, l'Office a obtenu une ordonnance plaçant l'enfant sous sa tutelle permanente. L'Office a continué à fournir des services à D.F.G. pour l'aider à résoudre son problème de toxicomanie et d'instabilité générale. Des travailleurs sociaux lui ont régulièrement rendu visite entre juin et août 1992. À de nombreuses occasions, il y avait une forte odeur de colle dans l'appartement et D.F.G. montrait des signes évidents de déficience.

D.F.G. avait 18 ans et elle avait toujours une dépendance à l'égard des solvants quand son deuxième enfant est né, irrémédiablement handicapé, le 6 août 1992. Elle a consenti à ce qu'une ordonnance plaçant l'enfant sous la tutelle permanente de l'Office soit rendue, le 24 février 1993.

Le troisième enfant de D.F.G. est né le 5 novembre 1993. À l'époque, elle abusait toujours des solvants et le bébé était agité à la naissance et présentait des symptômes de sevrage de drogue. Encore une fois, l'Office a reçu la garde de l'enfant, lui aussi irrémédiablement handicapé.

D.F.G. a eu une entrevue avec des travailleurs sociaux de l'Office le 8 décembre 1993. Elle sentait les solvants et elle a admis qu'elle avait toujours une dépendance à leur égard. En février 1994, une ordonnance plaçait ce troisième enfant sous la tutelle permanente de l'Office.

Outre l'Office, les services sociaux de Winnipeg ont affecté une travailleuse sociale au cas de D.F.G. La déclaration sous serment de celle-ci a confirmé que, de 1992 à aujourd'hui, D.F.G. a été sous l'influence de solvants à de nombreuses occasions. Elle a déclaré avoir vu de la colle sèche sur le visage de D.F.G. et avoir décelé une forte odeur de colle lors des visites qu'elle a effectuées chez cette dernière. De surcroît, D.F.G. a refusé toutes les offres de traitement qui lui ont été faites pour l'aider à surmonter sa toxicomanie.

69

70

71

72

73

- 74 Developmental assessments performed on D.F.G.'s second and third children while in the custody of C.F.S. showed that both displayed signs of global developmental delay, a birth defect found in children exposed *in utero* to solvents.
- Il est ressorti d'évaluations du développement des deuxième et troisième enfants de D.F.G., faites alors qu'ils étaient sous la garde de l'Office, qu'ils souffraient tous les deux de retard de développement global, une déficience congénitale qu'on observe chez les enfants exposés à des solvants *in utero*.
- 75 On May 28, 1996, D.F.G. went to the hospital. She complained of extreme difficulty walking, loss of balance, weakness and nausea. She was thirteen and one half weeks pregnant with her fourth child. She had not received any prenatal care. D.F.G. was admitted to the Chemical Withdrawal Unit with a diagnosis of "solvent abuse with cerebellar disease and probable cognitive impairment". She was discharged from the hospital on June 6, 1996.
- Le 28 mai 1996, D.F.G. s'est rendue à l'hôpital. Elle a dit qu'elle avait énormément de difficulté à marcher, perdait l'équilibre, se sentait faible et avait la nausée. Elle était enceinte d'un quatrième enfant depuis treize semaines et demie. Elle n'avait encore reçu aucun soin prénatal. Elle a été admise à l'unité de sevrage des produits chimiques, après que l'on eut diagnostiqué chez elle [TRADUCTION] «un abus de solvants accompagné de problèmes cérébelleux et de déficience cognitive probable». Elle a reçu son congé de l'hôpital le 6 juin 1996.
- 76 D.F.G. was again admitted to hospital on June 27, 1996. She had been brought to hospital by ambulance as she had lost her coordination due to glue sniffing.
- D.F.G. a été admise de nouveau à l'hôpital le 27 juin 1996. Elle est arrivée à l'hôpital en ambulance parce qu'elle avait perdu sa coordination à cause de l'inhalation des vapeurs de colle.
- 77 After the last visit, the hospital advised C.F.S. that D.F.G. was pregnant and would deliver in December of 1996. A C.F.S. social worker met with D.F.G. at her home on July 18, 1996. D.F.G. said at that time that she would enter a residential treatment program for substance abuse. The worker returned to D.F.G.'s home on July 23, 1996 to facilitate her transport to the treatment facility. The worker's efforts were unsuccessful because when she arrived D.F.G. was obviously intoxicated, smelled strongly of solvent and refused to attend the treatment program.
- Après la dernière visite, l'hôpital a avisé l'Office que D.F.G. était enceinte et qu'elle accoucherait en décembre 1996. Une travailleuse sociale de l'Office a rencontré D.F.G., à la résidence de celle-ci, le 18 juillet 1996. D.F.G. lui a alors dit qu'elle suivrait un programme de traitement en établissement pour les toxicomanies. La travailleuse sociale s'est de nouveau rendue chez D.F.G. le 23 juillet 1996, pour faciliter son transport à l'établissement de traitement. Les efforts de la travailleuse sociale ont été vains, car à son arrivée, D.F.G. était manifestement intoxiquée, elle sentait fort le solvant et elle a refusé de suivre le programme de traitement.
- 78 On August 1, 1996, C.F.S. brought a motion before Schulman J. of the Manitoba Court of Queen's Bench for an order compelling D.F.G. to live at a place of safety and to refrain from consuming any intoxicating substance or drug. Schulman J. heard *viva voce* evidence from three witnesses and C.F.S. filed five other supporting affidavits.
- Le 1<sup>er</sup> août 1996, l'Office a soumis une requête au juge Schulman de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à D.F.G. de vivre dans un endroit sûr et de s'abstenir de consommer des substances intoxicantes ou de la drogue. Le juge Schulman a entendu la déposition de trois témoins et l'Office a présenté cinq affidavits à l'appui de la requête.



Ms. R., D.F.G.'s sister, testified that D.F.G. visited with her and stayed at her home from time to time. During the past six years D.F.G. had been sniffing solvents, and after having "sniffed up" she was dazed and smelt of solvent. Ms. R. testified about her concern for D.F.G.'s health. In her view, D.F.G. was getting worse, and could not resist glue sniffing. She was afraid that continued sniffing would kill her sister.

Another of D.F.G.'s sisters, Ms. F., gave evidence similar to that of Ms. R. She testified that D.F.G. had recently lost a lot of weight, and went days without eating. Ms. F. had recently seen D.F.G. in circumstances where she could hardly walk or talk.

Sheryl Ferguson, Co-ordinator of Family Services at St. Norbert Foundation, an alcohol and substance abuse treatment centre, testified that the St. Norbert Foundation was willing to take D.F.G. into its program immediately. She described the program, and its strong cultural content for aboriginals.

Dr. Laurie E. Hoeschen, the Medical Director of the Chemical Withdrawal Unit at the Health Sciences Centre in Winnipeg, testified by affidavit to the effects of glue sniffing on the abuser. She stated that substantial glue sniffing causes a multitude of acute effects such as nausea, vomiting, tremors, blurred vision, joint pain, chest pain, decreased level of consciousness, and seizures. The most severe effects are a progression to coma and respiratory or cardiac arrest, leading to death. Kidney, liver and bone marrow failure can also result from chronic use. The most important site of organ damage from glue sniffing is the brain. Substance abuse of the kind practised by D.F.G. could cause a decrease in her intellectual capacity. Dr. Hoeschen stated that there is considerable evidence that solvent abuse causes damage to the cerebellum, the part of the brain which controls motor coordination. The abuse could also cause peripheral neuropathy. The peripheral nerves which control the sensation and motor power in a person's arms

Madame R., la sœur de D.F.G., a témoigné que celle-ci lui rendait visite et demeurait chez elle, à l'occasion. Au cours des six dernières années, D.F.G. avait inhalé des solvants et, à chaque occasion, elle était abasourdie et sentait le solvant. Dans son témoignage, M<sup>me</sup> R. a exprimé ses inquiétudes en ce qui concerne l'état de santé de D.F.G. À son avis, l'état de santé de D.F.G. se dégradait et celle-ci ne pouvait s'empêcher d'inhaler de la colle. Elle craignait que sa sœur ne meure si elle continuait à inhaler de la colle.

Le témoignage d'une autre sœur de D.F.G., M<sup>me</sup> F., était semblable à celui de M<sup>me</sup> R. Elle a témoigné que D.F.G. avait récemment perdu beaucoup de poids et qu'elle passait des journées entières sans manger. Madame F. avait récemment vu D.F.G. dans un état où elle pouvait à peine marcher ou parler.

Sheryl Ferguson, coordonnatrice des services à la famille à la St. Norbert Foundation, un centre de traitement pour alcooliques et toxicomanes, a témoigné que son organisme était prêt à intégrer immédiatement D.F.G. dans son programme. Elle a décrit le programme, mentionnant son important contenu culturel autochtone.

Le D<sup>r</sup> Laurie E. Hoeschen, directrice médicale de l'unité de sevrage des produits chimiques du Centre des sciences de la santé de Winnipeg, a décrit, dans un affidavit, les effets de l'inhalation de la colle. Elle a dit que l'inhalation de quantités importantes de vapeurs de colle engendrait une multitude d'effets aigus tels la nausée, le vomissement, les tremblements, la vision floue, la douleur articulaire, la douleur thoracique, la diminution du niveau de conscience et les crises. Les effets les plus graves sont la progression vers le coma et l'arrêt respiratoire ou cardiaque, provoquant le décès. L'usage chronique peut également donner lieu à une insuffisance rénale, hépatique et médullaire. L'organe le plus touché par l'inhalation de colle est le cerveau. L'abus de substances intoxicantes comme celui de D.F.G. pouvait engendrer une diminution de ses facultés intellectuelles. Le D<sup>r</sup> Hoeschen a dit qu'un nombre considérable d'études démontraient que l'abus de solvants causait des dommages au cervelet, la partie du cerveau

79

80

81

82

and legs can be damaged to the point where there is loss of sensation and generalized muscle weakness. Dr. Hoeschen further deposed that solvents take a long time to leave the body, particularly the brain. She stated that substance abuse causes considerable cognitive impairment, and it continues for some time after the abuse stops.

qui contrôle la coordination motrice. Il se pouvait également que l'inhalation de solvants engendre une neuropathie périphérique. Les nerfs périphériques qui contrôlent la sensation et la force motrice des bras et des jambes peuvent être endommagés au point d'engendrer une perte de sensation et une diminution généralisée de la force musculaire. Le D<sup>r</sup> Hoeschen a également affirmé que l'élimination des solvants de l'organisme, et en particulier du cerveau, était très lente. Elle a dit que l'abus de substances intoxicantes engendrait une déficience cognitive considérable, qui se prolongeait pendant un certain temps après l'arrêt de la consommation.

83 Dr. Albert Chudley, Head of the Section of Genetics and Metabolism at the Health Sciences Centre and a Professor of the Department of Pediatrics and Child Health and the Department of Human Genetics, stated in his affidavit that organic solvents used by chronic sniffers are neurotoxic to the brain of the foetus. Children exposed *in utero* to such substances may exhibit central nervous system dysfunction, developmental delay, attention deficit disorder and microcephaly. Experimental studies have shown that chronic exposure to solvents can lead to retardation of fetal growth and development and to fetal death. Dr. Chudley testified that the critical period for the development of the central nervous system in humans is in the first 16 weeks after conception. The central nervous system is, however, sensitive to a variety of toxic exposures until birth. Dr. Chudley stated that any reduction of toxic exposure during pregnancy would reduce the central nervous system damage.

Le D<sup>r</sup> Albert Chudley, chef du service de la génétique et du métabolisme au Centre des sciences de la santé et professeur au département de pédiatrie et de santé infantile ainsi qu'au département de génétique humaine, a dit dans son affidavit que les solvants organiques utilisés par les usagers à répétition étaient neurotoxiques pour le cerveau du fœtus. Les enfants exposés *in utero* à de telles substances peuvent souffrir de dysfonctionnement du système nerveux central, de retard de développement, de trouble déficitaire de l'attention et de microcéphalie. Des études expérimentales ont démontré que l'exposition chronique aux solvants pouvait provoquer un retard de croissance et de développement intra-utérins et la mort du fœtus. Le D<sup>r</sup> Chudley a témoigné que la période critique de développement du système nerveux central chez l'être humain se situe au cours des 16 premières semaines suivant la conception. Le système nerveux central, cependant, est sensible à l'exposition à divers produits toxiques, et ce jusqu'à la naissance. Le D<sup>r</sup> Chudley a dit que toute diminution de l'exposition à des produits toxiques pendant la grossesse atténuerait les dommages causés au système nerveux central.

84 Schulman J. granted C.F.S.'s motion, ordering that D.F.G. remain at a place of safety and refrain from the use of intoxicating substances until the birth of her child: (1996), 111 Man. R. (2d) 219, 138 D.L.R. (4th) 238, [1996] 10 W.W.R. 95, [1996] M.J. No. 386 (QL). On August 6, 1996, D.F.G. entered the hospital so that her withdrawal

Le juge Schulman a accueilli la requête de l'Office et il a enjoint à D.F.G. de demeurer dans un endroit sûr et de s'abstenir de consommer des substances intoxicantes jusqu'à la naissance de son enfant: (1996), 111 Man. R. (2d) 219, 138 D.L.R. (4th) 238, [1996] 10 W.W.R. 95, [1996] M.J. n° 386 (QL). Le 6 août 1996, D.F.G. a été admise à

from solvents could be safely monitored. The order was stayed by Helper J.A. of the Manitoba Court of Appeal on August 8, 1996. However, D.F.G. chose to voluntarily continue treatment in the hospital, and remained there until she was discharged by her physician on August 14, 1996.

After her discharge, D.F.G. went to live with her sister, Ms. R. D.F.G.'s family and the child's father all agreed to provide support and encouragement in an effort to prevent D.F.G. from resuming solvent abuse. C.F.S. introduced a teaching homemaker to D.F.G. and arranged for a public health nurse to visit regularly. The teaching homemaker provided advice on parenting skills and encouragement in the hope that D.F.G. would remain drug free.

