

Université de Montréal

Aux confins du « M » et du « F »
Une généalogie critique de ce sexe que l'on catégorise aux fins de
l'état civil québécois

par Jean-Sébastien Sauvé

Faculté de droit

Thèse présentée
en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit (LL.D.)

Août 2016

© Jean-Sébastien Sauvé, 2016

Résumé

Cette thèse propose une généalogie critique du sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») qui est catégorisé aux fins de l'état civil québécois. Pour ce faire, une étude des dispositifs qui permettent la répartition des personnes dans l'une ou l'autre des catégories susmentionnées est complétée. Celle-ci amène l'auteur à remettre en question ces idées généralement reçues en doctrine selon lesquelles le sexe ainsi catégorisé émanerait en tout ou en partie de la nature humaine. La revue des normes juridiques applicables à la détermination ainsi qu'à la modification de la mention du sexe figurant à l'acte de naissance le pousse plutôt à conclure que la qualification d'une personne comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») s'explique seulement par l'action du pouvoir juridique. Il défend donc l'idée selon laquelle le sexe des personnes est toujours conditionné par l'action du pouvoir juridique, qui projette sur elles la catégorie sexuelle à laquelle elles sont rattachées.

Mots-clés : acte de naissance, changement de la mention du sexe, détermination de la mention du sexe, état civil, généalogie critique, genre, identité de genre, mention du sexe, pièces d'identité, sexe.

Abstract

This thesis puts forth a genealogical investigation of the male/masculine sex (“M”) or of the female/feminine sex (“F”) as classified under Québec’s civil status. To achieve this, a study of the mechanisms that make it possible to assign people to one or the other above-mentioned categories is carried out. It leads the author to challenge the commonly held notion that says that a person’s classified sex originates wholly or partly from human nature. After reviewing legal standards applied to the determination as well as to the amendment of the mention of sex contained in a birth certificate, the writer is inclined to conclude, rather, that qualifying a person as being of the male/masculine (“M”) sex or female/feminine (“F”) sex can solely be explained by legal means. The writer, therefore, defends the thesis that a person’s sex is always conditioned by a legal authority, which projects upon him, her or them the sexual category to which they are linked.

Keywords: act of birth, assignation of designation of sex, change of designation of sex, civil status, designation of sex, gender, genealogical investigation, gender identity, identification papers, sex.

Table des matières

RÉSUMÉ	I
ABSTRACT	II
TABLE DES MATIÈRES	III
LISTE DES ABRÉVIATIONS ET DES SIGLES	VIII
REMERCIEMENTS	XI
INTRODUCTION	1
PARTIE 1 LA DÉTERMINATION DE LA MENTION DU SEXE	32
Introduction de la première partie.....	32
Chapitre 1 Le processus menant généralement à la détermination de la mention du sexe .	36
Introduction.....	36
1. L’identification du nouveau-né comme prétexte	38
1.1. Le constat de naissance.....	40
1.2. La déclaration de naissance	45
1.3. L’acte de naissance	50
2. Le processus menant généralement à détermination de la mention du sexe.....	59
2.1. L’insuffisance de la législation	59
2.2. Le silence de la jurisprudence.....	60
2.3. L’interprétation doctrinale	60
Conclusion	65
Chapitre 2 Le processus menant exceptionnellement à la détermination de la mention du sexe	71
Introduction.....	71
1. La détermination de la mention du sexe en contexte d’intersexualité... selon les juristes	76
1.1. Le silence de la législation.....	77

1.2. Les bruissements de la jurisprudence	77
1.3. Les explications de la doctrine.....	82
2. La détermination de la « mention du sexe » en contexte d'intersexualité... selon les professionnels de la santé.....	86
2.1. Le mystère associé au processus.....	87
2.1.1. La décision relative au sexe du nouveau-né	87
2.1.2. La décision relative à la reconstruction génitale.....	92
2.2. La légalité douteuse de certains volets du processus menant exceptionnellement à la détermination de la mention du sexe	104
2.2.1. Les dénonciations internationales.....	104
2.2.2. La situation au Québec.....	115
Conclusion	146
Conclusion de la première partie	149
DEUXIÈME PARTIE LA MODIFICATION DE LA MENTION DU SEXE.....	152
Introduction de la deuxième partie	152
Chapitre 3 La modification de la mention du sexe : une histoire de traitements médicaux, d'interventions chirurgicales et d'identité de genre.....	161
Introduction.....	161
1. Les traitements médicaux et les interventions chirurgicales devant être subis avec succès	163
1.1. Les fondements de la condition	163
1.1.1. La compréhension que le législateur avait de la transsexualité	164
1.1.2. La concordance attendue entre l'« identité physique » et la mention de sexe	171
1.2. Le contenu de la condition.....	174
1.2.1. L'étendue trouble des traitements médicaux et des interventions chirurgicales	175
1.2.1.1. La législation.....	176
1.2.1.2. La jurisprudence.....	180
1.2.1.3. La doctrine	188

1.2.1.4. L'interprétation de l'autorité compétente	197
1.2.2. L'importance du succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales.....	212
1.2.2.1. La position du législateur.....	213
1.2.2.2. La position de la profession médicale.....	217
2. L'identité de genre ne correspondant pas à la mention du sexe figurant à l'acte de naissance	219
2.1. Le fondement de la condition	226
2.2. Le contenu de la condition.....	249
Conclusion	255
Chapitre 4 La modification de la mention du sexe : une histoire allant bien au-delà des traitements médicaux, des interventions chirurgicales et de l'identité de genre.....	261
Introduction.....	261
1. Les conditions pour obtenir le changement de la mention du sexe	262
1.1. Les conditions de fond.....	262
1.1.1. La citoyenneté canadienne.....	267
1.1.2. L'âge	284
1.1.2.1. La situation telle qu'elle se présentait avant le 10 juin 2016.....	284
1.1.2.2. La situation telle qu'elle se présente depuis le 10 juin 2016	292
1.1.3. La résidence et le domicile	303
1.1.4. L'absence de liens du mariage.....	310
1.1.4.1. Le divorce	313
1.1.4.2. L'annulation du mariage.....	319
1.1.4.3. La fin de la condition relative à l'absence de liens du mariage.....	326
1.1.5. La volonté d'obtenir le changement de la mention du sexe.....	332
1.2. Les conditions de forme.....	344
1.2.1. La détention de l'acte de naissance par le directeur de l'état civil	345
1.2.2. L'utilisation du formulaire approprié et la soumission de pièces justificatives	346
1.2.3. Le paiement des droits exigibles.....	353
1.3. La décision de l'autorité compétente	355

1.4. Les effets du changement de la mention du sexe.....	368
2. Les conditions pour obtenir la correction de l'« erreur » ayant été commise lors du processus menant à l'assignation de la mention du sexe	370
2.1. La rectification de l'acte de naissance par le tribunal.....	371
2.1.1. Les conditions de fond.....	372
2.1.1.1. La détention de l'acte de naissance par le directeur de l'état civil	372
2.1.1.2. La présence d'une « erreur » sur l'acte de naissance	373
2.1.1.3. L'absence d'action d'état déguisée.....	374
2.1.2. Les conditions de forme.....	378
2.1.3. Les effets de la rectification.....	382
2.2. La rectification de l'acte de naissance par le directeur de l'état civil.....	382
2.2.1. Les conditions de fond.....	383
2.2.1.1. La détention de l'acte de naissance par le directeur de l'état civil	383
2.2.1.2. La présence d'une « erreur » purement matérielle sur l'acte de naissance	383
2.2.1.3. L'absence d'action d'état déguisée.....	384
2.2.2. Les conditions de forme.....	384
2.2.3. Les effets de la rectification.....	386
2.3. La correction d'un acte de naissance par le directeur de l'état civil lorsqu'une naissance est incorrectement constatée ou déclarée.....	386
2.3.1. Les conditions de fond.....	387
2.3.1.1. La détention de l'acte de naissance par le directeur de l'état civil	387
2.3.1.2. La présence d'une information erronée sur l'acte de naissance	388
2.3.1.3. L'absence d'action d'état déguisée.....	388
2.3.1.4. La découverte de cette « erreur » dans un délai relativement court après la naissance... selon le professeur Goubau.....	389
2.3.2. Les conditions de forme.....	390
2.3.3. Les effets de la correction.....	391
Conclusion	391
Conclusion de la deuxième partie.....	395

CONCLUSION	398
BIBLIOGRAPHIE.....	I
Législation.....	i
Jurisprudence	iv
Doctrine.....	viii
Autres documents.....	xvii

Liste des abréviations et des sigles

ABQB :	Alberta Court of Queen’s Bench
ASTT(e)Q :	Action santé travesti(e)s et transsexuel(le)s du Québec
ATQ :	Aide aux trans du Québec
BCCA :	British Columbia Court of Appeal
BCHRT :	British Columbia Human Rights Tribunal
BCSC :	British Columbia Supreme Court
CcQ :	Code civil du Québec
C de D :	Cahiers de droit
CP :	Cour provinciale
CP du N :	Cours de perfectionnement du notariat
CSC :	Cour suprême du Canada
D :	Décret
DEC :	Directeur de l’état civil
DLR :	Dominion Law Reports
GO et GOQ :	Gazette officielle du Québec
Harv CR-CLL Rev :	Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review
HRTO :	Human Rights Tribunal of Ontario
LC :	Lois du Canada
LQ :	Lois du Québec
LRC :	Lois révisées du Canada
LRQ :	Lois refondues du Québec
MJ :	Manitoba Judgments
NCPC :	Nouveau Code de procédure civile
NQF :	Nouvelles Questions Féministes
NSJ :	Nova Scotia Judgments
PL :	Projet de loi
QCCA et CA :	Cour d’appel du Québec
QCCQ et CQ :	Cour du Québec

QCCS et CS :	Cour supérieure du Québec
QCTDP et TDP :	Tribunal des droits de la personne
RCS :	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
RDF :	Recueil de droit de la famille
R du B :	Revue du Barreau
RDUS :	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
RGD :	Revue générale de droit
RJQ :	Recueil de jurisprudence du Québec
RL :	Revue légale
RLRQ :	Recueil des lois et des règlements du Québec
RP :	Rapports de pratique du Québec
RRQ :	Règlements refondus du Québec
RSA :	Revised Statutes of Alberta
RSBC :	Revised Statutes of British Columbia
RSO :	Revised Statutes of Ontario
RTD civ :	Revue trimestrielle de droit civil
SA :	Saskatchewan Acts
SC :	Statutes of Canada
SCCA :	Supreme Court of Canada Application for Appeal
SFPBQ :	Service de la formation permanente du Barreau du Québec
SKQB :	Saskatchewan Court of Queen's Bench
SRC :	Statuts révisés du Canada
US CONST :	United States Constitution
WPATH :	World Professional Association for Transgender Health
YKSC :	Supreme Court of Yukon

*À ces personnes qui se sont battues et qui se battent
encore contre l'oppression de l'état civil au Québec.*

