

**L'AFFAIRE *DOBSON* (TUTEUR À L'INSTANCE DE) *C. DOBSON* :  
UN CONFLIT ENTRE LA RÉALITÉ ET LA THÉORIE**

*Sandra Rosier\** et *Denis Boivin\*\**

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION .....	285
II.	L'AFFAIRE <i>DOBSON</i> .....	285
III.	ANALYSE CRITIQUE .....	288
	A. <i>La question en litige</i> .....	288
	B. <i>Le statut du fœtus</i> .....	290
	C. <i>Les précédents canadiens</i> .....	291
	D. <i>Les considérations d'ordre politique</i> .....	295
IV.	CONCLUSION .....	297

---

\* Étudiante de troisième année à la section de common law de l'Université d'Ottawa.

\*\* Professeur agrégé à la section de common law de l'Université d'Ottawa.



## I. INTRODUCTION

Les tribunaux canadiens accordent depuis longtemps un recours pour négligence à un enfant qui est blessé par ses parents<sup>1</sup>. Ils accordent aussi un droit d'action à un enfant qui a subi un préjudice à cause d'une négligence commise par une tierce partie avant sa naissance<sup>2</sup>. Récemment, dans l'affaire *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*<sup>3</sup>, la Cour suprême du Canada devait décider si ce recours pouvait évoluer de manière à donner un droit d'action à un enfant qui a subi un préjudice à cause d'une négligence commise par sa mère, alors qu'il se trouvait dans l'utérus de cette dernière. Cette extension est logique, voire inévitable, mais soulève-t-elle des préoccupations importantes au chapitre de la politique-sociale et de la politique-juridique? Voilà la question posée par la majorité de la Cour. Elle conclut qu'un tel recours ne pouvait exister sans porter atteinte aux droits fondamentaux des femmes et sans nuire au bon fonctionnement du système de justice civile. Le présent commentaire se propose de critiquer l'arrêt *Dobson*, tant son analyse que son résultat.

II. L'AFFAIRE *DOBSON*

Le 14 mars 1993, Cynthia Dobson conduisait en direction de Moncton pendant une tempête de neige. Son véhicule est passé sur une plaque de neige. Elle a aussitôt perdu le contrôle et est allée heurter un véhicule qui se dirigeait en sens inverse. Cynthia Dobson en était presque à son septième mois de grossesse. La même journée, son fils Ryan Dobson est né prématurément par césarienne. Dès sa naissance, les médecins ont diagnostiqué une incapacité mentale et physique permanente, attribuable au choc subi *in utero*. Le tuteur à l'instance de Ryan a intenté une action pour négligence au nom de l'enfant mineur, contre sa mère.

En première instance<sup>4</sup>, le juge Miller a décidé en faveur de Ryan Dobson. Selon lui, il est « raisonnable de franchir un pas de plus »<sup>5</sup> en droit des délits, afin de permettre à un enfant né vivant de jouir d'un recours en dommages-intérêts pour un préjudice subi *in utero*. Premièrement, les tribunaux canadiens reconnaissent que les enfants ont un recours pour négligence contre leurs parents<sup>6</sup>. Deuxièmement, un tiers peut être tenu responsable envers un enfant né vivant pour un dommage causé par sa négligence avant la naissance de l'enfant<sup>7</sup>. Il est donc logique, selon le juge Miller, d'imposer une responsabilité délictuelle à l'appelante pour le préjudice subi par son enfant, né vivant, à cause de sa négligence au volant.

---

<sup>1</sup> Voir par ex. *Deziel c. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651. Voir aussi la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F-3, art. 61.

<sup>2</sup> Voir par ex. *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] 1 R.C.S. 456, D.L.R. 337 [ci-après *Montreal Tramways* avec renvois aux R.C.S.]; *Duval c. Séguin* (1972), 2 O.R. 686, 26 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 418 conf. par (1974), 1 O.R. (2<sup>e</sup>) 482, 40 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 666 (C.A.) [avec renvois aux O.R. (C.A.)].

<sup>3</sup> [1999] 2 R.C.S. 753, 174 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1 [ci-après *Dobson* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>4</sup> *Dobson c. Dobson* (1997), 186 R.N.-B. (2e) 81, 143 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 189 (B.R.) [avec renvois aux R.N.-B.].

<sup>5</sup> *Ibid.* à la p. 88.

<sup>6</sup> *Deziel c. Deziel*, *supra* note 1.

<sup>7</sup> *Duval c. Séguin*, *supra* note 2.

Selon le juge Hoyt de la Cour d'appel du Nouveau Brunswick<sup>8</sup>, la jurisprudence canadienne traitant du statut juridique du fœtus<sup>9</sup> qui a été invoquée par Cynthia Dobson n'est pas pertinente. Puisque le choix de conduire une voiture ne relève ni d'un choix personnel de style de vie ni d'une discrétion parentale quelconque, les considérations de politiques soulevées par ces affaires n'entrent pas en jeu<sup>10</sup>. En l'espèce, la question était plutôt à savoir si l'enfant né vivant a un recours en délit contre sa mère pour un préjudice découlant d'un acte négligent qui a eu lieu avant sa naissance. Selon le juge Hoyt, il n'y a aucune distinction entre l'obligation de diligence revendiquée par Ryan Dobson en l'espèce et l'obligation générale de conduire prudemment qui est déjà imposée à sa mère. Par conséquent, la Cour d'appel a confirmé la décision de première instance.

