

La vie comme préjudice : un regard comparé en common law nord-américaine

Carole Sénéchal et Nicholas Léger-Riopel

La caractérisation d'une vie préjudiciable («*wrongful life*») constitue sans doute l'un des problèmes les plus épineux de la bioéthique contemporaine. En témoigne sa défaveur presque unanime dans les juridictions de tradition tant civiliste que de common law. Dès 1963, la Cour d'appel de l'Illinois, statuant sur l'action d'un enfant reprochant à son propre père biologique son statut d'enfant illégitime et adultérin, soulevait les préoccupations ayant trait aux conséquences sociales imprévisibles qui découleraient de la reconnaissance d'une vie préjudiciable, étant donné la multiplicité des circonstances entourant une naissance qui seraient susceptibles d'être considérées comme préjudiciables. Quels sont les différents obstacles juridiques qui se dressent devant l'admissibilité des préjudices de vie en common law américaine et canadienne ? Dans quelle mesure certains ressorts américains (Californie, État de Washington, New Jersey, État du Maine et Rhode Island) sont-ils parvenus à les contourner, avec plus ou moins de succès ? Ce sera en puisant à même certaines notions développées par le courant dit des *Disability Studies* que les auteurs offriront certains éléments d'un nouveau cadre, méthodologique et conceptuel, permettant de réenvisager tant la notion de handicap, que le délit de vie préjudiciable.

Wrongful life is probably one of the most difficult dilemmas arising in the field of contemporary bioethics, to such an extent that it is still met with almost unanimous disapproval in both civil and common law jurisdictions. As early as 1963 the Illinois Court of Appeal, having to decide on the first-ever wrongful life case brought by a minor child seeking damages from his father because of his illegitimacy, raised concerns about the unpredictable social consequences which would likely arise from recognizing such an action. What are the legal barriers to wrongful life actions as identified in American and Canadian case law? How do some US jurisdictions (California, Washington State, New Jersey, Maine and Rhode Island) go around them with more or less success? This article aims at mobilizing some of the tools developed by the *Disability Studies* in order to shed light and provide new methods of thinking and relating to disability, and to the tort of wrongful life.

TABLE DES MATIÈRES

La vie comme préjudice : un regard comparé en common law
nord-américaine

Carole Sénéchal et Nicholas Léger-Riopel***

I. Introduction	287
II. Quand la loi se mêle du droit à la vie	290
A. Le délit de « préjudice de vie » : cadres notionnels concurrents et éléments de problématique	290
B. En common law américaine : l'accent mis sur la qualification du préjudice	296
1. L'argument de la pente glissante ou savonneuse	298
2. Le paradoxe de la non-existence	299
3. La réponse de certains tribunaux américains : un pragmatisme à l'épreuve	302
C. En droit canadien et québécois : un devoir de diligence envers la mère ou l'enfant ?	314
III. Analyse	320

La vie comme préjudice : un regard comparé en common law nord-américaine

Carole Sénéchal* et Nicholas Léger-Riopel**

I. INTRODUCTION

En 1846, l'éminent juriste Lord Campbell a fait adopter le *Fatal Accidents Act 1846*¹ au Parlement de l'Angleterre afin d'écarter une jurisprudence hostile à la réparation des «*wrongful death*», que l'on peut traduire en français par «décès causé par la faute d'autrui» ou «homicide délictuel»². À l'apogée de la Révolution industrielle, la multiplication d'accidents de travail qu'entraîna le développement ferroviaire financé par de grandes entreprises en mesure de supporter les risques et dommages encourus mit à jour le caractère suranné d'une règle de la common law³ développée à l'origine dans un contexte tout autre. Un homicide délictuel non réparé emporte la conséquence absurde qu'il serait plus avantageux pour un auteur de délit civil de laisser sa victime morte que vivante, dans la mesure

* L'auteure est professeure à la Faculté d'Éducation de l'Université d'Ottawa.

** L'auteur est avocat (Ontario/Québec), professeur à la Faculté de droit de l'Université de Moncton et chercheur associé à la Chaire sur la culture collaborative en droit et politiques de la santé.

1 *Fatal Accidents Act 1846* (R-U), 9 & 10 Vict, c 93, plus connu sous le nom de *Lord Campbell's Act*. D'autres initiatives parcellaires eurent lieu au cours de la première moitié du XIX^e siècle dans quelques États américains : voir Wex S Malone, «American Fatal Accident Statutes—Part I: The Legislative Birth Pains» [1965] *Duke LJ* 673 aux pp 674–75.

2 Centre de traduction et de terminologie juridiques, Université de Moncton, «*wrongful death*», (dernière modification le 22 février 2012), en ligne : *Juriterm* <www.juriterm.ca> [perma.cc/VM8P-JBHK].

3 Que rappelle Lord Ellenborough dans un jugement plus récent, *Baker v Bolton*, [1808] EWHC KB J92 («[i]n a civil Court, the death of a human being could not be complained of as an injury» au para 3). Sur les actions en «*wrongful death*» en général, voir Frederick Davis, «Wrongful Death» [1973] *Wash ULQ* 327.

où la négligence, davantage qu'une félonie, ayant causé le décès n'est plus punissable par une peine de mort expéditive avec la confiscation définitive de tous les avoirs du coupable par la Couronne⁴.

Que diraient les commentateurs du XIX^e siècle lorsque, cent cinquante ans suivant l'adoption du *Lord Campbell's Act* en 1846, les débats évoluèrent de la légitimité d'un décès fautif («*wrongful death*») à une vie devenue préjudiciable («*wrongful life*»)? Contraste nominal et décalage temporel mis à part, les hésitations entourant l'admissibilité des actions pour préjudice de vie («*wrongful-life action*»)⁵ et pour décès délictueux («*wrongful death*») se rejoignent en ce qu'elles se sont présentées toutes les deux dans un contexte socio-économique mouvant qui en fit émerger la nécessité au-delà et sans doute à l'encontre de la stricte logique juridique. À cette différence près en ce qui concerne les actions pour préjudice de vie, des obstacles de nature politique auraient également découragé l'initiative de plusieurs législateurs.

Indépendamment de la survenue de dommages corporels, la vie en soi peut-elle constituer un préjudice admissible à compensation, dans la mesure où une naissance non désirée peut être attribuée à la faute d'autrui?

En gardant cette interrogation à l'esprit, nous allons d'abord définir ce qui constitue un préjudice de vie et souligner sa place particulière dans le régime général de la responsabilité civile délictuelle en common law canadienne et nord-américaine (A). Nous nous intéressons plus particulièrement aux différents obstacles juridiques qui se dressent devant l'admissibilité d'une action pour préjudice de vie en common law. La jurisprudence américaine et anglaise s'est plus particulièrement penchée sur la qualification et le caractère indemnisable du préjudice subi (B). De son côté, la common law canadienne se démarque par un raisonnement novateur axé sur la reconnaissance d'un devoir de diligence envers l'enfant à naître (C).

Pour certains observateurs du droit de la santé, le rôle émergent des conseillers en génétique s'accompagne d'une relecture des notions fondamentales de la responsabilité civile délictuelle particulièrement dans les affaires concernant les actes médicaux prénataux. L'exigence de causalité, voire la notion même d'obligation, se retrouvent par moments infléchis

4 Voir TA Smedley, «Wrongful Death—Bases of the Common Law Rules» (1960) 13:3 Vand L Rev 605 aux pp 611–12; Wex S Malone, «The Genesis of Wrongful Death» (1965) 17:6 Stan L Rev 1043.

5 Centre de traduction et de terminologie juridiques, Université de Moncton, «wrongful-life action» (dernière modification le 4 avril 2008), en ligne: *Juriterm* <www.juriterm.ca> [perma.cc/5V55-47EH].

dans le cadre d'une philosophie compensatoire favorable aux patients : cette venue d'un cadre d'analyse modifié en matière de responsabilité médicale trouve une expression toute particulière en matière de préjudice de vie. L'étude de la jurisprudence canadienne et étasunienne en la matière révèle l'existence d'obstacles importants dans la reconnaissance, et dans l'établissement en contexte judiciaire, du délit de préjudice de vie. Ces défis touchent à la question initiale de l'existence d'une faute de la part d'un professionnel de la santé dans le suivi et le diagnostic prénatal et de la difficile question, moralement chargée, de l'existence d'un quelconque devoir d'un parent avisé des probabilités qu'un bébé souffre d'un handicap majeur. À ces difficultés s'en ajoutent une autre, tant juridique que bioéthique, celle de la reconnaissance de l'existence même d'un dommage dans le fait pour une personne d'être née handicapée. En effet, comment la responsabilité civile peut-elle opérer sa fonction compensatoire dans un contexte où le choix résolument hobsonien qui s'offre à la partie demanderesse est celui de la vie handicapée ou de l'avortement qui aurait pu avoir lieu ? Mesurer le dédommagement approprié pour le préjudice de vie d'une partie demanderesse, en ayant inévitablement recours à des tables évoquant des trajectoires de vies « statistiques » ne confirme-t-il pas que la déviation à un parcours de vie « gaussien » constitue une vie préjudiciable⁶ ? En réponse à ces enjeux, certains auteurs et auteures proposent, dans une logique assurantielle et de politique sociale, la reconnaissance, soit de l'existence d'une responsabilité contractuelle, ou encore d'une responsabilité stricte en matière de préjudice de vie et la nécessité de l'intervention du législateur en la matière (que nous verrons à la section A de cet article). Par ailleurs, inspirés du mouvement interdisciplinaire dit des *Disability Studies*, certains auteurs et auteures ont par ailleurs offert une approche novatrice sur la question du préjudice de vie, en le considérant à la fois à titre de délit et de situations emportant l'application du cadre normatif et des droits garantis aux personnes souffrant de handicap, lesquelles feront plus particulièrement l'objet d'un retour critique prévu à la partie 3 de cet article.

6 Sur cette question de l'individu dit « molaire » ou « statistique », et de l'importance, et de la pérennité, de son utilisation dans la détermination de la notion de santé, dans différents contextes disciplinaires, voir : I Glenn Cohen, « On the Human Right to Health: Statistical Lives, Contingent Persons, and Other Difficult Questions » dans Silja Voenekey et Gerald L Neuman, dir, *Human Rights, Democracy, and Legitimacy in a World of Disorder*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2018, 163.

II. QUAND LA LOI SE MÊLE DU DROIT À LA VIE

A. Le délit de «préjudice de vie»: cadres notionnels concurrents et éléments de problématique

Dans quelles circonstances une personne peut-elle reprocher à autrui la faute de lui avoir donné une vie qu'elle estime préjudiciable? Certes, la common law avait déjà permis aux enfants nés vivants d'être indemnisés pour une faute commise *in utero*. Telle n'est pas la question. À la différence d'autres actions pour préjudice corporel prénatal, l'enfant n'avait aucune chance d'être né avec une audition normale, et ce, qu'il y ait ou non négligence des parties défenderesses⁷. Ce paradoxe de non-existence—et aussi de non-désir—est au fondement de plusieurs interrogations eu égard au triptyque du droit des délits en common law. Ce dernier se révèle très similaire au droit de la responsabilité civile dans les systèmes de tradition civiliste, à savoir: la faute (conduite intentionnelle ou négligence), le préjudice et le lien de causalité entre les deux.

Lorsque le recours est intenté par les parents de l'enfant dont la naissance aurait été non désirée, la doctrine, par souci de commodité, parlera tantôt de naissance préjudiciable («*wrongful birth*»)⁸, tantôt de grossesse préjudiciable («*wrongful pregnancy*»)⁹, de conception préjudiciable («*wrongful conception*»)¹⁰, voire d'adoption préjudiciable («*wrongful adoption*»)¹¹, dépendamment du moment où la faute reprochée aurait été commise.

7 Sur cette question, voir W Ryan Schuster, «Rights Gone Wrong: A Case Against Wrongful Life» (2016) 57 Wm & Mary L Rev 2329 aux pp 2337-38.

8 Patrick J Kelley, «Wrongful Life, Wrongful Birth, and Justice in Tort Law» [1979] Wash ULQ 919 à la p 920; David G Dales, «Wrongful Life: New Cause of Action Recognized Based Upon Medical Malpractice Theory: *Turpin v. Sortini*, 31 Cal. 3d 220, 643 P.2d 954, 182 Cal. Rptr. 337 (1982)» (1983) 62:1 Neb L Rev 175; Regina Goulding Paul, «Damages for Wrongful Birth and Wrongful Pregnancy in Illinois» (1984) 15:4 Loy U Chicago LJ 799.

9 Paul, *supra* note 8; Liza F Cohen, «Recovery of Limited Damages in Wrongful Pregnancy Action: *Johnson v. University Hospitals of Cleveland*» (1989-90) 4 JL & Health 83.

10 Jennifer Mee, «Wrongful Conception: The Emergence of a Full Recovery Rule» (1992) 70:3 Wash ULQ 887 à la p 887; Melissa K Smith-Groff, «Wrongful Conception: When an Unplanned Child Has a Birth Defect, Who Should Pay the Cost?» (1996) 61:1 Mo L Rev 135.