Remerciements

La réalisation de cette thèse n'aurait pas été possible sans le soutien indéfectible de nombreuses personnes. J'aimerais profiter de cet espace qui m'est offert pour les remercier chaleureusement. L'expression de ma profonde gratitude ira d'abord à celui qui a dirigé mes recherches, le doyen Jean-François Gaudreault-DesBiens. Ses conseils et encouragements ont su cultiver chez moi la volonté de repousser les frontières de l'excellence. J'espère vivement que ce manuscrit saura lui faire honneur. Je suis également redevable envers les professeures Sophie Morin, Diane Labrèche, Annie Pullen Sansfaçon, Marie-France Bureau ainsi que le professeur Alexandre Baril. Les discussions que nous avons eues sur divers aspects de cette thèse — et sur comment survivre à la thèse ! — auront été d'une inestimable valeur. Je m'en voudrais, également, de passer sous silence l'accueil m'ayant été réservé par les organismes Enfants Transgenres Canada, l'Aide aux trans du Québec, le Conseil québécois LGBT, l'OII Francophonie de même que le Centre de lutte contre l'oppression des genres, sans oublier les gens qui gravitent en leur sein. Merci d'avoir eu le courage et la patience de m'éduquer. Merci d'avoir partagé avec moi vos expériences et savoirs. Qu'il me soit permis, aussi, d'exprimer mes remerciements au Fonds de recherche Société et Culture ainsi qu'au Conseil de recherches en sciences humaines. Votre soutien financier m'a permis de survivre financièrement pendant ces années consacrées à la recherche et la rédaction. Sur une note plus intime, Simon, Mélodie, Émilie, Christopher et Françoise, je sais, vos oreilles, je les ai cassées. Merci d'avoir été si généreuses et généreux à mon égard. J'ignore sérieusement où j'en serais avec ce projet aujourd'hui si vous n'aviez pas été là. Je ne saurais, en terminant, exprimer adéquatement ce que je ressens à l'égard de ma famille, qui dès mon plus jeune âge, m'a transmis des valeurs de diversité, d'égalité et de solidarité. Jamais je ne pourrai honorer convenablement les sacrifices ayant été faits par mes parents, Suzanne et Sylvain, pour que je puisse aller au bout de mes projets. Merci de m'avoir accompagné et supporté tout au long de cette aventure – merci d'être toujours là quand j'ai besoin de vous. Tout ce qu'il y a de plus précieux, vous me l'avez offert. Jamais je ne pourrai vous donner autant. Sachez que j'en suis bien conscient.

*I never hated my penis; I hated that it made me a man—in my own eyes, and in the eyes of others.*¹

¹ Kate Bornstein, *Gender Outlaw: On Men, Women, and the Rest of Us*, New York; London, Routledge, 1994 à la p 47.

Introduction

*On ne naît pas femme : on le devient.*²

Le monde s'apprête à vivre les Jeux olympiques d'été. La ville de Rio de Janeiro en sera l'hôte³. Pour la première fois, les compétitions se dérouleront sur le continent sud-américain, mais à plusieurs égards, ces trente-et-unièmes olympiades s'inscriront dans la continuité. Des hommes, par exemple, affronteront d'autres hommes. Des femmes, quant à elles, se mesureront à d'autres femmes. Sauf à de rares exceptions, les épreuves ne seront pas mixtes⁴.

Aucun soulèvement de passions quant à cela n'est en vue. Une telle division des athlètes est généralement considérée comme appropriée⁵. C'est du moins ce qu'avance l'opinion publique.

² Simone de Beauvoir, *Le deuxième sexe*, 1, Paris, Gallimard, 2010 à la p 15.

³ L'annonce de ce choix a été faite le 2 octobre 2009. Les autres villes en lice étaient Chicago, Madrid et Tokyo. Voir Daphné Cameron, « Un choix historique et audacieux », *La Presse* (3 octobre 2009) A2.

⁴ Certaines disciplines comportent un élément de mixité. Sur le site web officiel de l'Équipe olympique canadienne de saut d'obstacles, on lit que « [c]omme pour les trois disciplines de sports équestres du programme olympique, la compétition comprend des épreuves individuelles et par équipe, et les hommes et les femmes s'affrontent sur un pied d'égalité. » À cet effet, voir « Sports équestres - Saut d'obstacles », en ligne : Site web officiel de l'Équipe olympique canadienne <<http://olympique.ca/sports/sports-equestres-saut-dobstacles/>> (consulté le 15 avril 2016). Certaines disciplines, comme le badminton et le tennis, comptent par ailleurs une catégorie « double mixte ». Les binômes qui s'affrontent sont ainsi composés d'un homme et d'une femme. Voir à cet effet « Badminton », en ligne : Site web officiel de l'Équipe olympique canadienne <<http://olympique.ca/sports/badminton/>> (consulté le 15 avril 2016); « Tennis », en ligne : Site web officiel de l'Équipe olympique canadienne <<http://olympique.ca/sports/tennis/>> (consulté le 15 avril 2016).

⁵ Des athlètes ont parfois remis en question cette classification. Par exemple, en 2012, la skieuse américaine Lindsay Vonn a souhaité concourir chez les hommes à l'occasion de la Coupe du monde de ski alpin. Sa demande a cependant été rejetée par la Fédération internationale de ski. « “[U]n skieur d'un sexe n'a pas le droit de participer à des courses de l'autre sexe, et il n'y aura pas d'exceptions faites aux règlements de la FIS” [...] », a-t-elle déclaré par voie de communiqué. La Fédération internationale de ski précisait néanmoins que cette décision n'empêchait pas l'athlète d'« envoyer une demande au comité d'organisation et au jury pour être ouverte [...] ». En assumant ce rôle, Lindsay Vonn, qui « voulait évaluer son niveau par rapport aux hommes », serait chronométrée sur la même piste que les hommes. Son temps, par contre, ne compterait pas au tableau de la compétition. À ce sujet, voir Le Monde.fr, « Ski : Lindsey Vonn privée de descente face aux hommes », *Le Monde* (4 novembre 2012), en ligne : Le Monde <http://www.lemonde.fr/sport/article/2012/11/04/lindsey-vonn-privée-de-descente-face-aux-hommes_1785433_3242.html> (consulté le 15 avril 2016); Agence France Presse, « Lindsey Vonn ne pourra défier

S'il en allait autrement, les compétitions ne seraient pas justes et équitables. La catégorisation cisgenre normative⁶ des athlètes en fonction d'un sexe — de *leur* sexe — paraît ainsi primordiale⁷, à ce point où la pertinence de sa mise en place relèverait de l'évidence.

L'intérêt pour cette répartition des participantes et participants aux épreuves renvoie, de dire Elsa Dorlin, à « toute une folie classificatrice »⁸, qui consiste à faire la distinction entre les athlètes qui sont de sexe mâle/masculin et ceux de sexe femelle/féminin. Comme les premiers auraient un avantage physique insurmontable sur les secondes, il importe de s'assurer qu'ils ne se fauillent pas dans la liste des participantes. Pour atteindre cet objectif, dans le milieu sportif, les athlètes de sexe femelle/féminin — seulement elles — sont soumises « à des pratiques de contrôle humiliantes »⁹, rien de moins, qui seraient menées pour garantir un déroulement des

les hommes », *La Presse* (3 novembre 2012), en ligne : La Presse <<http://www.lapresse.ca/sports/ski-et-surf/ski-alpin/201211/03/01-4590090-lindsey-vonn-ne-pourra-defier-les-hommes.php>> (consulté le 15 avril 2016).

⁶ J'emprunte à Alexandre Baril le concept de cisgenre normativité. Il permet de cibler la préférence accordée aux personnes cisgenres, c'est-à-dire celles ayant reçu à la naissance une mention de sexe conforme à leur identité de genre. Par rapport aux personnes transgenres, définies temporairement ici comme étant celles qui n'ont pas eu cette chance, les personnes cisgenres sont perçues comme ayant une légitimité plus grande. Elles bénéficient pour cela de certains privilèges, dont celui de bénéficier de normes juridiques et sociales favorables à leur égard.

Inspiré du concept d'hétéronormativité, je définis pour ma part la cis(genre)normativité comme la dimension normative du système dominant cisgenriste qui « [...] postule que les personnes qui s'accommodent du sexe et du genre assignés à leur naissance sont plus normales que les personnes qui décident de vivre dans un autre genre et qui effectuent des transitions de sexe » [...]. Ce système normatif dominant favorise les jugements négatifs, les discriminations et les violences envers les personnes trans, en plus d'occulter leurs expériences et leurs réalités [...].

Si la notion de cisnormativité est de plus en plus populaire dans le champ des études trans, elle n'a pas encore été employée pour les réalités transcapacitaires. Or l'établissement en norme dominante des identités cis* (cisexuelles, cisgenres, cispacitaires) m'amène à mettre de l'avant, en ce qui concerne les réalités transgenres et transsexuelles, le concept plus précis de cisgenre normativité, néologisme [...] référant à la normativité spécifique des identités *cisgenres* et *cisexuelles*, donc une normativité cis liée au genre des personnes.

Voir Alexandre Baril, *La normativité corporelle sous le bistouri: (re)penser l'intersectionnalité et les solidarités entre les études féministes, trans et sur le handicap à travers la transsexualité et la transcapacité*, thèse de doctorat en philosophie en études des femmes, Université d'Ottawa, 2013 à la p 397 (références omises).

⁷ Certaines chercheuses comme Anaïs Bohuon remettent en question la primordialité de cette catégorisation. À leur avis, l'égalité des chances qui est avancée comme justificatif est à toute fin pratique illusoire. C'est le sexisme dans le sport, pour ne nommer que cela, qui serait plutôt servi par cette répartition des athlètes. Voir Anaïs Bohuon, *Le test de féminité dans les compétitions sportives. Une histoire classée X?*, Donnamarie-Dontilly, Éditions iXe, 2012.

⁸ *Ibid* à la p 14 (préface d'Elsa Dorlin).

⁹ *Ibid* (préface d'Elsa Dorlin).

épreuves qui soit juste et équitable. Les hommes, eux, parce qu'ils détiendraient l'avantage physique insurmontable par les femmes, n'ont pas à se soumettre à de tels contrôles. Les femmes n'auraient aucun intérêt de s'inscrire chez les hommes...

Quoi qu'il en soit, faire la distinction entre les hommes et les femmes n'est pas une mince affaire. Ne serait-ce que dans une perspective biomédicale, le sexe est loin de relever de l'évidence. Par exemple, à l'entrée « sex », le *Dorland's Illustrated Medical Dictionary* nous apprend ce qui suit.

sex (seks) [L. *sexus*] 1. the distinction between male and female, found in most species of animals and plants, based on the type of gametes produced by the individual or the category into which the individual fits on the basis of that criterion. Ova are produced by the female and spermatozoa by the male; the union of these distinctive germ cells being the prerequisite for the production of a new individual in sexual reproduction. 2. see *gender identity*, under *identity*. 3. sexual intercourse. 4. to determine whether an individual is male or female.

chromosomal s. sex as determined by the sex chromosome constitution in somatic cells, in humans being the XX (female) or the XY (male) genotype, without regard to phenotypic manifestations; called also *genetic s.*

endocrinologic s. sex determined by gender-specific hormonal patterns. See also *phenotypic s.*

genetic s. chromosomal s.

genital s. phenotypic s.

gonadal s. that part of the phenotypic sex that is determined by the gonadal tissue present, whether ovarian or testicular.

morphological s. that part of phenotypic sex that is determined by the morphology of the external genitals.

nuclear s. the sex as determined on the basis of the presence or absence of chromatin in somatic cells, its presence normally indicating the XX (female) genotype, and its absence the XY (male) genotype.

phenotypic s., somatic s. the phenotypic manifestations of sex such as presence of genital organs and secondary sex characters, under endocrine influences; see also *endocrinologic s.*, *gonadal s.*, and *morphological s.*¹⁰

Dans la culture occidentale dominante, ce sexe ne peut être que mâle/masculin ou femelle/féminin. « On est ainsi une femme essentiellement parce que l'on n'est pas un homme, et pour échapper au monstrueux de l'inhumain »¹¹, affirme à cet égard la philosophe Valérie Daoust. Hommes et femmes, selon les canons de cette culture, sont répartis en fonction de leur configuration corporelle. Les hommes ont un pénis. Ils sont de sexe mâle/masculin. Les femmes ont une vulve. Elles sont de sexe femelle/féminin. Cette classification serait « biologique » ou « naturelle » selon les opinions largement véhiculées. Pourtant, comme on peut le constater d'un simple coup d'œil à l'entrée « sex » se trouvant dans le *Dorland's Illustrated Medical Dictionary*, ce socle « naturel » ou « biologique » sur lequel reposerait la différenciation sexuelle peut facilement être ébranlé. Ne serait-ce que dans cette perspective biomédicale, les chromosomes, les hormones, les gonades et le phénotype participeraient eux aussi à la qualification d'une personne comme étant de sexe mâle/masculin ou femelle/féminin. La présence d'un pénis ou d'une vulve ne suffirait donc pas.

