

New Brunswick
Child & Youth
Advocate



Défenseur des
enfants et des jeunes
du Nouveau-Brunswick

DANS L'ENSEMBLE, CHOISISSEZ LA GENTILLESSE

*Examen par le défenseur des modifications apportées
à la politique 713 et recommandations pour une
politique juste et compatissante*

Bureau du défenseur des enfants et des jeunes

Kelly A. Lamrock, c.r.

Bureau du Défenseur des enfants et des jeunes

Le Bureau du défenseur des enfants et des jeunes détient les fonctions et responsabilités suivantes :

- veiller à ce que les droits et les intérêts des enfants et des jeunes soient protégés;
- veiller à ce que les opinions des enfants et des jeunes soient entendues et qu'on en tienne compte dans les forums appropriés, lorsque ces opinions ne seraient pas autrement avancées;
- veiller à ce que les enfants et les jeunes qui ont droit de recevoir des services y aient accès, et que les plaintes que les enfants et les jeunes pourraient avoir à l'égard de ces services reçoivent l'attention voulue;
- veiller à ce que de l'information et des conseils soient fournis au gouvernement, aux agences gouvernementales et aux communautés au sujet de la disponibilité, de l'efficacité, de la sensibilité et de la pertinence des services aux enfants et aux jeunes;
- agir, de façon générale, en tant que défenseur des droits et des intérêts des enfants et des jeunes.

C.P. 6000

Fredericton, N.-B., E3B5H1

www.dejnb.ca

Téléphone : 1.888.465.1100

Réception: 1.506.453.2789

Télécopieur : 1.506.453.5599

Comment citer ce document :

Bureau du défenseur des enfants et des jeunes, *Dans l'ensemble, choisissez la gentillesse : Examen par le défenseur des modifications apportées à la politique 713 et recommandations pour une politique juste et compatissante*, 15 août 2023.

Version PDF ISBN# 978-1-4605-3674-2

Copie papier ISBN# 978-1-4605-3673-5

Le 8 juin 2023, le Ministère de l'Éducation et du Développement de la petite enfance (ci-après « le MEDPE » ou « le Ministère ») a annoncé des modifications à la politique 713 (Orientation sexuelle et identité de genre). La politique 713 (« la Politique ») a été initialement promulguée par le Ministère en vertu des pouvoirs conférés au Ministre par l'article 6(b.2) de la *Loi sur l'éducation*. Ces changements ont eu un impact sur trois éléments de la Politique que je détaillerai plus loin dans ce rapport.

Le 15 juin 2023, l'Assemblée législative a adopté à la majorité, par un vote par appel nominal, la Motion 50 telle qu'amendée :

Que l'Assemblée législative exhorte le gouvernement à demander au Bureau du défenseur des enfants et de la jeunesse à tenir des consultations approfondies avec les parties prenantes concernées sur tout changement à la politique 713 et l'incidence de tels changements et à rendre publics les résultats de ces consultations d'ici au 15 août 2023.

Le Défenseur des enfants et des jeunes est un haut fonctionnaire de l'Assemblée législative. Par conséquent, il n'est pas nécessaire, sur le plan de la procédure, que le pouvoir législatif du gouvernement « exhorte » pour que le pouvoir exécutif du gouvernement fasse une demande au Défenseur. Le souhait exprimé par le pouvoir législatif est suffisant pour communiquer une demande à un haut fonctionnaire de l'Assemblée législative, et le souhait d'une majorité de l'Assemblée législative est très persuasif dans ce contexte.

Le 20 juin 2023, j'ai publié les termes de référence de cet examen. Ces termes de référence ont été publiés sur le site web du Bureau du Défenseur, accompagné d'une invitation à la participation du public.

Méthodologie et mandat

À la suite de la publication des termes de référence et de l'invitation publique à participer, le Bureau du Défenseur a pris d'autres mesures pour impliquer une variété de parties prenantes. Un certain nombre d'élèves 2SLGBTQIA+ et leurs parents ont été invités à participer à des entretiens concernant leurs points de vue et leurs expériences. D'autres parents dont les enfants s'identifient comme hétérosexuel.e.s et/ou cisgenres ont également été invités à répondre à des questions de suivi afin de les impliquer pleinement dans tous les aspects des changements. Le Défenseur a pris contact avec un certain nombre de parties prenantes en les encourageant à soumettre des mémoires et, dans de nombreux cas, ces mémoires ont donné lieu à des questions de suivi et à des échanges afin de s'assurer que les personnes les ayant produits aient la possibilité d'aborder tous les aspects de l'examen. Le Défenseur a également invité des groupes de spécialistes - en droit constitutionnel et en droits de la personne des trois facultés de droit des Maritimes, en soins de santé, pédiatrie, psychiatrie et psychologie des deux réseaux de santé, ainsi que des membres du personnel enseignant qui travaillent en première ligne dans le système scolaire. Tout au long du processus, l'objectif était non seulement la consultation, mais aussi l'implication. La consultation consiste à attendre que les parties prenantes parlent avant de prendre une décision. L'implication consiste à discuter et même à débattre des options avec les parties prenantes afin que les problèmes soient pleinement pris en compte.

Il convient de commencer cet examen en rappelant qu'en vertu de la loi, le rôle du Défenseur des enfants et des jeunes est de fournir une analyse des lois, des politiques et de leur impact sur les enfants. Cette

fonction n'est pas conçue pour être politique. Le poste de défenseur des enfants et des jeunes a été créé pour fournir au pouvoir législatif du gouvernement une analyse indépendante et non partisane de la manière dont les politiques et leur mise en œuvre affectent les enfants. Les enfants n'ayant pas de pouvoir politique formel, le rôle du Défenseur est de donner une voix dans le processus qui prend en compte l'impact des décisions gouvernementales sur les enfants. Ce conseil doit rester axé sur les enfants, indépendamment de l'impact partisan ou même de l'opinion des personnes qui voteront aux élections.

L'objectif de cet examen n'est donc pas de transformer le Défenseur en sondeur. Le processus de consultation propre à cet examen a permis de recueillir des avis favorables et défavorables aux changements, tous deux en nombre significatif. Je ne prétends pas savoir lequel est le plus important, et mon mandat est de laisser cette question aux responsables politiques et aux personnes qui les conseillent. Il s'agit d'un examen juridique et politique, du point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'objectif de la participation du public n'était pas de simplement compter les courriels. Au contraire, en organisant des entretiens, des questions de suivi et des discussions, le processus a été conçu pour veiller à ce que les voix expertes et expérimentées soient entendues, qu'une véritable discussion et un débat aient lieu et que tous les arguments soient entendus dans leur forme la plus forte possible. L'objectif a été de comprendre comment les changements affecteront les enfants, quels sont leurs besoins et leurs droits, et où se situe l'intérêt supérieur des enfants au-delà de la polarisation du débat politique. Ce rapport final et les recommandations qui en découlent s'efforcent de placer l'intérêt supérieur de l'enfant au-dessus des préoccupations liées à l'impact politique.

Dans les termes de référence, je fais quelques remarques concernant le poids à accorder aux mémoires. L'objectif de l'implication du public étant de garantir un examen éclairé et rationnel des faits et des facteurs, et non simplement de compter les mémoires, il a semblé approprié d'être transparent quant à l'importance à accorder à certains points de vue. Aucune proposition n'a été rejetée ou ignorée. Les parents et les élèves ayant une expérience directe dans les écoles du Nouveau-Brunswick ont pu parler plus directement de l'impact des politiques sur leurs vies. Les personnes familières des enjeux 2SLGBTQIA+ m'ont permis de percevoir un point de vue autre que le mien. De même, les personnes ayant une formation et une expérience professionnelles sont convaincantes parce qu'elles comprennent mieux comment les idées et les politiques peuvent être mises en œuvre dans le monde réel.

J'ai également choisi d'accepter tous les mémoires, mais d'informer toute personne montrant un intérêt à déposer un mémoire que les points de vue des citoyen.ne.s du Nouveau-Brunswick auraient le plus de poids. Cet enjeu a suscité, au niveau international, un intérêt considérable notamment de la part de certains groupes suffisamment organisés et financés pour pouvoir intervenir dans de multiples juridictions. J'ai examiné tous ces mémoires afin d'entendre les arguments et d'apprendre de toutes les sources scientifiques auxquelles on faisait référence. Cependant, j'ai souvent demandé, dans le cadre d'activités de suivi, que les personnes concernées m'indiquent dans quel district scolaire elles vivaient ou qu'elles mettent à ma disposition des membres néo-brunswickois de leur organisation pour un entretien. Dans certains cas, cela a mis fin à l'interaction, bien que j'aie lu et pris en compte la totalité de la recherche et des arguments substantiels qui m'ont été soumis. Le Bureau du Défenseur a également pris contact avec les 49 député.e.s de l'Assemblée législative pour les encourager à inviter les familles rencontrées ou auxquelles il avait été fait référence dans les débats législatifs à participer et à partager leurs expériences.

Le Bureau du Défenseur a envoyé des invitations écrites aux associations des professionnels de première ligne qui travaillent avec les enfants.

Après avoir examiné plus de 400 mémoires du public et mené environ 50 entretiens et échanges de suivi, je suis prêt à examiner chacun des changements du point de vue de leur compatibilité avec la loi, de leur impact sur le système éducatif et de leurs implications politiques plus larges. J'ai choisi de recommander une nouvelle version de la politique 713 et de proposer des étapes de mise en œuvre au niveau provincial ou au niveau des districts scolaires.

L'histoire et le statut de la politique 713

Il semble que la politique 713 ait commencé à être élaborée avant 2018. La politique 703, qui traite de manière générale de milieu propice à l'apprentissage, est en place depuis un certain nombre d'années. La politique 703 traite d'un large éventail de comportements qui ont une incidence sur l'environnement d'apprentissage scolaire, notamment l'inclusion, l'intimidation et le harcèlement. À l'article 6.4.1, cette politique intègre les obligations énoncées dans la *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick par l'entremise de l'énoncé suivant :

6.4.1 Peu importe qui manifeste les comportements ci-dessous, ils ne sont pas tolérés dans le système d'éducation publique du Nouveau-Brunswick (...)

(...) la discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion, l'origine nationale ou ethnique, l'ascendance, le lieu d'origine, le groupe linguistique, l'incapacité, le sexe, l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle, l'âge, la condition sociale, les convictions ou les activités politiques;

La politique 703 impose également à l'administration scolaire l'obligation de soutenir les objectifs de la *Loi sur les droits de la personne* et de fournir de manière concrète une éducation et un soutien qui minimisent les comportements discriminatoires (article 6.2.4) :

6.2.4 Le plan de l'école est élaboré en tenant compte de la vision de la communauté scolaire en matière de milieu d'apprentissage et de travail inclusif et sécuritaire. Il inclut les éléments suivants (...)

(...) un énoncé d'école sur le respect des droits de la personne et le soutien à la diversité;

Il semble qu'à un moment donné, les responsables des écoles et des districts aient souhaité obtenir des conseils sur la manière de traiter les questions émergentes liées à l'identité de genre. Toutes les personnes interrogées s'accordent à dire que le processus de consultation a duré de nombreux mois et a impliqué des conseils d'éducation de district, des membres du personnel enseignant, des psychologues et des spécialistes en orientation, ainsi que des personnes issues de la communauté 2SLGBTQIA+ ou dont les enfants font partie de la communauté 2SLGBTQIA+. Une politique finale a été communiquée au Ministre de l'époque, qui a impliqué ses collègues du Cabinet et du Caucus. Les délibérations internes des caucus et du Cabinet dépassent le mandat du Défenseur et ne sont pas pertinentes dans le cadre de cet examen. Il suffit de noter que les politiques peuvent être adoptées sur approbation du Ministre en vertu de l'autorité conférée par l'article 6(b)(ii) de la *Loi sur l'éducation* et, peu de temps avant les élections générales de 2020, le Ministre a exercé cette prérogative.

On ne sait pas avec précision à quelle date la décision de réviser la Politique a été prise. Comme le précise l'examen de cette décision par le Bureau, il ne semble pas y avoir eu de critères établis pour la révision de la Politique et aucune préoccupation du Ministère ou des districts n'a été communiquée au Ministre. La demande claire du Défenseur d'obtenir une copie des « préoccupations et mauvaises interprétations » qui ont été invoquées s'est soldée par la transmission, par le MEDPE, de quatre courriels négatifs. Le Ministre a finalement déclaré publiquement qu'on lui avait fait part de préoccupations dans divers contextes informels et qu'il pensait que le processus de consultation précédent avait peut-être omis les points de vue des parents qui n'entraient pas dans l'une des catégories ciblées pour la consultation. En se fondant sur cette conviction, le Ministre a rouvert et révisé la Politique en invoquant l'autorité que lui confère l'article 6 de la *Loi sur l'éducation*.

Le présent rapport n'est pas un examen de l'adéquation du processus d'adoption de la politique 713 ni du processus de modification de cette politique. Ce que l'on peut noter, c'est que le lancement de la politique 713 dans sa forme originale et le lancement de la révision ont été des événements quelque peu discrets, sans couverture médiatique importante ni sensibilisation du public. Un certain nombre de parties prenantes et de personnes interrogées dans le cadre de notre processus se sont inquiétées du fait qu'au moins l'un de ces processus n'avait pas tenu compte de leur point de vue. Ainsi, lorsque la question a commencé à faire l'objet de l'attention publique, une partie de la discussion et de l'éducation du public qui accompagnent une nouvelle politique a pu faire défaut. En conséquence, le débat public a parfois semblé devenir un test de Rorschach sur les attitudes générales à l'égard de questions plus larges plutôt qu'une discussion sur le texte même de la politique 713. Dans un certain nombre de mémoires reçus au cours de l'examen mené par le Défenseur, il semble qu'il y ait encore une certaine confusion quant à ce que la politique 713 fait et ne fait pas dans les écoles du Nouveau-Brunswick. Ce manque de clarté est un facteur qui a influencé certaines des recommandations formulées dans le présent rapport.

À l'issue d'un processus qui n'a pas été défini par écrit, mais qui semble avoir impliqué des réunions et des discussions avec les parties concernées et/ou intéressées, le MEDPE a dévoilé une version révisée de la politique 713 le 8 juin 2023. Des changements ont été apportés dans trois domaines :

1. **Article 6.3, Auto-identification** : Dans les deux versions, à l'âge de 16 ans, l'enfant a la capacité de décider de manière indépendante de modifier un prénom et/ou des pronoms de son dossier scolaire officiel afin qu'ils soient conformes à son identité de genre, et de faire respecter ce choix de prénom et/ou de pronom dans les communications formelles et informelles avec le personnel de l'école. Le texte original de la Politique traitait des situations dans lesquelles l'enfant décidait qu'on s'adresserait à lui de manière informelle en utilisant un prénom et/ou des pronoms conformes à son identité de genre. Cette formulation était la suivante :

Avant de communiquer avec un parent, la direction d'école doit obtenir le consentement éclairé de l'élève pour discuter de son prénom préféré avec ses parents. S'il n'est pas possible d'obtenir le consentement parental quant à l'utilisation du prénom préféré, un plan de gestion du prénom préféré dans le milieu d'apprentissage doit être mis en place.

La nouvelle version supprime entièrement ce paragraphe et le remplace par la formulation suivante, ajoutée au deuxième paragraphe :

S'il n'est pas possible d'obtenir l'autorisation de parler aux parents, l'élève sera orienté vers un membre du personnel scolaire approprié (par exemple : travailleur social scolaire ou psychologue scolaire) pour développer un plan pour parler à ses parents si l'élève est prêt à le faire ou lorsque l'élève le sera. Si cela n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant ou si cela risque de nuire à l'élève (menace physique ou mentale), l'élève sera orienté vers le professionnel scolaire approprié pour obtenir son soutien.

Plus particulièrement, la nouvelle politique supprime la directive explicite au personnel scolaire d'utiliser le prénom et/ou les pronoms préférés de l'enfant dans les interactions informelles en l'absence de consentement parental, en demandant au personnel scolaire d'orienter l'enfant vers une travailleuse ou un travailleur social ou un psychologue de l'école afin de discuter de l'obtention du consentement parental. Est également supprimée dans la nouvelle version l'obligation explicite pour l'enfant de donner son consentement éclairé à l'école avant que le personnel scolaire puisse informer les parents de la volonté de l'enfant.

2. **Article 6.4, Les espaces universels (privés)**, conserve le libellé actuel exigeant la présence d'au moins une toilette universelle dans les écoles, accessible de manière non stigmatisante. Elle ajoute l'obligation de disposer d'aires de changement privées et universelles.
3. **Article 6.1, Milieu scolaire de soutien**, conserve la majeure partie de son libellé initial, mais supprime la directive selon laquelle les élèves peuvent participer à des activités extrascolaires « conformes à son identité de genre », en ne conservant que le critère selon lequel les activités extrascolaires doivent être « sûres et inclusives ».

Outre les modifications écrites, la nouvelle politique est muette sur certains points, mais le Ministère ou le Ministre se sont prononcés publiquement concernant leurs intentions. Le Ministre a notamment fait plusieurs déclarations publiques suggérant que les membres du personnel enseignant pourraient faire l'objet de mesures disciplinaires professionnelles après avoir désigné les élèves par le prénom ou le pronom de leur choix, à moins que l'élève n'ait 16 ans ou plus ou n'ait reçu le consentement de ses parents. J'aborderai ces écarts entre la politique écrite et les déclarations externes des responsables publics dans la partie consacrée à l'analyse.

Résumé des mémoires du public

La première modification concernant la notification parentale et l'auto-identification de l'élève est de loin celle qui a suscité le plus grand nombre de commentaires et de réactions lors des consultations menées par le Bureau. Un certain nombre de citoyen.ne.s ont présenté des observations en faveur de cette modification en raison de leur soutien à ce qu'ils appellent les « droits parentaux ». Ces commentaires tendent à souligner le rôle important que jouent les parents dans le développement de leur enfant et la nécessité que les conseils des parents fassent partie de la décision de l'enfant. Les personnes qui ont commenté soulignent les facteurs et les impacts significatifs de la décision de l'enfant d'amorcer une

« transition sociale » (c'est-à-dire de commencer à interagir avec les autres d'une manière qui affirme son identité de genre) et la nécessité pour le personnel enseignant d'éviter toute affirmation de ce choix jusqu'à ce que les parents aient leur mot à dire. Pour les personnes qui ont commenté, garantir le droit de veto des parents sur la transition sociale de leur enfant, c'est reconnaître que c'est aux parents, et non à l'État, qu'incombe principalement la responsabilité de guider les décisions de l'enfant. Un mémoire présenté par un groupe appelé Our Duty Canada explique ce point de vue de la manière suivante :

Compte tenu de l'énormité de la transition sociale liée au genre, il convient de souligner que les enfants âgés de quatre ans à peine n'ont pas la capacité de comprendre ses impacts potentiels à long terme. Comme l'indique clairement l'article 5 de la CNUDE, il est de la responsabilité, du droit et du devoir des parents de fournir ces conseils à leur enfant.

Enseigner et appliquer dans les écoles des pratiques qui créent des secrets, en particulier vis-à-vis des parents de l'enfant, va à l'encontre de la protection. Ce processus n'enseigne pas seulement aux enfants vulnérables qu'il est acceptable de garder des secrets vis-à-vis de leurs parents, mais il demande également au personnel enseignant et scolaire de modéliser cette pratique, ce qui est une pratique de protection extrêmement médiocre. Cette confusion des limites peut également rendre les enfants plus vulnérables aux personnes et situations prédatrices. L'implication des parents est nécessaire lorsque l'enfant souhaite changer de prénom ou de pronoms et effectuer une transition sociale. Les modifications apportées à la politique 713 constituent une bonne approche, permettant à l'enfant d'explorer son identité de genre, d'améliorer la protection et de garantir le respect des droits et des responsabilités des parents à l'égard de l'enfant. Toute démarche de transition sociale de l'enfant sans l'autorisation de ses parents est totalement inacceptable et doit donner lieu à des mesures disciplinaires [Notre traduction].

La préoccupation concernant l'exclusion des parents de la prise de décision de leur enfant a animé la plupart de ces préoccupations. Le mémoire d'un parent est typique dans la mesure où il soulève la crainte que le fait de permettre à l'élève de choisir le prénom et les pronoms utilisés par le personnel enseignant ne crée une situation où l'enfant partagerait une partie de sa vie avec le personnel enseignant, mais pas avec les parents :

Je suis d'accord à 100 % avec les changements apportés par l'honorable Blaine Higgs. J'estime qu'en tant que parent, j'ai le droit de m'impliquer dans mes enfants (sic) sans que le système éducatif ne les encourage à garder des secrets et ne fasse de nous, les parents, l'ennemi avant même que nous ayons la possibilité de soutenir notre enfant [Notre traduction].

- Parent

Les formulaires de consentement et l'implication des parents dans tous les aspects de la vie de l'enfant sont essentiels et doivent être mis en place. Laissez-moi choisir ce qui est le mieux pour mon enfant [Notre traduction].

- Parent

Il convient de noter que ces contributions n'étaient pas universellement hostiles à la diversité de genre. J'ai entendu des parents qui voudraient hypothétiquement soutenir leur enfant qui voudrait remettre en question son identité de genre, et dans au moins un cas, un parent qui soutenait le consentement parental avant la transition sociale avait donné ce consentement. Dans certains cas, des inquiétudes ont été exprimées quant au fait que l'ancienne politique 713 ne faisait pas de distinction en fonction de l'âge et de la capacité. Certaines des personnes favorables au changement ont exprimé leur scepticisme ou leur hostilité à l'égard des jeunes qui s'interrogent sur leur identité de genre. Il y a eu un continuum de points de vue à cet égard. La plupart de ces commentaires reviennent au même principe : le personnel enseignant agit au nom de l'État, et à ce titre, ne devrait pas permettre à l'enfant de prendre une décision importante sans s'assurer que les parents sont au courant de cette décision et y consentent.

Les personnes s'opposant aux changements ont évoqué à la fois la nécessité de respecter les droits de l'enfant à l'autonomie et à la vie privée, et les conséquences pratiques du fait que des professionnels de confiance, comme les membres du personnel enseignant, refusent de respecter la volonté de l'enfant quant au prénom choisi. Certaines personnes ont souligné la difficulté posée par ce qu'elles tiennent pour un refus sélectif des prénoms préférés de l'enfant. Comme l'a fait remarquer l'Association des travailleuses et travailleurs sociaux du Nouveau-Brunswick dans son mémoire :

Le personnel enseignant et les autres membres du personnel scolaire devraient être obligés d'appeler les élèves qui ont moins de 16 ans par le nom ou le pronom qu'ils préfèrent sans avoir à chercher le consentement de leurs parents. Il s'agit d'une question de respect à l'égard des élèves ; pour les jeunes LGBTQIA2+, il s'agit d'une question de sécurité. Les élèves ont le droit d'utiliser le surnom qu'ils préfèrent ; alors, pourquoi adopter un autre point de vue sur le nom ou pronom préféré? Si on demande au personnel enseignant de déterminer si un nom préféré reflète l'identité de genre de l'élève, on exige que le personnel fasse preuve de discrimination à l'égard des élèves LGBTQIA2+. C'est inacceptable.

Une autre personne interrogée a noté que la perte d'autonomie et de vie privée peut avoir un effet négatif important sur les enfants confrontés à des questions d'identité de genre :

Le fait de s'engager dans des processus structurels - même s'ils sont conçus pour leur être bénéfiques - qui leur enlèvent le sens du choix et de l'action peut transformer une mauvaise expérience en une expérience (re)traumatisante [Notre traduction].

De nombreuses personnes s'opposant à ces changements estimaient que l'accent mis sur les droits parentaux avait conduit à une incapacité à voir les besoins et l'humanité de l'enfant.

Le fait que les droits des parents l'emportent sur les droits de l'enfant implique que l'enfant n'est pas une personne à part entière. En réalité, les parents ne sont pas propriétaires de leurs enfants. On ne peut pas posséder une personne. La meilleure chose qu'un parent puisse faire est de parler à son enfant. Parlez-lui et faites-lui montrer votre amour et votre soutien. Si vous faites cela, votre enfant vous le dira quand votre enfant sera en état de le faire [Notre traduction].

- Membre du personnel enseignant

Est-ce que votre enfant est votre propriété ou sa propre personne ? Ai-je le droit de lire son journal intime ou est-ce que l'enfant a le droit au respect de sa vie privée [Notre traduction] ?

- Parent

Dans une petite minorité de cas, les citoyen.ne.s ont utilisé le mémoire pour appeler à un recul plus large des droits 2SLGBTQIA+ et pour exprimer le souhait de voir des changements dans la *Loi sur les droits de la personne* afin de supprimer les protections de l'identité de genre. Je n'ai pas été en mesure d'accorder le moindre poids à ces mémoires, pour la simple raison que ces points de vue n'ont pas leur place dans la discussion sur les changements. Je ne connais pas de responsables politiques ou de fonctionnaires qui aient exprimé son soutien à un retour en arrière de la *Loi sur les droits de la personne* ou à la suppression des objectifs politiques déclarés visant à faire des écoles des espaces sûrs pour les élèves 2SLGBTQIA+ et à ne pas tolérer l'exclusion ou l'intimidation. Il peut y avoir des critiques légitimes sur le fait que la Politique n'atteint pas les objectifs fixés, mais aucun.e député.e n'a exprimé la volonté de modifier ces objectifs.

En fait, il y a peut-être plus de points communs dans la discussion entre personnes de bonne foi que ne le révèle le débat public. Je peux dire que je n'ai vu aucune proposition qui s'oppose à l'implication des parents dans la vie de leurs enfants ou qui exprime le souhait que les parents soient exclus, supprimés ou omis de quelque manière que ce soit. Il y a un débat sur le degré d'intervention de l'État et le poids à accorder aux désirs de l'enfant, mais il n'y a pas eu de remise en question sérieuse de l'importance des parents.

De même, je reconnais les efforts déployés par le Ministre de l'Éducation et du Développement de la petite enfance pour affirmer son soutien aux droits de la personne fondés sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Le Ministre a explicitement déclaré que les familles et les parents se présentent sous toutes les formes, qu'il doit y avoir une tolérance zéro pour l'intimidation et le harcèlement fondés sur un motif interdit, et que les objectifs de la politique 713 restent la politique du gouvernement. Cela ne veut pas dire que les changements ne peuvent pas et ne doivent pas être examinés attentivement et critiqués lorsque cela est justifié. Il s'agit simplement de noter que les responsables politiques du Nouveau-Brunswick n'ont pas suivi la voie tracée par certaines juridictions où même le maintien des alliances gay-hétéros et l'enseignement de la tolérance font l'objet d'un recul sur le plan législatif.

Bien entendu, il ne s'agit pas simplement d'éviter ces utilisations extrêmes du pouvoir de l'État, mais d'élaborer la meilleure politique possible pour soutenir l'intérêt supérieur de l'enfant tout en assurant la sécurité des écoles, l'accès à un personnel enseignant de confiance et en aidant les parents à respecter leurs obligations légales à l'égard de l'enfant. Tout au long de ce processus, j'ai gardé l'espoir qu'avec une réflexion approfondie, une écoute active et le respect de l'expertise, cela peut être fait d'une manière que des personnes raisonnables peuvent soutenir.

Pour chacun des changements, j'examinerai les dimensions juridiques, opérationnelles et politiques du changement et j'émettrai des recommandations concernant une éventuelle formulation de la Politique. Je commencerai par les questions relatives à l'auto-identification des élèves et au consentement parental.

Auto-identification de l'élève et consentement parental

Comme indiqué ci-dessus, l'objectif législatif déclaré des modifications apportées à l'auto-identification de l'élève est de garantir l'implication des parents dans le choix de l'élève de modifier son prénom et/ou ses pronoms, et plus généralement dans le cadre de l'ensemble de la Politique, dont l'objectif est de garantir la sécurité, la dignité et l'accès à l'éducation des élèves 2SLGBTQIA+. Alors qu'auparavant, les enfants pouvaient choisir leurs prénom et pronoms dans les interactions quotidiennes et informelles, la Politique supprime désormais ce langage et le remplace par un processus visant à orienter l'élève vers des efforts pour obtenir le consentement de ses parents.

Le texte même de la nouvelle politique n'offre pas de conseils explicites au personnel enseignant sur la manière de s'adresser aux élèves en l'absence d'un consentement parental explicite. Le Ministre a déclaré qu'il souhaitait que le personnel enseignant reprenne le nom officiel figurant au dossier scolaire et sur le certificat de naissance en l'absence de consentement parental. Le Ministère, pour sa part, a déclaré en réponse aux questions posées dans le cadre de cet examen que, dans le secteur francophone, il a identifié 28 élèves qui utilisent actuellement le prénom de leur choix et qui « devront reprendre leur morinom à l'automne, à moins d'obtenir le consentement de leurs parents¹ » [Notre traduction]. Ces chiffres n'ont pas encore été transmis pour le secteur anglophone.

J'aborderai le manque de clarté de la nouvelle politique dans la partie consacrée à l'analyse juridique, notamment la question de savoir si le silence législatif transmet ou non une orientation juridiquement contraignante. Pour les besoins de cette partie, j'examinerai la Politique en supposant qu'elle fait ce que le Ministre dit qu'elle fera. Après tout, le Ministre pourrait prendre l'initiative d'apporter des éclaircissements dans une nouvelle politique, et il semble donc préférable de fournir à l'Assemblée législative une analyse du plan que le Ministère a l'intention de mettre en œuvre.

Dans le cadre de la Politique modifiée, certaines décisions politiques cruciales sont en jeu. Les caractéristiques du nouveau cadre législatif sont les suivantes :

1. La suppression de l'obligation pour le personnel enseignant de respecter les souhaits exprimés par l'enfant quant à la manière dont on doit l'appeler dans le cadre d'interactions informelles et quotidiennes ;
2. L'obligation pour le personnel enseignant de diriger l'élève vers une travailleuse ou un travailleur social ou un.e psychologue pour obtenir de l'aide afin d'informer les parents et de leur demander la permission d'utiliser à l'école le prénom et/ou les pronoms que l'enfant a choisis dans les interactions informelles quotidiennes ;
3. Le refus de reconnaître le prénom et/ou les pronoms préférés de l'enfant jusqu'à ce que l'enfant ait obtenu non seulement l'avis parental, mais aussi le consentement parental, ce qui donne aux parents un droit de veto effectif sur la façon dont on s'adresse à l'enfant jusqu'à ce que l'enfant ait atteint 16 ans ;

¹Réponses à la demande du Défenseur des enfants et des jeunes concernant la révision de la politique 713, Ministère de l'Éducation et du Développement de la petite enfance, p. 9 question 14.

4. La suppression de la directive demandant au personnel enseignant de ne pas divulguer la demande de renseignements de l'élève à ses parents sans son consentement éclairé, tout en rassurant verbalement sur le fait que cela n'est pas censé se produire, et
5. L'établissement d'un seuil de risque de « menace physique ou mentale » pour une intervention et un aiguillage différents, non spécifiés (sans pour autant renoncer à l'exigence de consentement parental).

Une analyse juridique appropriée consisterait à établir et à définir le(s) droit(s) en jeu, à identifier l'impact du nouveau cadre législatif de la Politique sur ces droits et à examiner si les limites imposées à ces droits sont appropriées compte tenu de l'objectif législatif.

Droits parentaux sur le plan légal

Dans un monde idéal, les jeunes rechercheraient naturellement les conseils de leurs parents et ces conseils seraient toujours patients et sages. Nous vivons dans un monde imparfait. Lorsque les enfants grandissent et commencent à se débattre avec des problèmes « d'adultes », les enfants recherchent une zone d'intimité. En effet, pour devenir adulte, il faut commencer à avoir une identité et une autonomie distinctes de celles de ses parents. Tout au long de l'adolescence, les parents s'efforcent de laisser à l'enfant suffisamment d'autonomie pour se préparer à devenir adulte, tout en lui fournissant des garde-fous suffisants contre les conséquences qui pourraient bouleverser sa vie. Cette phase met à l'épreuve les parents et les enfants, en partie parce que l'équilibre parfait est difficile à trouver. Les jeunes ont besoin d'espace pour faire leurs propres choix. Les jeunes ont encore besoin des conseils et du soutien des adultes. Il est raisonnable de vouloir des choses contradictoires, et c'est ce qui fait que cette période de la vie pose un véritable défi.

Le débat sur la politique 713 est difficile pour la même raison. Idéalement, les parents devraient être au courant des questions que se pose leur enfant concernant l'identité de genre et l'orientation sexuelle. Cependant, il n'est pas facile de créer des règles et des procédures qui encouragent l'implication des parents sans détruire le sentiment d'autonomie de l'enfant et sa confiance dans les adultes. Des personnes raisonnables peuvent vouloir des choses contradictoires. Nous pouvons être mal à l'aise avec le fait que les parents ne sachent pas ce que leur enfant traverse, tout en étant mal à l'aise avec les processus qui obligent ou contraignent l'enfant à partager. Si nous sommes honnêtes, les jeunes ont toujours eu le désir de préserver un espace privé par rapport à leurs parents sur des questions qui touchent à leur identité personnelle ou à leur orientation sexuelle. Les parents ont toujours été mal à l'aise avec cela. Dans une relation parent-enfant saine, les parents finissent par accepter une certaine intimité nécessaire à leurs enfants qui finissent par accepter une certaine implication de la part de leurs parents. Le débat sur la manière d'intégrer les écoles et le personnel enseignant dans ce processus ajoute une difficulté supplémentaire. Il s'agit d'un conflit de droits classique.

Cette question a placé l'expression « droits parentaux » au premier plan du débat. Bien que cette expression soit fréquemment revenue lors de nos consultations, la définition de ces droits fait l'objet de nombreux malentendus. Cette confusion publique est compréhensible, car les tribunaux et les juristes ne s'accordent même pas sur la portée et l'application de ces droits. Il y a certainement des limites à l'ingérence de l'État dans les décisions parentales dans un contexte familial. Il est également vrai que la cellule familiale a certains droits à être libre de toute ingérence inutile ou arbitraire de l'État. Cela est clair.

Il convient également de préciser que le droit des parents à prendre des décisions sans ingérence de l'État est quelque peu différent de la question de savoir si les parents ont le droit d'insister pour que l'État oblige l'enfant à se conformer à leurs directives. Il s'agit d'une distinction importante, car l'enfant est une personne indépendante dotée de son propre libre arbitre et de ses propres droits à l'autonomie, à la vie privée, à l'expression et à la dignité.

Au cours du débat et des consultations sur la politique 713, les personnes défendant une certaine conception des droits parentaux ont souvent affirmé que « l'État n'est pas propriétaire des enfants ». C'est indéniablement vrai. Il n'existe aucune base juridique ou morale permettant à quiconque d'affirmer que l'État est propriétaire des enfants.

Bien sûr, il faut aussi ajouter que les parents ne sont pas non plus propriétaires de leurs enfants. Personne n'est propriétaire de ses enfants. La base des droits parentaux ne se trouve pas dans le droit de la propriété. Il est fondé sur le droit à la vie privée, le droit de l'enfant à la famille et, éventuellement, sur le droit à la conscience et à l'expression.

La distinction devient importante dans le contexte de la politique 713 car, dans le scénario le plus courant, l'enfant a pris des décisions qui peuvent entrer en conflit avec la volonté des parents. Pour les besoins de cette analyse, je vais parler de la loi telle qu'elle s'applique aux enfants de 12 ans et plus qui ont la capacité de comprendre la nature et les conséquences de leur désir d'utiliser un prénom et/ou des pronoms différents dans les interactions quotidiennes et informelles et qui ne l'ont pas dit à leurs parents. Pour des raisons qui deviendront évidentes, je traiterai la question des enfants plus jeunes et/ou des enfants qui n'ont pas la capacité de donner des instructions et un consentement éclairés dans une partie distincte de l'analyse.

Dans ce scénario (qui est le scénario le plus courant concerné par les articles pertinents de la politique 713), l'enfant âgé de plus de 12 ans, mais de moins de 16 ans préfère l'usage d'un prénom et/ou des pronoms différents dans ses interactions informelles quotidiennes et a choisi de ne pas divulguer cette décision à ses parents. Ce qu'il est important de noter ici, c'est que cette situation s'inscrit entièrement dans le contexte familial. Le conflit existe en raison de la décision de l'enfant et de la dynamique familiale. L'école peut être informée des deux choix de l'enfant (le choix d'un autre prénom et d'autres pronoms et le choix de ne pas prévenir les parents) et doit réagir, mais ce n'est pas elle qui a créé la situation. En fait, si les écoles et même le gouvernement n'existaient pas, l'enfant utiliserait un prénom différent dans ses interactions sociales et n'en parlerait pas à ses parents. L'école a le choix de la manière de réagir et peut même avoir des obligations légales, mais le statu quo privé de la famille n'a pas été causé par l'action de l'État.

Ainsi, dans ce scénario typique de l'enfant d'âge plus avancé informant l'école de sa préférence, il ne s'agit pas seulement de savoir si l'État peut ou non substituer ses décisions à celles des parents, mais aussi si l'État et les parents peuvent ou non imposer leur volonté à l'enfant. Aucune de ces questions ne se prête à une réponse facile du type « oui ou non ». Le mieux est de commencer par comprendre le droit tel qu'il s'applique aux limites de l'ingérence de l'État dans la famille, et donc de reconnaître les droits et libertés de la famille vis-à-vis de l'État.

Le droit de la famille à la non-ingérence

La *Charte* ne mentionne pas explicitement les droits des parents. Aucun article de la *Charte* ne stipule que les parents ont certains droits. Cela ne signifie pas que ces droits n'existent pas, mais seulement qu'ils découlent d'autres droits. Deux articles de la *Charte* ont été cités de manière plausible comme étant suffisamment larges pour soutenir certains droits des parents à guider leurs enfants sans ingérence de l'État. Le droit de la *Charte* le plus souvent cité à l'appui des droits parentaux est l'article 7 :

Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne : il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Les tribunaux canadiens ont incontestablement constaté que l'article 7 ne concerne pas seulement les limites directes de l'État à la liberté, telles que l'emprisonnement. Les invocations de l'article 7 relatives à la liberté et à la sécurité de la personne s'adressent également de manière générale à l'autonomie, à la vie privée et à la dignité que les êtres humains méritent. Cette autonomie fondamentale de l'individu fait référence au libre arbitre qui fait de toute personne un être humain à part entière et protège des interférences injustifiables de l'État dans les domaines éminemment personnels. La cellule familiale est un domaine dans lequel les tribunaux ont estimé que l'État devait agir délicatement.

L'une des affaires fondatrices à cet égard émane du Nouveau-Brunswick². Le fait que le gouvernement du Nouveau-Brunswick n'ait pas fourni d'aide juridique à un parent risquant de se voir retirer ses enfants dans le cadre d'une affaire de protection de l'enfance a été jugé contraire à l'article 7 de la *Charte*, car cela limitait le droit du parent à la sécurité de sa personne sans lui assurer une justice fondamentale. L'obligation pour l'État de fournir les services d'un.e avocat.e était engagée lorsqu'un parent est confronté à la perte de la garde de son enfant comme elle le serait lorsqu'un.e citoyen.ne est confronté.e à l'emprisonnement, car les deux scénarios concernent la sécurité et l'intégrité de l'individu. Comme l'a écrit la majorité :

Je ne doute aucunement que le retrait de la garde par l'État conformément à la compétence parens patriae de celui-ci ne porte gravement atteinte à l'intégrité psychologique du parent. Le droit des parents d'élever l'enfant et d'en prendre soin est, comme le juge La Forest l'a conclu dans B. (R.), précité, au par. 83, « un droit individuel d'importance fondamentale dans notre société ». Outre l'affliction évidente causée par la perte de la compagnie de l'enfant, l'ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant, par le biais d'une procédure dans laquelle le lien est examiné et contrôlé par l'État, est une intrusion flagrante dans un domaine privé et intime. De plus, les parents sont souvent marqués comme étant « inaptes » quand on leur retire la garde de leurs enfants. Comme la qualité de parent est souvent fondamentale à l'identité personnelle, la honte et l'affliction résultant de la perte de cette qualité est une conséquence particulièrement grave de la conduite de l'État³.