11 Lucian Arye Bebchuk, «When Love is Not Enough: Toward a Unified Wrongful Adoption Tort» (1992) 105:7 Harv L Rev 1761; Thanda A Fields, «Declaring a Policy of Truth: Recognizing the Wrongful Adoption Claim» (1996) 37:5 Boston College L Rev 975; Madelyn Freundlich et Lisa Peterson, *Wrongful Adoption: Law, Policy, & Practice*, Washington (DC), Child Welfare League of America, 1998; Jennifer Emmaneel, «Beyond Wrongful Adoption: Expanding Adoption Agency Liability to Include a Duty to Investigate and a Duty to Warn» (1999) 29:2 Golden Gate UL Rev 181.

L'expression «*wrongful life*»¹², que l'on peut traduire par «préjudice de vie» ou «vie préjudiciable»¹³ est réservée au recours intenté au nom de l'enfant afin de rechercher une compensation pour le préjudice que subit l'enfant lui-même du fait de sa propre naissance. Un préjudice de vie fait donc appel *a priori* à des concepts juridiques bien connus, mais controversés comme la personnalité juridique de l'enfant à naître, le droit des femmes de disposer de leur propre corps, la reconnaissance de paternité, l'établissement de la filiation et les conséquences juridiques associées, la responsabilité professionnelle des médecins, des conseillers génétiques et des gynécologues-obstétriciens, l'indemnisation du préjudice causé à l'enfant à naître, etc. Toujours est-il que le préjudice de vie fait figure de point d'orgue où culmine un enchaînement inédit d'implications inattendues dans un climat postmoderne marqué par le morcellement des identités individuelles et collectives, la remise en question des acquis traditionnels, l'éclatement des modèles de référence, le triomphe de l'individualisme et la recherche d'un sens subjectif à l'intimité de son vécu¹⁴. Peut-être tant juristes que sociologues, nous nous intéressons en priorité aux impacts des différents déterminants sociaux tels que reflétés dans les décisions des tribunaux, plus particulièrement dans la jurisprudence américaine (B) et canadienne (C).

Comme nous le rappellent différents auteurs et auteures, le préjudice dit de «conception», de «grossesse», voire de «naissance» s'est développé sans pour autant rompre avec l'outillage conceptuel de la responsabilité délictuelle. En effet, le délit dit de «vie préjudiciable» est à distinguer des autres délits impliquant un préjudice occasionné au stade prénatal :

It is important at the outset to distinguish wrongful life from several other torts involving conception. Wrongful life is distinguished from a standard

12 G Tedeschi, «On Tort Liability for “Wrongful Life”» (1966) 1:4 Israel LR 513; Alexander Morgan Capron, «Informed Decisionmaking in Genetic Counseling: A Dissent to the “Wrongful Life” Debate» (1973) 48:4 Ind LJ 581; Kelley, *supra* note 8 à la p 920; Kathleen Gallagher, «Wrongful Life: Should the Action be Allowed?» (1987) 47:6 La L Rev 1319; Alan J Belsky, «Injury as a Matter of Law: Is This the Answer to the Wrongful Life Dilemma?» (1993) 22:2 U Balt L Rev 185.

13 Centre de traduction et de terminologie juridiques, Université de Moncton, «wrongful life» (dernière modification le 9 juillet 2013), en ligne: *Juriterm* <www.juriterm.ca> [perma.cc/SY35-25KH].

14 Voir Gilles Lipovetsky, *L'ère du vide: Essais sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard, 1983; David Harvey, *The Condition of Postmodernity: An Enquiry into the Origins of Cultural Change*, Cambridge (Mass), Blackwell, 1990; Gilles Lipovetsky avec la collaboration de Sébastien Charles, *Les temps hypermodernes*, Paris, Grasset & Fasquelle, 2004.

prenatal tort claim in that the physician does not cause an otherwise healthy child to be born with an injury. Rather, in wrongful life, the child had no chance of being born without the defect, and the physician simply deprived the mother of the opportunity to abort. Additionally, wrongful life differs from wrongful birth in that the child brings the claim in the former whereas in the latter, the parents bring the claim on their own behalf. In a wrongful birth suit, the parents seek compensation for their lost ability to exercise their right to abort the child, but in wrongful life their child seeks compensation for his own injuries, allegedly caused by the parents' failure to abort [notes omises].¹⁵

Analysé à la lumière du cadre opératoire de la responsabilité délictuelle, le délit de «vie préjudiciable» présente des défis importants, et ce, à tous les niveaux du triptyque de la responsabilité. S'agissant de la faute, l'analyse fait rapidement face à un écueil qui découle de la nature même du délit: la faute du médecin n'est pas celle d'avoir occasionné un préjudice à un fœtus autrement sain, mais bien de ne pas avoir, par son diagnostic, permis à la mère d'avoir le choix de procéder à un avortement. Différentes avenues d'explication sont envisageables.

Le recours contre le médecin peut reposer sur un manquement de sa part dans le diagnostic, le suivi ou le traitement d'une condition de santé existante au stade prénatal. Qu'il s'agisse du rôle grandissant des conseillers en génétique¹⁶ qui font désormais paysage de l'équipe de soins obstétricaux, le suivi prénatal, voire préimplantatoire, devient une zone à risques importants de poursuites¹⁷. Il ne s'agit pas là à proprement parler de recours pour préjudice de vie, dans la mesure où le fondement de l'action repose sur un manquement d'un professionnel de la santé qui a privé

15 Schuster, *supra* note 7 aux pp 2337–38.

16 Voir Ma'n H Zawati, «Les conseillers en génétique et les professions médicales et infirmières au Québec: des frontières brouillées?» (2012) 6:1 RD & santé McGill, 137.

17 Voir notamment Paola Frati et al, «Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies» (2017) 23:3 Human Reproduction Update 338; Deborah Pergament et Katie Ilijic, «The Legal Past, Present and Future of Prenatal Genetic Testing: Professional Liability and Other Legal Challenges Affecting Patient Access to Services» (2014) 3 J Clinical Medicine 1437; Timothy Caulfield, «Liability in the Genetic Era: Wrongful Birth and Wrongful Life Lawsuits» (2001) 23:2 J d'obstétrique & gynécologie Can 143; Pioro M, Mykitiuk R, Niskier J., «Wrongful birth litigation and prenatal screening» (2008) 179:10 CMAJ 1027.

l'enfant de la possibilité de naître en bonne santé¹⁸ : il s'agit en effet plutôt là d'un recours en responsabilité médicale dans sa facture traditionnelle¹⁹.

De là découle l'impasse identifiée par l'auteur Schuster : le professionnel de la santé, dans un recours pour préjudice de vie, n'aurait pas pu par son intervention permettre une naissance exempte de handicap²⁰. La faute du professionnel découlera donc dans le défaut de diagnostiquer une condition de santé grave chez le fœtus, et d'en aviser la mère, ou encore, d'échouer — fautivement — une procédure d'avortement. De là, la difficulté s'agira soit, d'une part, de condamner le professionnel de la santé à réparer un préjudice qu'il n'a pas occasionné, ou encore, de reconnaître que la vie elle-même peut, dans certains cas, consister d'un préjudice. D'une part, il s'agit soit d'infléchir le modèle traditionnel de la causalité²¹, soit encore d'en arriver à la reconnaissance d'une nouvelle catégorie de préjudice dans le fait même d'une vie lourdement handicapée²².

18 Dans *Turpin v Sortini*, 643 P (2d) 954 (Cal Sup Ct 1982) à la p 961 [*Turpin*], la distinction entre un recours en négligence médicale prénatale et un recours pour préjudice de vie est discutée dans ces termes : « [i]n an ordinary prenatal injury case, if the defendant had not been negligent, the child would have been born healthy... In this case, by contrast, the obvious tragic fact is that plaintiff never had a chance "to be born as a whole, functional human being without total deafness" ».

19 Voir le panorama des prises de positions judiciaires sur la question du préjudice prénatal : Shauna Van Praagh et Angela Campbell, « Women and (their) children: wrongs, rights and relationships » (2017) 21:6 Intl JHR 672.

20 Schuster, *supra* note 7 (« a central premise of wrongful life: [is] namely, that nothing the physician did could have treated or prevented the pre-existing genetic defect. If the physician could not have cured the defect, then in a real sense, he is not the but-for cause of the defect; the plaintiff's genetic makeup is. Put differently, the physician caused the child's existence, while the child's genetic predisposition caused the impaired state » aux pp 2339-40).

21 Il semble qu'une mouvance générale, en matière de responsabilité médicale, se développe en infléchissant les modèles traditionnels de la causalité dans une philosophie à visée compensatoire. Voir aussi Gérard Mémeteau et Nicholas Léger-Riopel, « Devoir d'information, causalité et responsabilité médicale » (2018) [non publié, soumis pour publication à la Revue du Barreau Canadien, 2018]. Ces difficultés peuvent mettre en lumière les limites du modèle classique de la négligence. Voir Schuster, *supra* note 7 (« [i]n sum, traditional negligence doctrine seems ill-suited to handle the peculiarities of wrongful life. A court must either separate the harm from its cause or consider the plaintiffs very existence as an injury, both of which are undesirable » à la p 2341).

22 Rappelons qu'en common law, les chefs de dédommagement ne sont recevables que lorsqu'ils sont précisément reconnus par la jurisprudence. Voir Schuster, *supra* note 7, n 60 pour les arguments du professeur Archard, qui adopte la position controversée selon laquelle le fait de faire naître un enfant handicapé, qui sera privé de plusieurs des droits prévus par la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies, constitue une faute. Voir aussi David Archard, « Wrongful Life » (2004) 79 Philosophy 403 à la p 420 ; « Richard Dawkins apologises for causing storm with Down's syndrome tweet » (21 août 2014), en ligne : *The Guardian* <www.theguardian.com> [www.perma.cc/HZ4L-M9F2].

Certaines avenues de solutions ont été proposées face à ces enjeux. D'une part, des auteurs, dont le professeur Ronen Perry, ont proposé de concevoir dans le délit de préjudice de vie un manquement à une norme contractuelle, celle par laquelle le médecin s'engagerait contractuellement, face aux parents, d'assurer la naissance d'un enfant sain, évacuant ainsi le problème de l'identification de la cause du préjudice autrement requise en matière de négligence médicale.

L'existence d'un tel engagement du médecin, s'il est douteux qu'il fasse toujours partie du contenu implicite à tout suivi médical d'une grossesse²³, et une telle approche contractuelle au préjudice de vie, n'échapperaient pas à l'autre obstacle à la réparation qui réside dans la détermination de l'existence d'un dommage lui-même:

Perry distinguishes between two types of wrongful life cases: one in which the plaintiff's parents received faulty genetic counseling and relied upon it in choosing to conceive, and one in which the parents had conceived before counseling and relied upon the incorrect information in choosing to bring the pregnancy to term. Perry admits that his framework cannot apply to the first case, because the defendant did not promise that the child would be healthy, but rather that no child would be conceived at all. Placing the plaintiff in the position warranted would thus require compensating the plaintiff's entire existence, the same problem that led to the rejection of tort-based claims [notes omises].²⁴

Une autre proposition tablant elle aussi sur l'existence d'un lien, et d'obligations réciproques, entre patient et médecin, nous est proposée par l'auteur Gordon Houseman. Sans néanmoins aller jusqu'à postuler l'existence d'un engagement contractuel du médecin à assurer à terme une naissance saine, cet auteur soutient néanmoins que le cadre analytique traditionnel de la responsabilité délictuelle ne soit pas en mesure de se

23 Voir Schuster, *supra* note 7 («[h]owever, Perry's analysis errs in construing the warranty as a promise that the parents will have a healthy child. Parents do not pay genetic counselors to tell them they will bear a healthy child, however much they hope that is what they will hear. Rather, parents pay for correct results of genetic tests, for good or ill, upon which they can base decisions. Thus, the genetic counselor does not necessarily warrant that the parents will have a healthy child, but rather that he provided an accurate prognosis about the child's likelihood of disability. In fact, no physician can categorically promise that a child will be healthy. Thus, Perry's theory depends upon an implied warranty of an outcome that no physician has the power to warrant» à la p 2343). Voir les autres travaux de Perry sur ces questions, notamment Ronen Perry et Yehuda Adar, «Wrongful Abortion: A Wrong in Search of a Remedy» (2013) 5:2 Yale J Health Policy, L & Ethics 507.

