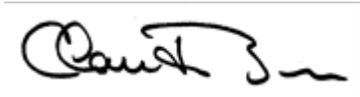


**COMMENTAIRES SUR LE PROJET DE RÈGLEMENT MODIFIANT LE *RÈGLEMENT
RELATIF AU CHANGEMENT DE NOM ET D'AUTRES QUALITÉS DE L'ÉTAT CIVIL***

Document adopté à la 613^e séance de la Commission,
tenue le 13 février 2015, par sa résolution COM-613-6.1.1

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Claude Boies', enclosed in a thin black rectangular border.

Claude Boies, avocat
Secrétaire de la Commission

Analyse, recherche et rédaction :

M^e Claire Bernard, conseillère juridique
Direction de la recherche, de l'éducation-coopération et des communications

Traitement de texte :

Chantal Légaré
Direction de la recherche, de l'éducation-coopération et des communications

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
1 LA PROTECTION QU’OFFRE LA CHARTE AUX PERSONNES TRANS EN MATIÈRE DE CHANGEMENT D’ÉTAT CIVIL	4
1.1 Le droit à la personnalité juridique	5
1.2 Le droit à la sauvegarde de la dignité	8
1.3 Le droit au respect de la vie privée	10
1.4 Le droit à l’égalité et à la non-discrimination.....	11
2 LES CRITÈRES PERMETTANT D’APPRÉCIER LA CONFORMITÉ AUX DROITS DES CONDITIONS DE CHANGEMENT D’ÉTAT CIVIL	13
3 ANALYSE DES CONDITIONS RÉGLEMENTAIRES PROPOSÉES	19
CONCLUSION.....	24

INTRODUCTION

Dans le cadre de l'examen systématique des projets de loi et de règlement que la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse effectue conformément à l'article 71 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹, nous avons analysé le projet de règlement publié à la *Gazette officielle du Québec* du 17 décembre 2014² qui propose des modifications au *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*³.

Ce projet de règlement résulte de modifications en matière d'état civil introduites au *Code civil du Québec* en 2013. La *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits* a alors notamment aboli l'exigence qu'une personne ait subi des traitements médicaux et des interventions chirurgicales pour obtenir le changement de la mention du sexe et du prénom figurant à son acte de naissance⁴. Elle a de plus prescrit que le changement à l'acte de naissance doit respecter, outre des conditions législatives, des conditions déterminées par voie réglementaire⁵. Le nouvel article 71 du Code civil se lit comme suit :

« La personne dont l'identité sexuelle ne correspond pas à la mention du sexe figurant à son acte de naissance peut, si elle satisfait aux conditions prévues par le présent code et à celles déterminées par un règlement du gouvernement, obtenir la modification de cette mention et, s'il y a lieu, de ses prénoms.

Ces modifications ne peuvent en aucun cas être subordonnées à l'exigence que la personne ait subi quelque traitement médical ou intervention chirurgicale que ce soit.

Sous réserve des dispositions de l'article 3084.1, seul un majeur domicilié au Québec depuis au moins un an et ayant la citoyenneté canadienne peut obtenir de telles modifications. »

La Commission avait accueilli avec satisfaction l'abolition de l'exigence d'avoir subi des traitements médicaux et des interventions chirurgicales étant donné qu'elle avait recommandé à

¹ RLRQ, c. C-12 (ci-après « Charte »), art. 71 al. 2 (6).

² *Règlement modifiant le Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil (projet)*, (2014) 146 G.O. II, 4494.

³ RLRQ, c. CCQ, r. 4.

⁴ L.Q. 2013, c. 27 (ci-après « Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil »), art. 3 qui modifie l'article 71 du Code civil. Voir aussi l'article 4 de cette loi qui modifie l'article 72 du Code civil.

⁵ *Id.*, art. 3 qui modifie l'article 71 du Code civil. Voir aussi les articles 4 et 5 qui modifient les articles 72 et 73 du Code civil. La Loi dispose également que le projet de règlement doit être étudié en commission parlementaire avant son adoption par le gouvernement (art. 43) et que les modifications législatives entreront en vigueur après l'adoption du règlement (art. 44).

deux reprises, en 2012 et 2013, que le Code civil soit modifié à cette fin⁶. Elle était en effet d'avis que l'assujettissement du changement de la mention du sexe ou de son prénom à cette condition obligatoire constituait une atteinte discriminatoire à des droits fondamentaux protégés par la Charte, et plus spécifiquement aux droits des personnes trans⁷ à l'intégrité, à la reconnaissance de leur personnalité juridique, à la sauvegarde de leur dignité et au respect de leur vie privée. La Commission avait par conséquent recommandé que les dispositions pertinentes du *Code civil du Québec*, les articles 71 et 72, soient modifiées et établissent des conditions de changement des mentions du sexe et du prénom qui seraient conformes aux droits garantis par la Charte.

Il peut être utile de faire une précision d'ordre terminologique. On notera que le terme « identité sexuelle » a été retenu dans le projet de règlement et dans sa loi habilitante, la Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil⁸. Il apparaît aussi dans les dispositions relatives à la prévention contre l'intimidation et la violence introduites en 2012⁹ à la *Loi sur l'instruction publique*¹⁰ et à la *Loi sur l'enseignement privé*¹¹. En droit international des droits de la personne, le vocable « identité de genre » est de plus en plus employé¹². Les deux termes se retrouvent dans les

⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Commentaires sur le Projet loi n° 70, Loi facilitant les actions civiles des victimes d'actes criminels et l'exercice de certains autres droits*, M^e Claire Bernard, Louise Brossard et M^e Karina Montminy, (Cat. 2.412.118), juin 2012, p. 1-15; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Commentaires sur le Projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, M^e Claire Bernard, (Cat. 2.412.118.1), mai 2013, p. 1-11. Rappelons qu'antérieurement, la Commission avait recommandé au ministre de la Justice d'examiner, en concertation avec le ministère de la Santé et des Services sociaux, « la situation des personnes transsexuelles concernant les problématiques reliées à l'identification du genre des personnes qui n'ont pas subi d'opération chirurgicale ». COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *De l'égalité juridique à l'égalité sociale : vers une stratégie nationale de lutte contre l'homophobie*, Rapport de consultation du Groupe de travail mixte contre l'homophobie, 2007, p. 85.

⁷ Le vocable « personne trans » désigne la personne dont l'identité sexuelle ne correspond pas au sexe qui lui a été assigné à la naissance; il englobe la personne transgenre et la personne transsexuelle.

⁸ Préc., note 4.

⁹ *Loi visant à prévenir et à combattre l'intimidation et la violence à l'école*, L.Q. 2012, c. 19.

¹⁰ *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-13.3, art. 75.1.

¹¹ *Loi sur l'enseignement privé*, L.R.Q., c. E-9.1, art. 63.1.

¹² Voir notamment : *Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, Commission internationale de juristes et Service international pour les droits de l'homme, 2007, [En ligne]. http://www.yogyakartaprinclples.org/principles_fr.pdf; Thomas HAMMARBERG, *Droits de l'homme et identité de genre*, document thématique, CommDH/IssuePaper(2009)2, Conseil de l'Europe, Commissaire aux droits de l'homme, 29 juillet 2009; CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*, adoptée le 31 mars 2010; (...suite)

législations antidiscriminatoires canadiennes qui mentionnent expressément ce motif de discrimination¹³. Bien qu'il existe des interprétations différentes de ces concepts en sciences sociales, ces termes sont généralement considérés comme étant synonymes sur le plan juridique¹⁴. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, dans ce document nous employons les deux termes en fonction du contexte.

Le présent projet de règlement propose donc les nouvelles conditions de changement au registre de l'état civil auxquelles devra satisfaire la personne dont l'identité sexuelle ne correspond pas à la mention du sexe figurant à son acte de naissance, ainsi que les documents qu'elle devra fournir au directeur de l'état civil pour obtenir le changement de cette mention. Les dispositions réglementaires proposées se lisent comme suit :

« 23.1 Parmi les motifs exposés dans sa demande, le demandeur doit déclarer vivre en tout temps, depuis au moins deux ans, sous l'apparence du sexe pour lequel un changement de mention est demandé et avoir l'intention de vivre en tout temps sous cette apparence jusqu'à son décès.

ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, Résolution 1728 (2010), 29 avril 2010; PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution sur les droits de l'homme, l'orientation sexuelle et l'identité de genre aux Nations Unies*, 28 septembre 2011, n° P7_TA(2011)0427; CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre : Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme*, Doc. N.U. A/HRC/19/41, 17 novembre 2011.

¹³ Les Territoires du Nord-Ouest et le Manitoba interdisent la discrimination fondée sur l'identité sexuelle : *Loi sur les droits de la personne*, L.T.N.-O. 2002, c. 18, Préambule et art. 5; Manitoba : *Loi modifiant le Code des droits de la personne*, L.M. 2012, c. 38, art. 5(2)b). L'Ontario interdit la discrimination fondée sur l'identité sexuelle et l'expression de l'identité sexuelle : *Loi modifiant le Code des droits de la personne en ce qui concerne l'identité sexuelle ou l'expression de l'identité sexuelle*, L.O. 2012, c. 7. Mais les trois lois réfèrent au terme « gender identity » dans leur version anglaise. La Nouvelle-Écosse, l'Île du Prince Édouard et Terre-Neuve-et-Labrador interdisent la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre : *An Act to Amend Chapter 214 of the Revised Statutes, 1989, the Human Rights Act, to Protect the Rights of Transgendered Persons*, S.N.S. 2012, c. 51; *An Act to Amend the Human Rights Act*, S.P.E.I 2013, c.15, art. 1; *An Act to Amend the Human Rights Act*, 2010, S.N.L. 2013, c. 23, art. 1 et 2. Un projet de loi qui a entre autres pour objet d'inscrire l'identité de genre dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a été adopté par la Chambre des communes en 2013 : *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et le Code criminel (identité de genre)*, projet de loi C-279, 1^{re} sess., 40^e légis. (Can.). Il est présentement à l'étape de l'étude par le Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles. Le projet de loi initial visait l'identité et l'expression sexuelles, tout comme les projets de loi similaires présentés au cours des sessions parlementaires précédentes.

¹⁴ Voir par exemple : COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Politique sur la prévention de la discrimination fondée sur l'identité sexuelle et l'expression de l'identité sexuelle*, 2014, p. 64. Voir cependant l'avis contraire de la Commission nationale consultative des droits de l'homme de France, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil*, 2013, par. 6-15; Xavière CATTO, « Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) : Avis de la CNCDH sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil », dans Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 11 juillet 2013, [En ligne].

23.2 Outre les documents qui doivent accompagner la demande en vertu de l'article 4, celle-ci doit être accompagnée d'une lettre d'un médecin, d'un psychologue, d'un psychiatre ou d'un sexologue autorisé à exercer au Canada ou dans l'État du domicile du demandeur qui déclare avoir évalué ou suivi le demandeur, qui confirme que l'identité sexuelle du demandeur ne correspond pas à la mention du sexe figurant à son acte de naissance et qui est d'avis que le changement de cette mention est approprié.

Elle doit également être accompagnée d'une déclaration sous serment d'une personne majeure qui atteste connaître le demandeur depuis au moins deux ans et que, à sa connaissance, celui-ci vit en tout temps, depuis au moins deux ans, sous l'apparence du sexe pour lequel un changement de mention est demandé. »

Conformément aux principes énoncés dans le préambule de la Charte, les personnes trans sont titulaires des droits et libertés que consacre la Charte et les conditions imposées par règlement doivent respecter les droits que celle-ci garantit¹⁵. Nous présenterons dans un premier temps la portée des droits protégés par la Charte qui sont susceptibles d'être touchés, avant de commenter plus spécifiquement les conditions réglementaires proposées en fonction de critères qui ont été récemment définis en droits de la personne.

1 LA PROTECTION QU'OFFRE LA CHARTE AUX PERSONNES TRANS EN MATIÈRE DE CHANGEMENT D'ÉTAT CIVIL

Afin de situer les effets des conditions proposées sur les droits, il convient de rappeler que le droit des personnes trans de demander le changement de la mention du sexe et du prénom sur le registre de l'état civil, et plus spécifiquement sur leur acte de naissance, a fait l'objet d'une reconnaissance progressive, tant en droit québécois et canadien, qu'en droit international et dans plusieurs droits étrangers.

En vertu de la Charte, ce droit se fonde principalement sur le droit à la personnalité juridique, le droit à la sauvegarde de sa dignité, le droit au respect de sa vie privée et le droit à l'égalité et à la non-discrimination. L'interprétation de ces droits s'appuie sur les normes juridiques internationales des droits de la personne applicables en raison, d'une part, des liens étroits entre ceux-ci et certains droits de la Charte et, d'autre part, du fait que le gouvernement s'est engagé à mettre en œuvre, entre autres dans l'élaboration de sa réglementation les droits garantis par les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne auxquels il a adhéré.

¹⁵ Charte, art. 52 et 56 al. 3.

1.1 Le droit à la personnalité juridique

La Charte reconnaît, au deuxième alinéa de son article premier, la personnalité juridique à titre de droit de la personne. Pour des fins de compréhension, nous reproduisons l'article dans son intégralité :

« Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.

Il possède également la personnalité juridique. »

La jurisprudence n'a, à notre connaissance, jamais mentionné ce droit protégé par la Charte en rapport avec l'enregistrement de l'état civil. En revanche, dans une décision rendue en matière de changement de nom d'un enfant, le juge écrit : « L'identité, en plus d'être un droit, est une caractéristique majeure de la personnalité juridique [...]. »¹⁶ Il trace ainsi un lien entre la personnalité juridique et l'identité civile. Bien que le juge n'ait pas mentionné de disposition précise, son constat peut s'appuyer implicitement soit sur l'article 1^{er} de la Charte, soit encore sur l'article 1^{er} du Code civil qui énonce, en termes identiques à ceux de l'article 1^{er} de la Charte, que tout être humain possède la personnalité juridique¹⁷.

Le droit international est plus développé sur cette question. Le droit énoncé à la Charte est directement issu d'un droit reconnu par plusieurs instruments juridiques, le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique a été proclamé dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁸, puis dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁹. Il a aussi été intégré dans plusieurs instruments juridiques internationaux élaborés après l'adoption de la Charte en 1975²⁰.

¹⁶ A.-A. C. c. A. C., 2005 CanLII 14526 (C.S.), par. 23.

¹⁷ Code civil, art. 1 : « Tout être humain possède la personnalité juridique; il a la pleine jouissance des droits civils. »

¹⁸ 10 décembre 1948, Doc. A/RES/217 (III), art. 6 : « Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique. »

¹⁹ 16 décembre 1966, (1966) 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can. 1976 n° 47, art. 16 : « Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique. » Le Gouvernement du Québec a ratifié le Pacte en 1976 : *Arrêté en conseil 1438-76 du 21 avril 1976 concernant la ratification du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du Protocole facultatif se rapportant aux droits civils et politiques, ainsi que la signature par Ottawa et les provinces d'une entente concernant les modalités et le mécanisme de participation de ces dernières à la*
(...suite)

Pour toute personne, quelle que soit son identité sexuelle, le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique est intimement associé à l'enregistrement de sa naissance²¹. Dans son commentaire sur l'article 16 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, l'expert Manfred Nowak établissait ce lien : « Only by registration is it guaranteed that the existence of a newborn child is legally recognized. »²² Le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a confirmé cette interprétation en soulignant que l'acte de naissance constitue « la preuve la plus visible de la reconnaissance juridique de l'enfant par l'État »²³. Il a en outre affirmé l'importance de l'acte de naissance pour tout être humain car c'est, selon ses termes, « un passeport qui toute la vie durant permet de faire reconnaître ses droits »²⁴.

Par ailleurs, le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique est maintenant reconnu, en droit international des droits de la personne, comme l'un des fondements du droit des personnes trans de faire changer la mention du sexe et du prénom dans leur acte de naissance.

mise en œuvre de ces instruments internationaux, Recueil des ententes internationales du Québec, 1984-1989, Québec, Ministère des Relations internationales, 1990, p. 818.

²⁰ *Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, [2010] R.T. Can. n° 8, art. 18. Voir aussi : *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, 18 décembre 1990, Doc. N.U. A/RES/45/158, (2004) 2220 R.T.N.U. 128, art. 24; *Convention américaine des droits de l'homme*, 22 novembre 1969, ST OEA n° 36, 1144 R.T.N.U. 123, art. 3; *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 1520 R.T.N.U. 217, art. 5.

