

L'interdiction de discriminer les personnes trans* dans la Charte des droits et libertés de la personne : pour son amélioration par l'ajout de l'« identité de genre » et de l'« expression de genre » à la liste des motifs de distinction illicites

Jean-Sébastien Sauvé

Avocat, doctorant en droit
Université de Montréal (Canada)
jean-sebastien.sauve.1@umontreal.ca
www.jssauve.ca

Résumé

Au Québec, la Charte des droits et libertés de la personne interdit, dans une certaine mesure, la discrimination des personnes trans*. Ce régime couvre cependant difficilement les différentes facettes de l'identité de genre et de l'expression de genre et certaines situations pouvant en découler, dont la trans-parentalité. En réponse à cette lacune et à l'aide d'une approche positiviste, l'article proposé suggère l'ajout de l'« identité de genre » et de l'« expression de genre » à la liste des motifs de distinction illicites énoncés à l'article 10 de la Charte. Cela permettrait d'offrir aux personnes trans* une meilleure « protection » juridique – à supposer qu'une telle protection existe réellement. L'état du droit se verrait, par ailleurs, clarifié. Afin de soutenir cette affirmation, l'interdiction de discriminer les personnes trans* est, dans un premier temps, étudiée. Il est ainsi montré que le « sexe » et l'« état civil » apparaissent comme des motifs centraux au cœur d'une telle analyse. Cependant, en raison de l'interprétation qui leur en est donnée, ils ne permettent pas d'embrasser pleinement et explicitement la situation de toute personne résistant aux stéréotypes de genre. Le régime juridique québécois se montre donc, à cet égard, insuffisant pour interdire complètement et explicitement la discrimination contre les personnes trans*. Face à cette insuffisance, il est, dans un deuxième temps, proposé d'ajouter, à la liste des motifs de distinction illicites, l'« identité de genre » et l'« expression de genre ». De plus en plus prisée ailleurs au Canada, une modification semblable de la Charte permettrait de pallier le problème décrit ci-dessus. S'il est vrai que les effets concrets d'une telle modification législative sont difficilement mesurables considérant le fait que la « protection » contre la discrimination, au sens strict, relève du mythe, l'auteur soutient qu'il demeure opportun de modifier en ce sens la Charte des droits et libertés de la personne.

Mots clés : discrimination, état civil, expression de genre, identité de genre, sexe, transgenre, trans-phobie, transsexuel

Abstract

Prohibiting discrimination against trans* people: improving the Charter of Human Rights and Freedoms by adding “gender identity” and “gender expression” to the list of defined discriminations

The Québec Charter of Human Rights and Freedoms prohibits, to a certain extent, discrimination against trans people. However, the Charter does a poor job of covering different facets of gender identity and expression, and of certain resulting situations such as transgender parenting. In response to this shortcoming, and using a positivist approach, this article suggests adding “gender identity” and “gender expression” to the list of defined discriminations that are prohibited under section 10 of the Charter. This would give trans* people better legal “protection”—assuming such protection truly exists. It would also clarify the legal situation. To support this assertion, the author examines the prohibition of discrimination against trans* people, revealing that the concepts of “sex” and “civil status” are central to the issue. However, because of how they are interpreted, these concepts cannot fully and explicitly encompass the situation of people who do not adhere to gender stereotypes. In this regard, the Québec legal system is therefore incapable of completely and explicitly prohibiting discrimination against trans* people. Given this shortcoming, the article subsequently suggests adding “gender identity” and “gender expression” to the list of defined discriminations. Such an amendment to the Charter, which is being applied increasingly elsewhere in Canada, would compensate for the problem described above. While its tangible effects would be difficult to measure given that having true “protection” against discrimination is somewhat of a myth, the author nevertheless submits that such an amendment would be an appropriate step.*

Keywords: *discrimination, civil state, gender expression, gender identity, sex, transgender, transphobia, transsexual*

Je me souviens de cette journée de 2012 où, invité par un organisme communautaire, j’ai prononcé une conférence sur le droit à l’égalité des personnes trans*. Le but : informer les personnes trans* (transsexuelles, transgenres, travesties, non binaires dans le genre, *queers*...) de leurs droits, particulièrement celui de ne pas subir de discrimination parce qu’elles sont trans*. Ce jour-là, j’ai proposé, comme l’avaient fait avant moi d’autres juristes, que les personnes trans* étaient visées par l’interdiction de discrimination formulée à l’article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne (ci-après «Charte québécoise»). Cette affirmation ressortait de l’interprétation large et libérale qu’il convient de donner à cette disposition et, plus particulièrement, aux motifs de distinction illicites «sexe» et «état civil» :

Toute personne a droit à la reconnaissance et à l’exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la

grossesse, l’orientation sexuelle, l’état civil, l’âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l’origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l’utilisation d’un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu’une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

Durant la période de questions, on m’a demandé quelles étaient les personnes trans* visées par cette interdiction de discrimination. «Toutes», ai-je dit. Cette réponse était conforme à ce que propose la littérature juridique québécoise – anémique et excessivement généraliste – selon laquelle au Québec, la discrimination des personnes trans* est interdite en raison de la présence des motifs de distinction illicites «sexe» et «état civil» (Carpentier, 2001 ; Rivet, 1999).

Aujourd’hui, j’estime opportun de remettre en question le degré de certitude avec lequel j’avais affirmé que «toutes» les personnes trans* sont visées par l’interdiction de discrimi-

nation formulée à l'article 10 de la Charte québécoise. Celle-ci souffre de sa généralité. Elle occulte la vulnérabilité juridique des personnes trans* à cet égard. Il n'est pas, en effet, juridiquement évident et incontestable que *toutes* les personnes trans* sont visées par cette interdiction de discrimination. Voilà un grave problème devant être, d'une part, constaté et, d'autre part, pallié, ce dont il est question dans cet article.

En ayant recours au positivisme juridique comme façon d'approcher le droit (Bobbio, 1998 : 24 et suiv.), je procède à une description du droit positif étatique applicable (entendu ici comme étant le droit de l'État québécois) soucieuse de ses zones d'ombres et de ses limites. Cela m'amène à soutenir deux principaux arguments : l'interdiction de discriminer les personnes trans* apparaissant dans la Charte québécoise est 1) imparfaite, mais 2) perfectible.

Dans un premier temps, je m'affaire à décrire l'interdiction de discrimination au regard des motifs «état civil» et «sexe». Une telle entreprise montre l'imperfection de l'interdiction de discrimination des personnes trans*, puisqu'il est incertain que *toutes* les personnes trans* en bénéficient. Dans un deuxième temps, je propose l'ajout, à la liste des motifs de distinction illicites énoncés à la Charte québécoise, de l'«identité de genre» et de l'«expression de genre». Une telle modification législative aurait pour effet de pallier l'incertitude juridique précédemment exprimée. Il est important de souligner ici que l'analyse présentée ne se limite qu'aux motifs de distinction illicites. Ce serait toutefois faire erreur de conclure qu'il s'agit là des seuls aspects de la Charte québécoise qui ont pour effet de limiter la possibilité, pour les personnes trans*, de vivre dans un cadre exempt de discrimination. On peut par exemple penser à l'exception affectant l'interdiction de discrimination suivant laquelle les organismes sans but lucratif peuvent adopter, dans une certaine mesure, des pratiques discriminatoires (Charte québécoise, art. 20). Les enjeux que soulève cette exception sont aussi graves qu'importants

et ils méritent certainement une étude approfondie. Pour cette raison, j'ai fait le choix éditorial de ne pas en traiter. La personne intéressée par ce sujet, mais aussi par le cadre juridique général de l'interdiction de discrimination énoncée à l'article 10 de la Charte québécoise pourra néanmoins consulter l'excellent ouvrage *Le droit à l'égalité au Canada* (Morin, 2012).

Avant d'entrer dans le vif du sujet, certaines précisions terminologiques s'imposent. J'utilise, tout au long de ce texte, le terme «trans*» pour désigner les personnes qui ne s'identifient pas comme étant du genre qui leur a été assigné à la naissance, ou encore qui n'expriment pas un genre jugé conforme aux stéréotypes affectant le genre qui leur a été assigné à la naissance. Sont donc notamment ici visées les personnes transsexuelles, transgenres, travesties, non binaires dans le genre et *queers*. Quant aux notions «identité de genre» et «expression de genre», je retiens la définition proposée par l'auteure Kate Bornstein. Il s'ensuit que l'«identité de genre» fait référence à la réponse offerte à la question visant à savoir si l'on est un homme, une femme, ou autre, en considérant que c'est personnel et susceptible d'évolution (Bornstein, 2013 : 50-51). L'«expression de genre», quant à elle, est entendue comme étant ce que l'on communique aux tiers concernant notre genre. À l'instar de l'identité de genre, celle-ci est susceptible d'évolution (*id.*). J'ajoute qu'elle peut ne pas être jugée comme alignée à notre identité de genre. Par exemple, il est possible de se sentir comme étant un homme – et d'être ainsi un homme – tout en ayant une expression de genre féminine ou autre. Je préfère ces termes («identité de genre» et «expression de genre») aux expressions «identité sexuelle» et «expression de l'identité sexuelle», puisqu'ils permettent de prendre une distance critique et terminologique avec le mot «sexe». Ce sont également les termes qui, selon mon expérience, sont utilisés dans le milieu communautaire au Québec. Quoi qu'il en soit, aux fins de cet article, l'«identité de genre» et l'«identité sexuelle» peuvent

être considérées comme des synonymes. Il en va de même pour l'«expression de genre» et l'«expression de l'identité sexuelle».