En contexte sportif, l'évaluation du sexe des athlètes va bien au-delà de l'observation de leurs organes génitaux et de la compilation du résultat de l'analyse des composantes ayant été précédemment montrées. La définition de ce qu'est une « vraie femme » varie dans le propos

¹⁰ WA Newman Dorland, Philadelphia, Saunders, 2003, *sub verbo* « Dorland's Illustrated Medical Dictionary », *sub verbo* « sex ».

¹¹ Valérie Daoust, « Penser la démocratie : du différentialisme au postmodernisme. Considérations délibératives habermassiennes » dans Marie-France Bureau, dir, *Sexualité et démocratie : Perspectives multidisciplinaires francophones*, Sherbrooke, Éditions RDUS, 2009, 157 à la p 172.

des experts ayant des connaissances de pointe dans la discipline biomédicale¹² et à cet égard, le moins que l'on puisse dire, c'est que les données présentées dans l'ouvrage de Bohuon laissent pantois. La « vraie femme » qui est considérée comme telle par un expert ne le sera pas nécessairement aux yeux d'un autre. Souvent, il y a matière à discussion. Serait-ce parce que la distinction rigide entre les sexes « a[urait] beaucoup plus qu'une valeur taxinomique [...] »¹³ ? Celle-ci « montre[rait-elle] les grandes insuffisances du modèle binaire à propos d'une classification qui a pu passer pour l'archétype du modèle lui-même »¹⁴ ? Chose certaine, pour Elsa Dorlin, « les différentes conceptualisations du sexe, loin d'achever une fois pour toutes son histoire, ont chaque fois mis en crise la bicatégorisation sexuelle des corps. »¹⁵ Et ça, à Rio de Janeiro comme ailleurs dans le monde, les athlètes ne pourront y échapper. Malgré les ajustements ayant été faits dans les dernières années, la répartition des personnes dans les catégories « hommes » et « femmes » continuera de se présenter avec de nombreux problèmes. En dépit des débats et incertitudes, gageons que ce n'est pas demain la veille où le milieu sportif cessera d'être un « bastion de la bipolarisation des sexes »¹⁶.

L'intérêt pour la frontière qui sépare le sexe mâle/masculin du sexe femelle/féminin ne lui est cependant pas propre. L'État, aussi, voit un avantage dans cette classification cisgenre normative. Le « sexe », en effet, figure parmi les informations qui doivent tout juste après la naissance d'un enfant vivant et viable être communiquées au directeur de l'état civil¹⁷.

¹² Bohuon, *supra* note 7 aux pp 97-99.

¹³ Ces questions sont inspirées des affirmations du Tribunal des droits de la personne dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et ML c Maison des jeunes*, [1998] RJQ 2549 (TDP) au para 110 [ML]. À titre indicatif, cette affaire ne portait pas sur un cas de discrimination fondée sur le « sexe » dans le milieu sportif, mais plutôt sur celle que l'on peut rencontrer matière d'emploi.

¹⁴ *Ibid* (note omise).

¹⁵ Bohuon, *supra* note 7 à la p 21 (préface d'Elsa Dorlin).

¹⁶ *Ibid* à la p 23.

¹⁷ L'expression « état civil » renvoie à deux réalités. Celles-ci sont en relation étroite. La première de ces réalités consiste en l'« [e]nsemble des éléments que la loi prend en considération pour déterminer la situation d'une personne physique dans la société, eu égard à la jouissance et à l'exercice de ses droits civils. » Il s'agit, en d'autres termes, de la « situation juridique [d'une personne physique], [de] son statut, qui englobe l'ensemble des éléments auxquels la loi attache des effets de droit [...] ». Dans cette première acceptation, l'état civil est donc vu comme la réunion de plusieurs caractéristiques se rattachant à une personne, que la loi prend en considération pour déterminer

Autrement, le nouveau-né resterait asexué, ce qui est jugé comme inacceptable. Pour sortir l'enfant de cet état d'asexualité, un dispositif¹⁸, celui de détermination de la mention du sexe, est mis en place. Le professionnel de la santé qui assiste une personne à donner naissance se voit ainsi obligé de procéder, dans les plus brefs délais suivant la naissance, à l'identification du sexe sur le constat qu'il est tenu de dresser (article 111 al 2 CcQ). Idéalement, dans les trente jours qui suivent, les personnes qui sont appelées à rédiger la déclaration de naissance (articles 115 et 116 CcQ) doivent faire de même. Le directeur de l'état civil, lorsqu'il a en sa possession le constat et la déclaration de naissance, dresse l'acte de naissance de l'enfant visé¹⁹.

sa situation dans la société. Au sujet de cette première réalité, consulter Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, *sub verbo* « état civil »; Marcela Iacub, *L'empire du ventre : pour une autre histoire de la maternité*, coll Histoire de la pensée, Paris, Fayard, 2004 à la p 228. La deuxième réalité à laquelle renvoie l'expression « état civil » concerne le « mode de constatation des faits relatifs à l'état des personnes dans la société. » Il a pour but de « mettre à la disposition des intéressés un moyen commode de preuve de ces faits, soit pour en tirer des avantages juridiques, soit pour obtenir la prestation de services sociaux ou administratifs. » Ici, contrairement à ce qui en va pour la première réalité, l'attention est dirigée sur la finalité de l'état civil. Voir à ce sujet Comité de l'état civil, *Rapport sur l'état civil*, Montréal, Office de révision du Code civil, 1973 aux pp 3-5. À titre indicatif, depuis le 1^{er} janvier 1994, le directeur de l'état civil est le « seul officier de l'état civil » au Québec (article 103 al 1 CcQ).

¹⁸ Judith Revel, auteure du *Dictionnaire Foucault*, définit le « dispositif » de la façon suivante :

Le terme « dispositif » apparaît chez Foucault dans les années 1970 et désigne initialement les opérateurs matériels du pouvoir, c'est-à-dire des techniques, des stratégies et des formes d'assujettissement mises en place par le pouvoir. À partir du moment où l'analyse foucauldienne se concentre sur la question du pouvoir, le philosophe insiste sur l'importance de s'occuper non pas « de l'édifice juridique de la souveraineté, du côté des appareils d'État, du côté des idéologies qui l'accompagnent », mais des mécanismes de domination : c'est ce choix méthodologique qui engendre l'utilisation de la notion de « dispositifs ». Ceux-ci sont par définition de nature hétérogène : il s'agit tout autant de discours que de pratiques, d'institutions que de tactiques mouvantes : c'est ainsi que Foucault en arrivera à parler selon les cas de « dispositifs de pouvoir », de « dispositifs de savoir », de « dispositifs disciplinaires », de « dispositif de sexualité » etc.

Voir Judith Revel, *Dictionnaire Foucault*, Paris, Ellipses, 2008, *sub verbo* « Dispositif ». Avec les adaptations nécessaires, c'est également le sens que j'accorde au terme « dispositif » dans cette thèse. De ce fait, le « dispositif de détermination de la mention du sexe » comprend l'ensemble des techniques, des stratégies et des formes d'assujettissement, qu'elles soient juridiques ou non, mises en place par le pouvoir afin de procéder à l'insertion de toute personne dans l'une ou l'autre des deux seules catégories de sexe possibles. Le « dispositif de changement de la mention du sexe » fait aussi référence à cela, mais cette fois, c'est le changement de la mention du sexe qu'il vise.

¹⁹ L'acte de naissance est conservé au registre de l'état civil, qui est tenu en double exemplaire (article 105 CcQ) par le seul officier de l'état civil, en l'occurrence le directeur de l'état civil (article 103 CcQ). La tenue du registre de l'état civil s'explique par la nécessité de « mettre à la disposition des intéressés un moyen commode de preuve de ces faits [relatifs à l'état civil], soit pour en tirer des avantages juridiques, soit pour obtenir la prestation de services sociaux ou administratifs. » Voir Comité de l'état civil, *supra* note 17 aux pp 2-4. Par ailleurs, contrairement à une croyance largement répandue, cela ne signifie pas que le registre de l'état civil sert à des fins statistiques. L'Honorable Sylviane Borenstein le rappelait d'ailleurs dans la décision *Blainville (Ville de) c*

Ce dernier est dès lors officiellement reconnu comme un garçon ou une fille. Il cesse, de ce fait, d'être asexué face à l'État. Selon le cas, pour marquer sa position, la mention de sexe « M » (mâle/masculin) ou « F » (femelle/féminin) apparaît sur ses documents d'identité, à commencer, bien évidemment, par l'acte de naissance.

Jusqu'au 1^{er} avril 1978²⁰, sauf en cas d'« erreur »²¹, la législation québécoise ne prévoyait pas la possibilité d'obtenir le changement de cette mention. Elle ne contenait aucune procédure particulière destinée à permettre aux personnes de passer de la catégorie mâle/masculin (« M ») à femelle/féminin (« F ») et vice-versa. Pour autant, l'atteinte de ce résultat n'était pas impossible. En tout état de cause, deux véhicules procéduraux auraient pu, par extension, être mobilisés. Du moins, c'est ce qui se dégagait de la doctrine qui avait été produite à l'époque. Le premier des véhicules était proposé par le professeur Robert P Kouri. Il avançait que l'adoption d'un projet de loi d'intérêt privé permettrait d'atteindre ce qui était recherché.

Directeur de l'état civil : « l'intention du législateur en créant le registre de l'état civil et le Directeur de l'état civil, n'était pas d'en faire des instruments de statistiques. Il a pour cela créé le Bureau de la statistique », qui est aujourd'hui désigné comme l'Institut de la statistique du Québec. À ce sujet, consulter *Blainville (Ville de) c Directeur de l'état civil*, (1997), AZ-97021817 (Azimut) (CS) à la p 5 (PDF); *Loi sur l'Institut de la statistique du Québec*, RLRQ, c I-13.011. À titre indicatif, c'est le 14 octobre 1998 que le Bureau de la statistique a changé de nom, en vertu de la *Loi sur le Bureau de la statistique*, LRQ, c B-8, remplacée par la *Loi sur l'Institut de la statistique du Québec*, LQ 1998, c 44, art 1, entré en vigueur le 14 octobre 1998 (décret), (1998) 130 GO II, 5775. En outre, dans le *Rapport sur l'état civil*, cette volonté de faire une nette distinction entre les statistiques et l'état civil ressortait clairement.