Il convient de noter que la Cour n'a pas étendu la protection de l'article 7 à tous les aspects de l'autorité parentale. Très précisément, la Cour a noté que la perte de la garde et de l'accompagnement de l'enfant

²Nouveau-Brunswick (*Ministre de la Santé et des Services communautaires*) c. G. (J.), 1999 CanLII 653 (CSC), [1999] 3 RCS 46. <<https://canlii.ca/t/1fqjv>>

³*Ibid* au para 61.

méraitait certaines protections procédurales en raison de l'impact psychologique sur le parent et parce que les questions de protection de l'enfance mobilisent le système judiciaire.

Bien que l'ingérence de l'État puisse constituer une source de tension et d'angoisse importantes pour le parent, la nature du «préjudice» causé au parent par ces actes peut être distinguée de celle qui est visée dans la présente affaire. Dans les exemples susmentionnés, l'État ne se prononce pas sur l'aptitude du père ou de la mère ni sur sa qualité de parent, il n'usurpe pas non plus sur le rôle parental ni ne cherche à s'ingérer dans l'intimité du lien parent-enfant. En résumé, l'État ne porte pas directement atteinte à l'intégrité psychologique du parent en tant que parent. La répercussion différente sur l'intégrité psychologique des parents dans les exemples susmentionnés m'amène à conclure que les droits constitutionnels des parents n'entrent pas en jeu.

Je passe maintenant à la question de savoir si le droit à la sécurité de la personne peut s'appliquer hors du contexte du droit criminel. Tant dans le Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel que dans l'arrêt B. (R.), précités, j'ai statué que les restrictions à la liberté et à la sécurité de la personne qui font jouer l'art. 7 sont celles qui résultent d'une interaction de l'individu avec le système judiciaire et l'administration de la justice. Autrement dit, l'objet de l'art. 7 est le comportement de l'État en tant qu'il fait observer et appliquer la loi, lorsque ce comportement prive un individu de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Je m'empresse d'ajouter toutefois, que l'art. 7 n'est pas limité aux affaires purement criminelles ou pénales. Dans le cours de l'administration de la justice, il existe d'autres façons par lesquelles l'État peut priver un individu du droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7, par exemple l'internement dans un établissement psychiatrique: voir B. (R.), précité, au par. 22.

Les demandes de garde d'enfants sont un exemple d'acte gouvernemental intéressant directement le système judiciaire et l'administration de la justice. La Loi sur les services à la famille prévoit qu'une audience doit être tenue afin de décider s'il faut retirer à un parent la garde de son enfant⁴.

Ce qui est remarquable dans l'affaire G.(J.), c'est que l'ingérence de l'État dans la famille est soumise à des limites. Dans cette affaire, les enfants étaient jeunes et il n'y avait aucune trace d'un quelconque point de vue exprimé par les enfants. S'il est certain que la cellule familiale est protégée contre l'ingérence de l'État et qu'elle a donc des droits, il ne s'ensuit pas automatiquement que seuls les parents peuvent revendiquer ces droits. En fait, une compréhension plus précise de la loi est que chaque individu au sein de la famille a un droit à la cellule familiale, bien que les intérêts protégés puissent différer. Un parent peut avoir le droit de faire protéger sa cellule familiale en raison de la dévastation psychologique et émotionnelle qui résulte de la perte de l'enfant. L'enfant bénéficie non seulement d'une sécurité psychologique grâce à l'intégrité de sa famille, mais a également le droit d'être élevé.e par ses parents, car ces derniers lui apportent l'instruction, les conseils, l'amour, le soutien et les liens qu'aucun autre être humain ne peut lui apporter. Par conséquent, lorsque nous discutons des droits dans le cadre de la famille, nous discutons des droits de l'enfant. Les droits de la famille ne peuvent pas être compris comme s'il s'agissait uniquement des droits d'un parent à l'égard de son enfant. L'enfant a droit au parent et à l'encadrement par un parent.

Pour comprendre l'interaction entre le droit de la famille à ne pas subir d'ingérence injustifiée de l'État et le droit de l'enfant à l'amour, aux conseils et au soutien de ses parents, il est utile d'examiner les cas où les désirs immédiats des enfants peuvent différer de ceux de leurs parents. En matière de punition, il y a au moins un certain décalage entre l'intérêt et les désirs du parent et ceux de l'enfant. À première vue,

⁴Ibid aux para 64-66.

le parent peut considérer la punition comme nécessaire pour guider l'enfant et l'empêcher de faire des choses qui compromettraient sa sécurité ou son développement. Sur le moment, comme tous les enfants (et toute personne ayant été enfant) le savent, la punition n'est pas souhaitée par l'enfant - c'est ce qui en fait une punition. La Cour suprême a également appliqué la *Charte* à la question délicate de savoir quand l'État peut, ou ne peut pas, interférer avec les décisions des parents en matière de châtiments corporels et de contention physique⁵.

En évaluant les limites qu'un État peut imposer au pouvoir discrétionnaire des parents, la Cour suprême a également reconnu juridiquement le fait que l'enfant peut avoir le droit d'être guidé par un parent et que la séparation potentielle de l'enfant et du parent engage certainement le droit de l'enfant à ne pas être privé des soins d'un parent en l'absence d'une raison importante et impérieuse.

Les enfants ont besoin de protection contre les mauvais traitements. Ils sont des membres vulnérables de la société canadienne; le législateur et le pouvoir exécutif agissent fort bien en les protégeant contre tout préjudice psychologique ou physique. Ce faisant, le gouvernement répond au besoin crucial qu'ont tous les enfants de vivre dans un milieu sûr. Cependant, il ne s'agit pas du seul besoin des enfants. Ces derniers dépendent également de leurs parents et de leurs instituteurs pour les guider et les discipliner, pour empêcher qu'on leur fasse du mal et pour favoriser leur sain développement dans la société. Un milieu familial et scolaire stable et sûr est essentiel à cet égard.

À l'article 43, le législateur tente de répondre à chacun de ces besoins. Il donne aux parents et aux instituteurs la capacité d'éduquer raisonnablement l'enfant sans encourir des sanctions pénales. Le droit criminel condamne et punit résolument l'emploi de la force qui cause des blessures à l'enfant, qui constitue une forme d'abus systématique ou qui n'est simplement que la manifestation violente d'un sentiment de colère ou de frustration à l'égard de l'enfant; de cette façon, en ne décriminalisant que la force minime ayant un effet transitoire ou insignifiant, l'art. 43 tient compte du besoin de l'enfant de vivre dans un milieu sûr. Cependant, l'art. 43 garantit aussi que le droit criminel ne sera pas appliqué dans le cas où l'emploi de la force fait partie d'un effort véritable d'éduquer l'enfant, s'il ne présente aucun risque raisonnable de causer un préjudice qui ne soit pas purement transitoire et insignifiant et s'il est raisonnable dans les circonstances. L'intervention du droit criminel dans le milieu familial et scolaire des enfants, dans ces circonstances, leur causerait plus de tort que de bien. Le législateur a donc décidé d'agir autrement, préférant l'approche consistant à faire prendre conscience aux parents des effets potentiellement négatifs du châtiment corporel.

Cette décision, loin de faire abstraction de la réalité de la vie des enfants, est fondée sur leur expérience de la vie. Le droit criminel est l'outil le plus puissant dont le législateur dispose. Toutefois, c'est un instrument radical dont la puissance peut aussi détruire les rapports au sein de la famille et à l'école⁶.

Bien entendu, cela ne signifie pas que l'État ne peut imposer de limites au pouvoir discrétionnaire des parents. Les parents ne peuvent pas simplement importer leurs opinions sur les châtiments corporels et la force physique dans le domaine familial. L'usage de la force physique pour punir un comportement

⁵Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général), 2004 CSC 4 (CanLII), [2004] 1 RCS 76. <<https://canlii.ca/t/1g98z>>

⁶Ibid aux para 58-60.

fera toujours l'objet d'une sanction pénale lorsqu'elle est effectuée sous le coup de la colère, lorsqu'elle est appliquée de manière excessive, lorsqu'elle cause des blessures, lorsqu'elle est appliquée à des enfants plus âgés, lorsqu'elle humilie l'enfant et lorsqu'elle ne respecte pas des lignes directrices assez rigides. L'immobilisation de l'enfant pour sa protection est une question différente de celle de la punition, mais elle est également soumise à des règles de nécessité et conforme à la norme de caractère raisonnable. En bref, l'analyse ne peut pas s'arrêter à « le parent vient avant l'État », car l'enfant vient également avant l'État. Le fait que l'État ait le devoir d'interférer le moins possible avec la famille n'équivaut pas à dire que le parent a des droits illimités d'interférer avec l'enfant.

Toute conception des droits parentaux qui commence et s'arrête en affirmant que les parents devraient avoir un contrôle illimité sur l'enfant est une analyse trop limitée pour tenir la route. En fait, une grande partie de ce que nous appelons « droits parentaux » découle des droits de l'enfant. Le parent n'a pas le droit absolu de contrôler l'enfant. L'enfant a plutôt droit aux conseils et au soutien du parent, et le parent a le devoir d'offrir ces conseils et ce soutien. Les droits du parent découlent du droit au parent de l'enfant envers le parent. Ce concept est inscrit dans le droit international par le biais de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, qui stipule ce qui suit :

Article 5

Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs légaux ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention.

Article 9

1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

Le fait que les droits parentaux soient également des droits de l'enfant ne diminue pas leur importance. L'enfant a droit au parent. Dans l'affaire de la *Canadian Foundation for Children*, la Cour suprême a noté qu'une criminalisation excessive de la conduite des parents pouvait conduire à la privation de l'enfant parce que les accusations criminelles conduisent souvent à une séparation temporaire de l'enfant et du parent, ce qui peut causer un traumatisme. L'article du *Code criminel* autorisant une défense limitée pour les parents n'avait pas pour but d'approuver les châtiments corporels, mais de reconnaître que des moyens autres que la criminalisation de la conduite des parents peuvent constituer une atteinte plus minime aux droits de l'enfant que la séparation de la famille induite par la criminalisation.

Les droits parentaux existent donc bel et bien en droit. Ils sont une composante nécessaire des droits de l'enfant. La famille a collectivement droit à une ingérence limitée de l'État. Cependant, la définition de la

portée des droits des parents dans le contexte de la clause de consentement parental de la politique 713 nécessite une enquête plus approfondie.

Il est important de noter que *G.(J.)* et *Canadian Foundation for Children* ont été fondés strictement sur les limites du droit criminel. La criminalisation du choix parental met directement en cause les droits contre la séparation du parent et de l'enfant dans le contexte de l'article 9 de la *Convention* et de l'article 7 de la *Charte*. Lorsqu'on va au-delà de la criminalisation et de la séparation et qu'on entre dans le domaine des choix parentaux, les droits parentaux sont toujours importants, mais ils sont mis en balance avec d'autres facteurs, notamment :

- (a) l'intérêt supérieur de l'enfant ;
- (b) les autres droits de l'enfant tels que la vie privée, l'égalité, l'autonomie et l'expression ; et
- (c) la capacité évolutive de l'enfant à prendre des décisions de manière indépendante.

En matière criminelle, l'accent est davantage mis sur la nécessité d'éviter la séparation de la famille en tant que facteur distinct de l'intérêt supérieur de l'enfant. Comme l'a noté la Cour suprême :

*Toutefois, l'« intérêt supérieur de l'enfant » ne satisfait pas à la deuxième condition requise pour constituer un principe de justice fondamentale : le consensus quant à son caractère primordial et fondamental dans la notion de justice de notre société. L'« intérêt supérieur de l'enfant » est largement défendu dans les lois et les politiques sociales, et il constitue un élément important qui doit être pris en considération dans de nombreux contextes. Toutefois, il ne s'agit pas d'une condition essentielle à l'exercice de la justice. Le paragraphe 3(1) de la Convention relative aux droits de l'enfant le décrit comme « une considération primordiale » et non comme « la considération primordiale » (je souligne). Se fondant sur cette formulation, la juge L'Heureux-Dubé fait remarquer ce qui suit, dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 699 (CSC), [1999] 2 R.C.S. 817, par. 75 :*

[L]e décideur devrait considérer l'intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt. Cela ne veut pas dire que l'intérêt supérieur des enfants l'emportera toujours sur d'autres considérations, ni qu'il n'y aura pas d'autres raisons de rejeter une demande d'ordre humanitaire même en tenant compte de l'intérêt des enfants.

Il s'ensuit que le principe juridique qu'est l'« intérêt supérieur de l'enfant » peut être subordonné à d'autres intérêts dans des contextes appropriés. Par exemple, une personne reconnue coupable d'un crime peut être condamnée à l'emprisonnement même si cette peine n'est peut-être pas conforme à l'intérêt supérieur de son enfant. La société estime qu'il n'est pas toujours essentiel que l'« intérêt supérieur de l'enfant » ait préséance sur tous les autres intérêts en cause dans l'administration de la justice. Bien qu'il constitue un principe juridique important et un élément à prendre en considération dans de nombreux contextes, l'« intérêt supérieur de l'enfant » n'est ni primordial ni fondamental dans la notion de justice de notre société et n'est donc pas un principe de justice fondamentale⁷.

⁷*Ibid* au para 10.

Dans les affaires civiles où l'État n'exerce pas ses pouvoirs pour séparer l'enfant et le parent, les juges ont plus de latitude pour appliquer le critère de « l'intérêt supérieur de l'enfant » au moment de définir l'étendue des droits parentaux. En fait, lorsqu'il s'agit de déterminer les critères à appliquer dans les affaires de garde qui choisissent entre les revendications parentales, l'intérêt supérieur de l'enfant devient primordial. C'est le principe fondamental de la *Loi sur le divorce*⁸ et de toutes les lois provinciales⁹ régissant la garde. La Cour suprême du Canada a confirmé cette primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, en donnant les instructions suivantes aux tribunaux de la famille inférieurs :

Le pouvoir du parent gardien n'est pas un « droit » qui a une valeur intrinsèque et que le tribunal accorde au parent pour son avantage. En fait, l'enfant a le droit d'avoir un parent qui voit à son intérêt et le parent gardien a l'obligation de garantir, de protéger et de favoriser le meilleur intérêt de l'enfant. Cette obligation suppose qu'il lui incombe, exclusivement et principalement, de surveiller tous les aspects de la vie quotidienne et du bien-être à long terme de l'enfant, et de prendre les décisions importantes relatives à son éducation, à sa religion, à sa santé et à son bien-être¹⁰.

L'exemple des châtiments corporels s'applique ici. Bien que cette pratique persiste malheureusement, il ne fait aucun doute que le consensus des spécialistes est que l'infliction délibérée de douleur à titre de mesure punitive ou corrective est mauvaise pour les enfants. Non seulement elle inflige des traumatismes aux enfants et nuit à leur confiance en autrui, mais elle ne permet généralement pas de tirer de leçons, si ce n'est de faire ce qu'une personne suffisamment grande pour vous frapper vous dit jusqu'à ce que vous soyez assez grand pour la frapper à votre tour. Bien que la *Charte* permette au gouvernement de créer une zone de non-criminalité pour cette pratique, elle peut être un facteur dans les affaires de garde et les tribunaux ont rendu des ordonnances interdisant aux parents d'infliger des châtiments corporels¹¹.

En résumé, les enfants ont un droit aux parents, et les parents partent du principe qu'il faut agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le droit de l'enfant est d'avoir une personne qui agira dans son intérêt supérieur. Agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant ne consiste pas simplement à ne pas lui faire de mal. Comme l'a noté la Cour suprême du Canada :

Le meilleur intérêt de l'enfant et la simple absence de préjudice ne sont pas des notions équivalentes. L'intérêt de l'enfant suppose une myriade de considérations. Les tribunaux doivent s'efforcer de pondérer des facteurs tels l'âge, l'état physique, affectif et psychologique, tant de l'enfant que de ses parents, et le milieu particulier dans lequel l'enfant vivra. L'un des facteurs les plus importants sera, dans de nombreux cas, la relation que l'enfant entretient avec ses parents. Puisque les décisions relatives à la garde et à l'accès relèvent principalement de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, la grande latitude que laisse le critère de l'intérêt permet aux tribunaux de tenir compte de toute la gamme des facteurs susceptibles d'avoir sur un enfant une

⁸*Loi sur le divorce*, LRC 1985, c 3 (2e suppl), art 16. <<https://www.canlii.org/fr/ca/legis/lois/lrc-1985-c-3-2e-suppl/186299/lrc-1985-c-3-2e-suppl.html>>

⁹Au Nouveau-Brunswick, voir la *Loi sur le droit de la famille*, LN-B 2020, c 23, art 50. <<https://www.canlii.org/fr/nb/legis/lois/ln-b-2020-c-23/198056/ln-b-2020-c-23.html>>

¹⁰*Young c. Young*, 1993 CanLII 34 (CSC), [1993] 4 RCS 3, au para 1. <<https://canlii.ca/t/1fs03>>

¹¹Voir, par exemple, *K.K. c M.A.*, 2022 NBBR 30, au para 145 <<https://canlii.ca/t/jnt90>> et *N.J.P. c. La ministre du Développement social*, 2012 NBCA 3, au para 6. <<https://canlii.ca/t/fppgi>>

influence à la fois positive et négative. Ce qui peut être cause de stress ou de préjudice pour un enfant ne l'est pas nécessairement pour l'autre.

La présomption la plus commune qui encadre maintenant le critère de l'intérêt de l'enfant est celle du principal pourvoyeur de soins. Elle rétablit explicitement les valeurs d'engagement et d'habileté démontrée à s'occuper de l'enfant et elle reconnaît les obligations et appuie l'autorité du parent qui s'occupe jour après jour de l'éducation de l'enfant¹².

Au-delà du simple fait de ne pas nuire aux enfants, il existe une série de facteurs à prendre en compte pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. La *Loi sur le droit de la famille* du Nouveau-Brunswick énumère de nombreux facteurs à prendre en considération.

50(2) Pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour tient compte de tout facteur lié à la situation de ce dernier, notamment :

- a) son éducation et son patrimoine culturels, linguistiques, religieux et spirituels, notamment s'ils émanent d'une Première nation;*
- b) ses besoins, dont celui de stabilité, compte tenu de son âge et de son stade de développement;*
- c) la nature et la solidité de ses rapports avec chacun de ses parents, ses frères et sœurs, ses grands-parents et toute autre personne ayant un rôle important dans sa vie;*
- d) la volonté de chaque parent de favoriser le développement et l'entretien d'une relation entre lui – l'enfant – et l'autre parent;*
- e) l'historique des soins qui lui sont apportés;*
- f) son point de vue et ses préférences, compte tenu de son âge et de son degré de maturité, sauf s'ils ne peuvent être établis;*
- g) tout plan concernant ses soins;*
- h) la capacité et la volonté de chaque personne qui serait visée par l'ordonnance de prendre soin de lui et de répondre à ses besoins;*
- i) la capacité et la volonté de chaque personne qui serait visée par l'ordonnance de communiquer et de collaborer, en particulier entre eux, à l'égard de questions le concernant;*
- j) la présence de violence familiale et ses effets sur, notamment :*
 - (i) la capacité et la volonté de toute personne ayant recours à la violence familiale de prendre soin de lui et de répondre à ses besoins,*
 - (ii) l'opportunité d'une ordonnance qui nécessite la collaboration des personnes qui seraient visées par l'ordonnance à l'égard de questions le concernant;*
- k) toute instance, ordonnance, condition ou mesure, de nature civile ou pénale, intéressant sa sécurité ou son bien-être.*

50(3) Lorsqu'elle tient compte des facteurs prévus au paragraphe (2), la Cour accorde la priorité à la sécurité et au bien-être physiques, psychologiques et affectifs de l'enfant.

Il est clair que qu'en droit, les parents sont présumés agir dans l'intérêt supérieur de leurs enfants et d'être les meilleurs gardiens de leurs droits. Comme le montre la multitude de facteurs qui constituent l'intérêt supérieur de l'enfant, les parents ont également droit à une certaine déférence dans l'évaluation des facteurs et dans les nombreuses décisions quotidiennes à prendre pour leurs enfants. Pour la plupart de ces décisions quotidiennes, il peut y avoir une multitude de décisions raisonnables et les parents ont le

¹²Young, *supra* aux para 6-7.

droit à la déférence à l'égard des décisions qui peuvent raisonnablement être considérées comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette déférence ne s'étend pas aux décisions prises qui sont clairement en dehors de l'intérêt supérieur de l'enfant et dont l'ampleur peut causer un préjudice à l'enfant.

Lorsque le parent prend des décisions parentales conformes au droit et que l'enfant n'est pas en mesure de faire un choix éclairé ou d'exprimer ses propres désirs en raison de son âge et de son manque de maturité, l'État devrait adopter une position de déférence à l'égard du parent, sauf s'il agit dans l'intérêt de l'État de protéger les enfants contre les préjudices.

Lorsque l'enfant a la capacité d'exprimer ses propres choix et de prendre des décisions en connaissance de cause, l'enfant commence à avoir la capacité d'exercer et de revendiquer certains de ses propres droits. À ce stade, l'enfant peut également adresser des demandes à l'État en son propre nom et en tant que personne ayant des droits dans une société libre et démocratique. Les obligations et les limites de l'État doivent alors être examinées à la lumière des droits des parents et des droits de l'enfant.

Les droits que l'enfant commence à revendiquer pour lui-même ou elle-même au fur et à mesure que ses capacités évoluent sont énumérés dans la *Convention* et la *Charte*. Il est établi en droit que les traités internationaux influencent l'interprétation de la *Charte* par les tribunaux, de sorte que la *Convention* a un poids juridique dans la mesure où elle définit et clarifie le contenu des droits énoncés dans la *Charte*. Les articles qui, de ces deux instruments, sont pertinents dans ce contexte sont les suivantes.

La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant : En plus des articles 5 et 9 cités précédemment, je note ce qui suit :

Article 12

- 1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.*
- 2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.*

Article 13

- 1. L'enfant a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen du choix de l'enfant.*
- 2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires :*
 - a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui; ou*
 - b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.*

Article 14

1. *Les États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.*
2. *Les États parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.*
3. *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui.*

Article 16

1. *Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.*
2. *L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.*

La *Charte canadienne des droits et libertés* : En plus de l'article 7 précédemment cité, je note les articles suivants :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

- a) liberté de conscience et de religion;*
- b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;*
- c) liberté de réunion pacifique;*
- d) liberté d'association.*

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Comme le montrent la *Convention* et la *Charte*, les enfants ont des droits qui doivent également être pris en compte lors de l'examen d'une politique éducative. Les enfants ont le droit de s'exprimer, d'être traité.e.s sur un pied d'égalité, de disposer d'une zone d'intimité et d'avoir leur propre identité sexuelle. La mesure dans laquelle les enfants peuvent déterminer l'étendue de ces droits dépend en grande partie de ce que le droit international appelle « les capacités évolutives de l'enfant » et le droit provincial « l'âge et le degré de maturité » de l'enfant.

L'un des choix politiques clairs du MEDPE dans ses modifications de la politique 713 est qu'avant l'âge de 16 ans, tous les enfants doivent être considéré.e.s comme incapables d'entreprendre tout changement public de leur identité de genre ou de leur expression sans le consentement de leurs parents. En vertu de ces modifications, l'enfant de 15 ans et 364 jours jouit du même traitement juridique que l'enfant en bas âge en ce qui concerne le choix de son prénom et de ses pronoms. Il est raisonnable d'affirmer que, dans certains cas, l'expérience, la sagesse et le jugement d'un parent peuvent l'emporter sur les souhaits de

l'enfant. Cette zone de veto parental dépend de la capacité de l'enfant à se forger son propre jugement et de l'impact sur les droits de l'enfant. Plus l'enfant est d'âge avancé et plus la décision est personnelle, plus les arguments juridiques en faveur de l'affirmation des seuls droits parentaux sont faibles.

Les décisions de la Cour suprême du Canada dans le domaine des personnes mineures majeures et des interventions médicales peuvent être utiles pour définir le droit relatif aux personnes mineures majeures et aux décisions personnelles.

Dans l'affaire *B.(R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*¹³, les parents ont contesté la décision de l'autorité de protection de l'enfance de prendre la garde de leur fille en bas âge à des fins de prise de décision médicale. Bien que les médecins aient tenu compte des objections religieuses des parents à l'égard des transfusions sanguines dans le cadre de nombreux traitements, les preuves médicales indiquaient que l'enfant souffrirait d'une insuffisance cardiaque mortelle en l'absence de traitement, en l'occurrence des transfusions sanguines.

La Cour suprême a rejeté à l'unanimité l'appel des parents visant à permettre à leurs objections religieuses d'ancrer un refus d'interventions médicales pour l'enfant. La Cour a été unanime sur le résultat, mais s'est divisée à 5 contre 4 sur la question de savoir si le résultat était dû aux limites raisonnables imposées par l'État au droit à la liberté des parents en vertu de l'article 7, ou si l'intérêt des parents en matière de liberté ne s'étendait tout simplement pas à la prise de décisions religieuses pour leur enfant en bas âge. Les neuf juges ont toutefois convenu que les souhaits des parents ne pouvaient justifier une décision clairement contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

S'exprimant au nom de la majorité, le juge La Forest a noté que le droit des parents de guider et d'instruire leurs enfants sur les valeurs parentales ne s'étendait pas à la présomption légale que les enfants partagent les valeurs de leurs parents.

*Je souligne, au départ, que c'est la liberté de religion des appelants les parents de Sheena qui est en jeu en l'espèce, et non celle de l'enfant. Même si, en théorie, il est possible de fonder une demande sur la liberté de religion de l'enfant, il faut alors que ce dernier soit suffisamment âgé pour nourrir des croyances religieuses. Sheena n'était âgée que de quelques semaines au moment de la transfusion*¹⁴.

Après avoir établi qu'il n'y avait pas de violation des droits des parents à la liberté de religion en vertu de l'article 2, le juge La Forest a poursuivi en concluant que la violation des droits des parents à la liberté pouvait être justifiée en tant que limite raisonnable en vertu de l'article 1 de la *Charte*.

J'ajoute, en passant, que, contrairement à ce que mes collègues les juges Iacobucci et Major semblent laisser entendre, je ne crois pas que la liberté soit absolue. J'ai pris la peine de souligner qu'elle se limite aux droits essentiellement personnels qui sont inhérents à l'individu et qui, à mon avis, incluent (et, à cet égard, je crois que nous sommes d'accord) le droit des parents d'éduquer leurs enfants. Même ainsi définie, une atteinte à la liberté peut être justifiée pour le motif qu'elle est conforme aux principes de « justice fondamentale ». Au fond, je crois que la « liberté » s'entend de la liberté ordinaire qu'ont les hommes et les femmes libres, dans une société démocratique, de se livrer aux activités inhérentes à l'individu. Celles-ci ne sont peut-être pas nombreuses, mais lorsqu'elles existent, elles doivent, en vertu de la Constitution, être protégées contre l'intervention

¹³*B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, 1995 CanLII 115 (CSC), [1995] 1 RCS 315, <<https://canlii.ca/t/1frmj>>

¹⁴*Ibid* note 13 au para 103.

de l'État, à moins que cette intervention ne soit justifiable. Ce caractère justifiable est parfois manifeste. Dans d'autres cas, il exigera un examen attentif du contexte. En l'espèce, c'est nettement la sécurité de l'enfant qui compte le plus. Ce qui est plus difficile et ce sur quoi les appelants ont, en définitive, vraiment axé leur plaidoirie, c'est de savoir si les procédures visant à déterminer s'il y avait respect des droits des parents, en vertu de la Loi, étaient suffisantes pour satisfaire à l'article premier et à l'art. 7 de la Charte. Il me semble être essentiel et nettement requis par l'article premier et l'art. 7 que de telles procédures se déroulent avant et non pas après la mesure qui empiète sur les droits des parents¹⁵.

Le juge en chef, rejoint par trois autres collègues, s'est montré plus prudent quant à l'attribution d'un droit de liberté au titre de l'article 7 à la prise de décision parentale.

Plus particulièrement, je suis d'avis que le droit à la liberté protégé par l'art. 7 n'a pas été violé parce qu'il n'inclut ni le droit des parents de choisir (ou de refuser) un traitement médical pour leurs enfants, ni, d'une façon plus générale, celui d'élever ou d'éduquer leurs enfants sans ingérence indue de la part de l'État. Bien qu'important et fondamental à l'intérieur du concept plus général de l'autonomie ou de l'intégrité de l'unité familiale, ce type de liberté (la « liberté parentale ») ne relève pas du champ d'application de l'art. 7¹⁶.

Dans l'affaire *B.(R.)*, il s'agissait des limites de l'autorité parentale pour un bébé qui ne pouvait prendre aucune décision pour lui-même. L'analyse change considérablement lorsque l'enfant est capable d'exprimer ses propres désirs. Onze ans plus tard, la Cour suprême s'est à nouveau penchée sur le refus de transfusions sanguines qui mettaient l'enfant en danger, mais l'enfant avait 14 ans et 10 mois et avait exprimé son propre refus. La Cour a estimé que la capacité de l'enfant à présenter ses propres souhaits de manière mature et rationnelle signifiait que l'État devait désormais considérer les droits de l'enfant comme une limitation de son propre pouvoir d'action. En déterminant si la loi qui permettait à un État de revendiquer la garde si les préférences de l'enfant mineur le mettaient en danger, la Cour a décidé ce qui suit :

[102] L'incapacité d'un adolescent de décider de son propre traitement médical constitue donc une privation des droits à la liberté et à la sécurité de la personne, laquelle, pour être constitutionnelle, doit respecter les principes de justice fondamentale (...)

[103] A.C. soutient que, si elles sont interprétées de façon restrictive de sorte qu'elles privent une personne de moins de 16 ans de la possibilité de démontrer sa capacité, les dispositions sont arbitraires, et une règle de droit arbitraire ne respecte pas les principes de justice fondamentale (Chaoulli c. Québec (Procureur général), 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 129131, citant R. c. MalmoLevine, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 135, et Rodriguez, p. 594). Comme la Juge en chef et le juge Major l'ont expliqué dans Chaoulli, « [l]'État ne peut pas restreindre arbitrairement le droit de ses citoyens à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne » (par. 129). Une règle de droit est arbitraire, si elle « n'a aucun lien ou est incompatible avec l'objectif » qu'elle vise. Pour se prononcer à ce sujet, il faut considérer l'intérêt de l'État et les préoccupations de la société auxquelles la disposition en cause est censée répondre :

¹⁵*Ibid* au para 121.

¹⁶*Ibid* au para 1.

Pour ne pas être arbitraire, la restriction apportée à la vie, à la liberté et à la sécurité requiert l'existence non seulement d'un lien théorique entre elle et l'objectif du législateur, mais encore d'un lien véritable d'après les faits. Il appartient au demandeur de démontrer l'absence de lien dans ce sens. Dans chaque cas, il faut se demander si la mesure est arbitraire au sens de n'avoir aucun lien véritable avec l'objectif visé et d'être, de ce fait, manifestement injuste. Plus l'atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne est grave, plus le lien doit être clair. Lorsque c'est la vie même de quelqu'un qui est compromise, la personne raisonnable s'attendrait à ce qu'il existe, en théorie et en fait, un lien clair entre la mesure qui met la vie en danger et les objectifs du législateur. [Je souligne; par. 130131.]

[104] Il est donc nécessaire de situer l'analyse dans le contexte des objectifs des dispositions en cause. L'objectif fondamental d'une loi comme la Loi sur les services à l'enfant et à la famille est de protéger les enfants (...). Le droit de l'État de légiférer dans les domaines touchant les enfants ne date pas d'hier. Par exemple, dans l'arrêt R. c. Jones, précité, j'ai reconnu le droit impérieux de la province de maintenir la qualité de l'éducation. Plus particulièrement, la common law reconnaît depuis longtemps le pouvoir de l'État d'intervenir pour protéger l'enfant dont la vie est en danger et pour promouvoir son bien-être, en fondant cette intervention sur sa compétence *parens patriae*; voir, par exemple, Hepton c. Maat, précité, et E. (M^{me}) c. Eve, [1986] 2 R.C.S. 388. La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé, lorsqu'il devient nécessaire de le faire, est un précepte fondamental de notre système juridique, et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure, évidemment, où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable. [Je souligne; par. 88.]

[105] Par ailleurs, les adolescents ont manifestement un intérêt à exercer leur capacité de faire des choix autonomes dans les limites de leur maturité, et la société a un intérêt correspondant à veiller au développement de l'autonomie qui existe à l'état latent chez les enfants, en accordant à leurs décisions une importance qui reflète le développement de leur maturité. Pour favoriser la réalisation de cet objectif [TRADUCTION] « on devrait recourir le moins possible au paternalisme et le justifier avec soin » (Fortin, p. 26).

[106] Compte tenu de ces valeurs opposées, le problème surgit lorsque la volonté de l'enfant d'exercer son autonomie entre en conflit avec l'intérêt légitime qu'a la société de le protéger. Comme Fortin le fait remarquer (p. 2627) : [TRADUCTION] « La difficulté réside dans l'établissement d'une formule qui permette les interventions paternalistes destinées à protéger les adolescents contre les erreurs susceptibles de mettre leur vie en danger, tout en restreignant les limites autocratiques et arbitraires que les adultes pourraient imposer à leur potentiel d'autonomie. »

[107] Vu l'importance que nous attachons à l'intégrité physique, il serait arbitraire de présumer qu'aucune personne de moins de 16 ans n'a la capacité de décider de son traitement médical. Il n'est toutefois pas arbitraire de donner à ces jeunes la possibilité de prouver qu'ils ont une maturité suffisante pour s'acquitter d'une telle tâche.

[108] *En interprétant le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant de manière à accorder au jeune une certaine autonomie et une certaine intégrité physiques en fonction de sa maturité, on concilie le droit de l'adolescent à l'autonomie, qui augmente au fur et à mesure qu'il acquiert de la maturité, et l'intérêt qu'a la société de veiller à la protection des jeunes qui sont vulnérables. Ainsi, le critère de « l'intérêt » énoncé au par. 25(8) suit l'évolution de la common law et est conforme aux principes internationaux, et cette interprétation permet donc d'établir ce qui me semble être un juste équilibre entre l'objectif législatif de protection et le respect du droit des adolescents matures de participer de manière significative aux décisions concernant leur traitement médical. L'équilibre entre l'autonomie et la protection est ainsi atteint, et les dispositions en cause ne sont donc pas arbitraires¹⁷.*

J'ai reproduit en détail les conclusions de la Cour parce que cette affaire semble très pertinente pour les questions relatives aux droits parentaux, aux droits de l'enfant et à la politique 713. Face à une mineure mature âgée de moins de 15 ans, la Cour a estimé que l'État ne pouvait pas rejeter ses souhaits en matière de traitement médical simplement parce qu'elle n'avait pas atteint l'âge de 16 ans. Pour que l'État puisse passer outre les souhaits de la mineure mature, il doit tout d'abord démontrer qu'il agit dans le cadre de son intérêt légitime à protéger l'enfant d'un préjudice, à charge pour l'État d'articuler et d'apporter la preuve du préjudice grave en question. Deuxièmement, l'État devait démontrer qu'il existait une procédure permettant à la mineure mature de contester la restriction présumée imposée aux enfants de moins de 16 ans, de prendre la décision et de démontrer qu'elle avait la maturité et la capacité de prendre une décision éclairée.

Tout aussi notablement, une fois que l'enfant mineure a été suffisamment mature pour prendre des décisions, les souhaits des parents sont devenus secondaires. En effet, la Cour n'a mentionné les souhaits des parents que comme une préoccupation possible quant à la capacité indépendante de l'enfant, en parlant de la nécessité d'évaluer la question de l'influence induite¹⁸.

Les directives de la Cour suprême sont claires : les personnes mineures matures devraient être habilitées à prendre leurs propres décisions lorsque leur capacité correspond aux enjeux, et que les présomptions légales d'un âge de maturité devraient s'accompagner d'un processus clair permettant à une personne mineure d'être évaluée dans son propre droit en ce qui concerne la maturité et la capacité de prendre la décision à laquelle elle est confrontée. La *Loi sur le consentement des mineurs aux traitements médicaux* du Nouveau-Brunswick reflète ce besoin d'un tel processus, en ce sens que, bien que les personnes âgées de 16 ans aient les droits décisionnels des adultes, les personnes de moins de 16 ans aient également les droits décisionnels des adultes si leur décision est réputé être dans leur meilleur intérêt.¹⁹ Bien que cela dépasse le cadre de cet examen, cela soulève la question de savoir si les prescriptions d'âge de 16 ans dans la loi sur le changement de nom résisteraient ou non à un examen juridique similaire étant donné qu'il manque un processus d'examen indépendant par lequel un mineur peut être évalué pour la capacité. Ce qui est pertinent, cependant, c'est que la Cour suprême a demandé aux gouvernements de s'en remettre à la capacité évolutive des personnes mineures matures, et que leurs souhaits ne peuvent pas être contraints par l'État ou les parents.

¹⁷A.C. c. *Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30 (CanLII), [2009] 2 RCS 181, aux para 102-108. <<https://canlii.ca/t/24433>>

¹⁸*Ibid* au para 74.

¹⁹*Loi sur le consentement des mineurs aux traitements médicaux*, SNB 1976, c M-6.1, aux paras 2-3, <<https://www.canlii.org/fr/nb/legis/lois/lb-1976-c-m-6.1/188185/lb-1976-c-m-6.1.html>>

[87] Plus le tribunal est convaincu que l'enfant est capable de prendre lui-même des décisions de façon mature et indépendante, plus il accordera de poids à ses opinions dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire prévu au par. 25(8). Dans certaines affaires, les tribunaux seront inévitablement tellement convaincus de la maturité de l'enfant que le principe du bien-être et celui de l'autonomie ne seront plus distincts et que la volonté de l'enfant deviendra le facteur déterminant. Si, après une analyse approfondie et complexe de la capacité de la jeune personne d'exercer son jugement de façon mature et indépendante, le tribunal est convaincu qu'elle a la maturité nécessaire, il s'ensuit nécessairement, à mon avis, qu'il faut respecter ses opinions. Il ressort d'une telle approche qu'en matière de traitement médical, les moins de 16 ans devraient avoir le droit de tenter de démontrer que leur opinion sur une décision touchant un traitement médical particulier révèle une indépendance d'esprit et une maturité suffisantes.

[88] Comme la juge L'HeureuxDubé l'a dit dans *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, « les tribunaux doivent avoir pour consigne de créer ou de favoriser les conditions les plus propices à l'épanouissement de l'enfant » (p. 65 (je souligne)). Dans *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, le juge McIntyre a fait remarquer que « la Cour [. . .] doit avoir comme objectif de choisir la solution qui sera la plus à même d'assurer à l'enfant une croissance, une éducation et un développement sains qui l'armeront pour faire face aux problèmes de la vie quand il sera adulte » (p. 101 (je souligne)). Par conséquent, dans le cas des adolescents, le critère de « l'intérêt supérieur » de l'enfant doit être interprété de façon à refléter et à prendre en compte le développement de sa capacité de prendre des décisions de façon autonome. Ce n'est pas seulement une option pour les tribunaux d'accorder à l'opinion de l'enfant un poids de plus en plus grand au fur et à mesure du développement de sa maturité, c'est par définition dans l'intérêt supérieur de l'enfant qu'ils respectent et favorisent son autonomie lorsque sa maturité le commande²⁰.

Cela pose un problème juridique aux propositions qui affirment simplement que l'État ne l'emporte pas sur le parent. C'est vrai jusqu'à un certain point, mais une analyse aussi limitée supprime et déshumanise l'enfant. Le fait que le ministre de l'Éducation et du Développement de la petite enfance ait déclaré, dans le cadre du processus de changement, que les droits des parents pourraient devoir l'emporter sur les droits de l'enfant pose également problème. Les droits ne s'équilibrent pas en choisissant simplement ceux qui comptent le plus ; il faut plutôt trouver des solutions qui répondent à toutes les obligations du gouvernement.

L'État a ici trois obligations qui nécessitent un examen attentif et réfléchi. L'État doit s'immiscer le moins possible dans la liberté des parents de donner une instruction et des conseils à l'enfant et de déterminer son intérêt supérieur lorsque l'enfant ne peut pas le faire. L'État doit protéger les enfants contre tout préjudice démontrable. Il doit également respecter la capacité évolutive des enfants qui font valoir leurs propres droits. Cette obligation légale d'évaluer la capacité de l'enfant peut répondre aux préoccupations exprimées par certain.e.s citoyen.n.e.s :

²⁰A.C., supra note 17, aux para 87-88.