Un dernier détail, mais non le moindre : les recherches sont à jour au 13 mai 2014.

1. L'interdiction de discriminer les personnes trans* dans la Charte québécoise est imparfaite

Dans cette première partie de l'article, j'explique pourquoi l'interdiction de discriminer les personnes trans* énoncée à l'article 10 de la Charte québécoise est imparfaite. Cela tient des principaux motifs de distinction illicites utilisés pour conclure à son interdiction, soit l'«état civil» (section 1.1.) et le «sexe» (section 1.2.).

1.1. L'interdiction de discriminer les personnes trans* vue à travers le motif «état civil»

Au Québec, en vertu de la Charte québécoise, la discrimination des personnes trans* a d'abord été examinée à la lumière du motif «état civil». Retour vers le début des années 1980, à l'occasion de l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Anglsberger* (Cour provinciale, 1982, ci-après «*Anglsberger*»).

Selon les faits rapportés dans cette décision, la plaignante, Dame D., est transsexuelle. Elle a obtenu le changement de la mention du sexe figurant à son acte de naissance. Son état civil indique qu'elle est une femme. D'ailleurs, elle se présente comme telle. Un jour, elle invite un ami au restaurant. Lorsqu'elle se présente au comptoir dans le but de commander son repas, un refus de service lui est opposé. On lui demande même de quitter les lieux. Le motif invoqué : Dame D. est transsexuelle.

Selon la preuve retenue, la partie défenderesse propriétaire du restaurant «ne voulait pas de travestis, de prostituées, d'hommes déguisés en femme» (Cour provinciale, 1982 : 83) dans son établissement, puisqu'apparemment, «les

transsexuels sont des troubles-fêtes [...]» et que Dame D. est associée à un travesti et à un prostitué (Cour provinciale, 1982 : 84).

Deux policiers ont témoigné en faveur de la position avancée par la défenderesse. Un de ceux-ci, l'agent Dextrateur, a expliqué qu'environ 5 % à 8 % des prostituées «fichées sur le territoire de la rue-Catherine entre les rues St-Denis et St-Laurent [...]» sont travesties ou transsexuelles (Cour provinciale, 1982 : 84). De l'avis de ce même policier, «le service de police encourage les propriétaires d'endroit public à ne pas tolérer la sollicitation et la flânerie dans leur établissement, ce qui pourrait amener la complicité dans la prostitution» (Cour provinciale, 1982 : 84). Le directeur du district 33 de la C.U.M. (Communauté urbaine de Montréal), Jean-Claude Rondeau, a également témoigné en défense. Après avoir confirmé les déclarations de l'agent Dextrateur, il a mis le Tribunal «en garde sur une condamnation éventuelle vu que cela constituerait un précédent et que les propriétaires de restaurants et d'établissements commerciaux craindraient de prévenir la sollicitation et la flânerie» (Cour provinciale, 1982 : 84). Ce commentaire fut qualifié par le tribunal de «pour le moins inélégant et déplacé» (Cour provinciale, 1982 : 84).

Face à cette situation factuelle, le tribunal conclut qu'il s'agit d'un cas de discrimination fondée sur «l'état civil». Le raisonnement adopté est présenté de la façon suivante :

Dans le cas sous étude, l'état civil déposé comme pièce P-3 indique que Dame D. est une personne du sexe féminin et la défenderesse par jugement basé sur des préjugés a refusé de reconnaître son état civil alors qu'elle était vêtue sobrement avec toutes les caractéristiques d'une personne du sexe féminin. Elle a donc été discriminée en vertu de l'article 10 quant à son état civil. (Cour provinciale, 1982 : 85)

La mention de sexe inscrite à l'acte d'état civil déposé par Dame D. affirmait qu'elle était de sexe féminin. En outre, selon les faits de l'affaire, elle «était vêtue sobrement avec

toutes les caractéristiques d'une personne du sexe féminin». De l'avis du tribunal, il y avait donc lieu de conclure que la défenderesse avait, sans motif valable, refusé de reconnaître l'état civil de Dame D. Elle fut condamnée, pour cette raison, au versement de dommages et intérêts.

La décision *Anglsberger* montre que le motif «état civil» peut être utile lorsqu'une personne trans* est victime de discrimination en raison de son état civil. C'était vrai en 1982, c'est encore vrai de nos jours.

Contrairement à ce que pourraient laisser croire les motifs de la décision *Anglsberger*, l'expression de genre de la victime n'est d'aucune façon pertinente dans cette analyse, et encore moins son statut professionnel. Une personne trans* ayant obtenu le changement de la mention du sexe peut donc ne pas être «vêtue sobrement avec toutes les caractéristiques d'une personne du sexe féminin» et tout de même faire valoir son droit à ne pas être victime de discrimination fondée sur l'«état civil». De plus, même si dans la décision *Anglsberger* nous pouvons lire que «la défenderesse par jugement basé sur des préjugés a refusé de reconnaître [...] [l']état civil» (Cour provinciale, 1982 : 85) de Dame D., sachant que «[l]a défenderesse a fait un procès d'intention entre Dame D. et des travestis ou prostitués» et que Dame D. était au contraire «une personne honorable» (*ibid.*, 1982 : 84), ces affirmations n'ont rien à voir avec l'interdiction de discrimination fondée sur l'«état civil». Les explications du tribunal ont certes de quoi surprendre, mais elles ne peuvent en aucun cas être considérées comme justificatives de l'interdiction de discriminer les personnes trans* en raison de leur état civil.

De façon générale, la jurisprudence montre que l'«état civil», en contexte de discrimination, s'entend de façon plus large que celle que l'on trouve aux articles 103 et suivants du Code civil du Québec. Certes, comme il en va de la notion inscrite dans le Code civil du Québec, l'«état civil» dans la Charte québécoise vise explicitement le contenu des actes de l'état civil

(acte de naissance, acte de mariage, acte d'union civile, acte de décès). Toutefois, plutôt que de se limiter à ces seuls actes et leur contenu, le motif comprend également certaines situations de fait en découlant. À ce sujet, le Tribunal des droits de la personne (ci-après «Tribunal») expliquait dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Industrielle Alliance, assurances auto et habitation inc.* qu'«une distinction fondée sur le fait qu'une personne ait un conjoint ou un enfant constitue une distinction fondée sur l'état civil» (Tribunal, 2013a : par. 54). Il peut également en être de même pour les cas où «une différence de traitement imposée à une personne en raison de l'identité particulière de son conjoint, de son parent ou de son enfant soit assimilée à une distinction fondée sur l'état civil» (*ibid.* : par. 57), tout comme «une différence de traitement imposée à une personne en raison des *caractéristiques particulières* de son enfant peut, en certaines circonstances, constituer une distinction fondée sur l'état civil» (*ibid.* : par. 58).

Le motif «état civil» doit donc être entendu, dans la Charte québécoise, comme faisant référence à davantage que la notion d'«état civil» se trouvant dans le Code civil du Québec. L'«état civil» comme motif de distinction illicite couvre les relations entre les personnes, pour autant que ces relations découlent d'éléments se rapportant à l'état civil. La filiation, l'état matrimonial et l'état familial peuvent constituer ici de bons exemples, à condition de les considérer avec grande prudence, si l'on se fie au récent arrêt *Beauchesne c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal* (Cour d'appel, 2013) et à la décision *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté (Matins de Victoria)* (Tribunal, 2013b, requête pour permission d'appeler accueillie le 2 déc. 2013). Ces décisions judiciaires montrent qu'il est possible de douter que les *conséquences* découlant de certains éléments relatifs à l'état civil – le fait d'avoir des obligations particulières parce que l'on est parent d'un enfant en situation de han-

dicap, par exemple – puissent être considérées comme étant visées par le motif «état civil». Malgré tout l'intérêt que suscite cette jurisprudence, considérant le propos de l'article, il n'y a pas lieu de l'analyser en profondeur.