²¹ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Enregistrement des naissances et droit de chacun à la reconnaissance en tout lieu de sa personnalité juridique*, Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme, 9 avril 2013, Doc. N.U. A/HRC/RES/22/7, considérants 3 et 8 et par. 8; CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Enregistrement des naissances et droit de chacun à la reconnaissance en tout lieu de sa personnalité juridique : Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, 17 juin 2014, Doc. N.U. A/HRC/27/22, par. 4 et 8. Notons par ailleurs que l'enregistrement de sa naissance constitue en soi un droit de la personne qui est consacré par plusieurs instruments juridiques, dont notamment le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (préc., note 19, art. 24 al. 2), la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* (20 novembre 1989, Doc. N.U. A/RES/44/25, (1989) 999 R.T.N.U. 3, art. 7 al. 1) et la *Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées* (préc., note 20, art. 18 al. 2).

²² Manfred NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2^e éd. rév., Kehl/Strasbourg/Arlington, Éditions N.P. Engel, 2005, p. 560.

²³ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Enregistrement des naissances et droit de chacun à la reconnaissance en tout lieu de sa personnalité juridique : Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, préc., note 21, par. 5. Voir également : Xavier BIOY, « Le droit à la personnalité juridique », (2012) *Revue des droits et libertés fondamentaux* chron. n° 12.

²⁴ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Enregistrement des naissances et droit de chacun à la reconnaissance en tout lieu de sa personnalité juridique : Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, préc., note 21, par. 17.

Cette interprétation a été formellement explicitée dans les *Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*²⁵. Il s'agit d'un ensemble de principes rédigés en 2006 par un groupe d'experts réunis sous l'égide de la Commission internationale de juristes et du Service international pour les droits de l'homme aux fins d'appliquer aux enjeux relatifs à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre les règles de droit international des droits de la personne²⁶. Lancés officiellement en mars 2007, dans le cadre de la session du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, ces principes ont depuis été pris en compte tant par des organes internationaux et régionaux de droits de la personne²⁷ que par des instances judiciaires²⁸.

Le troisième principe assoit la reconnaissance légale de l'identité de genre d'une personne sur le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique :

« Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique. Les personnes aux diverses orientations sexuelles et identités de genre jouiront d'une capacité juridique dans tous les aspects de leur vie. L'orientation sexuelle et l'identité de genre définies par chacun personnellement font partie intégrante de sa personnalité et sont l'un des aspects les plus fondamentaux de l'autodétermination, de la dignité et de la liberté. Personne ne sera forcé de subir des procédures médicales, y compris la chirurgie de réassignation de sexe, la stérilisation ou la thérapie hormonale, comme condition à la reconnaissance légale de son identité de genre. Aucun statut, tels que le mariage ou la condition de parent, ne peut être invoqué en tant que tel pour empêcher la reconnaissance légale de l'identité de genre d'une personne. Personne ne sera soumis à

²⁵ Préc., note 12.

²⁶ Introduction aux Principes de Jogjakarta, dans *id.*, p. 7. Ces principes sont souvent nommés Principes de Jogjakarta, du nom de la ville indonésienne où ils ont été rédigés.

²⁷ Voir : COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DES NATIONS UNIES, *Observation générale n° 20 : La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, par. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, Doc. E/C.12/GC/20, 2 juillet 2009, par. 32, à la note 25; COMITÉ CONTRE LA TORTURE, *Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 19 de la Convention : Observations finales du Comité contre la torture : Mongolie*, CAT/C/MNG/CO/1, 20 janvier 2011, par. 25. Les États y réfèrent également dans le cadre de l'Examen périodique universel. À cet égard, soulignons qu'à l'issue de son premier Examen universel, le Canada a accepté d'utiliser les Principes de Jogjakarta comme guide pour contribuer à développer davantage ses politiques : 8 juin 2009, Doc. N.U. A/HRC/11/17/Add.1, par. 36.

²⁸ *Pant v. Nepal*, Cour suprême du Népal, Writ No. 917 of the Year 2064 BS (2007 AD), 21 décembre 2007 (traduction en anglais dans (2008) *National Judicial Academy Law Journal* 262); *National Legal Services Authority v. Union of India*, Cour suprême de l'Inde, recours (civil) n° 400 de 2012, 15 avril 2014, par. 53; *Hämäläinen c. Finlande*, Cour européenne des droits de l'homme, 16 juillet 2014, n° 37359/09, opinion dissidente commune des juges Sajó, Keller et Lemmens, par. 16.

de la pression pour dissimuler, supprimer ou nier son orientation sexuelle ou son identité de genre. »²⁹

Sont ensuite précisées un certain nombre d'obligations qui s'imposent aux États en vertu de ce droit et que nous présenterons dans la section 3.

Par la suite, le Comité des droits de l'homme s'est exprimé en faveur de la reconnaissance du droit au changement dans l'état civil, dans le cadre de l'examen des rapports périodiques présentés par les États parties en application de l'article 40 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³⁰. En 2008, il adressait une recommandation à l'Irlande à ce sujet, sur la base des droits à la reconnaissance de sa personnalité juridique (art. 16 du Pacte), à la non-discrimination (art. 2 et 26 du Pacte) et à la protection de la vie privée (art. 17 du Pacte) :

« [Le Comité] est préoccupé aussi par le fait que l'État partie ne reconnaisse pas le changement de sexe en autorisant la délivrance de nouveaux certificats de naissance aux transsexuels. (arts. 2, 16, 17, [...] et 26) [...] L'État partie devrait reconnaître également le droit des transsexuels au changement de sexe en autorisant la délivrance de nouveaux certificats de naissance. »³¹

1.2 Le droit à la sauvegarde de la dignité

L'identité sexuelle d'une personne jouit d'une protection importante en vertu du droit à la sauvegarde de sa dignité, inscrit à l'article 4 de la Charte.

Le Tribunal des droits de la personne du Québec a affirmé ce principe dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Maison des jeunes A...*, alors qu'il soulignait l'effet que peut produire une atteinte discriminatoire à un droit pour une personne trans sur son droit à la sauvegarde de sa dignité :

²⁹ *Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, préc., note 12, principe 3.

³⁰ Préc., note 19.

³¹ COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Observations finales : Irlande*, Doc. N.U. CCPR/C/IRL/CO/3, 30 juillet 2008, par. 8. Voir aussi son constat positif concernant les avancées législatives du Royaume-Uni : COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Observations finales : Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, Doc. N.U. CCPR/C/GBR/CO/6, 30 juillet 2008, par. 5.

« Enfin, en dépit de la grande réserve manifestée par la Cour européenne, il convient de mentionner que certaines instances européennes reconnaissent déjà explicitement qu'une discrimination fondée sur le transsexualisme viole la dignité de la personne humaine et va à l'encontre du droit à l'égalité.

[...]

Aussi, les conditions de travail modifiées suite au transsexualisme ou au processus d'unification des critères sexuels enfreignent le droit au travail tel que prévu à l'article 16 de la Charte.

Qui plus est, cette atteinte constitue une contravention au droit à la sauvegarde de sa dignité, tel que stipulé à l'article 4 de la Charte. L'identité sexuelle d'une personne participe sûrement de ce qu'elle a de plus intime. »³²

Par ailleurs, ainsi que la Commission a eu l'occasion de le signaler, la discordance entre, d'une part, l'identité de genre exprimée et, d'autre part, le sexe et le prénom qui sont inscrits dans l'acte de naissance peut entraîner des situations susceptibles de porter atteinte à la dignité de la personne, comme l'illustrent ces témoignages cités par un tribunal :

« Les personnes qui sont venues témoigner [pour la personne qui demandait le changement de prénom] ont déclaré que le fait de porter un prénom masculin qui, manifestement, ne correspond pas à son apparence physique, lui cause de nombreux problèmes, notamment auprès des officiers de l'immigration des pays où il lui arrive de voyager, entre autres, pour les fins de son travail.

Outre la curiosité que cette situation peut susciter, Thompson fait aussi souvent l'objet de sarcasmes, blagues, etc., sans compter les tracasseries administratives qu'il doit subir. Il arrive souvent "qu'on ne lui témoigne pas le respect dont les autres bénéficient". Selon ces témoins, Thompson se sent humilié, "très inconfortable" avec cette ambiguïté et en souffre beaucoup. »³³

La jurisprudence de la Cour européenne comporte aussi des constats d'atteintes au droit à la sauvegarde de sa dignité, quoique comme ce droit n'est pas expressément protégé par la Convention européenne, elles sont plutôt traitées sous l'angle du droit au respect de la vie privée.