La Cour suprême du Canada est arrivée à la conclusion opposée. Elle a décidé que Ryan Dobson n'avait aucune cause d'action contre sa mère. Les juges Major et Bastarache étaient dissidents. Les motifs de la décision majoritaire ont été rédigés par le juge Cory<sup>11</sup>. Selon le juge Cory, le cadre d'analyse qui s'impose en l'espèce est dicté par le critère à deux volets adopté dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielson*<sup>12</sup>. Il faut d'abord déterminer s'il existe une relation suffisamment étroite entre les parties pour donner lieu à une obligation de diligence. Ensuite, il faut évaluer s'il existe des motifs de politique publique qui pourraient neutraliser les conséquences d'une telle obligation<sup>13</sup>. D'après le juge Cory, même si l'on présume l'existence d'une relation suffisamment étroite<sup>14</sup>, des considérations d'ordre politique importantes militent contre l'imposition de l'obligation de diligence d'une mère envers son fœtus. Selon lui, les tribunaux doivent s'abstenir de s'ingérer dans la vie privée des femmes enceintes en leur dictant la conduite appropriée au cours de leur grossesse. On doit se garder d'imposer un fardeau plus lourd aux femmes en sanctionnant une responsabilité fondée principalement sur un fait biologique. Le juge Cory ajoute que les gestes quotidiens posés par la femme enceinte comme la conduite automobile « sont inextricablement liés

<sup>8</sup> *Dobson c. Dobson* (1998), 189 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 208, 148 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 332 (C.A.) [avec renvois aux R.N.-B.].

<sup>9</sup> Voir notamment les affaires *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 44 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 385 [ci-après *Morgentaler* avec renvois aux R.C.S.]; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; 62 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 634 [avec renvois aux R.C.S.], *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G.(D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925, 152 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 193 [ci-après *Winnipeg* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>10</sup> *Supra* note 8 à p. 215.

<sup>11</sup> Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin souscrivent au jugement rendu par le juge Cory, mais elles ajoutent quelques remarques concernant les valeurs de liberté et d'égalité enchâssées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*]. Quoique la *Charte* ne s'applique pas directement au conflit en l'espèce, il est clair que la common law doit évoluer de façon compatible avec les valeurs qui y sont protégées : *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, 126 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 129. Selon les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé, le jugement majoritaire est le seul qui puisse respecter la liberté et l'égalité des femmes. *Supra* note 3 aux pp. 799-802.

<sup>12</sup> [1984] 2 R.C.S. 2, 10 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 641 [ci-après *Kamloops* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>13</sup> *Supra* note 3 aux pp. 766-767.

<sup>14</sup> Selon le juge Cory, on ne peut satisfaire à ce critère que si l'on se fonde sur la prémisse que la femme enceinte et le fœtus qu'elle porte peuvent être traités comme deux entités juridiques distinctes: *ibid.*

à son rôle familial, à sa vie professionnelle et à son droit à la vie privée, à l'intégrité physique et à l'autonomie décisionnelle »<sup>15</sup>.

De surcroît, le juge Cory ajoute qu'il est difficile, voire même impossible, de définir les paramètres d'une norme de conduite pour les femmes enceintes sans soumettre leurs choix de mode de vie à l'examen judiciaire<sup>16</sup>. Le critère de l'obligation générale de diligence envers les tiers, adopté en Cour d'appel, n'est pas suffisamment précis pour écarter les risques de résultats arbitraires et incertains. Enfin, puisque les tribunaux ne doivent pas tenir compte de l'existence de police d'assurance pour rendre leur décision<sup>17</sup>, il serait dangereux de créer une exception qui permettrait de reconnaître la responsabilité de la mère uniquement dans les cas de négligence au volant<sup>18</sup>. En tenant compte des limites imposées par la *Charte*, le législateur est mieux placé pour déterminer s'il y a lieu de responsabiliser la mère pour une négligence prénatale, que ce soit au volant ou dans d'autres circonstances<sup>19</sup>.

La dissidence du juge Major souligne au départ le conflit qui sous-tend cette affaire, soit celui entre la réalité et la théorie. Selon lui, la Cour pouvait et aurait dû intervenir afin d'accorder un recours à Ryan Dobson étant donné que « les parties à l'action sont une mère et son enfant né vivant, et non pas une femme enceinte et son fœtus »<sup>20</sup>. Comme le démontre la jurisprudence canadienne<sup>21</sup>, rien n'empêche qu'une obligation de diligence puisse exister au profit d'un enfant – un fait qui satisfait au premier critère de *Kamloops*. Le juge Major reprend les propos du juge de première instance en affirmant que la jurisprudence en matière du droit à l'avortement, qui se fonde sur la non reconnaissance du statut juridique du fœtus en droit canadien, n'est aucunement pertinente en l'espèce. Selon lui, il ne s'agit pas d'imposer une obligation de diligence à la mère pour le bénéfice de son fœtus. Il s'agit de reconnaître une obligation de diligence pour le bénéfice d'un enfant né vivant – une personne qui aurait incontestablement un droit d'action s'il s'agissait d'une autre partie défenderesse<sup>22</sup>. Sur ce point, le juge Major tente de contourner la fiction juridique utilisée dans *Duval c. Séguin*<sup>23</sup> et *Montreal Tramways*<sup>24</sup> (deux décisions impliquant une tierce partie) selon laquelle une obligation de diligence existe pour le bénéfice du fœtus ; un devoir qui donne ouverture à un recours seulement lorsque le préjudice se cristallise à la naissance<sup>25</sup>. Nous sommes de l'avis que l'approche du juge Major, sur cette question, est difficile à soutenir. Contrairement à l'approche de *Duval c. Séguin* et de *Montreal*

<sup>15</sup> *Ibid.* à la p. 797.

<sup>16</sup> *Ibid.* aux pp. 782-83.

<sup>17</sup> *Ibid.* aux pp. 794-95.

<sup>18</sup> *Ibid.* à la p. 793.

<sup>19</sup> *Ibid.* aux pp. 798-799.

<sup>20</sup> *Ibid.* à la p. 805.

<sup>21</sup> *Supra* note 1.

<sup>22</sup> *Supra* note 3 aux pp. 806-807.

<sup>23</sup> *Supra* note 2.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Voir par ex. *Montreal Tramways, ibid.* à la p. 477 : « le droit à réparation de Jeannine Léveillé n'a commencé à exister qu'après sa naissance, lorsque l'infirmité corporelle dont elle souffre s'est révélée. Avant cette date, aussi longtemps qu'elle était dans le sein de sa mère... [a]ucune action en responsabilité n'était ouverte. Ce n'est que lorsque le préjudice certain a été souffert que ses droits ont été lésés, qu'elle est devenue une victime ayant des droits à réparation. C'est de ce moment, après sa naissance, que son droit a commencé. On peut dire que son droit est né en même temps qu'elle ».