Mais suivant ce qui précède, il ne semble pas impensable qu'une personne trans* étant victime de discrimination en raison des informations figurant sur l'un de ses actes de l'état civil puisse formuler une plainte en invoquant valablement le motif «état civil». Cela pourrait être le cas, par exemple, si l'on refusait de reconnaître le prénom qu'elle utilise au quotidien, préférant celui apparaissant à l'acte de naissance. Il en irait de même si son identité de genre n'était pas reconnue au motif que la mention de sexe figurant à l'acte de naissance diffère de celle affirmée au quotidien. Évidemment, les décisions précitées n'abordent pas de façon claire ces deux derniers exemples. Le raisonnement qui y est exposé permet néanmoins d'ouvrir la porte à de tels arguments. Quoi qu'il en soit, si l'une ou l'autre de ces situations se présentait, le motif «sexe» pourrait certainement être invoqué avec succès, ce qui rend la question de l'étendue de l'«état civil» assez théorique.

Dans un autre ordre d'idées, en application des normes de droit positif relatives à l'état civil et la filiation, les rôles parentaux figurant sur les actes de naissance sont genrés. La mère est une *femme*, le père est un *homme*. La maxime latine *Mater semper certa est* – la mère est toujours certaine – est encore d'actualité en droit québécois. En application de cette dernière, la personne accouchant d'un enfant en est la «mère» aux fins de l'état civil, peu importe si cette personne voit apparaître, sur ses documents d'identité, la mention de sexe «F» ou «M». Sauf exception, les rôles parentaux figurant sur les actes de naissance ne peuvent être modifiés ou rendus invisibles. Les mentions relatives aux «père(s)» et «mère(s)» sont ainsi permanentes et les exceptions en question ne trouvent aucune application dans le contexte qui nous occupe. C'est donc dire qu'une personne à qui le rôle de

«mère» a été attribué ne peut obtenir la modification de ce rôle, même si elle obtient le changement de la mention du sexe, même si elle apparaît, au quotidien, comme le père de l'enfant. La décision *J M et Je M* (Cour du Québec, 2004) illustre cette situation.

En contexte de transparence, un tel affichage des rôles parentaux peut placer la personne trans* dans une situation de dévoilement quasi perpétuel. D'un côté, en fonction du rôle parental ayant été enregistré pour le parent trans*, toute personne consultant l'acte de naissance de l'enfant, que ce soit en contexte médical, scolaire ou récréatif pour ne donner que ces exemples, peut prendre connaissance du fait que le père de l'enfant est identifié, aux fins de l'état civil, comme sa mère, et vice-versa. Par conséquent, celui ou celle qui consulte l'acte de naissance de l'enfant apprend que le père dudit enfant est une personne trans*, une information qui, pourtant, fait incontestablement partie de la vie privée de ce père. D'un autre côté, si un homme trans* donnait naissance à un enfant, ce dernier serait alors considéré comme sa «mère» aux fins de l'état civil et apparaîtrait donc comme tel sur l'acte de naissance de l'enfant, indépendamment de la conception qu'il a du rôle parental qu'il occupe. Pour le moment, l'état du droit demeure silencieux quant à savoir si cette façon de traiter les parents trans* est discriminatoire au sens entendu par la Charte québécoise. De mon côté, j'en doute fortement. Cela dit, à ma connaissance, jamais les tribunaux québécois n'ont eu à trancher cette question.

Les enfants qui ont au moins un parent trans* peuvent aussi vivre des situations difficiles en raison des normes de droit positif que je viens tout juste d'exposer. Ceux-ci pourraient devoir subir, par exemple, les railleries de leurs camarades à l'école si le fait qu'au moins un de ses parents est trans* venait à être connu. Malheureusement, cette situation de fait est loin d'être le fruit d'une imagination fertile. Le dévoilement quasi perpétuel des parents trans* en fait un danger bien réel. Si une telle situa-

tion se présentait, le motif «état civil» pourrait se montrer utile, bien qu'encore une fois, à ma connaissance, jamais les tribunaux québécois n'ont eu à trancher cette question.

Avant d'aborder le motif «sexe», il y a lieu de souligner que les liens entretenus entre la notion d'état civil comprise à l'article 10 de la Charte québécoise et celle que l'on trouve dans le Code civil du Québec rendent difficiles tout argumentaire suivant lequel le motif «état civil» viserait aussi les personnes qui ne s'identifient ni comme homme ni comme femme. On rappellera que du point de vue d'un civiliste, le sexe est binaire. Il n'y a que des hommes, que des femmes : « “en droit, l'hermaphrodite n'existe pas” » affirmaient encore récemment les auteurs Deleury et Goubeau dans leur ouvrage sur le droit québécois des personnes physiques (2008, par. 270, note omise, citant Nerson et Rubellin-Devichi, 1981 : 841).

Force est donc d'admettre, au terme de cette revue, qu'en dépit du potentiel affirmé par le motif «état civil», l'extrême rareté de la jurisprudence mettant précisément en jeu ce motif lorsqu'invoqué par une personne trans* de même que le caractère encore obscur de sa portée dans le contexte qui nous occupe laissent la porte ouverte aux débats quant à l'étendue de sa couverture et, par le fait même, à la spéculation quant à l'interdiction de discriminer ou non, dans une situation donnée, les personnes trans*. Ces dernières se trouvent donc en situation de vulnérabilité juridique, elles qui ne peuvent bénéficier d'une interdiction claire de discrimination.

1.2. L'interdiction de discriminer les personnes trans* vue à travers le motif «sexe»

La décision *Anglsberger* a longtemps été la seule à traiter de discrimination des personnes trans* en contexte d'application de la Charte québécoise. En fait, plus de 16 ans se sont écoulés avant qu'une cour de justice québécoise ne se prononce de nouveau sur le sujet.

En 1998, le Tribunal a rendu la décision *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et ML c. Maison des jeunes* (Tribunal, 1998, ci-après «ML»). Dans celle-ci, la discrimination est observée à la lumière du motif «sexe». Si, dans *Anglsberger*, la plaignante avait déjà obtenu le changement de la mention du sexe figurant à son acte de naissance au moment d'être victime de discrimination, ce n'était pas le cas dans l'affaire *ML*, où la plaignante, désignée à l'aide des initiales *ML*, était toujours considérée, eu égard à la définition civiliste de l'état civil, comme un homme.

Les faits peuvent être résumés ainsi. *ML* est travailleuse de rue et employée de la Maison des jeunes. Malgré la bonne qualité de son travail, la Maison des jeunes a mis fin à son emploi, principalement parce qu'elle était une femme trans* en début de transition. Le Tribunal a donc été appelé à répondre à la question suivante : un tel comportement – mettre fin au contrat de travail de *ML* – pouvait-il être considéré comme un acte discriminatoire au sens de l'article 10 de la Charte québécoise ?

En l'espèce, deux positions se sont affrontées. D'un côté, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, ayant pris fait et cause pour *ML*, considérait cette décision de mettre fin au contrat de travail de *ML* comme discriminatoire, puisque fondée sur les motifs «sexe» et «état civil» (Tribunal, 1998 : par. 1). Ces motifs peuvent être interprétés, était-il avancé, de façon à comprendre le fait qu'une personne soit transsexuelle, peu importe si celle-ci a obtenu ou non le changement de la mention du sexe figurant à son acte de naissance. D'un autre côté, la Maison des jeunes et les autres défendeurs plaidaient le contraire, soit que les motifs «sexe» et «état civil» n'incluaient pas le transsexualisme ou le processus de changement de sexe (Tribunal, 1998 : par. 2). Subsidièrement, ils avançaient que le fait de ne pas être trans* était une exigence professionnelle justifiée pour l'emploi de travailleur de rue (Tribunal, 1998 : par. 2). En d'autres termes, sur

ce dernier argument, de l'avis des défendeurs, la transsexualité de ML était incompatible avec la possibilité pour elle d'occuper un emploi de travailleuse de rue.

Face à ces prétentions, après avoir souligné que son rôle n'était pas de « résoudre le problème de définition du phénomène de transsexualisme [...] [ni d']arrêter une définition de ce qu'est un homme ou de ce qu'est une femme » (Tribunal, 1998 : par. 89), le Tribunal décida que ML avait été victime de discrimination fondée sur le « sexe ». Il expliqua que « le terme "sexe" a donc beaucoup plus qu'une valeur taxinomique et montre les grandes insuffisances du modèle binaire à propos d'une classification qui a pu passer pour l'archétype du modèle lui-même » (Tribunal, 1998 : par. 110, note omise). Suivant cette affirmation, mais aussi les enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd* (Cour suprême du Canada, 1989), le Tribunal avança que la discrimination fondée sur le fait qu'une personne est « transsexuelle » était une discrimination fondée sur le « sexe », peu importe que la dernière étape de transition soit franchie ou non.