Pour bien marquer la distinction entre ces constats destinés à l'état civil et les déclarations prescrites pour des fins statistiques, démographiques ou autres par divers services administratifs, il importe de souligner que les constats d'accouchement et de décès ne comportent que les données rigoureusement essentielles. Tous les autres renseignements requis des médecins le seront sur des formules supplémentaires et recevront un traitement séparé de la part des services administratifs concernés. Il s'agit notamment du service du Ministère des affaires sociales du Québec appelé Registre de la population (autrefois le Service de la démographie). Cet organisme recueille des données selon le modèle approximatif fourni par les Vital Statistics Acts des autres provinces canadiennes; il fonctionne depuis 1926.

Voir Comité de l'état civil, *supra* note 17 à la p 7 (note omise).

²⁰ *Loi modifiant la Loi du changement de nom*, LQ 1977, c 19, entrée en vigueur le 1er avril 1978 en vertu de l'article 12 de cette loi.

²¹ Par exemple, cette erreur surviendra lorsqu'une interprétation erronée des organes génitaux du nouveau-né aura été commise. Cette notion d'« erreur », très complexe dans le contexte qui nous occupe, fera l'objet d'une étude approfondie dans le quatrième chapitre de cette thèse.

Consequently, in the absence of new legislation it would appear that the present salvation of Quebec transsexuals would lie in recourse to private bills declaring a change of sex, even though ‘it is a fundamental principle ... that Parliament can do everything but make a woman a man and a man a woman.’²²

Le deuxième des véhicules était cette fois suggéré par Éthel Groffier. Selon cette professeure, le salut aurait été possible en ayant recours à l’action en réclamation d’état : « il est incontestable qu’au Québec, comme en France, [que] l’action à prendre serait une action en réclamation d’état ou en ‘réclamation de sexe’ ». ²³ Les personnes intéressées par une telle modification auraient donc eu à en faire la demande au tribunal. Cette option se présentait toutefois avec tout un lot de défis, ne serait-ce que d’ordres conceptuels. L’« action d’état », selon Hubert Reid, en est une « par laquelle le demandeur vise à établir une filiation dont il se croit privé à tort. »²⁴ Même en faisant les adaptations nécessaires, l’action d’état aurait-elle *incontestablement* été celle à prendre pour les personnes qui espéraient voir, sur leurs documents d’identité, un tel changement ? L’expression de doutes à cet égard me semble pour le moins appropriée...

Peu importe, selon mes recherches, de ces deux options, aucune n’a été mobilisée. Dans les faits, le changement de la mention du sexe n’avait pas lieu. Chez de nombreuses personnes, cela occasionnait des difficultés importantes²⁵. Vivre avec des pièces d’identité trompeuses exposait — et expose toujours — celles qui sont concernées à la discrimination et la violence²⁶. C’est

²² Robert P Kouri, « Comments on Transsexualism in the Province of Quebec » (1973) 4 RDUS 167 à la p 182 (note omise). Le ministre de la Justice de l’époque, Marc-André Bédard, croyait également en cette possibilité. Voir Assemblée nationale, *Journal des débats* (19 décembre 1977), 31^e lég, 2^e sess à la p 4977.

²³ Ethel Groffier, « De certains aspects juridiques du transsexualisme dans le droit québécois » (1975) 6 RDUS 114 à la p 132.

²⁴ Reid, *supra* note 17, *sub verbo* « Action en réclamation d’état ».

²⁵ Viviane Namaste, *C’était du spectacle! L’histoire des artistes transsexuelles à Montréal, 1955-1985*, Montréal & Kingston; London; Ithaca, McGill-Queen’s University Press, 2005.

²⁶ *Ibid*; Viviane K Namaste, *Invisible Lives : The Erasure of Transsexual and Transgendered People*, Chicago & London, University of Chicago Press, 2000. Les témoignages ayant été faits lors de l’étude de la *Loi modifiant le Code civil en matière d’état civil, de successions et de publicité des droits*, ainsi que du *Règlement modifiant le Règlement sur le changement de nom et d’autres qualités de l’état civil* permettent aussi d’arriver à cette conclusion. Voir à cet effet Commission des institutions, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d’état civil, de successions et de publicité des droits - Sommaire » (2013), en ligne : Assemblée nationale du Québec - Commission des institutions

d'ailleurs pour des motifs d'ordre humanitaire²⁷ que les parlementaires, à la fin des années 1970, ont jugé opportun d'adopter une procédure spécifique qui permettrait de corriger cette lacune concernant l'état civil. Pour mettre fin à cette situation malheureuse, le législateur a inséré dans la législation québécoise des dispositions qui prévoyaient la possibilité de demander à ce que la mention de sexe « M » (mâle/masculin) soit changée pour la mention de sexe « F » (femelle/féminin) et vice versa. L'adoption de cet ajout a eu lieu le 19 décembre 1977, mais ce n'est qu'à partir du 1^{er} avril 1978 que les personnes concernées ont pu en bénéficier²⁸.

Bien entendu, cette modification législative a porté atteinte à la rigidité de la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois. Cette atteinte, toutefois, restait fort limitée, dans la mesure où la série de conditions qui devait être remplie pour obtenir un tel changement n'avait pour effet d'ouvrir cette nouvelle possibilité identificatoire qu'à un nombre limité de personnes. Du 1^{er} avril 1978 au 31 décembre 1993, ces conditions ont pu être trouvées dans la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*²⁹ et le *Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*³⁰. À compter du 1^{er} janvier 1994, il a fallu se tourner vers le *Code civil du Québec*, le *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*³¹ et le *Tarif des droits relatifs aux actes de l'état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe*³². Aujourd'hui encore, ce sont ces instruments juridiques qui permettent d'en

<<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci/mandats/Mandat-32171/index.html>> (consulté le 18 novembre 2015); Commission des institutions, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres - Sommaire » (2015), en ligne : Assemblée nationale du Québec - Commission des institutions <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci/mandats/Mandat-32171/index.html>> (consulté le 18 novembre 2015).

²⁷ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

²⁸ *Loi modifiant la Loi du changement de nom*, *supra* note 20, art 12.

²⁹ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, LRQ, c C-10 (abrogée).

³⁰ *Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, RRQ 1981, c C-10, r 1.

³¹ *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, RLRQ, c CCQ, r 4.

³² *Tarif des droits relatifs aux actes de l'état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe*, RLRQ, c CCQ, r 10.

prendre connaissance. Nul ne peut donc obtenir le changement de la mention du sexe sans devoir au préalable se soumettre à une série de conditions.

Depuis le 1^{er} avril 1978, au Québec, des personnes peuvent donc obtenir la modification de leur rattachement à la catégorie sexuelle leur ayant été assignée à la naissance. Chez certains juristes civilistes, cela n'est pas sans causer un malaise. « Le droit s'emploie alors à travestir l'être, à donner le change, à se rendre complice d'une dénaturation de la réalité », s'objectait par exemple Jean-Louis Baudouin. C'est qu'un tel changement allait être inscrit sur l'acte de naissance de la personne concernée, « le plus important de tous »³³ les actes de l'état civil. Pour Jean-Louis Baudouin, porter atteinte à l'intégrité de ce document n'avait donc rien d'un geste anodin. Ni plus ni moins, cela revenait à faire « entorse à la vérité naturelle » :

S'agissant du transsexualisme, dire qui est qui n'est pas tâche facile. Le droit, lorsque l'apparence sexuelle ne correspond pas à la vérité biologique, chromosomique ou psychique de l'individu, doit faire ce que, traditionnellement selon l'adage, seul le Parlement anglais peut faire : dire qu'un homme est une femme. Le droit s'emploie alors à travestir l'être, à donner le change, à se rendre complice d'une dénaturation de la réalité.

[...]

L'entorse à la vérité naturelle ne touche en effet qu'un très petit nombre de personnes. Le droit, au nom de l'épanouissement des libertés individuelles, est donc tout à fait à l'aise d'opérer une désinformation, une mystification officielle réduite et contrôlée, un tour de prestidigitation, en sanctionnant la vérité de l'apparence sur la vérité de la nature, en institutionnalisant le mensonge pour contredire la vérité sexuée au nom de la vérité du vécu. Il nous propose un être d'illusion, un chevalier d'Éon moderne qui a perdu une référence symbolique d'importance. Pour la première fois, apparaît un phénomène important que l'on retrouve aussi et partout à propos des procréations assistées : le droit admet que

³³ Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 5^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2014 au para 376.

la vérité de la nature puisse être infléchie par l'initiative d'un acte de volonté individuel.³⁴

Selon le professeur, cette « initiative d'un acte de volonté individuel » faisait donc « entorse à la vérité naturelle [...] »³⁵. À cet égard, son propos rejoignait l'opinion qu'exprimait le Comité du nom des personnes de l'Office de révision du Code civil qui avait proposé, quelques années plus tôt, une modification législative allant dans le même sens : « [l]a législation proposée ne mentionne que la modification des apparences du sexe plutôt que du changement de sexe, car il est présentement scientifiquement impossible de changer le sexe d'une personne [...] »³⁶.

Les fondements sur lesquels s'appuient les raisonnements de Jean-Louis Baudouin et du Comité du nom des personnes de l'Office de révision du Code civil supposent la possibilité de découvrir une « vérité naturelle »³⁷ et l'opportunité de l'inscrire sur des documents d'état civil. Ils impliquent aussi qu'avant cette « initiative d'un acte de volonté individuel »³⁸, c'est bien la « vérité naturelle »³⁹ que l'on trouverait inscrite sur l'acte de naissance. Mais est-ce bien le cas, peut-on s'interroger, car sur cet acte, faut-il le rappeler, seules les mentions de sexe « M » (mâle/masculin) et « F » (femelle/féminin) sont permises. Or, comme l'explique Alexandre Baril, le binarisme sexuel que l'on trouve ancré dans la culture occidentale ne saurait offrir un témoignage fidèle de quelque « vérité naturelle »⁴⁰ que ce soit — à supposer qu'une telle vérité puisse exister. À tout le moins, dans les recherches menées jusqu'à présent en biologie, on ne

³⁴ Jean-Louis Baudouin, « La vérité et le droit des personnes: aspects nouveaux » (1987) 18 RGD 801 aux pp 805-806.

³⁵ *Ibid* à la p 806.

³⁶ Comité du nom des personnes, *Rapport sur le nom et l'identité physique de la personne humaine*, Montréal, Office de révision du Code civil, 1975 à la p 40, note 1.

³⁷ Baudouin, *supra* note 34 à la p 806.

³⁸ *Ibid*.

³⁹ *Ibid*.

⁴⁰ *Ibid*.

saurait trouver un sexe qui soit naturellement mâle/masculin ou femelle/féminin, la nature étant beaucoup plus complexe pour être répartie dans ces deux seules catégories.