*Tramways*, les propos du juge Major assimilent une *obligation de comportement* (i.e. l'obligation de conduire prudemment) à une *obligation de réparation* (i.e. l'obligation de compenser une victime de négligence)<sup>26</sup>. Une obligation de diligence est une obligation du premier type et ne devrait pas être confondue à un *recours* pour le manquement à cette obligation. Certes, l'existence d'un recours pour négligence présuppose un préjudice et, sans naissance, il ne peut y avoir de préjudice. Toutefois, l'existence d'une obligation de comportement ne fait que présumer l'existence d'un *risque*. Nous reviendrons à ce point. Pour le moment, il suffit d'ajouter que puisque Cynthia Dobson est légalement tenue de conduire prudemment, le juge Major estime que « sa liberté d'action dans la conduite d'un véhicule était déjà restreinte par son obligation de diligence envers les usagers de la route »<sup>27</sup>.

Selon les juges dissidents, dès lors qu'une obligation de diligence existe envers les tierces parties, le deuxième volet du critère de l'arrêt *Kamloops* ne peut pas porter obstacle au droit d'action de l'enfant contre sa mère. Aucune considération d'ordre politique n'entre en jeu. Le juge Major reconnaît toutefois, « qu'il en va tout autrement lorsque la femme enceinte n'est pas tenue d'une obligation de diligence envers un tiers relativement au comportement »<sup>28</sup> car, dans ce cas, rien ne vient délimiter l'étendue de son obligation. C'est seulement dans ces circonstances que l'on pourrait invoquer certaines considérations d'ordre politique en vertu du deuxième volet de l'arrêt *Kamloops* afin d'empêcher l'imposition d'une obligation de diligence. D'après la dissidence, « aucune considération d'ordre politique suffisante pour priver l'enfant de son droit d'intenter une action n'a été soulevée compte tenu des faits de la présente affaire »<sup>29</sup>. Par conséquent, la suppression de la cause d'action de Ryan Dobson est une mesure extrême qui relève exclusivement de la compétence du législateur<sup>30</sup>.

### III. ANALYSE CRITIQUE

#### A. *La question en litige*

L'affaire *Dobson* met en cause un enfant qui tente d'obtenir une indemnisation de sa mère suite à la négligence de cette dernière au volant. Le demandeur a subi un préjudice et il en supportera le fardeau toute sa vie – un fardeau qui sera partagé par sa mère, son père et les autres membres de sa famille. Bref, le demandeur est victime de négligence. Or l'acte négligent a été commis alors que Ryan était dans le ventre de sa mère. La réalité se heurte donc à la théorie : comment peut-on caractériser la responsabilité civile d'une mère envers son enfant lorsque l'acte négligent est commis avant la naissance de ce dernier? Est-ce possible de reconnaître cette responsabilité sans reconnaître, du même coup, que le fœtus possède une personnalité juridique distincte – un résultat qui serait nettement contraire à l'état actuel du droit<sup>31</sup>? Lorsque la partie défenderesse est une tierce partie, la common law contourne ce dilemme avec finesse.

<sup>26</sup> Voir généralement P. Legrand jr., « Éléments d'une taxinomie des obligations juridiques » (1989) 68 R. du B. can. 259.

<sup>27</sup> *Supra* note 3 à la p. 809.

<sup>28</sup> *Ibid.* à la p. 811.

<sup>29</sup> *Ibid.* à la p. 815.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Voir *Tremblay c. Daigle*, *supra* note 9.

On affirme que le fœtus ne possède aucun recours avant sa naissance puisque son préjudice, un élément essentiel du recours pour négligence, se cristallise seulement au moment de la naissance<sup>32</sup>. Alors qu'il est dans l'utérus, le fœtus est tout simplement créancier d'une obligation de diligence, soit la même obligation qui est déjà due à la femme qui le porte. Ce raisonnement ne plaît pas à tous<sup>33</sup>, y compris le juge Major en dissidence, mais il évite une injustice insoutenable. Autrement, la victime devrait « en l'absence de toute faute de sa part, porter durant toute sa vie la marque de la faute d'autrui et assumer un très lourd fardeau d'infirmité et d'inconvénients sans obtenir réparation<sup>34</sup> ». Par contre, lorsque la partie défenderesse est la mère de l'enfant, cette fiction juridique soulève un problème particulier. Dans une telle situation, reconnaître une obligation de diligence risque d'avoir un impact sur une catégorie de justiciable qui était auparavant à l'abri de ce genre de poursuite. Les enjeux de l'affaire *Dobson* sont donc clairs. D'une part, nous sommes en présence d'une victime qui a subi un préjudice et qui va en supporter le fardeau toute sa vie. D'autre part, nous sommes en présence d'une défenderesse qui fait partie d'un groupe de personnes qui *risque* de subir des contraintes à leurs libertés *dans le futur*.

Certes, il y a des questions juridiques qui relèvent indubitablement de la politique publique. Nous pensons au droit à l'avortement<sup>35</sup> et à l'imposition de traitements obligatoires à une femme enceinte dans le but de protéger son enfant à naître<sup>36</sup>. Il serait irréfléchi, voire même téméraire, de la part des tribunaux de considérer ce genre de questions sans en évaluer les répercussions sociales et juridiques sur la liberté, l'égalité et l'intégrité physique des femmes. Cependant, dans une affaire comme *Dobson*, de telles considérations sont tout au plus accessoires. La liberté, l'égalité et l'intégrité ne sont pas au centre du problème juridique soulevé par cette décision – et elles ne devraient pas y être.

Voilà le principal vice de la décision rendue par la majorité. Elle n'a pas su dépolitiser suffisamment la question afin de la traiter de manière adéquate. La Cour suprême aurait pu arriver à un résultat contraire tout en adressant ses inquiétudes sur les conséquences d'une reconnaissance de la responsabilité de la mère en un tel cas. Il était possible d'atteindre cet objectif au moyen d'une décision qui ne s'appliquerait que dans des circonstances très précises – dans le cas où la sécurité publique est mise en danger – et suite à l'application de critères rigoureux.<sup>37</sup> Le refus d'imposer un devoir de diligence à Cynthia Dobson donne lieu à un résultat troublant sur le plan de la responsabilité délictuelle : la victime d'une faute est laissée sans recours. Ce résultat est difficile à justifier eu égard aux objectifs poursuivis par le droit des délits civils<sup>38</sup>, en particulier son objectif compensatoire.