[113] Nous appuyant sur les principes d'interprétation des droits de la personne énoncés précédemment, notamment sur la dignité inhérente à l'être humain, nous pouvons dire qu'une personne transsexuelle, une fois les transformations terminées, où si l'on préfère, une fois l'identification parfaitement unifiée, qui subirait de la discrimination fondée sur son état de transsexuelle, pourrait bénéficier des prescriptions anti-discriminatoires fondées sur le sexe.

[114] Mais allons plus avant. La discrimination, même fondée sur le processus d'unification des critères sexuels disparates et contradictoires peut aussi, alors que le sexe est à son plus flou, constituer de la discrimination fondée sur le sexe. (Tribunal, 1998 : par. 113-114)

Considérant cette façon d'interpréter le motif « sexe », mais aussi parce qu'il n'a pas été prouvé que l'absence de transsexualité était une exigence professionnelle justifiée pour occuper un emploi de travailleuse de rue, la Commission

des droits de la personne et des droits de la jeunesse eut gain de cause. Un montant d'argent fut accordé à ML à titre de dommages et intérêts.

C'est donc dire qu'une personne trans*, qu'elle soit en transition ou non, ne peut *a priori* faire l'objet de discrimination pour ce seul motif. Si une telle personne en était victime, elle pourrait alors porter plainte pour discrimination fondée sur le « sexe ». Depuis la décision *ML*, il apparaît juridiquement plausible de soutenir cette affirmation. Après tout, le « sexe » ne vise-t-il pas les personnes trans*, qu'elles soient impliquées dans un processus de transition ou non? Oui, mais il ne faudrait pas conclure trop vite; certains arguments permettant de remettre cette prétention en question peuvent encore aujourd'hui être formulés. La jurisprudence relative à l'allaitement et la définition retenue du *transsexualisme* par les tribunaux ayant appliqué la Charte québécoise y sont pour quelque chose.

D'une part, il y a lieu d'aborder le sujet de la jurisprudence relative à l'allaitement. Une mise en garde s'impose d'emblée : le contexte particulier ayant permis son développement était tout autre que celui traité dans cet article. Prudence, donc. Un bon usage de cette prudence permet de réfléchir au sens que reçoit le mot « sexe » à l'article 10 de la Charte québécoise, qui a servi de fondement pour déclarer discriminatoires les comportements s'opposant aux *femmes* qui allaitent. Deux décisions du Tribunal ont été rendues à ce sujet au début des années 2000. Dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Ville de)* (Tribunal, 2003), il était question d'un agent de sécurité de la Cour municipale de Montréal qui avait demandé à une femme allaitant son enfant de quitter la salle d'audience et de poursuivre l'allaitement à l'abri des regards. Aux yeux du Tribunal, ce comportement de la part du gardien de sécurité constituait une discrimination fondée sur le sexe, *puisque seules les femmes peuvent allaiter*. Le Tribunal écrit, en effet, que « [l']allaitement n'est pas un geste d'exhibi-

tion, mais plutôt un geste *naturel intimement lié à la capacité d'une femme de donner naissance à un enfant*. [...] [L'allaitement maternel] est *physiologiquement réservé aux femmes*» (Tribunal, 2003 : par. 60 et 64, je souligne). Un raisonnement semblable a été présenté par le même tribunal dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Lee (Meubles Accent)* (Tribunal, 2005). Dans cette affaire, après avoir vu la plaignante allaiter son enfant, l'une des employées de Meubles Accent l'a invitée à quitter les lieux, soulignant qu'il s'agissait d'un comportement inacceptable. Après analyse, le Tribunal écrit que l'allaitement est «un geste naturel intimement lié à la capacité d'une femme de donner naissance à un enfant» (Tribunal, 2005, par. 40, je souligne, note omise). Il s'agissait, encore une fois, de discrimination fondée sur le sexe.

On l'aura compris, dans le contexte qui nous occupe, la référence à l'exclusivité de la possibilité pour les femmes d'allaiter peut, à première vue, poser problème. On est certainement en droit de se demander ce qu'il advient des personnes qui ne s'identifient pas comme des femmes ou, encore, qui ne sont pas identifiées comme telles aux fins de l'état civil et qui allaitent. Sont-elles visées par l'interdiction de discrimination? Résoudre ce problème n'est pas, à première vue, une mince affaire. Comment est-il possible, en effet, d'arrimer la possibilité, par exemple, pour les hommes d'allaiter sans remettre en question l'interdiction de discrimination fondée sur l'allaitement, qui a été rendue possible grâce à l'attribution juridique de cette capacité aux femmes exclusivement? Comment est-il possible d'affirmer cette interdiction de discrimination sans pour autant agir de façon violente à l'égard des personnes trans*, sans pour autant adopter un discours où l'identité de genre de ces personnes est niée, de façon à faire valoir qu'en réalité, aux fins de l'allaitement, ces personnes sont des femmes? Est-il possible d'interdire, d'une part, la discrimination fondée sur l'allaitement et, d'autre part, de refuser

de se livrer à un discours opprimant à l'égard des personnes trans* concernées? À mon avis, la réponse est «oui». Il est possible de sauvegarder l'interdiction de discrimination des personnes qui allaitent, sans pour autant remettre en question la base sur laquelle est fondée cette interdiction, le motif «sexe». Pour cela, l'argument invoqué par le Tribunal devrait être révisité en s'inspirant des propos du professeur Dean Spade (2011) sur les capacités corporelles. L'attention serait alors non pas portée sur les stéréotypes de genre associés à certaines capacités corporelles, mais plutôt sur les capacités corporelles en elles-mêmes. Les corps ont certaines capacités pouvant être qualifiées de sexuées que d'autres n'ont pas, sans qu'il soit nécessaire de faire référence aux stéréotypes de genre qui leur sont généralement associés. Ainsi, plutôt que d'avancer que seules les femmes peuvent allaiter, on dira que l'allaitement est une capacité corporelle que seules certaines personnes ayant un certain type de corps sexué peuvent accomplir. On avancera que d'ordinaire, ce sont les personnes ayant un corps sexué *femelle* qui allaitent, indépendamment de leur identité de genre ou de l'expression de genre. Discriminer une personne parce qu'elle allaite est une discrimination fondée sur le sexe, puisque l'allaitement est une capacité exclusive à certains corps sexués dits *femelles*. Il s'agit, ni plus ni moins, de présenter l'argument autrement. L'adoption d'une telle façon de voir les choses aurait pour principal avantage de conserver l'essence des enseignements de la jurisprudence et la vigueur avec laquelle l'interdiction de discriminer une personne allaitant constitue une discrimination illicite au sens de l'article 10 de la Charte québécoise. Cela aurait pour effet de ramener l'attention sur le motif «sexe» sans pour autant adopter certaines considérations genrées. En outre, pour les personnes trans* ne s'identifiant pas comme des femmes, un tel argumentaire leur permettrait d'accéder aux institutions juridiques sans que soit remise en question la légitimité de leur identité de genre ou de leur

expression de genre. Bref, l'essence de l'état du droit resterait le même, mais celui-ci se montrerait plus ouvert aux réalités des personnes trans*, puisque l'attention serait spécifiquement portée sur la capacité corporelle sexuée qu'est l'allaitement. Le paradoxe est intéressant : une interprétation littérale du motif « sexe » permettrait de favoriser l'atteinte d'un résultat relevant d'une interprétation large et libérale comme le requiert la Charte québécoise.

Quoi qu'il en soit, peu importe la vision du « sexe » que pourrait retenir un tribunal, je doute fort que les affirmations du Tribunal voulant que seules les femmes puissent allaiter aient pour effet de nier la possibilité pour un homme trans* d'invoquer, avec succès, l'article 10 de la Charte québécoise, dans l'éventualité où ce dernier serait victime de discrimination en ce contexte. L'absence de décisions ayant été rendues à cet effet invite certainement à la prudence, mais il n'en demeure pas moins que je vois mal comment un tribunal pourrait refuser de reconnaître la discrimination illicite au sens de la Charte québécoise dont aurait fait l'objet un homme trans* en se faisant expulser d'un endroit public parce qu'il aurait allaité son enfant. Sous réserve des circonstances particulières de l'affaire, il me semble en effet possible de soutenir qu'il s'agirait de discrimination fondée sur le « sexe ». Il en va de même pour toute personne confrontée à la même situation.