³² *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c. Maison des jeunes A...*, 1998 CanLII 28, [1998] R.J.Q. 2549, 33 C.H.R.R. 263, par. 80, 116 et 117.

³³ *Thompson c. Québec (Directeur de l'état civil)*, 2002 CanLII 39945, REJB 2002-28176 (C.S.), par. 13-15.

1.3 Le droit au respect de la vie privée

Le droit de demander le changement de la mention du sexe et de son prénom dans son acte de naissance est également protégé en vertu de l'article 5 qui garantit à toute personne le droit au respect de sa vie privée.

La Cour suprême a établi que ce droit comprend entre autres le droit de prendre des décisions fondamentalement personnelles³⁴.

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, c'est principalement sur la base du droit au respect de la vie privée que la reconnaissance juridique de l'identité sexuelle des personnes trans a été consacrée³⁵.

Dans l'arrêt *Christine Goodwin c. Grande-Bretagne*, la Cour a mis en évidence les effets de la non-reconnaissance juridique de la conversion de sexe de la plaignante sur le droit au respect de la vie privée :

« Il faut [...] reconnaître qu'il peut y avoir une atteinte grave à la vie privée lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle [...]. Le stress et l'aliénation qu'engendre la discordance entre le rôle adopté dans la société par une personne transsexuelle opérée et la condition imposée par le droit qui refuse de consacrer la conversion sexuelle ne sauraient, de l'avis de la Cour, être considérés comme un inconvénient mineur découlant d'une formalité. On a affaire à un conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété.

[...]

Sur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain. »³⁶

³⁴ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, 1997 CanLII 335 (CSC), [1997] 3 R.C.S. 844, par. 95, 97 et 98 (j. La Forest).

³⁵ Voir notamment : *B. c. France*, Arrêt du 25 mars 1992, n° 13343/87, par. 62 et 63; *I. c. Royaume-Uni*, Arrêt du 11 juillet 2002, n° 25680/94, par. 51-73; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, Arrêt du 11 juillet 2002, n° 28957/95; *Grant c. Royaume-Uni*, Arrêt du 23 mai 2006, n° 32570/03, par. 39 et 40; *L. c. Lituanie*, Arrêt du 11 septembre 2007, n° 27527/03, par. 56-59; *Schlumpf c. Suisse*, Arrêt du 8 janvier 2009, n° 29002/06, par. 100-104 et 115.

³⁶ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 35, par. 77 et 90.

Dans l'arrêt *Schlumpf c. Suisse*, une affaire dans laquelle la requérante a contesté avec succès l'imposition par sa compagnie d'assurance-maladie d'une période d'observation de deux ans préalablement à l'opération de conversion de sexe, la Cour a réaffirmé que la « définition sexuelle d'une personne » constitue « l'un des aspects les plus intimes de la vie privée »³⁷.

1.4 Le droit à l'égalité et à la non-discrimination

Finalement, le droit de demander le changement de la mention du sexe et de son prénom est protégé en vertu de l'article 10 de la Charte, qui consacre le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne.

Les limitations injustifiées au droit des personnes trans de demander le changement de leur état civil constituent une atteinte discriminatoire à leurs droits fondamentaux protégés par la Charte³⁸. En effet, les atteintes aux droits basées sur l'identité sexuelle constituent de la discrimination fondée sur le sexe, un des motifs énumérés à l'article 10 de la Charte, comme l'a établi le Tribunal des droits de la personne du Québec dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c. Maison des jeunes A...*³⁹.

³⁷ *Schlumpf c. Suisse*, préc., note 35, par. 104.

³⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Commentaires sur le Projet loi n° 70, Loi facilitant les actions civiles des victimes d'actes criminels et l'exercice de certains autres droits*, préc., note 6, p. 10; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Commentaires sur le Projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, préc., note 6, p. 10. Dans l'affaire *XY v. Ministry of Government and Consumer Services*, le Tribunal ontarien des droits de la personne a conclu que l'exigence posée par la loi constituait une atteinte au droit à l'égalité dans les services (2012 HRTO 726, par. 18). Mais en raison de l'état de la jurisprudence actuelle au Québec, le droit similaire protégé par l'article 12 de la Charte ne pourrait pas être considéré comme compromis. La Cour d'appel du Québec a retenu une interprétation restrictive qui exclut l'application de l'article 12 de la Charte à une loi de l'Assemblée nationale par ailleurs valide ou à une décision prise par un organisme dans l'application de celle-ci : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Procureur général du Québec*, 2006 QCCA 1506 (CanLII), [2006] R.J.Q. 2706, EYB 2006-111293, par. 36 à 38 et 44 (C.A.), confirmant 2004 CanLII 629, [2004] R.J.Q. 1268, EYB 2004-53585 (C.S.) sub nom. : *Procureur général du Québec c. Tribunal administratif du Québec*, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, no 31834, 10 mai 2007.

³⁹ Préc., note 32, par. 87-115. On notera que dans une décision récente, la Cour supérieure a employé le terme « identité du genre » parmi une liste de plusieurs motifs de discrimination invoqués par la plaignante. Le juge qui reprenait les allégations de celle-ci ne s'était toutefois pas attardé à la terminologie (*Sojourner c. Conseil de la justice administrative*, 2014 QCCS 5071, par. 7, 20 et 34). Précisons que dans certaines juridictions, y compris au Canada, les droits des personnes trans sont progressivement protégés par un motif de discrimination spécifique, l'identité sexuelle ou l'identité de genre, auquel s'ajoute parfois un autre motif, l'expression de l'identité sexuelle ou l'expression de genre. À l'instar du Tribunal des droits de la personne du Québec, les tribunaux siégeant dans des juridictions où le motif « identité sexuelle » ou « identité de genre » n'est pas expressément inscrit dans les lois antidiscriminatoires, ou ne l'était pas au (...suite)

Par ailleurs, le fait de ne pas avoir le droit de demander le changement de la mention du sexe sur le registre de l'état civil est un facteur qui contribue de manière importante à la discrimination subie par les personnes trans, comme le soulignait récemment la Court of Queen's Bench de l'Alberta dans l'affaire *C.F. v. Alberta (Vital Statistics)*. Elle a conclu que les dispositions de la loi albertaine en matière d'enregistrement de l'état civil enfreignent le droit à l'égalité protégé par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁰ :

« Alberta's birth registration regulation system pursuant to which the only birth certificate possible is one stating a person's sex to be the sex observed at their birth, contributes substantially to the discrimination suffered by transgendered people. »⁴¹

C'est aussi le constat posé par le Conseil de l'Union européenne dans ses *Lignes directrices visant à promouvoir et garantir le respect de tous les droits fondamentaux des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexuées* :

« Posséder des documents d'identité appropriés constitue une condition préalable nécessaire à l'exercice réel de nombreux droits fondamentaux. Les personnes transgenres qui ne possèdent pas de documents d'identité mentionnant leur sexe préféré risquent de ce fait d'être exposées à des traitements arbitraires et à des discriminations de la part d'individus ou d'institutions. »⁴²

En résumé, le droit de demander le changement de la mention du sexe et de prénom est protégé en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Par suite, les conditions de changement doivent également respecter les droits fondamentaux et le droit à

moment des litiges, se sont aussi fréquemment appuyés sur le motif « sexe ». Voir notamment : *Sheridan v. Sanctuary Investments Ltd. (No. 3)*, (1999) C.H.R.R. D/467, par. 94 (B.C.H.R.T.); *Kavanagh c. Service correctionnel du Canada*, 2001 CanLII 8496, (2001) 41 C.H.R.R. D/119, par. 135 (T.C.D.P.), demande de contrôle judiciaire rejetée pour d'autres motifs : *Canada (Procureur Général) c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2003 CFPI 89, 46 C.H.R.R. 196 (C.F.); *Forrester v. Peel (Regional Municipality) Police Services Board*, 2006 HRTO 13, 56 C.H.R.R. 215, par. 410 (T.D.P. Ont.); *C.F. v. Alberta (Vital Statistics)*, 2014 ABQB 237, par. 39 (QB. Alta). Dans quelques décisions, le motif « déficience », l'équivalent du motif « handicap » qui est inscrit dans la Charte québécoise, a aussi été invoqué par la partie demanderesse et retenu par le tribunal pour protéger les droits des personnes trans. Voir entre autres : *Sheridan, id.*, par. 97; *Kavanagh, id.*, par. 135; *XY v. Ministry of Government and Consumer Services*, préc., note 38, par. 88 et 89 (T.D.P. Ont.). Au Québec, la Cour provinciale avait considéré que le fait de refuser à une transsexuelle l'accès à un établissement commercial constituait de la discrimination fondée sur l'état civil : *Commission des droits de la personne du Québec c. Anglsberger*, EYB 1982-141056, [1982] R.J.Q. 82, par. 14 (C.P.).