Et pourtant, pour une raison ou une autre, nous disons qu'il est préférable que les parents soient exclus conformément aux souhaits de l'enfant, qui comprend les implications de sa situation et de ses décisions à la manière de l'enfant et non d'un adulte [Notre traduction].

Ce que la loi semble dire, c'est que les enfants qui ont une « compréhension enfantine des implications » peuvent effectivement avoir besoin d'une aide à la décision plus importante, mais que l'enfant a le droit de voir sa capacité évaluée. Bien entendu, toutes les décisions ne requièrent pas la même capacité. Même les jeunes enfants peuvent avoir des préférences éclairées sur certaines questions, et plus ils ou elles grandissent, plus les questions qui relèvent de leur décision sont importantes. L'enfant de 4 ans aura des régimes plus prescriptifs que l'enfant de 10 ans, qui aura à son tour des régimes plus prescriptifs que l'enfant de 15 ans. Les enfants doivent avoir une capacité qui correspond à la décision à prendre, mais on peut difficilement attribuer la même « compréhension de l'enfant » à un nourrisson et à une personne adolescente.

Les consultations m'ont rappelé que ce concept d'évolution de la capacité est exactement ce que feront les membres du personnel des écoles, quelle que soit la version de la politique 713. Comme l'a fait remarquer l'Association des travailleuses et travailleurs sociaux du Nouveau-Brunswick :

En tant qu'organisme de réglementation de la profession du travail social au Nouveau-Brunswick, l'ATTSNB établit le Code de déontologie pour les travailleuses et travailleurs sociaux, ainsi que les normes et les lignes directrices qu'ils doivent respecter pour être immatriculés. En février 2021, le Conseil d'administration de l'ATTSNB a adopté ses Normes concernant la capacité des mineurs de consentir aux services de travail social. 7 Les normes reposent sur la doctrine du mineur mature. Cette doctrine se fonde dans le droit de la common law et stipule que les mineurs aptes à comprendre la nature et les conséquences d'un traitement peuvent consentir à bénéficier des services.

Conformément à la doctrine du mineur mature, les Normes concernant la capacité des mineurs de consentir aux services de travail social mettent l'accent sur la capacité du mineur de consentir aux services de travail social plutôt que sur son âge. Avant que la personne soit considérée comme un mineur mature, la travailleuse sociale ou le travailleur social doit évaluer sa capacité de consentir aux services et vérifier qu'elle possède les indicateurs de capacité nécessaires.

Afin d'offrir aux membres d'autres conseils sur l'évaluation de la capacité, le Conseil de l'ATTSNB a adopté en février 2022 les Lignes directrices sur l'évaluation de la capacité des mineurs.

Même si les normes et les lignes directrices de l'Association sont relativement nouvelles, l'exigence selon laquelle les travailleuses et travailleurs sociaux doivent évaluer la capacité des clients avant de fournir des services n'est pas nouvelle. Il s'agit d'un principe déontologique souligné dans la partie du Code de déontologie de l'ATTSNB (2007) qui porte sur le consentement éclairé (article 1.4)²¹.

²¹Observations de l' Association des travailleuses et travailleurs sociaux du Nouveau-Brunswick, pour l'étude de la politique 713 menée par le Défenseur des enfants et des jeunes, p. 5.

Ces trois obligations de l'État se manifesteront de manière légèrement différente selon les scénarios. Lorsque l'enfant n'a pas la capacité, le droit des parents à guider et à prendre des décisions seront primordiaux, à moins que l'enfant ne subisse un préjudice. Lorsque le parent et l'enfant présentent la même demande, les droits de l'enfant limiteront l'État, mais ces droits seront définis et revendiqués soit par le parent, soit par l'enfant, en fonction de la capacité de l'enfant. Lorsque l'État est confronté à un parent et à l'enfant faisant valoir des droits contradictoires, il doit respecter et équilibrer les deux droits tels qu'ils existent ; toutefois, la capacité évolutive de l'enfant doit être prise en compte pour déterminer l'obligation de l'État de respecter ces droits. Un parent ne peut pas ordonner à l'État d'ignorer les droits de l'enfant, bien que l'enfant puisse avoir droit aux conseils de son parent s'il n'a pas la capacité de se protéger.

Dans le cas de la politique 713 et de l'auto-identification des enfants, nous avons clairement affaire au troisième scénario. L'école et le gouvernement n'ont pas créé la dynamique familiale. L'enfant choisit de changer de prénom et/ou de pronoms, et choisit de ne pas le dire à ses parents. Là encore, cette situation est née organiquement de la dynamique familiale et non d'une action de l'État. Par conséquent, on ne peut pas dire que l'école et l'État ont limité les droits des parents, parce qu'au moment où les parents découvrent les souhaits de l'enfant, aucune action de l'État n'a limité les droits des parents. L'enfant peut avoir fait des choix qui ont exclu les parents, mais l'État, au moment où il a pris connaissance des souhaits de l'enfant, n'a rien fait. L'école est confrontée à la dynamique familiale et doit trouver un équilibre entre ses obligations concurrentes de déterminer l'étendue de l'autorité des parents, de protéger l'enfant contre tout préjudice et de déterminer l'étendue du droit de l'enfant à prendre la décision. (Je reconnais la possibilité que des actions ultérieures de l'école puissent le faire et j'en tiendrai compte dans l'analyse qui suit).

On ne peut pas répondre à la question de la légalité des modifications apportées à la politique 713 en demandant simplement si l'État ou les parents contrôlent l'enfant, car cela ne tient pas compte de l'obligation de protéger l'enfant contre les préjudices et de la nécessité d'évaluer les droits de l'enfant. Ce qui **pourrait être** une voie légale pour le gouvernement dans la défense de ses changements serait de définir son objectif en apportant les changements, d'examiner de manière réfléchie quels droits de l'enfant sont limités et de voir si ces limites aux droits de l'enfant sont justifiées par l'objectif d'assurer l'inclusion des parents dans le processus de prise de décision de l'enfant.

Essentiellement, ce que je fais ici, c'est appliquer les principes du test *Oakes* pour analyser si les changements apportés à la politique 713 concernant l'auto-identification des élèves limitent les droits de l'enfant et, dans l'affirmative, s'ils peuvent être justifiés. Le test *Oakes* est le test utilisé par les tribunaux pour évaluer si une action ou une politique gouvernementale constitue une violation des droits en vertu de la *Charte* peut être maintenue²². La première étape consiste à définir l'objectif du gouvernement et à vérifier s'il est urgent et substantiel.

L'implication des parents - un objectif pressant et substantiel

Il n'y a que deux motifs possibles pour expliquer les changements apportés par le gouvernement à la politique 713 et aux dispositions relatives à l'auto-identification des élèves. Le premier est de s'assurer que les parents disposent des informations nécessaires pour participer aux décisions de leurs enfants concernant l'identité de genre et la façon dont ils s'identifient publiquement peut avoir un impact sur leur vie. C'est l'objectif le plus souvent cité par le Ministère et les responsables politiques.

²²R. c. *Oakes*, 1986 CanLII 46 (CSC), [1986] 1 RCS 103. <<https://canlii.ca/t/1ftv5>>

Le deuxième motif ou objectif possible est celui cité par des citoyen.e.s exprimant leur soutien aux changements, à savoir garantir le respect des valeurs des parents en matière d'identité de genre.

Aux fins de la présente analyse, j'attribuerai le premier objectif aux modifications. Cela s'explique à la fois par le fait qu'il s'agit de l'objectif le plus souvent invoqué par le Ministère et les responsables du gouvernement, et par le fait que le second objectif ne pourrait pas résister à un examen juridique approfondi. La Cour suprême du Canada a affirmé que l'identité de genre répondait aux critères permettant de la considérer comme un motif analogue digne d'un statut protégé en vertu de la *Charte*²³. L'Assemblée législative a affirmé la même chose dans la *Loi sur les droits de la personne*²⁴ et a inscrit les droits d'inclusion dans la *Loi sur l'éducation*²⁵. La Cour suprême du Canada a affirmé que la législation sur les droits de la personne est de « nature quasi constitutionnelle » et que même les lois doivent être interprétées conformément à la *Loi sur les droits de la personne* s'il existe une interprétation plausible²⁶.

La Cour d'appel a récemment rappelé au gouvernement que même les lois ne peuvent annuler l'intention de la *Loi sur les droits de la personne* sans la formulation la plus claire, en raison de ce statut quasi constitutionnel²⁷. Une politique ministérielle est l'instrument juridique qui fait le moins autorité parmi ceux dont dispose le gouvernement, car le ou la Ministre qui adopte ou modifie une politique ne peut le faire qu'en vertu d'une délégation de pouvoir de l'Assemblée législative, en l'occurrence par le biais de la *Loi sur l'éducation*²⁸.

En définitive, le Ministre ne peut pas utiliser le pouvoir discrétionnaire unilatéral dont il dispose lorsqu'il élabore des politiques pour passer outre aux lois, et encore moins à la *Charte*. Bien qu'un certain nombre d'observations aient soutenu les modifications apportées à la politique 713 au motif qu'elles décourageraient les élèves d'explorer ou de rechercher un soutien pour leur identité de genre, il s'agirait là d'un objectif illégitime en droit. Le gouvernement ne peut pas adopter une politique avec l'intention expresse de décourager les individus d'accéder à leurs droits humains. Par exemple, l'une des observations écrites en faveur des changements a écrit : « Il n'est pas dans l'intérêt de votre sociétés (sic) de faire autre chose que ce que la majorité exige et réclame, quelle que soit l'ampleur de la crise de colère de quelques-uns²⁹ » [*Notre traduction*]. Bien entendu, dans une démocratie constitutionnelle guidée par une *Charte*, le désir individuel d'avoir des expressions et des identités personnelles différentes de celles de la majorité ne s'appelle pas une « crise de colère ». Il s'agit plutôt d'un droit, et toute politique adoptée dans le but d'imposer la volonté de la majorité aux choix profondément personnels des personnes serait invalidée à ce premier stade du test constitutionnel.

²³ *Hansman c. Neufeld*, 2023 CSC 14 (CanLII), aux para 84-89. <<https://canlii.ca/t/jx8k1>>

²⁴ *Loi sur les droits de la personne*, LRN-B 2011, c 171, art 2(1). <<https://canlii.ca/t/6bnnz>>

²⁵ *Loi sur l'éducation*, LN-B 1997, c E-1.12, art 1, 13, 14, 27, 28 et 48 affirment tous le devoir de favoriser l'inclusion et la non-discrimination. <<https://canlii.ca/t/6dqlm>>

²⁶ *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45 (CanLII), [2008] 2 RCS 604. <<https://canlii.ca/t/1zjpn>>

²⁷ *Ministère des Ressources naturelles et du Développement de l'énergie c. Margaret-Ann Blaney*, 2023 NBCA 61 (CanLII), aux par 44-47. <<https://canlii.ca/t/jz53x>>

²⁸ « Tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires : une relation en évolution : Allocution prononcée par la très honorable Beverley McLachlin, C.P. Juge en chef du Canada », Cour suprême du Canada. <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2013-05-27-fra.aspx>

²⁹ Extrait d'un mémoire reçu par le biais du portail en ligne du Bureau du défenseur des enfants, des jeunes et des aînés.

Cela dit, je ne peux pas, en droit, attribuer avec désinvolture les motifs les plus sombres de certaines personnes favorables aux changements apportés par le Ministère au Ministère lui-même.

Le Ministère a droit au bénéfice du doute lorsqu'il définit son objectif, et le motif invoqué par le Ministre et les fonctionnaires du Ministère est qu'ils ont pour objectif politique d'encourager l'enfant à accéder aux conseils et au soutien de ses parents dans ses choix personnels. Comme indiqué précédemment, le Ministre et les hauts fonctionnaires du Ministère sont conscients de leurs obligations en vertu de la *Loi sur les droits de la personne* et ont fait des commentaires publics affirmant leur intention d'éviter de violer les lois portant sur les droits de la personne. À ce stade de l'analyse, qui consiste à définir l'intention, le Ministère a droit au bénéfice du doute.

Je partage l'avis qu'encourager l'implication des parents est un objectif valable, urgent et substantiel. L'enfant a droit à l'amour et au soutien de ses parents, et les principes du droit international affirment que les parents doivent pouvoir prendre en considération ce dont ils ont besoin pour accepter cette responsabilité. Comme indiqué précédemment, les parents ont un certain intérêt à pouvoir guider leurs enfants d'une manière adaptée à leur âge, à leur degré de maturité et à leur développement. En outre, un large éventail de personnes qualifiées, y compris des membres du personnel enseignant et des médecins, ont affirmé que le rôle des parents dans la vie de l'enfant est essentiel et que lorsque les parents apportent un soutien sage et affectueux, cela peut faire une différence positive dans le développement de l'enfant. Il est prouvé que lorsque les parents soutiennent l'exploration par l'enfant de son identité de genre, les résultats sont plus positifs.

Ma collègue, l'Ombud, a déclaré dans la présentation de son bureau que « le maintien de la relation de confiance entre les parents et le personnel enseignant est essentiel à la promotion de l'intérêt supérieur de l'enfant. Par conséquent, les objectifs de la politique 713 visant à aider l'enfant à impliquer ses parents dans cette sphère importante ne sont pas dénués de valeur.³⁰ » [Notre traduction]. Je suis d'accord. Il s'agit d'un objectif législatif valable.

À plusieurs égards, les modifications apportées à la politique 713 limitent le droit de l'enfant. Le Ministre a affirmé publiquement que c'était à dessein déclarant le 19 mai 2023, ou aux alentours de cette date : « Si un parent ne veut pas que son enfant soit désigné par son nom... et préfère qu'il soit désigné par son nom, c'est son droit » [Notre traduction], et aussi : « Nonobstant les droits des personnes protégés par la Charte des droits et libertés (...) dans ma communauté, les gens croient qu'ils devraient être informés si leur enfant dit soudainement qu'il veut être désigné par un pronom différent³¹ » [Notre traduction].

Il est important de définir les droits de l'enfant que le Ministère a choisi de limiter « nonobstant » leur existence légale.

Le droit de l'enfant à l'égalité

Il est établi dans la loi du Nouveau-Brunswick que l'identité de genre est un motif protégé en vertu de la *Loi sur les droits de la personne*. Il s'agit d'un choix fait par l'Assemblée législative lors de l'adoption de la loi, et une politique ne peut ignorer cette volonté expresse de l'Assemblée législative. Quel que soit le nombre de personnes qui disent officieusement au Ministre qu'elles préféreraient que l'enfant n'utilise

³⁰Mémoire du Bureau de l'Ombud au Bureau du défenseur des enfants, des jeunes et des aînés, 2 août 2023, p. 17.

³¹Jennifer Sweet, « NB Education Minister Defends Policy 713 Review as Rallies Continue », Canadian Broadcasting corporation, (19 mai 2023), en ligne, CBC, <<https://www.cbc.ca/news/canada/new-brunswick>>.

pas certains pronoms, cela reste illégal s'il en résulte une discrimination à l'égard des enfants en raison de leur identité de genre.

En outre, il est établi au Canada que l'article 15 de la *Charte* impose aux provinces l'obligation positive de protéger toute caractéristique personnelle analogue à celles énumérées dans la *Loi sur les droits de la personne*³². Il serait difficile de justifier la suppression de cette protection à la lumière des conclusions de la Cour suprême dans l'affaire *Hansman c. Neufeld*³³ concernant le statut vulnérable des citoyen.ne.s transgenres :

La communauté transgenre est indéniablement un groupe marginalisé dans la société canadienne. L'histoire des personnes transgenres au Canada a été marquée par la discrimination et les désavantages. Bien que le fait d'être transgenre [TRADUCTION] « n'implique aucun affaiblissement du jugement, de la stabilité, de la fiabilité ou des capacités sociales ou professionnelles générales » (J. Drescher et E. Haller, Position Statement on Discrimination Against Transgender and Gender Diverse Individuals, 2018 (en ligne)), les personnes transgenres et autres personnes de genre non conforme ont généralement été considérées avec suspicion et préjugés jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle.

De fait, les personnes transgenres sont défavorisées d'une façon unique dans notre société, étant donné que, pendant longtemps, la psychiatrie a assimilé « la transidentité et [d'autres identités 2SLGBTQ+] aux maladies mentales », recourant même à une « thérapie de conversion » nuisible en vue de [TRADUCTION] « remédier » à la dysphorie de genre et « réhabiliter » la personne afin de réduire le « comportement transgenre » (A. Veltman et G. Chaimowitz, « Soins et services de santé mentale à l'intention des lesbiennes, des gais, des bisexuels, des transgenres et des queers » (2014), 59:11 Rev. can. psychiatr. 1, p. 12; American Psychological Association, Task Force on Gender Identity and Gender Variance, Report of the Task Force on Gender Identity and Gender Variance (2009), p. 27). Comme l'a reconnu le tribunal des droits de la personne de la Colombie Britannique : [TRADUCTION] « À la différence d'autres groupes [. . .], les personnes transgenres voient souvent leur existence même faire l'objet de débats de société et de condamnations publiques » (Oger c. Whatcott (No. 7), 2019 BCHRT 58, 94 C.H.R.R. D/222, par. 61). Elles sont victimes de stéréotypes selon lesquels elles sont malades ou confuses simplement parce qu'elles s'identifient comme transgenres (Nixon c. Vancouver Rape Relief Society (No. 2), 2002 BCHRT 1, 42 C.H.R.R. D/20, par. 136137).

Les personnes transgenres se heurtent à la discrimination dans de nombreux aspects de la vie en société au Canada. Statistique Canada a constaté que les personnes transgenres sont plus à risque de subir de la violence et qu'elles présentent des taux plus élevés de troubles de santé mentale, d'idées suicidaires et de toxicomanie afin de faire face à la maltraitance ou la violence qu'elles ont subies (voir Les expériences de victimisation avec violence et de comportements sexuels non désirés vécues par les personnes gais, lesbiennes, bisexuelles et d'une autre minorité sexuelle, et les personnes transgenres au Canada, 2018 (septembre 2020)). Des études ont démontré qu'elles étaient désavantagées par rapport à la population générale en matière de logement, d'emploi et de soins de santé (Ministère de la Justice du Canada, Un regard qualitatif sur les problèmes juridiques graves : Les personnes trans, bispirituelles et non binaires au Canada (2022), p. 1112; XY

³²*Vriend c. Alberta*, 1998 CanLII 816 (CSC), [1998] 1 RCS 493. <<https://canlii.ca/t/1fqt4>>

³³*Supra* note 22.

c. Ontario (Government and Consumer Services) (No. 4), 2012 HRTO 726, 74 C.H.R.R. D/331, par. 164166). Et malgré l'incidence accrue de problèmes juridiques relevant des tribunaux, les études ont également révélé que les personnes transgenres ont traditionnellement fait face à de plus grands obstacles à l'accès à la justice que la population générale, en partie en raison de l'absence de protections explicites en matière de droits de la personne (J. James et coll., *Problèmes juridiques rencontrés par les personnes trans en Ontario, Rapport sommaire 1(1) du projet TRANSformer la JUSTICE*, 6 septembre 2018 (en ligne); voir aussi Ministère de la Justice du Canada, p. 1213).

D'importantes avancées juridiques en matière de droits des transgenres n'ont été réalisées qu'au cours des 35 dernières années, et la plupart des changements ont eu lieu au cours de la dernière décennie (S. Singer, « *Trans Rights Are Not Just Human Rights : Legal Strategies for Trans Justice* » (2020), 35 R.C.D.S. 293, p. 298). Alors que les personnes transgenres victimes de discrimination étaient naguère obligées d'invoquer la [TRADUCTION] « déficience physique » comme motif de discrimination (B. Findlay et autres, *Finding Our Place : Transgendered Law Reform Project* (1996), p. 2021), l'identité de genre et/ou l'expression de genre sont maintenant des motifs de distinction illicite interdits par les codes des droits de la personne partout au pays, en plus d'être inclus dans l'interdiction de propos haineux prévue par le Code criminel, L.R.C. 1985, c. C46 (voir *Alberta Bill of Rights*, R.S.A. 2000, c. A14; *Code des droits de la personne*, L.R.N.B. 2011, c. 171; *Human Rights Act*, 2010, S.N.L. 2010, c. H13.1; *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214; *Loi sur les droits de la personne*, L. Nun. 2003, c. 12; *Loi sur les droits de la personne*, L.T.N.O. 2002, c. 18; *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19; *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H12; *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C12; *Loi sur les droits de la personne*, L.R.Y. 2002, c. 116; *Code des droits de la personne*, C.P.L.M., c. H175; *Code des droits de la personne de la Saskatchewan de 2018*, L.S. 2018, c. S24.2; *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et le Code criminel*, L.C. 2017, c. 13).

Dans la foulée de ces progrès législatifs, les tribunaux reconnaissent de plus en plus la situation difficile dans laquelle se trouvent les personnes transgenres au Canada (voir XY, par. 164; voir aussi Oger, par. 62; *Vanderputten c. Seydaco Packaging Corp.* (No. 1), 2012 HRTO 1977, 75 C.H.R.R. D/317, par. 61; *JY c. Mint Tanning Lounge*, 2018 BCHRT 282, par. 32 (CanLII); *J.Y. c. Various Waxing Salons*, 2019 BCHRT 106, 94 C.H.R.R. D/11, par. 33; *X c. Hot Mess Salon*, 2019 BCHRT 24, par. 11 (CanLII); *T.A. c. Manitoba (Justice)*, 2019 MBHR 12, par. 24 (CanLII); *A.B. c. Service correctionnel du Canada*, 2022 TCDP 15, par. 41 (CanLII)). Et en 2021, la Cour supérieure du Québec a jugé que [TRADUCTION] « [l']identité de genre est l'un des motifs analogues à ceux énumérés au par. 15(1) de la Charte canadienne » parce que « [l']identité de genre est une caractéristique immuable » (*Centre de lutte contre l'oppression des genres c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 191, par. 104 et 106 (CanLII)).

Pourtant, divers tribunaux judiciaires ou administratifs ont également reconnu que [TRADUCTION] « malgré certains gains, les personnes transgenres demeurent parmi les citoyens les plus marginalisés de notre société » (Oger, par. 62), et qu'elles doivent continuer de se heurter à [TRADUCTION] « des désavantages, des préjugés, des stéréotypes et de la vulnérabilité » (*C.F. c. Director of Vital Statistics (Alta.)*, 2014 ABQB 237, 587 A.R. 332, par. 58).

Ces conclusions de notre plus haut tribunal sont également confirmées par les données spécifiques au Nouveau-Brunswick. La preuve de la vulnérabilité est claire, et la nécessité d'une protection accrue des personnes mineures a été clairement établie dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada : « La reconnaissance de la vulnérabilité *inhérente* des enfants demeure profondément enracinée en droit canadien³⁴. » Les jeunes queers et trans sont déjà vulnérables étant des enfants, et encore plus en raison de leur identité de genre.

Dans le cadre d'une analyse de la discrimination, les tribunaux prennent « connaissance d'office d'études sociales et de données socio-économiques sérieuses³⁵ ». Le ministère de l'Éducation n'a pas besoin de chercher plus loin que ses propres preuves, telles qu'elles ressortent de ses enquêtes sur le bien-être des élèves et de ses enquêtes de sortie des écoles, pour établir la vulnérabilité des élèves LGBTQ+.

Le sondage sur le mieux-être des élèves 2021-2022 montre les résultats suivants pour les élèves de la sixième à la douzième année dans les écoles du N.-B.³⁶.

Seul.e, la plupart du temps ou tout le temps :

Moyenne 28

LGBTQ+ 51

Difficultés à s'endormir, la plupart du temps ou tout le temps :

Moyenne 65

LGBTQ+ 80

Peut faire confiance aux gens des alentours :

Moyenne 55

LGBTQ+ 42

Peut demander l'aide de ses voisin.e.s :

Moyenne 66

LGBTQ+ 53

Le cadre des indicateurs des droits de l'enfant du Nouveau-Brunswick pour 2021 indique ce qui suit pour les élèves de la sixième à la douzième année, sur la base des enquêtes sur le bien-être des élèves³⁷.

Pourcentage d'élèves ayant un niveau modéré à élevé de résilience:

³⁴*A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46 (CanLII), [2012] 2 RCS 567, au para 17. <<https://canlii.ca/t/fstvg>>

³⁵*Willick c. Willick*, 1994 CanLII 28 (CSC), [1994] 3 RCS 670. <<https://canlii.ca/t/1frq9>>

³⁶*Sondage sur le mieux-être des élèves 2021-2022*, Conseil de la santé du Nouveau-Brunswick, <<https://csnb.ca/sondages/sondage-sur-le-mieux-etre-des-eleves-2021>>.

³⁷*Cadre des indicateurs des droits de l'enfant 2021*, Bureau du défenseur des enfants et des jeunes, novembre 2021.

Moyenne 71%

LGBTQ+ 54

Pourcentage d'élèves ayant un niveau modéré à élevé d'aptitude mentale :

Moyenne 77

LGBTQ+ 62

Pourcentage d'élèves qui déclarent avoir des personnes à admirer :

Moyenne 45

LGBTQ+ 36

Pourcentage d'élèves qui déclarent être traité.e.s équitablement dans leur communauté :

Moyenne 37

LGBTQ+ 25

Pourcentage d'élèves qui sont d'accord ou tout à fait d'accord pour affirmer se sentir en sécurité dans leur école :

Moyenne 83%.

LGBTQ+ 74

Pourcentage d'élèves qui déclarent que quelque chose sera souvent ou toujours après avoir porté plainte pour intimidation auprès d'un adulte de l'école:

Moyenne 42

LGBTQ+ 35

Pourcentage d'élèves qui déclarent avoir été victimes d'intimidation à l'école au cours des deux derniers mois :

Moyenne 50

LGBTQ+ 64%

Pourcentage d'élèves qui déclarent avoir été victimes d'intimidation à l'école et d'agressions physiques au cours des deux derniers mois :

Moyenne 12

LGBTQ+ 17

Pourcentage d'élèves qui déclarent avoir été victimes d'attaques verbales à l'école au cours des deux derniers mois :

Moyenne 37

LGBTQ+ 48

Pourcentage d'élèves qui déclarent avoir été victimes d'intimidation à l'école par l'exclusion sociale au cours des deux derniers mois :

Moyenne 32

LGBTQ+ 43

Pourcentage d'élèves qui déclarent avoir été victimes d'intimidation à l'école par des blagues, des commentaires ou des gestes à caractère sexuel au cours des deux derniers mois :

Moyenne 17

LGBTQ+ 28

Pourcentage d'élèves qui déclarent que leur famille les soutient dans les moments difficiles :

Moyenne 53

LGBTQ+ 39

Pourcentage d'élèves dont les besoins en matière de santé mentale sont largement satisfait.e.s par leur famille :

Moyenne 78

LGBTQ+ 62

Pourcentage d'élèves qui déclarent avoir eu des symptômes d'anxiété au cours des 12 derniers mois :

Moyenne 37

LGBTQ+ 58

Pourcentage d'élèves qui déclarent avoir eu des symptômes de dépression au cours des 12 derniers mois:

Moyenne 37

LGBTQ+ 60

Pourcentage d'élèves de la 6e à la 12e année qui déclarent avoir un sentiment d'appartenance à leur école:

Moyenne 27

LGBTQ+ 17

Et cette dernière statistique est basée sur les enquêtes de sortie des écoles.

Pourcentage d'élèves de 12e année qui se sentent respectés à l'école :

Moyenne 81

LGBTQ+ 71%

En plus de ces indicateurs inquiétants, le taux de suicide au Canada chez les 15-19 ans est plus élevé que dans la grande majorité des pays de l'OCDE³⁸. Et « les jeunes transgenres et de minorités sexuelles présentaient un risque accru d'idées et de tentatives suicidaires par rapport à leurs pairs cisgenres et hétérosexuels »³⁹ [Notre traduction].

Les données inquiétantes se maintiennent au niveau de l'enseignement postsecondaire. Selon Statistique Canada, près de la moitié des personnes inscrites dans des établissements postsecondaires canadiens ont été témoins ou victimes de discrimination fondée sur le genre, l'identité de genre ou l'orientation sexuelle. Et les personnes qui subissent des discriminations fondées sur le genre et l'identité de genre sont moins susceptibles de se sentir en sécurité⁴⁰.

Il est difficile d'imaginer qu'il n'y a pas d'obligation légale, en vertu du test *Vriend*, pour le Ministère de prendre des mesures positives pour protéger ces enfants. Je n'ai pas besoin de trancher cette question, car l'Assemblée législative a choisi de placer cette directive dans la *Loi sur les droits de la personne*.

Les enfants ont des droits humains dès leur naissance. Leur besoin de soutien de la part de l'adulte peut entraîner des limites raisonnables à ces droits, mais le Ministère ne peut pas simplement les écarter en raison de la gêne ou de la désapprobation des parents, ou pour apaiser les personnes en âge de voter. Le droit doit être reconnu et il incombe au gouvernement de justifier la limite.

En outre, le Ministère ne peut pas se contenter de proclamer pour la forme le statut protégé de l'identité de genre tout en supprimant son expression tangible dans la vie quotidienne. Le droit canadien des droits de la personne s'accorde à reconnaître que l'utilisation de pronoms et de prénoms préférés est un élément profondément personnel de l'identité d'une personne. Lors de nos consultations, cette idée a été exprimée haut et fort par de nombreuses jeunes personnes homosexuelles et transgenres et par leurs familles. La Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick a déjà été explicite sur ce point, à savoir que l'utilisation des pronoms d'une personne est une partie intrinsèque de la prévention de la discrimination⁴¹. Le Nouveau-Brunswick n'est pas le seul à cet égard. On peut trouver des déclarations explicites sur le fait de refuser à une personne le pronom qu'elle préfère dans les directives des commissions des droits de la personne et des organismes gouvernementaux au niveau fédéral⁴² en

³⁸*Base de données de l'OCDE sur la famille*, Organisation de coopération et de développement économiques, Division de la politique sociale - Direction de l'emploi, du travail et des affaires sociales, <<https://www.oecd.org/fr/els/famille/basededonnees.htm>>.

³⁹Mila Kingsbury *et al*, « Suicidality among sexual minority and transgender adolescents : a nationally representative population-based study of youth in Canada », en ligne : (6 juin 2022), 194:22, *Canadian Medical Association Journal*, <<https://www.cmaj.ca/content/194/22/E767>>.

⁴⁰Marta Burczycka, « Les expériences de discrimination fondée sur le genre, l'identité de genre ou l'orientation sexuelle vécues par les élèves des établissements d'enseignement postsecondaire dans les provinces canadiennes », *Bulletin Juristat - Statistique Canada*, 2019, <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-005-x/2020001/article/00001-fra.htm>>.

⁴¹*Ligne directrice sur l'identité ou l'expression de genre*, en ligne : Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick, mai 2017, p. 6, <<https://www2.gnb.ca/content/dam/gnb/Departments/hrc-cdp/PDF/Ligne-directrice-sur-identite-ou-expression-de-genre.pdf>>.

⁴²*Identité de genre et expression de genre*, en ligne : Ministère de la Justice du Canada, <<https://www.canada.ca/fr/ministere-justice/nouvelles/2016/05/identite-de-genre-et-expression-de-genre.html>>.

Colombie-Britannique⁴³, en Alberta⁴⁴, en Saskatchewan⁴⁵, au Manitoba⁴⁶, en Ontario⁴⁷, au Québec⁴⁸, et, comme nous le verrons, dans les trois provinces atlantiques.

Nos consultations ont donné lieu à des entretiens avec des personnes transgenres qui nous ont fait part de leur expérience personnelle. Les descriptions qu'elles ont faites de leur expérience ont mis en lumière ce que signifie le respect de ses préférences au cours du processus difficile de remise en question de son identité de genre. Les personnes qui n'ont pas vécu cette expérience devraient réfléchir avant de la qualifier d'hyperbole. Il n'est pas difficile d'imaginer qu'une personne se sente bafouée si elle demande à quelqu'un d'être appelée par le prénom qu'elle préfère et que cela lui est tout simplement refusé. Lorsque ce manque de respect est manifesté à l'égard d'une personne qui traverse les insécurités universelles de l'adolescence et se débat avec des problèmes que d'autres considèrent comme erronés, contre nature ou relevant de la maladie mentale, il est facile de comprendre à quel point il serait dévastateur de se voir ordonner de passer la plupart de ses heures d'éveil dans un endroit où les gens refusent de s'adresser à vous en utilisant le nom de votre choix.

Voici quelques citations tirées de nos entretiens avec de jeunes transgenres :

Le fait qu'on permette à une personne d'être appelée par le prénom et les pronoms de son choix est une mesure de prévention du suicide [Notre traduction].

L'enjeu dépasse le simple usage des prénoms et des noms. On nous envoie un message selon lequel les membres de la communauté LGBTQ ne méritent pas les mêmes droits humains que les autres [Notre traduction].

L'école deviendra un environnement de travail toxique. Vous passez ½ de votre temps éveillé à l'école [Notre traduction].

⁴³Les droits de la personne en Colombie-Britannique – Feuille de renseignements sur la discrimination fondée sur l'identité ou l'expression de genre, en ligne : Gouvernement de la Colombie-Britannique, <<https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/law-crime-and-justice/human-rights/human-rights-protection/french-gender-id.pdf>>.

⁴⁴Diversity & Inclusion - Best Practice Guide: People's Pronouns, Alberta Health Services, en ligne : Alberta Health Services, <<https://www.albertahealthservices.ca/assets/info/pf/div/if-pf-div-bpg-peoples-pronouns.pdf>>.

⁴⁵Gender Transition Guidelines, en ligne : Gouvernement de la Saskatchewan, <<https://taskroom.sp.saskatchewan.ca/Documents/GenderTransitionGuidelines.pdf>>.

⁴⁶La discrimination fondée sur l'identité sexuelle, Commission des droits de la personne du Manitoba 2014, <https://manitobahumanrights.ca/education/pdf/guidelines/guideline_genderid_fr.pdf>.

⁴⁷Politique sur la prévention de la discrimination fondée sur l'identité sexuelle et l'expression de l'identité sexuelle, en ligne : Commission ontarienne des droits de la personne, 14 avril, 2014, p. 43.

⁴⁸Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres, LQ 2016, c 19. <<https://canlii.ca/t/69svl>>

Ou encore ces observations de personnel enseignant ayant travaillé avec des élèves transgenres :

Je ne pense pas que cela (morinommer les élèves) doive faire partie du rôle du personnel enseignant. L'enseignement est déjà assez difficile et ce serait un très gros fardeau. Cela affecterait mes relations avec les élèves qui ne se confieraient plus à moi. Cela les dissuaderait également d'aller voir un conseiller ou une conseillère [Notre traduction].

La politique 713 permet aux enfants de rester à l'école où on les valorise ; être l'objet de respect à l'école, c'est vouloir y aller [Notre traduction].

Et ces commentaires de parents de jeunes transgenres :

Je vous garantis que cela aura de graves conséquences pour la communauté LGBTQ : sécurité, santé mentale, résultats scolaires, avenir, suicidalité [Notre traduction].

Au cours des six dernières semaines, mon enfant a demandé si nous pouvions quitter le Nouveau-Brunswick pour qu'il puisse aller à l'école à l'étranger. Il a conscience que [cet examen] attise les sentiments anti-trans et il a peur maintenant, même si sa famille et son école le soutiennent [Notre traduction].

Ces déclarations personnelles sur l'impact émotionnel de l'attribution d'un morinom sont également étayées par des observations objectives de spécialistes. Je note la déclaration qui m'a été fournie, rédigée par la New Brunswick Association of School Psychologists, les personnes mêmes auxquelles le Ministère renverrait les élèves en matière d'identité de genre :

Les psychologues scolaires s'engagent à fournir des soins respectueux de l'égalité des genres aux élèves transgenres et de diversité de genre et à défendre leurs droits. Le fait de mégenrer des personnes transgenres et de divers genres augmente le risque d'automutilation, d'idées suicidaires et d'autres problèmes de santé mentale. Il est donc impératif que les prénoms et les pronoms des élèves soient respectés et utilisés dans l'environnement scolaire, quel que soit leur âge. Les psychologues scolaires ne seront pas complices de la création d'un préjudice en morinommant et en mégenrant les élèves avec lequel.le.s nous travaillons⁴⁹ [Notre traduction].

⁴⁹Déclaration de la New Brunswick School Psychologist Association, pour l'étude de la politique 713 menée par le Défenseur des enfants et des jeunes, p.2.

L'autre groupe professionnel vers lequel le Ministère renverra désormais les élèves, les travailleuses et travailleurs sociaux, est tout aussi clair dans ses observations :

Le personnel enseignant et les autres membres du personnel scolaire devraient avoir l'obligation d'appeler les élèves qui ont moins de 16 ans par leur prénom ou le pronom de choix sans avoir à chercher le consentement de leurs parents. Il s'agit d'une question de respect à l'égard des élèves ; pour les jeunes LGBTQIA2+, il s'agit d'une question de sécurité. Les élèves ont le droit d'utiliser le surnom de leur choix ; alors, pourquoi adopter un autre point de vue sur le prénom ou pronom choisi par l'élève? Si on demande au personnel enseignant de déterminer si un prénom préféré reflète l'identité de genre de l'élève, on exige que le personnel fasse preuve de discrimination à l'égard des élèves LGBTQIA2+. C'est inacceptable⁵⁰.

Les jeunes transgenres et les personnes qui les aiment attachent manifestement beaucoup d'importance à cette manifestation élémentaire de respect et d'acceptation. Pour qui a affronté la tourmente de l'adolescence avec au moins la sécurité d'avoir une identité de genre correspondant à la majorité, cela peut sembler difficile à imaginer. Pourtant, toute personne désire le respect et l'autonomie. J'invite toute personne qui lira ce rapport à suivre le conseil du personnage Ted Lasso et à faire preuve de curiosité plutôt que de porter des jugements sur les conséquences de priver ces enfants d'un respect élémentaire. La loi nous oblige à évaluer l'impact du manque de respect par rapport à l'impact de certaines limites au droit des parents à savoir. Nous devons comprendre ces expériences depuis la perspective des personnes qui les vivent.

On aura beau insister sur le fait que le consensus des jeunes transgenres, de leurs parents, de leurs médecins, de leurs psychologues et de leurs travailleuses et travailleurs sociaux n'est pas convaincant, il n'en demeurera pas moins que le Ministère est confronté à un problème opérationnel important qui rend la nouvelle politique quelque peu inefficace. Si l'on prend la position du Ministère au pied de la lettre, il insiste sur le fait qu'on ne doit pas appeler les enfants par leur prénom et leurs pronoms préférés sans le consentement de leurs parents. Cet accommodement sera refusé à l'enfant tant que l'enfant n'aura pas parlé à des travailleuses et travailleurs sociaux et à des psychologues de la possibilité de parler à ses parents. Les travailleuses et travailleurs sociaux et les psychologues indiquent qu'ils commenceront par utiliser le prénom et les pronoms préférés de l'enfant.

Le fait d'insister sur un processus en vertu duquel on dirige l'enfant vers les membres d'une association professionnelle dont la première recommandation est d'ignorer ledit processus rend la nouvelle politique 713 assez peu performative. Plutôt qu'être opérationnelle et cohérente, la Politique est réduite à une forme d'onanisme politique dont le seul résultat tangible est d'infliger davantage de bureaucratie à l'enfant et au personnel de l'école au point d'en devenir contestable. Le seul changement réel est une période d'incertitude et d'embarras dont les médecins, les psychologues et les travailleuses et travailleurs sociaux s'accordent à dire qu'elle est néfaste pour l'enfant.

En ce qui concerne les droits à l'égalité de l'enfant, le fait que le Ministère n'ait pas communiqué de critère de référence pour le droit des élèves à utiliser d'autres prénoms à des fins autres que l'identité de genre soulève de sérieuses questions de discrimination.

⁵⁰Observations de l'ATTSNB pour l'étude de la politique 713 menée par le Défenseur des enfants et des jeunes, Association des travailleuses et travailleurs sociaux du Nouveau-Brunswick, pp. 2-3.