D'autre part, au-delà de cette jurisprudence relative à l'allaitement, il y a lieu de considérer la définition du transsexualisme retenue en matière de discrimination et d'évaluer le spectre des personnes trans* visées par ce dernier. Comme il en va des commentaires se rapportant à la décision *Anglsberger* et, de façon plus générale, de ceux portant sur le motif « état civil » lorsqu'utilisé en contexte de discrimination des personnes trans*, il apparaît incertain que le motif « sexe » parvienne à couvrir de façon adéquate la diversité des possibles lorsque l'on pense aux personnes trans* et, par le fait même, chacune des expériences de discrimination qu'une personne pour-

rait vivre parce qu'elle est trans*. D'un côté, des arguments selon lesquels le « sexe » doit être entendu comme faisant référence à davantage qu'aux hommes et aux femmes peuvent être avancés. Ceux-ci permettent de couvrir la situation des personnes qui ne s'identifient ni comme homme, ni comme femme. L'argument pourrait reposer sur l'interprétation large et libérale que doit recevoir le motif « sexe ». D'un autre côté, la formulation d'arguments allant dans un sens contraire, voulant que le « sexe » fasse exclusivement référence à la situation des hommes et des femmes est, malgré leur force probante beaucoup moins élevée, également possible. La définition du transsexualisme retenue tant par la Cour provinciale en 1982 que par le Tribunal en 1998 pourrait se montrer utile aux tenants de cette position.

En effet, dans *Anglsberger*, le transsexualisme avait été défini à l'aide du *Petit Robert* comme étant un « sentiment délirant d'appartenir au sexe opposé, malgré une morphologie sexuelle normale, le plus souvent associé au désir de changer de sexe » (Cour provinciale, 1982 : 83). Dans *ML*, après avoir passé en revue différentes manières d'entendre ce mot et précisé que « [l]e transsexualisme est clairement une question d'identité sexuelle » (Tribunal, 1998 : par. 96), le Tribunal a affirmé que « [l]a condition des transsexuels ne se comprend donc que si l'on se résigne au relativisme des concepts tels, sexe, genre, homme, femme ». Il implique « une dissociation si accusée entre le sexe et le genre » qui peut pousser la personne transsexuelle à se soumettre à des « traitements et à des interventions chirurgicales répétées pour aligner le mieux possible le sexe sur le genre », le tout dans le but affirmé d'accéder à une « réunification des critères disparates constitutifs du sexe qui sont source d'angoisse pour la personne » (*ibid.* : par. 99). Suivant cette façon d'entendre le transsexualisme, le Tribunal a jugé, rappelons-le, que la notion de « sexe », telle qu'entendue dans la Charte québécoise, devait être interprétée de façon assez large pour viser

non seulement la situation d'une personne ayant terminé les transformations permettant d'unifier parfaitement son identité (*ibid.* : par. 113), mais aussi celle qui en est à compléter ce « processus d'unification des critères sexuels disparates et contradictoires » (*ibid.* : par. 114).

Cette compréhension du transsexualisme a de quoi laisser le juriste adoptant une approche positiviste songeur. On peut en effet se demander en quoi consiste la réunification des critères disparates constitutifs du sexe qui sont source d'angoisse pour la personne. Qu'est-ce qu'un critère constitutif du sexe? De quel sexe parle-t-on? Que peut-on considérer comme une réunification? À partir de quel moment ce processus de réunification est-il jugé commencé, en cours ou terminé? Quelles sont les limites de la réunification traitée par le Tribunal? Doit-on y voir une référence explicite aux éléments constituant l'alignement entre l'identité de genre et l'expression de genre? Si tel est le cas, cet alignement doit-il lui-même s'inscrire dans une logique d'interprétation exclusivement binaire du sexe, c'est-à-dire dans une logique où une personne recherche assurément l'atteinte de la conformité des binômes homme/masculin et femme/féminin? Comment alors concevoir la discrimination dirigée à l'encontre d'une personne s'identifiant comme trans*, *queer*, androgyne ou de toute autre façon qui ne correspond pas aux stéréotypes associés aux catégories binaires homme/masculin et femme/féminin? Qu'en est-il de leur expression de genre? Qui détermine ce qui est féminin ou masculin? Selon quels critères? Et d'autres questions pourraient s'ajouter.

On l'aura compris, les explications que l'on trouve en jurisprudence ne sont pas claires et suscitent beaucoup de questionnements. S'il est vrai que le « transsexualisme », selon la définition retenue par le Tribunal dans la décision *ML*, vise explicitement les personnes ayant commencé ou terminé un processus de transition homme/masculin-vers-femme/féminin (*Male to Female*, MtF) et femme/féminin-vers-homme/masculin (*Female to Male*, FtM), des doutes peuvent

subsister quant à la situation des personnes qui s'identifient d'un genre ou expriment un genre s'écartant du masculin ou du féminin selon le cas – par exemple androgyne, neutre ou *queer* – et qui ne s'inscrivent pas dans un processus de transition comme présenté par le Tribunal. La difficulté n'est pas de savoir s'il est interdit, en vertu de l'article 10 de la Charte québécoise, de discriminer une personne au motif que son identité de genre ou son expression de genre diffère de la mention du sexe énoncée à son acte de naissance ou des stéréotypes qui y sont rattachés, dans la mesure où ces derniers tendent à être respectés. La décision *ML* est explicite : les personnes se trouvant dans une telle situation bénéficient juridiquement de l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe. Ce qui est incertain, c'est de savoir si les écrits du Tribunal dans *ML* permettent également de couvrir la situation des personnes ayant une identité de genre ou une expression de genre s'éloignant de la logique binaire. Ici, un argument pourrait être formulé dans le but de montrer que le sexe, tel qu'il est entendu dans la Charte québécoise, est nécessairement binaire et que les identités de genre et les expressions de genre s'écartant de cette logique ne font pas partie du spectre de l'interdiction de discrimination. Selon cet argument, la « réunification des critères disparates constitutifs du sexe » impliquerait nécessairement la recherche d'une identité de genre et d'une expression de genre concordante, c'est-à-dire, par exemple, une identité de genre masculine et une expression de genre masculine. Les personnes qui s'écarteraient de cette logique ne seraient donc pas visées par le motif « sexe », puisque leur parcours transitoire ne permettrait pas de conclure à la « réunification des critères disparates constitutifs du sexe », dans la mesure où, rappelons-le, le sexe est considéré comme étant binaire, donc devant nécessairement mener, *in fine*, au masculin ou au féminin. Avec égards pour l'opinion contraire, cet argument me semble être voué à l'échec. L'interprétation large et libérale qu'il convient de donner à la

Charte québécoise de même que la décision *ML*, qui invite à comprendre le motif « sexe » de façon à ce qu'il couvre un spectre plus large que la distinction binaire entre les hommes et les femmes, permettraient d'y faire obstacle. Dès lors, le « sexe » viserait toutes les identités de genre et les expressions de genre possibles, que celles-ci soient perçues comme *parfaitement alignées* ou non.

Cela dit, bien que j'estime ce raisonnement tout à fait valide en droit, il ne faudrait pas conclure à son incontestabilité, surtout considérant les mentions explicites aux « hommes » et aux « femmes » que l'on trouve au préambule et à l'article 50.1 de la Charte québécoise. Une analyse en profondeur de ces dispositions permettrait certainement d'y voir plus clair, mais je la laisse de côté dans le cadre de cet article, malgré tout l'intérêt qu'elle représente.

Au final, il n'en demeure pas moins que les incertitudes quant au spectre couvert par l'interdiction de discrimination fondée sur le « sexe » placent encore une fois les personnes trans* en situation de vulnérabilité juridique. C'est vrai pour les personnes trans* dans l'ensemble et c'est particulièrement vrai pour les personnes trans* qui ne s'identifient pas comme « hommes » ou « femmes », ou encore qui adoptent un genre jugé non conforme aux stéréotypes rattachés à ces catégories. La porte reste ouverte aux débats quant à l'étendue de la couverture du motif « sexe » et par le fait même, à la spéculation. L'interdiction de discrimination des personnes trans* apparaît donc, même lorsque le motif « sexe » est invoqué, en quelque sorte précaire.

2. L'interdiction de discriminer les personnes trans* dans la Charte québécoise est perfectible

J'ai tenté, jusqu'à présent, de déterminer si *toutes* les personnes trans* étaient visées par l'interdiction de discrimination formulée à l'article 10 de la Charte québécoise. En étudiant

l'état du droit concernant les motifs de distinction illicites « état civil » et « sexe », je suis parvenu à la conclusion selon laquelle on ne pouvait formuler cette affirmation de façon claire, nette, précise et incontestable. L'interdiction de discriminer les personnes trans* dans la Charte québécoise m'apparaît donc, pour cette raison, imparfaite. Or dans la mesure où l'on considère que l'interdiction de discrimination des personnes trans* doit viser *toutes* les personnes trans* – ce qui semble être le cas au Québec –, il devient opportun de pallier ce problème. Pour ce faire, je propose de modifier l'article 10 de la Charte québécoise pour le rendre plus explicite à cet égard. J'estime que l'ajout de l'« identité de genre » et de l'« expression de genre » à la liste des motifs de distinction illicites permettrait de viser explicitement toutes les personnes trans*. Dans cette deuxième partie, je présente des exemples d'une telle clarification du droit provenant d'ailleurs au Canada (section 2.1.) et j'affirme l'intérêt de procéder à l'ajout de l'« identité de genre » et de l'« expression de genre » aux motifs de distinction illicites énoncés à l'article 10 de la Charte (section 2.2.).