24 Schuster, *supra* note 7 à la p 2343.

saisir des particularités de la relation patient-médecin sous-tendue par le recours pour préjudice de vie. Pour cet auteur, ce serait par le truchement de la notion de déclarations inexactes faites par négligence («*negligent misrepresentations*») que le délit de préjudice de naissance, ou encore, le délit de préjudice de vie, pourrait trouver sa justification la plus convaincante en common law canadienne :

Due to the doctor-patient relationship, imposing liability for wrongful birth under the negligent misrepresentation framework would be appropriate when the doctor invites reliance, the patient reasonably relies, and in so relying, the patient gives up the opportunity to terminate the pregnancy. In addition, other factors—such as the purpose of representation—would serve to appropriately sever the causative link between the patient and the doctor in situations where it cannot be said that the doctor assumed the risk of liability with respect to the representation. ... Because the wrongful birth jurisprudence has inappropriately forced the factual situation into the traditional negligence framework in a way that typically would lead to the same outcome, moving to a negligent misrepresentation framework would provide a more conceptually accurate analytical framework while not significantly changing the number of wrongful birth cases litigated.²⁵

Remarquons que, tant dans sa conception contractuelle que délictuelle de la responsabilité pour préjudice de vie, ce recours exige dans ces deux cas de comparer une vie handicapée et une vie exempte de handicap, ce que l'auteur Alan Belsky a qualifié de «dilemme métaphysique». En fait, dans certains systèmes juridiques²⁶, ces questions philosophiques sont perçues comme étant d'une telle complexité que les décideurs ne peuvent les trancher ou reconnaître l'existence d'un recours pour préjudice de vie. Pour certains auteurs et auteures, dont Alan Belsky²⁷, mais également le professeur Francis Sohn²⁸, la solution résiderait essentiellement dans la reconnaissance d'une responsabilité sans faute lors de la naissance d'un enfant handicapé. Si, inspirée du domaine de la responsabilité du fabricant, cette approche aurait pour effet d'éviter au requérant d'avoir à identifier la

25 Gordon T Houseman, «Wrongful Birth as Negligent Misrepresentation» (2013) 71:1 UT Fac L Rev 9 à la p 30.

26 C'est le cas en Afrique du Sud. Voir par ex *Friedman v Glicksman*, [1996] 1 S Afr LR 1134. Voir aussi *Stewart v Botha*, [2007] ZASCA 84; Frati, *supra* note 17 à la p 349, Table III.

27 Voir Belsky, *supra* note 12.

28 Voir Francis Sohn, «Products Liability and the Fertility Industry: Overcoming Some Problems in "Wrongful Life"» (2011) 44:1 Cornell Intl 145.

faute et la causalité autrement nécessaires, nous sommes d'avis qu'aucune justification de principe convaincante ne permette d'en arriver à un tel résultat. Si la responsabilité sans faute permettait, dans une perspective compensatoire, de favoriser le dédommagement des victimes, elle compare ce faisant, non plus la vie handicapée à l'option de la non-vie ou de l'avortement, mais cette fois, la vie serait elle-même traitée, d'une façon non moins troublante, comme étant un produit accompagné d'une garantie. Nous verrons dans les sections qui suivent qu'au-delà de ces itérations doctrinales, qui ne répondent qu'en partie aux enjeux que soulève le délit de préjudice de vie, la jurisprudence de common law semble opter, soit dans le modèle étasunien (B), pour une approche centrée sur la reconnaissance d'un préjudice, ou soit encore, dans le modèle canadien, pour une approche plutôt intéressée à la reconnaissance, ou non, d'une obligation de diligence qui incomberait à la partie défenderesse (C). Nous verrons également, à titre de remarques conclusives, que les outils que fournissent les approches récentes des *Disability Studies* permettent d'offrir un cadre méthodologique plus large et jusqu'alors inédit à la réflexion sur le préjudice de vie, que nous croyons porteur de certaines avenues de solution (D).

B. En common law américaine: l'accent mis sur la qualification du préjudice

La common law américaine s'est attardée plus particulièrement sur le volet «préjudice» quand vient le temps de décider de l'admissibilité ou non des actions pour vies préjudiciables. Quelques précisions liminaires s'imposent.

Le concept de préjudice («*damage*») est étroitement lié à la notion d'intérêt protégé («*protected interest*»). Seul le fait de porter atteinte à un ou plusieurs intérêts protégés («*legally recognized interests*») donne droit à une réparation, que celle-ci prenne la forme d'injonction de (ne pas) faire ou de l'octroi de dommages-intérêts. En common law, les dommages-intérêts peuvent être compensatoires ou punitifs. En application du principe de la réparation intégrale («*restitutio in integrum*»), les dommages-intérêts compensatoires cherchent à remettre la partie lésée dans la situation — présumée plus avantageuse — qui aurait été la sienne si l'acte préjudiciable ne s'était pas produit. L'évaluation des dommages-intérêts compensatoires se décline à son tour en dommages-intérêts particuliers («*special damages*») et dommages-intérêts généraux («*general damages*»), en fonction de la preuve devant être admise au procès. Les dommages-intérêts particuliers

correspondent aux pertes pécuniaires — passées ou à venir — susceptibles d'être quantifiées de façon précise et devant être démontrées par la partie recherchant compensation (par exemple : les pertes salariales, les frais médicaux et d'hospitalisation et le coût des services d'aide personnelle à domicile)²⁹. De leur côté, les dommages-intérêts dits généraux sont alloués sous forme d'indemnité forfaitaire et n'ont pas à être établis au procès ; la raison en est qu'il s'avère difficile, voire impossible, de leur attribuer une valeur pécuniaire précise (par exemple : les dommages moraux)³⁰. Outre la détresse émotionnelle, les dommages-intérêts généraux peuvent également couvrir une perte de réputation, une perte de jouissance de la vie, une espérance de vie écourtée et la défiguration. Le cas échéant, les dommages-intérêts généraux s'ajoutent aux dommages-intérêts particuliers et l'évaluation de leur quantum est laissée à la seule discrétion du juge ou du jury³¹.

Outre les dommages-intérêts compensatoires, des dommages-intérêts punitifs peuvent être alloués afin de punir une partie défenderesse, auteure d'une conduite particulièrement outrageante³². Une simple négligence ne suffit pas pour justifier l'octroi de dommages-intérêts punitifs ; ces derniers nécessitent la preuve d'une conduite intentionnellement malicieuse ou démontrant une insouciance grossière aux intérêts de la partie lésée³³.

Ces principes posés, voyons dès à présent leur application dans les naissances ou vies préjudiciables en common law américaine. Deux préoccupations en émergent : d'une part, la crainte d'une pente glissante vers l'indemnisation de préjudice minime ou subjectif (1) et d'autre part, le paradoxe de la non-existence (2). Certains tribunaux américains y ont toutefois apporté des réserves dans une perspective pragmatique axée sur le besoin de soutenir le quotidien difficile d'enfants gravement handicapés dont la naissance pouvait être prévenue n'eût été la faute du médecin (3).

29 Voir Brian A Garner, *Black's Law Dictionary*, 8^e éd, St-Paul (Minn), Thomson West, 2004 à la p 419.

30 Voir Louise Bélanger-Hardy, « Négligence, victimes indirectes et préjudice moral en common law : les limites à la réparation se justifient-elles ? » (1998) 36:3 Osgoode Hall LJ 399 aux pp 401-02.

31 Voir *Beagle v Vasold*, 53 Cal Rptr 129 (Sup Ct 1966) ; *Duguay v Gelinas*, 182 A (2d) 451 (NH Sup Ct 1962).

32 Voir American Law Institute, *Restatement (Second) of Torts* §908 (1979).

33 Voir notamment Anthony J Sebok, « Punitive Damages in the United States » dans Helmut Koziol et Vanessa Wilcox, dir, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer-Verlag, Vienne, 2009, 155.

1. *L'argument de la pente glissante ou savonneuse*

Aux États-Unis, la question—de l'existence, voire de la possibilité juridique, d'une vie préjudiciable—fut posée en 1963 par un enfant mineur qui s'estimait lésé, tant sur le plan social que patrimonial, par son statut d'enfant adultérin³⁴. En common law traditionnelle, ce dernier ne pouvait porter le patronyme du père biologique, ne pouvait hériter du domaine paternel ni lui réclamer une pension alimentaire, sans compter les stigmates sociaux associés³⁵.

Certes, le statut d'enfant illégitime emportait à l'époque son lot d'inconvénients sociaux et potentiellement psychologiques à long terme. Est-ce pour autant une raison suffisante pour exiger du défendeur fautif une indemnité compensatrice? N'eût été la faute (par exemple: la mauvaise foi) du père, non seulement l'enfant ne serait pas né adultérin, il ne serait jamais né du tout. Le préjudice était concomitant à sa vie même, et la faute, commise à même la conception. En vouloir au défendeur pour son adultérinité, c'est aussi lui en faire grief de sa naissance³⁶.

À cette première incertitude de qualification se mêlait la crainte des conséquences sociales imprévisibles, étant donné la multiplicité des circonstances entourant une naissance qui seraient susceptibles d'être considérées comme préjudiciables. Dans les mots de la Cour d'appel de l'Illinois:

What does disturb us is the nature of the new action and the related suits which would be encouraged. Encouragement would extend to all others born into the world under conditions they might regard as adverse. One might seek damages for being born of a certain color, another because of race; one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a parent has an unsavoury reputation.³⁷

Ce raisonnement a été repris quatre ans plus tard par la Cour d'appel de New York³⁸. Au nom de la majorité, le juge en chef Desmond affirmait alors qu'indépendamment de la négligence de quiconque, le fait d'être né

34 Voir *Zepeda v Zepeda*, 41 Ill App (2d) 240 (App Ct 1963) [*Zepeda*].

35 Voir *ibid.* Voir aussi *Williams v State of New York*, 18 NY (2d) 481 (Ct App 1966) [*Williams*].

36 Voir *Zepeda*, *supra* note 34.

37 *Ibid* à la p 260.

38 *Williams*, *supra* note 35. Dans cette affaire, une poursuite en responsabilité délictuelle a été intentée contre l'État de New York pour avoir manqué à son devoir de garde et de surveillance à l'endroit d'une patiente détenue dans une institution publique pour malades mentaux. En raison de cette négligence, la demanderesse est née illégitime d'une mère mentalement handicapée.

dans un ensemble de circonstances ou de tels parents plutôt que d'autres ne saurait être constitutif d'un préjudice admissible à une compensation, excepté dans le cadre limité d'une action en reconnaissance de paternité³⁹.

La jurisprudence de la common law s'est dès le début montrée plus réceptive à la recevabilité des actions intentées par des parents pour leur préjudice subi du fait de la naissance d'un enfant non désiré («*wrongful birth*») : le médecin a bel et bien un devoir de prudence et de diligence à l'égard des parents, ses patients immédiats, sous réserve d'une modulation dans le quantum des dommages-intérêts attribués. Autre chose est l'admissibilité d'un recours pour préjudice de vie, intenté par l'enfant en son nom propre et ne reprochant rien de moins au médecin que d'avoir négligemment permis sa naissance. Subit-on un préjudice du simple fait de s'être fait «imposer» une vie non désirée moins que parfaite? La question se pose désormais avec une acuité toute particulière dans le cas d'enfants nés sévèrement handicapés, affectés d'anomalies congénitales permanentes qui seraient non seulement fonctionnelles, mais aussi d'ordre esthétique.

2. *Le paradoxe de la non-existence*

Les décisions américaines postérieures à l'affaire *Zepeda* se sont butées contre le paradoxe de la non-existence : le principe de base régissant l'octroi de dommages-intérêts compensatoires vise autant que possible à remettre la partie lésée dans la situation qui aurait été la sienne, n'eût été la faute du responsable. Or, n'eût été la négligence du médecin, l'enfant ne serait pas né en bonne santé, mais ne serait pas né du tout, dans la mesure où les parents se seraient prévalus de la possibilité d'avorter. C'est comme si l'on demandait aux tribunaux de statuer dans quelle mesure une non-existence aurait été préférable à une existence handicapée ou stigmatisée. Cette impossibilité d'évaluer le quantum des dommages encourus suivant les principes de la responsabilité civile classique fait échec à la recevabilité de telles causes d'action, en ce que l'existence même d'un préjudice, même sous forme de dommages-intérêts généraux, est remise en question.

Passé sous silence dans *Zepeda*, ce paradoxe a été soulevé pour la première fois par la doctrine en 1966⁴⁰, citée avec approbation par le juge

39 *Ibid* à la p 484.

40 Voir Tedeschi, *supra* note 12 («no comparison is possible since were it not for the act of birth the infant would not exist. By his cause of action, the plaintiff cuts from under himself the ground upon which he needs to rely in order to prove his damage» à la p 529).

Keating dans ses motifs concurrents dans l'affaire *Williams*⁴¹. Cet argument a été repris un an plus tard dans l'affaire *Gleitman*⁴², où les demandeurs reprochaient aux défendeurs médecins d'avoir omis de les renseigner adéquatement sur les risques que posait une rubéole maternelle sur le fœtus. Cette négligence a mené à la naissance d'un enfant atteint de surdicécité congénitale. De plus, la Cour suprême du New Jersey relevait que l'instinct de vie est si profondément ancré que l'ordre public répugne à fonder une cause légitime d'action sur la frustration prétendument délictueuse de la possibilité d'interrompre une vie embryonnaire⁴³, sans compter l'existence d'un conflit potentiel entre les intérêts des parents (qui auraient opté pour une interruption de grossesse en toute connaissance de cause) et l'intérêt de l'enfant (qui, n'ayant pas connu autre chose, aurait néanmoins préféré à la non-existence une vie gravement handicapée)⁴⁴.