Dans la bande dessinée classique *Calvin et Hobbes*⁵¹, le petit Calvin aime jouer au Calvinball, un jeu qui se caractérise par l'absence totale de règles cohérentes. Si vous n'aimez pas la façon dont le jeu se déroule, vous énoncez une nouvelle règle pour satisfaire vos désirs à court terme. Le Calvinball est un passe-temps d'enfant qui fonctionne bien. La référence est également un raccourci pour les situations où les gouvernements changent simplement de principes lorsqu'ils veulent obtenir un résultat donné. Appliqué aux droits des minorités vulnérables, le Calvinball est une très mauvaise idée. La cohérence des principes nous permet de savoir si nous laissons ou non nos préjugés personnels influencer les règles que nous appliquons à un groupe minoritaire. Un tribunal examinera si une loi ou une politique traite une personne différemment des autres, que ce soit dans son objectif *ou dans ses effets*. Elle examinera également « si elle omet de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne en créant ainsi une différence de traitement réelle⁵². » Si la différence de traitement est fondée sur un motif protégé énuméré dans la *Charte*, ou sur un motif analogue, une cour déterminera alors si la différence de traitement est discriminatoire.

(...) en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération⁵³.

Avec les changements apportés à la capacité des élèves à demander comment on les appelle de manière informelle, le Ministère joue clairement au Calvinball. Le Ministère n'a pu m'indiquer aucune directive existante concernant le personnel scolaire appelant les élèves par des surnoms dans leurs interactions informelles quotidiennes⁵⁴. Lors des entretiens, aucun membre du personnel enseignant interrogé n'a pu faire état de restrictions antérieures. La pratique générale est que, si la demande émane de l'élève avec sérieux et maturité, d'autres prénoms peuvent être utilisés. De nombreux « Anthony » ont été appelés « Tony ». J'ai fréquenté l'école avec au moins un « Thomas Jack » qui préférait « T.J. ». Les élèves dont les noms sont culturellement peu familiers ou mal prononcés au Canada sont autorisés à utiliser des noms abrégés ou occidentaux dans leurs interactions quotidiennes.

C'est important, car il y a discrimination *prima facie* lorsque les règles relatives à la demande de l'élève changent soudainement en fonction de la personne qui fait la demande et de la raison de cette demande. Dans cette affaire, je n'ai trouvé aucune trace de préoccupation antérieure de la part du Ministère concernant l'exercice par les élèves de leur propre droit à choisir la manière dont on les appelle. C'est une politesse de bon aloi, et certainement une bonne pratique pour quiconque essaie d'établir une relation de confiance avec une personne, que de l'appeler par le prénom de son choix.

Le même problème de Calvinball se pose en l'absence d'une référence claire en matière de droits parentaux. Il serait juste de dire qu'il n'existe pas de norme claire et fondée sur des principes pour

⁵¹Si vous savez, vous savez 

⁵²*Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5 (CanLII), [2013] 1 RCS 61, par. 151. <<https://canlii.ca/t/g2p1s>>

⁵³*Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5 (CanLII), [2013] 1 RCS 61, par. 153. <<https://canlii.ca/t/g2p1s>>

⁵⁴Réponses du ministère à la demande du Défenseur des enfants et des jeunes concernant la révision de la politique 713.

déterminer quand les parents doivent être informés de l'action d'une école, quand ils doivent être consultés et quand ils doivent accorder leur permission de manière affirmative. Il y a certes quelques thèmes récurrents. Peu d'entre eux semblent cohérents avec les principes qui sont apparus dans les changements apportés à la politique 713.

Le Ministère m'a renvoyé à certaines politiques qui imposent une certaine forme d'avis ou d'engagement des parents. Dans la politique 703, concernant les milieux propices à l'apprentissage (les politiques commençant par « 7 » sont regroupées en tant que politiques de « santé et sécurité » et partagent donc le plus de similitudes avec la politique 713), le Ministère note que les parents sont avertis si l'élève est en état d'ébriété dans l'enceinte de l'école, ou si son comportement affecte négativement le milieu d'apprentissage au point qu'un plan d'intervention est nécessaire. Il s'agit toutefois d'infractions aux règles de l'école. Le fait de vouloir être appelé par un autre prénom ne constitue pas une violation du milieu d'apprentissage ou des règles. La politique 712 prévoit que les parents soient avisés lorsque l'enfant fait l'objet d'une fouille ou d'une demande des forces de l'ordre, mais il s'agit, là encore, de raisons disciplinaires.

Certains parents ont remarqué qu'il y avait une incohérence apparente dans l'utilisation de bordereaux d'autorisation dans certains domaines d'activité, mais pas dans celui-ci, qui semble important. La version originale de la politique 713 n'expliquait peut-être pas clairement pourquoi cet écart apparent était toléré. Comme l'a écrit un parent :

Les formulaires de consentement et l'implication des parents dans tous les aspects de la vie de l'enfant sont essentiels et doivent être mis en place. Laissez-moi choisir ce qui est le mieux pour mon enfant [Notre traduction].

Il existe des dispositions relatives à l'autorisation des parents pour que les enfants bénéficient d'interventions médicales. Cette analogie a certainement été faite dans certaines contributions à nos consultations et dans le débat public autour de la politique 713. Une formulation courante a été de noter que l'école a besoin d'une autorisation pour donner du Tylenol à l'enfant, et donc que cette intervention relativement mineure doit certainement établir une norme selon laquelle les parents doivent consentir à tout ce qui est plus important qu'un Tylenol.

Il s'agit là d'une première impulsion compréhensible, mais la réponse du Ministère au Défenseur montre pourquoi il ne s'agit pas d'une comparaison appropriée. Le Ministère note que la politique 704 crée un processus de consentement parental pour les services de santé parce que les services de santé ne font pas partie du consentement parental donné pour les services éducatifs. L'inscription de l'enfant à l'école permet à l'école de fournir des services éducatifs conformes aux objectifs de l'éducation publique. L'administration de médicaments, même dans un cas relativement bénin, n'est pas un service éducatif. L'école doit donc poser la question parce que le consentement des parents aux services d'éducation publique ne couvrait pas les traitements médicaux. C'est la catégorie et non la gravité de l'intervention qui nécessite la demande. La même logique s'applique aux excursions en dehors du terrain de l'école (et, là encore, les écoles n'informent pas les parents lorsque les élèves plus âgés choisissent eux-mêmes de quitter le terrain de l'école à l'heure de la pause, mais seulement lorsque l'école fournit elle-même les moyens de transport).

L'instruction publique de l'enfant, cependant, est exactement ce à quoi les parents consentent lorsqu'ils inscrivent leur enfant dans le système scolaire public. Sur ce point, il est clair, d'un point de vue juridique et réglementaire, que l'instruction publique comprend une obligation pour l'école de fournir des mesures d'adaptation inclusives et de respecter les principes de non-discrimination. La *loi sur l'éducation*, comme

je l'ai indiqué précédemment, prévoit des mandats pour l'éducation inclusive dans pas moins de cinq articles⁵⁵. La politique 703 affirme l'adaptation de l'identité de genre et incorpore la *Loi sur les droits de la personne* par référence comme suit :

Les directions générales, en consultation avec le Conseil d'éducation de district, doivent voir à l'élaboration d'un plan général pour favoriser un milieu propice à l'apprentissage et au travail inclusif, sécuritaire, ainsi que le respect des droits de la personne et la diversité dans leur district. Ce milieu soutient également la lutte contre toute forme de discrimination pour des raisons réelles ou perçues à l'égard d'autrui en raison de sa race, sa couleur, sa religion, son origine nationale ou son ethnicité, son ascendance, son lieu d'origine, son groupe linguistique, son incapacité, son sexe, son orientation sexuelle, son identité sexuelle, son âge, sa condition sociale, ses convictions ou ses activités politiques; 6.1.2 Le Plan du district scolaire visant à créer un milieu propice à l'apprentissage et au travail doit inclure des stratégies pour gérer les comportements inappropriés des élèves ainsi que des parents ou des visiteurs dans leurs relations avec l'école et le personnel scolaire, conformément à la Loi sur l'éducation, la Loi sur les droits de la personne, la directive sur le harcèlement du Manuel d'administration du N.-B., la politique 322 sur l'inclusion scolaire et à la présente politique⁵⁶.

Je note également que le plan éducatif provincial requis⁵⁷ dans chaque secteur contient des termes qui définissent les services éducatifs. Le plan du secteur anglophone⁵⁸ établit les objectifs suivants pour le système d'instruction publique :

Nos enfants et nos jeunes vivent dans une société de la connaissance en constante évolution. Pour réussir dans le présent et l'avenir, les apprenants doivent acquérir les compétences générales nécessaires pour être des citoyen.e.s ouvert.e.s et engagé.e.s. L'acquisition de ces compétences se fait dans un système d'éducation et de formation précoces qui évolue avec les apprenants et qui répond à leurs besoins, mais qui est également valorisé par la société tout au long du continuum, dans le cadre duquel les jeunes et les moins jeunes restent activement dévoué.e.s à leur apprentissage (...)

*Les priorités, déterminées par l'examen et le regroupement des conclusions et recommandations du rapport, sont les suivantes : - **Établir une culture d'appartenance et valoriser la diversité** ; - Veiller à ce que les enfants d'âge préscolaire acquièrent les compétences nécessaires ; - Améliorer les compétences en littératie ; - Améliorer les compétences en numératie ; - Améliorer l'apprentissage et l'application des arts, des sciences, des métiers et de la technologie ; - Répondre aux besoins des enfants et des jeunes des Premières Nations ; - Favoriser des valeurs, des attitudes et des comportements sains ; - Veiller à ce que les apprenants obtiennent leur diplôme avec des*

⁵⁵Voir note 25 pour les articles spécifiques.

⁵⁶Ministère de l'Éducation et du Développement de la petite enfance, Politique 703, art 6.1.1 et 6.1.2. <https://www2.gnb.ca/content/dam/gnb/Departments/ed/pdf/K12/policies-politiques/f/703F.pdf>

⁵⁷L'article 6(a.1) de la *Loi sur l'éducation* exige que le Ministre définisse les objectifs éducatifs dans un plan.

⁵⁸*Everyone At Their Best*, en ligne : Ministère de l'Éducation et du Développement de la petite enfance (Secteur anglophone), 2016, <<https://www2.gnb.ca/content/dam/gnb/Departments/ed/pdf/K12/EveryoneAtTheirBest.pdf>>.

compétences fondamentales en français ; et - Favoriser le leadership, la citoyenneté et l'esprit d'entreprise chez les apprenants [Notre traduction]. [Nous soulignons.]

Le plan du secteur francophone⁵⁹ définit sa mission et ses objectifs en matière d'éducation publique comme suit :

Chaque individu, de la petite enfance à l'âge adulte, développe et exploite son plein potentiel. Citoyenne ou citoyen engagé et ouvert sur le monde, elle ou il contribue au dynamisme, à l'épanouissement et au rayonnement de la communauté acadienne et francophone ainsi que de la société néo-brunswickoise.

Le système éducatif acadien et francophone assure à chaque individu, de la petite enfance à l'âge adulte, des apprentissages de qualité qui contribuent à sa réussite éducative et au développement de son identité linguistique et culturelle.

*Les apprenantes et apprenants sont au cœur du système éducatif acadien et francophone, c'est pourquoi les grands objectifs du plan d'éducation s'articulent autour de domaines d'actions qui les touchent directement. Ainsi, l'ensemble des actions et des initiatives qui découleront du plan d'éducation auront toujours comme finalité la réussite de tous les apprenantes et apprenants dans les huit domaines suivants : • Projet de vie et de carrière; • Mieux-être; • Construction identitaire; • **Éducation citoyenne et diversité**; • Premières Nations; • Préparation à l'école et à la vie; • Littératie; • Numératie, sciences, ingénierie et technologie. [Nous soulignons.]*

L'explication du consentement parental au Tylenol est que le Tylenol ne fait pas partie des services dispensés dans le cadre de l'instruction publique et dont il aurait été convenu lors de l'inscription. La diversité, l'inclusion et le respect des droits de la personne en font clairement partie.

Il est en outre établi par la loi que les services d'instruction publique incluront le principe selon lequel la communauté scolaire comprendra une population étudiante aussi diverse que la société elle-même, et que l'inscription de l'enfant dans une école publique implique l'acceptation du fait qu'on puisse exposer les enfants à des opinions que leurs parents ne partagent pas telles qu'elles seraient présentées dans la société au sens large. Comme l'a déclaré le plus haut tribunal de l'Ontario, se référant à la Cour suprême du Canada :

[TRADUCTION] [29] Dans l'affaire S.L. c. Commission scolaire des Chênes, des parents ont demandé que leurs enfants soient exemptés du programme obligatoire d'éthique et de culture religieuse (" ERC ") du Québec qui avait remplacé les programmes catholiques et protestants d'instruction religieuse et morale. Les parents ont objecté que le programme ERC exposerait leurs enfants à " une forme de relativisme, qui entraverait [leur] capacité à transmettre leur foi à leurs enfants " (au paragraphe 29) parce qu'il présentait des croyances différentes sur un pied d'égalité.

⁵⁹Donnons à nos enfants une longueur d'avance, en ligne : Ministère de l'Éducation et du Développement de la petite enfance (Secteur francophone), 2016, <<https://www2.gnb.ca/content/dam/gnb/Departments/ed/pdf/K12/DonnonsANosEnfantsUneLongueurDavance.pdf>>.

La Cour suprême a reconnu la sincérité de l'objection des parents, fondée sur la religion, à l'égard de la nature du programme ERC, mais a jugé que la sincérité de la croyance était insuffisante pour fonder une allégation d'atteinte à la liberté de religion en vertu de l'alinéa 2a) de la Charte. S'exprimant au nom de la majorité de sept juges, la juge Deschamps a accepté, au paragraphe 26, que " [l]es appelants croient sincèrement qu'ils ont l'obligation de transmettre les préceptes de la religion catholique à leurs enfants ", mais elle a ensuite statué, au paragraphe 27, que " [p]our s'acquitter de leur fardeau à l'étape de la preuve d'une atteinte, les appelants devaient démontrer que, d'un point de vue objectif, le programme ERC nuisait à leur capacité de transmettre leur foi à leurs enfants « .

[TRADUCTION] [30] La juge Deschamps a rejeté l'affirmation selon laquelle le fait d'exposer des enfants à des opinions contraires, sans plus, équivaut à une atteinte à la liberté de religion, au paragraphe 40 : " Le fait d'exposer des enfants à des opinions contraires, sans plus, équivaut à une atteinte à la liberté de religion. 40 :

Les parents qui le désirent sont libres de transmettre à leurs enfants leurs croyances personnelles. Cependant, l'exposition précoce des enfants à des réalités autres que celles qu'ils vivent dans leur environnement familial immédiat constitue un fait de la vie en société. Suggérer que le fait même d'exposer des enfants à différents faits religieux porte atteinte à la liberté de religion de ceux-ci ou de leurs parents revient à rejeter la réalité multiculturelle de la société canadienne et méconnaître les obligations de l'État québécois en matière d'éducation publique. Bien qu'une telle exposition puisse être source de frictions, elle ne constitue pas en soi une atteinte à l'al. 2a) de la Charte canadienne et à l'art. 3 de la Charte québécoise.

[TRADUCTION] [31] La juge Deschamps a tiré cette conclusion du jugement de la juge en chef McLachlin dans l'affaire Chamberlain c. Surrey School District No. 36, 2002 CSC 86, [2002] 4 RCS 710, où la Cour suprême du Canada a examiné une contestation de la décision d'une commission scolaire de refuser d'approuver des livres suggérés par un enseignant décrivant des familles homoparentales à l'intention des élèves de la maternelle et de la première année du primaire. La Cour suprême a estimé que, compte tenu du mandat légal de la commission scolaire en matière de laïcité et de tolérance, sa décision était déraisonnable. La Commission n'avait pas agi sur la base du respect de tous les types de familles et avait plutôt agi sur la base d'une philosophie d'exclusion, en répondant aux préoccupations de certains parents concernant la moralité des relations entre personnes de même sexe. Cette approche ne tenait pas compte du droit des enfants de familles homoparentales à bénéficier d'une reconnaissance et d'un respect égaux dans le système scolaire public.

[TRADUCTION] [32] Comme l'a souligné la juge McLachlin, aux paragraphes 64-67, la « dissonance cognitive » qu'un enfant peut éprouver en apprenant des choses qui ne correspondent pas à l'opinion de ses propres parents fait partie intégrante du fait de grandir dans une société diversifiée engagée dans l'acceptation de la diversité. 64-67, la « dissonance cognitive » qu'un enfant peut éprouver en apprenant des choses qui ne correspondent pas aux opinions de ses propres parents fait partie intégrante du fait de grandir dans une société diversifiée

qui s'est engagée à accepter le fait qu'il existe des différences dans les modes de vie et les opinions morales et religieuses. « Cela » [une telle dissonance], écrit la juge McLachlin, « n'est ni évitable ni nocif », mais plutôt quelque chose que les enfants rencontrent tous les jours en tant que membres d'un groupe d'élèves diversifié dans un système scolaire public. Ce type de dissonance cognitive « fait simplement partie de la vie dans une société diversifiée », est « inhérente au processus de croissance » et « nécessaire pour que les enfants apprennent ce qu'est la tolérance ». Elle poursuit en écrivant :

[...] la tolérance n'exige pas l'approbation des croyances ou pratiques d'autrui. Lorsqu'on demande aux gens d'être tolérants envers autrui, on ne leur demande pas de renoncer à leurs convictions personnelles. On leur demande simplement de respecter les droits, les valeurs et le mode de vie des personnes qui ne partagent pas ces convictions. La croyance que les autres ont droit au même respect s'appuie non pas sur la croyance que leurs valeurs sont justes, mais sur la croyance qu'ils ont droit au même respect que leurs valeurs soient justes ou non. Apprendre la tolérance, c'est donc apprendre que les autres ont droit à notre respect, que leurs convictions soient les mêmes ou non. Les enfants ne peuvent l'apprendre que s'ils sont exposés à des points de vue qui diffèrent de ceux qui leur sont enseignés à la maison.

[TRADUCTION] [33] Ici, bien que E.T. ait fait valoir une croyance religieuse sincère, sa croyance subjective selon laquelle il doit protéger ses enfants d'hypothétiques « faux enseignements » ne bénéficie pas d'une protection absolue. Il incombe à E.T. de fournir la preuve que, d'un point de vue objectif, l'enseignement et les activités auxquels ses enfants sont en fait exposés interfèrent avec sa capacité à le faire. E.T. ne s'est pas acquitté de cette charge⁶⁰.

En résumé, il est difficile de trouver un précédent à la proclamation soudaine par le Ministère d'une politique de droits parentaux fondée sur « les parents veulent savoir ». Lorsqu'il s'agit de jeunes, il est possible d'imaginer un grand nombre de scénarios dans lesquels les parents pourraient vouloir savoir - qu'il s'agisse d'une élève musulmane qui se débarrasse de son hijab contre la volonté de ses parents, de l'enfant qui refuse l'utilisation d'un prénom ayant une importance culturelle ou familiale pour ses parents, de l'élève qui exprime des opinions politiques que ses parents pourraient détester ou de l'élève qui boit plusieurs laits au chocolat par jour à la cafétéria de l'école. Le Ministère a reconnu, dans le document qu'il a soumis dans le cadre de cet examen, que les élèves peuvent bénéficier d'autres mesures d'adaptation, comme le fait pour l'élève de confession musulmane de ne pas participer au cours d'éducation physique pendant le jeûne du ramadan, sans que les parents en soient informés ou que leur consentement soit donné. Le Ministère n'a jamais fait de l'intérêt potentiel des parents le critère d'un veto parental sur les choix quotidiens des élèves d'âge plus avancé ni d'un devoir de conseil de la part du personnel enseignant.

⁶⁰E.T. c. Hamilton-Wentworth District School Board, 2017 ONCA 893 (CanLii), au par 29-33.
<<https://canlii.ca/t/hnz2n>>

En fait, il convient de noter que le Ministère a récemment proposé le projet de loi 46⁶¹ à l'Assemblée législative, qui présentait une version entièrement réécrite de la *Loi sur l'éducation*. Malgré l'ouverture de la loi dans de nombreux domaines, le Ministère n'a fait aucun effort pour proposer des changements affectant les droits parentaux ou les notifications, même si :

- La *Loi sur l'éducation* ne mentionne pas le critère « les parents voudraient savoir » ni aucune obligation d'aviser les parents, dans les obligations du personnel enseignant à l'article 27.
- La *Loi sur l'éducation* ne mentionne les comités parentaux d'appui à l'école et un rapport général à tous les parents que dans l'article 28 prescrivant les obligations d'un directeur ou d'une directrice d'école. (L'obligation de veiller à la santé, au bien-être et à un milieu propice à l'apprentissage des élèves est mentionnée dans les deux séries d'obligations).
- Le pouvoir d'élaboration de politiques du Ministre en vertu de l'article 6 ne lui confère pas le pouvoir d'élaborer des politiques dont l'essence et la substance sont la définition des droits des parents, seuls « la santé et le bien-être » des élèves s'appliqueraient à l'exercice de ce pouvoir par le Ministre pour modifier la politique 713.

En bref, il n'y a guère de preuves de l'intérêt du Ministère pour la définition ou la modification des droits parentaux jusqu'à ce que le Ministère s'intéresse aux élèves queers et transgenres. Cela soulève *prima facie* le spectre de la discrimination, dans la mesure où les principes et les préoccupations du Ministère ne semblent avoir changé que lorsqu'il s'est penché sur les règles s'appliquant aux élèves queers et transgenres.

Ce changement de cap du gouvernement dans son ensemble a été si soudain qu'il contredit la loi qu'il a adoptée l'année dernière. Comme indiqué précédemment, la nouvelle *Loi sur le bien-être des enfants et des jeunes* mentionne spécifiquement « l'orientation sexuelle, l'identité de genre et l'expression de genre de l'enfant ou du jeune » comme l'un des meilleurs intérêts de l'enfant que le ministre du Développement social et les tribunaux doivent prendre en compte lorsqu'ils prennent des décisions autour de la garde, du droit de visite et du placement.⁶² Dès la proclamation de cette loi, le gouvernement dispose désormais d'un régime législatif dans lequel le ministre du Développement social doit tenir compte des droits parentaux dans le contexte du soutien de l'identité et de l'expression de genre de l'enfant, mais dans le même temps, le ministre de l'Éducation déclare au moyen de la politique que l'identité de genre et d'expression de l'enfant doit être subordonnée à un veto parental. Il est difficile d'imaginer un coup de fouet législatif plus soudain.

Nous vivons à une époque où un certain nombre de groupes apparaissent en prétendant défendre les « droits parentaux » alors qu'ils n'ont aucun intérêt évident à ce que les parents soient informés des résultats des tests, des performances de l'école, des résultats des élèves, de la sécurité de l'école, ou de toute autre question d'ordre pédagogique. Un certain nombre de ces groupes semblent ne pas se préoccuper de savoir si leurs enfants apprennent à lire ou non, mais plutôt de savoir si les enfants d'autres personnes dans un territoire où ils ne vivent pas reçoivent l'autorisation de changer de pronoms. Éviter l'apparence d'une discrimination « à la Calvin » et d'une animosité anti-2SLGBTQIA+ serait grandement

⁶¹Déposé en première lecture le 9 mai 2023, alors que la révision de la politique 713 était déjà envisagée par le Ministère de l'Éducation et du Développement de la petite enfance.

⁶² Article 5(2) de la *Loi sur le bien-être des enfants et des jeunes*.

facilité par un intérêt pour les droits parentaux autre que le droit de refuser des mesures d'adaptation aux enfants transgenres.

Bien sûr, ces groupes n'hésitent pas à faire entendre leurs préoccupations. Je n'ai pas l'intention d'attribuer ces motifs plus sombres au Ministère ou au gouvernement. Comme je l'ai indiqué dans mes précédents rapports, gouverner est une activité intense et turbulente et il arrive que des questions surgissent si rapidement qu'elles ne reçoivent pas l'attention qu'elles méritent. C'est pourquoi j'ai pris la peine de qualifier ces changements de « discriminatoires par inadvertance », car j'accepte l'affirmation des fonctionnaires du Ministère selon laquelle l'intention n'était pas de faire reculer les droits de la personne. Cependant, une discrimination par inadvertance reste une discrimination. L'intention de discriminer n'a même pas besoin d'être démontrée. Si l'impact de l'action ou de l'absence d'action a un impact négatif distinct sur un groupe protégé, il s'agit d'une discrimination⁶³.

Il est clair qu'un processus décisionnel différent et une norme différente ont été appliqués à l'exercice du choix de la salutation informelle par les élèves lorsque leur préférence découle de leur identité de genre. Il s'agit d'une discrimination. La question de savoir si le Ministère peut ou non justifier cela comme une limite raisonnable ou une contrainte excessive sera traitée dans cette section.

Le droit de l'enfant à la vie privée

Les modifications apportées à la politique 713 visent à demander au personnel enseignant de passer outre à la préférence de l'élève pour son prénom et ses pronoms préférés et de revenir au prénom figurant dans le registre officiel. Il est clair que cela impliquera la divulgation publique, sur une base continue, du prénom qui existe dans le registre officiel.

Je suis préoccupé par le fait que le Ministère n'ait pas examiné la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*⁶⁴. S'il l'avait fait, il aurait peut-être remarqué le fait gênant que le prénom figurant dans le registre officiel est considéré comme une information personnelle et confère à l'enfant un droit en matière de vie privée. Je note la formulation suivante à l'article 1 :

1 « renseignements personnels » Renseignements consignés concernant une personne physique identifiable, notamment : (personal information)

a) son nom;

c) son âge, son sexe, son orientation sexuelle et son état matrimonial ou familial;

Si l'élève ayant la maturité et la capacité de prendre une décision éclairée en ce qui concerne le prénom que le personnel de l'école lui donne en public, et souhaite révoquer ainsi son consentement à la divulgation publique du prénom et du genre figurant dans le dossier officiel, il semblerait que tout membre du personnel enseignant utilisant les informations contenues dans le dossier officiel dans un cadre scolaire puisse commettre une infraction à la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie*

⁶³Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears, 1985 CanLII 18 (CSC), [1985] 2 RCS 536. <<https://canlii.ca/t/1ftxx>>

⁶⁴*Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*, LN-B 2009, c R-10.6. <<https://canlii.ca/t/6dx5p>>

privée. Il ne s'agit pas là d'une simple spéculation, puisque la question a été soulevée dans le cadre de la législation albertaine sur la protection de la vie privée en utilisant des termes analogues.

Dans l'ordonnance qu'elle a rendue en 2016 au district scolaire public no 7 d'Edmonton, le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta a estimé que le District avait violé le droit à la vie privée d'une élève transgenre en l'appelant lors de la prise de présence par son nom légal à la naissance, qui était un nom typiquement masculin. L'arbitre a conclu que l'organisme public avait divulgué les informations personnelles de l'élève (son nom légal, son sexe et le nom de l'élève). Le fait que son identité de genre soit différente de son sexe à la naissance) en violation de la Freedom of Information and Protection of Privacy Act de l'Alberta (Loi sur la liberté de l'information et la protection de la vie privée). Les faits de l'affaire étaient que l'élève et ses parents avaient accepté que l'administration de l'école, lors de son entrée à l'école cette année-là, puisse informer le personnel qu'elle était transgenre, mais il leur a été demandé de garder cette information confidentielle et de ne pas la divulguer à l'ensemble des élèves et d'utiliser son prénom et ses pronoms préférés en classe. Le personnel enseignant a reçu une feuille de présence contenant ces informations. Cependant, le personnel enseignant de l'école utilise souvent un programme appelé Power Teacher pour prendre les présences et fournir des informations et les enseignant.e.s remplaçant.e.s utilisaient souvent ce système ou demandaient aux élèves de prendre les présences à leur place. Le système utilisait le nom légal de la jeune fille enregistré à la naissance. Elle ne l'avait pas encore légalement changé. À six reprises, son nom a été appelé de cette manière par différents membres du personnel enseignant. À une occasion, un membre du personnel enseignant a demandé à haute voix à l'élève de changer son nom légalement.

L'arbitre a conclu à une violation de l'article 40 de la loi, qui stipule que

40(1) Un organisme public ne peut divulguer des informations personnelles que

(b) si la divulgation ne constitue pas une atteinte déraisonnable à la vie privée d'un tiers en vertu de l'article 17,

(c) aux fins pour lesquelles les informations ont été collectées ou compilées ou pour une utilisation conformément à cet objectif

...

(4) Un organisme public ne peut divulguer des informations à caractère personnel que dans la mesure où cela est nécessaire pour permettre à l'organisme public de réaliser les objectifs décrits aux paragraphes (1), (2) et (3) de manière raisonnable.

Le décideur a estimé que la divulgation des renseignements personnels de l'étudiante de la manière décrite constituait une atteinte déraisonnable à sa vie privée, en violation de l'alinéa 40(1)b). La plaignante a admis que la divulgation pouvait avoir été faite à des fins compatibles avec le but de la collecte (confirmer l'assiduité), mais l'arbitre a reconnu qu'il y avait également eu violation du paragraphe 40(4) de la loi en ce que l'organisme public n'avait pas divulgué les renseignements aux fins prévues d'une manière raisonnable⁶⁵ [Notre traduction].

⁶⁵Je remercie ma collègue, l'Ombud, et son équipe pour la rédaction de ce résumé de l'affaire.

Les observations de l'Ombud me rappellent que la loi du Nouveau-Brunswick impose aux organismes publics (dont font partie les districts scolaires) l'obligation de n'utiliser les informations qu'aux fins pour lesquelles elles leur ont été communiquées. Comme le note l'Ombud dans son mémoire :

L'article 44 de la loi explique qu'un organisme public ne peut utiliser les renseignements personnels qu'aux fins pour lesquelles ils ont été recueillis ou compilés en vertu du paragraphe 37(1) ou (2) ou pour un usage compatible avec cette fin. Il explique également qu'un organisme public peut utiliser les renseignements personnels si l'individu qu'ils concernent a consenti à l'utilisation.

L'article 46 poursuit en expliquant qu'un organisme public ne peut divulguer des informations personnelles que si la personne concernée a consenti à la divulgation. Il peut également divulguer des informations personnelles aux fins pour lesquelles elles ont été collectées ou compilées en vertu du paragraphe 37(1) ou (2) ou pour une utilisation compatible avec cette fin. Dans le cas présent, les renseignements personnels de l'individu (c.-à-d. le prénom choisi, son identité de genre, ses pronoms) seraient recueillis par les responsables de l'école directement par les élèves transgenres ou non binaires ou par leurs parents, à des fins d'identification, d'assiduité, etc., de l'élève à l'école. Par conséquent, conformément aux articles 44(a) et 46(1)(b) de la loi, l'école serait autorisée à utiliser et/ou à divulguer les renseignements personnels de l'élève à ces mêmes fins.

L'utilisation et la divulgation du prénom préféré, de l'identité de genre et/ou les pronoms de l'élève à ses parents ne constitueraient probablement pas une utilisation ou une divulgation conforme à l'objectif de la collecte (c.-à-d. l'identification / l'assiduité de l'élève à l'école). Par conséquent, la loi n'autoriserait pas nécessairement cette utilisation ou cette divulgation comme le prévoit l'article 6.3.2 de la politique 713 [Notre traduction].

J'ai examiné l'application de l'article 79 de la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*, qui permet aux parents de consentir à la divulgation. En pratique, cette disposition ne s'appliquera pas toujours, car l'obligation pour le personnel enseignant d'utiliser publiquement le nom dans le dossier officiel s'applique lorsque le consentement parental n'a pas été demandé par l'élève, et l'école n'informerait pas les parents de la demande sans le consentement de l'élève, ce qui semble placer les écoles dans une situation sans issue. Même si les parents donnent leur consentement ou sont réputés donner leur consentement en fournissant à l'école le nom tel qu'il figure au dossier officiel, les souhaits d'une personne mineure mature dans cette affaire devront être pris en compte comme l'a conseillé la Cour suprême. L'annulation du refus explicite d'un mineur émancipé aura tendance à être déraisonnable. Comme dans le cas des personnes mineures matures et des procédures de santé, la Cour suprême a signalé qu'en matière d'identité, la nature personnelle donnera la primauté au consentement de la personne dont l'identité est en jeu. Il est difficile d'imaginer que l'enfant d'âge avancé et capable ne verra pas ses directives de consentement respectées. Je prends note des propos de la Cour suprême sur la vie privée et l'identité.

Ces préoccupations en matière de vie privée sont à leur plus fort lorsque des aspects de l'identité d'une personne sont en jeu, comme dans le cas des renseignements « relatifs au mode de vie d'une personne, à ses relations intimes ou à ses convictions politiques ou religieuses »: *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 517 et 518, le juge La Forest, cité avec approbation dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, au par. 62.

Il ne faut pas minimiser l'importance de ces préoccupations en matière de vie privée. Plusieurs commentateurs ont souligné que la vie privée est aussi nécessairement liée à de nombreux rapports humains fondamentaux. Comme C. Fried le dit, dans « Privacy » (1967-68), 77 *Yale L.J.* 475, aux pp. 477 et 478:

[TRADUCTION] Respecter et aimer les autres, leur faire confiance et ressentir de l'affection à leur égard, et nous considérer nous-mêmes comme étant l'objet d'amour, de confiance et d'affection sont au cœur de notre perception de nous-mêmes en tant que personnes parmi d'autres personnes, et la vie privée constitue l'élément ambiant nécessaire à ces attitudes et à ces actes, comme l'oxygène l'est pour la combustion. (...) Notre Cour a reconnu ces aspects fondamentaux de la vie privée dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, à la p. 293, où le juge Sopinka a affirmé au nom de la majorité:

Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la Charte protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. [Nous soulignons.]

Le fait que la vie privée soit essentielle au maintien de rapports de confiance a été souligné devant notre Cour dans les observations éloquentes que de nombreux intervenants en l'espèce ont présentées relativement aux dossiers de consultation. La relation thérapeutique est caractérisée par la confiance, dont un élément est la confidentialité. La protection de l'attente raisonnable du plaignant quant au respect du caractère privé de ses dossiers thérapeutiques préserve donc la relation thérapeutique.

(...)

Plusieurs intervenants en l'espèce ont souligné que la relation thérapeutique pouvait avoir des répercussions importantes sur l'intégrité psychologique du plaignant. La consultation aide une personne à se remettre de son traumatisme. Même la possibilité que ce caractère confidentiel soit violé affecte la relation thérapeutique. En outre, elle peut diminuer la volonté du plaignant de signaler le crime ou le dissuader carrément de recourir à la consultation. Nous estimons que ces préoccupations indiquent que la protection de la relation thérapeutique préserve l'intégrité mentale des plaignants et des témoins. Notre Cour a reconnu, à plusieurs reprises, que l'action de l'État qui nuit à l'intégrité mentale d'une personne porte atteinte à la sécurité de cette dernière: *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, aux par. 58 à 60; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux pp. 919 et 920, le juge Lamer; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1177, le juge Lamer; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, aux pp. 55 et 56, le juge en chef Dickson et, à la p. 173, le juge Wilson. Par conséquent, dans les affaires où une relation thérapeutique est compromise par la communication de dossiers privés, il y va de la sécurité de la personne en cause et non seulement de sa vie privée⁶⁶.

⁶⁶*R. c. Mills*, 1999 CanLII 637 (CSC), [1999] 3 RCS 668. <<https://canlii.ca/t/1fqkk>>

Je note que ces commentaires dans l'arrêt *Mills* découlent d'une affaire dans laquelle les dossiers d'un témoin concernant ses séances de thérapie étaient contraignants en vertu de la loi, et la loi a été contestée. Les commentaires de la Cour concernant la nature vitale des divulgations faites dans le cadre d'une relation de confiance peuvent s'appliquer aux attentes de l'enfant en matière de vie privée lorsque l'enfant se confie à un membre du personnel enseignant. Je note également que le droit mis dans la balance dans cette affaire était le droit de l'accusé, en vertu de l'article 7 concernant la justice fondamentale, de répondre pleinement lors du procès, sa liberté étant en jeu, un intérêt de liberté dont on peut dire qu'il est plus établi et plus impérieux que même les droits parentaux légitimes visés par la politique 713.

En bref, le Ministre ne peut pas élaborer une politique qui contredit la législation adoptée par l'Assemblée législative. En ordonnant au personnel scolaire de divulguer à plusieurs reprises le prénom et le genre de l'élève dans son dossier officiel, malgré ses objections, le Ministre a peut-être fait exactement cela et a exposé les écoles aux mêmes conséquences que le district scolaire de l'Alberta qui a morinommé une adolescente sans son consentement. Si l'élève révoque par écrit et en connaissance de cause, son consentement à la divulgation de son prénom et/ou de son genre dans le dossier officiel, je ne vois pas comment une école peut ignorer cette révocation sans conséquence juridique.

En ce qui concerne la vie privée de l'élève, je voudrais à nouveau noter que dans le cas de la politique 713, il n'est pas tout à fait clair que le désir de l'enfant de conserver une zone d'intimité, même vis-à-vis de ses parents, soit illégitime sur le plan juridique. Les jeunes sont en train de se forger une idée de leur propre personne et de se débattre avec leur identité. Comme le note le professeur A. Wayne MacKay (auquel je suis reconnaissant de m'avoir prodigué des conseils), les cas où l'enfant risque de se faire du mal, de faire du mal à autrui, ou lorsque l'enfant peut être engagé dans une responsabilité criminelle sont clairs et requièrent un avis aux parents⁶⁷. En ce qui concerne les questions plus personnelles, comme le note le professeur MacKay, les membres du personnel enseignant entretiennent une relation de confiance avec les enfants et briser cette confiance trop facilement peut détruire la confiance de l'enfant par rapport à l'école et même par rapport aux adultes en général. Le jugement du personnel enseignant pourrait bien être réglementé de manière trop stricte dans les modifications de la politique 713, qui ne prévoient aucune disposition concernant les observations du personnel enseignant sur l'enfant et sur ses besoins individuels, son état émotionnel et ses capacités.

Je note également la contribution de la Société médicale du Nouveau-Brunswick qui, dans son mémoire, a souligné le besoin des jeunes de disposer d'une certaine zone d'intimité pour réfléchir :

Notre jugement clinique, fondé sur des preuves et l'expérience, est que le processus visant à exiger le consentement des parents ou à orienter les élèves vers des professionnels pour obtenir ce consentement aura pour effet de pathologiser l'exploration normale de l'identité des enfants [Notre traduction].

⁶⁷A. Wayne MacKay, Lyle Sutherland, Jennifer Barnett, *Teachers and the Law*, 4^e édition, Toronto, Edmund Press, 2020, pp. 207-209.

Cette capacité à se confier à d'autres adultes de confiance, même si ces adultes de confiance ne sont pas leurs parents, est un rempart important contre les sentiments d'isolement et d'aliénation qui mettent plusieurs enfants transgenres en danger. Je voudrais également aborder un thème commun à la consultation, à savoir les citoyen.ne.s qui soutiennent les changements parce qu'ils sont mal à l'aise avec l'idée que le personnel enseignant puisse « dissimuler des secrets » aux parents. Comme l'indique un des mémoires :

C'est une pente très glissante. Cette question doit être examinée de manière plus globale, et ce que nous enseignons à nos enfants, c'est qu'il n'y a pas de mal à garder des secrets avec des adultes non formés. C'est une leçon extrêmement dangereuse, qui a des effets néfastes dans d'autres domaines que cette seule question et en dehors des écoles [Notre traduction].

Permettez-moi de dire d'emblée qu'en tant que parent, je comprends l'importance d'une relation de confiance entre le personnel enseignant et les parents. Je peux également comprendre le malaise intuitif à l'idée qu'un autre adulte, même un membre du personnel enseignant bien intentionné puisse recevoir des confidences de mon enfant qu'il ne souhaite pas partager avec moi.

Toutefois, je dirais qu'un.e professionnel.le qui respecte le droit à la vie privée d'une personne envers laquelle il ou elle a une responsabilité professionnelle ne garde pas de secrets pour les autres. Il ou elle reconnaît que ce n'est pas sa prérogative de partager ce secret. Si un.e client.e donne à un.e avocat.e 1 000 dollars sur son compte fiduciaire et que quelqu'un d'autre, même une personne de la famille, lui demande cet argent, l'avocat.e ne « cache » pas l'argent à la tierce personne. L'avocat.e respecte le fait que cet argent ne lui appartient pas. Nous ne pouvons pas garder ce qui ne nous appartient pas.