<sup>32</sup> Voir *Montreal Tramways et Duval c. Séguin*, *supra* note 2.

<sup>33</sup> Voir notamment I.R. Kerr, « Pre-natal Fictions and Post-partum Actions » (1997) 20 *Dalhousie L.J.* 237.

<sup>34</sup> *Montreal Tramways*, *supra* note 2 à la p. 464.

<sup>35</sup> Voir *Tremblay c. Daigle*, *supra* note 9.

<sup>36</sup> Voir *Winnipeg*, *supra* note 9.

<sup>37</sup> Comme le démontre la dissidence du juge Major dans l'affaire *Dobson*, *supra* note 3 aux pp. 802-15, il était possible de développer un cadre d'analyse qui exclut les résultats pernicieux que craignait la majorité.

<sup>38</sup> Au sujet des objectifs du droit des délits civils, voir P. Legrand jr., « Le droit des délits civils : pour quoi faire? » Dans P. Legrand jr., éd., *Common law d'un siècle l'autre*, Cowansville, Yvon Blais, 199 à la p. 449.

Bref, le juge Cory ne formule pas correctement la question en litige. Avant d'entamer son analyse, il déclare que : « [l]e présent pourvoi ne soulève qu'une seule question. La mère doit-elle être tenue délictuellement responsable du dommage subi par son enfant en raison d'un comportement négligent avant la naissance qui aurait infligé un préjudice au fœtus qu'elle portait? »<sup>39</sup>. Cette question dicte d'avance la réponse. Or le préjudice qui nous concerne n'est pas celui qui a été infligé au fœtus, mais bien celui dont souffre maintenant l'enfant né vivant. En d'autres mots, il ne s'agit pas du tout de déterminer, comme certains l'ont suggéré<sup>40</sup>, si le droit de naître sain de corps et d'esprit est suffisamment important pour justifier une atteinte au droit de la femme de jouir de son autonomie et d'utiliser son corps comme elle le veut. La question formulée ainsi par le juge Cory place le débat dans l'arène politique de l'égalité et de la liberté individuelle des femmes par opposition aux droits du fœtus, alors que le véritable enjeu se situe ailleurs.

#### B. *Le statut du fœtus*

Il existe une distinction fondamentale entre une obligation de diligence et un recours pour négligence. Le premier est un élément constitutif du second, au même titre que le manquement, la causalité et le préjudice. Le premier se fonde sur la relation entre les deux parties devant le tribunal, soit la partie demanderesse et la partie défenderesse. Le second se fonde sur la présence de tous les éléments constitutifs du recours. Les affaires *Montreal Tramways* et *Duval c. Séguin* imposent une obligation de diligence à un tiers pour le bénéfice d'un fœtus, sans toutefois reconnaître la personnalité juridique à celui-ci. Il n'y a rien de suspect dans ce raisonnement. Le droit des délits civils reconnaît des obligations de diligence dans le but de prévenir des risques qui sont évitables. Un risque peut être prévisible, même si la matérialisation de ce risque est reportée dans le futur. La décision californienne *Sindell c. Abbott Laboratories*<sup>41</sup> en est un exemple parfait. Dans cette affaire, les fabricants d'une drogue sont tenus responsables envers les filles de celles qui ont consommé la drogue durant leur grossesse. Pour arriver à cette conclusion, la Cour devait-elle reconnaître une personnalité juridique pour le bénéfice d'une catégorie spéciale de fœtus? Il est clair que non. Il suffisait de conclure que le comportement des défendeurs créait un risque prévisible à un groupe de personnes. Ce groupe n'était pas en vie au moment du comportement en question. Ce groupe n'avait peut-être pas de personnalité juridique. Néanmoins, le groupe faisait partie de la sphère du risque prévisible. Pourvu que le risque se matérialise et que les autres conditions du recours en négligence soient présentes, le statut des demanderesses avant leur naissance (i.e. avant la matérialisation du risque) n'a aucune importance.

Malheureusement, le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Dobson* accorde plus d'importance au statut du créancier de l'obligation de diligence qu'aux

---

<sup>39</sup> *Supra* note 3 à la p. 763.

<sup>40</sup> R. Beal, « 'Can I Sue Mommy?' An Analysis of a Woman's Tort Liability for Prenatal Injuries to her Child Born Alive » 21 (1984) San Diego L.Rev. 325 à la p. 370.

<sup>41</sup> 607 P.2d 924 (Cal. 1980).

notions de risque et de prévisibilité<sup>42</sup>. La majorité polarise le débat en confrontant la protection du fœtus à la protection de l'autonomie de la femme. Or, ces intérêts ne sont pas incompatibles pour les fins d'un recours en dommages-intérêts. De fait, le principe du prochain énoncé dans l'arrêt classique *Donoghue c. Stevenson*<sup>43</sup> porte sur la prévisibilité du risque à la *partie demanderesse*. Tant sur le plan de la logique que sur le plan de la politique publique, un *danger* peut impliquer une personne qui n'est pas vivante au moment du comportement reproché. Pourvu que celle-ci est une victime *potentielle*, rien ne devrait l'empêcher de bénéficier d'une obligation de diligence. La personnalité juridique de la victime, avant la matérialisation du risque, n'est qu'une diversion. Selon nous, les juges dissidents tombent dans un piège similaire. Le juge Major tente de contourner le débat en associant l'obligation de diligence avec Ryan Dobson, plutôt qu'avec le fœtus. « L'obligation de diligence existe au profit de l'enfant né vivant »<sup>44</sup>. Nous soutenons que cette affirmation assimile l'obligation de diligence à une obligation de réparation. Il ne fait aucun doute que le recours en négligence existe au profit de l'enfant né vivant – sans naissance, il n'y aurait aucune matérialisation du risque et donc aucun recours. L'obligation de diligence, par contre, vise à prévenir des risques évitables. L'analyse doit se faire eu égard aux circonstances qui existaient au moment du comportement reproché. La raison pour laquelle Cynthia Dobson devait conduire avec prudence, le 14 mars 1993, n'est pas le fait que Ryan Dobson a aujourd'hui des blessures corporelles et psychiques. Elle devait être diligente car son comportement créait un *risque* de blessure. Le risque aurait pu se matérialiser en même temps que l'accident. Ce serait le cas si elle avait frappé un usager de la route. En l'espèce, le risque s'est matérialisé quelques heures après l'accident. Il en demeure que le danger était prévisible et ce, peu importe le statut juridique de Ryan Dobson avant sa naissance.