L'intangibilité de la vie embryonnaire connaîtra une brèche sérieuse avec la dépénalisation judiciaire de l'avortement dans la retentissante affaire *Roe v Wade* de 1973⁴⁵. La reconnaissance par la Cour suprême des États-Unis d'un droit constitutionnel à l'avortement au cours du premier trimestre opéra un revirement d'attitude des tribunaux eu égard à l'admissibilité des actions par des parents reprochant notamment aux médecins d'avoir fait défaut de diagnostiquer une grossesse non désirée en temps opportun⁴⁶. Il en va de même pour un dépistage génétique qui, n'eût été la négligence du médecin dans son administration ou l'interprétation des résultats, aurait permis de déceler le développement de certaines affections génétiques chez le fœtus⁴⁷. Conformément au principe de la réparation intégrale de tout préjudice qui découle directement d'un acte fautif, le juge des faits fera une estimation approximative des dommages raisonnablement subis en pondérant le préjudice psychologique et émotionnel

41 *Supra* note 35 à la p 484.

42 *Gleitman v Cosgrove*, 49 NJ 22 (Sup Ct 1967) [*Gleitman*].

43 *Voir ibid* («[i]t is basic to the human condition to seek life and hold on to it however heavily burdened. If Jeffrey could have been asked as to whether his life should be snuffed out before his full term of gestation could run its course, our felt intuition of human nature tells us he would almost surely choose life with defects as against no life at all. "For the living there is hope, but for the dead there is none." Theocritus» à la p 30).

44 *Voir ibid*.

45 410 US 113 (1973) [*Roe*].

46 *Voir Ziemba v Sternberg*, 45 AD (2d) 230 (NY Sup Ct App Div 1974); *Chapman v Schultz*, 47 AD (2d) 806 (NY Sup Ct App Div 1975); *Deborah S v Sapega*, 56 AD (2d) 841 (NY Sup Ct App Div 1977).

47 *Voir Gildiner v Thomas Jefferson University Hospital*, 451 F Supp 692 (D Pa 1978).

des parents avec les bénéfices qu'ils retireront de la naissance de l'enfant⁴⁸. Aucun motif d'intérêt public ne fait obstacle à l'indemnisation des parents dans les circonstances⁴⁹.

Il s'en faut de peu pour que la division d'appel de la Cour suprême de New York en vienne à reconnaître à l'enfant un droit fondamental «à être né entier et fonctionnel» même dans les cas où la vie de l'enfant (et non seulement le préjudice corporel causé *in utero* à un fœtus autrement sain) pourrait être imputée à la faute d'un tiers. Ce droit «fondamental» ferait pendant au droit des parents de se prévaloir d'une interruption de grossesse, notamment en cas d'infirmités qui pourront être pronostiquées avec une certitude médicale raisonnable :

Inherent in the abolition of the statutory ban on abortion is a public policy consideration which gives potential parents the right, within certain statutory and case law limitations, not to have a child. This right extends to instances in which it can be determined with reasonable medical certainty that the child would be born deformed. The breach of this right may also be said to be tortuous to the fundamental right of a child to be born as a whole, functional human being. Under the circumstances presented, the portion of the complaint which seeks recovery on behalf of the infant for injuries and conscious pain and suffering caused by defendants' negligence should be permitted to stand.⁵⁰

Cette percée n'a toutefois pas fait long feu. La Cour d'appel de New York⁵¹, statuant en appel de la décision *Park c Chessin*⁵² un an plus tard, s'empresse de préciser qu'il n'existe rien de tel qu'un droit fondamental à être né entier et fonctionnel⁵³. La perfection est une norme trop vague et indéfinie qui risque d'admettre une multiplication de poursuites pour naissances moins que parfaites, sans qu'aucune balise objective ne puisse jamais en délimiter les contours⁵⁴. Aussi, dans les recours pour préjudice de vie

48 Voir *Stills v Gratton*, 55 Cal App (3d) 698 (Ct App 1976); *Karlsons v Guerinot*, 57 AD (2d) 73 (NY Sup Ct App Div 1977).

49 Voir *Jacobs v Theimer*, 519 SW (2d) 846 (Tex Sup Ct 1975). *Contra Howard v Lecher*, 42 NY (2d) 109 (Ct App 1977).

50 *Park v Chessin*, 60 AD (2d) 80 à la p 88 (NY Sup Ct App Div 1977).

51 *Becker v Schwartz*, 46 NY (2d) 401 (Ct App 1978) [*Becker*].

52 *Supra* note 50.

53 *Becker, supra* note 51 à la p 411.

54 Voir *ibid* («[w]ould claims be honored, assuming the breach of an identifiable duty, for less than a perfect birth? And by what standard or by whom would perfection be defined?» à la p 411).

(«*wrongful life*»), pondérer la valeur d'une vie gravement handicapée avec la non-existence est un exercice tendancieux plus du ressort de la philothéologie que du droit ou de la common law⁵⁵. Ce paradoxe est un nœud gordien qu'il reviendrait au législateur de trancher à l'aide d'une formule de calcul hypothétique que le judiciaire pourra appliquer au cas par cas⁵⁶. En attendant, l'enfant lui-même ne dispose d'aucune cause d'action⁵⁷.

Malgré le paradoxe de la non-existence, le caractère sacré de la vie et le souci de prévenir une pente glissante vers la subjectivisation du préjudice, les Cours suprêmes de la Californie⁵⁸, de Washington⁵⁹ et du New Jersey⁶⁰ ont pu (par la suite) admettre, sur une base limitée, des recours pour préjudice de vie intentés par des enfants nés gravement handicapés. Seuls des dommages-intérêts particuliers peuvent être recouverts par l'enfant, encore que cette somme ne puisse faire double emploi avec les dommages-intérêts alloués aux parents dans le cadre de leur recours distinct pour préjudice de naissance. Les dommages-intérêts généraux sont tout simplement impossibles à évaluer dans une action pour préjudice de vie. Cette solution a également été reprise par le législateur du Maine⁶¹ et la Cour supérieure du Rhode Island (*infra*)⁶².

3. La réponse de certains tribunaux américains: un pragmatisme à l'épreuve

C'est la Cour d'appel de la Californie qui, la première, a tenté de résoudre le paradoxe de la non-existence au terme de considérations pragmatiques sur ce que représente une vie préjudiciable au quotidien pour l'enfant né sévèrement handicapé:

The reality of the “wrongful life” concept is that such a plaintiff both exists and suffers, due to the negligence of others. It is neither necessary nor just to retreat into meditation on the mysteries of life. We need not be concerned with the fact that had defendants not been negligent, the

55 Voir *ibid.*

56 Voir *ibid* («[r]ecognition of so novel a cause of action requiring, as it must, creation of a hypothetical formula for the measurement of an infant's damages is best reserved for legislative, rather than judicial, attention» à la p 412).

57 Voir aussi *Elliot v Brow*, 361 So (2d) 546 (Ala Sup Ct 1978); *Speck v Finegold*, 497 Pa 77 (Sup Ct 1981); *Berman v Allen*, 80 NJ 421 (Sup Ct 1979) [*Berman*].

58 Voir *Turpin*, *supra* note 18.

59 Voir *Harbeson v Parke-Davis, Inc.*, 98 Wash (2d) 460 (Sup Ct 1983) [*Harbeson*].

60 Voir *Procanik v Cillo*, 97 NJ 339 (Sup Ct 1984) [*Procanik*].

61 *Maine Health Security Act*, 24 MRS § 2931 (1985).

62 *Blouin v Koster*, MD, 2016 WL 3976926 (RI Super Ct) [*Blouin*].

plaintiff might not have come into existence at all. The certainty of genetic impairment is no longer a mystery. In addition, a reverent appreciation of life compels recognition that plaintiff, however impaired she may be, has come into existence as a living person with certain rights.⁶³

Bref, il ne convient donc pas aux tribunaux d'investiguer outre mesure sur les mystères de la vie. De plus, le caractère sacré de la vie emporterait presque un devoir d'assistance à l'égard des personnes handicapées. Ce qui est blâmé des médecins est d'avoir privé les parents de la possibilité de choisir d'interrompre une grossesse en toute connaissance de cause. Les recours pour préjudice de vie ne peuvent donc être reconnus à l'encontre des parents mêmes de l'enfant qui ont décidé de le garder à leurs risques et périls⁶⁴.

Cette *ratio* sera reprise deux ans plus tard par la Cour suprême de la Californie dans l'affaire *Turpin*⁶⁵. Cette dernière implique une enfant affectée d'une surdité congénitale dont les parents auraient prévenu la *conception* s'ils avaient été mis au courant en temps opportun. L'action pour préjudice de vie a été portée jusqu'au plus haut tribunal de l'État sur la base de la violation du droit fondamental d'un enfant «à être né entier et fonctionnel», ce qui lui aurait permis d'obtenir des dommages-intérêts généraux. Ont été aussi demandés, au nom de l'enfant, des dommages-intérêts particuliers pour les dépenses extraordinaires relatives à l'éducation spécialisée et aux équipements auditifs dont l'enfant aurait besoin sa vie durant. Derechef, la Cour suprême de la Californie reprend sa perspective pragmatique axée sur la réalité d'un handicap affectant la vie au quotidien :

Although it is easy to understand and to endorse these decisions' desire to affirm the worth and sanctity of less-than-perfect life, we question whether these considerations alone provide a sound basis for rejecting the child's tort action. To begin with, it is hard to see how an award of damages to a severely handicapped or suffering child would "disavow" the value of life or in any way suggest that the child is not entitled to the full measure of legal and nonlegal rights and privileges accorded to all members of society.⁶⁶

63 *Curlender v Bio-Science Laboratories*, 106 Cal App (3d) 811 (Ct App 1980) à la p 829.

64 Voir *ibid.*

65 *Supra* note 18.

66 *Ibid* aux pp 232-33.

Plutôt que de déclarer un préjudice de vie non indemnisable en droit, le plus haut tribunal de l'État choisit une solution de compromis contre-balançant le quantum des dommages-intérêts généraux avec le caractère tout aussi indéterminable des bénéfices découlant de cette possibilité, quoique non désirée, de voir la lumière⁶⁷. En fin de compte, seuls des dommages-intérêts particuliers peuvent être réclamés pour les soins médicaux nécessaires pour pallier le handicap de l'enfant, sans qu'il puisse en découler une double indemnisation avec le recours des parents pour préjudice de naissance⁶⁸.

Or, l'admissibilité de principe d'une action pour préjudice de vie, lorsque l'acte reproché au défendeur s'est produit avant la conception de l'enfant, risque d'introduire une norme de diligence beaucoup trop étendue à l'égard de tierces personnes dans des circonstances autres que la stricte relation professionnelle médecin-patient. Il peut s'agir, notamment, d'un préjudice corporel subi lors d'un accident routier qui entraîne, (beaucoup) plus tard, la naissance prématurée d'un enfant qui n'était pas encore conçu au moment de l'accident. Un motoriste négligent a-t-il un devoir de diligence envers l'enfant non encore conçu d'une femme blessée lors de l'accident routier? La question s'est posée dans l'affaire *Hegyes*⁶⁹. En répondant par la négative, la Cour d'appel de la Californie a pris en considération la nécessité d'endiguer des recours mettant en cause une partie demanderesse non encore conçue au moment pertinent. La conception subséquente d'un enfant, parfois plusieurs années après l'accident, n'est pas raisonnablement prévisible pour un automobiliste négligent⁷⁰.

Le même raisonnement s'applique *mutatis mutandis* à la responsabilité environnementale d'une usine déversant ses déchets dangereux dans une zone résidentielle. Dans l'affaire *Whitlock*⁷¹, le demandeur Weber recherche la responsabilité d'un fabricant de cylindres hydrauliques en raison de l'exposition de sa mère et de ses grands-parents dans la zone résidentielle affectée. Cette exposition a fait subir à sa mère des dommages génétiques

67 Voir *ibid.*

68 Voir *ibid.* Voir aussi *Johnson v Superior Court*, 124 Cal Rptr (2d) 650 (Ct App 2002); *Bergero v University of Southern California Keck School of Medicine*, 2009 WL 946874 (Cal Ct App) (il en va de même pour une maladie génétique, par exemple la polykystose rénale type dominant (PKD) héritée d'un donneur ou lors d'une fécondation *in vitro*).

69 *Hegyes v Unjian Enterprises, Inc.*, 234 Cal App (3d) 1103 (Ct App 1991) [*Hegyes*] (suite à une collision automobile, une dame s'est fait insérer un drain lombo-péritonéale dont la présence a entraîné, deux ans plus tard, un accouchement prématuré par césarienne).

70 Voir *ibid.*

71 *Whitlock v Pepsi Americas*, 681 F Supp (2d) 1123 (D Cal 2010).

qui auraient été transmis à Monsieur Weber lors de sa conception. Pour la Cour de district des États-Unis, il est important de restreindre la compensation des dommages intergénérationnels difficilement prévisibles pour un responsable n'œuvrant pas dans le domaine de la reproduction⁷². L'enjeu ici est bien le nombre potentiellement indéterminé des victimes admissibles à l'indemnisation.