Comme nous l'avons vu, les élèves d'âge plus avancé ont une certaine attente en matière de respect de la vie privée. Un membre du personnel enseignant peut, et dans la plupart des cas doit explorer les raisons pour lesquelles l'enfant n'en parle pas à ses parents et encourager et faciliter cette communication vitale. Toutefois, le fait d'empêcher l'enfant de contrôler le processus peut, en vertu de la *Loi sur l'éducation*, constituer un manquement au devoir de professionnalisme, car les professionnel.le.s ne peuvent s'arroger le droit de révéler les secrets des personnes qui dépendent de leur jugement.

Les associations représentant les psychologues et les médecins scolaires ont souligné l'obligation professionnelle de respecter la relation de confiance avec les personnes prises en charge et le préjudice qui peut résulter de la rupture de cette confiance. En tant qu'avocat, je comprends cela. Les personnes qui consultent un.e avocat.e ont également droit au secret professionnel, et l'avocat.e qui le viole s'expose à de graves sanctions disciplinaires. En effet, un.e client.e doit pouvoir raconter à son avocat.e des détails, même s'ils sont embarrassants ou s'ils peuvent être préjudiciables. Parfois, un.e avocat.e ne peut pas donner des conseils appropriés ou représenter le client ou la cliente de manière compétente sans connaître tous les détails. Si un.e client.e, par exemple, doit dire à un.e avocat.e où se trouvent des preuves et que ces preuves découlent d'une activité qu'il ou elle souhaite cacher à un.e conjoint.e ou à un parent, l'avocat.e ne « cache » pas le secret au parent, à la conjointe ou au conjoint. L'avocat.e reconnaît ne pas être propriétaire des informations divulguées par le ou la client.e. Le personnel enseignant n'est pas soumis aux mêmes règles que les médecins ou les avocat.e.s, mais il entretient indéniablement une relation de confiance.

C'est l'une des raisons pour lesquelles je pense qu'il n'était peut-être pas judicieux que le Ministère supprime la directive claire demandant au personnel enseignant de ne pas divulguer des informations

privées concernant l'élève sans son consentement. Des lignes directrices claires pour les professionnel.le.s établissant la confidentialité sont un bon moyen de protéger la relation de confiance avec les parents. Si une personne mineure dont je suis l'avocat me confie avoir fait le mur après le couvre-feu et que ses parents me demandent ce qu'a fait l'enfant, je leur répondrai de manière honnête : « Je ne peux pas répondre à cette question ». En supprimant la directive claire (tout en continuant à dire officieusement qu'il ne veut pas qu'on dénonce les enfants), le Ministre a supprimé cette réponse honnête. Désormais, un membre du personnel enseignant n'a plus d'interdiction écrite de divulguer les confidences personnelles de l'élève, ce qui ne lui laisse que l'option de violer la confiance de l'enfant ou de donner aux parents une réponse qui brouille les pistes ou qui les trompe. Un membre du personnel enseignant ne doit pas volontairement tromper les parents ou aider l'élève à dissimuler quelque chose. C'est une règle avec laquelle je suis d'accord et qui gagnerait à être clarifiée. La véritable non-ingérence dans la famille consiste probablement à refuser d'aider l'enfant à tromper les parents et à refuser de divulguer les confidences de l'enfant aux parents. La réponse « Je ne peux pas répondre à cette question » peut être insatisfaisante, mais elle avait, avant les changements, l'avantage d'être honnête, et cet avantage qui existait avant les changements de politique n'existe plus.

En conclusion, j'estime que les modifications apportées à la politique 713 sont incompatibles avec le droit relatif à la protection de la vie privée. En outre, en n'offrant aucune définition de l'attente raisonnable de l'enfant en matière de vie privée, elles sont incompatibles avec l'intérêt supérieur des enfants. Le fait de fermer, au nom des droits parentaux, les espaces sûrs où les enfants peuvent exprimer leurs pensées ne tient pas compte du besoin des enfants d'âge plus avancé de disposer d'une certaine zone d'exploration privée.

Le droit de l'enfant aux mesures d'adaptation

Il convient de noter qu'en matière de mesures d'adaptation aux handicaps, la Cour suprême a affirmé que l'obligation de prendre des mesures d'adaptation s'applique à toute caractéristique qui est un motif protégé par la loi et qui peut nécessiter des mesures d'adaptation si elle constitue un obstacle à l'accès effectif à l'emploi.

Comme l'a à juste titre reconnu le Tribunal, pour établir à première vue l'existence de discrimination, les plaignants doivent démontrer qu'ils possèdent une caractéristique protégée par le Code contre la discrimination, qu'ils ont subi un effet préjudiciable relativement au service concerné et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable. Une fois la discrimination établie à première vue, l'intimé a alors le fardeau de justifier la conduite ou la pratique suivant le régime d'exemptions prévu par les lois sur les droits de la personne. Si la conduite ou pratique ne peut être justifiée, le tribunal conclura à l'existence de la discrimination.

Personne ne conteste que la dyslexie dont Jeffrey est atteint constitue une déficience. Il ne fait également aucun doute que tout effet préjudiciable qu'il a pu subir est lié à son appartenance au groupe en cause. La question à trancher consiste donc à se demander si l'on a sans justification raisonnable privé Jeffrey, en raison de la déficience dont il est atteint, de l'accès aux services d'éducation générale destinés au public en Colombie-Britannique, accès qui doit être « concret » : Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 624, par. 71; Université de la Colombie-Britannique c. Berg, [1993] 2 R.C.S. 353, p. 381382. (Voir aussi Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal

(Ville), [2000] 1 R.C.S. 665, par. 80; Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc., [2007] 1 R.C.S. 650, par. 121 et 162; A. Wayne MacKay, « Connecting Care and Challenge : Tapping Our Human Potential » (2008), 17 E.L.J. 37, p. 38 et 47.)

La mission et les objectifs de l'éducation publique en ColombieBritannique durant la période pertinente aident à répondre à cette question. Comme c'est le cas pour de nombreux services publics, les politiques en matière d'éducation envisagent souvent l'atteinte par les élèves de certains résultats. Cependant, l'analyse requise ne prend pas fin du seul fait qu'un élève particulier n'a pas atteint un résultat donné. Dans certains cas, il se peut fort bien que le gouvernement ait fait le nécessaire pour fournir aux élèves l'accès au service, mais que les résultats escomptés n'aient malgré tout pas suivi. En outre, des documents d'orientation tendent à exprimer des aspirations et ne reflètent pas toujours des objectifs réalistes. En conséquence, il convient de faire preuve d'une certaine déférence envers les gouvernements et les administrateurs dans la mise en œuvre de telles politiques générales exprimant des aspirations.

Toutefois, si la preuve démontre que le gouvernement n'a pas su réaliser la mission et les objectifs de l'éducation publique et que, pour cette raison, l'élève donné a été privé de l'accès concret à ce service pour un motif protégé, le tribunal est alors justifié de conclure qu'il y a discrimination à première vue⁶⁸.

La décision Moore a vu la Cour suprême établir clairement qu'il est du devoir des gouvernements de fournir des services pour permettre aux étudiants de surmonter tout obstacle qui pourrait les empêcher d'avoir un « accès significatif » à tous les résultats établis pour l'éducation publique, ce qui signifie les accommodations nécessaires pour atteindre leur plein potentiel. L'adaptation n'est pas seulement une obligation légale lorsqu'elle répond à un handicap. Elle est aussi pertinente pour l'examen de la politique 713.

Dans l'affaire *Moore*, la Cour a affirmé que le droit aux mesures d'adaptation ne s'appliquait pas seulement aux accommodements pour cause de handicap, mais que le même principe s'appliquait aux motifs énumérés à l'article 15 de la *Charte* et à toute caractéristique susceptible de répondre au test du « motif analogue » appliqué dans l'affaire *Vriend c. Alberta*. Au minimum, il s'agirait presque certainement de motifs énumérés dans les lois canadiennes sur les droits de la personne. Ainsi, l'inclusion nécessitera probablement une analyse des mesures d'adaptation nécessaires aux élèves dont les obstacles découlent de leur statut de nouveaux arrivants, d'élèves issus de la diversité de genre ou de leur condition sociale. Ainsi, l'inclusion exigera une certaine analyse des aménagements dont ont besoin les étudiants dont les obstacles découlent de leur statut de nouveaux arrivants, d'étudiants de genres divers ou qui ont des obstacles découlant de leur condition sociale. Les questions à poser seraient semblables à celles posées dans le cadre des mesures d'adaptation pour les personnes ayant un handicap. Le Nouveau-Brunswick a déjà fourni une orientation progressive dans ces domaines grâce à des mesures telles que la reconnaissance des besoins culturels des Premières Nations à l'article 10 de la *Loi sur l'éducation*, le soutien des élèves 2SLGBTQIA+ et les programmes conçus pour aider les nouveaux Canadien.ne.s. Les étapes restent similaires - toute caractéristique personnelle qui présente des obstacles à la réalisation du plein potentiel de l'élève dans les services éducatifs disponibles pour ses pairs doit être identifiée et les

⁶⁸*Moore c. ColombieBritannique (Éducation)*, 2012 CSC 61 (CanLII), [2012] 3 RCS 360, aux para 33-36.
<<https://canlii.ca/t/ftp17>>

efforts documentés pour montrer que les membres du personnel enseignant ont cherché à fournir ces mesures d'adaptation.

Les jeunes transgenres, ainsi que leurs parents, ont présenté des observations personnelles dans le cadre de cet examen, indiquant que le respect de leur autonomie dans le choix des prénoms et des pronoms, et le fait de donner cet exemple à leurs pairs, sont essentiels pour leur permettre d'accéder pleinement aux services éducatifs et de participer à la vie de la communauté scolaire. Selon les témoignages recueillis lors d'entretiens, l'assentiment social que le morinomage donne à l'intimidation et au harcèlement constitue un obstacle à leur pleine participation à l'école.

Le fait que l'on puisse me retirer ma sécurité. Je rentre à l'école secondaire en septembre et je ne sais pas encore qui est en sécurité [Notre traduction].

- Élève

L'animosité s'est multipliée par dix sans que l'on s'en aperçoive. C'est inquiétant chaque fois que je sors de chez moi. Le monde est plus hostile maintenant [Notre traduction].

- Jeune diplômé.e transgenre

L'intimidation s'est intensifiée au cours des huit dernières semaines et est insupportable. On dit régulièrement à mon enfant de se suicider et de quelle manière le faire. Il y a une attitude qui encourage la provocation et on tolère que les gens disent de telles choses. On suit mon enfant dans le stationnement, en ville, sur les médias sociaux, à l'école. Il y a aussi le vitriol qui nous vise en tant que parents. On m'a traitée de pédophile, de toiletteuse. On m'a dit qu'il fallait me tirer dessus et me pendre du haut d'un pont. Cela fait des ravages et pèse lourdement sur moi en tant que parent ; j'ai peur de regarder mon téléphone. Je ne sais pas si mon enfant et ses amis peuvent aller quelque part en toute sécurité - chaque fois que je les vois partir, je crains pour leur sécurité. [Notre traduction].

- Mère

Les enfants vont se cacher, sécher l'école, s'isoler socialement et utiliser des mécanismes d'adaptation malsains [Notre traduction].

- Parent

La perception publique des personnes transgenres variait d'une nouveauté à un jeu de mots dans les films... et même à une abomination. Tout ce que je pouvais faire, c'était me cacher. J'ai plongé dans l'obscurité pendant une grande partie de ma vie... et, à première vue, j'ai pu passer pour une personne en colère et misanthrope, mais personne ne savait que j'étais une femme, en proie à une grande souffrance intérieure. Cela m'a également conduite à avoir plus d'une fois des idées suicidaires au cours de ma vie (cinq fois au total... deux d'entre elles ont abouti à des

tentatives réelles). Si des mesures de soutien telles que la politique 713 (originale) avaient existé, je n'aurais peut-être pas souffert autant que je l'ai fait. J'espère que les plus jeunes n'auront pas à souffrir [Notre traduction].

- *Adulte trans*

Ces témoignages sur les préjudices et les traumatismes sont étayés par des conseils d'experts. Des docteurs du Réseau de santé Vitalité ont déclaré dans une entrevue que la « perte d'autonomie et de contrôle » qui découle du morinomage augmente le risque de décrochage scolaire, de victimisation et la suicidalité. Bien qu'ils aient exprimé leur sensibilité aux préoccupations des parents et qu'ils aient aidé les professionnels à explorer des moyens d'encourager la connexion parent-enfant, ils ont également déclaré qu'une approche de réduction des méfaits dicterait de ne pas le faire en infligeant du mal aux enfants en leur enlevant leur autonomie, leur dignité et leur sentiment d'appartenance à la communauté scolaire. La Société médicale du Nouveau-Brunswick note que :

- a) *La Politique révisée est préjudiciable à l'exploration normale, étape nécessaire à la construction de l'identité.*
- b) *Elle s'oppose au principe scientifique selon lequel le développement de l'enfant dépend d'une variété de systèmes qui sont responsables du soutien et de la validation de l'exploration.*
- c) *Elle contredit l'importance de respecter les souhaits et le rythme personnel de l'enfant, avec qui et comment il souhaite exprimer tous les aspects de son identité.*
- d) *Cela pourrait empêcher l'enfant de disposer d'une variété d'espaces sûrs pour explorer son identité.*
- e) *Cela pourrait retarder le développement ou même encourager le verrouillage de l'identité au lieu de l'exploration normale et de l'engagement éventuel en faveur d'une identité claire.*
- f) *Ces changements nuisent au développement normal de tous les enfants⁶⁹ [Notre traduction].*

Si l'identité de genre de l'élève et la stigmatisation et l'aliénation qui l'accompagnent souvent constituent un obstacle à son accès concret à l'éducation et que le respect de son autonomie dans le choix des prénoms et pronoms dans ses interactions quotidiennes y contribue, alors les mesures d'adaptation doivent être fournies. À tout le moins, l'école doit vraisemblablement évaluer les besoins individuels de l'élève et peser les avantages de la mise en place de telles mesures par rapport aux problèmes compensatoires soulevés par l'absence de participation des parents. Même si la politique 713 révisée a une préoccupation légitime en demandant à l'école de prendre en compte les avantages de la participation des parents, elle interdit de manière générale d'utiliser le prénom et les pronoms de l'enfant de manière informelle, même si les psychologues et les travailleuses et travailleurs sociaux qualifiés déterminent que les mesures d'adaptation sont nécessaires. Ainsi, la nature hyper-prescriptive de la

⁶⁹Mémoire de la Société médicale du Nouveau-Brunswick au Défenseur des enfants et des jeunes, p. 8.

modification pourrait être sa perte sur le plan juridique. Il est irrationnel d'orienter les enfants vers des psychologues scolaires et de restreindre ensuite la capacité de l'école à suivre les conseils des psychologues. Il s'agit d'un cycle absurde qu'il sera difficile de justifier.

Comme l'a souligné la Commission ontarienne des droits de la personne : « Il n'existe pas de formule toute faite pouvant s'appliquer aux personnes qui pourraient nécessiter des mesures d'adaptation en raison de leur identité sexuelle ou de l'expression de leur identité sexuelle. Chaque personne a des besoins uniques qui doivent être pris en compte lorsque des mesures d'adaptation sont demandées⁷⁰. » En vertu de la *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick, les écoles, en tant que prestataires de services, ont l'obligation légale, sur le plan de la procédure et du fond, de répondre aux besoins des élèves en raison de leur identité ou de leur expression de genre, à moins que cela n'entraîne une contrainte excessive.

Un contrepoint soulevé par un parent d'enfant transgenre et par l'un des mémoires de groupe que nous avons examinés mérite d'être pris en considération. Ces contributions m'ont demandé d'examiner la proposition selon laquelle la transition sociale (l'acte de changer la présentation publique de l'identité de genre en changeant de prénom, de pronoms, de vêtements et d'apparence) est en soi une intervention médicale ou psychologique, qui ne devrait être effectuée que par des professionnels de la médecine ou de la santé mentale en vertu de ces règles de consentement. Selon cet argument, les membres du personnel enseignant qui acceptent de changer le prénom et les pronoms de l'enfant conformément à ses souhaits effectuent une procédure qui dépasse le cadre de leur formation et de leur pratique et contournent le processus de consentement médical des personnes mineures.

Pour que cet argument soit accepté, il faudrait admettre que la transition sociale n'est pas une mesure d'adaptation scolaire, mais la première étape d'un processus médical qui n'a pas sa place dans une école. Comme l'a fait valoir un groupe dans son mémoire :

La transition sociale entre les genres est une intervention psychologique sérieuse qui peut modifier la vie des enfants. Elle peut avoir des effets psychologiques durables, faisant passer ce qui aurait pu être une courte période d'exploration de soi à un niveau plus élevé, caractérisé par une lutte ou une adversité mentale et physique à long terme. Lorsque les politiques scolaires exigent que le personnel enseignant et les autres membres du personnel scolaire participent à la transition sociale des élèves, il est plus probable que cela conduise à une transition médicale que l'on peut regretter par la suite. La transition sociale à l'école peut rendre difficile le fait de délaisser l'identité de genre, lorsque les enfants changent d'avis, et il existe actuellement peu de soutiens en place qui présentent cette option comme viable. Plusieurs personnes détransitionnistes ont du mal à se réintégrer après avoir abandonné leur identité transgenre et sont rejetées par les personnes dont elles étaient les plus proches quand elles s'identifiaient comme transgenres. Compte tenu de l'énormité de la transition sociale liée au genre, il convient de souligner que les enfants âgés de quatre ans à peine n'ont pas la capacité de comprendre ses impacts potentiels à long terme. Comme l'indique clairement l'article 5 de la CNUDE, il est de la responsabilité, du droit et du devoir des parents de fournir ces conseils à leur enfant.

⁷⁰Politique sur la prévention de la discrimination fondée sur l'identité sexuelle et l'expression de l'identité sexuelle, en ligne : Commission ontarienne des droits de la personne, 14 avril 2014, p.28, <[https://www.ohrc.on.ca/fr/politique-sur-la-pr%C3%A9vention-de-la-discrimination-fond%C3%A9e-sur-l%E2%80%99identit%C3%A9-sexuelle-et-l%E2%80%99expression-de-l-](https://www.ohrc.on.ca/fr/politique-sur-la-prevention-de-la-discrimination-fond%C3%A9e-sur-l%E2%80%99identit%C3%A9-sexuelle-et-l%E2%80%99expression-de-l-)>.

Enseigner et appliquer dans les écoles des pratiques qui créent des secrets, en particulier vis-à-vis des parents de l'enfant, va à l'encontre de la protection. Ce processus n'enseigne pas seulement aux enfants vulnérables qu'il est acceptable de garder des secrets vis-à-vis de leurs parents, mais il demande également au personnel enseignant et scolaire de modéliser cette pratique, ce qui est une pratique de protection extrêmement médiocre. Cette confusion des limites peut également rendre les enfants plus vulnérables aux personnes et situations prédatrices. L'implication des parents est nécessaire lorsque l'enfant souhaite changer de prénom ou de pronoms et effectuer une transition sociale. Les modifications apportées à la politique 713 constituent une bonne approche, permettant à l'enfant d'explorer son identité de genre, d'améliorer la protection et de garantir le respect des droits et des responsabilités des parents à l'égard de l'enfant. Toute démarche de transition sociale de l'enfant sans l'autorisation de ses parents est totalement inacceptable et doit donner lieu à des mesures disciplinaires⁷¹ [Notre traduction].

Je dois également noter que, bien que la plupart des parents d'enfants transgenres du Nouveau-Brunswick se soient opposés aux changements de politique, une mère a soutenu les changements pour des raisons similaires, à savoir que la transition sociale de son enfant était la première étape de la transition médicale et bien qu'elle l'aimait et l'appuyait, elle ne pensait pas que l'école aurait dû entamer ce processus sans elle.

J'ai sérieusement réfléchi à cette proposition dans le cadre de cet examen. Il y a quatre raisons pour lesquelles je ne pense pas que la pratique consistant à accepter les préférences de l'enfant mature en matière de prénom et de pronom soit une intervention médicale dépassant le champ d'action des écoles, et pour lesquelles je pense qu'il s'agit d'une intervention d'éducation inclusive que les écoles ont le devoir de fournir lorsqu'elle aide l'élève à accéder à des services éducatifs conformément au test établi dans l'affaire *Moore*.

Le premier est un simple problème de logique dans l'argumentation. Si la décision d'un membre du personnel enseignant de respecter le choix de l'élève en matière de prénom et de pronoms constitue une intervention médicalisée, il en va de même pour la décision de refuser de respecter ce choix. La décision a le même poids, quel que soit le résultat. Je pense qu'il est logiquement impossible d'affirmer qu'une équipe scolaire n'a pas les qualifications requises pour respecter le prénom et les pronoms de l'élève, mais qu'elle est en même temps éminemment qualifiée pour les rejeter.

Deuxièmement, je pense que cet argument confond corrélation et causalité. Comme le dit le proverbe, le dîner suit généralement le déjeuner, mais le déjeuner n'est pas la cause du dîner. Il est logique que les élèves qui effectuent une transition sociale soient plus susceptibles que les élèves qui ne le font pas de prendre des décisions médicales plus importantes et permanentes. Cela s'explique par le fait que la transition sociale est le lieu naturel d'exploration parce qu'elle n'est pas permanente, et que les personnes qui ne font pas de transition sociale sont probablement celles qui n'ont aucun intérêt à faire de transition du tout. Je pense que les personnes qui testent des voitures sont plus susceptibles d'en acheter une que celles qui n'ont aucun intérêt à regarder des voitures, mais les tests de conduite ne sont pas une cause irrévocable d'achat. (Je pourrais également faire remarquer que l'une des faiblesses de la modification de la politique 713 est que, si l'élève reçoit le consentement de ses parents pour effectuer une transition

⁷¹Mémoire de Our Duty Canada, pp. 3-4.

sociale avec un nouveau prénom et de nouveaux pronoms, et souhaite ensuite revenir à son ancienne identité de genre, la nouvelle politique semblerait suggérer que le consentement de ses parents est à nouveau nécessaire pour effectuer une détransition sociale, parce que l'élève n'est plus responsable. Le fait d'être trop prescriptif entraîne des conséquences inattendues).

Troisièmement, cet argument ne tient pas compte de la réalité des interventions éducatives. De nombreuses situations nécessitant des mesures d'adaptation pédagogiques à l'école présentent également d'autres qualités qui requièrent d'autres mesures d'adaptation de la part d'autres spécialistes comme des médecins et des psychologues. Cela ne nécessite pas une approche « tout ou rien » où aucun membre du personnel de l'école ne peut mettre en place les mesures d'adaptation qu'il ou elle peut offrir. Bien entendu, même les attentions et les plus élémentaires comportent toujours une composante de santé mentale. Une élève qui tombe enceinte aura certainement besoin d'un avis médical. Toutefois, le personnel enseignant de l'école peut lui apporter leur soutien et leur bienveillance, notamment en ne la jugeant pas, en lui apportant un confort physique dans son environnement d'apprentissage et en la protégeant de l'intimidation et des humiliations. Oui, le résultat de l'élève sera affecté par la bienveillance ou la cruauté du personnel enseignant, mais cela ne signifie pas que le bon choix n'est pas à la portée du personnel enseignant. Les élèves qui ont des besoins complexes, qui se trouvent sur le spectre autistique, qui sont sourds ou qui souffrent de TDAH peuvent consulter des médecins et des psychologues. À l'école, ces élèves bénéficient également des mesures d'adaptation que l'école peut accepter de mettre en place, souvent sur la base des recommandations de ces médecins et psychologues. Quel directeur ou directrice d'école n'a pas, de temps en temps, fait preuve d'une attention particulière ou offert un soutien et une orientation à l'élève en état de crise du fait de la dépression ou l'anxiété, non pas parce que le directeur ou la directrice se prenait pour un médecin, mais parce qu'il ou elle était là lorsque l'élève avait besoin d'une personne bienveillante et attentionnée ?

Enfin, si l'accommodement de base consistant à respecter l'autonomie de l'élève en matière de changement de prénom et de pronom est une intervention médicalisée, ce n'est pas une conclusion qui a été adoptée par la communauté médicale actuelle du Nouveau-Brunswick. La communauté médicale du Nouveau-Brunswick insiste sur le fait que le personnel enseignant et les autres adultes faisant preuve de bienveillance au sein de l'école ont un rôle à jouer, tout comme lorsqu'il leur faut répondre aux multiples besoins individuels des enfants. Je cite à nouveau le mémoire de la Société médicale du Nouveau-Brunswick :

On doit reconnaître que les enfants et les jeunes sont des êtres humains à part entière et, par définition, on doit les considérer en plein développement. L'enfant dépend de tous les systèmes qui l'entourent et l'affectent. Son développement est donc vulnérable à ces environnements. Les données soutiennent la notion clinique partagée de coresponsabilité des différents systèmes pour offrir un soutien au bon développement de l'enfant. Idéalement, ces systèmes n'ont pas nécessairement le même objectif, mais sont complémentaires.

Dans l'intérêt supérieur de l'enfant, toutes les étapes normales de son développement doivent être respectées et validées afin que l'enfant puisse atteindre tout son potentiel. Les spécialistes en développement soulignent que toute exploration de l'identité de genre ou de l'orientation sexuelle fait partie intégrante d'un développement sain et que le rythme de chaque enfant doit être respecté.

La nécessité pour les enfants et les jeunes de s'exprimer librement, authentiquement et en toute sécurité est impérative pour une société saine.

- *La Politique révisée est préjudiciable à l'exploration normale, étape nécessaire à la construction de l'identité.*
- *Elle sape le principe scientifique selon lequel le développement de l'enfant dépend d'une variété de systèmes qui sont responsables du soutien et de la validation de l'exploration.*
- *Elle contredit l'importance de respecter les souhaits et le rythme personnel de l'enfant, avec qui et comment l'enfant souhaite exprimer tous les aspects de son identité.*
- *Cela pourrait empêcher l'enfant de disposer d'une variété d'espaces sûrs pour explorer son identité.*
- *Cela pourrait retarder le développement ou même encourager le verrouillage de l'identité au lieu de l'exploration normale et de l'engagement éventuel en faveur d'une identité claire. Ces changements nuisent au développement normal de l'ensemble des enfants⁷²*
[Notre traduction].

Cette opinion n'est pas non plus partagée par les psychologues scolaires du Nouveau-Brunswick, comme l'indique leur mémoire :

Notre association est particulièrement préoccupée par le projet d'orienter les élèves transgenres et de diverses identités de genre vers des spécialistes de la santé mentale (par exemple, des psychologues scolaires, les travailleuses et travailleurs sociaux de l'école) pour les aider à impliquer leurs parents. Exiger des élèves de consulter des spécialistes dans ces situations pathologise l'identité de genre, accroît la stigmatisation et peut amener les enfants et les jeunes à croire que quelque chose ne va pas parce qu'on essaie de vivre de manière authentique en tant que soi-même
[Notre traduction].

Elle n'est pas non plus partagée par l'équipe de soins de santé communautaires du Réseau Horizon, qui écrit dans son mémoire :

Des études montrent que l'utilisation des prénoms et pronoms demandés améliore considérablement la santé mentale des élèves transgenres et encourage l'ensemble des élèves à respecter l'identité de leurs pairs [Notre traduction].

Elle n'est pas non plus partagée par les médecins en pédiatrie et en santé mentale des jeunes du Réseau Vitalité, qui ont déclaré en entretien :

La totalité des enfants de diverses identités de genre n'a pas besoin d'interventions en matière de santé mentale, car il ne s'agit pas d'une maladie mentale. Nous suivons l'enfant là où l'enfant se trouve [Notre traduction].

Elle n'est pas non plus partagée par les travailleuses et travailleurs sociaux, qui considèrent que la décision a des répercussions alors qu'il y a consensus au sein des spécialistes :

D'innombrables études ont montré que l'affirmation peut compenser les effets psychologiques négatifs de l'oppression sociale et qu'elle est un facteur prédictif de taux de dépression plus faibles

⁷²Mémoire de la Société médicale du Nouveau-Brunswick au Défenseur des enfants et des jeunes, pp. 2-5.

et de niveaux d'estime de soi plus élevés, alors que l'absence d'affirmation est associée à des taux plus élevés de dépression et d'idées suicidaires⁷³.

Une fois de plus, ce consensus professionnel pose un problème opérationnel et juridique au Ministère. J'ai abordé le problème opérationnel - la nouvelle politique dépend de l'expertise des psychologues et des travailleuses et travailleurs sociaux dont l'avis sans équivoque est que la Politique ne fonctionne pas et que des principes déontologiques les obligent à ne pas la suivre. Comme l'a déclaré un psychologue expérimenté,

Un.e psychologue qui commence un traitement en refusant de respecter le choix des patient.e.s quant à leur prénom sera confronté à des questions relatives à sa compétence professionnelle.

Il est difficile de concevoir en quoi il est sage, sur le plan opérationnel, de fonder une politique sur l'aiguillage vers des spécialistes qui ne peuvent appliquer cette politique pour des raisons de déontologie. Je voudrais souligner que du point de vue du droit, le Ministre ne peut pas utiliser la Politique pour outrepasser le droit statutaire, et l'établissement de codes déontologiques par les organismes professionnels se fait sous l'autorité de la loi.

Même si le Ministère insiste sur le fait qu'il est utile d'amener les élèves à rencontrer des professionnels.le.s qui ne sont pas d'accord avec le processus et qui l'ignoreront, la formulation de la nouvelle politique 713 dans cette directive pose un problème immédiat au regard de la *Charte* :

S'il n'est pas possible d'obtenir le consentement des parents, l'élève sera orienté vers le professionnel approprié (par exemple, l'assistant social de l'école, le psychologue de l'école) pour travailler avec lui à l'élaboration d'un plan pour parler à ses parents si et quand ils sont prêts à le faire. [Nous soulignons.]

Si l'enfant a droit à des mesures d'adaptation et que la substance de ces définitions dépend de l'avis de spécialistes, j'ai de sérieuses réserves quant à l'utilisation d'un langage qui limite d'emblée la portée du traitement et de l'avis des spécialistes. Une formulation qui restreint la liberté des spécialistes d'explorer tous les domaines des besoins de l'enfant et impose d'aviser les parents semble être une violation *prima facie* du droit de l'enfant aux mesures d'adaptation. Le devoir des spécialistes et du Ministère en matière d'adaptation est envers l'enfant, et non envers les parents, et le Ministère ne peut pas demander aux spécialistes de répondre au désir des parents de savoir avant d'évaluer les besoins de l'enfant sans limites préétablies.

En outre, les spécialistes affirment désormais que la première mesure d'adaptation recommandée est de respecter le prénom et l'autonomie de l'enfant lorsque la capacité de l'enfant est avérée, ce qui signifie que l'école doit fournir cette mesure d'adaptation sous peine d'être immédiatement en violation de la *Charte*.

Le fait que l'enfant sera soumis à un processus bureaucratique et gouvernemental, ce qui lui causera de l'incertitude, de l'embarras et l'aliénation d'adultes de confiance, le tout devant être envoyé à un professionnel qui fera immédiatement la seule chose que le gouvernement prétend qu'il essayait d'éviter vraiment fait que les modifications apportées à la politique 713 semblent performatives plutôt qu'efficaces.

⁷³ATTSNB, *supra* p.3.

Si on me demandait de définir la limite entre une intervention médicale et une mesure d'adaptation en milieu scolaire, je ferais confiance au consensus des médecins et des psychologues scolaires. J'invite les responsables politiques à faire de même. Aux fins du présent examen, la conclusion est que les modifications apportées à la politique 713 limitent les droits légaux de l'enfant à l'égalité, à la vie privée et aux mesures d'adaptation et constituent une violation *prima facie* non seulement des conditions statutaires de la *Loi sur les droits de la personne*, de la *Loi sur l'éducation* et de la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*, mais aussi des droits de l'enfant en vertu des articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'argumentaire gouvernemental en faveur de limites raisonnables aux droits de l'enfant

La Cour suprême du Canada a défini le cadre permettant de décider si une politique, même si elle est discriminatoire, est légitime dans les circonstances. L'organisation qui instaure la politique a l'obligation légale de démontrer, selon la prépondérance des probabilités (c'est-à-dire qu'il est plus probable qu'improbable), que l'exigence est légitime dans les circonstances :

1. Qu'elle a été adoptée dans un but qui est rationnellement lié à la fonction exercée (par exemple, l'éducation)⁷⁴ ;
2. Qu'elle a été adoptée en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire à la réalisation de son objet, et sans qu'il y ait eu l'intention de faire de preuve de discrimination⁷⁵ ; et
3. Qu'elle est raisonnablement nécessaire pour atteindre son but ou son objectif, en ce sens qu'il est impossible pour l'organisation d'accommoder les personnes faisant l'objet d'une discrimination sans que l'organisation subisse un préjudice injustifié⁷⁶.

Comme je l'ai indiqué, ces critères présentent une certaine similitude avec le critère de l'arrêt *Oakes*, et je me pencherai également sur les questions de l'atteinte minimale et de la proportionnalité, car elles me permettront d'examiner les forces et les faiblesses opérationnelles des modifications apportées à la politique 713 et d'envisager d'autres moyens que le Ministère aurait pu envisager pour atteindre son objectif légitime de maximiser la participation et le soutien des parents dans les décisions concernant les enfants.

En fin de compte, l'organisation - tel que le ministère de l'Éducation - qui souhaite justifier une exigence, une règle ou une norme discriminatoire doit démontrer que des mesures d'adaptation ont été incorporées dans la norme au point de constituer une contrainte excessive. Cela signifie que l'exigence a été conçue pour garantir que les besoins individuels aient été pris en compte, sans que cela ne constitue une contrainte excessive.

⁷⁴*Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, 1999 CanLII 652 (CSC), [1999] 3 RCS 3, au para 57 <<https://canlii.ca/t/1fgk0>>

⁷⁵*Ibid* au para 60.

⁷⁶*Ibid* au para 74.

La charge de la preuve du préjudice injustifié incombe à l'organisation discriminante, qui ne peut l'établir en s'appuyant sur des preuves anecdotiques ou des justifications a posteriori⁷⁷. Si une décision prise par un organe administratif a une dimension liée aux droits de la personne, le degré de déférence qu'un tribunal est prêt à accorder à la décision est généralement moindre⁷⁸.

Je pense qu'il s'agit d'une analyse importante, non seulement parce que le coût humain d'une mauvaise politique est élevé, mais aussi parce que la Province et ses fonctionnaires pourraient voir leur responsabilité juridique engagée s'il s'avère qu'ils ont mis en œuvre des politiques discriminatoires après avoir été informé.e.s de ce risque, en particulier sans avoir démontré que des solutions de rechange raisonnables avaient été envisagées. L'organisation qui établit des conditions discriminatoires, en l'occurrence le ministère de l'Éducation, et les personnes qui mettent en œuvre cette discrimination, en l'occurrence les membres du personnel enseignant ou administratif de l'école, peuvent être tenues conjointement responsables dans le cadre d'une plainte pour violation des droits de la personne. Une personne commet une infraction punissable en vertu de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales* si elle viole ou ne respecte pas divers articles de la *Loi sur les droits de la personne*⁷⁹. Toutefois, la *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick protège contre les représailles une personne qui refuse d'exercer une discrimination à l'encontre d'une autre personne⁸⁰. Ces considérations doivent être prises en compte lors de l'élaboration de toute politique impliquant une discrimination potentielle. En outre, la responsabilité et la culpabilité des écoles en ce qui concerne le harcèlement entre pairs sont bien fondées en droit, ce qui entraîne une obligation positive pour les écoles de prévenir la discrimination et le harcèlement fondé sur le genre ou l'orientation sexuelle⁸¹. Le Ministère n'a apparemment pas pris en compte les ramifications juridiques de ses changements de politique et a laissé le personnel enseignant et administratif dans une situation de vulnérabilité juridique.

Comme l'a déclaré le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique il y a quatre ans :

*[TRADUCTION] Nous vivons une période importante pour les personnes transgenres et les personnes issues de la diversité de genre. Leur long combat pour l'égalité porte ses fruits, car la société commence à modifier sa conception traditionnellement statique et binaire du genre, ainsi que sa tolérance à l'égard des personnes qui s'identifient et expriment leur genre de manière authentique*⁸².

Comme je l'ai dit au début, je crois le gouvernement sur parole lorsqu'il affirme qu'il n'avait pas l'intention de violer les droits humains de qui que ce soit. Si ma confiance est justifiée et que le Ministère peut

⁷⁷*Buttar v. Halton Regional Police Services Board*, 2013 HRTO 1578 (CanLII), au para 132. <<https://canlii.ca/t/g0nj9>>

⁷⁸*Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86 (CanLII), [2002] 4 RCS 710 <<https://canlii.ca/t/1g2w6>>; *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, 1996 CanLII 237 (CSC), [1996] 1 RCS 825. <<https://canlii.ca/t/1frbq>>

⁷⁹*Loi sur les droits de la personne*, LRN-B 2011, c 171, art 25 <<https://canlii.ca/t/6bnnz>>; *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, LN-B 1987, c P-22.1. <<https://canlii.ca/t/6dhx3>>

⁸⁰*Loi sur les droits de la personne*, LRN-B 2011, c 171, art 11. <<https://canlii.ca/t/6bnnz>>

⁸¹*School District No. 44 (North Vancouver) c. Jubran*, 2005 BCCA 201 (CanLII). <<https://canlii.ca/t/1k376>>

⁸²*Oger c. Whatcott (No. 7)*, 2019 BCHRT 58 (CanLII), au para 60. <<https://canlii.ca/t/hzdgk>>

satisfaire au critère de la « bonne foi », ses responsables montreront de l'intérêt pour des discussions raisonnées sur ces questions :

- Les changements de politique fonctionneront-ils réellement?
- Y a-t-il eu d'autres moyens moins intrusifs d'atteindre leur objectif qui n'ont pas été envisagés?
- Les dommages causés aux enfants l'emporteront-ils sur les avantages de l'implication des parents?

Cela fonctionnera-t-il ? - Le test du « lien rationnel »

L'objectif des modifications apportées à la politique 713 est d'accroître la participation des parents à la prise de décision des enfants lorsqu'il n'y a pas de risque de préjudice pour l'enfant. Le moyen choisi - en fait, le seul changement majeur proposé pour soutenir cet objectif - est l'interdiction pour le personnel de l'école de respecter les souhaits de l'enfant concernant le prénom et les pronoms utilisés de manière informelle jusqu'à ce que l'enfant implique les parents et obtienne leur consentement. Ce refus sera appliqué même dans le cas d'élèves de moins de 16 ans qui peuvent démontrer leur maturité et leur capacité à prendre des décisions.

Pour prouver l'existence d'un lien rationnel, le Ministère devrait donc croire et démontrer que le refus de ces demandes de mesures d'adaptation informelles peut raisonnablement entraîner une augmentation du nombre d'enfants changeant d'identité de genre et impliquant volontairement leurs parents. La charge de la preuve n'exige pas du Ministère qu'il fasse preuve d'une certitude absolue, mais il lui incombe de fournir des preuves qu'il s'agit d'une prévision raisonnable.

Je dois souligner une nuance importante dans la manière dont j'ai formulé cette question, et je pense qu'elle est juridiquement correcte. Il est possible que l'on puisse par ailleurs prédire que le résultat ne sera pas un plus grand nombre d'élèves impliquant leurs parents, mais simplement une diminution du nombre d'élèves qu'on appelle de manière informelle par le prénom et les pronoms de leur choix, sans le consentement de leurs parents. Cela ne permettra pas de s'acquitter de la charge de la preuve, car l'identité de genre est un statut protégé et un objectif légitime ne peut être de réduire le nombre d'enfants exerçant leurs droits en matière d'identité de genre. Réduire le nombre de personnes appartenant à un groupe protégé n'est pas un objectif légitime, même si la personne qui décide croit secrètement qu'il s'agit d'une tendance à combattre ou même si l'existence du groupe minoritaire offense les membres d'un autre groupe, comme les parents ou les personnes cisgenres ou les chrétiens. L'objectif légitime est l'accès accru des enfants à des interactions parentales bénéfiques et utiles et l'engagement accru des parents motivés par l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le critère du lien rationnel est assez simple. La Cour suprême l'a expliqué de la manière suivante :

La question est de savoir si les moyens mis en œuvre par la loi représentent une façon rationnelle pour le législateur d'atteindre son objectif. Si ce n'est pas le cas, les droits sont restreints sans raison valable. Pour prouver l'existence d'un lien rationnel, le gouvernement n'a qu'à démontrer

l'existence d'un lien causal, « fondé sur la raison ou la logique », entre la violation et l'avantage recherché⁸³.