2.1. Exemples canadiens

À l'heure actuelle, certaines provinces canadiennes interdisent la discrimination fondée sur l'« identité de genre » ou l'« expression de genre », bien que la terminologie employée soit parfois différente. D'autres sont en voie de le faire.

Déjà en 2000, le Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* recommandait d'ajouter l'« identité sexuelle » à la liste des motifs de distinction illicites. Le but : mieux couvrir les spécificités rattachées à la situation des personnes transsexuelles (Comité, 2000 : 116).

Certains législateurs ont manifesté cette volonté et parfois, non seulement l'« identité de genre » a été ajoutée, mais également l'« expression de genre », dans une terminologie pouvant être différente, rappelons-le, mais menant au même constat. On trouve donc, ailleurs au

Canada, des exemples d'une telle façon d'entrevoir l'interdiction de discrimination des personnes trans* provenant des législatures, mais aussi du Parlement.

Sur la scène fédérale, depuis 2005, le Nouveau Parti démocratique du Canada (NPD) tente de faire adopter un projet de loi allant en ce sens. Selon cette formation politique, il y aurait lieu de modifier la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, une loi similaire à la Charte québécoise, mais trouvant application dans les domaines relevant de la compétence fédérale, de façon à ce qu'elle interdise explicitement la discrimination fondée sur l'«identité sexuelle» et l'«expression de l'identité sexuelle» (PL C-392, 2005; PL C-326, 2006 et 2007; PL C-389, 2009 et 2011; PL C-279, 2011). Le Parti libéral du Canada a déjà, lui aussi, soumis un projet de loi similaire à ceux avancés par le NPD (PL C-276, 2011), mais il semble depuis s'être rallié derrière cette dernière formation politique. À ce jour, si plusieurs projets de loi ont été déposés et débattus, aucun n'a encore été adopté. Le dernier en liste, le projet de loi C-279, semble sur une bonne voie – essayons de rester positifs... –, considérant que le rapport du comité au Sénat a été présenté le 11 juin 2013. Rien toutefois n'assure son adoption avant les prochaines élections prévues pour 2015. Pour le moment, le projet de loi suit son cours au Sénat. Quelques amendements ont été apportés à la version initiale qui avait été présentée à la Chambre des communes, dont le plus important s'est manifesté par le retrait du motif «expression de l'identité sexuelle». À la lecture des débats parlementaires, on comprend que ce compromis est arrivé à la suite de discussions s'étant déroulées en coulisses entre les députées et députés du Parti conservateur du Canada et le député Randall Garrison, porteur du projet de loi, député du NPD. À présent, en matière de discrimination, le projet de loi C-279 vise donc à ajouter l'«identité sexuelle» à la liste des motifs de distinction illicites comprise dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Quant aux provinces, elles sont toutes pourvues de lois interdisant la discrimination fondée sur une série de motifs. Afin d'alléger le texte, celles se montrant pertinentes aux fins de l'article sont citées dans la bibliographie. En ce qui concerne la discrimination motivée par l'identité de genre ou l'expression de genre d'une personne trans*, la situation diffère d'une province à l'autre. Les différentes lois provinciales canadiennes peuvent néanmoins être classées en trois catégories distinctes, soit celles comprenant une interdiction générale, celles comprenant une interdiction semi-spécifique et, finalement, celles où l'on peut constater une interdiction spécifique de discrimination des personnes trans*.

Traisons d'abord des lois provinciales canadiennes formulant une interdiction générale de discrimination des personnes trans*. Cette catégorie regroupe les lois qui interdisent la discrimination fondée sur le «sexe», sans aucune autre précision explicite visant l'identité de genre, l'expression de genre ou, de façon plus précise, les personnes trans*. Mes recherches montrent que la Colombie-Britannique («sex»), l'Alberta («gender»), la Saskatchewan («sex», avec une précision selon laquelle «“sex” means “gender”»), le Nouveau-Brunswick («sexe»), le Yukon («sex»), le Nunavut («sex») et, bien évidemment, le Québec («sexe») font partie de cette catégorie.

Ensuite, il y a la catégorie des provinces qui ont adopté certaines lois visant de façon semi-spécifique la discrimination des personnes trans*. Celles-ci ont choisi d'utiliser un langage plus précis, de faire preuve de plus de clarté, sans pour autant embrasser pleinement les volets de l'identité de genre et de l'expression de genre. Font parties de cette catégorie le Manitoba et les Territoires du Nord-Ouest, qui tous deux interdisent de façon explicite la discrimination fondée sur le «sexe» et l'«identité sexuelle». Leur législation présente donc un niveau de précision supérieur à celles interdisant seulement, dans le contexte qui nous occupe, la discrimi-

nation fondée sur le « sexe », en ce sens qu'elles interdisent explicitement la discrimination fondée sur le « sexe », mais aussi celle fondée sur l'« identité sexuelle ».

Enfin, il y a les provinces où une interdiction de discrimination spécifique est énoncée. C'est le cas de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve-et-Labrador qui interdisent, dans leur loi respective, la discrimination fondée sur le « sexe » (« *sex* »), sur l'« identité sexuelle » (« *gender identity* ») et sur l'« expression de l'identité sexuelle » (« *gender expression* »). Là, aucun doute n'est possible, le niveau de précision est à son maximum.

2.2. L'intérêt de modifier la Charte québécoise

Contrairement à plusieurs autres ordres législatifs canadiens, le Québec ne semble pas manifester quelque intérêt que ce soit à modifier la Charte québécoise de la façon présentée ci-dessus. Qu'à cela ne tienne, comme ce fut le cas dans certaines provinces canadiennes, j'estime qu'il convient de procéder à un tel ajout : l'« identité de genre » et l'« expression de genre » devraient figurer à la liste des motifs de distinction illicites présentés à l'article 10 de la Charte québécoise.

Si le Québec décidait d'envisager cette possibilité, il y a tout lieu de croire que les arguments ayant été soumis en faveur ou en défaveur d'une telle modification ailleurs au Canada risqueraient à nouveau d'être invoqués. À l'aide, notamment, des récents débats parlementaires et sénatoriaux ayant porté sur l'opportunité d'adopter ou non le projet de loi C-279, voyons certains des arguments qui pourraient être avancés. Quatre de ceux-ci sont ici traités : l'inutilité, la complexité, le caractère risqué eu égard à l'interprétation large et libérale du motif « sexe » et la sécurité. Ils ressortent implicitement ou explicitement des débats parlementaires et sénatoriaux susmentionnés. Afin d'alléger le texte, les débats pertinents sont cités en bibliographie.

Premièrement, il pourrait être avancé qu'un tel projet législatif est inutile, puisque certains motifs de distinction illicites, comme le « sexe » ou l'« état civil », permettent déjà de conclure en faveur des personnes trans* victimes de discrimination. L'ajout des motifs « identité de genre » et « expression de genre » ne ferait donc pas surcharger l'article 10 de la Charte québécoise et ne présenterait aucun intérêt particulier. En ce sens, l'ajout d'une interdiction semi-spécifique comme l'ont fait le Manitoba, les Territoires du Nord-Ouest et comme est en voie de faire le Parlement, ou spécifique à l'image de celle que l'on trouve désormais en Ontario, en Nouvelle-Écosse, à l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve et Labrador, ne présenterait aucun intérêt. À cela, il pourrait cependant être rétorqué que bien que l'interdiction de discrimination formulée à l'article 10 de la Charte québécoise vise déjà implicitement les personnes trans*, force est d'admettre que cette interdiction n'est ni claire, ni nette, ni précise et ni incontestable sur le plan juridique. Elle laisse la porte ouverte à la remise en question, notamment dans les cas n'ayant pas été traités explicitement par la jurisprudence. Paraphrasant Talleyrand, si la volonté d'interdire la discrimination des personnes trans* va sans dire, cela irait encore mieux en l'affirmant clairement. Le fait que la modification proposée ne présente rien de révolutionnaire en soi (si l'on se fie à l'état actuel du droit) ne devrait donc pas être interprété comme un obstacle, sitôt que l'on considère l'interdiction de discrimination des personnes trans* comme devant aller de soi.

Deuxièmement, la complexité des notions d'« identité de genre » et d'« expression de genre » pourrait être avancée. Ces notions seraient jugées floues à un point tel que les justiciables – tout comme les juristes – ne comprendraient pas le sens à donner à ces motifs. Ce faisant, les personnes trans* victimes de discrimination ne feraient aucun gain significatif, puisque personne, pas même les personnes trans* elles-mêmes, ne sauraient comment se

gouverner. Mais s'il est vrai que l'«identité de genre» et l'«expression de genre» peuvent mener à de nombreux débats théoriques lorsque vient le temps de les définir, c'est également vrai pour la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. Or ces dernières notions sont toutes déjà énoncées à l'article 10 de la Charte québécoise. Pourtant, malgré les débats qu'elles peuvent susciter sur les plans théorique, ces notions ne semblent pas avoir confondu jusqu'à présent les juristes et justiciables dans la mesure crainte et ayant été exposée ci-dessus. Les notions d'«identité de genre» et d'«expression de genre» peuvent se concevoir simplement, comme l'a d'ailleurs montré Kate Bornstein.