Ces recherches en biologie [sur le sexe] mettent ainsi en lumière les choix contingents et arbitraires qui sont fait socialement, politiquement, médicalement et juridiquement pour déterminer ce qui constitue le sexe. Si la « nature » en elle-même n'offre pas une bipartition sexuelle, force est de constater que ce sont alors nos catégories sociales, politiques, juridiques, etc., qui créent les deux sexes.⁴¹

La classification binaire du sexe n'irait donc pas de soi. Des savoirs, notamment liés à la société, à la médecine et au droit, conditionneraient et imposeraient la lecture de ce dernier comme binaire. Pourtant, en doctrine, ce sexe, supposément traduit par les mentions de sexe « M » (mâle/masculin) et « F » (femelle/féminin), serait un témoignage fidèle de la « vérité naturelle »⁴²... Les juristes s'étant prononcés sur le sujet auraient-ils eu tort de le faire de cette façon ? Est-il possible que la vérité communiquée sur les documents d'état civil soit non pas naturelle, mais juridique ? Dans quelle mesure, le cas échéant ?

⁴¹ Baril, *supra* note 6 à la p 100. Pour consulter certaines des recherches en biologie ayant été menées sur le sujet, consulter Alice Domurat Dreger, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, Cambridge, MA; Londres, Angleterre, Harvard University Press, 1998; Suzanne J Kessler, *Lessons From The Intersexed*, New Brunswick, New Jersey, London, Rutgers University Press, 1998; Anne Fausto-Sterling, *Sexing the Body*, New York, Basic Books, 2000; Katrina Karkazis, *Fixing Sex. Intersex, Medical Authority and Lived Experience*, Durham and London, Duke University Press, 2008.

⁴² Baudouin, *supra* note 34 à la p 806.

D'entrée de jeu, un regard posé sur le traitement juridique que reçoivent les personnes intersex(u)és⁴³ et trans*⁴⁴ permet d'envisager sérieusement la possibilité d'une conception erronée chez les juristes. Les premières, d'un côté, ne font l'objet d'aucune reconnaissance en ce qui concerne leur état civil : « en droit, l'hermaphrodite n'existe pas »⁴⁵. Mais l'intersexualité ne concernerait-elle pas jusqu'à 4 % de la population selon les estimations⁴⁶ ? Les secondes,

⁴³ Dans cette thèse, à moins que le contexte n'invite à une compréhension différente, l'expression « personnes intersex(u)és » désignera à la fois les personnes intersexuées et les personnes intersexes.

L'expression « personnes intersexuées » désigne l'ensemble des personnes qui dérogent aux figures développementales normatives « homme » et « femme » créées par la médecine, et susceptibles d'être « corrigées » par celle-ci durant la tendre enfance ou à l'adolescence. L'expression ne fait pas référence à une position identitaire spécifique. Le terme « intersexe », par contre, renvoie à une position affirmée, généralement d'ordre politique. Il ne désigne pas forcément une identité de genre qui n'est ni masculine ni féminine, mais il peut le faire dans certains cas.

Voir Janik Bastien-Charlebois, « Femmes intersexes : sujet politique extrême du féminisme » (2014) 27:1 *Recherches féministes* 237 à la p 237, note 4. À titre indicatif, autrefois, ces personnes étaient qualifiées d'« hermaphrodites », un terme qui aujourd'hui est tombé en désuétude.

⁴⁴ Dans cette thèse, à moins que le contexte n'invite à une compréhension différente, par « personnes trans* », je considérerai que ce sont celles qui ne s'identifient pas à la catégorie de sexe à laquelle elle ont été rattachées à la naissance. Le mot « trans* » – avec un astérisque – est utilisé comme un terme parapluie. Il permet de viser tant les personnes transsexuelles, transgenres et *queers*, dans la mesure où elles ne s'identifient pas à la catégorie de sexe leur ayant été assignée à la naissance. Les personnes ne s'identifiant ni comme homme, ni comme femme – c'est-à-dire les personnes non binaires dans le genre – sont en outre pointées par ce terme. Il s'agit là d'un choix éditorial qui a été fait non pas pour imposer une identité à quiconque, mais pour faciliter la lecture du texte. À titre indicatif, une définition similaire a été adoptée dans Jean-Sébastien Sauvé, « Les oubliés du régime de catégorisation du sexe aux fins de l'état civil : regard sur la situation juridique des personnes intersexes et trans* » dans Vincent Caron et al, dir, *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, 165 à la p 165, note préliminaire. Par ailleurs, l'indication genrée précédant le terme trans* est toujours représentatif de l'identité de genre de la personne concernée et non du genre ayant été assigné à la naissance. Dans ce contexte, une « femme trans* » est une femme qui a été assignée de genre masculin à la naissance. Un « homme trans* » est quant à lui un homme qui a été assigné de genre féminin à la naissance. Cela, peu importe si le changement de la mention du sexe aux fins de l'état civil québécois a eu lieu, peu importe, également, l'apparence et la structure de ses organes génitaux.

⁴⁵ Roger Nerson et Jacqueline Rubellin-Devichi, « Personnes et droits de la famille » [1981] RTD civ 830 à la p 841. Cette affirmation est reprise dans Goubau, *supra* note 33 au para 284.

⁴⁶ Les chiffres avancés varient beaucoup. Chez certains, on parle de 0,1%. Chez d'autres, c'est plutôt 1,7%, voire de 4%. Les taux de prévalence avancés varient en fonction de la définition de l'intersexualité, laquelle n'est pas arrêtée. Voir Fausto-Sterling, *supra* note 41 aux pp 51-54; Cynthia Kraus et al, « Démédicaliser les corps, politiser les identités: convergences des luttes féministes et intersexes » (2008) 27:1 NQF 4 à la p 8; Karkazis, *supra* note 41 aux pp 22-26; The Senate, *Involuntary or coerced sterilisation of intersex people in Australia*, Canberra, Community Affairs, References Committee, 2013 aux paras 1.14 et s, en ligne : <http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Community_Affairs/Involuntary_Sterilisation/Sec_Report/~media/Committees/Senate/committee/clac_ctte/involuntary_sterilisation/second_report/report.a.shx> (consulté le 28 mai 2015).

d'un autre côté, n'ont jamais reçu autant d'attention médiatique dans les dernières années. En Amérique du Nord, le « *transgender tipping point* » aurait même été récemment atteint si l'on accepte de croire l'un des récents numéros du *Time Magazine*⁴⁷. Dans l'actualité, on a suivi la transition hautement médiatisée de Caitlyn Jenner⁴⁸. On s'est aussi grandement intéressé à l'incarcération de la lanceuse d'alerte Chelsea Manning⁴⁹. Au petit écran, des vedettes telles que Jazz Jennings (*I am Jazz*)⁵⁰ et Laverne Cox (*Orange is the New Black*)⁵¹ ont fait leur apparition. Des exemples parmi d'autres. Au Québec, on n'y échappe pas. De plus en plus, une sensibilité se dégage de la province. Dans les médias, un nombre de plus en plus élevé d'émissions et de

⁴⁷ « The Transgender Tipping Point - America's next civil rights frontier », *Time Magazine* (9 juin 2014).

⁴⁸ Au-delà de sa transition hautement médiatisée, Caitlyn Jenner est connue du petit écran américain pour jouer un rôle dans l'émission *Keeping Up With the Kardashians*, une émission de télé-réalité s'intéressant aux péripéties de la famille Kardashian. Les amatrices et amateurs de sport s'en souviennent surtout pour sa victoire, le 30 juillet 1976 lors des Jeux de Montréal, de l'épreuve du décathlon. Alors âgée de 26 ans, Caitlyn Jenner, qui évoluait alors sous un autre nom chez les hommes, établissait un record du monde. La transition de cette héroïne américaine (reconnue toutefois comme héros américain...) a ainsi fait grand bruit. Au nombre des publications en ayant traité, on note le *Vanity Fair*, qui lui a consacré une couverture. Pour de plus amples informations, consulter Buzz Bissinger, « Caitlyn Jenner: The Full Story », *Vanity Fair* (30 juin 2015), en ligne : <http://www.vanityfair.com/hollywood/2015/06/caitlyn-jenner-bruce-cover-annie-leibovitz> (consulté le 4 janvier 2016).

⁴⁹ En 2013, un tribunal militaire de Fort Meade, situé dans l'État du Maryland aux États-Unis, a condamné Chelsea Manning à une peine de 35 ans de prison pour avoir communiqué « plus de 470 000 rapports militaires classés secret-défense et 250 000 câbles diplomatiques à WikiLeaks. » Voir notamment Radio-Canada avec Agence France-Presse, Associated Press et Reuters, « Bradley Manning condamné à 35 ans de prison », *Radio-Canada* (21 août 2013), en ligne : <http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/international/2013/08/21/006-manning-peine-espionnage.shtml> (consulté le 2 janvier 2016). Peu de temps après la nouvelle de son incarcération, Chelsea Manning a fait un *coming out* dans les médias :

«Étant donné la manière dont je me sens depuis que je suis enfant, je veux commencer un traitement hormonal dès que possible. J'aimerais aussi qu'à partir d'aujourd'hui on m'appelle par mon nouveau prénom et que l'on utilise le pronom féminin pour parler de moi» [...]

Voir Radio-Canada avec Agence France-Presse et Reuters, « Bradley Manning se considère comme une femme », *Radio-Canada* (22 août 2013), en ligne : <http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/International/2013/08/22/004-bradley-manning-considere-femme.shtml> (consulté le 2 janvier 2016).

⁵⁰ L'émission *I am Jazz*, qui en est une de télé-réalité, est diffusée sur les ondes de TLC. Elle présente certains aspects de la vie de Jazz Jennings, une adolescente transgenre – c'est le terme qu'elle utilise (« *transgender* ») pour se décrire. Pour de plus amples informations, consulter « I am Jazz », en ligne : TLC <<http://www.tlc.com/tv-shows/i-am-jazz/>> (consulté le 2 janvier 2016).

⁵¹ La série *Orange is the New Black* est une exclusivité diffusée sur le média *Netflix*. Laverne Cox y joue le rôle de Sophia Burset, une détenue de l'établissement pénitentiaire de Litchfield. Pour de plus amples informations, consulter Jenji Kohan, *Orange Is The New Black*, Netflix, 2016.

reportages sont consacrés aux personnes trans*. La série *Je suis trans*, par exemple, a été diffusée sur une chaîne spécialisée⁵².

Dans divers milieux, qu'ils soient juridiques, judiciaires ou autres, on s'est de plus en plus intéressé aux droits de ces personnes. Certaines réformes législatives de grande envergure ont découlé de cet intérêt. Elles ont eu pour effet de faire entrer la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois dans une phase que je qualifierai d'anxiété et de mutation. La frontière étanche entre ce qui est considéré comme étant mâle/masculin (« M ») et femelle/féminin (« F ») s'est assouplie. Cela ne signifie pas que l'État s'est désintéressé de la classification sexuelle des personnes. Au contraire, par de multiples moyens, plutôt que de s'en défaire, tant bien que mal il l'a adapté, ce qui n'a pas été une mince affaire. En ce sens, les catégories sexuées restent, mais les critères de rattachement, eux, évoluent tantôt sensiblement, tantôt significativement. Au nombre de celles-ci on notera l'intégration, dans le *Code civil du Québec*, d'une disposition faisant en sorte que les changements de nom et de mention de sexe « ne peuvent en aucun cas être subordonnées à l'exigence que la personne ait subi quelque traitement médical ou intervention chirurgicale que ce soit. »⁵³ Au moins depuis le 1^{er} octobre 2015, cela veut donc dire qu'une personne ayant un pénis peut être légalement identifiée comme étant de sexe femelle/féminin (« F »). Une autre ayant une vulve peut voir la mention mâle/masculin (« M ») figurer sur les mêmes documents d'identité. L'évolution, à cet égard, est loin d'être banale.