La question est donc de savoir si le fait d'ordonner au personnel enseignant et aux autres membres du personnel scolaire de ne pas avoir la courtoisie d'utiliser le prénom et les pronoms préférés de l'enfant d'âge avancé est susceptible de l'amener à changer de voie et à commencer à parler à ses parents. Pour tester cette question, j'ai accordé une grande importance aux commentaires des citoyen.ne.s queers et trans qui ont vécu avec cette question, des parents qui ont une expérience directe de l'aide à apporter aux enfants dans ce domaine et des spécialistes qui fournissent des services à ces jeunes. Leurs récits m'ont beaucoup appris. En particulier, ces cas suggèrent souvent que se confier à d'autres adultes de confiance n'est pas l'alternative à l'implication des parents que le Ministère suppose être. Au contraire, dans de nombreux cas, le chemin vers une conversation parentale a commencé avec d'autres adultes de confiance.

L'expérience que j'ai acquise en travaillant avec des jeunes et en étant moi-même une personne transgenre m'a appris que les enjeux sont souvent moindres lorsqu'il s'agit de faire son coming out auprès de personnes extérieures à la famille. Il faut parfois beaucoup de courage pour se montrer vulnérable face aux personnes qui vous connaissent depuis votre naissance sans savoir exactement comment elles vont réagir, et il n'est pas rare que les jeunes transgenres informent leurs ami.e.s, leurs professeur.e.s, leurs entraîneur.e.s ou leurs conseiller.ère.s de leur identité avant d'en informer leur famille, même si l'on ne vient pas d'un foyer ouvertement homophobe ou transphobe [Notre traduction].

Tout ce que je peux dire, c'est qu'une politique comme la 713 m'aurait été utile pendant mon enfance. Je ressens une dysphorie de genre depuis l'âge de 4 ans environ. Comme la politique 713 n'existait pas lorsque j'allais à l'école, je n'avais personne à qui en parler. Je ne pouvais certainement pas en parler à mes parents [Notre traduction].

Pour beaucoup d'enfants, ce n'est pas une question de sécurité à la maison, mais plutôt un changement dans la relation avec leurs parents et dans la façon dont ces derniers les perçoivent. C'est une chose difficile à laquelle les enfants doivent se préparer. Mon enfant dit qu'il est plus facile de faire son coming out à des personnes « avec lesquelles il n'y a pas de lien affectif », comme à l'école - on ne s'intéresse pas à leur réaction [Notre traduction].

- Mère dont l'enfant a fait son coming out à elle, mais pas à son père

Cela m'a permis d'être en sécurité et d'essayer des choses à l'école, même si la maison était sûre, c'était trop tôt [Notre traduction].

⁸³Carter c. Canada (Procureur général), 2015 CSC 5 (CanLII), [2015] 1 RCS 331, au para 99.
<<https://canlii.ca/t/gg5z5>>

- Élève trans

Les enfants ont le droit d'explorer et de découvrir leur identité à leur propre rythme. Si vous lui offrez un foyer sûr, encourageant et aimant, votre enfant se révélera à vous quand cela lui conviendra [Notre traduction].

- Parent

J'ai porté plusieurs noms avant d'en trouver un qui me convenait. Au début, je n'en ai parlé à personne, sauf à mes ami.e.s [Notre traduction].

- Élève

À plusieurs reprises, les familles qui ont vécu cette expérience ont indiqué que la confiance de l'enfant dans d'autres adultes que ses parents n'avait pas pour but d'exclure ou d'effacer les parents. Dans de nombreux cas, les premières confidences à d'autres adultes de confiance ont constitué une étape vers l'implication des parents. L'ordre des révélations n'est pas dû au fait que les parents ne sont pas importants. Les enfants ont exploré et parlé avant de parler à leurs parents **parce que les parents étaient la conversation la plus importante.**

Si les adultes s'arrêtent un instant pour réfléchir, nous pourrions constater que ce n'est pas si différent de notre propre processus de discussion avec la famille sur les événements importants de notre vie. Un parent qui annonce à ses enfants une nouvelle relation amoureuse et un nouveau ou une nouvelle partenaire se confiera souvent à d'autres adultes avant d'en parler à ses enfants. Quelqu'un qui s'est vu proposer une promotion impliquant un déménagement peut se confier à un.e ami.e proche avant d'aborder le sujet avec son ou sa conjoint.e. Les enfants adultes qui s'apprêtent à parler avec un parent vieillissant de l'acceptation d'un soutien ou de la limitation d'activités telles que la conduite d'un véhicule peuvent d'abord discuter entre eux de la manière d'aborder le sujet. Ces conversations préliminaires ne sont pas dues au fait que la famille est moins importante - c'est parce que la conversation familiale est si importante qu'elle mérite une certaine réflexion et l'engagement d'autres personnes pour la mener à bien.

Plusieurs jeunes queer et trans que nous avons interrogé.e.s, ainsi que le personnel enseignant et les spécialistes qui les soutiennent, ont déclaré que le principal facteur qui incite les enfants à retarder la conversation avec leurs parents est le sentiment que cette conversation pourrait modifier de façon permanente la relation la plus importante de leur vie, à savoir leur relation avec leurs parents. Ces enfants veulent d'abord recevoir un soutien, être en sécurité et avoir une idée de la manière dont leur identité fonctionne à l'école, parce qu'une bonne expérience à l'école les mettra en confiance pour ensuite partager leur identité avec les personnes les plus importantes de leur vie - leurs parents. Ces enfants veulent s'assurer que leur identité fonctionne à l'école avant de modifier l'environnement familial et la dynamique de la famille.

On remarquera que ce processus - obtenir le soutien de professionnel.le.s à l'école pour se préparer à parler aux parents - ressemble un peu à l'aspect prescriptif de la nouvelle politique 713. Certes, l'idée que les professionnel.le.s de l'école peuvent aider l'enfant à approcher ses parents fait partie de la nouvelle politique. La différence est double - la proposition du Ministère est que s'il remplace les rythmes normaux de l'enfant par une politique prescriptive rédigée dans un bureau central, s'il dit au personnel enseignant de ne pas avoir la politesse d'appeler l'enfant par le prénom voulu, et s'il limite les choix de l'enfant quant aux personnes à qui se confier, l'enfant se passera volontiers de son propre processus et confiera ses pensées et réflexions les plus personnelles et les plus intimes dans le cadre nouveau processus de réglementation.

Ce qui ressemble à une politique élaborée dans un laboratoire où personne n'a été en contact avec une véritable personne humaine qui est adolescente. En fait, pour trouver le lien rationnel dans les révisions de la politique du gouvernement, il faut avoir deux convictions en même temps :

- (A) Les parents n'aiment pas que le gouvernement s'immisce dans les détails personnels de la vie familiale et veulent que le gouvernement laisse la famille tranquille.
- (B) Parallèlement, les jeunes se réjouiront de voir le gouvernement réglementer les prénoms qu'on peut leur donner et les personnes à qui parler, et réagiront à cette réglementation gouvernementale en renouvelant leur confiance dans les adultes.

Je ne parviens pas à faire preuve de suffisamment de souplesse dans mon raisonnement pour accepter cette prémisse. Le Ministère affirme essentiellement que le moyen de réduire le rôle de l'État dans la famille est de soumettre les enfants à un régime plus prescriptif, de type « gros appareil gouvernemental » qui contraint les enfants à ne pas respecter leurs préférences jusqu'à accepter un programme réglementé par le gouvernement sur la manière de faire leur *coming out* auprès de leurs parents.

Bien sûr, si les spécialistes me disaient que tout cela avait un sens, je me demanderais si tout cela est aussi inutile et inefficace qu'on pourrait le croire. Les spécialistes m'ont dit que c'est en effet aussi inefficace et inutile qu'on pourrait le croire. La Société médicale du Nouveau-Brunswick met clairement en garde contre la perturbation du rythme de l'enfant au moment de son *coming out*.

Examen de la politique 713 et de son impact

La Société médicale du Nouveau-Brunswick s'inquiète de l'absence de consultation clinique et de données factuelles à l'appui des changements et présente les points suivants :

1. *En ce qui concerne la construction de l'identité et le développement normal :*
 - a. *La Politique révisée est préjudiciable à l'exploration normale, étape nécessaire à la construction de l'identité.*
 - b. *Elle s'oppose au principe scientifique selon lequel le développement de l'enfant dépend d'une variété de systèmes qui sont responsables du soutien et de la validation de l'exploration.*
 - c. *Elle contredit l'importance de respecter les souhaits et le rythme personnel de l'enfant, avec qui et comment il souhaite exprimer tous les aspects de son identité.*

- d. *Cela pourrait empêcher l'enfant de disposer d'une variété d'espaces sûrs pour explorer son identité.*
 - e. *Cela pourrait retarder le développement ou même encourager le verrouillage de l'identité au lieu de l'exploration normale et de l'engagement éventuel en faveur d'une identité claire. Ces changements nuisent au développement normal de tous les enfants.*
2. *Concernant la stigmatisation et la discrimination*
- a. *La Politique révisée et l'incertitude/discours public qui ont résulté du débat sont une cause sociale de stress pour les minorités.*
 - b. *La révision n'était pas fondée sur une consultation scientifique ou des données factuelles largement acceptées par les spécialistes médicaux internationaux et la recherche.*
 - c. *Nous estimons, d'un point de vue clinique fondé sur les preuves et l'expérience que le processus qui requiert le consentement des parents ou qui impose de consulter des professionnel.le.s pour obtenir le consentement, pathologisera l'exploration normale de l'identité des enfants.*
 - d. *Ces décisions contribuent à maintenir et à exacerber la stigmatisation au sein de la population, ce qui a un effet profond et documenté sur le bien-être mental et physique des personnes de genre divers.*
3. *En matière de sûreté et de sécurité*
- a. *Bien qu'il soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être soutenu par tous les systèmes, il est impératif que nous reconnaissons, en tant que professionnel.le.s de la santé, que tous les systèmes ne le seront pas.*
 - b. *Cela risque également de saper l'opinion et le jugement d'autres adultes des différents systèmes qui ont également à cœur l'intérêt supérieur de l'enfant.*
 - c. *La Politique ne permet pas d'individualiser les besoins et la conduite appropriée pour soutenir l'enfant.*
 - d. *Les modifications apportées à la politique 713 risquent de porter préjudice à la sécurité des enfants et des jeunes de genres divers [Notre traduction]⁸⁴.*

L'Association des travailleuses et travailleurs sociaux du Nouveau-Brunswick tire la même sonnette d'alarme :

La personne qui ne respecte pas les noms et pronoms d'une personne et qui lui attribue ainsi un genre qui ne correspond pas à son identité de genre fait preuve de discrimination. En outre, il ne faudrait pas forcer les enfants à divulguer leur identité de genre à qui que ce soit, même à leurs parents, avant qu'ils soient prêts. Une telle divulgation peut donner lieu à toute une gamme de réactions chez les parents, dont certaines sont positives et d'autres ne le sont pas. Les enfants devraient être appuyés en décidant à quel moment ils sont disposés et prêts à divulguer ces renseignements personnels à leurs parents⁸⁵.

⁸⁴Mémoire de la Société médicale du Nouveau-Brunswick au Défenseur des enfants et des jeunes, pp 6-7.

⁸⁵Observations de l'ATTSNB pour l'étude de la politique 713 menée par le Défenseur des enfants et des jeunes, Association des travailleuses et travailleurs sociaux du Nouveau-Brunswick, p.3.

Comme l'a fait l'équipe de médecine pédiatrique du réseau de santé Vitalité dans son entretien avec le Défenseur :

Il est bon d'encourager les conversations parentales, mais une perte d'autonomie et de contrôle aura l'effet inverse. Permettre aux enfants d'explorer d'abord leur identité est le meilleur moyen d'instaurer la confiance nécessaire aux conversations parentales [Notre traduction].

La littérature scientifique fournie dans le cadre de cette étude a soulevé le risque de « stress minoritaire », où les comportements qui stigmatisent et aliènent l'enfant de sa communauté peuvent augmenter le risque que l'enfant subisse un préjudice en se méfiant de toute relation interpersonnelle.

Le stress des minorités est unique, d'origine sociale et chronique, et peut rendre les personnes transgenres et issues de la diversité de genre plus vulnérables au développement de problèmes de santé mentale tels que l'anxiété et la dépression. Outre les préjugés et la discrimination dans la société en général, la stigmatisation peut contribuer aux abus et à la négligence dans les relations interpersonnelles, ce qui peut à son tour entraîner une détresse psychologique⁸⁶ [Notre traduction].

Le Conseil des femmes du Nouveau-Brunswick note que le résultat d'une politique trop prescriptive pourrait simplement être de couper les jeunes transgenres de tout soutien de la part du personnel enseignant et des adultes de confiance, ce qui est inacceptable. On peut dès lors, selon le Conseil, se demander si la révision de la Politique a été menée en toute bonne foi.

Il est important de rappeler que, dans le cadre de la vision du Ministre pour la mise en œuvre de la Politique, ce point constitue le seul moyen pour les élèves transgenres de moins de 16 ans de voir les pronoms et le prénom choisis utilisés par le personnel de l'école. S'il est positif que des ressources soient mises à la disposition de tous les élèves qui en ont besoin, il est stigmatisant d'orienter les élèves trans vers des travailleuses et travailleurs sociaux et des psychologues, d'autant plus que le personnel de l'école continue à les morinommer et les mégenrer. Cette approche risque de pathologiser les identités trans en les présentant comme un problème clinique à traiter ou un risque à atténuer plutôt que comme des identités à respecter. Ce rapport quasi contraint avec les travailleuses et travailleurs sociaux et les psychologues peut conduire les élèves trans à refuser de chercher un soutien professionnel en matière de santé mentale à l'avenir, en cas de besoin.

⁸⁶E. Coleman et al, « Standards of Care for the Health of Transgender and Gender Diverse People », en ligne : (2022), 23sup1, International Journal of Transgender Health, pp. 55-56.

Même si l'orientation vers des travailleuses et travailleurs sociaux et des psychologues scolaires était une mesure appropriée, cette voie n'est pas proposée de bonne foi, car ces ressources seront largement inaccessibles aux élèves transgenres de moins de 16 ans. Il y a une pénurie de travailleuses et travailleurs sociaux au Nouveau-Brunswick et les psychologues scolaires sont nettement en sous-effectif. Les élèves qui ont accès à ces professionnel.le.s à l'école ne pourront peut-être pas les voir sans le consentement de leurs parents. Selon les normes de pratique des psychologues scolaires du Nouveau-Brunswick, le consentement des parents est requis pour les interventions directes des psychologues scolaires auprès des élèves de moins de 16 ans. Les travailleuses et travailleurs sociaux scolaires suivent les normes de l'Association des travailleuses et travailleurs sociaux du Nouveau-Brunswick concernant la capacité des mineurs à consentir à des services de travail social pour déterminer la possibilité de fournir des services à des personnes de moins de 19 ans sans le consentement de leurs parents. Les élèves transgenres de moins de 16 ans qui ne souhaitent pas faire leur coming out à leurs parents se trouveront donc dans une situation où soit le consentement parental est encore un problème, soit, ce qui est frustrant, on les jugera suffisamment matures pour consentir à des services, mais pas pour déterminer leurs propres pronoms et les prénoms choisis⁸⁷.

Même le seul psychologue professionnel qui a écrit pour soutenir la nécessité d'une réglementation gouvernementale du personnel enseignant encourageant l'exploration de l'identité de genre a émis quelques réserves quant au rejet actif des souhaits de l'enfant comme moyen de forcer les conversations parentales :

Je ne veux pas dire que nous devrions rejeter activement les choix de pronoms et les prénoms des jeunes. Lors d'un entretien médico-légal, les professionnel.le.s demandent systématiquement aux jeunes comment on doit les appeler et utilisent ce nom. De nombreuses personnes utilisent des surnoms, qui ne correspondent pas au prénom figurant sur leur acte de naissance. Au quotidien, nous nous référons régulièrement aux autres personnes de la manière qu'elles préfèrent, et ce, en signe de respect. Je ne suis pas opposé à l'utilisation de pronoms préférés - je pense que l'utilisation de pronoms préférés est une communication simple et respectueuse. Avant que les pronoms et les changements de prénoms ne suscitent une telle attention dans les écoles, le personnel enseignant appelait déjà les enfants par des surnoms (préférés). Mais il ne s'efforçait pas de le cacher aux parents, et il n'encourageait pas systématiquement les enfants à rendre explicites leurs identités fluctuantes ; ce sont ces aspects qui me préoccupent [Notre traduction].

J'ai pensé qu'il s'agissait d'une manière utile d'articuler les préoccupations qui pourraient motiver le désir de modifier la politique 713 originale et je reviendrai sur ce mémoire dans mes recommandations. Cependant, le rejet actif du prénom et des pronoms choisis par l'enfant peut être une contrainte trop forte pour être efficace.

Il semble également possible que la suppression, par le Ministère, de l'interdiction de révéler l'identité sexuelle ou de genre des enfants sans leur consentement éclairé ait l'effet inverse. Les parents qui croient à tort que l'école les informera si des signes indiquent que leur enfant envisage de modifier son identité de genre pourraient devenir moins enclins à entamer des conversations ou à faire des recherches que de bons parents, aimants et responsables devraient faire. Le maintien d'un processus rigide pour déterminer

⁸⁷Review of Changes to Policy 713, Conseil des femmes du Nouveau-Brunswick, pp. 7-8.

à qui les enfants peuvent parler ne semble tout simplement pas avoir de lien rationnel avec l'objectif de les encourager réellement à parler à leurs parents. Cela peut diminuer le nombre d'enfants qui utilisent leur prénom et leurs pronoms à l'école, du moins en présence d'adultes. Mais décourager les enfants d'exprimer leur identité de genre n'est pas un objectif législatif légitime, même si certains des groupes qui soutiennent les modifications de la politique 713 offrent au gouvernement un appui politique sur cette base. Le gouvernement doit démontrer que ses changements augmenteront la participation des parents qui soutiennent l'enfant.

Des citoyen.ne.s des deux côtés du débat ont souligné qu'à un moment donné, l'utilisation sociale et informelle d'un nouveau prénom et de nouveaux pronoms, ainsi que les changements dans l'apparence de l'enfant, peuvent amener les parents à poser directement la question à l'enfant. C'est une bonne chose. Le rôle de l'école n'est pas d'empêcher ces interactions familiales normales. Mais si les parents font confiance à l'école pour les conseiller ou contraindre leur enfant à leur parler, ils risquent en fait de diminuer l'intérêt et la curiosité qu'un parent aimant manifeste normalement. Il s'agit là d'une autre façon dont les changements ne permettent pas d'atteindre l'objectif fixé de manière rationnelle.

Je reconnais que le test du lien rationnel en droit est une norme assez indulgente et que le gouvernement doit seulement montrer une raison logique de croire qu'il pourrait aider à atteindre l'objectif. On pourrait se demander pourquoi je n'ai pas appliqué le raisonnement de la Cour suprême dans l'affaire *Carter*, dans laquelle les préoccupations relatives au fait que la loi refuse l'accès à tous à un service ont été jugées mieux traitées dans le cadre du volet « atteinte minimale » du test de l'arrêt *Oakes*. Dans l'affaire *Carter*, cependant, il y avait une logique à l'idée que le refus de l'option du suicide assisté mettrait effectivement fin aux cas où des personnes vulnérables étaient exploitées⁸⁸. Dans le cas présent, cependant, il ne s'agit pas d'un refus trop large des pronoms. Il s'agit d'une intervention qui, selon les spécialistes et les personnes ayant vécu l'expérience, aura en fait l'effet inverse : elle découragera activement les jeunes de parler à un adulte de confiance et réduira la probabilité d'une implication parentale en coupant l'enfant de toutes les voies naturelles vers une discussion avec ses parents. En ce sens, la Politique n'est pas trop large comme dans l'affaire *Carter* ; elle est activement autodestructrice de la même manière que la Cour suprême a estimé que la politique en question dans l'affaire *Sauvé* l'était. En fait, le gouvernement semble être tombé dans le piège de l'« objectif symbolique » qui a conduit à l'annulation de la loi dans l'affaire *Sauvé*, à savoir qu'il cherche désespérément à faire de l'implication des parents un argument symbolique sans réellement adopter un plan ou impliquer un spécialiste qui pourrait concrètement atteindre cet objectif⁸⁹.

Peut-être pourrais-je donner le dernier mot sur ce point à Fred Rogers, le pasteur qui est devenu « Mister Rogers » pour une génération d'enfants et leur a enseigné l'empathie et le respect. Mister Rogers n'a jamais manqué d'inciter les enfants à parler à leurs parents. Cependant, il s'adressait souvent aux parents et a soulevé un point qui semble mériter d'être pris en considération par le Ministère :

Il y a une grande différence entre insister pour que quelqu'un fasse quelque chose et créer une atmosphère dans laquelle cette personne peut grandir et avoir envie de le faire [Notre traduction].

⁸⁸*Carter*, supra aux para 100-101.

⁸⁹*Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68 (CanLII), [2002] 3 RCS 519.

<<https://canlii.ca/t/50cx>> Voir en particulier le para 16, dans lequel la Cour a annulé une loi interdisant aux personnes reconnues coupables de certains crimes de voter au motif qu'elle constituait un point symbolique sur le respect de la loi et le vote sans aucune preuve logique que l'un ou l'autre se concrétiserait dans la réalité.

Pour aider les jeunes à faire confiance aux adultes et à impliquer leurs parents, les réglementations autocratiques et le non-respect institutionnel de leurs choix constituent une très mauvaise stratégie. Lors du débat législatif, l'impératif de respect de la volonté des parents a souvent été utilisé comme argument pour défendre les changements apportés à la politique 713. Certains parents se sentent symboliquement satisfaits de voir leur rôle reconnu, et comme je l'expliquerai dans la section suivante, cela pourrait bien être le signe d'une faiblesse dans le contenu et la mise en œuvre de la politique 713 originale. Je ne nie pas qu'en cherchant à corriger certaines lacunes, le gouvernement ait pu présenter des arguments valables.

C'est un objectif louable que de vouloir que les enfants s'adressent à leurs parents et les impliquent dans leurs décisions personnelles. Il y a une immense différence entre proclamer symboliquement l'importance des parents et impliquer concrètement des spécialistes dans la conception de processus fonctionnels. C'est pourtant dans l'accomplissement de cette difficile tâche que se situe la différence entre la politique et la gouvernance. Le Ministère n'y est pas parvenu. Les spécialistes mêmes qui ont pour mandat de mettre en œuvre le processus gouvernemental affirment qu'il ne fonctionnera pas. Cela nuit à la capacité du gouvernement d'établir un lien rationnel entre la limitation des droits et l'objectif qu'ils revendiquent.

Atteinte minimale

Si un acteur gouvernemental tel que le Ministère souhaite limiter des droits (dans ce cas, le droit de l'élève d'âge plus avancé de choisir son prénom, ses pronoms et son identité de genre), il doit montrer qu'il viole les droits le moins possible pour atteindre l'objectif fixé. Comme l'a déclaré la Cour suprême :

« À cette étape, il s'agit de déterminer si les dispositions législatives portent atteinte au droit à la liberté d'expression d'une manière qui est modérée et soigneusement adaptée aux objectifs visés par le législateur. La « restriction doit être "minimale", c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire » : RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160⁹⁰. »

À ce stade, il est également important de tenir compte du fait que le Ministère n'a pas réussi, tout au long de la procédure, à présenter des exemples concrets de dommages à éviter. Au moins il y a de cas de problèmes réels, au moins la loi devient tolérante quant à la limitation des droits en réponse. Lors de ma précédente enquête sur la décision d'engager le processus de révision qui a conduit à ces changements, j'ai noté que le Ministère n'avait produit que trois courriels lorsqu'on lui a demandé des exemples de « plaintes et d'interprétations erronées » qui avaient conduit à la révision⁹¹. Aucun de ces trois courriels ne provenait de personnes directement touchées par les dispositions de la politique 713 relatives à l'auto-identification des élèves. Il a été demandé par la suite au Ministère s'il souhaitait revenir sur cette

⁹⁰Harper c. Canada (Procureur général), 2004 CSC 33 (CanLII), [2004] 1 RCS 827, au para 32.

<<https://canlii.ca/t/1h2c8>>

⁹¹Rapport à l'Assemblée législative, Défenseur des enfants et des jeunes, 16 mai 2023.

réponse, et il a répondu qu'il n'y avait pas de changement matériel à sa réponse, même après un débat public considérable sur la question.

Deux autres demandes ont donné lieu à un manque de réponses similaire. Dans le cadre de cet examen, j'ai demandé au Ministère des exemples connus d'enfants de moins de 12 ans utilisant un prénom différent ou des pronoms différents dans le but de modifier leur identité de genre sans le consentement de leurs parents⁹². Il m'a été répondu que le Ministère n'avait connaissance d'aucun cas et qu'il ne disposait d'aucune procédure de suivi de ces cas. De hauts fonctionnaires ont fait un certain nombre de déclarations publiques exprimant leur inquiétude quant au fait que des enfants de 4 ans changeaient de pronoms sans le consentement de leurs parents⁹³. Il semble que cette inquiétude n'ait jamais incité quiconque à se renseigner auprès du personnel enseignant pour savoir si une telle chose s'était réellement produite. D'autres rapports indiquent que le Ministère a répondu à des demandes de droit à l'information en confirmant que les plaintes de parents exclus de la transition sociale de leur enfant n'existent pas⁹⁴.

Cette absence de préjudice avéré pose quelques problèmes au Ministère. Si les gouvernements peuvent légitimement tenter de percevoir les dommages potentiels à venir et doivent faire preuve d'une certaine précaution à cet égard, lorsque ces mesures préventives limitent les droits, les tribunaux se demanderont à juste titre s'ils sont allés plus loin qu'il n'était nécessaire pour éviter les dommages.

On peut penser que les fonctionnaires ont déjà eu des communications exprimant un soutien aux changements et des préoccupations. Les responsables politiques, en particulier, sont confrontés à une grande diversité de discussions et ces questions sont devenues plus fréquentes ces derniers temps. Les discussions, les appels téléphoniques, les communications avec les bureaux de circonscription et les assemblées publiques se déroulent en dehors des compétences des Ministères, et je n'écarte pas ces possibilités. Après tout, dans les mémoires et communications que nous avons reçus, l'opinion publique était divisée de manière quasi égale, avec légèrement plus de personnes opposées aux changements au moment où cette analyse a été envoyée à la traduction.

Il y a toutefois une différence entre faire de la politique et gouverner. En politique, on peut faire campagne contre un mal futur perçu ou imaginé et on peut même récolter des voix en invoquant la peur de choses qui ne se sont pas produites. Cela peut être un moyen efficace de gagner du pouvoir. En revanche, lorsqu'on exerce le pouvoir et qu'on impose des limites légales aux droits, le devoir de montrer les problèmes de manière tangible et documentée est plus grand.

C'est exactement le problème qui a fait échouer une loi gouvernementale restreignant la publicité des tiers pendant les campagnes électorales. Le gouvernement fédéral avait imposé des restrictions importantes à ces interventions pendant les campagnes électorales, ce qui constituait une limite *prima facie* aux droits à la liberté d'expression garantis par la *Charte*. Le dirigeant de la National Citizens Coalition, Stephen Harper, a contesté ces limites. L'argument du gouvernement de l'époque était que des

⁹²Lettre du Défenseur des enfants et des jeunes au ministère de l'Éducation et du Développement de la petite enfance, juin 2023, question 14.

⁹³Rebecca Lau, « N.B. Premier 'doubling down' on LGBTQ2 policy changes in Trudeau social media attack », Global News, (12 juin 2023), en ligne, Global News, <<https://globalnews.ca/news/9762072/nb-blaine-higgs-twitter-policy-713-trudeau-attack/>>.

⁹⁴Hadeel Ibrahim, Pascal Raiche-Nogue, « Politique 713 : le Ministère n'a reçu aucune plainte de parents concernant les pronoms », Société Radio-Canada, (1^{er} août 2023), en ligne, Radio-Canada Acadie, <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/2000555/pronom-plainte-politique-713>>.

limites étaient nécessaires en raison du grand nombre de riches intervenants qui faussaient le débat politique. Lorsqu'on lui a demandé de donner des exemples d'une telle ingérence, le gouvernement n'a même pas pu montrer des tentatives, et encore moins des réussites, de telles choses. Cela a été fatal à la défense de l'article 1 de la loi. Comme l'a écrit la majorité de la Cour suprême :

Il est impossible de décider si une atteinte est soigneusement adaptée aux objectifs avancés sans se former une certaine idée de la gravité réelle du problème visé. Le critère qui permet d'évaluer si une atteinte à certains droits est excessive est celui de la nécessité de l'atteinte réparatrice. Si l'existence d'un problème grave est démontrée, des mesures plus rigoureuses peuvent être nécessaires pour y remédier. À l'inverse, s'il ne s'agit que d'un problème hypothétique, des restrictions sérieuses à un droit important peuvent être jugées excessives.

La conclusion des tribunaux albertains que le procureur général n'a pas établi l'existence d'un véritable problème requérant son intervention devient pertinente à cette étape-ci. Les risques invoqués sont entièrement hypothétiques. Le procureur général n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que les Canadiens fortunés — seuls ou en groupe — domineraient le débat politique pendant la période électorale si aucune limite n'existait. Il n'a fait que soulever l'hypothèse que des problèmes pourraient surgir en l'absence des plafonds applicables aux dépenses qu'un citoyen peut engager. Si, comme insiste le procureur général, les Canadiens fortunés sont prêts à détourner le processus électoral de notre pays, il est raisonnable de penser qu'il présenterait une certaine preuve à cet effet. Pourtant aucune preuve de cette nature n'a été soumise. Cette lacune affaiblit les prétentions du procureur général au sujet de la nécessité des dispositions contestées et renforce l'argument voulant que ces mesures constituent une réponse excessive à un problème inexistant.

Par ailleurs, l'atteinte portée au droit en cause est grave. Nous nous sommes penchés plus tôt sur la rigueur des plafonds. Ceux-ci empêchent les citoyens de discuter efficacement avec leurs concitoyens des enjeux électoraux au cours d'une campagne. Les plafonds empêchent concrètement les communications au-delà de l'échelle locale et, même là, ils les limitent considérablement. Ils sont insuffisants pour permettre aux citoyens de s'exprimer au moyen d'envois postaux dans certaines circonscriptions ou de messages à la radio, à la télévision ou dans la presse nationale. Les dépenses permises aux citoyens ne représentent que 1,3 pour 100 de celles permises aux partis politiques enregistrés. Ce pourcentage est considérablement moins élevé que dans les autres pays qui ont eux aussi imposé des plafonds de dépenses aux citoyens. Il n'est pas exagéré de dire que ces restrictions reviennent virtuellement à interdire aux citoyens toute participation au débat politique pendant la période électorale. Dans les faits, seuls les partis politiques et leurs candidats peuvent intervenir sur le marché des idées. Le droit que possède tout citoyen de s'exprimer et dont on a tant fait l'éloge dans l'arrêt Figueroa, précité, est effectivement nié, sauf si le citoyen peut ou veut s'exprimer par l'entremise d'un parti politique.

À cet égard, la présente affaire ne peut être distinguée de l'arrêt Libman, précité, où la Cour a conclu que les plafonds de dépenses auxquels sont assujettis les citoyens au cours d'une campagne référendaire ne satisfaisaient pas à la condition requérant que l'atteinte soit minimale. La Cour a estimé que, dans de tels cas, le législateur doit s'efforcer d'établir un juste équilibre entre le droit à la liberté d'expression et l'égalité des citoyens dans l'exercice de cette liberté. Les restrictions imposées ne satisfaisaient pas au critère de l'atteinte minimale pour ce qui était des personnes ou groupes qui ne pouvaient s'associer ou s'affilier aux comités nationaux. La Cour a dit que les

limites étaient si restrictives qu'elles se rapprochaient d'une prohibition totale et qu'il existait de meilleures solutions, moins attentatoires. La situation est exactement la même en l'espèce⁹⁵.

Le Ministère est confronté à un problème similaire dans le cas présent. Le préjudice qu'il cherche à éviter, à savoir l'exclusion des parents des décisions importantes prises par des enfants qui n'ont pas la capacité ou la maturité pour les prendre ne semble pas avoir été démontré ou documenté de manière probante. Pourtant, les restrictions sont importantes. Le Ministre a présenté cette mesure comme une interdiction absolue, au prix d'une discipline professionnelle, pour le personnel enseignant de respecter les choix des élèves ou même d'évaluer la capacité de l'enfant à faire ses choix. Cela soulève un certain nombre de problèmes, notamment la honte publique des enfants qui demandent ce respect dans une salle de classe et le fait que le personnel enseignant doive rejeter leur choix devant leurs camarades. La disposition permettant de fournir des services à l'enfant risquant de subir un « préjudice » si ses parents apprennent son choix peut permettre aux services sociaux d'intervenir, mais la politique permet même à un parent manifestement abusif d'opposer son veto au prénom et au pronom préférés de son enfant, et ce sans aucune enquête apparente sur le préjudice que cela pourrait causer. Comme dans l'affaire *Harper*, on est confronté à une interdiction absolue en réponse à un problème spéculatif.

Cette restriction va plus loin que dans n'importe quelle autre province du Canada. (Je note, pour être juste, qu'elle est beaucoup moins restrictive que les politiques de plusieurs États américains, mais elle est tout de même significative dans le régime juridique canadien). Le poids de l'opposition des spécialistes à ces changements est également important dans cette analyse. Comme indiqué précédemment, le principe de la Cour suprême établi dans l'affaire *A.C.* est que l'enfant d'âge avancé qui peut démontrer sa capacité à prendre ses propres décisions médicales peut refuser des traitements même si le consensus médical est que ce refus risque de lui être préjudiciable. La position juridique du gouvernement est que l'État peut passer outre les choix personnels de l'enfant mature **même lorsque le consensus médical est que la préférence de l'État risque de nuire à l'enfant**. Il est difficile de comprendre comment le Ministère peut s'appuyer sur une jurisprudence autorisant clairement les enfants à rejeter le consensus médical et de spécialistes, puis soutenir qu'il a le droit d'empêcher l'enfant d'agir conformément au consensus médical et de spécialistes. Je ne peux certainement pas considérer qu'il s'agissait de l'option la moins restrictive dont disposait le gouvernement pour traiter un problème spéculatif.

Si le Ministère avait abordé cette révision de manière compétente et prudente, en demandant des conseils au personnel enseignant et aux spécialistes sur la manière d'éviter certains des dommages spéculatifs qu'il craignait, il aurait eu une certaine marge de manœuvre pour agir. Il est vrai que la version initiale de la politique 713 a été mise en œuvre avec un minimum d'avis public et qu'elle aurait peut-être pu être mieux soutenue par des lignes directrices et un développement professionnel. Je ne conteste pas au Ministère, au Ministre ou au Premier Ministre de la légitimité de cette observation. Ayant participé à des consultations publiques, j'ai gagné à écouter certaines des craintes et des préoccupations exprimées par les parents si la politique 713, sous quelque forme que ce soit, n'est pas correctement expliquée et mise en œuvre. Ces craintes méritent d'être reconnues et prises en compte, et je vais exposer ici certaines de ces préoccupations.

Rupture de confiance entre le personnel enseignant et les parents. Si l'on a l'impression que les écoles aident activement l'enfant à tromper ses parents, cela pourrait entraîner une rupture de la capacité des écoles et des parents à soutenir conjointement l'enfant, ce qui aurait un impact négatif sur les enfants.

⁹⁵*Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33 (CanLII), [2004] 1 RCS 827 au para 33-36.
<<https://canlii.ca/t/1h2c8>>

Comme je l'ai dit précédemment, il convient de décourager toute forme de tromperie délibérée. La meilleure façon d'y parvenir est de rétablir la formulation permettant aux écoles et au personnel enseignant de dire en toute honnêteté : « Nous respectons les demandes de l'enfant concernant le prénom que nous lui donnons et les personnes à qui nous le disons. Vous devez vous adresser directement à l'enfant ». Cela permettrait également d'établir des lignes directrices claires et de former le personnel enseignant à respecter la limite entre le respect de la vie privée de l'enfant et le fait de l'aider ou de lui conseiller délibérément de se cacher de ses parents, ce que les écoles n'ont aucunement l'intention de faire.

Les jeunes enfants et les capacités limitées. Le Québec, la Nouvelle-Écosse et Terre-Neuve autorisent tous les soutiens informels pour les enfants de moins de 16 ans, mais reconnaissent également certains problèmes nouveaux chez les enfants plus jeunes. Toujours en référence aux décisions de la Cour suprême sur la prise de décision des enfants, s'il est important de déterminer le degré de capacité lorsqu'ils contestent les restrictions imposées à leur prise de décision, le personnel enseignant devrait avoir accès aux outils permettant d'évaluer si un enfant a la capacité de prendre des décisions de manière éclairée et compétente. Si le choix réfléchi d'un prénom par l'enfant doit être respecté, personne n'a prétendu qu'il fallait appeler l'enfant de 4 ans « Batman » sur demande ou accéder à des demandes non sérieuses de surnoms qui ne sont pas des demandes *authentiques*. Le fait de révéler l'identité sexuelle ou de genre contre la volonté de l'enfant et le morinommage sont des procédés qui ne portent pas atteinte aux droits de manière minimale. Les évaluations légitimes des capacités des jeunes enfants sont légitimes.

Bien entendu, mes conversations avec le personnel enseignant m'amènent à douter fortement de l'existence d'un grand nombre de demandes émanant de très jeunes enfants sans le soutien de leurs parents. Il est certain que des enfants plus jeunes peuvent présenter une dysphorie de genre et changer de prénom et de pronoms. Il semble que cela se fasse généralement dans le cadre de processus où les parents demandent l'avis de spécialistes et sont impliqués dans l'approche de l'école. Les enfants plus jeunes ont une capacité réduite à ignorer la résistance parentale et à vivre une vie indépendante du contrôle parental. Comme me l'a expliqué un éducateur expérimenté, l'enfant de 8 ans qui s'interroge sur son identité de genre et se heurte à l'hostilité de ses parents s'arrête généralement là jusqu'à ce qu'il soit plus âgé. Néanmoins, des conseils et des nuances pour évaluer la capacité des enfants plus jeunes ne seraient pas un ajout inacceptable à la politique 713 si cela était fait avec soin et avec l'aide du personnel enseignant et des spécialistes. Cependant, dans les cas où l'âge ou la capacité peut nécessiter une approche individualisée, je recommande que la direction d'école dirige le processus et fasse appel aux soutiens professionnels tels que les psychologues et les travailleuses et travailleurs sociaux, à leur discrétion. L'approche actuelle ne se contente pas d'écarter le personnel enseignant dès le début, elle stigmatise l'exploration de l'identité de genre préconisant le recours immédiat aux spécialistes de la santé mentale. Les trois professions qui pourraient guider ce processus - médecins, psychologues et travailleuses et travailleurs sociaux - s'y sont opposées. Il est irrationnel d'insister sur un processus qui préconise de consulter quelqu'un qui affirme d'emblée que le processus est mauvais.

Interventions scolaires appropriées. Certains des mémoires que j'ai examinés à l'appui de la politique 713 se sont donné beaucoup de mal pour faire part des préoccupations et de la littérature concernant les interventions médicales et les risques que les enfants regrettent plus tard ces décisions. J'ai fait preuve de prudence dans ce domaine pour deux raisons. Premièrement, je ne sais pas dans quelle mesure il s'agit d'exemples triés sur le volet, étant donné la prépondérance des groupes extérieurs et la vaste recherche qu'ils ont entreprise pour trouver de la documentation non évaluée par des pairs. En tant que profane

disposant d'un délai de deux mois pour l'examen, je suis certain que lorsque j'ai simplement contacté des médecins, des psychologues et des travailleuses et travailleurs sociaux au Nouveau-Brunswick, il y avait un large consensus autour des normes de pratique et de la littérature scientifique évaluée par les pairs que j'ai trouvée convaincante.