Au chapitre du préjudice, une vie préjudiciable ne pourrait être accueillie, quelle que soit la négligence du médecin si l'enfant était bien portant. Aucune autre considération (par exemple : une famille monoparentale ou une mère handicapée) n'entrera en ligne de compte, que la négligence ait lieu dans un contexte d'insémination artificielle⁷³ ou encore de négligence avérée de l'État dans la protection de ses patients mentalement inaptes⁷⁴. Affirmer le contraire pourrait mener, selon les tribunaux californiens, à la prolifération de tels recours à l'égard de parties défenderesses potentielles « atypiques », comme des parents monoparentaux et LGBT. Reconnaître une vie préjudiciable dans de tels contextes emporterait un effet potentiellement discriminatoire faisant présumer qu'un enfant né dans une famille monoparentale subisse nécessairement un préjudice⁷⁵.

Sinon, les tribunaux californiens reconnaissent aux parents d'un enfant non désiré, mais en bonne santé, la possibilité de réclamer, dans le cadre de leur recours pour naissance préjudiciable (« *wrongful birth* »), toutes les pertes encourues par la naissance de l'enfant, y compris les frais d'entretien. Toutefois, les juges et jurys pourront, à leur discrétion, déduire du montant des dommages-intérêts accordés tout bénéfice résultant de la

⁷² Voir *ibid.*

⁷³ Voir *Alexandria S v Pac Fertility Med. Center, Inc.*, 55 Cal App (4th) 110 (Ct App 1997) [*Alexandria*] (la négligence reprochée à la clinique de fertilité était de ne pas avoir certifié la signature de l'époux telle que requise par la loi de sorte que sa paternité (non biologique) n'a pas pu être reconnue dans le cadre d'une action subséquente en divorce. Alors que la paternité ne peut pas non plus être établie vis-à-vis le donneur anonyme, l'enfant plaide que la clinique l'aurait, par sa négligence, privé d'un père avec tout le support financier qu'il lui aurait apporté).

⁷⁴ Voir *Foy v Greenblott*, 141 Cal App (3d) 1 (Ct App 1983) (il a été allégué que les médecins, ainsi que le *Public Guardian*, ont fait défaut de superviser une femme mentalement handicapée reconnue comme une « gravely disabled person with a medical history of irresponsible sexual behavior toward patients and other persons » à la p 5). La faute reprochée aux défendeurs consistait à l'avoir placée dans une institution mixte tout en ayant omis de lui fournir conseils et dispositifs en matière de contraception. Il n'a toutefois pas été allégué que l'enfant était né physiquement handicapé ou encore que les troubles mentaux de la mère pouvaient être héréditaires.

⁷⁵ Voir *Alexandria*, *supra* note 73.

naissance de l'enfant⁷⁶. De son côté, le devoir de mitigation des dommages par le plaignant ne saurait toutefois être interprété comme obligeant une femme enceinte à avorter ou à confier son enfant en adoption, même aux frais du médecin⁷⁷.

Dans l'État de Washington, l'arrêt de principe qui a consacré la recevabilité des recours pour naissance et vie préjudiciables procède d'une action intentée au nom de deux enfants mineurs atteints de troubles de développement sévères et permanents⁷⁸ en raison de la médication prise par leur mère pendant sa grossesse. La Cour suprême de Washington considère une naissance préjudiciable comme un corollaire du droit des parents de prévenir la conception ou la naissance d'enfants souffrant de malformations ainsi que de l'obligation des médecins d'en assurer l'exercice⁷⁹. Dans un contexte où l'on n'allègue non pas un préjudice subi par l'enfant, mais l'enfant comme préjudice, les parents devraient pouvoir réclamer les frais médicaux reliés à l'accouchement et autres frais (par exemple: médicaux, d'éducation spécialisée et autres) attribuables au handicap de l'enfant, ainsi que des dommages-intérêts additionnels pour les souffrances émotionnelles causées par le handicap. Ces derniers peuvent toutefois être contrebalancés par tout effet positif découlant de la naissance de l'enfant⁸⁰.

Quant à une vie préjudiciable, contrairement aux actions classiques pour préjudice prénatal, l'acte du médecin n'a pas causé les malformations comme telles⁸¹. Ces dernières sont préexistantes au devoir d'information ou de diligence. Citant *Harbeson*⁸², la Cour suprême de Washington est d'avis qu'il serait illogique de permettre seulement aux parents, et non pas aux enfants, de recouvrer les frais découlant directement de leur handicap, alors qu'une vie préjudiciable est à toutes fins pratiques le pendant d'une naissance préjudiciable. C'est aussi une question de partage de

76 Voir *Stills*, *supra* note 48.

77 *Morris v Frudensfeld*, 135 Cal App (3d) 23 (Ct App 1982).

78 *Harbeson*, *supra* note 59 à la p 463.

79 Voir *ibid* («[f]or the purposes of the analysis which follows, therefore, wrongful birth will refer to an action based on an alleged breach of the duty of a health care provider to impart information or perform medical procedures with due care, where the breach is a proximate cause of the birth of a defective child» [nos soulignés] à la p 467).

80 Voir *ibid* à la p 475.

81 Voir *Seattle-First Nat. Bk v Rankin*, 59 Wash (2d) 288 (Sup Ct 1962) (il a été reproché au médecin d'avoir causé au nouveau-né une paralysie cérébrale induite lors d'un accouchement difficile).

82 *Supra* note 59.

responsabilité financière nécessaire à la prise en charge du handicap⁸³. La reconnaissance des actions pour préjudice de vie favoriserait par ailleurs la promotion d'objectifs sociaux ayant trait à la prise en charge préventive par des services de conseil génétique de qualité et au transfert du fardeau financier aux professionnels de la santé, les plus à même de les assumer⁸⁴. Après tout, qui — l'enfant, le médecin ou l'État — serait mieux en mesure d'en prévenir l'occurrence ?

Toutefois, les enfants ne sont pas aptes à réclamer des dommages-intérêts généraux liés aux souffrances émotionnelles découlant de leur handicap, même sévère. De leur côté, les parents peuvent en demander sans nécessairement faire la preuve d'une symptomatologie objective⁸⁵.

Cela étant, le précédent *Harbeson* fait reposer l'admissibilité des vies préjudiciables au droit fondamental des parents de prévenir la naissance de l'enfant, que ce soit avant ou après la conception. Une fois que l'enfant est né, les parents n'ont pas *a priori* le droit de refuser l'administration d'un traitement nécessaire à l'enfant en cas d'urgence mettant sa vie en danger⁸⁶. Toute décision substituée à cet égard cède devant l'intérêt de l'État à la protection de la vie des personnes vulnérables, à moins d'exceptions très spécifiques limitées pour le moment aux personnes en situation de fin de vie. S'il y a une vie préjudiciable, il n'y a rien de tel qu'une « prolongation préjudiciable de la vie » (« *wrongful prolongation of life* »).

Quand il s'agit d'un enfant né en bonne santé (par exemple : par suite d'une stérilisation manquée), ses frais d'entretien ne pourraient pas être octroyés aux parents dans le cadre de leur recours pour naissance préjudiciable. La raison en est de leur caractère indéterminé et de par l'obligation d'en déduire les bénéfices qui découleront de la présence de l'enfant dans

83 Voir *ibid* (« [i]n addition to providing a comprehensive and consistent deterrent to malpractice, recognition of the duty will provide more comprehensive and consistent compensation for those injured by such malpractice (at least for extraordinary out-of-pocket expenses) than would be available were the duty confined to the parents. In order to achieve these ends, therefore, we recognize the existence of a duty to the unborn or unconceived child » à la p 481).

84 Voir *ibid* à la p 479.

85 Voir par ex *Wuth v Lab. Corp.*, 189 Wash App 660 à la p 684 (Ct App 2015) (l'enfant était atteint de malformations sévères congénitales qui auraient pu être détectées par un dépistage prénatal adéquat). Voir aussi *Price v State*, 114 Wash App 65 à la p 72 (Ct App 2002).

86 Voir *Stewart-Graves v Vaughn*, 162 Wash (2d) 115 (Sup Ct 2007) (la Cour suprême de Washington ne blâme pas les médecins d'avoir continué les manœuvres de réanimation sur un nouveau-né au-delà des quinze premières minutes, sans avoir au préalable informé les parents que l'enfant ne pourrait de toute façon pas survivre sans de sérieux handicaps). Voir aussi *Benoy v Simons*, 66 Wash App 56 (Ct App 1992).

la famille. Le quantum de cette déduction est incertain à un stade si précoce de la vie de l'enfant⁸⁷.

À la même occasion, la Cour suprême de Washington refuse d'entériner cette autre présomption voulant que la venue d'un enfant bien portant emporte toujours plus de bénéfices que d'inconvénients. Le cas échéant, «presumably no sterilization operations would be performed»⁸⁸. Or, que les parents aient opté initialement pour une intervention stérilisante ne devrait-il pas faire présumer que sur l'échelle de leur balance subjective, la présence de l'enfant n'emporte à leurs yeux aucun bénéfice? Répondre dans l'affirmative aurait permis aux parents de réclamer des frais d'entretien et d'éducation devenus raisonnablement déterminables dès lors qu'on n'ait plus aucun bénéfice à déduire. La Cour d'appel de Washington dans *Bateman* n'a pas non plus accepté cet argument pour des préoccupations liées au bien-être émotionnel de l'enfant⁸⁹. Encore faut-il, bien entendu, que l'échec de stérilisation ait été la cause proximale du préjudice (naissance de l'enfant), ce qui exclut, par exemple, la possibilité d'une recanalisation après une vasectomie⁹⁰.

Au New Jersey, après la consécration de la recevabilité des recours pour préjudice corporel prénatal⁹¹, les recours pour préjudices de vie («*wrongful life*») et de naissance («*wrongful birth*») avaient été contestés jusqu'à la Cour suprême dès 1967 dans la célèbre affaire *Gleitman*⁹². En ce qui concernait l'action pour préjudice de vie, la Cour suprême du New Jersey avait opiné dans la négative étant donné le paradoxe logiquement irrésoluble de la non-existence⁹³. Quant au recours des parents pour naissance

87 Voir *McKernan v Aasheim*, 102 Wash (2d) 411 aux pp 419-20 (Sup Ct 1984).

88 *Ibid* à la p 418. Voir aussi *Ball v Mudge*, 64 Wash (2d) 247 (Sup Ct 1964) («[a]s reasonable persons, the jury may well have concluded that appellants suffered no damage in the birth of a normal, healthy child, whom they dearly love, would not consider placing for adoption, and "would not sell for \$50,000," and that the cost incidental to such birth was far outweighed by the blessing of a cherished child, albeit an unwanted child at the time of conception and birth» à la p 250) [*Ball*].

89 *Bateman v Valley Clinic*, 127 Wash App 1002 (Ct App 2005) («[t]he parents here appear to claim that a child born after a failed sterilization has no benefit and thus there are no benefits to be offset. The reassessing behind their claim increases concern for the child's emotional well being [*sic*]» à la p 3).

90 Voir *Ball*, *supra* note 88.

91 Dans le contexte «classique» d'un accident automobile impliquant une femme enceinte, voir *Smith v Brennan*, 31 NJ 353 (Sup Ct 1960), infirmant *Stemmer v Kline*, 128 NJL 455 (Ct Err & App 1942); *Ryan v Public Service Coordinated Transport* (1940), 18 NJ Misc 429 (Sup Ct 1940).

92 *Gleitman*, *supra* note 42.

93 Voir *ibid*.

préjudiciable («*wrongful birth*»), le caractère sacré de la vie primait sur le droit des parents à l'autonomie de reproduction⁹⁴. Cette *ratio decidendi* sera révisée par la même Cour plus de dix ans plus tard dans l'affaire *Berman*⁹⁵ impliquant un enfant né avec le syndrome de Down. Revisitant le précédent *Gleitman*, la Cour suprême du New Jersey retient le caractère indéterminé des dommages et le paradoxe de la non-existence en tant que raisons principales ayant motivé le rejet des «*wrongful life*». Si la première des raisons n'était pas dirimante⁹⁶, la primauté de la vie—valeur fondamentale sur laquelle repose la société—ne saurait souffrir d'aucun compromis⁹⁷.

Une action pour naissance préjudiciable («*wrongful birth*»), de l'autre côté, implique des considérations différentes. Entre *Gleitman* et *Berman*, il y eut la dépénalisation de l'avortement en 1973⁹⁸. Désormais, les parents ont été privés d'un droit (constitutionnel) de prendre une décision éclairée par rapport à la poursuite d'une grossesse, du moins lors du premier trimestre. Cette recevabilité est somme toute limitée, puisque seuls des dommages-intérêts moraux liés à la détresse émotionnelle au vu d'un enfant sévèrement handicapé peuvent être réclamés⁹⁹. Les autres dommages-intérêts, généraux comme particuliers, y compris les frais médicaux nécessités par l'état de santé, ne sont pas recouvrables¹⁰⁰.