En vertu des récentes normes juridiques ayant été adoptées puis mises en vigueur, le corps des personnes ne serait donc plus un incontournable en ce qui a trait à la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois. Mais posons la question : celui-ci a-t-il seulement déjà eu cette

⁵² « Je suis trans », en ligne : Moi & Cie <<http://tv.moietcie.ca/series/je-suis-trans/concept>> (consulté le 25 avril 2016).

⁵³ Article 71 al 2 CcQ, modifié par PL 35, *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, 40^e lég, 1^{ère} sess, Québec, 2013, art 3.

propriété ? Paraphrasant Judith Butler⁵⁴, se pourrait-il que nous étant efforcés de revenir au corps sexué, qui serait antérieur à la mention du sexe, nous ayons manqué de découvrir que le premier était lui-même entièrement sédimenté par le second ? Autrement dit, est-ce possible que le pouvoir juridique ayant mis de l'avant la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois ait préfiguré et limité les usages auxquels on a pu soumettre le corps sexué, celui-là que l'on a prétendu simplement représenter par une mention « M » (mâle/masculin) ou « F » (femelle/féminin) ? De surcroît, malgré l'évolution des normes applicables en cette matière, le pouvoir juridique continuerait-il d'agir de cette façon ? Telles sont les questions qui se trouvent au centre de cette thèse. En guise de réponse, au regard du droit applicable, trois hypothèses semblent pouvoir être avancées.

La première hypothèse suggère une réponse négative. Rien ne se trouverait au-devant du corps. Par défaut, il serait nécessairement — voire naturellement — sexué. Le corps serait donc le socle sur lequel reposerait le sexe. De ce fait, les dispositifs propres à la catégorisation du sexe permettraient de le recueillir. Par opposition aux hypothèses constructivistes, sur lesquelles je m'attarderai ci-après, celle-ci est essentialiste, dans la mesure où elle prétend à l'existence du corps sexué sans égard à toute intervention juridique. Ce corps sexué serait donc immuable, anhistorique, non juridique et préjuridique⁵⁵. Son existence, il la devrait à la nature et le pouvoir juridique n'aurait aucun rôle à jouer à cet égard.

⁵⁴ La citation originale peut être trouvée dans *Ces corps qui comptent : De la matérialité et des limites discursives du sexe*, où l'auteure affirmait :

Il se pourrait que, nous efforçant de revenir à la matière, définie comme antérieure au discours, pour fonder nos affirmations sur la différence sexuelle, nous découvrons finalement que la matière est elle-même entièrement sédimentée par des discours sur le sexe et la sexualité qui préfigurent et limitent les usages auxquels on peut soumettre ce terme.

Voir Judith Butler, *Ces corps qui comptent: de la matérialité et des limites discursives du sexe*, traduit par Charlotte Nordmann, Paris, Amsterdam, 2009 à la p 41.

⁵⁵ La formulation de cette hypothèse s'inspire directement de ce passage que l'on peut trouver dans l'ouvrage *Troubling Sex. Toward a Legal Theory of Sexual Integrity* :

Social essentialism understands sexuality as unchanging, ahistorical, and asocial or pre-social. Essentialists maintain that sexuality is a property of individuals and that it is without social determinants. For an essentialist, because it is understood as pre-social, the source of sexuality must be nature.

Nul besoin d'une analyse en profondeur pour se rendre compte du caractère peu plausible de cette hypothèse. D'un côté, on l'a vu précédemment, les corps ne sont pas toujours lus comme étant d'entrée de jeu mâle/masculin ou femelle/féminin. Certaines personnes naissent intersex(ué)es, une situation qui est étrangère à la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois : « en droit, l'hermaphrodite n'existe pas »⁵⁶. La vérité, aussi naturelle qu'elle puisse être, n'est pas juridiquement reconnue. Au moins dans ces situations, le droit jouerait donc un rôle. Préservant le modèle binaire de classification sexuelle, il fait lui-même « entorse à la vérité naturelle [...] »⁵⁷ sans qu'aucune volonté individuelle ne soit en cause. D'un autre côté, depuis le 19 décembre 1977, on trouve dans la législation québécoise une procédure de changement de la mention du sexe. Sous réserve des conditions applicables, une personne peut voir la mention qui lui a été assignée à la naissance changée pour une autre, au motif qu'elle offrirait un témoignage plus approprié de *son* sexe. Or, pour qu'un tel changement puisse être autorisé, une série de conditions, qui vont bien au-delà des différentes composantes du sexe ayant été présentées ci-dessus, doivent être remplies⁵⁸. Pensons par exemple à l'exigence d'avoir la citoyenneté canadienne (article 71 al 3 CcQ)... La « vérité naturelle »⁵⁹ ferait ainsi concurrence à d'autres impératifs, que l'on pourrait tout autant qualifier de vérités, et cela, même sur les documents censés témoigner seulement de la première. Considérant ce qui précède, la première hypothèse paraît en ce sens peu plausible.

Les remarques ayant été faites à son égard permettent cependant d'introduire la seconde hypothèse. En contexte de catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois, la « vérité

Voir Elaine Craig, *Troubling Sex. Toward a Legal Theory of Sexual Integrity*, Vancouver, UBC Press, 2012 à la p 16.

⁵⁶ Nerson et Rubellin-Devichi, *supra* note 45 à la p 841. Cette affirmation est reprise dans Goubau, *supra* note 33 au para 284.

⁵⁷ Baudouin, *supra* note 34 à la p 806.

⁵⁸ Dorland, *Dorland's Illustrated Medical Dictionary*, *supra* note 10, *sub verbo* « sex ».

⁵⁹ Baudouin, *supra* note 34 à la p 806.

naturelle »⁶⁰ qui se dégagerait du corps serait partiellement influencée par le pouvoir juridique propre à la détermination et au changement de la mention du sexe. Autrement dit, le pouvoir juridique sur la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois aurait un rôle à jouer dans l'identification des corps comme étant mâles/masculins ou femelles/féminins, mais au-delà de ce rôle, il se trouverait néanmoins une « vérité naturelle »⁶¹, qui guiderait l'assignation de l'une ou l'autre des mentions. L'hypothèse se présente ainsi à l'image du compromis. Elle reconnaît, d'un côté, le rôle joué par le pouvoir juridique dans la prise en considération des corps, mais elle admet, d'un autre côté, l'existence naturelle du sexe.

En doctrine, cette deuxième hypothèse jouit d'une grande popularité⁶². Les juristes ont compris que le sexe précédait la mention du sexe, que cette dernière était autrement dit la conséquence de la première. Le sexe, dans ce contexte, se présenterait toujours comme mâle/masculin ou femelle/féminin. Selon le cas, il conditionnerait l'assignation de la lettre « M » (mise pour mâle/masculin) ou « F » (mise pour femelle/féminin) sur l'acte de naissance de la personne concernée.

Cette hypothèse recoupe d'ailleurs la définition que donne au « sexe » le professeur Dominique Goubau dans son ouvrage *Le droit des personnes physiques*. Il explique en effet que le sexe se réfère à des composantes objectives, subjectives et sociales⁶³, mais que « c'est le sexe morphologique qui détermine, à la naissance, le sexe légal. »⁶⁴ En ce sens, parce qu'elle ne reconnaît pas le rôle que joue le pouvoir juridique dans la production du corps sexué, cette deuxième hypothèse rejoint la première. Le pouvoir juridique ne ferait encore une fois que

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Dorian Needham, « A Categorical Imperative? Questioning the Need for Sexual Classification in Québec » (2011) 52 C de D 71; Marie-France Bureau et Jean-Sébastien Sauvé, « Changement de la mention du sexe et état civil au Québec: critique d'une approche législative archaïque » (2011) 41 RDUS 1; Sauvé, *supra* note 44.

⁶³ Goubau, *supra* note 33 au para 285 (note omise).

⁶⁴ *Ibid* (note omise).

reconnaître une vérité de la nature, qui émanerait du « sexe morphologique »⁶⁵. Cependant, d'une certaine façon, la deuxième hypothèse se distancie de la première hypothèse puisqu'elle donne aux composantes juridiques un rôle à jouer dans la définition de la notion de sexe. Parmi les différentes composantes qui participent à la configuration de cette notion, c'est la vérité qui émanerait du « sexe morphologique »⁶⁶ qui guiderait le classement de toute personne dans l'une ou l'autre des deux seules catégories reconnues.

Ne serait-ce que pour cette raison, elle m'apparaît comme étant plus plausible que la première hypothèse, mais elle souffre aussi de certaines limites, qui peuvent être traduites par une question, jusqu'alors restée en suspens : qu'est-ce qui, juridiquement, rend le corps comme mâle/masculin ou femelle/féminin ? À ce jour, aucune réponse particulière n'a été avancée par les juristes au Québec. Ou, à tout le moins, ils ont jugé que cela se passait de commentaires. Ne serait-ce que de façon implicite, ils ont soutenu que le « sexe » se présentait comme une évidence — c'est de cette façon que j'interprète leur silence. Pourtant, comme le rappellent des auteures comme Anaïs Bohuon⁶⁷, Anne Fausto-Sterling⁶⁸, Suzanne Kessler⁶⁹ et Katrina Karkazis⁷⁰ dans leur ouvrage respectif, la qualification du corps comme mâle/masculin (« M ») et femelle/féminin (« F ») ne va pas de soi, même dans les champs de savoirs biomédicaux. Avant d'être répartis dans ces catégories, le corps et ses composantes doivent faire l'objet d'une interprétation sexualisante. Quel rôle ont-ils à jouer dans ce contexte ?

Les écrits de Judith Butler sont utiles pour réfléchir à cette question. Selon elle, le socle sur lequel la différenciation sexuelle repose ne saurait être trouvé dans la nature. Dans *Trouble dans*

⁶⁵ *Ibid* (note omise).

⁶⁶ *Ibid* (note omise).

⁶⁷ Bohuon, *supra* note 7.

⁶⁸ Fausto-Sterling, *supra* note 41.

⁶⁹ Kessler, *supra* note 41.

⁷⁰ Karkazis, *supra* note 41.

*le genre*⁷¹ la philosophe expliquait que la catégorie « femme/femmes », qui est si chère au sein du mouvement féministe, devait être remise en question. Elle affirmait que « [l]a théorie féministe a presque toujours tenu pour acquis qu'il existe une identité appréhendée à travers une catégorie de "femmes" »⁷², mais que « les conditions nécessaires pour être un sujet [femme] doivent d'abord être remplies pour que la représentation [en tant que membre de la catégorie femme] devienne possible. »⁷³ Judith Butler montrait alors que « les systèmes juridiques du pouvoir *produisent* les sujets qu'ils viennent ensuite à représenter »⁷⁴, ce qui faisait en sorte que « les sujets régulés par des structures sont, par le simple fait d'y être assujettis, formés, définis et reproduits conformément aux exigences de ces structures »⁷⁵.