Troisièmement, il y a lieu de souligner l'argument selon lequel l'ajout des motifs «identité de genre» et «expression de genre» serait préjudiciable à l'interprétation large et libérale qu'il convient de donner au motif «sexe». En effet, pour certains juristes, comme Daniel Carpentier, le «sexe» suffit déjà pour couvrir la situation des personnes trans* victimes de discrimination. Le *statu quo* serait donc, à son avis, préférable, puisque «[l']ajout de motifs supplémentaires risque en effet de banaliser, voire de limiter l'interprétation large et libérale de la Charte» (Carpentier, 2001 : 63). Avec égards, cette crainte ne m'apparaît pas fondée. On peut certes, d'une part, affirmer que l'interprétation large et libérale qu'il convient de donner à la Charte québécoise mène à la conclusion selon laquelle on ne peut, *a priori*, discriminer une personne parce qu'elle est trans*. Mais d'autre part, l'ajout de motifs de distinction illicites ne peut avoir aucun impact sur les méthodes d'interprétation de la Charte québécoise et particulièrement des motifs de distinction illicites. De surcroît, comme énoncé précédemment, il s'agit d'ajouter des motifs à l'article 10 de la Charte

québécoise, et non d'en remplacer. Ainsi, le «sexe» y resterait et conserverait le sens qu'il convient de lui donner, de même que ses possibilités d'évolution. *Rien ne se perd, rien ne se crée*. Il s'agit simplement d'explicitier. Tant et aussi longtemps que la modification proposée à la Charte québécoise ne sera pas adoptée (et même après si cela venait à se produire), le sens donné au motif «sexe» demeurera inchangé : il continuera de viser l'«identité de genre» et l'«expression de genre», comme je l'ai expliqué précédemment dans cet article, avec ses incertitudes et inconvénients.

Quatrièmement, il y a évidemment le fameux argument de la sécurité des toilettes et des vestiaires. Selon certains, l'ajout des motifs «identité de genre» et «expression de genre» accentuerait le danger pour les personnes, en particulier pour les femmes et les fillettes, puisque désormais, des hommes pourraient s'introduire dans les endroits où la ségrégation en fonction du sexe est de mise – les toilettes publiques et les vestiaires, par exemple – dans le but de s'adonner au voyeurisme ou, pire encore, à des agressions sexuelles. Ces personnes pourraient ensuite, selon les détracteurs, plaider qu'il en allait de leur «identité de genre» ou de leur «expression de genre». Dès lors, ils obtiendraient la bénédiction de la Loi pour agir selon leurs vices. D'aucuns n'hésiteront à qualifier cet argument d'infondé et transphobe. De façon tout à fait paradoxale, cet argument relatif aux toilettes publiques et aux vestiaires semble être souvent invoqué par les personnes défendant l'idée selon laquelle les lois interdisant la discrimination visent déjà de façon adéquate les personnes trans*; qu'il n'y a pas lieu d'apporter quelque modification que ce soit au cadre législatif actuel, puisque les personnes trans* bénéficient déjà de l'interdiction de discrimination. Concernant la fréquentation des toilettes publiques et des vestiaires, on ne saurait mieux dire. Par exemple, la décision *Sheridan v. Sanctuary Investments Ltd* (British Columbia Human Rights Tribunal, 1999) montre que l'on

ne peut empêcher une personne trans* d'utiliser les toilettes publiques qu'elle juge appropriée dans les circonstances. Une personne ayant une mention de sexe «F» sur ses documents d'identité peut utiliser la toilette des hommes si cette toilette répond mieux à son identité de genre ou son expression de genre. Un commerce ou un employeur ne peut l'en empêcher sans se comporter de façon discriminatoire. Même si l'on ne trouve aucune décision en jurisprudence portant sur l'utilisation des vestiaires, il y a tout lieu de croire que le même raisonnement s'applique, bien que je convienne d'emblée que cela peut sembler plus complexe en raison de la nudité potentielle des corps pouvant se présenter en ces lieux. Au Québec, aucune décision en ce sens n'a été rendue tant en ce qui concerne la fréquentation des toilettes publiques que des vestiaires. Mais l'interprétation large et libérale qu'il convient de donner aux motifs «sexe» et «état civil» permet d'avancer que les personnes trans* peuvent déjà utiliser les installations dans lesquelles elles se sentent le plus à l'aise, que celles-ci soient des toilettes ou des vestiaires. Ce n'est pas la loi qui les empêche d'utiliser ces installations, mais plutôt le danger auquel elles doivent faire face lorsqu'elles veulent s'y rendre pour les mêmes raisons que monsieur et madame Tout-le-monde... Mais revenons à l'argument de sécurité en lui-même. Peut-on conclure, de façon éclairée, que l'ajout de l'«identité de genre» et de l'«expression de genre» permettrait de donner des munitions juridiques aux personnes malintentionnées qui souhaiteraient adopter des comportements pour le moins inappropriés, voire criminels, dans les espaces ségrégués en fonction des sexes? Si l'on considère de bonne foi les personnes ayant invoqué cet argument, si l'on considère que ces personnes sont favorables au droit à l'égalité des personnes trans* et qu'elles soulèvent l'argument non pas pour avancer que les personnes trans* sont susceptibles d'adopter des comportements déviants, mais plutôt pour nous mettre en garde de la possibilité que les droits qui

pourraient leur être reconnus soient détournés par des personnes malintentionnées, qu'elles soient trans* ou non, eh bien cet argument ne peut tenir la route, ne serait-ce qu'en considérant le principe incontournable d'interprétation des droits et libertés fondamentaux selon lequel les droits des uns cessent là où ceux des autres commencent. En outre, regardons les choses en face. À ce jour, selon les débats parlementaires, on ne dénombre, en Amérique du Nord au moins et peut-être ailleurs dans le Monde, aucun cas de personne ayant utilisé l'interdiction de discrimination des personnes trans* (peu importe la terminologie utilisée) pour adopter des comportements inappropriés dans les toilettes publiques et vestiaires. Cependant, la situation inverse est quant à elle fréquente : plusieurs personnes trans* ont été et sont victimes de discrimination lors de l'utilisation de toilettes publiques ou de vestiaires, que cette discrimination se manifeste sous la forme de violence physique, psychologique, sexuelle ou verbale. Pour faire face à ce risque de violence, plusieurs personnes trans* refusent d'utiliser ces espaces par crainte de représailles. Elles développent alors certaines stratégies pour éviter de les fréquenter, que ce soit, par exemple, en faisant une planification très pointue de leur emploi du temps (Scheim *et al.*, 2014). L'insécurité affecte les personnes trans* et non celles qui ne le sont pas.

Bref, considérant ce qui précède, il ne me semble pas que l'inutilité, la complexité, le caractère risqué eu égard à l'interprétation large et libérale du motif «sexe» et la sécurité puissent servir de fondement à l'inertie en cette matière. Au contraire, en dépit des motifs «sexe» et «état civil», l'ajout de l'«identité de genre» et de l'«expression de genre» à la liste des motifs de distinction illicites apparaît nettement approprié. Sitôt que l'on reconnaît l'importance du droit à l'égalité des personnes trans*, la possibilité d'ajouter l'«identité de genre» et l'«expression de genre» à la liste des motifs de distinction illicites énoncée à l'article 10 de la Charte québécoise devient intéressante.