The appeal from Schulman J.'s order was heard by the Manitoba Court of Appeal on August 20, 1996 and allowed on September 12, 1996: (1996), 113 Man. R. (2d) 3, 131 W.A.C. 3, 138 D.L.R. (4th) 254, [1996] 10 W.W.R. 111, [1996] M.J. No. 398 (QL).

On December 6, 1996, D.F.G. delivered a baby boy who appeared to be physically healthy. She and her child were discharged from the hospital on December 18, 1996. Since that date 24-hour in-home support has been provided to assist her in parenting the child. The evidence, at the date of this hearing, was that D.F.G. no longer abused solvents.

#### B. *Additional Facts*

Several of the interveners submitted material on the prevalence of mental and physical disabilities in children as a result of substance abuse by their mothers while pregnant. Some of this evidence focused on the "crisis situation" in many aboriginal communities. The following is a brief summary:

l'hôpital afin que son sevrage puisse être effectué sous surveillance dans un environnement sûr. L'ordonnance a été suspendue par le juge Helper de la Cour d'appel du Manitoba le 8 août 1996. Cependant, D.F.G. a décidé de son plein gré de poursuivre le traitement à l'hôpital et elle y est demeurée jusqu'à ce qu'elle reçoive congé de son médecin, le 14 août 1996.

Après sa sortie de l'hôpital, D.F.G. a emménagé chez sa sœur, M<sup>me</sup> R. Les membres de la famille de D.F.G. et le père de l'enfant ont tous convenu d'appuyer et d'encourager cette dernière pour l'aider à ne pas recommencer à inhaler des solvants. L'Office a présenté un éducateur en enseignement ménager à D.F.G. et pris des dispositions pour qu'une infirmière de santé publique lui rende périodiquement visite. L'éducateur en enseignement ménager lui a prodigué des conseils sur son rôle parental et l'a encouragée, dans l'espoir qu'elle ne reprenne plus de drogue.

L'appel de l'ordonnance du juge Schulman a été entendu par la Cour d'appel du Manitoba le 20 août 1996 et a été accueilli le 12 septembre 1996: (1996), 113 Man. R. (2d) 3, 131 W.A.C. 3, 138 D.L.R. (4th) 254, [1996] 10 W.W.R. 111, [1996] M.J. n<sup>o</sup> 398 (QL).

Le 6 décembre 1996, D.F.G. a donné naissance à un garçon qui paraissait en bonne santé physique. D.F.G. et son enfant ont reçu leur congé de l'hôpital le 18 décembre 1996. Depuis ce jour-là, elle bénéficie, jour et nuit, d'un soutien à domicile pour l'aider à prendre soin de l'enfant. Il ressort de la preuve, en date de l'audition du présent pourvoi, que D.F.G. n'inhalait plus de solvants.

#### B. *Faits supplémentaires*

Plusieurs des intervenants ont déposé des documents concernant la prévalence des incapacités mentales et physiques parmi les enfants dont la mère consommait des substances intoxicantes pendant sa grossesse. Certains de ces documents portaient principalement sur la «situation de crise» qui règne dans plusieurs collectivités autochtones. En voici un bref résumé:

85

86

87

88

- (i) There is clear and overwhelming evidence that abuse of substances (alcohol, solvents, gasoline, etc.) by pregnant women can lead to fetal alcohol syndrome (“FAS”) or fetal alcohol effects (“FAE”). Moffatt et al. in *Fetal Alcohol Syndrome, Fetal Alcohol Effects and the Impact of Alcohol Exposure during Pregnancy on School Performance and Behavior in School-age Children in a First Nation Community* (November 1996 (the “Moffatt Report”)), comment, at p. 4, that:

Children of women who drink heavily during pregnancy are at risk for a cluster of anomalies which include central nervous system dysfunction leading to developmental and cognitive impairment, growth deficiency and minor facial anomalies as well as a host of associated major and minor anomalies of many different systems. . . .

The tragedy of the lives of FAS children is all too well documented in the popular book “The Broken Cord” by Dorris. They have learning problems and difficulty with ordinary social relationships. They have special problems anticipating the consequences of their actions. They frequently have poor concentration and hyperactive behaviour. . . . [T]he most consistent cognitive defect is in the area of mathematical skills, but complex reasoning and visual memory are also commonly affected. . . . Their personalities often lead them into situations where they are exploited sexually and in other ways.

- (ii) The Manitoba Children and Youth Secretariat in *Strategy Considerations for Developing Services for Children and Youth* (March 1997), describes FAS, at p. 15, as “the leading preventable cause of mental disability in the western world”. It continues, at p. 21:

It is estimated that worldwide, 2 of every 1,000 babies born are affected by FAS. Though there are no accurate figures for the incidence of FAS/FAE [fetal alcohol effects] in Manitoba. The estimate is anywhere from 2 to forty per 1,000 live births, with the

- (i) Une preuve abondante démontre clairement que l’abus de substances intoxicantes (alcool, solvants, essence, etc.) par des femmes enceintes peut engendrer le syndrome d’alcoolisme fœtal («le SAF») ou les effets de l’alcool sur le fœtus («les EAF»). Les auteurs Moffatt et autres, dans leur ouvrage *Fetal Alcohol Syndrome, Fetal Alcohol Effects and the Impact of Alcohol Exposure during Pregnancy on School Performance and Behavior in School-age Children in a First Nation Community* (novembre 1996 («le rapport Moffatt»)), font remarquer, à la p. 4, que:

[TRADUCTION] Les enfants de femmes qui boivent beaucoup pendant la grossesse courent le risque de souffrir de toute une gamme d’anomalies, dont la dysfonction du système nerveux central, qui engendre un retard de développement et une déficience cognitive, le retard de croissance et des anomalies faciales légères, de même que toute une série d’anomalies connexes importantes et légères qui touchent plusieurs systèmes différents . . .

Le drame des enfants souffrant du SAF n’est que trop bien décrit dans l’ouvrage populaire de Dorris intitulé «The Broken Cord». Ces enfants ont des problèmes d’apprentissage et de la difficulté à entretenir des relations sociales normales. Ils éprouvent des difficultés particulières à anticiper les conséquences de leurs actes. Ils ont souvent du mal à se concentrer et ont un comportement hyperactif [. . .] Le déficit cognitif dont ils souffrent le plus souvent se situe au niveau des mathématiques, mais il n’est pas rare que leur faculté de faire des raisonnements complexes et leur mémoire visuelle soient également touchées [. . .] En raison de leur personnalité, ils se retrouvent souvent dans des situations où ils font l’objet de diverses formes d’exploitation, dont l’exploitation sexuelle.

- (ii) Le Manitoba Children and Youth Secretariat, dans *Strategy Considerations for Developing Services for Children and Youth* (mars 1997), qualifie le SAF, à la p. 15, de [TRADUCTION] «cause évitable principale d’incapacité mentale en Occident». Il poursuit, à la p. 21:

[TRADUCTION] On estime qu’à l’échelle mondiale, deux nouveaux-nés sur 1 000 souffrent du SAF. Cependant, il n’existe pas de données précises en ce qui concerne l’incidence du SAF-EAF [effets de l’alcool sur le fœtus] au Manitoba. Les évaluations

highest incidence being among First Nations children, where as many as 20% may be affected.

See also *Joint Statement: Prevention of Fetal Alcohol Syndrome (FAS) and Fetal Alcohol Effects (FAE) in Canada* (October 1996), at p. 4; and, *Foetal Alcohol Syndrome: A Preventable Tragedy*, Report of the Standing Committee on Health and Welfare, Social Affairs, Seniors and the Status of Women (June 1992), at p. 2. While most of the available studies on substance abuse during pregnancy relate to alcohol abuse, the evidence is that compounds in other substances, such as the solvents to which the respondent was addicted, are known to be neurotoxic to both the adult and fetal brain.

- (iii) In addition to the direct health implications that substance abuse has on the body and mind of the foetus, there are many secondary disabilities associated with children born suffering from their mother's abuse. The University of Washington School of Medicine has documented these secondary disabilities during a recent study of 473 clients with FAS/FAE: A. Streissguth et al., *Understanding the Occurrence of Secondary Disabilities in Clients with Fetal Alcohol Syndrome (FAS) and Fetal Alcohol Effects (FAE)* (August 1996). They found that over 90 percent of the clients studied had mental health problems; 60 percent of those 12 years or older had been suspended or expelled from school or had dropped out of school; 60 percent of those 12 or over had been in trouble with the law; 50 percent of those 12 or over had been in "confinement", that is, for mental health or alcohol problems or as incarceration for a crime; 50 percent of those 12 or over had exhibited inappropriate sexual behaviour; and 30 percent of those 12 or over had alcohol or drug problems. Another significant finding of the study is that only 7 of the 90 adults (age 21 or over) were able to live independently and

varient de 2 à 40 pour 1 000 naissances vivantes et ce sont les enfants autochtones qui présentent le plus haut taux d'incidence, car il se peut que jusqu'à 20 % d'entre eux en souffrent.

Voir également *Déclaration conjointe: Prévention du syndrome d'alcoolisme fœtal (SAF) et des effets de l'alcool sur le fœtus (EAF) au Canada* (octobre 1996), à la p. 4; et *Syndrome d'alcoolisme fœtal: une tragédie évitable*, Rapport du Comité permanent de la santé et du bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et de la condition féminine (juin 1992), à la p. 2. Bien que la plupart des études publiées sur l'abus de substances intoxicantes pendant la grossesse portent sur la consommation excessive d'alcool, il a été établi que les composés d'autres substances tels les solvants à l'égard desquels l'intimée était dépendante, étaient neurotoxiques tant pour le cerveau de l'adulte que celui du fœtus.

- (iii) S'ajoutent aux répercussions directes de l'abus de substances intoxicantes sur la santé physique et mentale du fœtus, les nombreuses incapacités secondaires constatées chez les enfants qui souffrent à la naissance de l'intoxication de leur mère. L'École de médecine de l'université de Washington a documenté ces incapacités secondaires dans une étude récente menée auprès de 473 personnes ayant souffert du SAF et d'EAF: A. Streissguth et autres, *Understanding the Occurrence of Secondary Disabilities in Clients with Fetal Alcohol Syndrome (FAS) and Fetal Alcohol Effects (FAE)* (août 1996). On a conclu que plus de 90 pour 100 des personnes examinées souffraient de troubles mentaux; 60 pour 100 des personnes âgées de 12 ans ou plus ont été temporairement exclues ou renvoyées de l'école ou bien ont abandonné leurs études; 60 pour 100 des personnes âgées de 12 ans ou plus ont eu des démêlés avec la justice; 50 pour cent des personnes âgées de 12 ans ou plus ont été «internées» en raison de troubles mentaux, de problèmes d'alcool ou à titre d'emprisonnement pour avoir commis un acte criminel; 50 pour 100 des personnes âgées de 12 ans ou plus ont déjà eu un comportement

were without employment problems. It goes without saying that the tragedy of FAS/FAE is felt not just by its immediate victims, but is also born by society as a whole.

- (iv) The tragedy of FAS and FAE is particularly felt in aboriginal communities. The Manitoba Tribal Council NADAP Coordinators and Treatment Directors Committee responded to the Moffatt Report in part by stating that:

There is documented confirmation that the FAS/E rates on Reserve — 17 in 179 . . . are disturbingly higher than the provincial average of 1 in 600. . . . The information is telling use [*sic*] there is a crisis for these children and their families. There is no indication the rate will slow down.

The Royal Commission on Aboriginal Peoples recorded the following testimony, in vol. 3, *Gathering Strength* (1996), at pp. 132-33:

Children with FAS or FAE are often difficult babies, especially if they are withdrawing from the alcohol that surrounded them in the (womb). If the mothers are still actively abusing alcohol, these children are often subject to attachment breaks, abuse, and/or neglect, and they often become involved with the child welfare system as foster or adopted children.

They are hard to care for, their disability is not understood, there are many peer and social pressures, no skills to fall back on. . . . Currently we believe many adults (who were born) with FAS/FAE are either on the street or in jail.

sexuel déviant; et 30 pour 100 des personnes âgées de 12 ans ou plus souffraient de problèmes d'alcool ou de drogue. Une autre importante conclusion de l'étude est que seulement 7 des 90 adultes (les personnes âgées de 21 ans ou plus) examinés étaient en mesure de vivre de façon indépendante et n'avaient pas de problèmes d'emploi. Il va sans dire que l'effet tragique du SAF et des EAF se fait sentir non seulement parmi ses victimes immédiates, mais également dans l'ensemble de la société.

- (iv) L'effet tragique du SAF et des EAF se fait particulièrement sentir au sein des collectivités autochtones. Le Manitoba Tribal Council NADAP Coordinators and Treatment Directors Committee a répondu en partie au rapport Moffatt en déclarant ce qui suit:

[TRADUCTION] Des documents confirment que les taux de SAF et des EAF dans la réserve, soit 17 cas sur 179 [. . .] excèdent de manière inquiétante la moyenne provinciale qui s'établit à 1 cas sur 600 [. . .] Cette information nous permet de constater que ces enfants et familles vivent une situation de crise. Or, rien ne laisse présager une diminution de ces taux.

La Commission royale sur les peuples autochtones a entendu les témoignages suivants, reproduits dans le volume 3 de son rapport intitulé *Vers un ressourcement* (1996), à la p. 149:

[TRADUCTION] Les enfants qui souffrent du SAF ou de l'EAF sont souvent des bébés difficiles, en particulier lorsqu'ils commencent à être privés de l'alcool dans lequel ils baignaient dans le ventre de leur mère. Souvent, si leur mère continue de boire de façon excessive, ils deviennent victimes de rejet, de violence ou de négligence, et ils sont alors pris en charge par le système de protection de l'enfance et placés dans des familles d'accueil ou d'adoption.