⁴⁰ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

⁴¹ Préc., note 39, par. 47.

⁴² CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Lignes directrices visant à promouvoir et garantir le respect de tous les droits fondamentaux des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexuées*, n° 11492/13, 24 juin 2013, par. 20.

l'égalité et à la non-discrimination des personnes qui souhaitent demander le changement de la mention du sexe à leur acte de naissance.

Dans un rapport produit à la demande du Conseil des droits de l'homme, la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, madame Navanethem Pillay, s'exprimait dans ce sens. Après qu'elle ait réaffirmé l'existence du droit au changement dans l'état civil, elle a recommandé aux États Membres de « faciliter la reconnaissance juridique du genre de préférence des personnes transgenres et de prendre des mesures pour permettre la délivrance de nouveaux documents d'identité faisant mention du genre de préférence et du nom choisi, sans qu'il soit porté atteinte aux autres droits de l'homme. »⁴³

Plus récemment, Amnesty International exprimait une mise en garde qui allait dans le même sens : « Des procédures de changement d'état civil excessivement longues et/ou qui contiennent des critères obligatoires les rendant inaccessibles à certains groupes de personnes transgenres peuvent constituer une violation des droits à la vie privée et à la reconnaissance devant la loi. »⁴⁴

2 LES CRITÈRES PERMETTANT D'APPRÉCIER LA CONFORMITÉ AUX DROITS DES CONDITIONS DE CHANGEMENT D'ÉTAT CIVIL

Selon le troisième principe des Principes de Jogjakarta⁴⁵, que nous avons présenté plus haut, l'État est soumis à un certain nombre d'obligations afin de mettre en œuvre le droit à la reconnaissance de son identité de genre :

« Les États devront :

[...]

B. Prendre toutes les dispositions législatives et administratives, ainsi que toute autre mesure, nécessaires pour respecter pleinement et reconnaître légalement l'identité de genre telle que chacun l'a définie pour soi-même;

⁴³ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre : Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme*, préc., note 12, par. 84 h).

⁴⁴ AMNESTY INTERNATIONAL, *L'État décide qui je suis. Les personnes transgenres confrontées à des procédures de changement d'état civil défailtantes ou inexistantes en Europe*, 2014, p. 17.

⁴⁵ Préc., note 12.

C. Prendre toutes les dispositions législatives et administratives, ainsi que toute autre mesure, nécessaires pour assurer l'existence de procédures par lesquelles tous les documents émis par l'État indiquant l'identité de genre d'une personne — y compris les certificats de naissance, les passeports, les registres électoraux et d'autres documents — reflètent l'identité de genre profonde telle que définie par chacun pour soi-même;

D. Garantir que de telles procédures soient efficaces, équitables et non discriminatoires, et qu'elles respectent la dignité et la vie privée de la personne concernée;

E. Garantir que les modifications apportées aux documents d'identité soient reconnues dans toutes les situations où l'identification ou la catégorisation des personnes en fonction du sexe est requise par la loi ou une politique;

[...]. »

En 2009, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, monsieur Thomas Hammarberg, déposait un rapport dans lequel il recommandait aux États : « [d']instaurer des procédures rapides et transparentes de changement de nom et de sexe sur les extraits d'acte de naissance, cartes d'identité, passeports, diplômes et autres documents officiels ». ⁴⁶

En 2010, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe recommandait aux États membres de « prendre les mesures appropriées pour garantir la reconnaissance juridique intégrale du changement de sexe d'une personne dans tous les domaines de la vie, en particulier en permettant de changer le nom et le genre de l'intéressé dans les documents officiels de manière rapide, transparente et accessible » ⁴⁷.

La même année, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe demandait aux États membres de « garantir, dans la législation et la pratique », aux personnes transgenres le droit « à des documents officiels reflétant l'identité de genre choisie, sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale » ⁴⁸.

Plus récemment, en 2013, l'Union européenne a affirmé dans ses *Lignes directrices visant à promouvoir et garantir le respect de tous les droits fondamentaux des personnes lesbiennes,*

⁴⁶ T. HAMMARBERG, préc., note 12.

⁴⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, préc., note 12, par. 21.

⁴⁸ *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, Résolution 1728 (2010), 29 avril 2010, par. 16.11 et 16.11.2.

gays, bisexuelles, transgenres et intersexuées que l'obligation « d'attester d'avoir vécu pendant une période de temps déterminée dans le sexe préféré »⁴⁹ était contraire au droit à l'égalité et à la non-discrimination⁵⁰, tel qu'il est énoncé au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁵¹ et au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁵².

Il se dégage des normes juridiques internationales applicables plusieurs critères qui permettent d'évaluer la conformité aux droits protégés par la Charte des conditions de changement d'état civil proposées dans le projet de règlement⁵³. Le premier est le fait que l'identité sexuelle est définie par la personne elle-même. Le deuxième critère est la prescription de procédures qui soient efficaces, accessibles, rapides, transparentes et qui respectent le droit à la sauvegarde de la dignité, le droit au respect de la vie privée et le droit à l'égalité et à la non-discrimination. Finalement, le troisième est que l'obligation d'attester d'avoir vécu pendant une période de temps déterminée dans le sexe pour lequel un changement de mention à l'état civil est demandé est contraire au droit à l'égalité et à la non-discrimination.

L'approche fondée sur l'autodéfinition est considérée comme étant la plus respectueuse des droits des personnes trans. Néanmoins, encore très peu d'États ont enchâssé intégralement le droit à l'autodétermination dans leur législation.

L'Argentine fut le premier à le faire⁵⁴ en vertu de la *Loi établissant le droit à l'identité de genre des personnes*⁵⁵, adoptée en 2012. Celle-ci permet à toute personne « de demander la

⁴⁹ CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, préc., note 42, par. 20.

⁵⁰ *Id.*, par. 21.

⁵¹ Préc., note 19, art. 2.

⁵² 16 décembre 1966, (1966) 993 R.T.N.U. 3, R.T. Can. 1976 n° 46, art. 2.

⁵³ Voir par exemple dans ce sens l'analyse du projet de loi irlandais par la section irlandaise d'Amnesty International : AMNESTY INTERNATIONAL IRELAND, *Submission to the Department of Social Protection on the General Scheme of the Gender Recognition Bill 2013*, 17 October 2013, p. 6 à 8. Voir aussi : HUMAN RIGHTS WATCH, *Controlling Bodies, Denying Identities Human Rights Violations against Trans People in the Netherlands*, New York, 2011, p. 62.

⁵⁴ L'Andalousie vient d'adopter en 2014 une loi qui reconnaît le droit des personnes transsexuelles à l'autodétermination, la *Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía*. Mais celle-ci ne modifie pas les règles sur le changement à l'état civil, qui relèvent de la compétence de l'État central et qui sont régies par la *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*.

⁵⁵ *Ley 26.743 establece el derecho a la identidad de género de las personas*, art. 2, [En ligne].
<http://www4.hcdn.gov.ar/BO/boletin12/2012-05/BO24-05-2012leg.pdf>.

rectification de la mention du sexe dans les registres, ainsi que la modification du prénom et de l'image, quand ils ne coïncident pas avec son identité de genre telle que ladite personne la perçoit »⁵⁶, sur simple déclaration solennelle et sans exigence d'une expertise médicale⁵⁷. Selon un représentant de la Fédération argentine LGBT, plusieurs décisions rendues par des tribunaux d'appel avaient commencé à reconnaître le changement sans exiger de preuve externe :

« For several years the Courts in Argentina had been recognizing gender and name changes in the documentation, but this usually involved doctors, psychologists and experts who conducted countless interviews and tests sometimes clearly invasive, and only then a long process could reach to the chance of modifying the documentation. But in 2010, the FALGBT began a campaign of appeals for protection in the courts, in which we explicitly asked that no medical diagnosis or any other evidence should be required, other than the manifestation of will of the involved person.