### C. *Les précédents canadiens*

Dans l'affaire *Dobson*, le juge Cory commence par examiner la jurisprudence canadienne en matière de responsabilité pour négligence commise avant la naissance. Il distingue les faits des arrêts *Montreal Tramways et Duval c. Séguin* de ceux en l'espèce en soulignant que dans ces affaires il ne s'agissait pas d'un préjudice causé par la mère, mais par un tiers. Selon lui, la Cour suprême dans *Montreal Tramways* n'avait pas envisagé « la délicate question de la responsabilité délictuelle de la mère pour une négligence commise avant la naissance »<sup>45</sup>. Ainsi, strictement sur la base de l'identité

---

<sup>42</sup> La même critique s'applique au professeur Kerr, *supra* note 33. Celui-ci critique avec véhémence le raisonnement adopté dans les affaires *Montreal Tramways et Duval c. Séguin*, *supra* note 2, en affirmant que seule une personne vivante puisse faire l'objet d'une obligation de diligence. A la page 254 de son article, il affirme : « [i]t is incorrect to say that although the unborn child was not yet a person at the time of the accident, she was a foreseeable plaintiff. A plaintiff is a person who commences an action. The very notion of being a plaintiff (foreseeable or otherwise) entails being a person ». Si le raisonnement du professeur Kerr est exact, les demanderesse dans l'affaire *Sindell c. Abbott Laboratories*, *ibid.*, n'auraient eu aucun recours contre les fabricants de la drogue consommée par leur mère – un résultat à la fois illogique et injuste.

<sup>43</sup> [1932] A.C. 562 (H.L.).

<sup>44</sup> *Dobson*, *supra* note 3 à la p. 806.

<sup>45</sup> *Ibid.* à la p. 764.

de la partie défenderesse, il écarte deux précédents qui accordent un recours en négligence à un enfant relativement à une faute commise avant sa naissance, même s'il s'agit de deux situations de faits identiques à *Dobson* à tous les autres égards. Le juge Cory se tourne plutôt vers les décisions de la Cour suprême qui portent sur la personnalité juridique du fœtus. Ici, les distinctions font place aux analogies. Or, nous verrons que l'affaire *Dobson* n'aurait pas dû faire partie de ce discours juridique. Cette affaire se distingue nettement des causes qui ont opposé les droits du fœtus à ceux de la femme, puisqu'il n'est pas question dans l'arrêt *Dobson* d'accorder un intérêt quelconque au fœtus.

Dans le domaine criminel, la cause la plus notable en matière d'avortement et de responsabilité envers le fœtus est *Morgentaler*<sup>46</sup>. Dans cet arrêt, les appelants ont invoqué l'article 7 de la *Charte* afin de contester la constitutionnalité de certaines dispositions du *Code criminel*<sup>47</sup> qui interdisaient l'avortement sauf dans des cas où la grossesse menaçait la vie ou la santé de la femme. Ces dispositions imposaient aussi un lourd fardeau en matière de procédure aux femmes à qui s'appliquait l'exception qui permettait d'obtenir un avortement thérapeutique. La majorité de la Cour suprême a conclu que la perte de contrôle quant à la décision de mettre fin à la grossesse constitue une atteinte à la liberté et à l'intégrité physique des femmes, laquelle viole l'article 7 de la *Charte*. D'après le juge en chef Dickson, la disposition prive les femmes du pouvoir de décision. Ceci portait clairement atteinte à leur intégrité corporelle, tant physique qu'émotionnelle, tandis que l'augmentation des risques causés par tout retard en raison de la procédure était une atteinte à l'aspect purement physique du droit à la sécurité de la personne<sup>48</sup>. Par ailleurs, la procédure et les structures administratives établies par le *Code criminel* pour obtenir des avortements thérapeutiques n'étaient pas conformes aux principes de justice fondamentale et violaient l'article 7 de la *Charte*<sup>49</sup>. Finalement, la majorité a déterminé que les dispositions en question ne pouvaient pas être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le débat public sur les droits du fœtus par opposition au droit des femmes à l'avortement n'a rarement été aussi focalisé qu'à l'époque où l'affaire *Tremblay c. Daigle*<sup>50</sup> a fait son apparition sur la scène nationale en 1989. Bien que l'opinion publique et divers groupes d'intérêts<sup>51</sup> étaient nettement divisés, la Cour suprême était unanime quant à sa décision d'accueillir l'appel de Chantal Daigle. Le 7 juillet 1989, une injonction interlocutoire a été accordée à l'intimé, Jean-Guy Tremblay, par la Cour supérieure du Québec afin d'empêcher l'appelante d'obtenir un avortement. Cette injonction a été maintenue par la Cour d'appel. L'appelante a donc demandé l'autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada, autorisation qui lui a

---

<sup>46</sup> *Supra* note 9.

<sup>47</sup> L.R.C. 1985, c. C-46.

<sup>48</sup> *Morgentaler*, *supra* note 9 à la p. 56.

<sup>49</sup> *Ibid.* à la p. 79.

<sup>50</sup> *Supra* note 9.

<sup>51</sup> *Tremblay c. Daigle*, *supra* note 9 à la p. 538. Dans cette affaire, les organismes suivants se sont présentés devant la Cour suprême en qualité d'intervenants : l'Association canadienne des libertés civiles (ACLC), l'Association canadienne pour le droit à l'avortement (ACDA), et le Fond d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) sont intervenus pour l'appelante, tandis que REAL Women of Canada, la Campaign Life Coalition, Canadian Physicians for Life, et l'Association des médecins du Québec pour le respect de la vie sont intervenus dans l'intérêt de l'intimé.