[TRADUCTION] Ils sont difficiles à soigner, leur incapacité n'est pas comprise, ils sont soumis à de nombreuses pressions de leurs pairs et de la société, ils n'ont aucune compétence sur laquelle compter. [. . .] Nous croyons qu'actuellement, beaucoup d'adultes souffrant du SAF-EAF sont dans la rue ou derrière les barreaux.

The Manitoba Tribal Council NADAP Coordinators and Treatment Directors Committee urged “strategies to intervene and prevent FAS/E”.

- (v) The interveners Southeast Child and Family Services and West Region Child and Family Services are aboriginal child and family service agencies responsible for delivering services to 18 First Nation communities in Manitoba. These parties intervened, in part, to urge upon this Court the creation of a legal remedy to use in their fight against FAS/FAE. These interveners submitted that such a remedy would be consistent with the aboriginal world view, and that the common law should be expanded to help alleviate what is particularly an aboriginal problem.

## II. Judgments Below

The trial judge ordered the respondent detained for treatment first as she was suffering from a medical disorder within the meaning of the Manitoba *Mental Health Act*, R.S.M. 1987, c. M110, and second on the court’s *parens patriae* power that permits it to act in place of the parent for the protection of the child.

The Manitoba Court of Appeal reversed the trial judge for the reasons carefully summarized in the reasons of McLachlin J.

## III. Analysis

### A. *Introduction*

The law of this country is consistent with the grant of a remedy in this case. The *parens patriae* jurisdiction of the superior courts is of undefined and undefinable breadth. This Court’s decision in *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388, indicates that inherent power resides in the provincial superior courts to act on behalf of those who cannot act to protect themselves. A foetus suffering from its

Le Manitoba Tribal Council NADAP Coordinators and Treatment Directors Committee a réclamé [TRADUCTION] «des stratégies d’intervention et de prévention du SAF et des EAF».

- (v) Les intervenants, Southeast Child and Family Services et West Region Child and Family Services, fournissent des services aux enfants et familles de 18 collectivités autochtones du Manitoba. Ils sont intervenus en partie pour demander à notre Cour de créer un recours en justice dont ils pourraient se servir dans la lutte qu’ils mènent contre le SAF et les EAF. Ces intervenants ont soutenu qu’un tel recours serait compatible avec la vision du monde des autochtones et qu’il y avait lieu de faire évoluer la common law afin de favoriser la résolution d’un problème qui concerne particulièrement les autochtones.

## II. Les jugements des instances inférieures

Le juge du procès a ordonné que l’intimée soit détenue afin de subir un traitement étant donné premièrement qu’elle souffrait de troubles visés par la *Loi sur la santé mentale*, R.S.M. 1987, ch. M110, du Manitoba et deuxièmement que la compétence *parens patriae* de la cour l’autorisait à agir à la place du père ou de la mère pour protéger l’enfant.

89

La Cour d’appel du Manitoba a annulé l’ordonnance du juge du procès pour des motifs que le juge McLachlin a soigneusement résumés dans ses motifs.

90

## III. Analyse

### A. *Introduction*

La loi en vigueur au pays est compatible avec l’octroi d’une réparation en l’espèce. La portée de la compétence *parens patriae* des cours supérieures est indéfinie et indéfinissable. Il ressort de l’arrêt de notre Cour *E. (M<sup>me</sup>) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, que les cours supérieures des provinces ont le pouvoir inhérent d’agir pour le compte de ceux qui ne peuvent prendre soin d’eux-

91

mother's abusive behaviour is particularly within this class and deserves protection.

92 It has been submitted, however, that a foetus acquires no actionable rights in our law until it is born alive. In my view, the "born alive" rule, as it is known, is a common law evidentiary presumption rooted in rudimentary medical knowledge that has long since been overtaken by modern science and should be set aside for purpose of this appeal.

93 This means that a superior court, on proper motion, should be able to exercise its *parens patriae* jurisdiction to restrain a mother's conduct when there is a reasonable probability of that conduct causing serious and irreparable harm to the foetus within her. While the granting of this type of remedy may interfere with the mother's liberty interests, in my view, those interests must bend when faced with a situation where devastating harm and a life of suffering can so easily be prevented. In any event, this interference is always subject to the mother's right to end it by deciding to have an abortion.

94 The arguments against state intervention are that it improperly interferes with the rights of the mother, that there are innumerable hazards to safe pregnancies, and that the state should not impose health standards on adults without consent. Those arguments are answerable.

95 Once the mother decides to bear the child the state has an interest in trying to ensure the child's health. What circumstances permit state intervention? The "slippery slope" argument was raised that permitting state intervention here would impose a standard of behaviour on all pregnant women. Questions were raised about women who smoked, who lived with a smoker, who ate unhealthy diets, etc. In response to the query of where a reasonable line should be drawn it was

mêmes. Or, le fœtus qui souffre en raison du comportement abusif de sa mère fait précisément partie de cette catégorie et il mérite cette protection.

Il a été soutenu, cependant, que dans notre système juridique, le fœtus n'acquiert aucun droit d'action avant la naissance vivante de l'enfant. À mon avis, le principe de la «naissance vivante», comme on l'appelle, est une présomption de common law en matière de preuve qui tire son origine de connaissances médicales rudimentaires dépassées depuis longtemps grâce à l'avènement de la science moderne et qui devrait être écartée pour les fins du présent pourvoi.

Cela signifie qu'une cour supérieure saisie d'une requête à cet effet, devrait pouvoir exercer sa compétence *parens patriae* pour empêcher la mère de se livrer à certaines activités lorsqu'il existe une probabilité raisonnable que son comportement cause un préjudice grave et irréparable au fœtus qu'elle porte. Bien que l'octroi d'une telle réparation puisse porter atteinte au droit à la liberté de la mère, à mon avis, ce droit doit fléchir dans un cas où il est si facile de prévenir un préjudice dévastateur et toute une vie de souffrances. De toute façon, une telle atteinte est toujours assujettie au droit de la mère de décider de mettre fin à sa grossesse en se faisant avorter.

Les arguments défavorables à l'intervention de l'État sont qu'une telle intervention porte indûment atteinte aux droits de la mère, que d'innombrables risques empêchent les femmes d'avoir des grossesses sûres et que l'État ne devrait pas imposer de normes de santé à des adultes sans leur consentement. Il est possible de répondre à ses arguments.

Une fois que la mère a décidé de porter l'enfant, l'État a le droit d'essayer d'assurer la santé de ce dernier. Dans quelles circonstances l'État peut-il intervenir? L'on a fait valoir l'argument dit «doigt dans l'engrenage» selon lequel le fait de permettre à l'État d'intervenir en l'espèce imposerait une norme de comportement à toutes les femmes enceintes. Des questions ont été soulevées à propos des femmes qui fument, de celles qui vivent avec des fumeurs, de celles qui ont une alimentation



submitted that the pen should not even be lifted. This approach would entail the state to stand idly by while a reckless and/or addicted mother inflicts serious and permanent harm on to a child she had decided to bring into the world.

There can be no general formula and each case must be decided on its own facts. However, as a minimum to justify intervention the following thresholds have to be met:

- (1) The woman must have decided to carry the child to term.
- (2) Proof must be presented to a civil standard that the abusive activity will cause serious and irreparable harm to the foetus.
- (3) The remedy must be the least intrusive option.
- (4) The process must be procedurally fair.

These points are expanded below.

#### B. *Breadth of Parens Patriae Jurisdiction*

The order made by Schulman J. was within the court's inherent jurisdiction in wardship matters, a subset of the *parens patriae* jurisdiction.

In *Eve, supra*, this Court faced a different issue, a mother's request for a court order authorizing the sterilization of her mentally incompetent daughter. In determining this question La Forest J. examined the history and scope of the *parens patriae* jurisdiction. His reasons explain the undefined and undefinable breadth of the power of the court in this area. He approved of *Wellesley v. Wellesley* (1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078, a case that held the inherent jurisdiction over children extended "as far as is necessary for protection and education" (p. 1083), and stated, at p. 411 that:

malsaine, etc. En réponse à la question de savoir quelle limite raisonnable il faudrait fixer, on a soutenu qu'il ne fallait même pas tenter de le faire. Un tel point de vue signifierait que l'État demeure passif pendant qu'une mère insouciante ou toxicomane inflige un préjudice grave et permanent à l'enfant auquel elle a décidé de donner naissance.

Il ne peut y avoir de formule générale et chaque cas est un cas d'espèce. Cependant, il doit être satisfait aux conditions préliminaires suivantes pour qu'une intervention soit justifiée:

- (1) La femme doit avoir décidé de mener la grossesse à terme.
- (2) Il doit être établi, selon la norme de preuve applicable au civil, que l'abus causera un préjudice grave et irréparable au foetus.
- (3) La réparation accordée doit être la moins attentatoire possible.
- (4) Le processus doit respecter l'équité procédurale.

Ces éléments sont développés plus loin.

#### B. *Portée de la compétence parens patriae*

L'ordonnance rendue par le juge Schulman relevait de la compétence inhérente de la cour en matière de tutelle, une composante de la compétence *parens patriae*.

Dans *Eve*, précité, notre Cour était saisie d'une question différente, car une mère demandait une ordonnance judiciaire autorisant la stérilisation de sa fille qui était atteinte d'incapacité mentale. Pour trancher cette question, le juge La Forest a examiné l'évolution et la portée de la compétence *parens patriae*. Dans ses motifs, il a expliqué la portée indéfinie et indéfinissable du pouvoir des tribunaux dans ce domaine. Il a étayé ses motifs en citant l'arrêt *Wellesley c. Wellesley* (1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078, selon lequel la compétence inhérente à l'égard des enfants s'étendait [TRADUCTION] «aussi loin que ce qui est nécessaire pour assurer la protection et l'éducation» (p. 1083) et il a dit, à la p. 411:

96

97

98

It continues to this day, and even where there is legislation in the area, the courts will continue to use the *parens patriae* jurisdiction to deal with unanticipated situations where it appears necessary to do so for the protection of those who fall within its ambit; see *Beson v. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 S.C.R. 716.

It was argued before us, however, that there was no precedent where the Lord Chancellor had exercised the *parens patriae* jurisdiction to order medical procedures of any kind. As to this, I would say that lack of precedent in earlier times is scarcely surprising having regard to the state of medical science at the time. Nonetheless, it seems clear from *Wellesley v. Wellesley*, *supra*, that the situations in which the courts can act where it is necessary to do so for the protection of mental incompetents and children have never been, and indeed cannot, be defined. I have already referred to the remarks of Lord Redesdale. To these may be added those of Lord Manners who, at Bli. pp. 142-43, and 1085, respectively, expressed the view that "It is . . . impossible to say what are the limits of that jurisdiction; every case must depend upon its own circumstances".

99

La Forest J. noted the comments of both the motions judge and Lord Denning, M.R., in the Court of Appeal in the case of *Re X (a minor)*, [1975] 1 All E.R. 697. Their discussion of the *parens patriae* jurisdiction in wardship matters is particularly lucid. Latey J., the motions judge, characterized the jurisdiction as follows (at p. 699):

On the first of the two questions already stated, it is argued for the defendants, first, that because the wardship jurisdiction has never been involved in any case remotely resembling this, the court, though theoretically having jurisdiction, should not entertain the application, but bar it in limine. I do not accept that contention. It is true that this jurisdiction has not been invoked in any such circumstances. I do not know whether they have arisen before or, if they have, whether anyone has thought of having recourse to this jurisdiction. But I can find nothing in the authorities to which I have been referred by counsel or in my own researches to suggest that there is any limitation in the theoretical scope of this jurisdiction; or, to put it another way, that the jurisdiction can only be invoked in the categories of cases in which it has hitherto been invoked, such as custody, care and control, protection of property, health

Elle s'applique encore aujourd'hui et même lorsqu'il existe un texte législatif dans le domaine, les tribunaux continueront à utiliser la compétence *parens patriae* pour traiter des situations non visées lorsqu'il paraît nécessaire de le faire pour protéger ceux qui relèvent de sa portée; voir *Beson c. Director of Child Welfare (T.-N.)*, [1982] 2 R.C.S. 716.

Toutefois, on a soutenu devant nous, qu'il n'y avait aucun précédent où le lord chancelier avait exercé la compétence *parens patriae* pour ordonner quelques genres de soins médicaux que ce soit. En ce qui concerne cet argument, il convient de dire que l'absence de jurisprudence n'est pas surprenante compte tenu de l'état de la médecine à ce moment-là. Néanmoins, il ressort clairement de l'arrêt *Wellesley v. Wellesley*, précité, que les situations dans lesquelles les tribunaux peuvent agir lorsqu'il est nécessaire de le faire pour protéger les personnes atteintes de déficience mentale et les enfants n'ont jamais été définies et en fait ne peuvent l'être. J'ai déjà mentionné les remarques de lord Redesdale. On peut y ajouter celle de lord Manners qui, à Bli. aux pp. 142, 143 et E.R. 1085, a exprimé l'opinion que [TRADUCTION] «Il est . . . impossible de dire quelles sont les limites de cette compétence; chaque cas est un cas d'espèce».