J'aurais encore des préoccupations si les écoles du Nouveau-Brunswick donnaient des conseils médicaux ou effectuaient des interventions médicales. Ce n'est pas le cas, et toute intervention de ce genre devrait faire l'objet d'un avis aux parents et d'un régime de consentement. Les soutiens informels tels que le respect des prénoms et des pronoms choisis, la création d'un environnement scolaire sûr, l'éducation des pairs à l'empathie et à l'inclusion de leurs camarades de classe 2SLGBTQIA+, la création d'espaces sociaux et la prise en compte de l'identité des élèves dans les activités quotidiennes, de la prise de présences aux activités sociales, sont autant d'interventions appropriées auxquelles les élèves devraient avoir accès en fonction de leur maturité et de leurs capacités. Le personnel enseignant ne devrait pas suggérer d'interventions médicales ou d'idées sur la dysphorie de genre. Je n'ai pas entendu parler de membre du personnel enseignant le faisant ou le préconisant, et pour la même raison, il ne serait pas excessif que le Ministère crée des lignes directrices plus claires pour les soutiens informels et quotidiens appropriés, sans pour autant modifier le dossier officiel.

Faciliter l'exploration et l'autonomie sans jugement ni attentes. J'ai entendu des préoccupations de la part d'adultes qui ont effectué une transition sociale à l'adolescence et qui, après avoir exploré et réfléchi, ont souhaité revenir à leur ancienne identité de genre. Comme les médecins l'ont clairement indiqué, l'exploration et le questionnement sont normaux et sains et méritent que l'enfant dispose d'un espace où son autonomie et son identité sont respectées. Cela ne devrait jamais s'accompagner d'une pression visant à figer leur identité à quelque stade que ce soit. J'ai déjà souligné l'ironie du fait que les groupes les plus hostiles à l'exploration de l'identité de genre par les enfants n'avaient pas remarqué que les changements apportés à la politique 713 exigeraient également que l'enfant obtienne le consentement de ses parents et suive une procédure en cas de détransition sociale. Il est important de souligner que la Politique devrait soutenir les enfants à tous les stades de l'exploration de l'identité de genre et mettre l'accent sur le soutien et le respect de tous les choix. Comme l'a fait remarquer un psychologue,

Pour être clair, je n'ai jamais eu l'intention de suggérer que nous devrions abandonner les pronoms préférés, et je crois fermement qu'il y a des jeunes et des adultes qui s'identifient de manière stable à un genre qui ne correspond pas à leur sexe biologique, et que ces jeunes devraient bénéficier de tout le respect et de tout le soutien nécessaire. Je ne suis pas non plus favorable à ce que l'école rejette les choix de pronoms des jeunes. J'essaie simplement d'exprimer que nous avons emprunté une voie difficile en accordant trop d'importance à l'étiquetage explicite des identités dynamiques et fluides des jeunes [Notre traduction].

Bien que les spécialistes s'accordent à dire que nous n'avons pas trop étiqueté les identités dynamiques, l'accent mis sur l'autonomie, la capacité de décision et le respect dans les interactions quotidiennes pour tous les élèves demeure une bonne politique.

Encourager activement les discussions entre parents et enfants. Un examen compétent de la politique 713 aurait pu explorer les nombreuses façons dont le personnel enseignant et les spécialistes facilitent l'implication des parents. Il n'est pas surprenant qu'une partie des normes de pratique des psychologues et des travailleuses et travailleurs sociaux consiste à explorer comment l'enfant peut avoir une relation positive avec ses parents. Ils ne considèrent pas que le fait de taire les prénoms et les pronoms soit un

outil utile pour y parvenir, et le Ministère aurait bien fait de s'interroger sur les raisons de l'inefficacité de cette pratique et sur ce qu'ils trouvent efficace. Malheureusement, dans sa hâte d'obtenir une reconnaissance symbolique des droits parentaux tels qu'il les définit, le Ministère n'a pas déployé beaucoup d'efforts pour explorer les meilleures pratiques permettant de guider les enfants vers des interactions parentales positives.

L'inclusion d'un libellé créant une exemption dans le cas où « cela risque de nuire à l'élève » bien qu'elle soit clairement bien intentionnée et vise à réduire le risque pour les enfants, peut créer davantage d'obstacles aux interactions positives entre parents et enfants. Tout d'abord, cela oblige les enfants qui souhaitent que leurs préférences en matière de prénom et de pronom soient respectées et préfèrent éviter de consulter des spécialistes de la santé mentale à réfléchir à toutes les façons dont « cela » risquerait de leur nuire. Deuxièmement, le « soutien » proposé peut impliquer la protection de l'enfance, et les élèves matures le savent. Bien que les lois existantes exigent à juste titre que le personnel enseignant alerte les autorités lorsqu'un risque de préjudice à la maison est perçu, cela n'est pas de nature à encourager les enfants à faire confiance aux adultes. Obliger le personnel enseignant à dire « Je vais t'appeler par un certain prénom contre ton gré devant tes camarades, mais je peux envoyer une travailleuse ou un travailleur social qui pourrait te placer, toi et tes frères et sœurs, en famille d'accueil ou interroger tes parents » n'est pas exactement, contrairement à ce que semble croire le Ministre, l'amorce d'un dialogue réconfortant.

Le personnel enseignant du Nouveau-Brunswick a été injustement instrumentalisé à des fins politiques par la manière dont ces changements ont été présentés. Le personnel enseignant ne pousse pas les enfants à changer d'identité de genre, ne préconise pas d'interventions médicales et ne cache rien aux parents. Il tente de faire preuve de bienveillance, d'empathie et de soutien à l'égard des enfants qui se posent des questions sur leur identité de genre, et d'offrir cette empathie et ce respect, que l'enfant informe ou non ses parents. Comme me l'a dit un directeur d'école :

Nous ne disons pas aux enfants de changer de genre. Nous ne donnons pas de conseils médicaux. Nous ne disons pas aux enfants de mentir à leurs parents. Nous essayons simplement de faire preuve de bienveillance et de décence afin de garder les enfants en vie et à l'école alors qu'ils tentent de faire sens de tout cela.

Le Ministère peut publier des lignes directrices et proposer un développement professionnel sur les limites appropriées entre le soutien et l'idéation, sur la manière d'encourager les discussions parentales sans perdre la confiance de l'enfant, sur la manière d'offrir un soutien sans jugement pour l'exploration et les changements dans l'identité de l'enfant, et sur le moment d'évaluer la capacité des plus jeunes enfants. En essayant de court-circuiter cette discussion et en interdisant même les marques de bienveillance informelles et le respect des prénoms et des pronoms, le Ministère a rendu plus difficile l'offre d'une orientation et d'un soutien appropriés. Il existe un moyen peu invasif de répondre aux questions légitimes soulevées par les parents. Ignorer la loi des personnes mineures matures et refuser de respecter le processus de l'enfant n'est pas cette façon de faire.

Comment le Ministère aurait pu répondre aux préoccupations de manière appropriée et légale

Comme nous le verrons dans la section consacrée aux recommandations, le Ministère pourrait disposer d'une politique 713 correctement rédigée qui :

- Définit le respect à accorder aux choix éclairés de l'ensemble des enfants concernant leurs prénoms et pronoms préférés, en fonction de leur capacité.
- Définit l'objectif politique explicite d'encourager l'implication des parents et offre des conseils de spécialistes sur la manière de le faire.
- Insiste sur la nécessité d'un soutien à l'exploration dénué de jugement, qu'il s'agisse d'une nouvelle identité de genre ou d'un retour à l'identité antérieure.
- Fournit des lignes directrices au personnel enseignant sur les interventions appropriées et inappropriées ainsi que sur les normes de protection de la vie privée.
- Établit une distinction entre l'étape plus lourde de la modification des documents officiels et les soutiens quotidiens et informels plus fluides.
- Guide le personnel enseignant sur la manière de traiter les questions de capacité et de protection du consentement éclairé des jeunes enfants.
- Encourage les interactions des enfants avec des adultes de confiance au lieu de les bloquer ou d'imposer à ces interactions un aspect pathologique.

Une telle politique n'aurait peut-être pas la force symbolique ou la valeur politique d'une déclaration selon laquelle les droits parentaux doivent primer sur tout. Elle augmenterait toutefois la probabilité que les enfants soient en sécurité et que les parents aient des interactions saines avec leurs enfants.

Le préjudice causé aux enfants l'emportera-t-il sur les avantages de l'implication des parents dans la pratique ? Le Test de « proportionnalité »

Comme indiqué précédemment, refuser à l'enfant une mesure d'adaptation nécessaire pour l'aider à accéder aux services éducatifs nécessiterait de démontrer l'existence d'une contrainte excessive. Cela signifie qu'il faut indiquer précisément pourquoi l'école ne peut pas proposer la mesure d'adaptation et montrer que cela créerait un préjudice plus important que celui causé à l'enfant par le refus de mettre en place ladite mesure. Cette évaluation des facteurs n'est pas différente du test de proportionnalité que les tribunaux appliqueraient au Ministère s'il cherchait à justifier le non-respect des droits de l'enfant en vertu de la *Charte*. Le libellé juridique du troisième élément du critère des limites raisonnables de la *Charte* est qu'il doit y avoir proportionnalité entre les effets néfastes et salutaires de la politique. C'est-à-dire que la politique doit être évaluée pour déterminer si les avantages en valent le préjudice.

Je crois que les problèmes sous-jacents aux étapes du lien rationnel et de l'atteinte minimale de l'analyse montrent que les problèmes opérationnels et politiques de l'approche du Ministère sont fatals à sa prétention à la légalité. Ils ne montreraient pas pourquoi le fait d'accommoder le choix des noms et des

pronoms par les élèves n'est pas un accommodement nécessaire, car le gouvernement ne peut démontrer aucune contrainte excessive causée par le respect des enfants trans alors que les autres enfants sont respectés dans les interactions quotidiennes. Ils en font également une mauvaise politique, confuse et autodestructrice. Ces mêmes points sont pertinents pour le test de proportionnalité, et je ne les répéterai pas. Afin de répondre à certaines préoccupations politiques restantes, je vais commenter certaines des préoccupations concernant la politique 713 originale soulevées par les citoyens lors de nos consultations. Celles-ci ont été soulevées, et je tiens à expliquer pourquoi j'ai constaté que ces préoccupations, dans la pratique, ne l'emportent pas sur le préjudice causé par le manque de respect et l'humiliation causés par le morinommage.

Premièrement, il est inexact de dire que le fait de permettre à des enfants matures et capables de choisir le prénom qu'on leur donne quotidiennement exclut les parents. Rien dans cette marque de bienveillance et cette mesure d'adaptation n'empêche les parents d'utiliser tous les outils existants au sein de la dynamique familiale pour découvrir ce que vit leur enfant. Les enfants rentrent à la maison chaque jour et interagissent avec leurs parents. Observer les enfants, entamer des conversations, contrôler combien de temps les enfants consacrent aux médias sociaux et à la technologie, construire une relation saine, s'engager dans des activités familiales qui augmentent le confort et les interactions peu stressantes - ce sont tous de bons outils que les parents ont le pouvoir d'utiliser. Les parents restent la première et la plus importante relation de l'enfant, et la confiance et l'affection que nous développons lorsque nos enfants sont jeunes nous aideront à communiquer au fil du temps. En grandissant, les enfants deviennent plus autonomes et nous devons compter sur le respect et la confiance que nous avons gagnés plutôt que sur des ordres et des restrictions pour maintenir le dialogue. L'école ne doit pas interférer ou décourager, mais limiter le soutien des autres adultes n'est pas une mesure qui renforce la famille.

Il se peut que le gouvernement puisse trouver des moyens plus efficaces de soutenir les familles, mais cet objectif louable n'est pas atteint en privant l'enfant de respect et de marques de bienveillance à l'école. Les parents ne peuvent pas exiger un gouvernement suffisamment petit pour se retirer de la famille et exiger un appareil scolaire suffisamment grand pour obliger leur enfant à leur parler. Heureusement, les parents disposent des mêmes outils que par le passé pour construire une relation d'amour et de confiance avec leurs enfants.

De même, la reconnaissance de l'existence des personnes 2SLGBTQIA+ ne restreint en rien les droits des autres personnes. Le respect des autres relations ne dévalorise pas les relations hétérosexuelles ou cisgenres. Il n'est pas intrinsèquement sexuel ou explicite de reconnaître l'existence des personnes 2SLGBTQIA+. Les appels à ce que les enfants gardent leur « innocence » sont, dans ce cas, peu fondés. La photo de famille d'un couple hétérosexuel n'est pas sexuelle - elle signifie simplement que ce couple existe et qu'il est digne de respect. Les personnes hétérosexuelles et cisgenres sont représentées dans les médias, la littérature et les manuels scolaires.

Enfin, je souhaite répondre à la préoccupation exprimée dans certains mémoires selon laquelle les écoles devraient « se concentrer sur la lecture et l'écriture », comme si faire preuve de bienveillance à l'égard des enfants transgenres pouvait, d'une manière ou d'une autre, détourner massivement l'attention des programmes d'alphabétisation.

Le personnel enseignant ne peut pas ignorer les besoins des enfants à leur charge et l'on ne devrait pas les y obliger. Un membre du personnel enseignant ne peut pas entrer dans une classe avec des œillères et une muselière, en évitant toute conversation au-delà du texte prescrit, puis quitter la salle en courant de peur d'entendre les difficultés personnelles de l'élève. L'éducation n'a jamais fonctionné ainsi. Ce n'est

pas possible. Les enfants ont faim, sont victimes d'intimidation, peuvent avoir des inquiétudes et des peurs liées à des événements familiaux, peuvent développer des intérêts et des passions qui développent leur soif d'apprendre. Les bons éducateurs et les bonnes éducatrices s'occupent de tout cela, et ce depuis l'époque de l'école à classe unique.

Au-delà de cela, l'éducation publique a toujours été une préparation à la vie et aux responsabilités d'adulte. Devenir adulte et citoyen.n.e, c'est notamment apprendre à vivre dans un monde où tout le monde n'est pas comme soi. C'est dans les écoles publiques que beaucoup d'entre nous rencontrent pour la première fois un monde composé d'un large éventail de personnes - revenus familiaux, religions, origines, identités de genre, croyances, forces, valeurs et milieux familiaux différents. À l'âge adulte, nous vivons dans un monde plus vaste et plus diversifié que celui que nous connaissons dans nos familles, nos cercles sociaux et nos quartiers. On attendra de nous que nous sachions naviguer dans ce monde. L'éducation publique prépare les enfants à vivre dans un monde où les différences sont gérées et respectées. Les plans d'éducation provinciaux que ce Ministère présente sur son site web promettent explicitement d'apporter ces compétences en plus de la lecture et des mathématiques. Cela ne peut se faire en craignant les différences.

Étant donné que le respect du droit de l'enfant de prendre des décisions éclairées sur son nom ne limite pas les droits parentaux existants, ne porte pas atteinte au mandat éducatif ni ne diminue l'extension des mêmes droits à l'identité et à l'hébergement des élèves cisgenres, je ne vois pas tout impact négatif ou préjudice injustifié qui serait proportionnel à ce que sera l'impact négatif sur les enfants d'après ce que les experts s'accordent à dire.

Les parents présentent à l'enfant l'identité de sa famille, ses valeurs et son histoire. Les écoles présentent à l'enfant la diversité des autres et lui montrent comment naviguer dans un monde où il y a des différences. Avec le temps, l'enfant en vient à faire ses choix. L'école ne possède pas nos enfants. Nous non plus, en tant que parents. Et si la politique 713 originale a donné à certaines personnes le sentiment que le rôle des parents était sous-estimé, les changements apportés à la politique 713 n'ont pas tenu compte de la distinction importante selon laquelle les enfants sont des personnes à part entière qui revendiquent et exercent leurs propres droits au fur et à mesure de l'évolution de leurs capacités. Dans les recommandations, j'essaierai de rétablir cet équilibre.

Autres domaines de changement

Près de 60 % des contributions ont porté sur les changements relatifs à l'auto-identification des enfants et au consentement parental, plus que sur toute autre question. C'est pourquoi j'ai ancré une grande partie de mon analyse juridique et politique dans cette section, et je ne répéterai pas le contexte des droits à l'égalité, de la vie privée ou des droits des enfants à exprimer leur identité de genre et à bénéficier de mesures d'adaptation. Cette analyse reste valable.

Comme la politique 713 n'était en place que depuis deux ans, mais qu'elle était le fruit de quatre années de consultations, les personnes qui se sont opposées aux changements ont généralement réclamé un retour à la politique initiale. Cela dit, lors de nos entretiens avec les familles et les jeunes, nous avons demandé s'il était possible d'envisager d'autres améliorations que la simple révision des changements. Deux questions sont revenues assez fréquemment, et je vais les mentionner ici.

Premièrement, à mesure que l'usage de la technologie et notamment des groupes de discussion en ligne se répand, les outils virtuels ne sont plus en mesure de prendre en compte le prénom quotidien de l'enfant par opposition au prénom figurant dans le dossier officiel. Dans le cadre de l'établissement d'une base de référence où tous les enfants peuvent choisir leurs prénom et pronoms dans les interactions informelles et quotidiennes, il convient d'examiner cette question.

Deuxièmement, la prise de présences par les enseignant.e.s suppléant.e.s est souvent un moment de grande anxiété pour les élèves transgenres et des jeunes ont déclaré éviter la classe en voyant la personne assurant la suppléance par crainte qu'on les morinomme. Cela vaut pour les élèves transgenres qui utilisent un prénom différent avec l'accord de leurs parents. Il conviendrait d'examiner et de mettre en place des procédures pour éviter ce genre de situation.

Ces points étant posés, j'aborderai les changements apportés par le Ministère en ce qui concerne les toilettes et les espaces privés, ainsi que les activités parascolaires.

Toilettes et vestiaires

Certaines personnes ont demandé pourquoi il était nécessaire de rassurer les élèves quant à la possibilité d'utiliser les toilettes qui correspondent à leur identité de genre. Après tout, quel mal y a-t-il à continuer d'utiliser les toilettes qui leur ont été attribuées à la naissance ?

De jeunes transgenres et leurs familles ont répondu à cette question, et les histoires que j'ai entendues étaient convaincantes. De nombreuses personnes de diverses identités de genre se retrouvent douloureusement entre deux mondes, et certains des discours et des craintes entourant l'utilisation des toilettes leur imposent un choix brutal. Allez aux toilettes qui correspondent à votre identité de genre aujourd'hui et vous serez confronté à la colère et aux accusations d'être un risque pour la sécurité. Allez dans les toilettes correspondant au genre qui vous a été attribué à la naissance, et tout changement dans votre apparence ou votre identification publique sera utilisé pour dire que vous n'y avez pas votre place non plus.

Bien que les toilettes des écoles soient souvent une source d'anxiété pour tous les élèves et que l'intimité et la sécurité soient des choses communément recherchées, il faut dire que les enfants transgenres veulent ce que tout le monde veut : pouvoir utiliser les toilettes sans attirer l'attention ou craindre qu'on les importune. En l'absence de directives claires normalisant l'utilisation des toilettes correspondant à leur identité de genre, plusieurs jeunes transgenres trouvent la journée constamment stressante et physiquement inconfortable.

Nous avons besoin de plus de salles de bains de ce type. Ma fille se retenait et marchait jusqu'à la maison de sa grand-mère pour aller aux toilettes à l'heure du dîner.

- Parent

De ce point de vue, la meilleure façon d'aider les élèves qui peuvent être mal à l'aise avec la possibilité d'avoir des espaces privés définis par l'identité de genre plutôt que par le sexe biologique à la naissance

est de la normaliser, tout comme les toilettes publiques sont devenues normales pour quiconque est entré à l'école et s'est mis à partager des espaces privés avec des personnes qui n'étaient pas de sa famille. Cela dit, l'existence de toilettes privées, sans distinction de genre, offre également certaines options aux élèves qui souhaitent plus d'intimité et, à bien des égards, plus d'intimité pour tous les élèves est une bonne chose.

En interrogeant d'ex-fonctionnaires du Ministère, il apparaît que les nouvelles normes du Ministère concernant les toilettes sont conçues en partie pour améliorer la sécurité de toutes les personnes. Même en faisant abstraction des questions d'identité de genre, les toilettes étaient souvent le théâtre d'intimidation, d'agressions et de ventes de drogues entre élèves cisgenres du même sexe biologique. Personne n'apprécie particulièrement de faire ses besoins et de se changer sans intimité, et il est bénéfique à tout le monde d'améliorer l'intimité de ces espaces pour les jeunes. C'est une bonne chose d'orienter les constructions et les rénovations vers des conceptions avec des cabines privées à usage unique pour les toilettes et une zone commune ouverte avec plus de visibilité pour les stations de lavage des mains et les miroirs. Les vestiaires avec plus de cabines de douche privées à usage unique et plus d'intimité pour se changer sont bénéfiques à tout le monde. Je peux vous dire que le Ministère et le Ministre actuel se sont engagés à apporter ces améliorations et ont exprimé la volonté d'en faire une priorité.

Certaines personnes ont soulevé des questions de sécurité. En examinant les commentaires, je n'ai trouvé aucune base axiomatique permettant d'affirmer que le fait d'autoriser l'utilisation cisgenre des toilettes crée un risque plus élevé. C'est un peu différent de dire qu'il n'y a absolument aucun incident indésirable dans les toilettes non genrées. Toutefois, je n'ai pas vu d'incidents dans lesquels la désignation non genrée était le facteur déterminant. Si les toilettes sont mal surveillées, des personnes non autorisées peuvent s'y trouver. Si la surveillance est insuffisante ou si les protocoles de sécurité sont médiocres, les activités criminelles ne seront pas détectées, quelle que soit l'identité des personnes impliquées. La supervision et la sécurité sont importantes. Ce n'est pas le cas du statut des toilettes. Malheureusement, la plupart des agressions et des agressions sexuelles sont encore le fait de personnes en position de confiance et autorisées à côtoyer l'enfant, et la réduction de ces incidents par la détection, le filtrage, la supervision et les conséquences est un bon objectif de politique publique.

Je ferai remarquer, à l'intention des personnes qui sont réellement préoccupées par le fait que des personnes accèdent à des toilettes pour des raisons illicites ou inappropriées, que la loi a toujours permis aux institutions d'écarter les demandes de mesures d'adaptation non sincères ou opportunistes. Il n'est pas possible d'exiger un repas kasher à l'heure du dîner et de prétendre ensuite ne plus être juif. L'exemption pour motif religieux a toujours fait l'objet de vérifications visant à déterminer si la personne qui la sollicite mène effectivement une vie conforme à la revendication de son statut religieux. De même, les écoles disposent d'outils juridiques pour traiter le cas d'une personne cherchant à changer d'identité de genre pour un après-midi afin d'accéder à un vestiaire ou de jouer une partie de basket. Je peux affirmer avec une certaine certitude que les jeunes transgenres et leurs familles n'ont aucune envie de voir ces droits tournés en dérision ou détournés par mauvaise foi. Il est simplement question d'utiliser les toilettes avec le moins d'agitation possible, comme pour tout le monde.

La prise en compte de l'utilisation des toilettes conformément à l'identité de genre est une règle de droit constante au Canada. Je prends note des directives officielles suivantes :

L'accès des personnes trans aux toilettes, vestiaires et autres services et installations sexospécifiques devrait être fonction de leur identité sexuelle vécue⁹⁶.

La Loi interdit la discrimination dans les lieux d'hébergement (par exemple les hôtels), services ou installations accessibles au public (par exemple les magasins, les restaurants, les écoles, les installations de programmes gouvernementaux, les espaces publics et les centres commerciaux). Il est interdit aux fournisseurs de ces services et installations ce qui suit :

Empêcher une personne trans d'avoir accès aux toilettes ou aux vestiaires d'une manière conforme à son identité, ou restreindre son accès à ceux-ci⁹⁷;

Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick, Ligne directrice sur l'identité ou l'expression sexuelle

Voici quelques exemples de discrimination ou de harcèlement fondés sur l'identité de genre :

Une femme transsexuelle se voit refuser l'accès aux toilettes pour femmes de son lieu de travail. La personne qui la supervise justifie cette décision en expliquant que certaines personnes ont exprimé leur malaise à l'idée de partager les toilettes avec elle⁹⁸ [Notre traduction].

⁹⁶*Politique sur la prévention de la discrimination fondée sur l'identité sexuelle et l'expression de l'identité sexuelle*, en ligne : Commission ontarienne des droits de la personne, 14 avril 2014, <<https://www.ohrc.on.ca/fr/politique-sur-la-pr%C3%A9vention-de-la-discrimination-fond%C3%A9e-sur-l%E2%80%99identit%C3%A9-sexuelle-et-l%E2%80%99expression-de-l->>.

⁹⁷*Ligne directrice sur l'identité ou l'expression de genre*, en ligne : Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick, mai 2017, p. 6, <<https://www2.gnb.ca/content/dam/gnb/Departments/hrc-cdp/PDF/Ligne-directrice-sur-identite-ou-expression-de-genre.pdf>>.

⁹⁸*Human Rights of Transgender People*, en ligne : Saskatchewan Human Rights Commission, <https://saskatchewanhumanrights.ca/wp-content/uploads/2020/03/SHRC_Transgender.pdf>.

Chacun a le droit d'utiliser les toilettes, les vestiaires et autres services et installations genrés correspondant à son identité de genre. Avoir des installations non genrées est une mesure positive; une personne trans ne devrait toutefois pas être obligée d'utiliser des installations séparées ou être ségréguée⁹⁹.

Voici quelques exemples de discrimination ou de harcèlement fondés sur l'identité ou l'expression de genre :

Exemple : Bien que Paul s'identifie et se présente comme un homme, son patron exige qu'il fournisse un document médical attestant de sa transition avant de l'autoriser à utiliser les vestiaires pour hommes sur son lieu de travail. Cela peut constituer un motif de plainte en matière de droits de la personne¹⁰⁰ [Notre traduction].

Q. Est-ce que ces amendements permettraient à des personnes présentant des caractéristiques anatomiques masculines d'avoir un accès complet aux salles de bain et aux vestiaires réservés aux filles et aux femmes?

R. Les personnes transgenres ont le droit d'être traitées selon l'identité de genre qu'elles ressentent intimement. Dans bien des situations, cela signifie de reconnaître le droit d'une personne qui vit en tant que femme d'utiliser les installations réservées aux femmes, même si elle présente certaines caractéristiques anatomiques masculines. Ces modifications codifieront ce droit. Les personnes transgenres et autres Canadiennes et Canadiens de genres divers utilisent déjà les salles de bain qui correspondent à leur genre et ne représentent pas une plus grande menace que les autres personnes qui utilisent ces installations; elles veulent simplement utiliser la salle de bain ou le vestiaire qui correspond à leur identité vécue¹⁰¹.

Les modifications apportées par le Ministère ne s'écartent pas, à mon avis, de ce principe juridique établi. Le Ministre a fait de nombreux commentaires en faveur de ce principe et a exprimé son désir d'accélérer les rénovations et la mise en place de normes afin de rendre la situation plus confortable pour toutes les personnes. Je lui recommande de poursuivre dans cette voie.

⁹⁹*Identité de genres et expression de genres*, en ligne : Commission des droits de la personne de l'Î.-P.-É., <<https://www.peihumanrights.ca/sites/www.peihumanrights.ca/files/GIGEfr.pdf>>.

¹⁰⁰*Gender Identity and Gender Expression*, en ligne : Commission des droits de la personne de Terre-Neuve-et-Labrador, <<https://thinkhumanrights.ca/resources/legal-guidelines/guidelines-to-inform-discrimination-gender-identity-and-gender-expression/>>.

¹⁰¹*Question et réponses sur l'identité de genre*, en ligne : Ministère de la Justice du Canada, (en référence au projet de loi C-16 – *Loi sur l'identité de genre et l'expression de genre* qui a reçu la sanction royale le 19 juin 2017), <<https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/pl/identite-identity/faq.html>>.

Deux points mériteraient d'être clarifiés dans la politique 713. Le Ministère a supprimé la formulation prescriptive concernant les sorties scolaires et les activités parascolaires hors site. Bien qu'il s'agisse d'une limite raisonnable pour éviter de placer les écoles dans la position d'annuler ou de restreindre complètement ces activités en attendant que la situation évolue, ce ne serait pas un mauvais ajout à la Politique que d'attirer l'attention des membres du personnel enseignant sur la nécessité de faire de leur mieux pour accommoder les élèves et de préférer les endroits qui sont conformes à la loi. Nous avons également entendu certaines préoccupations concernant les rénovations qui peuvent durer longtemps ou le fait que certaines installations se trouvent dans une zone éloignée de l'école ou qu'elles laissent à désirer, ce qui exacerbe la gêne et la stigmatisation. Certaines écoles sont vétustes, mais il convient de tout mettre en œuvre pour que ces installations universelles soient également accessibles et pratiques dans toutes les écoles.

Activités sportives

Le seul changement significatif réside dans le fait que le Ministère a supprimé la mention explicite selon laquelle l'élève peut participer à des activités « conformes à son identité de genre », ne laissant que le critère selon lequel les activités doivent être « sûres et inclusives ». Cette suppression gratuite a été remarquée et certaines familles craignent un effet dissuasif.

La suppression de ces mots constitue un énorme pas en arrière et oblige les enfants à se défendre eux-mêmes, alors que parfois, tout ce qu'ils veulent, c'est s'intégrer. Il faut créer une culture d'appartenance [Notre traduction].

- Parent

*Ce ne sont pas les Jeux olympiques, c'est juste du sport scolaire !
Si l'enfant change de genre pour gagner en sport, c'est qu'il y a d'autres problèmes.*

- Membre du personnel enseignant

Certes, aux plus hauts niveaux de compétition, il y a toujours eu une certaine tolérance pour la séparation des compétitions par âge, et parfois par taille (dans le cas des sports de combat), afin de garantir une compétition équitable. Il n'y a rien de mal, en soi, à ce qu'une réglementation garantisse à chacun une chance équitable de concourir. Cependant, une obsession excessive pour le pire scénario possible ne doit pas nous pousser à utiliser un langage d'exclusion et à encourager des attitudes qui privent encore plus d'enfants d'une chance de jouer. Après tout, il y a très peu de cas où des athlètes de niveau professionnel émergent du sport scolaire. Même les athlètes qui obtiennent des bourses de l'enseignement postsecondaire ne représentent qu'un pourcentage relativement faible des personnes qui pratiquent le sport. Le premier objectif d'une approche est de faire en sorte que tout le monde se sente en sécurité en jouant.

Au plus haut niveau de la compétition, où les enjeux peuvent être plus importants, les régulateurs s'efforcent depuis longtemps de trouver un équilibre entre les mesures d'adaptation et l'esprit sportif. Dans le domaine du handicap et de l'utilisation de moyens de soutien, des athlètes comme le golfeur Casey Martin et le coureur Oscar Pistorius ont montré que les instances dirigeantes du sport peuvent tenir compte des circonstances individuelles et trouver un équilibre. La spécialiste du 800 mètres Castor Semanya a concouru au plus haut niveau et a montré que la nature non binaire du genre a toujours existé et a toujours été traitée sport par sport, athlète par athlète. Nos instances dirigeantes sportives peuvent régler les détails tant que l'objectif d'une inclusion sociale maximale et d'une prise en compte des besoins est clairement établi.

Il convient de noter que l'Association sportive interscolaire du Nouveau-Brunswick (ASINB) déclare avoir appliqué pendant huit ans une politique permettant de déterminer l'admissibilité de l'élève en fonction de son identification de genre, sans qu'aucune plainte ou question n'ait été soulevée. L'Association est parvenue à un équilibre qui maximise l'inclusion tout en trouvant un langage non stigmatisant qui protège contre les changements opportunistes. Des dispositions similaires existent dans les autres provinces de l'Atlantique.

Règlement de fonctionnement de l'ASINB :

- *15.12 Principes entourant la participation et le genre*
 - *Les élèves-athlètes transgenres et/ou non binaires peuvent participer pleinement, en toute sécurité et conformément à leur identité, à des activités sportives où les genres sont séparés. Les élèves-athlètes qui ne s'identifient pas au genre masculin ni féminin peuvent se joindre à l'équipe genrée où ils ou elles se sentent le plus à l'aise. Les décisions sont prises en fonction de ce que préfère l'élève-athlète et ne sont pas soumises des exigences de divulgation de renseignements personnels différentes à celles exigées des athlètes cisgenres.*
 - *Les décisions concernant le choix de l'équipe sont prises au début de la saison sportive. Les élèves-athlètes ne peuvent pas changer d'équipe au cours de la saison. Si l'élève déclare appartenir à un autre genre en cours de saison sportive, le personnel de l'école doit envoyer une lettre au bureau de l'ASINB.*
 - *Les élèves-athlètes transgenres et de diverses identités de genre ont droit à des salles de toilette sûres et ont le droit d'utiliser la salle de toilette qui correspond le mieux à leur identité de genre. Conformément à l'article 6.4.1 de la politique 713 (Orientation sexuelle et identité de genre), « [t]ous les élèves auront accès à des toilettes qui répondent à leur identité de genre [et t]ous les élèves pourront avoir accès à ces toilettes de façon non stigmatisante ». Les écoles peuvent aussi fournir des salles de toilette et des vestiaires neutres comme option aux élèves-athlètes, tout en tenant compte du fait que les élèves ont le droit de faire le choix qui correspond le mieux à leur identité de genre.*

Règlement intérieur de la PEISAA :

- *Section 3 - Identité de genre*
 - *La PEISAA reconnaît son obligation de respecter l'identité de genre de chaque élève. L'identité de genre ne dépend pas de l'apparence physique ou de procédures médicales. L'auto-identification de l'élève est la seule mesure de son identité de genre.*
 - *a. Chaque élève peut participer pleinement et en toute sécurité à des activités sportives désignées en fonction de son identité ou de sa préférence de genre (pour les élèves non binaires et de genre fluide).*

- *Section 4 - Équipes désignées en fonction du genre*
 - *La PEISAA encourage ses écoles membres à offrir des programmes égaux pour les athlètes masculins et féminins et des opportunités pour les étudiants de tous les genres.*
 - *b. Les élèves qui s'identifient comme des filles ou des femmes peuvent jouer dans une équipe désignée pour les filles ou les femmes, et les élèves qui s'identifient comme des garçons ou des hommes peuvent jouer dans une équipe désignée pour les garçons ou les hommes. Tous les genres peuvent concourir dans une équipe désignée comme sport « mixte », conformément à la répartition des effectifs propre à chaque sport.*
 - *La seule exception à cette règle est que les élèves qui s'identifient comme des filles ou des femmes peuvent jouer dans une équipe désignée pour les hommes ou les garçons uniquement si l'école n'offre pas d'équipe féminine ou masculine dans ce sport, à la classification appropriée, au cours de la même année scolaire. Une lettre de la direction de l'école de l'élève concernée confirmant qu'aucune équipe de filles ou de femmes ne sera proposée cette année-là à l'école doit accompagner le formulaire d'inscription de la joueuse concernée.*

Sport scolaire Nouvelle-Écosse (SSNÉ)

Lignes directrices de SSNÉ pour le soutien aux élèves transgenres et non conformistes de genre :

- *SSNÉ permet la participation de tous les élèves, peu importe leur identité ou expression de genre. Le présent document vise à établir un ensemble de lignes directrices grâce auxquelles les élèves athlètes pourront participer à des compétitions sur un pied d'égalité dans un environnement sécuritaire, compétitif, amical et sans discrimination. L'équité fondamentale, ainsi que les règles et les règlements locaux, provinciaux et fédéraux, exige que les écoles offrent aux élèves intersexués et transgenres des chances égales de participer aux activités athlétiques. Les lignes directrices créeront un cadre dans lequel cette participation peut avoir lieu de manière sécuritaire, saine et juste envers tous les compétiteurs.*

- SSNÉ s’aligne avec le document intitulé « Lignes directrices pour le soutien aux élèves transgenres et non conformistes de genre », développé par le ministère de l’Éducation et du Développement de la petite enfance de la Nouvelle-Écosse.
- **Ligne directrice** : L’élève peut participer pleinement et en toute sécurité aux activités parascolaires conformément à son identité de genre.
 - Tous les élèves, quelle que soit leur identité de genre ou l’expression de cette identité, devraient être en mesure de participer aux activités parascolaires, notamment aux équipes de sports de compétition ou de loisirs, dans des conditions où ils sont en sécurité, bien intégrés et respectés. Les élèves transgenres et non conformistes de genre ont le droit de participer à ces activités d’une façon qui les met à l’aise et dans laquelle ils se sentent en sécurité, conformément à leur identité de genre.
- **Approche**
 - Les élèves participent à ces activités, notamment aux équipes de sports de compétition ou de loisir, d’une façon qui les met à l’aise et dans laquelle ils se sentent en sécurité, conformément à leur identité de genre. Les écoles et les conseils scolaires devraient prendre les devants et examiner les politiques et les procédures scolaires concernant les sports pour les élèves, afin de s’assurer qu’elles intègrent bien les élèves transgenres et non conformistes de genre.
 - Le seul indicateur de l’identité de genre de l’élève est son auto-identification. Il est inacceptable d’exiger d’un élève transgenre ou non conformiste de genre qu’il participe à des activités selon le sexe qui lui a été attribué à la naissance, selon l’état de transition sur le plan médical ou en lui demandant de « prouver » son identité de genre (en exigeant une lettre d’un médecin, des documents d’identité, etc.).
- **Sensibilisation pour les écoles**
 - Assurez-vous d’avoir mis en place un plan.
 - Utilisez les noms et les pronoms corrects en fonction de l’auto-identification de l’élève.
 - Assurez-vous que les élèves ont accès à des salles de bain et des vestiaires conformément à leur identité de genre. Tous les élèves doivent avoir accès à des vestiaires qui correspondent à leur identité de genre constamment affirmée. Dans les vestiaires où on doit se changer devant les autres, les élèves athlètes qui demandent davantage d’intimité pour quelque raison que ce soit (médicale, religieuse, culturelle, identité de genre, etc.) auront accès à des accommodations qui répondent mieux à leurs besoins individuels et à leurs préoccupations sur l’intimité. Selon la disponibilité et la nature des préoccupations sur la vie privée exprimées, ces accommodations peuvent comprendre, entre autres :
 - l’utilisation d’un espace privé comme une cabine de toilette, l’infirmierie ou le bureau de l’enseignant d’éducation physique;
 - le développement d’un nouvel horaire ou la modification de l’horaire existant pour l’utilisation des vestiaires.

- Voyages avec nuitées — chambres pour les élèves transgenres et non conformistes de genre
- Formation pour les enseignants, les conseillers, les entraîneurs, les administrateurs et les autres élèves sur la sensibilisation aux personnes transgenre en ce qui concerne l'élève en question
- Tenue vestimentaire conforme à l'identité de genre
- Accès aux ressources et aux informations exactes

School Sports Newfoundland and Labrador (SSNL)

Article 2 : Politiques générales

- 14. Diversité et égalité des genres
 - School Sports NL s'engage à respecter les principes d'égalité dans tous les aspects des programmes de SSNL. Les écoles membres et les élèves de ces écoles ont le droit de participer aux activités parrainées par SSNL sans subir de discrimination fondée sur l'origine, l'orientation religieuse, l'appartenance ethnique, l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre.
 - SSNL soutient une programmation équitable pour tous les élèves-athlètes et propose des programmes masculins, féminins et mixtes. SSNL organise des événements pour les hommes uniquement, pour les femmes uniquement, ainsi que des événements mixtes.
 - A. Les élèves de tous les sexes des écoles membres de SSNL qui souhaitent concourir pour leur école doivent avoir la possibilité de le faire.
 - B. Les écoles sont encouragées à proposer des équipes mixtes dans chaque sport sanctionné par SSNL. Les filles doivent concourir dans une équipe féminine et les garçons dans une équipe masculine.
 - C. Les athlètes ne peuvent pas jouer dans des équipes masculines et féminines dans le même sport la même année. Toutefois, un athlète est autorisé à jouer dans une catégorie de genre différente d'un sport à l'autre.
 - D. Afin de garantir un environnement sûr, on a le droit de concourir dans l'équipe du genre auquel on s'identifie ou dans l'équipe avec laquelle on se sent le plus à l'aise. Une fois qu'on a choisi une équipe, on n'est pas autorisé à jouer pour l'équipe du sexe opposé dans ce sport au cours de la même année scolaire.
 - E. Les élèves peuvent obtenir l'autorisation de jouer dans l'équipe du sexe opposé (sur demande de l'école) s'il n'existe pas d'équipe scolaire du même sexe dans l'école. Le Formulaire de dérogation à la règle du genre est disponible sur notre site web sous la rubrique Ressources et formulaires.
 - F. Les élèves peuvent participer à des équipes organisées pour des élèves du sexe opposé, mais cette équipe doit participer dans la catégorie masculine, quel que soit le nombre d'hommes et de femmes participant à l'équipe.
 - G. Toutes les écoles qui accueillent des tournois de SSNL doivent veiller à ce que les vestiaires et les toilettes soient accessibles à tous les genres et à ce qu'il y ait, dans la mesure du possible, des vestiaires et des toilettes à une seule cabine.