Several judges said yes, and since the beginning of this campaign until the enactment of the law many trans people saw their identity recognized in this way. »⁵⁸

Il s'agit assurément d'un virage important en droit civil. Comme l'a noté la juriste française Diane Roman, « [l]a question est essentielle car elle aboutit à redéfinir la notion d'état civil, hésitant entre institution d'ordre public ou reflet d'une vérité personnelle »⁵⁹. Le juriste Daniel Borrillo explique comment la loi argentine s'est complètement dégagée d'une approche qui était basée, comme d'autres régimes de l'enregistrement de l'état civil, sur l'ordre public :

« La loi argentine 26 743 du 23 mai 2012 crée un nouveau droit subjectif de l'individu dénommé "droit à l'identité de genre". [...] On peut dire que sur le plan juridique, le sexe a quitté le corps pour s'installer dans l'âme. Le genre devient ainsi un élément de la personnalité disponible par l'individu en tant que composante essentielle de sa vie

⁵⁶ Ley 26.743 establece el derecho a la identidad de género de las personas, *id.*, art. 3, traduction dans Daniel BORRILLO, « L'identité de genre : Audition de Daniel Borrillo devant la CNCDH », Médiapart, billet de blog publié le 21 mars, [En ligne]. <http://blogs.mediapart.fr/blog/daniel-borrillo/210313/l-identite-de-genre-audition-de-daniel-borrillo-devant-la-cncdh>

⁵⁷ Ley 26.743 establece el derecho a la identidad de género de las personas, *id.*, art. 4 et 6; Olivier ROY, *Réalités juridiques et sociales des minorités sexuelles dans les principaux pays d'origine des personnes nouvellement arrivées au Québec, Guide d'information*, 3^e éd., Ministère de l'Immigration, de la Diversité et de l'Inclusion, 2014, p. 12.

⁵⁸ Alejandro NASIF SALUM, « Argentina Has Passed the Most Progressive Gender Identity Legislation in Existence », Commission Internationale des Droits de l'Homme pour les Gays et Lesbiennes (International Gay and Lesbian Human Rights Commission), Blogue, posté le 13 mai 2012, [En ligne].

⁵⁹ Diane ROMAN, « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit? », Raison publique, 15 mai 2012, [En ligne]. <http://www.raison-publique.fr/article530.html>

privée. Le genre cesse donc d'être une question d'ordre public pour devenir une variable dépendante exclusivement de la volonté et de l'autonomie individuelles. »⁶⁰

Le Danemark n'a quant à lui pas modifié sa législation en matière d'état civil, mais il permet depuis 2014 à la personne trans d'obtenir le changement de son numéro de sécurité sociale, lequel comprend un identifiant relatif au sexe, sur la base d'une déclaration écrite à l'effet qu'elle a le sentiment d'appartenir au sexe opposé⁶¹. Elle doit ensuite confirmer sa déclaration par écrit après une période de réflexion de six mois⁶².

Les exemples de l'Argentine et du Danemark n'impliquent pas nécessairement qu'une exigence de corroboration serait nécessairement jugée comme étant attentatoire aux droits de la personne. Dans la décision *XY c. Ministry of Government and Consumer Services*, la première décision canadienne ayant déclaré que l'exigence de traitements chirurgicaux était discriminatoire⁶³, le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a reconnu que la corroboration indépendante était un moyen acceptable, en vertu du Code ontarien des droits de la personne, de s'assurer que les données enregistrées à l'état civil sont exactes et fiables⁶⁴. Cette conclusion a cependant été critiquée car elle nierait à la personne trans la capacité de se définir elle-même et elle enfreindrait sa dignité et sa personnalité de manière fondamentale⁶⁵.

Un des motifs qui est mis de l'avant pour justifier la corroboration est la volonté d'éviter des demandes frauduleuses ou encore des demandes qui ne soient pas complètement raisonnées et informées, comme l'expliquait dans un rapport sur ce sujet le Conseil consultatif de réforme du droit du Territoire de la capitale australienne :

« [M]embers of the Council agree that what should be done is a matter of policy for the Government, within the options canvassed by the Council.

⁶⁰ D. BORRILLO, préc., note 56.

⁶¹ *Act on the Civil Registration System*, art. 3 par. 6, introduit dans la loi en 2014 en vertu de la Loi L 182 intitulée Forslag til lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister.

⁶² *Id.*

⁶³ Préc., note 38. Le gouvernement de l'Ontario n'a pas encore modifié la disposition déclarée discriminatoire, mais il a modifié les formulaires.

⁶⁴ *Id.*, par. 114, 241, 244 et 297.

⁶⁵ Jena MCGILL and Kyle KIRKUP, « Locating the Trans Legal Subject in Canadian Law : XY v Ontario », (2013) 33 *Windsor Review of Legal and Social Issues* 96, 133.

Of the available options, some members of the Council support for self-identification, because it is the preferred option of the sex and gender diverse community, there are safeguards in the *Criminal Code 2002*, corroboration is little or no more than hearsay confirmation of self-identification, and the person is the only person who can attest to their own sense of identity. At the same time, other members of the Council support some form of corroboration because the appearance, if not the process, of corroboration offers greater comfort that a person's change of sex and gender identity is genuine and is being recorded in good faith.

But some members of the Council have reservations about corroboration if it is to be only by medical practitioners, because of the expectation that there will be clinical treatment; they are of the view that if there is to be professional corroboration it should not be limited to medical practitioners but should extend to nurses and psychologists who can certify their assessment that the person is making a considered and informed decision as to their sex and gender identity. The Council is, however, unanimously of the view that the requirement for a person to register a change in the sex and gender identity should not be more onerous than is in the policy of the Passport Office. »⁶⁶

L'organisation Human Rights Watch rapporte que des groupes de défense de droits des personnes trans considèrent ces préoccupations légitimes :

« In line with the commitment expressed by the Dutch government to the Yogyakarta Principles, the government should explore ways to create a new framework for legal recognition of gender identity that takes trans people's self-identified gender identity as its starting point. Transgender advocacy groups recognize that there may be legitimate reasons to introduce some conditions modifying the underlying principle, but believe that trans people themselves should have primary say over their legal gender identity. Such conditions may be necessary to protect the interests of the state by ensuring that people do not change their legal gender identity at a whim or for reasons other than self-identifying gender motivation, such as to hide their registered legal identity for fraudulent purposes. Conditions may also be necessary to protect some people from themselves, for example, people who are not transgender but who suffer from mental health problems that may lead them to try to change their legal gender identity where this is not in fact in their own interest. »⁶⁷

Plus près de nous, lors des consultations sur le projet de loi n° 35 tenues par l'Assemblée nationale en 2013, l'Association canadienne des professionnels en santé des personnes transsexuelles avait recommandé que la demande soit accompagnée de la « déclaration d'un

⁶⁶ ACT [AUSTRALIAN CAPITAL TERRITORY] LAW REFORM ADVISORY COUNCIL, *Beyond the Binary : legal recognition of sex and gender diversity in the ACT*, Report 2, March 2012, p. 42.

⁶⁷ HUMAN RIGHTS WATCH, préc., note 53, p. 64.

garant attestant que le requérant assume l'identité sexuelle concordant avec la désignation du sexe demandé »⁶⁸.

Cela dit, la mise en œuvre du droit à la reconnaissance du changement de la mention du sexe à l'état civil est actuellement en pleine évolution⁶⁹. Alors que ce changement reste interdit dans plusieurs États et que d'autres l'assujettissent toujours à des conditions qui sont pourtant jugées discriminatoires ailleurs, telles que la condition de ne pas être marié, d'être stérile ou d'avoir subi des traitements médicaux et chirurgicaux⁷⁰, le changement commence à être autorisé sans qu'il ne soit nécessaire d'établir par quelque forme de corroboration que ce soit la preuve de l'identité autoperçue.

Il reste à appliquer les critères que nous venons d'identifier aux conditions proposées dans le projet de règlement.