Ces idées paraîtront peut-être familières à la classe juridique canadienne. Elle se souviendra probablement de l'affaire *Nixon*⁷⁶ qui s'est déroulée en Colombie-Britannique. Bien que cet épisode du feuilleton judiciaire canadien soit emblématique pour celles et ceux qui s'intéressent à l'égalité des sexes et des genres, un bref rappel des faits demeure approprié. Kimberley Nixon est une femme trans*⁷⁷. Dans les années quatre-vingt-dix, elle a subi une chirurgie de réassignation sexuelle, puis elle a obtenu le changement de la mention du sexe figurant à son acte de naissance⁷⁸. Des années plus tard, elle a présenté sa candidature pour agir à titre de bénévole à la Vancouver Rape Relief Society. C'est un organisme féministe sans but lucratif

⁷¹ Judith Butler, *Trouble dans le genre*, traduit par Cynthia Kraus, Paris, La Découverte, 2005. On notera, à titre indicatif, que cette idée traverse l'œuvre entière de la philosophe.

⁷² *Ibid* à la p 59.

⁷³ *Ibid* à la p 60.

⁷⁴ *Ibid* (note omise).

⁷⁵ *Ibid* à la p 61.

⁷⁶ *Vancouver Rape Relief Society v Nixon*, 2005 BCCA 601 [*Nixon*].

⁷⁷ *Ibid* au para 2. À titre indicatif, la décision qualifie Kimberley Nixon de « post-operative male-to-female transsexual woman. »

⁷⁸ *Ibid*.

ayant d'une part pour mandat d'offrir des services aux femmes victimes de violence masculine, d'autre part de lutter contre la violence faite aux femmes⁷⁹.

Au cours d'une formation à la Vancouver Rape Relief Society, Kimberley Nixon a été identifiée comme une personne qui n'a pas toujours été une femme⁸⁰. Elle a, pour cette raison, été expulsée⁸¹. En effet, de l'avis de la Vancouver Rape Relief Society, les femmes bénévoles y offrant des services doivent avoir subi l'oppression masculine depuis leur naissance⁸². Or, puisque Kimberley Nixon a d'abord été identifiée comme étant de sexe masculin, elle ne remplissait pas ce critère⁸³ : « all those it trains in peer counselling, share the same experience of being born and raised a female, which Ms. Nixon was not. »⁸⁴ Pour cette raison, de l'avis de l'organisme, Kimberley Nixon ne pouvait joindre le rang des bénévoles⁸⁵.

Une plainte pour discrimination fondée sur le sexe s'en est suivie. En première instance, le British Columbia Human Rights Tribunal y a fait droit⁸⁶. Cette décision a par la suite été infirmée par la British Columbia Supreme Court, qui siégeait alors en révision judiciaire⁸⁷. Kimberley Nixon s'est pourvue en appel. Il a été rejeté par la British Columbia Court of Appeal. Le statut d'organisme sans but lucratif de la Vancouver Rape Relief Society permettait à ce dernier de refuser sa candidature : « [t]he Society was entitled to exercise an internal preference in the group served, to prefer to train women who had never been treated as anything but

⁷⁹ *Ibid* au para 3.

⁸⁰ *Ibid* au para 4.

⁸¹ *Ibid*.

⁸² *Ibid*.

⁸³ *Ibid*.

⁸⁴ *Ibid* au para 7.

⁸⁵ *Ibid* au para 4.

⁸⁶ *Nixon v Vancouver Rape Relief Society (c.o.b Rape Relief and Women's Shelter)*, 2002 BCHRT 1.

⁸⁷ *Vancouver Rape Relief Society v Nixon*, 2003 BCSC 1936.

female », a écrit à cet effet le tribunal d'appel⁸⁸. En bout de piste, la Vancouver Rape Relief eut gain de cause⁸⁹ : légalement, elle pouvait se comporter de façon discriminatoire face à Kimberley Nixon et ainsi rejeter sa candidature comme bénévole.

Les raisonnements et conclusions qui ressortent de l'affaire Nixon sont critiquables à plusieurs égards⁹⁰, mais je préfère ne pas m'y attarder. Plutôt, je soulignerai que pour la première fois, une réflexion sur les membres de la catégorie « femme/femmes » s'est indirectement trouvée devant les tribunaux canadiens. Bien entendu, le contexte était étranger à celui de l'identification des personnes physiques⁹¹. Le débat judiciaire ne portait pas non plus sur la qualification du corps comme mâle/masculin ou femelle/féminin. N'empêche, la réflexion insufflée par l'affaire *Nixon* est porteuse, en ce sens qu'elle permet d'aborder l'épineuse question visant à savoir ce qui fait d'une femme une personne de sexe femelle/féminin. Elle nous offre la possibilité de *troubler* les frontières de cette catégorie « femme/femmes » qui sont trop peu souvent problématisées, ne serait-ce que dans le milieu juridique. Car au moins à cette occasion, l'œuvre du pouvoir juridique a pu être démasquée. Le sexe, a-t-on pu le constater dans l'arrêt *Nixon*, est une production du pouvoir juridique⁹², ce qui n'est pas sans rappeler ce qu'affirmait à cet égard la philosophe Judith Butler.

⁸⁸ *Vancouver Rape Relief Society v Nixon*, *supra* note 76 au para 59.

⁸⁹ À titre indicatif, l'autorisation d'appeler à la Cour suprême du Canada a été rejetée. Voir à cet effet *Vancouver Rape Relief Society v Nixon*, [2006] SCCA No. 365 (QL).

⁹⁰ Viviane Namaste, *Sex Change, Social Change: Reflections on Identity, Institutions, and Imperialism*, Toronto, Women's Press, 2005 aux pp 60 et s.

⁹¹ En Colombie-Britannique, cette identification a lieu en suivant les dispositions de la *Vital Statistics Act*, RSBC 1996, c 479. En outre, au Québec, le sens que reçoit le « sexe » dans la *Charte des droits et libertés de la personne* est différent de celui que l'on trouve dans le *Code civil du Québec*. À ce sujet, consulter notamment *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c C-12, art 10 [*Charte québécoise*]; *ML*, *supra* note 13; Sauvé, *supra* note 44; Jean-Sébastien Sauvé, « L'interdiction de discriminer les personnes trans* dans la Charte des droits et libertés de la personne (Charte québécoise) : 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 » (2015) 23 *Enfances Familles Générations* 108.

⁹² Par ailleurs, il est utile de noter que le sens qu'accorde la philosophe au mot « juridique » semble différent de celui qu'il reçoit généralement chez les juristes. L'extrait suivant permet de s'en convaincre.

La question du 'sujet' est d'une importance décisive en politique, et pour la politique féministe en particulier, parce que les sujets de droit sont continûment produits par le biais de certaines pratiques d'exclusion qui ne se 'voient' pas, une fois que la structure juridique du politique fait

Le pouvoir juridique "produit" incontestablement ce qu'il prétend simplement représenter ; c'est pourquoi la politique doit s'occuper de cette double fonction du pouvoir : juridique et productive. En effet, la loi produit l'idée d'un "sujet avant la loi", puis fait disparaître cette formation discursive avant de la convoquer à titre de prémisses fondatrices naturalisées pour légitimer en retour l'hégémonie régulatrice de cette même loi.⁹³

Cette réflexion pose ainsi la « possibilité qu'il n'y ait pas de sujet qui précède la 'loi' dans l'attente de se faire représenter dans ou par la loi. »⁹⁴ Au contraire, « [p]eut-être le sujet, tout comme l'invocation d'un 'avant', est-il érigé par la loi en fondement fictif de sa propre visée à la légitimité »⁹⁵. Pour être sexué, le corps d'une personne aurait donc besoin de la loi ; c'est elle qui en permettrait la sexualisation. Autrement dit, sans l'œuvre du pouvoir juridique, la personne ne pourrait être sexuée, puisqu'aucune caractéristique de cette personne n'aurait pour fonction de la rendre sexuée ou même personne par essence. Ce que propose Judith Butler présente un grand intérêt, ne serait-ce que parce que le feuilleton judiciaire canadien en présente au moins une illustration. Est-ce dire, pour autant, que des conclusions similaires pourraient être tirées de la catégorisation du sexe aux fins de l'état aux fins de l'état civil québécois ?

Pas si vite, répondraient certains. Ils pourraient y voir une négation de la matérialité, en ce sens où la philosophe refuserait de voir les caractéristiques corporelles permettant d'assigner l'une ou l'autre des mentions de sexe possible. En tout respect, cette remarque serait toutefois inappropriée, puisque ce n'est pas le résultat auquel conduit le propos de Judith Butler⁹⁶. Il n'incite qu'à une remise en question critique des conditions par lesquelles la qualification sexuée

loi. En d'autres termes, la construction politique du sujet se fait à des fins précises de légitimation et d'exclusion, et ces processus politiques se trouvent effectivement masqués et naturalisés par toute analyse politique qui les fonderait dans les structures juridiques.

Voir Butler, *supra* note 71 à la p 61.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid* à la p 62.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Baril, *supra* note 6 aux pp 128 et s; Butler, *supra* note 71; Butler, *supra* note 54; Sara Salih, *Judith Butler*, coll Routledge Critical Thinkers, London; New York, Routledge, 2007 aux pp 73 et s.

du corps des personnes s'avère possible. Le regard, pour ainsi dire, se dirige vers l'interprétation du corps et non sur le corps en tant que tel.

Si "le corps [...] est une situation", comme le dit Beauvoir, il n'est pas possible de recourir à un corps sans l'interpréter, sans que ce corps soit toujours déjà pris dans des significations culturelles ; c'est pourquoi le sexe ne saurait relever d'une facticité anatomique prédiscursive. En effet, on montrera que le sexe est, par définition, du genre de part en part.⁹⁷

Dans l'éventualité où Judith Butler aurait raison, le corps ne pourrait donc se montrer sans les significations qui en permettent la définition. Ce sont ces significations qui conditionneraient leur saisie, qui mèneraient dans le contexte qui nous occupe à l'identification de la personne concernée comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Ce seraient elles qui, encore, traceraient les limites de ce que l'on peut qualifier comme un corps. Le fondement de ces significations ne se trouverait pas par essence chez la personne, mais plutôt dans ce qui permettrait d'y accéder, c'est-à-dire le langage, qui est un produit de la culture. Pour être compris comme mâle/masculin ou femelle/féminin, le corps aurait ainsi besoin de la culture.

Dans tous les cas, on figure le corps comme un simple *instrument* ou un *véhicule* auxquels on attache un ensemble de significations culturelles qui leur sont externes. Mais le "corps" est lui-même une construction, comme l'est la myriade de "corps" qui constitue le domaine des sujets genrés. On ne peut pas dire que les corps ont une existence signifiante avant la marque du genre. D'où la question suivante : dans quelle mesure le corps vient-il à exister grâce au(x) marque(s) du genre ?⁹⁸

On note, dans l'extrait qui précède, que le corps se présente à la fois comme un signifiant et un signifié. Il ne peut, d'une part, exister sans les normes culturelles qui conditionnent sa matérialisation. Les *messages* qu'il transmet supposément ne peuvent, d'autre part, être décodés sans avoir recours aux normes culturelles. La boucle serait-elle bouclée ? Pas encore, répond la philosophe. Il faut s'interroger sur les conditions qui permettent de voir comme un signifiant le

⁹⁷ Butler, *supra* note 71 à la p 71 (note omise).

⁹⁸ *Ibid* aux pp 71-72.

corps, ce qui nous ramène à la culture et non à la nature, mais aussi à la matérialité du corps, qui reste quant à elle intacte. La réflexion, rappelons-le, ne porte pas sur la matérialité en elle-même, mais plutôt sur les conditions qui la rende possible. En d'autres termes, c'est la lecture du corps qui retient l'attention. Cette dernière ne saurait être qualifiée de neutre, encore moins de naturelle.