Le juge La Forest a souligné les commentaires du juge des requêtes et ceux du maître des rôles, lord Denning, en Cour d'appel, dans l'affaire *Re X (a minor)*, [1975] 1 All E.R. 697. Leur analyse de la compétence *parens patriae* en matière de tutelle est particulièrement éclairante. Le juge Latey, juge des requêtes, a qualifié la compétence de la manière suivante (à la p. 699):

[TRADUCTION] À l'égard de la première des deux questions déjà énoncées, les défendeurs soutiennent d'abord que, parce que la compétence en matière de tutelle n'a jamais été mise en cause dans une affaire qui ressemble de loin à l'espèce, la cour, bien qu'étant théoriquement compétente, ne devrait pas entendre la demande mais la refuser dès le départ. Je n'accepte pas cet argument. Il est vrai que cette compétence n'a pas été invoquée dans de telles circonstances. Je ne sais pas si elles se sont déjà présentées ou, si cela a été le cas, si on n'a pas pensé à avoir recours à cette compétence. Toutefois, je ne trouve rien dans la jurisprudence que m'a mentionnée l'avocat ou dans le fruit de mes propres recherches qui laisse entendre qu'il existe une limite à la portée théorique de cette compétence; ou, pour le dire autrement, que la compétence ne peut être invoquée que dans les catégories d'affaires dans lesquelles elle a été

problems, religious upbringing, and protection against harmful associations. That list is not exhaustive. On the contrary, the powers of the court in this particular jurisdiction have always been described as being of the widest nature. That the courts are available to protect children from injury whenever they properly can is no modern development.

Latey J. restated the proposition that an order under *parens patriae* could also be made to forestall anticipated harm. He relied upon *Chambers of Infancy* (1842), at p. 20:

And the Court will interfere not merely on the ground of an injury actually done, or attempted against the infant's person or property; but also if there be any likelihood of such an occurrence, or even an apprehension or suspicion of it.

Lord Denning, in the Court of Appeal's decision in the same case, agreed with Latey J.'s statement of the law, at p. 703:

No limit has ever been set to the jurisdiction. It has been said to extend 'as far as necessary for protection and education': see *Wellesley v Wellesley* by Lord Redesdale. The court has power to protect the ward from any interference with his or her welfare, direct or indirect.

La Forest J. adopted these statements of the law, and considered in some detail the case law surrounding the imposition of medical treatment, particularly the forced sterilization of mental incompetents, under the *parens patriae* jurisdiction. In summarizing his opinion on the *parens patriae* jurisdiction he stated, at pp. 425-27:

From the earliest time, the sovereign, as *parens patriae*, was vested with the care of the mentally incompetent. This right and duty, as Lord Eldon noted in *Wellesley v. Duke of Beaufort*, *supra* at 2 Russ., at p. 20, 38 E.R., at p. 243 is founded on the obvious necessity that the law should place somewhere the care of persons who are not able to take care of themselves. In early England, the *parens patriae* jurisdiction was confined to mental incompetents, but its *rationale* is obviously applicable

invoquée jusqu'ici, comme la garde, le contrôle, la protection des biens, les problèmes de santé, l'éducation religieuse et la protection contre les relations dangereuses. Cette liste n'est pas exhaustive. Au contraire, les pouvoirs de la cour à l'égard de cette compétence particulière ont toujours été décrits comme étant de la nature la plus large. Le fait que les tribunaux puissent protéger les enfants contre des préjudices chaque fois qu'ils le peuvent n'est pas une évolution moderne.

Le juge Latey a répété la proposition selon laquelle une ordonnance fondée sur la compétence *parens patriae* pouvait également être rendue pour prévenir un préjudice anticipé. Il s'est appuyé sur l'ouvrage *Chambers of Infancy* (1842), à la p. 20:

[TRADUCTION] Et la Cour n'interviendra pas seulement dans le cas d'un préjudice effectivement causé à la personne ou aux biens du mineur ou en cas de tentative; mais également s'il y a une probabilité qu'une telle chose se produise ou même une crainte ou des soupçons qu'elle se produise.

Lord Denning, dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans cette affaire, a souscrit à l'énoncé du droit formulé par le juge Latey, à la p. 703:

[TRADUCTION] Aucune limite n'a jamais été établie à l'égard de la compétence. On a dit qu'elle s'étendait «aussi loin que ce qui est nécessaire pour assurer la protection et l'éducation»: voir *Wellesley c Wellesley*, lord Redesdale. La cour a le pouvoir de protéger le pupille contre toute ingérence à l'égard de son bien-être, directe ou indirecte.

Le juge La Forest a repris ces énoncés de droit et a examiné de façon assez approfondie la jurisprudence concernant l'obligation de se soumettre à un traitement médical, en particulier la stérilisation forcée des personnes atteintes d'incapacité mentale en vertu de la compétence *parens patriae*. En résumant son opinion au sujet de la compétence *parens patriae*, il a dit, aux pp. 425 à 427:

Depuis très longtemps, le souverain, à titre de *parens patriae*, est chargé de prendre soin des déficients mentaux. Ce droit et ce devoir, comme lord Eldon l'a souligné dans *Wellesley v. Duke of Beaufort*, précité à 2 Russ., à la p. 20, 38 E.R., à la p. 243, sont fondés sur la nécessité évidente qu'en droit quelqu'un doit avoir soin des personnes qui ne sont pas en mesure de prendre soin d'elles-mêmes. Au début de l'histoire de l'Angleterre, la compétence *parens patriae* visait uniquement les défi-

to children and, following the transfer of that jurisdiction to the Lord Chancellor in the seventeenth century, he extended it to children under wardship, and it is in this context that the bulk of the modern cases on the subject arise. The *parens patriae* jurisdiction was later vested in the provincial superior courts of this country, and in particular, those of Prince Edward Island.

The *parens patriae* jurisdiction is, as I have said, founded on necessity, namely the need to act for the protection of those who cannot care for themselves. The courts have frequently stated that it is to be exercised in the “best interest” of the protected person, or again, for his or her “benefit” or “welfare”.

The situations under which it can be exercised are legion; the jurisdiction cannot be defined in that sense. As Lord MacDermott put it in *J. v. C.*, [1970] A.C. 668, at p. 703, the authorities are not consistent and there are many twists and turns, but they have inexorably “moved towards a broader discretion, under the impact of changing social conditions and the weight of opinion. . . .” In other words, the categories under which the jurisdiction can be exercised are never closed. Thus I agree with Latey J. in *Re X*, *supra*, at p. 699, that the jurisdiction is of a very broad nature, and that it can be invoked in such matters as custody, protection of property, health problems, religious upbringing and protection against harmful associations. This list, as he notes, is not exhaustive.

What is more, as the passage from *Chambers* cited by Latey J. underlines, a court may act not only on the ground that injury to person or property has occurred, but also on the ground that such injury is apprehended. I might add that the jurisdiction is a carefully guarded one. The courts will not readily assume that it has been removed by legislation where a necessity arises to protect a person who cannot protect himself.

I have no doubt that the jurisdiction may be used to authorize the performance of a surgical operation that is necessary to the health of a person, as indeed it already has been in Great Britain and this country. And by health, I mean mental as well as physical health. In the United States, the courts have used the *parens patriae* jurisdiction on behalf of a mentally incompetent to authorize chemotherapy and amputation, and I have lit-

cients mentaux, mais de toute évidence son raisonnement s’applique aux enfants et, par suite du transfert de ce pouvoir au lord chancelier au XVII<sup>e</sup> siècle, il a visé les enfants sous tutelle et c’est dans ce contexte que sont soulevées la majorité des affaires modernes. La compétence *parens patriae* a plus tard été attribuée aux cours supérieures des provinces de ce pays, et en particulier, à celle de l’Île-du-Prince-Édouard.

La compétence *parens patriae* est, comme je l’ai dit, fondée sur la nécessité, c.-à-d. le besoin d’agir pour protéger ceux qui ne peuvent prendre soin d’eux-mêmes. Les tribunaux ont souvent déclaré qu’elle devait être exercée dans «l’intérêt» de la personne protégée ou encore, à son «avantage» ou pour son «bien-être».

Les situations à l’égard desquelles elle peut être exercée sont légion; la compétence ne peut être définie dans ce sens. Comme lord MacDermott l’a dit dans *J. v. C.*, [1970] A.C. 668, à la p. 703, la jurisprudence et la doctrine ne sont pas uniformes et il y a beaucoup de méandres mais ils se sont inexorablement [TRADUCTION] «dirigés vers un pouvoir discrétionnaire plus large, sous l’effet du changement des conditions sociales et du poids de l’opinion . . .». En d’autres termes, les catégories à l’égard desquelles la compétence peut être exercée ne sont jamais closes. Je conviens donc avec le juge Latey dans l’affaire *Re X*, précitée, à la p. 699, que la compétence est d’une nature très large et qu’elle peut être invoquée dans des questions comme la garde, la protection des biens, les problèmes de santé, l’enseignement religieux et la protection contre les relations dangereuses. Cette liste, comme il le souligne, n’est pas exhaustive.

Qui plus est, comme le souligne le passage de l’arrêt *Chambers* cité par le juge Latey, un tribunal peut agir non seulement pour le motif qu’une personne ou un bien a subi un préjudice, mais également pour le motif que l’on s’attend à ce qu’un tel préjudice se produise. Je pourrais ajouter que cette compétence est soigneusement protégée. Les tribunaux ne présumeront pas facilement qu’elle a été enlevée par un texte législatif quand il est nécessaire de protéger une personne qui ne peut le faire elle-même.

Je n’ai aucun doute que la compétence peut être utilisée pour autoriser une intervention chirurgicale qui est nécessaire pour la santé d’une personne, comme en fait on l’a déjà utilisée en Grande-Bretagne et au pays. De plus, par le terme santé, je vise la santé mentale aussi bien que physique. Aux États-Unis, les tribunaux ont utilisé la compétence *parens patriae* au nom d’une personne atteinte de déficience mentale pour autoriser la

tle doubt that in a proper case our courts should do the same. Many of these instances are related in *Strunk v. Strunk*, 445 S.W.2d 145 (Ky. 1969), where the court went to the length of permitting a kidney transplant between brothers. Whether the courts in this country should go that far, or as in *Quinlan*, permit the removal of life-sustaining equipment, I leave to later disposition.

Though the scope or sphere of operation of the *parens patriae* jurisdiction may be unlimited, it by no means follows that the discretion to exercise it is unlimited. It must be exercised in accordance with its underlying principle. Simply put, the discretion is to do what is necessary for the protection of the person for whose benefit it is exercised; see the passages from the reasons of Sir John Pennycuik in *Re X*, at pp. 706-07, and Heilbron J. in *Re D*, at p. 332, cited earlier. The discretion is to be exercised for the benefit of that person, not for that of others. It is a discretion, too, that must at all times be exercised with great caution, a caution that must be redoubled as the seriousness of the matter increases. This is particularly so in cases where a court might be tempted to act because failure to do so would risk imposing an obviously heavy burden on some other individual.

While the breadth of the jurisdiction available under *parens patriae* is apparent from *La Forest J.'s* reasons in *Eve*, what is unclear is whether the jurisdiction to act in the best interests of a child can also include the power to act in the best interests of a foetus.

It has been held to the contrary both in the Manitoba Court of Appeal's ruling in this case, and in the English Court of Appeal in *Re F (in utero)*, [1988] 2 All E.R. 193. Both decisions relied on the common law "born alive" rule. This rule requires that a foetus achieve personhood before it can acquire actionable rights. The child must be born alive before any rights can accrue or remedies can be sought. In my view, the reliance on this rule was misplaced. The rule is a legal anachronism based on rudimentary medical knowledge and

chimiothérapie et l'amputation, et je ne doute pas que, dans un cas approprié, nos tribunaux fassent la même chose. Un grand nombre de ces affaires sont relatées dans l'arrêt *Strunk v. Strunk*, 445 S.W.2d 145 (Ky. 1969), où la cour est allée jusqu'à permettre une transplantation rénale entre frères. La question de savoir si les tribunaux de ce pays devraient aller aussi loin, ou comme dans *Quinlan*, permettre le débranchement d'un appareil essentiel au maintien de la vie, pourra être tranchée ultérieurement.

Bien que la portée ou le cadre d'utilisation de la compétence *parens patriae* puisse être illimité, il n'en découle absolument pas que le pouvoir discrétionnaire de l'exercer soit illimité. Elle doit être exercée conformément à son principe sous-jacent. Tout simplement, le pouvoir discrétionnaire permet de faire ce qui est nécessaire pour protéger la personne à l'avantage de laquelle il est exercé; voir les passages des motifs de sir John Pennycuik dans *Re X*, aux pp. 706 et 707 et du juge Heilbron dans *Re D*, à la p. 332, précité. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé à l'avantage de cette personne mais pas pour celui des autres. Il s'agit également d'un pouvoir discrétionnaire qui doit en tout temps être exercé avec une grande prudence dont il faut redoubler selon que la gravité d'une affaire augmente. C'est particulièrement le cas lorsqu'un tribunal peut être tenté d'agir parce que le défaut de le faire risquerait d'imposer un fardeau manifestement lourd à d'autres personnes.

Bien que la portée de la compétence *parens patriae* ressorte des motifs exposés par le juge *La Forest* dans l'arrêt *Eve*, il reste à savoir si la compétence pour agir dans l'intérêt d'un enfant comprend également le pouvoir d'agir dans l'intérêt d'un foetus.

Cette question a reçu une réponse négative dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel du Manitoba en l'espèce et dans l'arrêt *Re F (in utero)*, [1988] 2 All E.R. 193, de la Cour d'appel d'Angleterre. Ces deux arrêts sont fondés sur le principe de la «naissance vivante» reconnu en common law. Selon ce principe, le foetus doit d'abord devenir une personne avant de pouvoir acquérir des droits d'action. L'enfant doit naître vivant pour pouvoir acquérir des droits ou chercher à obtenir des réparations. À mon avis, l'application de ce principe n'était pas fondée. Ce principe est un anachronisme juridique fondé sur des connaissances médi-

101

102

should no longer be followed, at least for the purposes of this appeal.

103 If a foetus is a “person” for purposes of the *parens patriae* jurisdiction, he or she is in a particularly vulnerable position. A foetus, absent outside assistance, has no means of escape from toxins ingested by its mother. The *parens patriae* jurisdiction exists for the stated purpose of doing what is necessary to protect the interests of those who are unable to protect themselves. Society does not simply sit by and allow a mother to abuse her child after birth. How then should serious abuse be allowed to occur before the child is born?