3 ANALYSE DES CONDITIONS RÉGLEMENTAIRES PROPOSÉES

La personne qui demande le changement de la mention du sexe à l'état civil devrait respecter les conditions suivantes :

- (a) le demandeur doit déclarer vivre en tout temps, depuis au moins deux ans, sous l'apparence du sexe pour lequel un changement de mention est demandé et avoir l'intention de vivre en tout temps sous cette apparence jusqu'à son décès⁷¹;
- (b) cette demande doit être accompagnée d'une lettre d'un médecin, d'un psychologue, d'un psychiatre ou d'un sexologue déclarant avoir évalué ou suivi le demandeur et qui confirme que l'identité sexuelle de celui-ci ne correspond pas à la mention du sexe figurant à son acte de naissance et qui est d'avis que le changement de cette mention est approprié⁷²;
- (c) elle doit également être accompagnée d'une déclaration sous serment d'une personne majeure qui atteste connaître le demandeur depuis au moins deux ans et que, à sa

⁶⁸ Lettre adressée au ministre de la Justice et aux membres de la Commission des institutions, 23 mai 2013, p. 7, [En ligne].

⁶⁹ AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE (FRA), *Being Trans in the EU – Comparative analysis of EU LGBT survey data*, 2014, p. 79.

⁷⁰ Voir : COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, Conseil de l'Europe, 2011, p. 92 et suiv.

⁷¹ *Règlement modifiant le Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil (projet)*, préc., note 2, art. 23.1.

⁷² *Id.*, art. 23.2 al. 1.

connaissance, celui-ci vit en tout temps, depuis au moins deux ans, sous l'apparence du sexe pour lequel un changement de mention est demandé⁷³.

La Commission considère que l'imposition ou la mise en œuvre de plusieurs des conditions proposées dans le projet de règlement entraînent des atteintes à des droits protégés par la Charte.

En ce qui concerne la première exigence, soit celle d'attester avoir vécu au minimum deux ans « sous l'apparence du sexe », il nous apparaît, d'une part, que les conditions exigeant d'avoir vécu « en tout temps sous l'apparence du sexe » soulèvent des problèmes d'interprétation et d'application. Il est clair qu'à tout le moins, le directeur de l'état civil ne pourra exiger la preuve d'aucun traitement médical ou intervention chirurgicale, étant donné que le nouvel article 71 du Code civil l'interdit absolument. Il est cependant moins clair de savoir comment sera déterminé de manière précise ce qui pourrait être exigé pour démontrer qu'on a vécu en tout temps sous l'apparence d'un sexe ou de l'autre. Il faut également tenir compte des risques de renforcer des préjugés discriminatoires que peut entraîner le critère fondé sur l'apparence physique :

« [L]a notion d'image que la personne renvoie doit être prise avec beaucoup de prudence. L'acceptation du changement d'état civil ou du prénom ne doit pas reposer uniquement sur le regard que les autres portent sur le demandeur et sur la reconnaissance sociale qu'ils lui accordent, car elle risque de favoriser un certain type de personne dont l'apparence physique sera davantage conforme à l'image qu'on se fait d'une femme ou d'un homme.

Le concept de passing ou le fait de "passer" en public est très important pour les personnes trans, aussi bien pour l'image qu'elles donnent à voir aux autres que pour l'image qu'elles ont d'elles-mêmes. Mais ce critère est aussi très inégal selon les caractéristiques morphologiques des individus, par exemple, une personne MtoF [Male to Female, soit une personne trans homme vers femme] qui est petite "passera" plus inaperçue dans la rue en tant que femme que si elle est grande. Ainsi, introduire la notion de passing dans le droit risquerait de renforcer des inégalités naturelles entre les individus, là où celui-ci doit au contraire tendre à les égaliser. De plus, cette notion de passing véhicule des représentations genrées sur ce à quoi doit ressembler une femme ou un homme qui sont extrêmement relatives comme on l'a vu. Il est clair que, plus la société acceptera des personnes différentes du point de vue de leur genre et de leur apparence physique, et moins la notion de passing sera nécessaire. »⁷⁴

⁷³ *Id.*, art. 23.2 al. 2.

⁷⁴ Corinne FORTIER et Laurence BRUNET, « Changement d'état civil des personnes "trans" en France : du transsexualisme à la transidentité » dans Nicole GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal (Belgique), Anthemis, 2012, p. 63, à la page 89.

D'autre part, l'imposition d'un délai préalable de deux ans obligerait la personne qui veut faire une demande de changement à l'acte de naissance de vivre en tout temps, depuis au moins deux ans, dans la situation où son identité de genre ne correspond pas à son identité civile. La Commission a relaté dans son rapport de consultation contre l'homophobie des exemples d'atteintes discriminatoires aux droits à la sauvegarde de la dignité et au respect de la vie privée à laquelle cette situation peut l'exposer :

« Plusieurs subiront des insultes, du rejet et des préjugés lorsqu'on leur demandera de fournir des preuves d'identification. Dans le quotidien, ces personnes devront argumenter avec le banquier, le vendeur ou toute autre personne qui hésite à reconnaître la validité de leurs documents pourtant officiels. Des membres du personnel du réseau de la santé et des services sociaux les interpellent en insistant sur "Monsieur Une telle" ou "Madame Un tel". Des employeurs refuseront de les embaucher en invoquant de faux motifs.

La situation des personnes transsexuelles non opérées soulève également des questions concernant leur accès à certains espaces physiques, tels les vestiaires et les douches dans les lieux publics, les chambres réservées soit aux femmes soit aux hommes dans les centres d'hébergement ou les résidences d'accueil, les maisons pour femmes violentées, ou encore, les prisons où elles sont exposées à des comportements potentiellement violents. »⁷⁵

Comme on l'a vu plus haut, l'Union européenne a conclu dans ses *Lignes directrices visant à promouvoir et garantir le respect de tous les droits fondamentaux des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexuées* que l'obligation d'attester d'avoir vécu pendant une période de temps déterminée dans le sexe préféré était contraire au droit à l'égalité et à la non-discrimination.

Par conséquent, la Commission considère que la procédure proposée ne serait ni efficace, ni rapide, ni transparente et elle ne respecterait pas le droit à la sauvegarde de la dignité, le droit au respect de la vie privée et le droit à l'égalité et à la non-discrimination des personnes trans. Elle ne serait donc pas conforme à la Charte.

La formulation que prévoient certaines lois, notamment au Canada, pourrait éviter ces atteintes. En Colombie-Britannique, le demandeur doit déclarer qu'il assume, s'identifie avec et a

⁷⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *De l'égalité juridique à l'égalité sociale : vers une stratégie nationale de lutte contre l'homophobie*, préc., note 6, p. 60.

l'intention de maintenir l'identité de genre qui correspond à la désignation de sexe désirée⁷⁶. Le nouveau formulaire de changement à l'état civil ontarien contient un libellé similaire⁷⁷. En ce qui concerne l'imposition d'un délai préalable, le gouvernement ontarien a suivi la recommandation à ce sujet de la Commission ontarienne des droits de la personne, selon laquelle les conditions ne devraient pas inclure de délai préalable pour assumer le sexe choisi étant donné que cela dépend des « circonstances spécifiques de la transition pour chaque personne concernée »⁷⁸.

Pour les mêmes motifs, la Commission considère que l'exigence de corroboration par un témoin majeur que le demandeur a vécu en tout temps sous l'apparence du sexe dont il demande l'inscription à l'acte de naissance pendant un délai minimum de deux ans ne serait pas conforme à la Charte. De plus, cette exigence pourrait constituer en soi un obstacle à l'exercice du droit au changement pour plusieurs personnes trans, soit parce qu'en raison de leur situation sociale, elles vivent de façon très isolée, soit parce qu'elles ont caché à leur entourage le fait qu'elles sont trans⁷⁹. Dans ce dernier cas, la troisième exigence risquerait en outre de porter atteinte au respect de leur vie privée.

L'exigence de la déclaration par un professionnel de la santé apparaît également problématique. S'il est vraisemblable que plusieurs des personnes qui voudraient faire la demande de changement consultent ou auront consulté un professionnel de la santé, la Commission a toutefois constaté que les personnes trans « n'ont pas ou peu accès au réseau

⁷⁶ *Vital Statistics Act*, RSBC 1996, c. 479, art. 27 par. 2.