Conclusion

J'ai écrit cet article en étant animé par la volonté de répondre à l'affirmation générale selon laquelle *toutes* les personnes trans* étaient visées par l'interdiction de discrimination en vertu de l'article 10 de la Charte québécoise. À la lumière de l'état du droit québécois, j'estime que cette affirmation doit être nuancée, puisqu'une lecture positiviste de ce dernier ne permet pas d'affirmer de façon claire, nette, précise et incontestable que toutes les personnes trans* sont visées. Il n'est pas évident, selon le sens qu'il convient de donner aux motifs « sexe » et « état civil », que *toutes* les personnes trans* puissent s'y retrouver. On peut certes le prétendre, mais on peut encore trouver le moyen, aussi, d'en douter. Afin de pallier ce problème, j'ai proposé d'ajouter les motifs « identité de genre » et « expression de genre » à la liste des motifs de distinction illicites énoncés à l'article 10 de la Charte québécoise. Une telle modification de la Charte québécoise permettrait non seulement de mettre l'interdiction de discrimination des personnes trans* à l'abri des contestations judiciaires, mais aussi de préciser le régime juridique applicable en cette matière. De cette façon, il serait alors possible d'avancer que toutes les personnes trans* sont visées par les motifs « sexe » et « état civil ». Évidemment, ce ne serait pas la solution miracle à tous les maux affectant les personnes trans* lorsqu'il est question de discrimination. D'une part, il faut le reconnaître, des lois telles que la Charte québécoise ne protègent pas contre la discrimination. Elle l'interdit. Une nuance, diraient peut-être certaines et certains de mes collègues, mais une nuance pour le moins importante. Nul n'est à l'abri un jour d'être victime de discrimination. Et si ce jour avait le malheur de se présenter, la Charte québécoise ne serait utile qu'*a posteriori*, soit après que le dommage ait été causé, pour autant que cette discrimination soit interdite. D'autre part, même en précisant les motifs de distinction illicites énoncés à l'article 10 de

la Charte québécoise, en fonction des circonstances propres à chaque affaire, ce ne sont pas toutes les personnes trans* qui sont visées par l'interdiction de discrimination. En introduction, j'ai souligné l'exception touchant les organismes sans but lucratif, qui peuvent adopter, dans une certaine mesure, des pratiques discriminatoires (Charte québécoise, art. 20). On peut très bien comprendre les raisons qui ont amené le législateur à adopter une telle exception, mais il n'en demeure pas moins que celle-ci a pour effet de placer les personnes trans* faisant partie des classes les plus démunies en une situation de vulnérabilité particulièrement dérangeante pour toute personne éprise de justice sociale. Pensons seulement aux femmes trans* en situation d'itinérance qui se voient refuser l'accès aux refuges pour femmes en difficulté et qui ne peuvent accéder aux refuges pour hommes sans craindre pour leur sécurité. La modification proposée dans cet article ne permettrait malheureusement pas de favoriser l'égalité de ces femmes trans*. Il s'agit là d'un grave problème qui, tôt ou tard, devra faire l'objet d'une étude approfondie. J'ai jugé que cet article n'était pas l'endroit approprié pour ce faire. Ce n'est que partie remise.

Bibliographie

Législation

- Alberta Human Rights Act*, RSA 2000, c A-25.5.
- Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12.
- Code civil du Québec*.
- Code des droits de la personne*, CPLM c H175.
- Code des droits de la personne*, LRO 1990, c H.19.
- Human Rights Act*, 2010, SNL 2010, c H-13.1.
- Human Rights Act*, RSNS 1989, c 214.
- Human Rights Code*, RSBC 1996, c 210.
- Loicanadiennesurlesdroitsdelapersonne*, LRC1985, cH-6.
- Loi sur les droits de la personne*, LNun 2003, c 12.
- Loi sur les droits de la personne*, LRN-B 2011, c 171.
- Loi sur les droits de la personne*, LRY 2002, c 116.
- Loi sur les droits de la personne*, LTN-O 2002, c 18.

PL C-276, *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et le Code criminel (identité et expression sexuelles)*, 1^{re} sess., 41^e parl., 2011.

PL C-279, *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et le Code criminel (identité de genre)*, 2^e sess., 41^e parl., 2011, rétabli de la 1^{re} sess., 41^e parl., 2011.

PL C-326, *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne (identité sexuelle)*, 2^e sess., 39^e parl., 2006, rétabli de la 1^{re} sess., 39^e parl., 2006.

PL C-389, *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et le Code criminel (identité et expression sexuelles)*, 3^e sess., 40^e parl., 2009, rétabli de la 2^e sess., 40^e parl., 2009.

PL C-392, *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne (identité sexuelle)*, 1^{re} sess., 38^e parl., 2005.

The Saskatchewan Human Rights Code, SS 1979, c S-24.1.

Jurisprudence

Beauchesne c Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP-301), 2013 QCCA 2069.

Brooks c Canada Safeway Ltd, (1989) 1 RCS 1219.

Commission des droits de la personne du Québec c. Anglsberger, 1982 CP 82.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et ML c. Maison des jeunes, 1998 RJQ 2549 (TDP).

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Ville de), 2003 AZ-50168718 (Azimut) (TDP).

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Lee (Meubles Accents), 2005 RJQ 2807 (TDP).

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté (Matins de Victoria), 2013 QCTDP 35.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Industrielle Alliance, assurances auto et habitation inc, 2013 QCTDP 7.

JM et Je M, 2004 RJQ 2491 (CS).

Sheridan v. Sanctuary Investments Ltd, (1999) BCHRTD no 43.

Doctrine

Bobbio, N. 1998. *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Paris/Bruxelles, Librairie générale de droit et de jurisprudence/Bruylant.

Bornstein, K. 2013. *My New Gender Workbook*, 2^e éd., New York/Londres, Routledge.

Carpentier, D. 2001. «Homosexualité et transsexualisme : l'évolution dans la reconnaissance du droit à l'égalité», dans J.-L. Baudouin et P. Deslaurier (dir.),

Droit à l'égalité et discrimination: aspects nouveaux, Cowansville, Yvon Blais, p. 49-64.

Deleury, É. et D. Goubeau. 2008. *Le droit des personnes physiques*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais.

Nerson, R. et J. Rubellin-Devichi. 1981. «Personnes et droits de la famille», *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 830-848.

Rivet, M. 1999. «Incohérences et utopies : la protection juridique de l'irréductible humain», dans E. McKaay (dir.), *Les incertitudes du droit/Uncertainty and the Law*, Montréal, Thémis, p. 118-131.

Spade, D. 2011. *Normal life: Administrative Violence, Critical Trans Politics and the Limits of the Law*, New York, South End Press.

Autres

Canada, Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. 2000. *La promotion de l'égalité : une nouvelle vision*, rapport du Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, Ottawa, Ministère de la Justice et du Procureur général.

Débats de la Chambre des communes, 41^e parl., 1^{re} sess., no 17 (21 sept. 2011) p. 1295-1296.

Débats de la Chambre des communes, 41^e parl., 1^{re} sess., no 17 (5 avr. 2012), p. 6969-6971.

Débats de la Chambre des communes, 41^e parl., 1^{re} sess., no 132 (1^{er} juin 2012), p. 8709-8715.

Débats de la Chambre des communes, 41^e parl., 1^{re} sess., no 135 (6 juin 2012), p. 8995-8996.

Débats de la Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, 41^e parl., 1^{re} sess., no 051 (20 nov. 2012).

Débats de la Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, 41^e parl., 1^{re} sess., no 052 (22 nov. 2012).

Débats de la Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, 41^e parl., 1^{re} sess., no 053 (27 nov. 2012).

Débats de la Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, 41^e parl., 1^{re} sess., no 055 (6 déc. 2012).

Débats de la Chambre des communes, 41^e parl., 1^{re} sess., no 215 (27 fév. 2013), p. 14397-14406.

Débats de la Chambre des communes, 41^e parl., 1^{re} sess., no 221 (7 mars 2013), p. 14753-14760.

Débats de la Chambre des communes, 41^e parl., 1^{re} sess., no 225 (20 mars 2013), p. 15005-15010.

Débats du Sénat, 41^e parl., 1^{re} sess., no 147 (21 mars 2013), p. 3528.

- Débats du Sénat*, 41^e parl., 1^{re} sess., no 151 (16 avr. 2013), p. 3669-3674.
- Débats du Sénat*, 41^e parl., 1^{re} sess., no 162 (9 mai 2013), p. 3924-3925.
- Débats du Sénat*, 41^e parl., 1^{re} sess., no 165 (23 mai 2013), p. 4003-4005.
- Débats du Sénat*, 41^e parl., 1^{re} sess., no 166 (28 mai 2013), p. 4031-4033.
- Débats du Sénat*, 41^e parl., 1^{re} sess., no 167 (29 mai 2013), p. 4064-4067.
- Débats du Sénat, Comité sénatorial permanent des Droits de la personne*, 41^e parl., 1^{re} sess., no 27 (27 mai et 3 juin 2013).
- Débats du Sénat, Comité sénatorial permanent des Droits de la personne*, 41^e parl., 1^{re} sess., no 28 (10 juin 2013).
- Débats du Sénat*, 41^e parl., 1^{re} sess., no 172 (11 juin 2013), p. 4183.
- Débats du Sénat*, 41^e parl., 1^{re} sess., no 174 (13 juin 2013), p. 4272-4278.
- Débats du Sénat*, 41^e parl., 1^{re} sess., no 175 (17 juin 2013), p. 4290-4291.
- Scheim, A., G. Bauer et J. Pyne. 2014. «Avoidance of Public Spaces by Trans Ontarians: The Impact of Transphobia on Daily Life», vol. 4, no 1, *Trans PULSE E-Bulletin*, <http://transpulseproject.ca/wp-content/uploads/2014/01/Trans-PULSE-E-Bulletin-8-French.pdf>.