### C. The “Born Alive” Rule

104 The “born alive” rule, as its name suggests, requires a foetus to be born alive before any legal rights of personhood can accrue. The Court of Appeal relied on this rule as one resolution to the present case, but no inquiry was made into the genesis or purpose of the rule. Once the purpose of the rule is known, it becomes more apparent that it should not apply in this case.

105 In a persuasive article on this topic, Clarke D. Forsythe has traced the genesis of the “born alive” rule as evidentiary, rather than substantive; a principle necessitated by the primitive medical knowledge and technology of the time: “Homicide of the Unborn Child: The Born Alive Rule and Other Legal Anachronisms” (1987), 21 *Val. U. L. Rev.* 563.

106 Until the early 19th century medical practitioners could not determine with confidence before quickening (the first physical sensation by the mother of the foetus in the womb) whether a woman was pregnant, or further, whether the child *in utero* was alive. Consequently, the common law adopted the presumption that a child was first endowed with life at quickening. Forsythe cites, at pp. 572-73, a passage from *An American Practitioner, London Practice of Midwifery* (6th ed.

cales rudimentaires et il ne devrait plus être appliqué, du moins pour les fins du présent pourvoi.

Si le fœtus constitue une «personne» pour l’exercice de la compétence *parens patriae*, il se trouve dans une position particulièrement précaire. Le fœtus, en l’absence de toute aide extérieure, n’a aucun moyen de se soustraire à l’effet des toxines ingérées par sa mère. La compétence *parens patriae* permet expressément de faire ce qui est nécessaire pour défendre les intérêts des personnes incapables de se protéger elles-mêmes. La société n’accepte pas de se croiser les bras et de permettre à une mère de maltraiter son enfant après la naissance. Pourquoi, alors, laisserait-on la mère maltraiter sérieusement l’enfant avant la naissance?

### C. Le principe de la «naissance vivante»

Le principe de la «naissance vivante», comme son nom le laisse entendre, pose que le fœtus doit naître vivant pour pouvoir acquérir les droits juridiques attribués de la personnalité. La Cour d’appel s’est fondée sur ce principe pour trancher la présente affaire, mais elle ne s’est pas interrogée sur son origine ni son objet. Dès que l’objet du principe est énoncé, il devient manifeste qu’il ne devrait pas s’appliquer en l’espèce.

Dans un article convaincant sur le sujet, Clarke D. Forsythe a démontré que le principe de la «naissance vivante» était à l’origine une règle de preuve plutôt qu’une règle de fond et qu’il était nécessaire vu les connaissances et techniques médicales rudimentaires de l’époque: «Homicide of the Unborn Child: The Born Alive Rule and Other Legal Anachronisms» (1987), 21 *Val. U. L. Rev.* 563.

Jusqu’au début du XIX<sup>e</sup> siècle, les médecins ne pouvaient pas déterminer avec assurance si une femme était enceinte ou encore si l’enfant *in utero* était vivant avant qu’elle ne ressente pour la première fois la présence du fœtus dans l’utérus. Par conséquent, une présomption a été établie en common law selon laquelle l’enfant était réputé vivant à partir du moment où la mère ressentait pour la première fois la présence du fœtus. Forsythe cite, aux pp. 572 et 573, un extrait de *An American*

1826), at p. 77, footnote (v), which expressed the near impossibility of determining the existence of pregnancy for purposes of legal proof before the end of the sixth month:

We have taken a wide range in the examination of 'authorities' on the subject, and the result is that we can find *no one invariable sign, nor can form any combination of symptoms so unequivocal, as to enable us to pronounce its existence under oath*, for all have occasionally proved deceptive. Before deciding, our examinations should be frequently repeated, and then, *only* should a final decision be seldom hazarded 'before the end of the sixth month'. [Emphasis in original.]

Limited medical knowledge also could not determine whether a child *in utero* was alive at the time it was subjected to an injury unless the child was also born alive, suffering from that injury. Forsythe quotes, at p. 576, from A. S. Taylor in *Medical Jurisprudence* (7th ed. 1861) who put the rationale for the "born alive" rule as follows, at p. 411:

It is well known that in the course of nature, many children come into the world dead, and that others die from various causes soon after birth. In the latter, the signs of their having lived are frequently indistinct. Hence, to provide against the danger of erroneous accusation, the law humanely presumes that every newborn child has been born dead, until the contrary appears from medical or other evidence. The onus of proof is thereby thrown on the prosecution; and no evidence imputing murder can be received, unless it be made certain by medical or other facts, that the child survived its birth and was actually living when the violence was offered to it.

Forsythe summarizes the medical knowledge and the legal rule that evolved therefrom, at p. 575:

As a result of this primitive knowledge of human life *in utero*, the health of the child *in utero* could not be established unless and until the child was observed outside the womb. Writers on medical jurisprudence noted that, even after quickening, it was extremely difficult to determine whether the child died before or dur-

*Practitioner, London Practice of Midwifery* (6<sup>e</sup> éd. 1826), à la p. 77, note (v), qui exprimait la quasi-impossibilité de déterminer, à des fins de preuve juridique, si une femme était enceinte avant la fin du sixième mois de la grossesse:

[TRADUCTION] Nous avons considéré l'opinion de toute une gamme d'«experts» en la matière et nous n'avons pu identifier aucun *signe invariable ni d'aucune combinaison de symptômes non équivoques au point de nous permettre d'en déclarer l'existence sous serment*, car ils se sont tous révélés trompeurs de temps à autre. Avant de prendre une décision, nous devrions répéter souvent les examens, et *alors*, nous devrions rarement nous hasarder à rendre une décision définitive «avant la fin du sixième mois». [En italique dans l'original.]

Les connaissances médicales limitées ne permettaient pas non plus de déterminer si l'enfant *in utero* était vivant au moment où il subissait un préjudice, à moins qu'il ne naisse vivant, affecté de la lésion. Forsythe cite, à la p. 576, un passage de l'ouvrage d'A. S. Taylor, *Medical Jurisprudence* (7<sup>e</sup> éd. 1861), dans lequel le principe de la «naissance vivante» est justifié de la façon suivante, à la p. 411:

[TRADUCTION] Il est bien connu que, dans l'ordre de la nature, plusieurs enfants naissent déjà morts, alors que d'autres meurent de diverses causes peu après leur naissance. En ce qui concerne ces derniers, les signes permettant de déterminer s'ils ont vécu sont souvent indistincts. Ainsi, pour éviter que des accusations ne soient portées par erreur, la loi présume avec humanité que chaque nouveau-né est mort-né, jusqu'à ce qu'une preuve de nature médicale ou autre établisse le contraire. Par conséquent, c'est la poursuite qui a le fardeau de la preuve et aucune preuve visant à imputer un meurtre à qui que ce soit ne peut être admise avant qu'il ait été déterminé avec certitude, à l'aide de faits médicaux ou autres, que l'enfant a survécu à la naissance et qu'il était bien vivant au moment où des sévices ont été exercés sur lui.

Forsythe résume les connaissances médicales et la règle de droit qui en a découlé, à la p. 575:

[TRADUCTION] Vu ces connaissances rudimentaires de la vie humaine *in utero*, la santé de l'enfant *in utero* ne pouvait être évaluée tant que l'enfant ne pouvait être examiné à l'extérieur de l'utérus. Les auteurs d'ouvrages de médecine légale ont souligné que, même après que la mère a ressenti pour la première fois la présence

ing labor and subsequent expulsion from the womb. Moreover, it was nearly impossible to attribute the injury or death of the child to one cause or another and thus to distinguish between natural causes and inflicted injuries. As a result, live birth was required to prove that the unborn child was alive and that the material acts were the proximate cause of death, because it could not otherwise be established if the child was alive in the womb at the time of the material acts.

du fœtus dans l'utérus, il était extrêmement difficile de déterminer si l'enfant était décédé avant ou pendant le travail et l'expulsion subséquente. En outre, il était presque impossible d'attribuer la lésion ou le décès de l'enfant à une cause ou à une autre et donc de distinguer les causes naturelles des lésions infligées. Par conséquent, il était essentiel que l'enfant naisse vivant pour établir qu'il était vivant *in utero* et que les actes visés ont été la cause immédiate du décès, car il était impossible de déterminer autrement si l'enfant était vivant dans l'utérus de sa mère au moment où ces actes ont été commis.

108

Forsythe examined the history of the “born alive” rule from its oldest common law origins, considering among others the writings of Bracton, Coke and Blackstone. He concluded that the rule was always one of evidence, and not of substance. His analysis of the ancient authorities is found at pp. 580-92, from which the following is extracted (at p. 589):

Forsythe a examiné l'évolution du principe de la «naissance vivante» depuis ses origines les plus lointaines en common law en se référant, entre autres, aux écrits de Bracton, Coke et Blackstone. Il a conclu que ce principe avait toujours constitué une règle de preuve et non de fond. Son analyse de la jurisprudence ancienne se trouve aux pp. 580 à 592, dont voici un extrait (à la p. 589):

... the practical application of the born alive rule also demonstrates that the rule was an evidentiary and not a substantive moral definition of a human being at common law. In practice, the born alive rule was applied to proscribe as homicide the killing of a child even if the mortal injuries were inflicted while the child was still *in utero*. If the rule was truly a substantive definition of human being, and a fetus only became a human being at birth, then injuring an unborn child *in utero* would not be injuring a human being. In that case, the death of the child out of the womb could not satisfy the *corpus delicti*, because the criminal agency of the defendant — the moral connection between the infliction of the injury and the resulting death — would not exist. The child would not be a human being both at the time of the injury and the time of the death. If the born alive rule was a substantive rule, then homicide could only result from injuries inflicted after birth, because only then would they be inflicted on “a human being”. The common law, however, did not adopt this proposition. Rather, the common law considered the injury of the child *in utero* to be a constituent part of the homicide of the unborn child, as long as it died out of the womb. The law necessarily found the injury to the child *in utero* to

[TRADUCTION] ... il ressort également de l'application pratique du principe de la naissance vivante qu'il s'agissait d'une définition de l'être humain pour des fins de preuve en common law et non d'une définition morale de fond. En pratique, le principe de la naissance vivante était appliqué pour incriminer à titre d'homicide le fait de tuer un enfant même si les blessures mortelles lui avaient été infligées alors qu'il se trouvait toujours *in utero*. Si le principe constituait véritablement une définition de fond de l'être humain, et si le fœtus ne devenait un être humain qu'à la naissance, alors le fait d'infliger des blessures à un enfant *in utero* n'équivaudrait pas à infliger des blessures à un être humain. Dans ce cas, le décès de l'enfant à l'extérieur de l'utérus ne satisfait pas à la règle du *corpus delicti*, étant donné que l'intention criminelle de la partie défenderesse, c'est-à-dire le lien moral entre le fait d'infliger la blessure et le décès qui en résulterait, n'existerait pas. L'enfant ne serait pas un être humain tant au moment où les blessures ont été infligées qu'au moment où le décès est survenu. Si le principe de la naissance vivante constituait une règle de fond, il ne pourrait y avoir d'homicide que s'il résultait de blessures infligées après la naissance, parce que c'est seulement à ce moment qu'elles seraient infligées à «un être humain». Cette proposition, cependant, n'a pas été acceptée en common law. On a plutôt considéré en common law que les blessures infligées à l'enfant *in utero* constituaient un élément de l'homicide de l'enfant à naître, pourvu qu'il décède à l'extérieur de l'utérus. La loi considérerait nécessairement que les blessures infligées à l'enfant *in utero* équivalaient à des



be an injury to a human being in order to find the subsequent death after birth to be a homicide.

Present medical technology renders the “born alive” rule outdated and indefensible. We no longer need to cling to an evidentiary presumption to the contrary when technologies like real time ultrasound, fetal heart monitors and fetoscopy can clearly show us that a foetus is alive and has been or will be injured by conduct of another. We can gauge fetal development with much more certainty than the common law presumed. How can the sophisticated micro-surgery that is now being performed on foetuses *in utero* be compatible with the “born alive” rule?

However, there is the temptation to assume that the courts of the past that treated the “born alive” rule as one of substantive law knew as much as is known today about fetal development. Since medical technology has improved to the point of eliminating nearly all of the evidentiary problems from which the “born alive” rule sprang, it no longer makes sense to retain the rule where its application would be perverse. The blind application of the “born alive” rule in this context clearly runs afoul of Holmes’ dictum that:

It is revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV. It is still more revolting if the grounds upon which it was laid down have vanished long since, and the rule simply persists from blind imitation of the past.

(Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law” (1897), 10 *Harv. L. Rev.* 457, at p. 469.)

In the United States many states still retain the “born alive” rule as a substantive rule of law, usually without any assessment of its relevance in modern society. Some states, armed with today’s

blessures infligées à un être humain afin de conclure que le décès suivant la naissance était un homicide.

La technologie médicale actuelle a rendu le principe de la «naissance vivante» désuet et injustifiable. Les moyens technologiques tels l'échographie en temps réel, les moniteurs de fréquence cardiaque fœtale et la fœtoscopie pouvant clairement démontrer que le fœtus est bien vivant ou qu'il a subi ou subira des lésions en raison du comportement d'autrui, nous n'avons plus besoin de nous accrocher à une présomption en matière de preuve établissant le contraire. Il est possible de mesurer le développement du fœtus avec beaucoup plus de certitude qu'on ne le supposait en common law. Comment la microchirurgie de pointe que l'on pratique actuellement sur des fœtus *in utero* peut-elle être compatible avec le principe de la «naissance vivante»?