Cette position aussi sera revue dès 1981. Dans l'affaire *Schroeder*¹⁰¹, les parents allèguent que l'omission des médecins d'avoir diagnostiqué une maladie héréditaire (la fibrose kystique) chez leur aînée les a empêchés de faire un choix éclairé d'avoir ou non un second enfant. Une particularité de cette maladie génétique est qu'elle ne pouvait pas alors être dépistée pendant la grossesse, mais seulement après la naissance par le test de la sueur¹⁰². Le médecin, toutefois, avait privilégié un autre test et rassuré les parents que leur aînée ne pouvait pas être atteinte de fibrose kystique. Résultat : les parents n'ont appris le diagnostic exact en ce qui concerne

94 Voir *ibid.*

95 *Berman*, *supra* note 57.

96 Voir *ibid* («were the measure of damages our sole concern, it is possible that some judicial remedy could be fashioned which would redress plaintiff, if only in part, for injuries suffered» à la p 428).

97 Voir *ibid.*

98 *Roe*, *supra* note 45.

99 *Berman*, *supra* note 57. Voir aussi ce constat plus éloquent du juge Handler, dissident sur d'autres points.

100 Voir *ibid.*

101 *Schroeder v Perkel*, 87 NJ 53 (Sup Ct 1981).

102 Voir *ibid.*

l'aînée que lorsque la mère était rendue au huitième mois de sa seconde grossesse.

Selon la Cour, comme les parents ont l'obligation d'assumer les frais médicaux requis par l'état de santé de l'enfant mineur¹⁰³ et qu'il reviendra plus tard à l'enfant majeur de les acquitter lui-même, l'effet dissuasif de la responsabilité délictuelle ne pourrait être atteint s'il était permis aux professionnels fautifs de s'en laver complètement les mains¹⁰⁴, d'où le droit des parents de recouvrer les frais médicaux reliés au handicap de l'enfant. Quant à la question de la prévisibilité raisonnable du préjudice (ici la naissance d'un second enfant), dans le cadre d'une relation médecin-patient, les professionnels de la santé auraient dû prévoir que d'autres enfants pouvaient très vraisemblablement naître d'un couple encore en âge de procréer.

Trois ans plus tard et dans la même veine, la Cour suprême du New Jersey consacre définitivement la recevabilité des vies préjudiciables («*wrongful life*»)¹⁰⁵. La trame factuelle ressemble à s'y méprendre à la première affaire *Gleitman*: des anomalies développementales induites par une rubéole maternelle qui aurait dû être dépistée pendant le premier trimestre de la grossesse et qui aurait probablement motivé un avortement pour prévenir d'éventuelles complications¹⁰⁶. Cette fois, le fardeau des frais médicaux additionnels a convaincu la Cour qu'il est opportun de reconnaître l'admissibilité d'une vie préjudiciable pour permettre à l'enfant de les recouvrer pour lui-même et ne pas les faire dépendre du succès du recours parental pour préjudice de naissance («*wrongful birth*»). La logique du paradoxe qui a jusqu'alors prévenu la reconnaissance de ces actions doit céder le pas devant l'équité des résultats:

Law is more than an exercise in logic, and logical analysis, although essential to a system of ordered justice, should not become a instrument [*sic*] of injustice. Whatever logic inheres in permitting parents to recover for the cost of extraordinary medical care incurred by a birth-defective child, but in denying the child's own right to recover those expenses, must yield to the inherent injustice of that result. The right to recover the often crushing burden of extraordinary expenses visited by an act of medical

103 Voir *ibid.* À telles enseignes que l'omission de ce faire peut constituer un crime.

104 Voir *ibid.*

105 Procanik, *supra* note 60.

106 Voir *Gleitman*, *supra* note 42.

malpractice should not depend on the “wholly fortuitous circumstance of whether the parents are available to sue.”¹⁰⁷

L’une de ces circonstances—auxquelles la famille Procanik était confrontée—était, par exemple, la prescription du recours des parents. Ainsi donc, l’enfant ou ses parents peuvent recouvrer les frais médicaux découlant de son handicap au moins jusqu’à sa majorité. Au-delà, les «*wrongful life*» prennent le relai des naissances préjudiciables pour réclamer les frais médicaux nécessaires à l’enfant après ses dix-huit ans.

Les parents, de leur côté, pourront demander en outre des dommages-intérêts moraux imputables à la naissance d’un enfant gravement handicapé, sans nécessairement requérir une preuve d’expert en ce sens¹⁰⁸. De ces dommages-intérêts moraux, le médecin ne peut pas obtenir une déduction pour tout bénéfice émotionnel qu’apporte la venue d’un enfant dans la famille¹⁰⁹. S’il y a lieu, ce bénéfice est déjà compensé par l’impossibilité de recouvrer les frais d’entretien de l’enfant¹¹⁰. Lorsque l’enfant naît bien portant, mais non désiré, les parents pourraient tout de même réclamer du médecin négligent des frais médicaux encourus pendant la grossesse, lors de l’accouchement ainsi que la perte de *consortium* de la mère pendant cette période, à l’exclusion des frais d’entretien et d’éducation de l’enfant jusqu’à sa majorité¹¹¹.

Tout comme dans l’État de Washington, les tribunaux du New Jersey ont tôt fait la distinction entre une vie préjudiciable et une prolongation de vie préjudiciable, par exemple, dans le cas d’un grand prématuré dont la survie aurait nécessité des soins intensifs d’urgence malgré la persistance de séquelles cérébrales irréversibles et permanentes¹¹². Tout comme à Washington, une telle action reprochant une prolongation de vie préjudiciable suppose l’existence d’un droit des parents de refuser des soins requis par l’état de santé de l’enfant et surtout que ce refus puisse constituer une alternative juridique valable¹¹³.

Par ailleurs, une action pour naissance préjudiciable ne peut être intentée que par les parents de l’enfant. *Stricto sensu*, une naissance préjudiciable appartiendrait uniquement à la mère à l’exclusion même du père;

107 Procanik, *supra* note 60 aux pp 351–52.

108 Geler v Akawie, 358 NJ 437 (Super Ct 2003) [Geler].

109 Lodato v Kappy, 353 NJ 439 (Super Ct 2002).

110 Voir *ibid.*

111 Voir P v Portadin, 179 NJ 465 (Super Ct 1981).

112 Voir Iafelice by Iafelice v Zarafu, 221 NJ 278 (Super Ct 1987).

113 Voir *ibid.*

c'est bien à la femme de disposer librement de son corps et le dernier mot revient à elle de décider d'interrompre ou non sa grossesse. Le recours pour préjudice de naissance peut être étendu au père en raison de l'obligation parentale conjointe d'assumer les frais médicaux de l'enfant handicapé¹¹⁴; ce qui n'est pas le cas des autres membres de la famille, comme les grands-parents¹¹⁵ ou les frères et sœurs de l'enfant né handicapé¹¹⁶.

Au reste, le devoir d'information du médecin repose sur la présomption voulant que les patients n'aient pas les connaissances médicales requises pour prendre une décision éclairée. De même, on ne peut obliger une femme à minimiser ses dommages en donnant son enfant en adoption, en interrompant sa grossesse pendant qu'il est encore temps¹¹⁷ ou en s'abstenant de concevoir d'autres enfants qui courraient le même risque génétique¹¹⁸. Le droit n'exige pas des patients qu'ils prennent des précautions additionnelles pour rechercher d'autres informations ou consulter d'autres médecins¹¹⁹. Enfin, tout comme en Californie¹²⁰, une action pour vie préjudiciable ne pourra pas être accueillie à l'égard des parties défenderesses autres que le médecin lorsqu'au moment où la faute avait été commise, l'enfant n'était pas encore conçu¹²¹. Contrairement à une consultation en génétique ou gynécologique, le préjudice causé (par exemple: la naissance d'un enfant non encore conçu au moment de l'accident) n'était pas raisonnablement prévisible, même lorsque la victime était en âge de procréer¹²².

114 Voir *Michelman v Ehrlich*, 311 NJ 57 (Super Ct 1998).

115 Voir *ibid.*

116 Voir *Moscatello v University of Medicine and Dentistry of New Jersey*, 342 NJ 351 (Super Ct 2001).

117 Voir *Comras v Lewin*, 183 NJ 42 (Super Ct 1982) (le médecin a fait défaut de diagnostiquer une grossesse au premier trimestre). Voir aussi *Maliton v United States*, 2016 WL 270213 (D NJ) (la plaignante n'avait pas été privée d'un droit de prendre une décision en toute connaissance de cause, car le syndrome de Down avait été dûment dépisté et lui avait été révélé pendant la grossesse. Toutefois, sa grossesse ayant résulté d'une ligature des trompes qui n'avait pas été réalisée comme demandée, un recours en «*wrongful pregnancy*» fut accueilli).

118 Voir *Lynch v Scheininger*, 162 NJ 209 (Sup Ct 2000).

119 Voir *Geler*, *supra* note 108.

120 Voir *Hegyes*, *supra* note 69.

121 Voir *Taylor by Taylor v Cutler*, 306 NJ 37 (Super Ct 1997), conf par 157 NJ 525 (Sup Ct 1999) (les plaignantes sont revenues contre la défenderesse sept ans après un accident automobile pour lequel les parties avaient convenu un règlement à l'amiable visant toutes les réclamations relatives à cette conduite en état d'ébriété. Les fractures multiples du bassin que la plaignante avait subies auraient déformé son utérus, causant des malformations crâniennes permanentes à son fœtus qui n'était pas encore conçu au moment de l'accident).

122 Voir *ibid.*

À la différence des États de la Californie, de Washington et du New Jersey, c'est le législateur du Maine qui est intervenu en 1985 pour délimiter la portée des actions pour naissance et vie préjudiciables. Les quatre dispositions statutaires pertinentes se lisent comme suit :

§2931. Wrongful birth; wrongful life

1. **Intent.** It is the intent of the Legislature that the birth of a normal, healthy child does not constitute a legally recognizable injury and that it is contrary to public policy to award damages for the birth or rearing of a healthy child.
2. **Birth of healthy child; claim for damages prohibited.** No person may maintain a claim for relief or receive an award for damages based on the claim that the birth and rearing of a healthy child resulted in damages to him. A person may maintain a claim for relief based on a failed sterilization procedure resulting in the birth of a healthy child and receive an award of damages for the hospital and medical expenses incurred for the sterilization procedures and pregnancy, the pain and suffering connected with the pregnancy and the loss of earnings by the mother during pregnancy.
3. **Birth of unhealthy child; damages limited.** Damages for the birth of an unhealthy child born as the result of professional negligence shall be limited to damages associated with the disease, defect or handicap suffered by the child.
4. **Other causes of action.** This section shall not preclude causes of action based on claims that, but for a wrongful act or omission, maternal death or injury would not have occurred or handicap, disease, defect or deficiency of an individual prior to birth would have been prevented, cured or ameliorated in a manner that preserved the health and life of the affected individual.¹²³

Ainsi, la naissance d'un enfant bien portant ne constitue pas un préjudice indemnisable, à moins que cette naissance résulte de l'échec d'une procédure chirurgicale de stérilisation («*failed sterilization procedure*»), auquel cas les parents peuvent recouvrer les frais médicaux ou d'hospitalisation encourus pour l'intervention de stérilisation et pendant la grossesse, des dommages-intérêts moraux pour le stress et les inconvénients, ainsi que la perte de revenu de la mère pendant la grossesse. Une «procédure de stérilisation» désigne uniquement les interventions chirurgicales ou

¹²³ Maine Health Security Act, *supra* note 61.

médicales visant à altérer l'anatomie du corps pour mettre un terme définitif aux fonctions reproductives, à l'exclusion des méthodes de contraception temporaires tel le dysfonctionnement d'un implant contraceptif ou d'un stérilet dont l'effet stérilisant demeure réversible¹²⁴. L'exception des procédures de stérilisation d'ordre chirurgical se justifie par leurs conséquences permanentes et généralement irréversibles pour les patients. Le fait de limiter la recevabilité des actions pour préjudice de naissance à cette exception ne rend pas la législation en cause inconstitutionnelle¹²⁵.

Dans un jugement rendu le 19 juillet 2016, la Cour supérieure du Rhode Island penche également en ce sens à l'issue de considérations strictement pragmatiques touchant au caractère certain et déterminable des dommages découlant d'une vie handicapée (implicitement par rapport à une vie normale)¹²⁶.

C. En droit canadien et québécois: un devoir de diligence envers la mère ou l'enfant?

Un autre obstacle, plus en amont, quant à la recevabilité des actions pour vie préjudiciable a retenu l'attention des tribunaux canadiens: l'obligation d'indemniser une victime, se rattachant à l'existence au préalable d'un devoir de diligence à son égard. Dans quelle mesure des professionnels en intervention prénatale seraient-ils tenus d'agir dans l'intérêt de l'enfant à naître lorsque cet intérêt entrerait en conflit avec celui de la mère? Ces questions ont dû être traitées en profondeur en raison de la nature particulière des affaires dont les tribunaux canadiens ont été saisis.