⁷⁷ SERVICES GOUVERNEMENTAUX ET SERVICES AUX CONSOMMATEURS, BUREAU DU REGISTRAIRE GÉNÉRAL DE L'ÉTAT CIVIL, *Demande de changement de la désignation du sexe sur l'enregistrement de naissance d'un adulte*, décembre 2014, [En ligne]. [http://www.forms.ssb.gov.on.ca/mbs/ssb/forms/ssbforms.nsf/GetFileAttach/007-11324F~1/\\$File/11324F.pdf](http://www.forms.ssb.gov.on.ca/mbs/ssb/forms/ssbforms.nsf/GetFileAttach/007-11324F~1/$File/11324F.pdf) :

« 2. J'assume (ou j'ai toujours assumé) l'identité sexuelle concordant avec le changement de la désignation du sexe demandé.

3. Je vis en tout temps avec l'identité sexuelle concordant avec le changement de la désignation du sexe demandé, et j'entends garder cette identité sexuelle. »

⁷⁸ COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Mémoire de la Commission ontarienne des droits de la personne concernant la consultation du ministère des Services gouvernementaux et des Services aux consommateurs sur le changement de la désignation du sexe sur l'enregistrement de naissance d'une personne mineure*, 22 août 2014, [En ligne]. <http://www.ohrc.on.ca/fr/m%C3%A9moire-de-la-codp-concernant-la-consultation-du-msg-aux-consommateurs-sur-le-changement-de-la>

⁷⁹ Voir : Jean-Sébastien SAUVÉ, *Le projet de règlement sur le changement de la mention du sexe : un cadeau empoisonné*, blogue personnel, 21 décembre 2014, [En ligne]; Caroline TROTTIER-GASCON, *Changement de mention de sexe : nouveaux critères, nouveaux obstacles*, blogue, Huffington Post, 21 décembre 2014, [En ligne].

de la santé et des services sociaux »⁸⁰ et qu'il y a une « méconnaissance généralisée du personnel sur la question de la transsexualité »⁸¹.

De plus, cette exigence contredit le mouvement de dépathologisation de la transidentité⁸². La Commission ontarienne des droits de la personne a rappelé, dans sa récente *Politique sur la prévention de la discrimination fondée sur l'identité sexuelle et l'expression de l'identité sexuelle*, que « [I]es critères à remplir pour modifier le nom ou la désignation du sexe d'une personne sur des documents d'identification devraient être respectueux et non intrusifs. Il n'est pas nécessaire qu'ils soient fondés sur des considérations médicales. »⁸³ C'est pourquoi elle avait recommandé au gouvernement ontarien de ne pas rendre obligatoire la présentation d'une lettre d'un médecin pour appuyer la demande de modification de la mention du sexe sur l'acte de naissance :

« [N]ous recommandons de tenir également compte d'autres critères plus respectueux, moins indiscrets et moins médicalisés qu'une lettre de médecin. Il y a ainsi de nombreuses personnes (p. ex., psychologues, travailleuses et travailleurs sociaux, infirmières et infirmiers, responsables scolaires, collégiaux ou universitaires, thérapeutes, employeurs, membres de la famille, groupes confessionnels) qui pourraient confirmer qu'une personne est transgenre, ou qu'elle assume publiquement le sexe correspondant à la modification qu'elle demande à son enregistrement de naissance. Quand on a affaire à une modification de la mention du sexe dans un document, c'est la représentation sociale de l'identité sexuelle ressentie, plutôt qu'une caractéristique physique ou sexuelle particulière, le bagage génétique ou les antécédents médicaux qui est en cause. D'après les travaux que nous avons réalisés en collaboration avec des membres de la communauté des transgenres, beaucoup de personnes considéreraient sans doute cet assouplissement des critères comme mieux adapté. »⁸⁴

⁸⁰ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *De l'égalité juridique à l'égalité sociale : vers une stratégie nationale de lutte contre l'homophobie*, préc., note 6, p. 21.

⁸¹ *Id.*

⁸² Voir notamment l'avis de l'Association mondiale des professionnels pour la santé transgenre selon qui « l'expression des caractéristiques de genre, identités incluses, qui ne sont pas stéréotypiquement associées au sexe d'assignation de naissance, est un phénomène humain commun et culturellement diversifié qui ne doit pas être considéré comme intrinsèquement pathologique ou négatif. » : WORLD PROFESSIONAL ASSOCIATION FOR TRANSGENDER HEALTH, *De-psycho-pathologisation Statement*, Minneapolis, May 26, 2010 (traduction dans Association mondiale des professionnels pour la santé transgenre, Standards de soins pour la santé des personnes transsexuelles, transgenres et de genre non-conforme, 2013, p. 4).

⁸³ Préc., note 14, p. 41.

⁸⁴ COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Objet : Document de consultation – Critères révisés pour la modification de la mention du sexe sur un enregistrement de naissance de l'Ontario*, 2012, [En ligne]. Voir aussi : COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, préc., note 14, p. 42.

Pour ces motifs, la Commission considère qu'il faudrait clarifier le rôle du professionnel de la santé et notamment s'assurer qu'on n'induit pas de cette condition que la personne qui fait la demande devrait se soumettre à une expertise médicale spécifiquement liée à cette demande de changement d'état civil. De plus, il faudrait envisager d'élargir la liste des personnes qui pourraient affirmer que le demandeur est une personne trans.

La Commission recommande à la ministre de la Justice de réviser les dispositions réglementaires proposées en tenant compte des commentaires formulés plus haut afin de s'assurer qu'elles ne contiennent pas de conditions qui portent atteinte aux droits des personnes trans.

CONCLUSION

La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse rappelle que les conditions imposées par le règlement doivent respecter les droits que la *Charte des droits et libertés de la personne* garantit aux personnes trans.

En vertu de la Charte, le droit des personnes trans de demander le changement de la mention du sexe et le prénom dans le registre de l'état civil, et plus spécifiquement dans leur acte de naissance, se fonde principalement sur le droit à la personnalité juridique, le droit à la sauvegarde de la dignité, le droit au respect de la vie privée, des droits fondamentaux protégés respectivement par les articles 1, 4 et 5, et le droit à l'égalité et à la non-discrimination protégé par l'article 10. Par suite, les conditions de changement doivent respecter les droits fondamentaux et le droit à l'égalité et à la non-discrimination des personnes qui souhaitent demander le changement de la mention du sexe à leur acte de naissance.

Cette interprétation s'appuie sur les normes juridiques internationales des droits de la personne applicables en raison, d'une part, des liens étroits entre ceux-ci et certains droits de la Charte et, d'autre part, du fait que le gouvernement s'est engagé à mettre en œuvre, entre autres dans l'élaboration de sa réglementation les droits garantis par les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne auxquels il a adhéré.

La Commission a ensuite fait ressortir les critères permettant d'apprécier la conformité aux droits des conditions de changement d'état civil des personnes trans. Le premier est le fait que

l'identité sexuelle est définie par la personne elle-même. Le deuxième critère est la prescription de procédures qui soient efficaces, accessibles, rapides, transparentes et qui respectent le droit à la sauvegarde de la dignité, le droit au respect de la vie privée et le droit à l'égalité et à la non-discrimination. Le troisième est que l'obligation d'attester d'avoir vécu pendant une période de temps déterminée dans le sexe pour lequel un changement de mention à l'état civil est demandé est jugée contraire au droit à l'égalité et à la non-discrimination.

Finalement, la Commission a commenté plus spécifiquement les conditions réglementaires proposées en fonction de ces critères. Au terme de cette analyse, la Commission conclut que les exigences proposées à l'article 23.1 et au deuxième alinéa de l'article 23.2 du projet de règlement ne sont pas conformes à la Charte. La procédure proposée ne serait ni efficace, ni rapide, ni transparente et elle ne permettrait pas de respecter le droit à la sauvegarde de la dignité, le droit au respect de la vie privée et le droit à l'égalité et à la non-discrimination des personnes trans. Pour ce qui concerne l'exigence proposée au premier alinéa de l'article 23.2, la Commission est d'avis qu'il faut clarifier le rôle du professionnel de la santé et envisager d'élargir la liste des personnes qui pourraient affirmer que le demandeur est une personne trans. En conséquence, la Commission recommande à la ministre de la Justice de réviser les dispositions réglementaires proposées afin de s'assurer qu'elles ne contiennent pas de conditions qui portent atteinte aux droits des personnes trans.