été accordée. Malgré le fait que l'intimé ait obtenu un avortement alors que la Cour suprême était toujours saisie de la question, la Cour a jugé qu'une décision s'imposait « étant donné l'importance que continuait de revêtir pour [...] [les] femmes québécoises et canadiennes une décision sur le pourvoi »<sup>52</sup>.

Dans son jugement, la Cour a rejeté les principaux arguments de l'intimé selon lesquels la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec confère un droit à la vie au fœtus<sup>53</sup> et le *Code civil du Québec* reconnaît implicitement le fœtus comme un être humain<sup>54</sup>. Selon la Cour, en responsabilité civile délictuelle, en droits des biens et en droit de la famille, le fœtus n'a pas de droits et n'a aucune personnalité juridique autant dans le contexte du droit anglo-canadien que dans celui du droit civil québécois<sup>55</sup>. Par conséquent, ni l'intimé ni le fœtus ne bénéficiaient de droits substantifs qui pouvaient fonder l'injonction en cause.

Dans l'affaire *Tremblay c. Daigle*, les intérêts de la femme enceinte et du fœtus étaient nettement en conflit. Le maintien d'une injonction interlocutoire qui empêchait l'appelante d'obtenir un avortement la dénuait de tout pouvoir décisionnel quant à la continuation de sa grossesse, et même quant à sa liberté de mouvement. En quelque sorte, l'intimé n'était même plus libre de disposer de son propre corps puisque les droits du fœtus prenaient préséance sur sa volonté personnelle et sur son autonomie. Il n'est pas difficile d'imaginer quels arguments fondés sur la *Charte* pourraient s'appliquer dans une situation aussi flagrante d'empiétement sur les droits à la liberté, à l'égalité et à l'intégrité physique des femmes enceintes. Comme l'exprime la professeure Hanigsberg, « [w]hile state 'protection' of fetuses appears benevolent, when it is coercive it can have no effect but to disempower women and further subject them to arbitrary control by patriarchal power »<sup>56</sup>. Si cela n'avait pas été suffisamment concrétisé dans les affaires *Morgentaler* et *Sullivan*, l'arrêt *Tremblay c. Daigle* a confirmé de manière définitive la non reconnaissance par les tribunaux de la personnalité juridique du fœtus<sup>57</sup>.

Récemment, dans l'arrêt *Winnipeg*<sup>58</sup>, la Cour suprême du Canada a dû se pencher encore une fois sur la question de la subordination de la volonté de la mère à l'intérêt de son enfant à naître. Il s'agissait dans cette affaire de déterminer si les tribunaux pouvaient restreindre la liberté d'action de l'intimée afin de protéger son fœtus. L'intimée en était à sa quatrième grossesse et était enceinte de cinq mois. Sa dépendance à l'inhalation de vapeur de solvants était susceptible de causer de sérieux dommages au système nerveux du fœtus. Effectivement, deux de ses enfants sont nés avec des handicaps permanents dûs à l'inhalation de solvants par leur mère. Ces enfants ont été placés sous la tutelle permanente de l'État. Suite à une demande de l'Office des services à l'enfant [ci-après l'Office], un juge de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a ordonné que l'intimée soit confiée à la garde de l'Office et qu'elle soit détenue dans un centre médical afin d'y subir un traitement obligatoire.

<sup>52</sup> *Tremblay c. Daigle*, supra note 9 à la p. 539.

<sup>53</sup> L.R.Q. c. C-12. *Supra* note 9 à la p. 555

<sup>54</sup> L.Q. 1991, c. 64. *Supra* note 9 à la p. 563.

<sup>55</sup> *Ibid.* à la p. 569.

<sup>56</sup> J.E. Hanigsberg, « Power and Procreation: State Interference in Pregnancy » (1991) 23 Ottawa L. Rev. 35 à la p. 37.

<sup>57</sup> Voir M.L. McConnell, « *Sui Generis*: The Legal Nature of the Fœtus in Canada » (1991) 70 Rev. du B. can. 548 à la p. 553.

<sup>58</sup> *Supra* note 9.

La Cour suprême devait déterminer si elle procéderait à une extension du droit de la responsabilité délictuelle pour autoriser une ordonnance de détention et de traitement contre le gré d'une femme « afin de protéger l'enfant qu'elle porte contre un comportement susceptible de lui [...] causer un préjudice »<sup>59</sup>. Selon les motifs dissidents des juges Major et Sopinka, la compétence *parens patriae*<sup>60</sup> des cours supérieures confère le pouvoir d'intervenir pour protéger le fœtus uniquement dans des cas exceptionnels et sous réserve d'une formule générale à quatre volets dont le but est de limiter le risque d'ingérence arbitraire des tribunaux dans la vie privée des femmes enceintes<sup>61</sup>. Le juge Major conclut que l'ordonnance du juge de la Cour supérieure relevait de sa compétence *parens patriae*. Pour lui, le maintien de l'injonction ne ferait pas ressurgir le spectre de la personnalité juridique du fœtus puisqu'il s'agit en quelque sorte de protéger l'éventuel enfant qui souffrira invariablement du comportement maternel à défaut d'une intervention judiciaire.

Bien que le désir d'intervenir soit fondé sur un objectif manifestement louable, on ne peut nier que l'effet d'une intervention dans ce cas est de contraindre la femme enceinte à agir ou de limiter sa liberté pour le bien-être de son fœtus même si on agit pour le bien de l'enfant à naître. Les tribunaux devraient alors balancer les droits de la mère contre ceux de son fœtus, ce qui revient finalement à attribuer une personnalité juridique au fœtus qui serait opposable à celle de la femme enceinte. Le cadre d'analyse proposé par le juge Major ne pourrait empêcher ce résultat puisqu'il vise à déterminer quand un tribunal peut intervenir pour « sauver le fœtus » en examinant le comportement de la femme durant sa grossesse.