Cependant, il est tentant de présumer que les tribunaux qui, dans le passé, ont considéré que le principe de la «naissance vivante» constituait une règle de droit substantiel, disposaient des mêmes connaissances que celles dont nous disposons aujourd'hui en ce qui concerne le développement du fœtus. Vu que la technologie médicale s'est améliorée au point d'éliminer presque tous les problèmes de preuve à l'origine du principe de la «naissance vivante», il n'est plus logique de conserver ce principe, étant donné que son application serait erronée. L'application aveugle du principe de la «naissance vivante» dans ce contexte va manifestement à l'encontre de l'affirmation suivante de Holmes:

[TRADUCTION] Il est révoltant de constater que la seule justification d'une règle de droit est le fait qu'elle a été établie sous le règne d'Henri IV. Ça l'est d'autant plus si les motifs pour lesquels elle avait été établie sont disparus depuis longtemps et qu'elle ne doit plus sa survie qu'à un conservatisme aveugle.

(Oliver Wendell Holmes, «The Path of the Law» (1897), 10 *Harv. L. Rev.* 457, à la p. 469.)

Aux États-Unis, plusieurs États conservent toujours le principe de la «naissance vivante» en tant que règle de droit substantielle, ordinairement sans en évaluer la pertinence dans le cadre d'une société

109

110

111

medical knowledge have stepped forward and distinguished the rule. In *Hughes v. State of Oklahoma*, 868 P.2d 730 (1994), the Oklahoma Court of Criminal Appeals, following civil precedent from its State Supreme Court, prospectively abandoned the “born alive” rule for purposes of homicide cases. In that case the accused was charged with manslaughter arising out of a drunk driving accident which resulted in the other driver’s foetus (which was in the eighth month of gestation) being stillborn. Lumpkin P.J. commented, at p. 736, that overruling the “born alive” rule “allows us to sever the umbilical cord which has linked our law of evidence with antiquity long after the light of medical knowledge has dispelled the myths of the past”. The court, however, pointed out that while ruling the “born alive” rule inapplicable in homicide cases, they wished, at pp. 734-35 to “make it absolutely clear that [the] holding shall not affect a woman’s constitutional right to choose a lawful abortion”.

moderne. Certains États, forts des connaissances médicales actuelles, ont décidé de nuancer ce principe. Dans *Hughes c. State of Oklahoma*, 868 P.2d 730 (1994), la Court of Criminal Appeals de l’Oklahoma, suite à un arrêt de la Cour suprême de l’État en matière civile, a abandonné, pour l’avenir, l’application du principe de la «naissance vivante» dans les cas d’homicide. Dans cette affaire, le prévenu a été accusé d’homicide involontaire à la suite d’un accident de la route provoqué par une conduite avec facultés affaiblies, qui a eu pour conséquence que le fœtus porté par l’autre automobiliste (qui en était à son huitième mois de grossesse) est mort-né. Le juge Lumpkin a remarqué, à la p. 736, que le fait d’écarter le principe de la «naissance vivante» [TRADUCTION] «nous permet de couper le cordon ombilical qui liait notre droit de la preuve aux temps anciens, longtemps après que la lumière de la connaissance médicale eut dissipé les mythes du passé». La cour, cependant, a souligné que même si elle jugeait le principe de la «naissance vivante» inapplicable dans les affaires d’homicide, elle désirait, aux pp. 734 et 735, [TRADUCTION] «affirmer clairement que cette décision ne touchait pas le droit constitutionnel de la femme de choisir de subir un avortement licite».

112 *Hughes* followed precedent from two other state appellate court decisions: that of Supreme Judicial Court of Massachusetts in *Commonwealth v. Cass*, 467 N.E.2d 1324 (1984), and of the Supreme Court of South Carolina in *State v. Horne*, 319 S.E.2d 703 (1984). Both cases determined that for purposes of state homicide statutes, the “born alive” rule should be abandoned. In *Cass*, Hennessey C.J. commented, at p. 1328, that:

The [born alive] rule has been accepted as the established common law in every American jurisdiction that has considered the question. But the antiquity of a rule is no measure of its soundness. . . . It is time to reexamine the grounds upon which the ancient rule was laid down.

The *Cass* court held that advances in medical science rendered the original purpose of the “born

Dans *Hughes*, deux arrêts rendus par la cour d’appel de deux autres États ont été appliqués, soit l’arrêt *Commonwealth c. Cass*, 467 N.E.2d 1324 (1984), de la Supreme Judicial Court du Massachusetts et l’arrêt *State c. Horne*, 319 S.E.2d 703 (1984), de la Supreme Court de la Caroline du Sud. Ces deux arrêts ont statué que, pour l’application des lois de l’État en matière d’homicide, le principe de la «naissance vivante» devait être abandonné. Dans *Cass*, le juge en chef Hennessey a fait remarquer, à la p. 1328, ce qui suit:

[TRADUCTION] Le principe de la naissance vivante a été reconnu, par chaque juridiction américaine qui a examiné la question, comme une règle de common law. Cependant, l’ancienneté d’un principe ne constitue pas une mesure de son bien-fondé [. . .] Il est temps de réexaminer les fondements de ce vieux principe.

Dans l’arrêt *Cass*, la cour a conclu que les progrès de la science médicale avaient enlevé toute perti-

alive” rule irrelevant, and it should no longer be followed in homicide cases.

It is no great step for this Court to hold the “born alive” rule not applicable when considering the *parens patriae* jurisdiction of a provincial superior court. While *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489, held that the wording of s. 206 of the *Criminal Code* adopts the “born alive” rule for purposes of criminal law, this does not bar a re-assessment of the rule in the context of this case. Here we are dealing purely with the common law, and no enactment of Parliament prevents a re-evaluation of the premises of this rule.

Canadian courts have recognized the need to re-evaluate the “born alive” rule with regard to advances in medical technology. In *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456, a right was created for a child injured *in utero* to sue a tortfeasor; see p. 465:

There were two other matters to which our attention was called; the first was that cases similar to the present one must have arisen many times in the past, but that no decided case (or at most only one) has been found in which the child’s right of action for pre-natal injuries has been maintained. The paucity of decided cases is far from conclusive, and may be largely accounted for by the inevitable difficulty or impossibility of establishing the existence of a causal relation between the fault complained of and the injury to the child. With the advance in medical science, however, that which may have been an insuperable difficulty in the past may now be found susceptible of legal proof.

Similarly, in *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), aff’d (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.), Fraser J. observed (at p. 702):

Some of the older cases suggest that there should be no recovery by a person who has suffered prenatal injuries because of the difficulties of proof and of the opening it gives for perjury and speculation. Since those

nence à l’objet original du principe de la «naissance vivante» et que celui-ci ne devait plus être appliqué dans les affaires d’homicide.

Notre Cour ne franchirait pas un grand pas en décidant que le principe de la «naissance vivante» ne s’applique pas en ce qui concerne la compétence *parens patriae* des cours supérieures des provinces. Même s’il a été conclu dans *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489, que le libellé de l’art. 206 du *Code criminel* adoptait le principe de la «naissance vivante» aux fins du droit criminel, cela n’empêche pas une réévaluation de ce principe dans le contexte de la présente affaire. En l’espèce, nous traitons exclusivement de la common law et aucune disposition législative du Parlement ne nous empêche de réévaluer les fondements de ce principe.

Des tribunaux canadiens ont reconnu qu’il fallait réévaluer le principe de la «naissance vivante» à la lumière des progrès de la technologie médicale. Dans *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456, un enfant blessé *in utero* a obtenu le droit de poursuivre l’auteur d’un délit civil; voir à la p. 465:

[TRADUCTION] On a porté deux autres questions à notre attention; la première était que des cas semblables à l’espèce avaient dû se produire à maintes reprises dans le passé, mais qu’on n’a pu trouver de décision (sauf peut-être une seule tout au plus) dans laquelle le droit d’action de l’enfant pour des lésions prénatales a été maintenu. Le manque de décisions est loin d’être concluant et il peut s’expliquer en grande partie par l’inévitable difficulté ou impossibilité d’établir l’existence d’un lien de causalité entre la faute commise et le préjudice subi par l’enfant. Grâce aux progrès de la science médicale, cependant, il se peut que ce qui posait jadis une difficulté insurmontable puisse désormais faire l’objet d’une preuve juridique.

De la même façon, dans *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), conf. par (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.), le juge Fraser a fait remarquer ce qui suit (à la p. 702):

[TRADUCTION] Certains des arrêts plus anciens laissent entendre qu’aucune réparation ne devrait être accordée à la personne qui a subi des lésions prénatales, vu les problèmes de preuve que cela pose et les parjures et conjec-

113

114

cases were decided there have been many scientific advances and it would seem that chances of establishing whether or not there are causal relationships between the act alleged to be negligent and the damage alleged to have been suffered as a consequence are better now than formerly. In any event the Courts now have to consider many similar problems and plaintiffs should not be denied relief in proper cases because of possible difficulties of proof.

tures auxquelles cela pourrait donner lieu. Depuis que ces arrêts ont été rendus, plusieurs progrès scientifiques ont été réalisés et il semblerait qu'il soit maintenant plus facile de déterminer s'il existe des liens de causalité entre les actes de négligence reprochés et les préjudices qui auraient été infligés. De toute façon, les cours doivent maintenant traiter de nombreux problèmes similaires et elles ne devraient pas refuser d'accorder une réparation aux parties demandresses dans les cas où cela s'impose, simplement parce qu'il se pourrait qu'il y ait des problèmes de preuve.

115 There are contrary authorities to the position adopted in these reasons. In *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276, the court cited the "born alive" rule as a bar to a husband obtaining an injunction preventing his pregnant wife from undergoing an abortion procedure. This same reasoning was applied with respect to Quebec civil law in *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530.

Certains arrêts vont dans le sens contraire de la position adoptée dans les présents motifs. Dans *Paton c. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276, la cour a cité le principe de la «naissance vivante» pour rejeter la demande d'injonction d'un époux en vue d'interdire à sa femme enceinte de se faire avorter. Le même raisonnement a été appliqué dans le contexte du droit civil québécois, dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

116 In my view, there is a distinction between abortion and the case under appeal. *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, struck down this country's criminal prohibitions against abortion. Nothing in these reasons purports to interfere with the effect of that decision. However, where a woman has chosen to carry a foetus to term, the situation is different. Having chosen to bring a life into this world, that woman must accept some responsibility for its well-being. In my view, that responsibility entails, at the least, the requirement that the pregnant woman refrain from the abuse of substances that have, on proof to the civil standard, a reasonable probability of causing serious and irreparable damage to the foetus. It is not inconsistent to place restraints upon a woman's abusive behaviour towards her foetus that she has decided to carry to term yet continue to preserve her ability to choose abortion at any time during her pregnancy. It is not a question of a woman making a "declaration" of her intentions. Rather, the law will presume that she intends to carry the child to term

À mon avis, il faut établir une distinction entre l'avortement et la présente espèce. Dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, les dispositions incriminant l'avortement au pays ont été annulées. Or, les présents motifs ne visent aucunement à modifier l'effet de cet arrêt. Cependant, lorsque la femme a décidé de mener sa grossesse à terme, la situation est différente. Ayant choisi de donner naissance à un enfant, cette femme doit accepter qu'elle est responsable, jusqu'à un certain point, du bien-être de celui-ci. À mon avis, une telle responsabilité exige à tout le moins que la femme enceinte s'abstienne de consommer des substances intoxicantes lorsqu'il existe, selon la norme de preuve applicable au civil, une probabilité raisonnable qu'elles causent un préjudice grave et irréparable au fœtus. Il n'est pas illogique d'empêcher la femme d'avoir un comportement abusif envers le fœtus qu'elle a décidé de porter jusqu'à la naissance, tout en lui laissant la possibilité de se faire avorter à tout moment pendant sa grossesse. Il ne s'agit pas de demander à la femme de «faire connaître» ses intentions. On supposera plutôt, en droit, qu'elle a l'intention de mener sa grossesse à terme, et ce jusqu'à ce qu'elle dise vouloir se faire avorter, prenne des dispositions pour interrompre

until such time as she indicates a desire to receive, makes arrangements for or obtains an abortion.

*Tremblay v. Daigle, supra*, noted that the interests of a foetus are legally protected in a number of circumstances, for example, tort law, child welfare, and inheritance rights: pp. 569-70. A child can sue to recover for damage inflicted upon it while a foetus: *Montreal Tramways, supra*. A gift devised by will to a foetus will not fail if the testator dies before birth. The rationale of attributing rights to the foetus in these situations is linked to protecting the interests of the child upon its birth. In this sense, the rationale of protecting the child/foetus by the exercise of the *parens patriae* jurisdiction is no different, as it depends on the intention of the mother to carry the child to term. As was stated in *Tremblay v. Daigle*, at p. 563:

A foetus is treated as a person only where it is necessary to do so in order to protect its interests after it is born.

Protecting the unborn child from having to live its life suffering from severe mental and physical disabilities should meet the test of necessity to “protect its interests after it is born”.

Precedent that states that a foetus is not a “person” should not be followed without an inquiry into the purpose of such a rule. In the well-known case of *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, the Privy Council overruled precedent and a unanimous Supreme Court of Canada, [1928] S.C.R. 276, and held that women were “persons” with respect to s. 24 of the *British North America Act, 1867*. Rigidly applying precedents of questionable applicability without inquiry will lead the law to recommit the errors of the past.

sa grossesse ou encore subisse effectivement un avortement.

Dans *Tremblay c. Daigle*, précité, il a été souligné que les intérêts d'un foetus reçoivent une protection juridique dans un certain nombre de circonstances, par exemple en matière délictuelle, de protection de l'enfance, et de droit des successions: pp. 569 et 570. L'enfant peut intenter une action en dommages-intérêts pour le préjudice subi alors qu'il était un foetus: *Montreal Tramways*, précité. La mort du testateur avant la naissance ne rendra pas caduc le legs qu'il a fait à un foetus. L'attribution de droits au foetus dans de telles situations se justifie par la protection des intérêts de l'enfant à sa naissance. Dans ce sens, la protection de l'enfant ou du foetus par l'exercice de la compétence *parens patriae* n'est pas justifiée différemment car elle repose sur l'intention de la mère de mener sa grossesse à terme. Comme il a été dit dans *Tremblay c. Daigle*, à la p. 563:

Le foetus n'est traité comme une personne que dans les cas où il est nécessaire de le faire pour protéger ses intérêts après sa naissance.