À la différence de l'expérience américaine, les quelques cas judiciaires en common law canadienne où on fit valoir une vie préjudiciable se sont heurtés très tôt au constat d'une responsabilité «mixte» du médecin dont on pourrait imputer à la fois la naissance de l'enfant et son handicap, tous les deux non désirés. C'est le cas de l'affaire *Bovingdon*¹²⁷, où la prescription d'un médicament inducteur de l'ovulation visant à faciliter la procréation encourrait par ailleurs un risque de handicap chez les nouveau-nés. Pareille ambiguïté s'est présentée également dans l'affaire *Paxton*, où l'existence d'un préjudice de vie dépendrait de la qualification

124 Voir *Doherty v Merck & Co., Inc.*, 2017 ME 19 (Sup Jud Ct).

125 Voir *Doherty v Merck & Co., Inc.*, 2017 WL 3668415 (D Me).

126 Blouin, *supra* note 62.

127 *Bovingdon v Hergott*, 2008 ONCA 2, demande d'autorisation de pourvoi à la CSC rejetée, 32510 (29 mai 2008) [*Bovingdon*].

juridique que donnerait la Cour d'appel de l'Ontario par rapport au devoir de diligence du médecin envers la mère, lorsque l'état de santé de celle-ci requerrait une médication susceptible d'emporter un effet tératogène sur d'éventuels fœtus encore à être conçus à l'époque de la consultation¹²⁸. *Quid* de la responsabilité professionnelle d'un médecin vis-à-vis l'enfant né handicapé par suite d'une tentative d'avortement¹²⁹?

La frontière entre un préjudice de vie au sens strict et une responsabilité délictuelle médicale classique n'est plus si nette. N'eût été la faute du médecin, l'enfant serait-il handicapé ou serait-il encore en vie? Devrait-on adopter un critère d'appréciation exclusif, cumulatif ou contributoire pour décider entre une action pour préjudice de vie ou un recours en négligence? Dans l'affaire *Cherry*¹³⁰, l'avocat du défendeur a insisté *mordicus* sur l'existence d'un conflit d'intérêts irréconciliable entre le devoir de diligence du médecin envers la mère et, le cas échéant, celui vis-à-vis le fœtus à avorter¹³¹. Dans un autre contexte où l'acte du médecin n'aurait pas directement causé le handicap de l'enfant, cet argument pourrait être accepté. Or, s'agissant d'un avortement raté de par la faute du médecin, tout comme il est prévisible que l'intégrité physique du fœtus survivant serait vraisemblablement affectée, le médecin pourrait difficilement écarter sa responsabilité première dont l'exemption frise l'impunité:

We think the law would be wanting and badly flawed if it found itself in the position of having to deny any remedy to this infant plaintiff because of what at first glance may appear to be established principles of negligence. In our opinion the principles of negligence do not stand in the way of recovery for this plaintiff. We think that a surgeon on performing an abortion in a case such as this owes a duty of care to the mother to perform his task properly but at the same time owes a duty of care to the foetus not to harm it if he should fail in meeting the duty of care he owes to the mother.¹³²

Près de dix ans plus tard, la Cour d'appel du Manitoba, s'appuyant sur l'arrêt de principe rendu par la Cour d'appel du Royaume-Uni dans l'affaire *McKay*¹³³, a arrêté une dichotomie entre, d'un côté, les cas de figure

128 *Paxton v Ramji*, 2008 ONCA 697 au para 50.

129 *Cherry (Guardian) v Borsman* (1991), 94 DLR (4^e) 487, 70 BCLR (2^e) 273 (CA) [*Cherry* avec renvois aux DLR].

130 *Ibid.*

131 *Ibid.*

132 *Ibid.* à la p 504.

133 *McKay v Essex Area Health Authority*, [1982] All ER 771.

où les anomalies fœtales auraient été causées par la faute d'un tiers (première catégorie) et, de l'autre côté, les hypothèses où, n'eût été cette faute, l'enfant ne serait pas né (seconde catégorie)¹³⁴.

Cette distinction est loin d'être tranchée dans tous les cas. Pour le juge d'instance dans *Cherry*, dans la mesure où le handicap peut être attribué au médecin, indépendamment du préjudice de vie que subirait l'enfant, ce dernier conserve par ailleurs un recours en dommages-intérêts pour l'atteinte à son intégrité si les autres éléments constitutifs de la responsabilité professionnelle sont établis, à savoir l'existence d'un devoir de diligence du médecin à l'égard de l'enfant et le manquement à cette norme¹³⁵. De son côté, Mme Bovingdon reproche au médecin d'avoir omis de lui fournir l'information relative aux risques associés à la prise de Clomid, ce qui lui a privé le choix de tenter une (troisième) grossesse sans l'aide de médicament. Le manquement du médecin à son devoir d'information aurait causé à la fois la naissance des jumeaux et leur handicap. D'une part, on peut affirmer comme le médecin que, n'eût été la prescription du Clomid, les jumeaux n'auraient pas vu le jour. D'autre part, le handicap dont souffrent les enfants n'est pas d'origine congénitale ou provoquée par toute autre cause indépendante de l'action du médecin (par exemple: primo-infection lors du premier trimestre par une rubéole maternelle), mais serait une conséquence directe de leur naissance prématurée que le médecin admet comme ayant un lien de causalité avec la prescription du Clomid¹³⁶.

Cette incertitude au niveau de la qualification juridique a incité la Cour d'appel de l'Ontario à revoir en profondeur le cadre d'analyse applicable dans *Bovingdon*, en abordant la problématique sous l'angle des éléments constitutifs d'une action en négligence, à savoir l'existence d'un devoir de diligence envers l'enfant, le manquement à cette norme, le lien de causalité et le préjudice¹³⁷.

134 Voir *Lacroix v Dominique*, 2001 MBCA 122 («[c]ases involving a claim by a child born with abnormalities generally fall within one of two categories: (i) cases in which the abnormalities have been caused by the wrongful act or omission of another; and (ii) cases in which, but for the wrongful act or omission, the child would not have been born at all» au para 24).

135 *Cherry*, *supra* note 129.

136 *Bovingdon (Litigation Guardian of) v Hergott* (2006), 83 OR (3^e) 465, 275 DLR (4^e) 168 (CS) («[i]t is conceded that Clomid caused the twin pregnancy, which caused the premature birth, which caused the children's disabilities» au para 1).

137 Voir *Bovingdon*, *supra* note 127 («[...] I do not find the two categories described in *Lacroix* particularly useful as a basis for analyzing these claims. I prefer to approach the issue not by using categories such as those set down by *Lacroix*, but rather through the normal analysis of tort liability: duty of care, standard of care, breach, and damage. The real question in each case is, did the doctor owe a duty of care to the future child or children under the

Premièrement, le Dr Hergott avait-il un devoir de diligence envers les enfants à naître dans les circonstances? Pour la famille Bovingdon, il y a lieu de reconnaître envers les enfants un devoir de diligence coextensif avec celui que le médecin a envers sa patiente immédiate (la mère) étant donné que le but de la consultation était justement de faciliter la conception d'un enfant (que l'on présume) en bonne santé¹³⁸. Ce raisonnement n'a pas convaincu la Cour d'appel de l'Ontario. Celle-ci a préféré retenir une conception restreinte du devoir de diligence comme n'emportant qu'une obligation de renseignement envers la mère dans les circonstances¹³⁹.

En effet, une fois l'information donnée, le choix revient entièrement à la femme de décider, en toute connaissance de cause, de la suite des choses: de prendre ou non le Clomid tel que prescrit, de s'exposer au risque de tomber enceinte de jumeaux et, le cas échéant, d'un accouchement prématuré, ou encore d'interrompre sa grossesse. En agissant à l'intérieur de sa marge d'autonomie personnelle sur des décisions importantes touchant intimement à sa vie privée, la femme n'est soumise au droit de regard ni du médecin animé d'un paternalisme bienveillant, ni du père potentiel¹⁴⁰, ni de l'État exerçant sa compétence *parens patriae* au nom de la protection des enfants vulnérables¹⁴¹. En effet, la femme n'est pas tenue de prendre sa décision d'agir dans l'intérêt des enfants à naître¹⁴² ni comme le ferait une personne raisonnable placée dans des circonstances similaires. Par conséquent, un médecin qui ne pouvait intervenir dans l'intérêt des enfants à naître une fois l'information donnée ne pourrait être considéré comme détenant par ailleurs un devoir de diligence envers les enfants à être conçus qui serait coextensif avec son (strict) devoir de renseignement envers la femme, sa patiente immédiate¹⁴³.

À cet argument juridique s'ajoutent des considérations d'ordre public ayant trait à l'existence d'un conflit d'intérêts potentiel entre le devoir de diligence dont est redevable Dr Hergott envers la mère et, le cas échéant, son devoir envers les enfants à naître:

circumstances? If so, then it becomes appropriate to consider the standard of care, whether the doctor breached the duty, and the correct measure of damages» au para 61).

138 Voir *ibid* au para 62.

139 Voir *ibid* au para 63.

140 Voir *Tremblay c Daigle*, [1989] 2 RCS 530, 62 DLR (4^e) 634.

141 Voir *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (Région du Nord-Ouest) c G.(D.F.)*, [1997] 3 RCS 925, 152 DLR (4^e) 193; *Dobson (Tuteur à l'instance de) c Dobson*, [1999] 2 RCS 753, 174 DLR (4^e) 1 [Dobson].

142 Voir *Dobson*, *supra* note 141 au para 41.

143 Voir *Bovingdon*, *supra* note 127 au para 68.

If future children have a right to a drug-free birth, as the respondents suggest, then doctors might decide to deny women the choice of taking Clomid on the basis that providing such choice might be a breach of the doctor's duty to the unborn children. In my view, the policy of ensuring that women's choice of treatment be preserved supports the conclusion that the doctor owed no legal duty to the unborn children in this case.¹⁴⁴

Le Dr Hergott ne pouvant être considéré comme détenant par ailleurs un devoir de diligence envers les enfants à naître dans ces circonstances, le premier élément constitutif de la responsabilité délictuelle fait défaut et partant, le recours des jumeaux en leur nom personnel ne sera pas accueilli.

En droit québécois, la situation semble plus nuancée en ce que les tribunaux québécois ont écarté les considérations de principe qui auraient pu faire échec à un recours faisant suite à une naissance. Par exemple, suite à une procédure de vasectomie ratée en vue d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'une maladie congénitale, un dédommagement a été accordé aux parents d'un enfant né avec cette maladie¹⁴⁵. Dans une autre décision, un recours a été accordé aux parents d'un enfant sain¹⁴⁶ né suite à une grossesse non-planifiée, quoique dans un tel cas, la Cour a été d'avis que les bénéfices moraux et financiers, découlant de la présence d'un enfant sain, opéraient compensation avec le dommage subi par les parents¹⁴⁷.

Ce raisonnement a été suivi en partie par la Cour d'appel du Québec dans la décision *Cooke c Suite*, où la Cour précisait par ailleurs ce qui suit :

Je précise immédiatement que la naissance non désirée d'un enfant ne constitue pas toujours, et dans toutes les circonstances, un préjudice. Au contraire ! Imaginons le cas de parents dont la seule et unique raison de prendre des mesures pour empêcher la naissance d'un enfant est la crainte que ce dernier ne soit porteur d'une déficience génétique héréditaire, ou la crainte que l'accouchement ne mette en péril la santé de la mère. Dans ces circonstances, la naissance d'un enfant en bonne santé, ou suite à un accouchement sans impact négatif sur la santé de la mère, sera

¹⁴⁴ *Ibid* au para 71.

¹⁴⁵ Voir *Engstrom c Courteau*, [1986] RJQ 3048, [1986] RRA 612 (CS).

¹⁴⁶ Voir *Cataford c Moreau*, [1978] CS 933, 114 DLR (3^e) 585. Voir l'article du professeur Kouri publié suite à cette décision: Robert P Kouri, «Non-Therapeutic Sterilization—Malpractice and The Issue of “Wrongful Birth” and “Wrongful Life” in Quebec Law» (1979) 57 R du B can 89.

¹⁴⁷ Sur l'évaluation du préjudice, voir Daniel Gardner, *Le préjudice corporel*, 4^e ed, Montréal, Yvon Blais, 2016 au para 65.1.

un événement heureux et ne saurait donner ouverture à une réclamation pour les frais d'entretien de l'enfant. Chaque cas est donc un cas d'espèce et doit être traité comme tel.

Il me semble erroné d'ériger en principe général, et incontournable, l'affirmation que les joies d'élever un enfant égalent, ou l'emportent, toujours sur les difficultés et les coûts et qu'en conséquence, la naissance d'un enfant en bonne santé, quelles que soient les circonstances, ne constitue jamais un préjudice. Le simple fait qu'une personne se fasse opérer pour éviter de concevoir ou de donner naissance à un enfant prouve qu'à ses yeux, il n'en est pas ainsi. La naissance d'un enfant ne constitue donc pas toujours, dans toutes les circonstances, et pour tous les parents, un événement heureux. Il existe des cas où la naissance d'un enfant constitue, comme en l'espèce, un préjudice.