En revanche, la majorité de la Cour a déterminé que le pouvoir *parens patriae* et le droit de la responsabilité délictuelle dans son état actuel ne permettaient pas de détenir une femme enceinte contre son gré dans l'intérêt du fœtus. La conclusion de la majorité se fonde sur le raisonnement invoqué dans *Morgentaler, Sullivan et Tremblay c. Daigle* : une personne à naître n'est pas une personne juridique titulaire de droits. « Tout droit ou intérêt que le fœtus peut avoir demeure virtuel et incomplet jusqu'à la naissance de l'enfant »<sup>62</sup>. Il n'y avait donc aucune personne dans l'intérêt de laquelle l'Office pouvait agir ou le tribunal pouvait rendre une ordonnance<sup>63</sup>.

Nous partageons l'opinion de la Cour dans chacun des précédents notés. Les principes de liberté et d'autonomie qui sous-tendent ces décisions sont fondamentaux à toute société libre et démocratique. Ce qui différencie l'affaire *Dobson* des décisions *Morgentaler, Tremblay c. Daigle* et *Winnipeg* est que, dans ces derniers cas, le résultat direct de l'intervention étatique est le contrôle décisionnel sur le corps et les actes de la femme enceinte. Par contraste, dans l'arrêt *Dobson* ce résultat est tout au plus

---

<sup>59</sup> *Ibid.* à la p. 936.

<sup>60</sup> Une compétence judiciaire qui permet à une cour supérieure d'agir dans l'intérêt de l'enfant même contre le gré du parent lorsque la cour juge que l'intérêt de l'enfant est compromis par les actes du parent.

<sup>61</sup> Le juge Major propose un cadre d'analyse précis afin de déterminer dans quelles circonstances une intervention sera 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 fœtus; 3) La réparation accordée doit être la moins attentive possible; 4) Le processus doit respecter l'équité procédurale ». *Winnipeg, supra* note 9 à la p. 973.

<sup>62</sup> *Ibid.* à la p. 939.

<sup>63</sup> *Ibid.*

hypothétique et peut être même illusoire. Cynthia Dobson avait déjà le devoir de conduire sa voiture de façon prudente, afin de protéger les usagers de la route. Lui imposer une obligation de diligence à l'endroit de son fœtus n'aura qu'un impact financier : elle devra indemniser son fils pour les conséquences de sa faute. Qu'en est-il des autres justiciables? La reconnaissance d'une obligation de prudence aurait-elle un impact véritable sur leur comportement futur? Selon nous, les conséquences envisagées par la majorité dans l'affaire *Dobson* se fondent sur une hypothèse fragile, à savoir que le droit des délits civils possède une force dissuasive plus grande que celle qui découle de la relation unique qui existe entre une femme et son fœtus. À notre avis, il est dangereux de sur-estimer le pouvoir contraignant de la responsabilité délictuelle. De toute façon, lorsque la contrainte existe déjà, comme c'est le cas à chaque fois que la sécurité publique est menacée par le comportement reproché, les répercussions de la reconnaissance d'un *deuxième* créancier sont inexistantes. Le recours intenté par Ryan Dobson ne vise pas à dissuader des comportements qui, autrement, seraient à l'abri du processus judiciaire. Il ne revendique pas un objectif de prévention. Ryan Dobson cherche tout simplement à obtenir une compensation pour un préjudice causé par la faute d'autrui. Bref, il demande au droit des délits civils de remplir sa fonction principale.

#### D. *Les considérations d'ordre politique*

Le raisonnement de la majorité se fonde essentiellement sur des considérations d'ordre public. En principe, cette approche n'est pas problématique. L'obligation de diligence est une question de droit qui exige une analyse minutieuse de toutes les circonstances, y compris la politique-sociale et la politique-juridique. Le cadre d'analyse adopté par la Cour suprême depuis l'arrêt *Kamloops* invite, de façon expresse, un tel examen. Le problème découle de l'application de ce cadre d'analyse en l'espèce. Le deuxième volet du critère de *Kamloops*, soit celui qui réfère aux considérations d'ordre politique, existe pour contrôler les frontières de la responsabilité en négligence. Il permet de freiner l'essor de la responsabilité civile dans des circonstances où la responsabilité risque de devenir illimitée, en particulier en présence de pertes purement pécuniaires. Il est rare, par contre, de voir le deuxième volet invoqué à l'encontre d'une partie demanderesse qui est une victime *directe* d'un *comportement* fautif qui lui a infligé une *blessure* corporelle. De fait, nous soutenons qu'il n'existe aucun précédent canadien en la matière. Si les considérations d'ordre public soulevées par l'affaire *Dobson* étaient suffisamment pressantes, l'absence de précédents aurait peu de force. Or, nous croyons que l'analyse de la majorité fait défaut à ce chapitre.

Le juge Cory estime que les principales « considérations d'ordre politique [qui] militent contre l'imposition d'une responsabilité délictuelle de la mère pour la négligence dont elle a fait preuve avant la naissance » sont les suivantes : 1) le droit des femmes à la vie privée et à l'autonomie et 2) la difficulté de formuler une norme de conduite suffisamment précise applicable aux femmes enceintes<sup>64</sup>. Regardons d'abord la première considération. Selon la majorité, même s'il est vrai que le droit canadien permet à l'enfant né vivant de poursuivre un tiers pour un préjudice subi avant sa naissance, les tribunaux ne devraient pas imposer une obligation de diligence à la femme enceinte, ni envers le fœtus qu'elle porte, ni envers l'enfant auquel elle donne naissance.

---

<sup>64</sup> *Dobson*, *supra* note 3 à la p. 768.

À cause du caractère particulier de la relation qui existe entre une femme et le fœtus qu'elle porte, la comparaison entre la nature de l'obligation de cette femme envers son fœtus et l'obligation de diligence d'un tiers envers le fœtus est intenable<sup>65</sup>. On utilise l'argument de la pente glissante pour dire que si l'on impose une telle obligation, « [t]out ce que la femme enceinte fait ou omet de faire est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur le fœtus »<sup>66</sup>. Par contraste, imposer la même obligation aux tiers n'a aucun impact important sur leur droit de contrôler leur vie.