Protéger l'enfant à naître afin qu'il n'ait pas à souffrir toute sa vie d'incapacités mentale et physique graves devrait satisfaire au critère de la nécessité de «protéger ses intérêts après sa naissance».

Les arrêts déclarant que le foetus n'est pas une «personne» ne devraient pas être appliqués sans que l'on se soit interrogé sur l'objet d'une telle règle. Dans l'affaire célèbre *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, le Conseil Privé a écarté un précédent jurisprudentiel et arrêté unanime de la Cour suprême du Canada, [1928] R.C.S. 276, pour conclure que les femmes étaient des «personnes» au sens de l'art. 24 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. L'application rigide et aveugle de précédents jurisprudentiels dont l'applicabilité est discutable entraînera une répétition, en droit, des erreurs commises dans le passé.

117

118

119 Moreover, Canada is a signatory to the United Nations *Declaration of the Rights of the Child* (1959), which states in its preamble that:

... the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth. . . .

120 The “born alive” rule should be abandoned, for the purposes of this case, as it is medically out-of-date. It may be that the rule has continuing utility in the context of other cases with their own particular facts. The common law boasts that it is adaptable. If so, there is no need to cling for the sake of clinging to notions rooted in rudimentary medical and scientific knowledge of the past. A foetus should be considered within the class of persons whose interests can be protected through the exercise of the *parens patriae* jurisdiction.

#### D. Standard for Exercising Jurisdiction

121 In my opinion, it is a modest expansion on La Forest J.’s statements in *Eve, supra*, to include a foetus within the class of persons who can be protected by the exercise of the *parens patriae* jurisdiction. However, clearly, the only person by law able to choose between an abortion or carrying to term is the mother. She too has the right to decide her lifestyle whether pregnant or not. The court’s ability to intervene must therefore be limited. It will only be in extreme cases, where the conduct of the mother has a reasonable probability of causing serious irreparable harm to the unborn child, that a court should assume jurisdiction to intervene.

122 In the Court of Appeal, Twaddle J.A. grounded his decision denying jurisdiction in part upon a type of “slippery slope” argument (at p. 260 D.L.R.):

The mother’s right to sniff solvents may not seem of much importance, but I do not see how a court can

Au surplus, le Canada est signataire de la *Déclaration des droits de l’enfant* (1959) des Nations Unies, laquelle déclare dans son préambule que:

... l’enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d’une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d’une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance . . .

Le principe de la «naissance vivante» devrait être abandonné pour les fins du présent pourvoi, car il est désuet d’un point de vue médical. Il se peut que ce principe soit encore utile dans d’autres cas, selon les faits particuliers de chaque affaire. La common law s’enorgueillit de sa souplesse. Si tel est le cas, il n’y a aucune raison de s’accrocher inutilement à des notions fondées sur des connaissances médicales et scientifiques rudimentaires et désuètes. Le fœtus devrait être considéré comme faisant partie de la catégorie des personnes dont les intérêts peuvent être protégés par l’exercice de la compétence *parens patriae*.

#### D. Norme applicable à l’exercice de la compétence

À mon avis, inclure le fœtus dans la catégorie de personnes dont les intérêts peuvent être protégés par l’exercice de la compétence *parens patriae* ce n’est pas aller beaucoup plus loin que le juge La Forest dans *Eve*, précité. Cependant, il est évident que seule la mère est légalement apte à choisir entre l’avortement et la grossesse menée à terme. Elle aussi a le droit de choisir le mode de vie qui lui convient, et sa grossesse n’y change rien. Le pouvoir d’intervention de la cour doit donc être limité. C’est seulement dans les cas exceptionnels, alors qu’il existe une probabilité raisonnable que le comportement de la mère causera un préjudice grave et irréparable à l’enfant à naître, qu’une cour devrait affirmer sa compétence pour intervenir.

En Cour d’appel, le juge Twaddle a fondé sa décision de ne pas accorder la compétence en partie sur un argument du type «doigt dans l’engrenage» (à la p. 260 D.L.R.):

[TRADUCTION] Le droit de la mère d’inhaler des solvants peut ne pas sembler très important, mais je ne vois

select which conduct harmful to an unborn child should be restrained and which not.

This concern was expressed in a variety of ways at the appeal. Serious substance abuse that has a reasonable probability of causing serious and irreparable harm to the foetus should be restrained. Simply because there may be hard cases on other facts not before the Court does not mean we should ignore what is obvious from the evidence in this case. The damage caused to children by serious substance abuse is well documented. It seems derelict to suggest that we should not restrain this abuse because we can imagine some other cases that may not be as clear.

Taking Twaddle J.A.'s argument to its logical extreme, we would be faced with some strange results. It is interesting speculation to wonder what the result of this appeal might have been, had the state been trying to restrain a pregnant mother from taking thalidomide to deal with her morning sickness.

Opposition to this intervention has been strenuously argued by the respondent and her supporting interveners. Exercise of the *parens patriae* jurisdiction will necessarily involve an overriding of some rights possessed by the mother in order to protect her foetus. It is acknowledged that these are serious impositions, accordingly, the test is set at such a very high threshold. We are not simply denying the mother her "right" to sniff solvents but also possibly her liberty. That is why a remedy of confinement should be the final option. Before a court takes the severe step of ordering confinement, a condition precedent should be that it is certain on a balance of probabilities that no other solution is workable or effective. The least rights-diminishing option should always be sought.

In cases such as this any remedy of confinement must be for purposes of treatment, and not punishment. It follows that the situs of the confinement

pas comment une cour peut déterminer les comportements préjudiciables à l'enfant à naître qui doivent être empêchés et ceux qui ne doivent pas l'être.

Cette préoccupation a été exprimée de diverses façons en appel. Il faut empêcher l'abus grave de substances intoxicantes lorsqu'il existe une probabilité raisonnable qu'il cause un préjudice grave et irréparable au foetus. Le simple fait que des cas difficiles présentant des faits différents puissent éventuellement être soumis à la Cour ne signifie pas que nous ne devrions pas tenir compte de ce qui ressort manifestement de la preuve en l'espèce. Le préjudice que cause aux enfants l'abus grave de substances intoxicantes est bien documenté. Il semble irresponsable de soutenir que nous ne devrions pas mettre un terme à un tel abus parce qu'il est concevable que d'autres cas ne soient pas aussi évidents.

En poussant le raisonnement du juge Twaddle à l'extrême, nous serions confrontés à des résultats étranges. Il est intéressant de se demander quel aurait pu être le résultat du présent pourvoi si l'État avait cherché à empêcher une femme enceinte de prendre de la thalidomide pour se débarrasser de sa nausée.

L'intimée et les intervenants qui l'appuient se sont opposés énergiquement à une telle intervention. L'exercice de la compétence *parens patriae* implique nécessairement un empiètement sur certains des droits de la mère afin de protéger le foetus. Il est reconnu que de tels empiètements sont graves et c'est la raison pour laquelle le critère d'intervention est si exigeant. Nous privons la mère non seulement de son «droit» d'inhaler de la colle, mais peut-être aussi de sa liberté. C'est pourquoi l'internement ne devrait être ordonné qu'en dernier recours. Avant de recourir à cette mesure grave, la cour devrait s'assurer au préalable qu'il n'existe, selon la prépondérance des probabilités, aucune autre solution possible ou efficace. Elle devrait toujours opter pour la solution la moins attentatoire aux droits de la personne visée.

Dans les cas semblables à l'espèce, l'ordonnance d'internement doit avoir comme objectif le traitement, non pas la punition, de la personne

123

124

125

should be a residential treatment facility or hospital which can offer a treatment program. The mother remains free to reject all suggested medical treatment. The confinement serves only to prevent her using toxins strong enough to cause serious and permanent damage to the foetus.

visée. Il s'ensuit que l'internement doit avoir lieu dans un établissement résidentiel de traitement ou un hôpital offrant un programme de traitement. La mère demeure libre de refuser tous les soins médicaux qu'on lui propose. La détention ne doit servir qu'à l'empêcher d'absorber des toxines suffisamment nocives pour causer un préjudice grave et permanent au fœtus.

126 The right of a child to sue its mother for prenatal injuries was recognized in *Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson* (1997), 148 D.L.R. (4th) 332 (N.B.C.A.). The extension of the *parens patriae* doctrine in the case on appeal should not be viewed as an implicit sanctioning of a child's right to sue its mother for "lifestyle choices" made during pregnancy. A child initiating any action against its mother would have to prove, in this type of action as in others, all the necessary elements of a negligence claim, including causation and damages to the standard required in all tortious actions.

Le droit de l'enfant d'intenter une poursuite contre sa mère pour lésions prénatales a été reconnu dans *Dobson (Litigation Guardian of) c. Dobson* (1997), 148 D.L.R. (4th) 332 (C.A.N.-B.). L'extension de la doctrine *parens patriae* en l'espèce ne devrait pas être considérée comme une sanction implicite du droit de l'enfant d'intenter une poursuite contre sa mère en raison des «choix de mode de vie» qu'elle a faits pendant sa grossesse. L'enfant qui engage une telle action contre sa mère doit prouver, comme c'est le cas pour d'autres actions, la réunion de tous les éléments nécessaires pour intenter une action fondée sur la négligence, dont le lien de causalité et le préjudice, selon la norme de preuve applicable en matière de responsabilité délictuelle.

127 The threshold for state intervention is high. In this case the difficult test is met but each case will have to be decided on its facts. The failure of a pregnant woman to quit smoking or act in some way that is optimum for fetal health would not meet the test for state intervention. The familiar "slippery slope" argument has some points of value, however, it cannot be raised as a principled bar to granting an injunction in this case. The "slippery slope" argument if not carefully assessed can easily become a *in terrorem* argument and lose whatever value it may legitimately possess.

Le critère d'intervention de l'État est rigoureux. Dans la présente affaire, il est respecté, mais chaque cas devra être considéré comme un cas d'espèce. Le fait qu'une femme enceinte ne s'abstienne pas de fumer ou n'agisse pas d'une manière optimale pour la santé du fœtus ne serait pas suffisant pour satisfaire au critère autorisant l'intervention de l'État. L'argument bien connu du «doigt dans l'engrenage» n'est pas sans mérite; cependant, il ne peut être invoqué comme obstacle de principe à l'octroi d'une injonction en l'espèce. L'argument du «doigt dans l'engrenage», s'il n'est pas soigneusement examiné, peut facilement devenir un argument *in terrorem* et perdre toute valeur légitime qu'il peut posséder.

128 In the present case it is clear that D.F.G. has had ample knowledge of the effects of substance abuse on her foetus. She was sadly aware of giving birth to two permanently handicapped children. D.F.G. had been offered counselling and education of various kinds to no apparent avail.

En l'espèce, il est évident que D.F.G. connaissait parfaitement les effets de l'abus de substances intoxicantes sur le fœtus qu'elle portait. Elle savait fort bien qu'elle avait déjà donné naissance à deux enfants irrémédiablement handicapés. On lui avait offert, en vain semble-t-il, plusieurs services d'orientation et d'éducation.



On the other hand, it is somewhat enlightening that once she was confined, her behaviour improved. She voluntarily remained in the hospital after the order of Schulman J. was stayed by the Court of Appeal. To the date of this hearing, she has apparently stayed free of solvents. Her child was born healthy and she is raising him primarily alone, but with the aid of C.F.S. and others.

D.F.G.'s case indicates that confinement remedies need not last the entire term of the pregnancy, and would be modified as circumstances change. The treatment necessary will vary with the severity of the abuse and the subsequent conduct of the mother.

It is a fundamental precept of our society and justice system that society can restrict an individual's right to autonomy where the exercise of that right causes harm to others. Conversely, it would be unjust not to restrict one person's right of autonomy when the exercise of that right causes harm to others. In her dissenting opinion in the final report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies, *Proceed with Care* (1993), vol. 2, Dr. Suzanne Rozell Scorsone stated, at p. 1131:

Autonomy is a necessary good, but it is not an absolute. All of us have, as the report says, the right to make our own choices, but rights necessarily entail responsibilities; where our choices may or do harm others, our choices are, in fact, limited, and we are held accountable, whatever our gender. It is the suspension of that accountability with respect to pregnant women which would constitute the setting of a different (and lower) standard of behaviour.

As one American author explained:

[A] state's compelling interest in potential life outweighs a mother's privacy right to conduct her life as she chooses when state intervention is hardly intrusive. Moreover,

a privacy right protecting the daily conduct of a pregnant woman from interference would necessarily be far weaker than her privacy right to decide whether to

Par ailleurs, il est assez révélateur de constater que son comportement s'est amélioré après son internement. Elle est demeurée de son plein gré à l'hôpital après que l'ordonnance du juge Schulman eut été suspendue par la Cour d'appel. Jusqu'au moment de l'audition du présent pourvoi, elle ne semble pas avoir inhalé de solvants. Son enfant est né en santé et elle l'élève principalement seule, mais avec l'aide de l'Office et d'autres.

Il ressort du cas de D.F.G. qu'il n'est pas nécessaire que l'internement dure pendant toute la grossesse et que l'ordonnance pourrait être modifiée, selon les circonstances. Le traitement nécessaire variera en fonction de la gravité de l'abus et de la conduite ultérieure de la mère.