Comme le montrent les politiques susmentionnées, le droit de jouer dans des équipes conformes à son identité de genre au plus haut niveau de compétition dans le sport scolaire - les équipes de compétition

du secondaire - a généralement été accepté sans que le ciel s'écroule. Le commentaire de ce membre du personnel enseignant est donc convaincant : il existe des facteurs sociaux et personnels en jeu qui protègent contre le scénario dans lequel un élève exploite son identité de genre pour obtenir un avantage dans la compétition. Les facteurs sociaux en jeu et la satisfaction réduite qu'éprouverait tout.e athlète à remporter une compétition déloyale sont susceptibles de créer des facteurs de dissuasion naturels. L'élève qui ne prend pas le jeu suffisamment au sérieux pour se soucier de l'esprit sportif ne sera probablement pas en mesure d'influencer la compétition au plus haut niveau, quelle que soit l'épreuve. Comme n'importe quelle entraîneuse peut vous le dire, un homme peu sérieux qui entre dans une équipe féminine compétitive sera vite embarrassé par les athlètes sérieuses.

C'est peut-être la raison pour laquelle, malgré l'objectif légitime de politique publique consistant à garantir des espaces compétitifs pour les femmes, le Conseil des femmes du Nouveau-Brunswick recommande de promouvoir l'inclusivité plutôt que de réagir par la peur de scénarios extrêmes.

Avec la suppression de la garantie de la politique 713 selon laquelle les élèves peuvent participer à des activités qui correspondent à leur identité de genre, les élèves transgenres pourraient désormais devoir participer à des catégories ou à des équipes et à des groupes qui ne correspondent pas à leur identité de genre, ou subir l'exclusion complète. Les élèves cisgenres perçus.e.s comme non-conformistes de genre - encore une fois, il s'agit le plus souvent d'élèves racialisés.e.s - risqueraient également de faire l'objet d'un examen plus approfondi ou d'une exclusion. Cela dépendra de l'interprétation de la politique, telle que décrite dans la section de ce mémoire qui examine les changements apportés au point 6.3.1. Le Conseil des femmes recommande de revenir au texte original de ce point¹⁰² [Notre traduction].

En dessous des niveaux de compétition les plus élevés, il semble qu'il y ait peu de raisons de surréglementer la compétition. Dans les classes primaires, l'avantage compétitif fondé sur le sexe biologique à la naissance est minime ou légèrement en faveur des filles, qui ont tendance à se développer plus tôt. Dans les sports intra-muros, les enjeux sont faibles et l'objectif est de s'assurer que tout le monde joue et est physiquement actif ou active. Dans les sports de compétition pratiqués dans les écoles secondaires, nous avons constaté que les mesures de protection existantes fonctionnent. Le risque que les préjugés et la peur du ressentiment empêchent les élèves transgenres de faire du sport est nettement plus grand que celui que les règles soient détournées pour permettre à un homme biologique de remporter une victoire à la Pyrrhus. Même si cela se produit, les organismes sportifs ont montré qu'ils disposaient de règles efficaces pour garantir le respect de l'esprit sportif et ont l'autorité légale pour éliminer les identifications peu sérieuses ou malveillantes.

Compte tenu de ces observations, je recommanderais que l'objectif explicite d'assurer une participation fondée sur l'identité soit rétabli et que des directives claires soient données aux écoles pour qu'elles utilisent des organismes ou des comités de direction indépendants pour réglementer les compétitions, comme elles le font déjà. La seule lacune actuelle concerne les compétitions interscolaires au niveau de l'école intermédiaire, et elle peut être résolue en demandant aux écoles intermédiaires, dans la politique

¹⁰²Review of Changes to Policy 713, Conseil des femmes du Nouveau-Brunswick, p. 7.

713, d'adopter les règles de l'ASINB ou d'établir leurs propres organismes de surveillance sportive au niveau du district ou de la province.

La question finale - L'imprécision de la rédaction

Comme promis au début, je reviens maintenant sur la question qui n'a toujours pas été abordée, à savoir l'imprécision de la nouvelle politique 713 dans le domaine du morinommage et du refus par rapport aux pronoms. Le Ministre a déclaré qu'il s'attendait à ce que le personnel enseignant refuse que l'élève utilise ses pronoms et son prénom préférés sans le consentement de ses parents jusqu'à l'âge de 16 ans. Cependant, la politique ne le dit pas explicitement. J'ai examiné les modifications apportées à la politique comme si le Ministre pouvait simplement exprimer un souhait qui ne figure pas explicitement dans la politique. Or, je ne pense pas qu'il le puisse.

La Cour suprême a été très claire sur le fait que le silence de la loi doit être comblé par l'interprétation du document la plus respectueuse de la *Charte*.

*Le jugement rendu par le juge Arbour peut se résumer ainsi — la faiblesse de la Loi sur l'éducation sur le plan constitutionnel réside dans ce qu'elle ne dit pas; ce qu'elle n'interdit pas expressément, la loi l'autorise, y compris un comportement inconstitutionnel. Toutefois, dans l'arrêt *Slaight Communications*, où j'étais dissident quant au résultat mais où j'ai exprimé l'opinion de la majorité sur cette question, j'ai soutenu exactement le contraire — c'est-à-dire qu'il faut donner aux silences des textes de loi l'interprétation atténuée selon laquelle ces textes n'autorisent pas les atteintes à la Charte, à moins que cela ne soit pas possible parce qu'une telle autorisation s'impose par implication nécessaire. J'ai élaboré ce principe dans le contexte des tribunaux administratifs qui fonctionnent conformément aux vastes pouvoirs qui leur sont conférés par la loi et qui peuvent éventuellement violer des droits garantis par la Charte. Quel que soit l'article de la Loi ou du Règlement 305, R.R.O. 1990, qui confère au Tribunal le pouvoir de placer des élèves comme Emily Eaton — question dont je n'ai pas à traiter —, l'arrêt *Slaight Communications* exigerait que tout libellé non limitatif utilisé dans cette disposition (le cas échéant) soit interprété comme n'autorisant pas les atteintes à la Charte¹⁰³.*

Pour toutes les raisons que j'ai exposées en détail, y compris le rappel récent par notre Cour d'appel du statut quasi-constitutionnel de la *Loi sur les droits de la personne*, il est tout à fait clair en droit que si le Ministre veut que les membres du personnel enseignant contreviennent à la *Loi sur les droits de la personne* et morinomme des élèves qui ont la maturité et la capacité d'exprimer leur opposition, le Ministre devra le dire explicitement.

Bien entendu, le Ministre peut modifier la politique en signant une nouvelle révision. Cependant, je pense que la raison pour laquelle la politique est si silencieuse actuellement est que plus la directive donnée aux membres du personnel enseignant de continuer à appeler l'élève par le prénom non désiré du dossier

¹⁰³*Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, 1997 CanLII 366 (CSC), [1997] 1 RCS 241. <<https://canlii.ca/t/1fr40>>

officiel est claire, plus les violations des droits seront évidentes et flagrantes. Pour combler le silence juridique actuel, la politique devrait décrire comment traiter les refus publics de respecter les demandes de prénoms et l'embarras et la stigmatisation qui en découlent, elle devrait autoriser explicitement le personnel enseignant à divulguer le nom du dossier officiel en violation des lois sur la protection de la vie privée, et elle devrait indiquer clairement que les lignes directrices en matière d'éthique professionnelle doivent être ignorées. Et une politique qui fait tout cela explicitement a plus de chances d'être invalidée par les tribunaux.

En outre, le flou et l'incertitude quelques semaines avant le début de l'année scolaire constituent une mauvaise pratique sur le plan de la gestion. Cela a également un impact disproportionné sur les enfants vulnérables qui sont déjà exposé.e.s à un risque accru d'intimidation, de violence, de décrochage scolaire et d'automutilation. Si l'objectif est de veiller à la protection des enfants et à les guider dans leurs démarches auprès de leurs parents, l'incertitude devrait être la dernière chose que le Ministère souhaite. Si les enfants n'ont pas accès à des adultes de confiance à qui s'adresser, les enfants n'obtiendront pas d'aide pour savoir comment parler à leurs parents ou pour accéder à l'appui que le Ministre dit vouloir leur donner. Pourtant, la clause promettant que leur orientation sexuelle ou de genre ne sera pas dévoilée sans leur consentement a disparu. Nous sommes en train de dire aux enfants, en fait, peut-être feras-tu l'objet d'une dénonciation ou peut-être pas. Peut-être les personnes qui t'enseignent te morinommeront-elles publiquement, ou peut-être pas. Peut-être verras-tu une travailleuse ou un travailleur social ou un.e psychologue, ou peut-être n'y en aura-t-il pas de disponible. L'incertitude est plus susceptible de pousser les enfants vers l'ombre que vers leurs parents.

Dans les recommandations qui suivent, je proposerai une nouvelle formulation de la politique 713 qui résoudra ce grave problème. Je note également que les conseils d'éducation de district sont des organismes publics et que les pouvoirs de recommandation du Défenseur s'appliquent également à eux. À ce titre, je fournirai également un autre modèle de politique que les districts scolaires peuvent utiliser en vertu de leur pouvoir de clarification des politiques du Ministère¹⁰⁴ pour conférer un effet juridique aux recommandations que j'ai formulées. Si le Ministère ne modifie pas sa politique, je suggère aux districts d'utiliser ce document, car dans le cas contraire, ils auront eu l'autorité légale de mettre la politique en conformité avec la *Charte* et d'autres lois et ne l'auront pas fait. Je note que certains districts se sont déjà prévalus de cette option et que rien dans le modèle de politiques des districts n'est incompatible avec les règlements adoptés par les CED.

¹⁰⁴*Loi sur l'éducation*, LN-B 1997, c E-1.12, art 36.9(5)(a). <<https://canlii.ca/t/6dqlm>>

Conclusion

Nous devons éloigner le débat sur la politique 713 des slogans et du langage qui divise. Cela ne fait qu'augmenter la stigmatisation et le sentiment d'isolement qui blessent trop d'enfants queer et trans. Il convient de préciser qu'il n'est pas fanatique pour un parent de vouloir avoir connaissance des décisions importantes qui concernent son enfant. De même, il n'est pas extrémiste de vouloir que les enfants aient de l'intimité et de l'autonomie lorsqu'ils sont assez âgés et matures pour l'exercer. Le problème avec les changements apportés à la politique 713, c'est qu'ils ont été imposés pour démontrer un soutien rhétorique à un principe, mais n'ont pas pris les mesures qu'un gouvernement devrait prendre pour aborder une question avec compétence et sérieux. Ces étapes – vérifier la conformité aux lois, aux autres procédures, aux processus et à l'éthique des experts, et à la réalité vécue des personnes qui vivent avec les impacts de la politique – ne semblent pas avoir été prises.

Dans les annexes de ce rapport, j'offre un exemple de ce à quoi pourrait ressembler une politique si nous acceptons la légitimité de nombreux facteurs. Les enfants réussissent mieux quand on leur montre du respect et de la gentillesse. Les adolescents ne peuvent pas être traités avec manque de respect jusqu'à ce qu'ils se soumettent à la volonté de certaines personnes. Les parents comptent et leur lien avec leur enfant doit être encouragé. Les éducateurs peuvent être une source de confiance et d'orientation pour les enfants. Les professionnels ont des codes de déontologie qui reflètent les intérêts des enfants. Des lois et des codes des droits de la personne existent. La nouvelle politique 713 que je propose ici tente d'équilibrer tous ces facteurs d'une manière qui n'est peut-être pas un cri de ralliement dramatique, mais un document nuancé pour gouverner un système scolaire avec des besoins divers et des personnes diverses.

Si nous nous éloignons des discours politiques et nous engageons dans le travail plus difficile et détaillé de gouverner avec sagesse et avec des politiques nuancées, nous servirons bien nos enfants. Il est temps pour nous tous de nous efforcer, dans notre débat politique, de ressembler aux adultes dont nos enfants ont besoin que nous soyons. Réviser une politique qui parle des droits et des expériences des enfants lorsqu'ils sont les plus vulnérables est un travail sérieux. Les adultes en position de gouverner doivent aller au-delà des slogans et de la symbolique. Nous devons aborder le travail avec soin, attention aux détails et gentillesse. C'est ce que font les adultes sérieux lorsqu'ils font des lois, qu'ils dépassent les revendications et les slogans et qu'ils adoptent la complexité et la nuance. Nous devons tous atteindre ce niveau. Les enfants ont besoin que les adultes agissent comme des adultes.

SOU MIS A l'Assemblée législative ce 15ème jour d'août 2023.



Kelly A. Lamrock, c.r.
Défenseur

ANNEXE "A"

Table des recommandations

Le défenseur recommande d'apporter les modifications suivantes à la politique 713 :

1. L'universalité des droits des élèves devrait être réaffirmée dans la politique. Les élèves ont le droit, en fonction de leur capacité, de choisir comment il convient de s'adresser à eux, que leurs motivations soient liées ou non à leur identité de genre.
2. La politique devrait spécifier au personnel scolaire, dans la section Définitions, ce qu'est la capacité. La politique devrait également être complétée de ressources supplémentaires pour guider le personnel scolaire, notamment des directives claires relatives à l'évaluation de la capacité avec des instructions spécifiques pour les cas impliquant des enfants handicapés, des élèves dont la première langue n'est ni l'anglais ni le français, et des élèves d'origines culturelles diverses.
3. La politique devrait conserver la disposition selon laquelle les dossiers officiels peuvent être modifiés unilatéralement par les élèves âgés de 16 ans et plus.
4. La politique devrait établir et définir le droit de tous les élèves de choisir la façon avec laquelle il convient de s'adresser à eux dans les interactions informelles, quotidiennes, en adéquation avec l'évolution de leurs capacités, et établir la présomption qu'un enfant a la capacité de prendre cette décision à partir de la 6^{ème} année, conformément aux politiques du Québec, de la Nouvelle-Écosse et de Terre-Neuve-et-Labrador.
5. La politique devrait explicitement fournir des directives aux éducateurs dans le but d'encourager, faciliter et fournir des outils aux élèves afin qu'ils puissent parler avec leurs parents, à titre de mesure de soutien significative et préconisée et assurer la formation du personnel de l'école à cet égard.
6. La politique devrait adopter un langage avisant le personnel scolaire de ne pas mal informer ou induire en erreur les parents, mais plutôt de les informer expressément des limites de l'école en termes de divulgation de renseignements, ainsi que des outils à leur disposition pour discuter des questions relatives à l'identité de genre avec leurs enfants.
7. La politique devrait opter pour une formulation rappelant aux éducateurs l'importance du soutien et de l'implication des parents et inclure explicitement le soutien à l'enfant dans sa démarche pour discuter avec ses parents, dans le cadre d'une intervention positive (lorsque cela est fait en conformité avec les directives légales en matière de signalement des risques de maltraitance).

8. La politique devrait être complétée de ressources supplémentaires afin de fournir des lignes directrices aux écoles sur l'évaluation des capacités et la mise en place d'accommodations pour les élèves des écoles élémentaires, conformément au droit de l'enfant à l'inclusion et à l'aménagement prévu par l'article 15 de la *Charte*.
9. La politique devrait établir le droit de tous les élèves, quel que soit leur âge, de bénéficier d'accommodations qui leur permettent de participer pleinement à la vie éducative et communautaire de l'école.
10. La politique devrait clairement établir la responsabilité du directeur d'établissement dans le développement de plans pour les élèves en école primaire n'ayant pas consenti à la consultation des parents. La politique devrait également permettre au directeur d'établissement de se baser sur son jugement professionnel pour faire appel à des professionnels de la santé mentale, plutôt que d'orienter arbitrairement tous les élèves de diverses identités de genre vers des professionnels de la santé mentale.
11. La politique devrait explicitement intégrer les dispositions statutaires existantes en matière de notification afin d'éviter les conflits avec les obligations légales existantes.
12. La politique devrait explicitement intégrer les dispositions statutaires existantes en matière de protection de la vie privée afin d'éviter les conflits avec les obligations légales existantes.
13. La politique devrait explicitement incorporer les codes d'éthique professionnelle existants afin d'éviter les conflits avec les obligations légales existantes.
14. La politique devrait fournir aux enseignants et au personnel scolaire des lignes directrices sur les interventions appropriées et inappropriées; les dispositions respecteront les limites appropriées du rôle et de l'expertise du personnel scolaire.
15. La politique devrait réintroduire le langage explicite interdisant au personnel scolaire de révéler l'orientation sexuelle ou l'identité de genre des élèves sans leur permission.
16. La politique devrait exiger des écoles qu'elles prennent les mesures nécessaires pour assurer que les prénoms des élèves inscrits dans les dossiers officiels de l'école ne soient pas utilisés sans le consentement des élèves dans des situations telles que l'appel de

classe, les cours en visioconférence, les réunions et salles de classes où se trouve un enseignant suppléant.

17. La politique devrait fournir des lignes directrices spécifiques sur la qualité et l'accessibilité de toilettes et vestiaires privés et neutres.
18. La politique devrait exiger des écoles qu'elles fournissent les efforts nécessaires pour subvenir aux besoins de tous les élèves lors des sorties pédagogiques et activités extrascolaires.
19. La politique devrait réintroduire un langage garantissant le droit des élèves de participer aux activités conformément à leur identité de genre.
20. La politique devrait exiger explicitement des écoles qu'elles établissent ou adoptent un règlement indépendant pour les compétitions sportives interscolaires aux niveaux intermédiaire et secondaire.

Le Défenseur fait les recommandations supplémentaires suivantes au gouvernement :

1. Les ressources financières nécessaires devraient être mises à disposition du ministère de l'éducation et du développement de la petite enfance afin qu'il puisse suivre l'évolution de ses normes en matière de conception de toilettes sûres et privées.
2. Les ministères de la santé, de la justice et de la sécurité publique, du développement social et de l'éducation et de la petite enfance devraient s'engager à réviser les limites d'âge légales, dont celles prévues par la *Loi sur l'Éducation*, la *Loi sur le Consentement Médical des Mineurs*, la *Loi sur les Statistiques de L'État Civil* et toute autre législation similaire, et y appliquer le droit du consentement évolutif et l'obligation d'évaluer la capacité des mineurs, prévus par la *Charte Canadienne des Droits et Libertés*.
3. Le Ministère devrait prévoir un examen de la politique 713 dans 5 ans et établir à l'avance les critères et processus d'évaluation de son efficacité.

Le Défenseur fait la recommandations supplémentaire suivante au Conseil d'éducation de district:

Dans l'éventualité où le ministère de l'éducation et de la petite enfance échouerait à mettre la politique 713 en conformité avec la loi d'ici le 1er septembre 2023, le Conseil d'éducation de district devrait adopter l'annexe C en vertu de leur capacité statutaire à rendre la politique non incompatible avec la politique du ministère.

ANNEXE "B"

Politique 713

VERSION DU DEFENSEUR

POLITIQUE 713 PROPOSÉE : Orientation Sexuelle et Identité de Genre

1. Objectif

La présente politique établit les exigences minimales pour les districts scolaires et les écoles publiques afin de créer un milieu scolaire sécuritaire, accueillant, inclusif, et favorable à l’affirmation pour tous les élèves, leur famille et leurs alliés qui s’identifient ou sont perçus comme LGBTQI2E+.

2.0 Application

Cette politique s’applique à tous les éléments suivants du milieu scolaire:

- a) tout élève fréquentant une école publique du Nouveau-Brunswick;
- b) tout le personnel scolaire, le personnel contractuel ou occasionnel, les personnes professionnelles en visite, les stagiaires, les visiteurs, les parents, et les bénévoles;
- c) le transport scolaire, soit à bord des autobus scolaires ou d’autres moyens de transport organisés par le système scolaire;
- d) les activités et les événements parrainés et appuyés par les écoles;
- e) l’ensemble des documents scolaires, formulaires, bulletins, outils pédagogiques, évaluations/tests et l’enseignement en classe;
- f) toute communication concernant l’école (p. ex. : réunions, appels téléphoniques, correspondances, courriels, messages sur les réseaux sociaux, et toute autre situation pouvant avoir des répercussions sur le milieu scolaire).

3.0 Définitions

Alliée désigne une personne qui reconnaît que les personnes LGBTQI2E+ font l’objet de discrimination et préconise la justice sociale.

Capacité désigne l’aptitude d’un élève à comprendre la nature et l’impact d’une décision, prenant en considération son âge, son développement, sa maturité et l’importance de la décision, ainsi que l’aptitude de l’élève à prendre et communiquer cette décision avec réflexion et sérieux.

Cisgenre désigne une personne dont l’identité de genre correspond au sexe attribué à sa naissance.

Expression de genre désigne la manière dont une personne s’exprime et la façon dont elle se présente et communique son genre à la société. Une personne peut exprimer son identité par son apparence physique, un nom, ou un pronom différent de ceux de la normativité sociale. L’expression de genre d’une personne est indépendante de son sexe attribué à sa naissance ou de son orientation sexuelle.

Identité de genre désigne le sens intrinsèque du genre d'une personne, qui peut ou ne pas correspondre au sexe attribué à sa naissance et qui n'est pas visible pour autrui.

Homophobie et transphobie désignent des attitudes, des sentiments, de la discrimination, et des comportements de nature négative à l'égard de toute personne qui s'identifie ou est perçue comme faisant partie de la communauté LGBTQI2E+.

Nom légal désigne le nom qui apparaît sur le certificat de naissance.

LGBTQI2E+ est un acronyme utilisé couramment qui représente différentes identités au sein de la société. Cet acronyme désigne toute personne lesbienne, gaie, bisexuelle, transgenre, queer, intersexuelle, ou deux esprits. Cet acronyme se termine par le symbole « + » pour refléter le fait qu'il existe dans la société de nombreuses autres identités qui pourraient être représentées.

Membres du milieu scolaire désigne tout élève inscrit dans le système d'éducation publique du Nouveau-Brunswick, le personnel scolaire, le personnel contractuel ou occasionnel, les personnes professionnelles en visite, les stagiaires, les parents, les visiteurs, et les bénévoles.

Genre non binaire désigne une personne dont l'identité de genre n'est exclusivement ni masculine ni féminine ou est située entre ou au-delà des deux genres.

Parent(s) désigne un/des parent(s) ou tuteur(s) au sens de la Loi sur l'éducation.

Pronom préféré désigne un pronom identifié par tout élève qui souhaite être appelé par celui-ci dans ses interactions quotidiennes avec les autres. Cela inclut un pronom choisi par un élève transgenre ou non binaire s'alignant avec son identité de genre, mais ne s'y limite pas.

Prénom préféré désigne un prénom identifié par tout élève qui souhaite être appelé par celui-ci dans ses interactions quotidiennes avec les autres, qu'il s'agisse ou non de son prénom légal. Cela inclut un prénom choisi par un élève transgenre ou non binaire qui s'aligne avec son identité de genre, mais ne s'y limite pas.

Orientation sexuelle désigne l'attraction sexuelle, émotionnelle et/ou psychologique d'une personne pour une autre.

Élève(s) désigne un ou des élèves au sens de la Loi sur l'éducation.

Personnel scolaire est défini au sens de la Loi sur l'éducation. Aux fins de la présente politique, le personnel scolaire inclut aussi les bénévoles.

Transgenre désigne une personne qui ne s'identifie pas comme étant, pleinement ou partiellement, au genre associé au sexe qui lui a été attribué à sa naissance.

4.0 Considérations Juridiques et Autorisation Légale

[Loi sur l'éducation](#) , article 6

Le Ministre...

b.2) peut, dans le cadre de la présente loi, établir des politiques et des lignes directrices provinciales visant l'instruction publique [...]

[Loi sur l'éducation](#)

Alinéa 13(1)e) et paragraphe 13(3), Rôle des parents

Paragraphe 27(1), Obligations des enseignants

Alinéa 48(2)b), Responsabilités des directeurs généraux

Alinéas 28(2)c), 28(2)e), 28(2)h), Obligations des directeurs d'écoles

Paragraphe 33(1.1), Fonctions des comités parentaux d'appui à l'école

Alinéas 36.9(5)a) et (b), Responsabilité des conseils d'éducation de district

5.0 Buts et Principes

Le ministère de l'Éducation et du Développement de la petite enfance croit aux fondements suivants :

5.1 Tout membre du milieu scolaire a le droit de s'identifier et de s'exprimer, sans crainte de répercussions, et que soient respectées sa dignité, sa vie privée, et la confidentialité des renseignements les concernant;

5.2 Tout membre du milieu scolaire a le droit d'apprendre et de travailler dans une atmosphère de respect qui est exempte de harcèlement et de discrimination;

5.3 Il importe que tous les élèves aient un sentiment d'appartenance et d'attachement étroit envers leur milieu scolaire et se sentent appuyé(e)s par le personnel scolaire;

5.4 Le personnel scolaire doit instaurer une culture qui reflète de manière positive les élèves LGBTQI2E+ et leur vie dans le milieu scolaire;

5.5. Il importe de collaborer avec les personnes intervenantes communautaires pour répondre aux besoins de l'ensemble des membres LGBTQI2E+ du milieu scolaire; et

5.6 Les groupes de soutien tels que les alliances de genres et de sexualités des écoles sont importants et offrent aux élèves un espace sécuritaire et valorisant. Ces alliances et le personnel scolaire doivent travailler de concert pour créer un milieu scolaire sécuritaire et inclusif pour les élèves LGBTQI2E+.

6.0 Exigences et Normes

1. Milieu scolaire de soutien

6.1.1 La direction d'école veillera à ce que tous les membres du milieu scolaire soient informés des exigences établies dans la présente politique.

6.1.2 Les membres du personnel scolaire feront en sorte que le milieu scolaire respecte le droit de tout élève de s'auto-désigner et que des mesures appropriées soient en place pour protéger ses renseignements personnels et sa vie privée.

6.1.3 Le MEDPE et les districts scolaires fourniront de la formation professionnelle au personnel scolaire pour qu'ils soient en mesure de comprendre les besoins des élèves LGBTQI2E+ du milieu scolaire et de leur apporter leur appui.

6.1.4 Les propos, comportements ou discriminations homophobes ou transphobes à l'égard d'un membre du milieu scolaire ne seront pas tolérés et seront signalés immédiatement à la direction de l'école ou à la personne désignée. Toute allégation sera prise au sérieux et traitée de façon opportune et efficace conformément à la Politique 703 – Milieu propice à l'apprentissage et au travail.

6.1.5 Tout élève pourra participer aux activités scolaires, périscolaires et parascolaires, qui sont sûres, inclusives et en conformité avec leur identité de genre. Les écoles devront assurer que les compétitions et sports interscolaires sont réglementés par des organismes spécialisés, tels que l'ASINB, de manière respectueuse du droit à l'inclusion des élèves et assurant un accès universel au fair-play et à la compétition en fonction des capacités de l'enfant.

6.1.6 Le MEDPE, les districts scolaires et le personnel scolaire feront en sorte que le matériel et les activités offertes en classe donnent des informations positives, fondées sur des faits et adaptées à l'âge de l'élève, en ce qui a trait à l'orientation sexuelle et l'identité de genre.

6.1.7 Le MEDPE, les districts scolaires et les écoles s'efforceront d'utiliser un langage épicène et inclusif pour s'adresser à tous les membres du milieu scolaire. Cette exigence s'applique aux consignes en classe, au matériel pédagogique, aux bulletins d'information des écoles et des districts scolaires, aux formulaires, aux médias sociaux, aux courriels, aux conversations téléphoniques et aux réunions.

6.1.8 Les écoles devront assurer que les informations personnelles des élèves figurant dans les dossiers officiels ne sont pas utilisées dans un but autre que celui pour lesquelles elles ont été collectées et ne sont pas divulguées sans consentement.

Les procédures relatives à l'appel de classe, aux enseignants suppléants, aux vidéoconférences, aux assemblées scolaires et aux cérémonies doivent refléter cette obligation légale.

6.2 Alliances de soutien

6.2.1 Toutes les écoles disposeront d'un membre désigné du milieu scolaire pour prendre la défense des élèves qui s'identifient comme LGBTQI2E+ et leur famille.

6.2.2 Les directions d'école appuieront l'établissement d'une alliance des genres et de la sexualité et apporteront leur soutien à tous les événements ou activités organisés par le groupe.

6.2.3 Le consentement des parents ne sera pas nécessaire pour que les élèves fassent partie d'une alliance de genres et de sexualités. La vie privée et la confidentialité de l'élève seront respectées.

6.3 Auto-Identification

6.3.1 Tout élève de 16 ans ou plus a le droit de déterminer son prénom préféré et/ou ses pronoms qui seront officiellement utilisés pour la tenue et gestion quotidienne des dossiers (EDPE, district scolaire, logiciels scolaires, bulletins de notes, listes de classes, etc.) L'élève dispose du droit de faire ce changement quel qu'en soit les motivations.

6.3.2 Tout élève a le droit, en cohérence avec son âge, sa maturité et ses capacités évolutives, de choisir le prénom et/ou les pronoms par lesquels les autres membres de la communauté scolaire s'adressent à lui lors d'interactions quotidiennes informelles. L'élève dispose de ce droit quel que soit la motivation de ce changement. Pour davantage de clarté, les interactions informelles quotidiennes comprennent les interactions en classe, mais ne s'y limitent pas, ainsi que les activités extrascolaires et périscolaires, le temps libre et les conversations sociales.

6.3.3 Aux fins de la présente politique, un élève est présumé avoir la capacité de déterminer ses propres appellations à partir de la 6ème année. Pour les enfants qui ne sont pas encore en 6ème année, ou pour les enfants dont le Directeur doute de leur capacité, le Directeur élabore un plan pour l'enfant issu d'une consultation avec le personnel scolaire et des conseils de spécialistes tels que les conseillers d'éducation, les travailleurs sociaux, les médecins et psychologues, lorsque le Directeur les considère nécessaires sur la base de son jugement professionnel.

Le plan peut inclure, mais ne s'y limite pas :

- Une évaluation de la capacité de l'enfant à formuler la demande ;
- Une évaluation de l'impact de la demande sur l'aptitude de l'enfant à bénéficier pleinement des services éducatifs et à participer pleinement à la communauté scolaire ;

- Une évaluation du soutien approprié et des aménagements nécessaires pour répondre aux besoins de l'enfant ; et
- Une évaluation sur la manière de consulter les parents dans l'élaboration de tout soutien et aménagement, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant et à son droit aux services éducatifs.

6.3.4 Aucune disposition de la présente politique n'oblige le personnel de l'école à accorder un changement de nom informel qui n'est pas sincère ou qui est effectué dans un but inapproprié.

6.4 Soutiens et accommodations pour les élèves

6.4.1 Les élèves ont le droit de bénéficier d'accommodations en lien avec leur identité de genre qui leur permettent de jouir intégralement des services éducatifs et de participer pleinement à la vie de la communauté scolaire. Le personnel de l'école doit fournir ce type de soutien conformément aux besoins de l'élève en matière d'éducation et de développement.

6.4.2 Aux fins de la présente politique, un élève est présumé avoir la capacité de déterminer sa propre identité et expression de genre à partir de la 6^{ème} année. Avant la 6^{ème} année, ou lorsque le directeur d'école doute de la capacité de l'enfant, le directeur d'école élaborer un plan d'accommodation selon les modalités décrites à la section 6.3.3.

6.4.3 Le personnel de l'école fournit à l'élève un soutien et des accommodations appropriés, en fonction de ses besoins en matière d'éducation et de développement. Pour plus de clarté, voici des exemples de soutiens appropriés et inappropriés :

Les soutiens appropriés :

- Respecter le droit des élèves en capacité de choisir la manière dont il convient de s'adresser à eux.
- Fournir aux parents des informations claires concernant cette politique, les droits de l'enfant à la vie privée et à des accommodations, et les outils dont ils disposent pour participer aux activités de leurs enfants et en être informés.
- Écouter un élève qui entame une conversation relative à son expression de genre et qui pose des questions, avec empathie et sans porter de jugement.
- Répondre aux questions, lorsqu'elles sont posées, de manière factuelle et informée.
- Sensibiliser les élèves à la nécessité d'accepter la diversité chez les autres et montrer l'exemple d'un comportement inclusif.
- Réagir rapidement aux incidents d'intimidation ou de harcèlement.

- Explorer et encourager la communication avec les parents de l'élève et fournir à l'élève des outils pour impliquer ses parents dans les questions relatives à l'identité et à l'expression de genre.
- Fournir des livres et d'autres ressources pédagogiques qui représentent un éventail diversifié d'individus et de familles.
- Assurer l'accès à du personnel scolaire tel que des conseillers d'orientation, des psychologues et des travailleurs sociaux, le cas échéant.
- Respecter et garantir la vie privée et l'autonomie de l'enfant en fonction de ses capacités.

Les soutiens inappropriés :

- Initier, suggérer ou faire des suppositions sur l'identité de genre d'un enfant.
- Promouvoir ou encourager toute intervention médicale auprès d'un élève, y compris les soins visant l'affirmation du genre. Les élèves devront être orientés, lorsque c'est approprié, vers des professionnels de la santé compétents en la matière et vers les processus de consultation parentale pour ces questions.
- Imposer les convictions religieuses ou politiques personnelles de l'enseignant à un élève.
- Faire pression sur un élève pour qu'il se conforme à des normes ou à des idées préconçues, y compris ses préférences ou expressions passées, en matière d'identité de genre.
- Fournir à l'élève des conseils pratiques dans le but de tromper les parents ou de leur fournir des informations erronées.
- Divulguer l'identité de genre d'un élève à d'autres parties sans son consentement éclairé.

6.4.4 Le directeur d'école, en collaboration avec le district scolaire et le ministère, assure la formation professionnelle continue du personnel scolaire portant sur les bonnes pratiques en matière de soutien et d'accommodations appropriés.

6.5 Espaces universels

6.5.1 Tous les élèves auront accès à des toilettes qui répondent à leur identité de genre. Tous les élèves pourront avoir accès à ces toilettes de façon non stigmatisante.

6.5.2 Toutes les écoles auront au moins une toilette universelle (privée) accessible en tout temps. Ces installations doivent être sûres, de qualité et faciles d'accès, au même titre que les toilettes non séparés.

6.5.3 Des aires de changement universelles et privées seront disponibles dans toutes les écoles. Ces installations doivent être sûres, de qualité et faciles d'accès, au même titre que les toilettes non séparés.

7.0 Lignes Directrices et Recommandations

7.1 Les écoles sont encouragées à avoir, dans la mesure du possible, plus d'une toilette universelle accessible en tout temps.

7.2 Les directions générales des districts scolaires sont tenues de déployer des efforts raisonnables pour offrir un soutien des élèves qui demandent de changer d'école en raison de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre ou de leur expression de genre.

7.3 Lors des activités hors des lieux de l'école, tous les élèves auront accès à des accommodations qui cadrent avec leur identité de genre. Le personnel de l'école doit tout mettre en œuvre pour répondre aux besoins de tous les élèves lors d'excursions scolaires, d'activités périscolaires ou parascolaires, de compétitions, et d'activités qui se tiendront à une autre école, etc.

7.4 Aucune disposition de la présente politique ne doit être interprétée comme ordonnant au personnel de l'école de violer un code de déontologie fourni par son association professionnelle ou de violer la législation provinciale régissant les droits de la personne et la protection de la vie privée.

7.5 Aucune disposition de la présente politique ne doit être interprétée comme modifiant les obligations légales prévues par les lois ou règlements provinciaux à l'égard du personnel scolaire en ce qui concerne le consentement ou la notification des parents.

8.0 Élaboration de Politiques par le Conseil d'Éducation de District

Un conseil d'éducation de district peut élaborer des politiques et des procédures à condition qu'elles soient conformes à la présente politique provinciale ou plus exhaustive. Leur politique doit être affichée sur le site du district scolaire et communiquée à tous les membres du milieu scolaire au début de chaque année scolaire.

9.0 Références

[Charte canadienne des droits et des libertés](#)

[Loi sur les droits de la personne](#)

[Loi sur l'éducation](#)

[Loi *sur l'information et la protection de la vie privée*](#)

[Politique 703 – Milieu propice à l'apprentissage et au travail](#)

[Diversité sexuelle et de genre – Ressource pédagogique inclusive](#)

ANNEXE "C"

*Modèle de politique contingente
pour les conseils d'éducation de
district*

POUR CLARIFIER LA SITUATION, les lignes directrices suivantes s'appliqueront aux écoles lors de la mise en œuvre des dispositions de la politique 713

1. En ce qui concerne la section 6.1.2, les écoles ne divulgueront pas les renseignements personnels d'un élève, y compris le nom et le sexe biologique, contenus dans le dossier officiel de l'élève sans le consentement de l'élève tel que défini dans la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée*.
2. En ce qui concerne la section 6.3.2, « obtenir le consentement pour parler au parent » signifie obtenir le consentement éclairé de l'élève pour parler au parent.
3. En ce qui concerne les sections 5.1, 6.1.2 et la section 6.3.2, le personnel de l'école doit respecter la direction de l'élève en ce qui concerne le nom et les pronoms par lesquels il souhaite être appelé dans les interactions quotidiennes et informelles avec le personnel de l'école et les autres élèves. L'étudiant n'a pas à motiver le changement. Pour plus de clarté, les interactions quotidiennes informelles comprennent, mais sans s'y limiter, la communication en classe, les activités parascolaires et périscolaires, le temps libre et les conversations sociales. Ce respect de la volonté de l'élève sera prolongé pendant que des efforts pour « obtenir le consentement de parler au parent » sont déployés conformément à la section 6.3.2. Le personnel de l'école ne peut pas empêcher l'utilisation du nom et/ou des pronoms préférés de l'élève comme moyen « d'obtenir le consentement pour parler au parent ». L'utilisation du nom et/ou du pronom préféré de l'élève, conformément à son identité de genre, est un accommodement conforme à la *Loi sur l'éducation*, articles 1.1(a), 27(1)(b.1), 28(2)(c), à la *Loi sur les droits de la personne*, articles 2.1(n), 6(1) et à la *Charte des droits et libertés*, article 15.
4. En ce qui concerne la section 6.3.2, « dirigé » signifie que les élèves souhaitant obtenir de l'aide pour parler avec leurs parents dans le but d'obtenir leur consentement seront informés que des psychologues scolaires et des travailleurs sociaux sont disponibles et comment obtenir ces services. « Dirigé » ne sera pas interprété comme obligeant les étudiants à consulter ces professionnels.
5. En ce qui concerne les sections 5.1, 6.1.2 et la section 6.3.2, le personnel de l'école ne doit pas divulguer l'identité de genre, l'expression de genre ou les demandes d'utilisation informelle de noms et de pronoms d'un élève sans demande de cet élève. Les enseignants ne peuvent pas mal informer ou induire en erreur les parents, mais peuvent informer les parents des droits de l'élève en vertu de la *Loi sur le droit*

à l'information et la protection de la vie privée, et fournir une consultation raisonnable avec le parent sur les options du parent conformément à l'article 13 (2) de la *Loi sur l'éducation*. Les écoles sont encouragées à communiquer de manière proactive avec les parents concernant cette politique.

6. En ce qui concerne la section 6.1.5, les activités « sécuritaires et accueillantes » sont celles qui permettent à chaque élève de participer d'une manière compatible avec son identité de genre. Les écoles doivent veiller à ce que les sports de compétition interscolaires aux niveaux intermédiaire et secondaire soient réglementés par des organismes indépendants qui peuvent garantir la participation universelle, le fair-play et l'équilibre compétitif.

7. En ce qui concerne les sections 6.4.2 et 6.4.3, les écoles feront de leur mieux pour s'assurer que les toilettes et les vestiaires non sexistes sont sûrs et d'une qualité et d'une accessibilité compatibles avec d'autres installations de ce type. Le personnel de l'école fera de son mieux pour permettre à tous les élèves d'utiliser des toilettes privées et des vestiaires lors de voyages scolaires et d'activités parascolaires se déroulant en dehors du campus de l'école.