L'argument est valable, mais pas dans les circonstances de l'espèce. Nous le répétons. Cynthia Dobson avait déjà le devoir de conduire sa voiture de façon prudente. Ryan Dobson demande seulement à la Cour suprême de reconnaître qu'il est un *deuxième* créancier de cette obligation. Certes, si la partie demanderesse avait eu gain de cause, les réclamations futures ne seraient pas nécessairement du même genre. Comme le note le juge Cory, il existe des réclamations qui portent réellement atteintes à la liberté et à l'autonomie des femmes. Ces actions devraient être rejetées en temps et lieu. Par contre, il est difficile de justifier l'injustice *certaine* qui est créée en l'espèce sur la base d'un *risque* d'une atteinte potentielle dans le futur. Bref, la common law aurait pu poursuivre son évolution en limitant l'application d'une obligation de diligence à des situations limitées et précises, comme celle en l'espèce – c'est-à-dire à des situations où le comportement de la partie défenderesse met en danger la sécurité publique. À notre avis, cette évolution fut stoppée prématurément.

La même critique s'applique à la deuxième considération. Peut-on formuler une norme de conduite suffisamment précise applicable aux femmes enceintes? Nous concédons qu'avant d'accorder un recours à l'enfant pour un préjudice découlant de la négligence prénatale de sa mère, la common law doit définir les paramètres d'un tel recours de manière très restrictive<sup>67</sup>. À première vue, l'obligation générale de diligence proposée par la Cour d'appel et par le juge Major en dissidence est une norme à la fois certaine et restrictive. Elle est fondée sur un critère objectif, soit celui du risque inhérent à l'activité pour les tierces parties. Dans l'application de ce critère ni le choix de style de vie ni l'exercice d'une autorité parentale de la femme enceinte en tant que mère n'entre en ligne de compte. Cette norme fournit une échelle de mesure relativement précise puisqu'elle met l'emphase sur la nature du comportement et son impact potentiel sur le public. Selon ce critère, une obligation de diligence ne sera imposée à la femme enceinte que si son comportement aurait une incidence sur autre chose que sur le bien-être du fœtus qu'elle porte, c'est-à-dire seulement si cette conduite est susceptible de poser un danger pour le public en général. Toutefois, l'enfant n'aura aucun recours contre sa mère si l'activité en question relève d'une obligation comportant un choix de style de vie de la part du parent<sup>68</sup>.

Le juge Cory rejette ce critère puisque, à son avis, l'utilisation d'un véhicule à moteur peut dans certaines circonstances relever de l'autorité et du pouvoir discrétionnaire des parents<sup>69</sup>. Le critère risque ainsi de mener à des résultats contraires. Cet argument ne tient pas compte du fait que la conduite automobile fait appel au

---

<sup>65</sup> *Ibid.* à la p. 769.

<sup>66</sup> *Ibid.* à la p. 770.

<sup>67</sup> Voir D. M. Santello, « Maternal Tort Liability for Prenatal Injuries » (1988) 22 *Suffolk U. L. Rev.*, 747 à la p. 777.

<sup>68</sup> *Supra* note 8 à la p. 215.

<sup>69</sup> *Supra* note 3 à la p. 787.

jugement et à certaines décisions qui peuvent avoir des conséquences catastrophiques pour les autres automobilistes. Lorsqu'un parent conduit son enfant aux pratiques de hockey, il n'a pas libre cours sur l'autoroute, de même qu'une femme enceinte de huit mois qui conduit une motocyclette. De fait, la conduite automobile est fortement réglementée par des lois qui contrôlent des choses aussi banales que le fait de stationner devant une bouche d'incendie et des comportements aussi répréhensibles que la conduite en état d'ébriété. Certains états américains ont suspendu l'application de la doctrine de l'immunité parentale en délit uniquement dans les cas de négligence automobile – il s'agit d'ailleurs de l'exception la plus commune à la doctrine de l'immunité parentale<sup>70</sup>. Dans l'affaire *Lynch c. Lynch*, une décision australienne de la Cour suprême de New South Wales, le juge Clarke s'exprime ainsi sur la question : « There are [...] different policy considerations which arise in the context of a claim based on negligent driving and those which may arise, for instance, in a claim based on the mother's taking of unjustified risks of physical injury »<sup>71</sup>. Nous partageons cet avis. La nature même d'une activité aussi publique et potentiellement dangereuse que l'utilisation d'un véhicule à moteur, d'une part, et la structure législative mise en place pour surveiller cette activité, d'autre part, ne laissent aucune place pour l'exercice d'une autorité ou d'une discrétion parentale, sauf peut-être pour choisir notre destination et discipliner nos enfants turbulents dans la fourgonnette familiale!

#### IV. CONCLUSION

L'affaire *Dobson* aboutit à un résultat troublant pour toutes les parties impliquées, avec une exception. Ryan Dobson est laissé sans recours, malgré le fait qu'il a subi un préjudice à la suite d'un acte fautif. Cynthia Dobson et son conjoint doivent financer eux-même les soins que nécessitera Ryan tout au long de sa vie. La seule partie qui gagne dans cette affaire est l'assureur des parents. Celui-ci échappe à ses obligations contractuelles pour le motif qu'il existe un *risque* que la reconnaissance d'une obligation de diligence 1) puisse limiter l'autonomie des femmes *dans certaines circonstances* et 2) puisse être difficile à appliquer *dans certaines circonstances*. Ce risque ne s'est pas matérialisé en l'espèce et, comme nous l'avons suggérés il aurait pu être contrôlé en temps et lieu. Néanmoins, la Cour a cru bon de sacrifier l'expérience concrète de la victime pour le bénéfice de la théorie. Voilà l'aspect le plus troublant de cette décision.

---

<sup>70</sup> Voir *Ard c. Ard*, 414 So. 2d 1066; *Black c. Solnitz*, 409 A.2d 634; *Unah c. Martin*, 676 P.2d 1366; *Smith c. Kauffman*, 183 S.E.2d 190; *Merrick c. Sutterlin*, 610 P.2d 891; *Dellapenta c. Dellapenta*, 838 P.2d 1153.

<sup>71</sup> (1991), 25 N.S.W.L.R. 411.