Le fait que la société puisse limiter le droit à l'autonomie d'une personne si l'exercice de ce droit nuit à autrui constitue un précepte fondamental de notre société et de notre système de justice. Inversement, il serait injuste de ne pas limiter le droit à l'autonomie d'une personne si l'exercice de ce droit nuit à autrui. Dans son avis dissident dans le rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, intitulé *Un virage à prendre en douceur* (1993), vol. 2, le D<sup>r</sup> Suzanne Rozell Scorsone a dit, à la p. 1283:

L'autonomie est un bien nécessaire, mais ce n'est pas un absolu. Nous avons tous, comme le déclare la Commission, le droit de faire nos propres choix, mais les droits s'accompagnent forcément de responsabilités. Si ces choix causent du tort ou sont susceptibles de causer du tort à autrui, ils sont alors soumis à des limitations et nous en sommes responsables, indépendamment de notre sexe. C'est la suppression de cette responsabilité, dans le cas des femmes enceintes, qui établit, en fait, une norme différente (et moins stricte) de comportement.

Comme l'a expliqué un auteur américain:

[TRADUCTION] [L']intérêt impérieux qu'a l'État de préserver une vie en devenir l'emporte sur le droit au respect de la vie privée que la mère a choisi de mener lorsque l'intervention de l'État n'est guère attentatoire. En outre,

le droit au respect de la vie privée qui met le comportement quotidien d'une femme enceinte à l'abri de l'ingérence de l'État serait nécessairement beaucoup

129

130

131

have an abortion because, although it might not always be in her interest to have a child, it is never in her interest to have a child with birth defects.

(C. A. Kyres, "A 'Cracked' Image of My Mother/Myself? The Need for a Legislative Directive Proscribing Maternal Drug Abuse" (1991), 25 *New Eng. L. Rev.* 1325, at p. 1350.)

132 When confinement is determined to be the only solution that will work in the circumstances, this type of imposition on the mother is fairly modest when balanced against the devastating harm substance abuse will potentially inflict on her child. The afflicted children may be sentenced to a permanently lower standard of life. To advocate not confining the mother to prevent this harm seems extreme and shortsighted.

133 The mother's continuing ability to elect an abortion and end her confinement makes the intrusion of her liberty relatively modest when weighed against the child from birth being seriously and permanently impaired.

#### E. *Procedural Considerations*

134 In order to provide some certainty and predictability in these types of cases, procedural considerations must be developed. The important questions are: Who has standing to apply for an order of this type? On what standard should the trial judge determine the issue? What procedural rules should be used?

135 It is not necessary to determine all parties who should have standing in cases such as this one. In my view, it is enough that C.F.S., as a governmental agency, has the requisite standing. Whether other parties may qualify for standing should be resolved on a case-by-case basis.

moins important que le droit au respect de la vie privée qui lui permet de décider si elle se fait avorter ou non parce que, même s'il n'est pas toujours dans son intérêt de donner naissance à un enfant, il n'est jamais dans son intérêt de donner naissance à un enfant atteint de malformations congénitales.

(C. A. Kyres, «A «Cracked» Image of My Mother/Myself? The Need for a Legislative Directive Proscribing Maternal Drug Abuse» (1991), 25 *New Eng. L. Rev.* 1325, à la p. 1350.)

Lorsqu'il s'avère que l'internement constitue la seule solution efficace dans les circonstances, cette contrainte imposée à la mère est assez bénigne comparativement au préjudice dévastateur que l'abus de substances intoxicantes est susceptible d'infliger à son enfant. En effet, il se peut que les enfants atteints soient condamnés à ne connaître qu'une qualité de vie inférieure. S'opposer à ce que la mère soit internée pour empêcher la réalisation d'un tel préjudice semble extrémiste et peu perspicace.

La faculté que conserve la mère de décider de se faire avorter et de mettre fin à l'internement rend l'atteinte à sa liberté relativement bénigne lorsqu'on la compare à la naissance d'un enfant gravement et irrémédiablement handicapé.

#### E. *Considérations de nature procédurale*

Afin d'assurer un certain degré de certitude et de prévisibilité dans de tels cas, il faut introduire des exigences procédurales. Voici les questions importantes à examiner: Qui a la qualité pour demander que soit rendue une telle ordonnance? Quelle est la norme applicable par le juge du procès pour trancher la question? Quelles sont les règles de procédure à suivre?

Il n'est pas nécessaire d'identifier toutes les parties qui devraient avoir qualité pour agir dans des cas comme la présente espèce. À mon avis, il suffit que l'Office, en tant qu'organisme gouvernemental, ait la qualité requise pour agir. La question de savoir si d'autres parties pourraient avoir qualité pour agir devrait être tranchée dans chaque cas.

It is only in those extreme cases, where the conduct of the mother has a reasonable probability of causing serious and irreparable harm to the unborn child, and no other reasonable means of treatment exists, that a court should assume jurisdiction to intervene. This standard must be met by evidence presented at a hearing held prior to any restriction being imposed on the mother's liberty.

Finally, there should be procedural fairness. In this case, the rules set out in *The Court of Queen's Bench Act, C.C.S.M., c. C280*, and the *Court of Queen's Bench Rules*, Man. Reg. 553/88, if properly applied, appear to meet that need.

#### F. Conclusion

I do not believe our system, whether legislative or judicial, has become so paralysed that it will ignore a situation where the imposition required in order to prevent terrible harm is so slight. It may be preferable that the legislature act but its failure to do so is not an excuse for the judiciary to follow the same course of inaction. Failure of the court to act should occur where there is no jurisdiction for the court to proceed. Outdated medical assumptions should not provide any licence to permit the damage to continue. Where the harm is so great and the temporary remedy so slight, the law is compelled to act.

In *Montreal Tramways Co. v. Léveillé, supra*, this Court set the standard for the common law world in tort actions launched by a child injured *in utero* by a third party. The majority of the Court recognized that in 1933 "the great weight of judicial opinion in the common law courts denies the right of a child when born to maintain an action for pre-natal injuries" (p. 460). Notwithstanding those authorities, the Court ruled that a child who suffered injury in its mother's womb as the result of a wrongful act or default of another had the right, after birth, to maintain an action for its pre-

C'est seulement dans ces cas exceptionnels, alors qu'il existe une probabilité raisonnable que le comportement de la mère cause un préjudice grave et irréparable à l'enfant à naître et qu'aucune autre voie de traitement raisonnable ne s'offre qu'une cour devrait invoquer sa compétence pour intervenir. L'intervention doit se justifier selon une preuve présentée lors d'une audition préalable à l'imposition de toute mesure limitative de la liberté de la mère.

Enfin, l'équité procédurale doit être assurée. En l'espèce, l'application convenable des règles prévues dans la *Loi sur la Cour du Banc de la Reine, C.P.L.M., ch. C280*, et les *Règles de la Cour du Banc de la Reine, Règl. du Man. 553/88*, semble satisfaisante.

#### F. Conclusion

Je ne crois pas que notre système, tant au plan législatif que judiciaire, soit devenu paralysé au point qu'il restera inactif devant une situation où la contrainte à imposer pour empêcher la réalisation d'un terrible préjudice est si bénigne. Il serait peut-être préférable que le législateur agisse, mais ce n'est pas parce qu'il ne l'a pas fait que le pouvoir judiciaire doit adopter la même attitude. Seule l'absence de compétence justifie l'immobilisme judiciaire. On ne devrait pas se fonder sur des hypothèses médicales démodées pour tolérer que de tels préjudices continuent d'être infligés. Lorsque le préjudice est si important et la réparation temporaire si bénigne, une intervention juridique s'impose.

Dans *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, précité, notre Cour a établi la norme applicable en common law à l'action en responsabilité délictuelle intentée par l'enfant qui a subi un préjudice *in utero* causé par un tiers. Les juges majoritaires de la Cour ont reconnu qu'en 1933, [TRADUCTION] «les cours de common law sont en grande majorité d'avis qu'il faut refuser à l'enfant, une fois né, le droit d'intenter une action pour des lésions prénatales» (p. 460). Malgré une telle jurisprudence, la Cour a statué que l'enfant qui a subi un préjudice résultant de l'acte fautif ou de l'omission d'un tiers

136

137

138

139

natal injuries. Lamont J. relied on the following principle:

If a child after birth has no right of action for prenatal injuries, we have a wrong inflicted for which there is no remedy. . . . 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.

Lamont J. appealed to fundamental fairness:

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.]

In my view, the general principles cited by Lamont J. have application to the case at bar. See also *Dobson*, *supra*.

140 It seems fundamentally unfair and inexplicable for this Court to hold that a foetus, upon live birth, can sue for damages to recompense injuries suffered *in utero*, yet have no ability to obtain a remedy preventing that damage from occurring in the first place. This is the one of the clearest of cases where monetary damages are a singularly insufficient remedy. If our society is to protect the health and well-being of children, there must exist jurisdiction to order a pre-birth remedy preventing a mother from causing serious harm to her foetus. Someone must speak for those who cannot speak for themselves.

#### IV. Disposition

141 To grant the limited intervention proposed in this appeal serves the interest of:

(a) the mother as her option for an abortion is always available,

alors qu'il se trouvait dans le sein de sa mère avait le droit, après la naissance, d'intenter une action pour le préjudice prénatal. Le juge Lamont s'est fondé sur le principe suivant:

[TRADUCTION] Si l'enfant, après la naissance, n'a pas le droit d'intenter une action pour des lésions prénatales, nous sommes alors en présence d'une faute pour laquelle il n'existe aucun recours [. . .] Si l'on refuse d'accorder un droit d'action à l'enfant, celui-ci devra, même s'il n'en est aucunement responsable, subir pendant toute sa vie les conséquences de la faute d'autrui et porter un très lourd fardeau d'infirmité et d'inconvénients, sans obtenir indemnisation.

Le juge Lamont a invoqué l'équité fondamentale:

[TRADUCTION] Dans mon esprit, permettre à l'enfant né vivant et viable d'intenter une action en justice pour des lésions infligées à tort à sa personne alors qu'il était dans le sein de sa mère n'est que la manifestation de la justice naturelle. [Je souligne.]

À mon avis, les principes généraux exposés par le juge Lamont s'appliquent à l'espèce. Voir également *Dobson*, précité.

Il semble fondamentalement inéquitable et inexplicable que notre Cour accepte que l'enfant né vivant puisse intenter une action en dommages-intérêts pour les lésions qu'il a subies alors qu'il était dans le sein de sa mère, mais ne lui permette pas d'obtenir une réparation pour prévenir la réalisation du préjudice. Il s'agit de l'un des cas les plus manifestes où l'attribution de dommages-intérêts constitue une réparation singulièrement insuffisante. Si notre société doit protéger la santé et le bien-être des enfants, il doit exister une compétence permettant d'accorder une réparation avant la naissance, afin d'empêcher la mère de causer un préjudice grave au foetus qu'elle porte. Il faut défendre ceux qui ne peuvent se défendre eux-mêmes.

#### IV. Dispositif

L'intervention limitée proposée dans le présent pourvoi est dans l'intérêt:

a) de la mère, car elle a toujours le choix de se faire avorter,

(b) protecting the foetus from serious and irreparable harm and permits it a reasonable chance of having a normal life after birth,

(c) preventing unnecessary spending by Canadian governments to permanently care for the mentally disabled child born as a result of the mother's unrestricted drug addiction.

I would allow the appeal, and declare that Schulman J. was within his jurisdiction under *parens patriae* to order the respondent to refrain from the consumption of intoxicating substances, and to compel the respondent to live at a place of safety until the birth of her child.

*Appeal dismissed, SOPINKA and MAJOR JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Wolch Pinx Tapper Scurfield, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent: Phillips Aiello Boni, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.*

*Solicitors for the intervener the Government of Yukon: Wolch Pinx Tapper Scurfield, Winnipeg.*

*Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Christian Medical and Dental Society: Stikeman, Elliott, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the Alliance for Life: Costigan & Costigan, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Association des Centres jeunesse du Québec: Cousineau Primeau & Associés, Montreal.*

b) du foetus, car elle le mettra à l'abri d'un préjudice grave et irréparable et lui donnera une chance raisonnable de mener une vie normale après la naissance,

c) des gouvernements canadiens, car cela le dispensera de consacrer inutilement des fonds au soin de l'enfant atteint d'une déficience mentale parce que la toxicomanie de la mère n'a pas pu être refrénée.

J'accueillerais le pourvoi et déclarerais que l'ordonnance du juge Schulman enjoignant à l'intimée de s'abstenir de consommer des substances intoxicantes et de vivre dans un endroit sûr jusqu'à la naissance de son enfant, relevait de sa compétence *parens patriae*.

*Pourvoi rejeté, les juges SOPINKA et MAJOR sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: Wolch Pinx Tapper Scurfield, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intimée: Phillips Aiello Boni, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intervenant le gouvernement du Yukon: Wolch Pinx Tapper Scurfield, Winnipeg.*

*Procureurs des intervenants Evangelical Fellowship of Canada et Christian Medical and Dental Society: Stikeman, Elliott, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenante Alliance pour la vie: Costigan & Costigan, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des Centres jeunesse du Québec: Cousineau Primeau & Associés, Montréal.*

*Solicitors for the interveners the Southeast Child and Family Services and the West Region Child and Family Services: Myers Weinberg Kussin Weinstein Bryk, Winnipeg.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Sheilah Martin and Sharon McIvor, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Women's Health Clinic Inc., the Metis Women of Manitoba Inc., the Native Women's Transition Centre Inc. and the Manitoba Association of Rights and Liberties Inc.: Public Interest Law Centre, Winnipeg; Taylor McCaffrey, Winnipeg.*

*Procureurs des intervenants Southeast Child and Family Services et West Region Child and Family Services: Myers Weinberg Kussin Weinstein Bryk, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Sheilah Martin et Sharon McIvor, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes Women's Health Clinic Inc., Metis Women of Manitoba Inc., Native Women's Transition Centre Inc. et l'Association manitobaine des droits et libertés inc.: Public Interest Law Centre, Winnipeg; Taylor McCaffrey, Winnipeg.*