Dans l'évaluation des dommages-intérêts, il est de mise de tenir compte des pertes et des bénéfices, des avantages et des inconvénients, des plus et des moins, qu'une situation entraîne et de compenser les uns avec les autres, afin de déterminer le montant de l'indemnité à laquelle le créancier de l'obligation a droit. Ce principe s'applique, à mon avis, même en matière de naissance non désirée.¹⁴⁸

Bien que les tribunaux québécois n'aient pas identifié d'obstacle à la reconnaissance d'un préjudice dans une naissance, remarquons qu'aucune décision n'a à ce jour traité de la question du dédommagement qui serait dû à l'enfant dans le contexte d'un recours pour préjudice de vie. Comme l'indiquent les auteurs Petresca et Kryworuk, il semble qu'au Canada, l'intervention de la Cour suprême sera nécessaire pour statuer sur l'(in)existence d'un recours pour vie préjudiciable. Que la décision *Bovingdon v Hergott* soit pour certains et certaines une occasion manquée de clarifier la question¹⁴⁹, il n'en demeure que dans cette décision, la Cour d'appel de l'Ontario ne s'est appuyée sur aucune motivation de politique judiciaire, ni sur une autre forme de justification de principe, pour écarter de manière définitive tout recours pour préjudice de vie en droit canadien.

148 *Cooke c Suite*, [1995] RJQ 2765, 1995 CanLII 4836 (QC CA) aux pp 31–32. Voir aussi *PP v DD*, 2017 ONCA 180; *M.S. v Baker*, 2001 ABQB 1032; *Bevilacqua v Altenkirk*, 2004 BCSC 945; *Murgoci c Laurian*, [2004] JQ no 2105, [2004] RRA 432 (CS).

149 Voir Yola S Hamzo Ventresca et Peter W Kryworuk, « Revisiting Wrongful Life Claims in Canada — Can There Be a Cause of Action? *Bovingdon v. Hergott* » (2008) 34 Adv Q 216.

III. ANALYSE

La caractérisation d'une vie préjudiciable («*wrongful life*») constitue sans doute l'un des problèmes les plus épineux de la bioéthique contemporaine. En témoigne sa défaveur presque unanime dans les ressorts de tradition tant civiliste que de common law. La raison profonde en est l'association *a priori* déraisonnable entre vie et préjudice. Jusque-là, et encore de nos jours, le préjudice, au sens de la responsabilité civile, ne se définit pas tant comme la conséquence non désirée ou inattendue d'un fait fautif antérieur, mais comme la mesure d'une atteinte objective à notre jouissance de la vie. Ainsi, les principes généraux de la responsabilité civile tiennent compte de tout bénéfice qu'un acte fautif aurait apporté au demandeur pour réduire le montant des dommages-intérêts alloués au titre du préjudice subi. Mesurer les dommages encourus à l'aune du désir individuel paverait la voie à une subjectivisation du préjudice.

Dans une perspective plus réaliste et pragmatique, le quotidien d'enfants atteints d'anomalies congénitales aux effets gravement invalidants sur les plans physique, mental et social nécessite un soutien constant qui serait plus facilement comptabilisable en temps, services personnels (rendus par du personnel spécialisé). Il pourrait être inéquitable d'imputer ces dépenses aux parents qui, s'ils le pouvaient, auraient choisi de ne pas les assumer. Le préjudice réside dans ce que l'auteur du délit aurait imposé une conséquence défavorable sur sa victime sans l'accord de celle-ci. En matière de responsabilité professionnelle médicale, cette conséquence est d'autant plus aberrante que le professionnel de la santé, en raison de son expertise, aurait été plus à même d'en prévenir la survenue ou d'en limiter les risques.

Fidèles à la tradition du réalisme juridique, les quatre ressorts américains (Californie, Washington, New Jersey et Rhode Island) reconnaissent l'admissibilité de principe des actions pour préjudice de vie en adoptant une perspective pragmatique en associant la notion de préjudice à l'existence d'un fardeau économique exceptionnel. Un enfant est considéré comme handicapé lorsque son état de santé congénital nécessiterait des dépenses supplémentaires par rapport à l'entretien et à l'éducation d'un enfant «normal» ou bien portant. Partant, seules ces dépenses supplémentaires nécessitées par son handicap peuvent être recouvrées. De plus, la jurisprudence se démarque par un souci de délimiter prudemment l'incidence des vies et naissances préjudiciables de sorte qu'il n'en résulte aucun bénéfice inattendu aux demandeurs ni des effets pervers aux

conséquences éventuellement indéterminables (par exemple : des dommages intergénérationnels).

Visant plus directement à indemniser les parents pour le préjudice résultant de l'atteinte à leur droit à l'autonomie reproductive, les recours pour préjudice de naissance («*wrongful birth*») sont de nature moins controversée. Plusieurs ressorts en reconnaissent l'admissibilité. Les dommages admissibles se limitent toutefois aux dommages moraux pour détresse émotionnelle (États de Washington et du New Jersey), ainsi qu'aux dépenses extraordinaires nécessitées par le handicap de l'enfant jusqu'à sa majorité (États de la Californie et de Washington), à concurrence du montant que l'enfant aurait pu recouvrer dans son action distincte pour préjudice de vie («*wrongful life*»).

De plus, se pose en amont la question de l'existence d'un devoir de diligence non seulement envers la femme enceinte, mais également envers l'enfant à naître ou à être conçu. À cet égard, l'expérience juridique en common law canadienne nous montre la difficulté d'articuler les contours de ce devoir de diligence, voire dans certains cas de distinguer une action pour préjudice de vie par rapport aux autres actions en responsabilité délictuelle prénatale, lorsque la négligence du médecin serait à la fois à l'origine du handicap et de la naissance de l'enfant (par exemple : échec d'un avortement).

À plusieurs reprises, les tribunaux ont déclaré leur volonté de laisser au législateur le soin de trouver un compromis ou une solution plus satisfaisante en légiférant sur les limites et conditions requises pour une vie reconnue préjudiciable. Or, l'intervention des législateurs s'est le plus souvent soldée par une interdiction pure et simple de l'action, quitte à en faire la compensation des «cas limites» une obligation de solidarité nationale, comme en France à la suite de la jurisprudence *Perruche*¹⁵⁰. *Quid* de l'adoption d'une loi prévoyant une indemnisation sans faute des vies préjudiciables comme la *Loi sur l'assurance-automobile*¹⁵¹ au Québec? Pourrait-on également admettre l'admissibilité des «*wrongful (continuation of) life*» en raison des délais fautivement encourus pour bénéficier en temps opportun d'une aide médicale à mourir?

Nous avons vu dans les sections qui précèdent que les enjeux liés à la reconnaissance d'un préjudice de vie, parfois qualifiés d'irrésolubles, sont tels qu'ils mettent en lumière les limites mêmes du modèle de normativité

150 Voir *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, JO, 5 mars 2002, 4118 (plus connue sous le nom de la *Loi anti-Perruche*).

151 RLRQ c A-25.

au sein duquel elle s'inscrit. Pour l'auteur Jochen Sohnle, c'est d'ailleurs par le truchement de tels «cas-limites»¹⁵², parfois qualifiés de «controverses juridiques»¹⁵³, que se révèle l'exercice de cadrage opéré par le raisonnement juridique. Tout particulièrement, les difficultés soulevées par la reconnaissance d'un délit de préjudice de vie mettent en lumière les limites d'un modèle «descriptif» de la normativité:

*Les normes impliquant une appréciation axiologique s'opposent aux normes descriptives, les dernières visant des objets qui sont effectivement perceptibles dans la réalité (protection d'une espèce, interdiction de rejet d'une quantité déterminée d'une substance). Les normes axiologiques ne peuvent être perçues qu'en liaison avec une reconnaissance des valeurs applicables au cas d'espèce. De nouveau, l'interdiction de causer un dommage significatif fait forcément intervenir l'appréciation des valeurs et des données factuelles de l'espèce [italiques dans l'original] [notes omises]*¹⁵⁴.

Si les quatre solutions alternatives proposées tant par la jurisprudence que la doctrine récente que nous avons étudiées (responsabilité pour négligence, responsabilité stricte, responsabilité pour fausses représentations trompeuses et responsabilité contractuelle)¹⁵⁵ offrent des solutions à certaines difficultés que soulève la reconnaissance d'un délit de préjudice de vie, elles s'inscrivent néanmoins toujours—et ce faisant, connaissent toujours les limites—d'une vision descriptive de la normativité. En marge de cette méthode, certains auteurs, puisant au courant des *Disability Studies*, ont proposé des perspectives favorisant l'émergence d'une vision renouvelée du délit de préjudice de vie¹⁵⁶. (Re)pensé dans le cadre plus large offert tant par une perspective post-positiviste que par la normativité axiologique ainsi rendue possible, le délit de préjudice de vie permet dès lors

152 Jochen Sohnle, «Le paradigme postpositiviste ou révélation d'une méthode spécifique dans l'application du droit international de l'environnement (première partie)» [1998] RED environnement 262.

153 Nicholas Léger-Riopel et Agnès Viaud, «La structure conceptuelle des controverses juridiques: petite anatomie des cas dits "difficiles"» (2013) 18:2 Lex Electronica.

154 Sohnle, *supra* note 152 aux pp 280–81.

155 Voir Blouin, *supra* note 62.

156 Les *Disability Studies*, mouvement critique, participent d'une vision qualifiée de post-positiviste, où la subjectivité et le point de vue de la personne (re)prennent une place centrale dans le discours savant et juridique. Voir Dianne Pothier et Richard Devlin, *Critical Disability Theory: Essays in Philosophy, Politics, Policy, and Law*, Vancouver, UBC Press, 2006. Voir aussi Anne Waldschmidt, Hanjo Berressem et Moritz Ingwersen, *Culture—Theory—Disability: Encounters between Disability Studies and Cultural Studies*, Bielefeld (Allemagne), transcript, 2017.

de réintroduire le point de vue de la personne née avec un handicap. Plus encore, une fois détaché du postulat d'une conception descriptive de la normativité, le délit de préjudice de vie permet également de penser d'une manière plus riche à la fois ce que constitue un préjudice, que ce constitue un handicap. Comme le rappelle le professeur Kimani Paul-Émile, de l'Université de Fordham, le délit de préjudice de vie, conçu comme un point de rencontre du droit de la responsabilité délictuelle, mais également du droit des personnes handicapées («*disability law*»), permet dès lors d'offrir un cadre d'analyse à la notion de handicap qui dépasse les seules conditions de santé médicales :

This analysis is possible because disability law recognizes that disability does not necessarily stem from a medical condition but rather can result from a trait that creates disability when combined with an inhospitable social and physical environment. This paradigm-shifting “social model” of disability, which is central to disability law, recognizes that society is not neutral and that biases are built into its very structures, norms, and practices, which can then produce disability. Thus, some conditions that we consider disabling are not inherent impairments but are instead just attributes that, when coupled with an unwelcoming social setting, can produce disadvantage [notes omises].¹⁵⁷

Dès lors, le préjudice de vie échappe aux limites des taxonomies médico-légales et permet un droit plus synchrone avec les conceptions contemporaines du handicap. Notamment, la reconnaissance que des considérations socio-économiques¹⁵⁸, ou encore culturelles, offrent un regard valable sur ce que constitue une vie «*préjudiciable*». C'est qu'en plus des vies affectées d'un handicap physique majeur, des facteurs, tels que la race, des caractéristiques physiques ou encore esthétiques, comme nous le rappelle l'auteur Paul-Émile, ont été reconnus par des décideurs judiciaires comme pouvant dans certains contextes défavoriser un individu de manière préjudiciable¹⁵⁹. En ce sens, le handicap, dans une conception riche que lui propose les *Disability Studies*, pourrait réintroduire les valeurs

157 Kimani Paul-Emile, «When a Wrongful Birth Claim May Not Be Wrong: Race, Inequality, and the Cost of Blackness» (2018) 86:6 Fordham L Rev 2811 à la p 2816.

158 Voir les travaux de la professeure Nussbaum sur cette question: Martha C Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2006.

159 À titre d'illustration, l'affaire *Pacheco v United States*, 2017 WL 714198 (D Wash) (cette décision porte notamment sur la question du préjudice et de l'exclusion que peut vivre un enfant né métisse dans un milieu de vie fortement marqué par des préjugés).

et points de vue (grâce à une norme axiologique) du ou de la principale intéressée, soit la personne affligée d'un préjudice. Une telle perspective pourrait être étiquetée de «subjective», puisqu'elle accorderait sans aucun doute une place à la perspective des victimes dans l'appréciation d'un préjudice de vie. Il vaut de garder en tête, cependant, qu'elle offrirait également une voix à une variété de personnes nées qui, de par leur couleur de peau, leur apparence ou marginalisation de toute sorte, sont à l'heure actuelle exclues de tout recours par l'effet cumulé d'une définition médicale (ou fonctionnelle) du handicap, et d'une acception stricte du préjudice en droit qui, pour remise en question qu'elle puisse être¹⁶⁰ (en raison de la complexification croissante du domaine de la santé), demeure néanmoins un obstacle important à leur indemnisation.

160 Voir Mémeteau et Léger-Riopel, *supra* note 21.