Je ne nie pas l'existence de certaines différences biologiques. Mais je me demande toujours à quelles conditions, discursives et institutionnelles, certaines différences biologiques — qui ne sont pas nécessaires, étant donné l'état anormal des corps dans le monde — deviennent les caractéristiques majeures du sexe.⁹⁹

L'existence matérielle des corps consiste donc en «une lecture interprétative, une herméneutique régie par la culture, imbibée de politique et éminemment normalisée.»¹⁰⁰ Autrement dit, le corps, en tout ou en partie, peut bien exister. Chez une personne, on peut certainement trouver un organe quelconque. Toutefois, ce corps ou cet organe est toujours abordé à l'aide d'un schème d'interprétation marqué par la culture, fût-il juridique. En ce sens, le pénis ne serait pas essentiellement masculin, tout comme la vulve ne serait pas essentiellement féminine. C'est à cause de la culture, et non nature, que le pénis continuerait d'être associé au masculin et la vulve au féminin¹⁰¹.

Par extension, dans le contexte qui nous occupe, ce serait à cause de la culture juridique que la mention de sexe mâle/masculin (« M ») continuerait d'être associée aux nouveau-nés ayant un pénis et la mention de sexe femelle/féminin (« F ») à celles qui ont une vulve. En tout ou en partie, le corps, pour cette raison, ne pourrait être considéré comme le socle sur lequel reposerait la différence sexuelle. Ce socle, on le trouverait plutôt dans la culture, puis dans la mesure où

⁹⁹ Judith Butler, *Humain, inhumain. Le travail critique des normes*, Paris, Amsterdam, 2005 à la p 19.

¹⁰⁰ Audrey Baril, « De la construction du genre à la construction du "sexe": les thèses féministes postmodernes dans l'oeuvre de Judith Butler » (2007) 20:2 *Recherches féministes* 61 à la p 67.

¹⁰¹ Pour aller plus loin, consulter Dean Spade, « About Purportedly Gendered Body Parts » (9 décembre 2013), en ligne : DeanSpade.net <<http://www.deanspade.net/wp-content/uploads/2011/02/Purportedly-Gendered-Body-Parts.pdf>> (consulté le 9 décembre 2013).

l'on s'intéresse particulièrement à la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois, dans la culture juridique.

Le corps posé comme antérieur au signe, est toujours *posé* ou *défini comme antérieur*. Cette définition a pour *effet* de produire le corps qu'elle prétend néanmoins et simultanément découvrir comme ce qui *précède* sa propre action. Si le corps défini comme antérieur à la signification est un effet de la signification, il devient intenable d'attribuer au langage un statut d'imitation ou de représentation, d'affirmer que les signes suivraient les corps et en seraient le miroir nécessaire. Au contraire, le langage est producteur, constitutif, voire, pourrait-on soutenir, *performatif*, dans la mesure où cet acte signifiant délimite et trace les contours du corps dont il prétend ensuite qu'il précède toute signification.¹⁰²

Jamais signifiants, les corps sexués seraient donc toujours déjà signifiés. Il n'y aurait donc rien de tel qu'un corps sexué qui vaudrait son existence à la nature. Pour autant que l'on en cherche le fondement, c'est vers la culture que l'on devrait se tourner.

La troisième hypothèse s'articule autour de cette idée. Le socle sur lequel reposerait la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois ne saurait être trouvé sur le corps ou à l'intérieur du corps des personnes visées par cette catégorisation, mais plutôt dans la culture juridique, qui se manifesterait par l'application d'une série de normes assurant l'assignation des mentions mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Pour cette raison, le corps serait toujours précédé par les normes juridiques qui assurent sa catégorisation. Sans ces dernières, aux fins de l'état civil québécois, il ne pourrait être considéré comme étant mâle/masculin ou femelle/féminin. Attribuer à la nature quelque pouvoir de sexualisation, aussi minime soit-il, serait donc un leurre. Conséquemment, le sujet sexué ne serait pas simplement représenté par les mentions mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Les normes qui encadrent l'assignation de l'une ou l'autre de ces mentions n'auraient ni plus ni moins pour effet de le façonner comme mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Le sexe serait donc une production du pouvoir juridique.

¹⁰² Butler, *supra* note 54 à la p 42 (note omise).

Trois hypothèses ont jusqu'à présent été soulevées. La première soutient que le sexe émanerait de la nature. La deuxième va dans le même sens, mais reconnaît un certain rôle au pouvoir juridique dans l'interprétation de cette nature. La troisième, quant à elle, n'attribue qu'au pouvoir juridique la vérité sur le sexe des personnes ; la constitution du sujet sexué ne serait assurée que par le pouvoir juridique. Des éléments extrajuridiques sont certainement considérés dans l'élaboration de cette vérité, mais la nécessité de les considérer, elle, serait entièrement attribuable au pouvoir juridique. Par essence, le sujet ne serait donc pas sexué ; il le deviendrait par l'exercice du pouvoir juridique. Jusqu'à un certain point et à différents degrés, ces hypothèses sont toutes plausibles. C'est la dernière, toutefois, qui semble le mieux expliquer la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois.

Afin d'y voir plus clair, une revue des dispositifs applicables à la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois sera entreprise. Pour ce faire, j'aurai recours à la généalogie critique, que j'appliquerai au sexe que l'on catégorise dans un contexte d'état civil au Québec. Ce faisant, je m'intéresserai à la sexualisation juridique des personnes, c'est-à-dire aux processus par lesquels elles en viennent à être identifiées comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »)¹⁰³. Fondamentalement, cette thèse se propose donc de répondre à la question visant à savoir quel est ce sexe qui fait l'objet d'une catégorisation aux fins de l'état civil québécois.

¹⁰³ Mon approche s'inspire de celle déployée par Judith Butler dans l'ensemble de son œuvre. Sur cette approche, Sara Salih explique ce qui suit :

A genealogical investigation into the constitution of the subject will assume that sex and gender are the *effects* rather than the causes of institutions, discourses and practices; in other words, you as a subject do not create or cause institutions, discourses and practices, but they create or cause you by determining your sex, sexuality and gender. Butler's genealogical analyses will focus on how the subject-effect, as she calls it, comes about, and she will also suggest that there are ways in which the subject might be 'effected' differently. If the subject is not just 'there' from the beginning (i.e. from the moment it is born), but *instituted* in specific contexts and at specific times (so that birth itself is a scene of subjectivation, an example Butler uses), then the subject may be instituted differently in ways that do not simply reinforce existing power structures.

Voir Salih, *supra* note 96 à la p 10.

Dans la réalisation de cette tâche, tant le positivisme juridique que la *Queer Legal Theory* me seront utiles. D'une part, à l'aide du positivisme juridique, je ferai la lumière sur les normes juridiques qui sont applicables à la catégorisation étudiée. D'autre part, en ayant recours à la *Queer Legal Theory*¹⁰⁴, je patrouillerai dans les frontières des catégories mâle/masculin (« M ») et femelle/féminin (« F »). Je chercherai alors à relever le *trouble* qui s'en dégage, le cas échéant, en adoptant un état d'esprit similaire à celui qu'exposait Adam P Romero dans l'un de ses textes.

For a queer theorist, it may not be enough to complicate our understandings of gender by, for instance, adding a category "transgender" to the mix. Queer politics and queer theory often seek a fluidity, volatility, or precariousness of sorts in order to achieve greater freedom and self-determination. Much queer politics and queer theory is therefore suspicious of identity politics, which tend to categorize and simplify experience.¹⁰⁵

Considérant la doctrine ayant été publiée jusqu'à présent, la démarche paraîtra novatrice. À ma connaissance, il s'agira de la première contribution du genre à être faite en droit civil francophone.

Le regard suspicieux que je jetterai à la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois m'amènera à remettre en question les postulats traditionnellement avancés dans la littérature juridique à propos du sexe et de la mention qui s'y rattache, en plus de débusquer, s'il en est,

¹⁰⁴ La *Queer Legal Theory* peut être vue comme une déclinaison de la *Queer Theory*. Cette dernière « is all about excess, pushing the boundaries of the possible, showing up a language and discursive categories more specifically for their inadequacies. » Voir Noreen Giffney, « Introduction: The "q" Word » dans Noreen Giffney, dir, *The Ashgate Research Companion to Queer Theory*, Farnham (R-U), Ashgate, 2009, 1 à la p 8. Comme l'explique Nikki Sullivan, toute tentative de définition de la *Queer Theory* est vouée à l'échec.

So what exactly is Queer Theory? What do we mean when we use the term queer? Is queer an attitude, an identity, a particular approach to politics? Rather than attempting to define what queer is – which, as we will come to see, would be a decidedly un-queer thing to do – the remainder of this chapter is dedicated to the examination of a number of, often contradictory, examples of the ways in which this term has been used by contemporary theorists and activists.

Voir Nikki Sullivan, *A Critical Introduction To Queer Theory*, Washington Square, New York University Press, 2003. Ces mots prononcés à l'égard de la *Queer Theory* peuvent aussi être appliqués à la *Queer Legal Theory*. Elle ne peut pas, non plus, faire l'objet d'une définition.

¹⁰⁵ Adam P Romero, « Methodological Descriptions: Feminist'' and Queer'' Legal Theories » dans Martha Albertson Fineman, Jack E Jackson et Adam P Romero, dir, *Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Farnham (R-U), Ashgate, 2009, 179 aux pp 190-191.

l'impact de la cisgenre normativité dans la création et l'articulation de ces concepts. Je pourrai de cette façon évaluer comment le pouvoir juridique agit sur la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois, comment il préfigure et limite les usages auxquels on peut soumettre le corps sexué, puis le cas échéant, déterminer la mesure de cette préconfiguration et limitation. En traitant de cette façon la « métaphysique de la substance »¹⁰⁶ enracinée dans le pouvoir juridique, ce n'est rien de moins que la vérité sur le sexe que je mettrai sous tension.

Avant de me lancer dans l'analyse commandée par ce projet de recherche, la mise en lumière de deux autres paramètres s'avère nécessaire. Le premier concerne l'époque étudiée. Mon intérêt se limite au fonctionnement de cette catégorisation tel qu'il avait lieu le 1^{er} juillet 2016. Il s'agit là de la date de fraîcheur des informations juridiques présentées dans cette thèse.

Le second paramètre concerne mon identité en tant que chercheur. Comme juriste, j'estime avoir la responsabilité de mettre mes connaissances et privilèges au service de la société et particulièrement des communautés touchées par les enjeux que j'étudie. C'est pour cette raison que pendant mes études doctorales je me suis impliqué dans les communautés intersex(ué)es, *queers* et *trans**. Aux côtés de ces dernières, animé par des valeurs profondes de diversité, d'égalité et de solidarité, j'ai milité pour la défense et la promotion de leurs droits et libertés. Dans les groupes activistes, j'ai créé des liens professionnels, mais aussi d'amitié. L'expérience de terrain que j'ai développée en m'impliquant avec eux a certainement influencé le regard que j'ai posé sur le sujet étudié dans cette thèse. Mon point de vue ne saurait être qualifié de neutre et objectif. Au contraire, il est celui d'un juriste hétérosexuel, cisgenre¹⁰⁷, allié des minorités sexuelles et de genre et particulièrement préoccupé par le sort juridique qui est réservé à ces dernières.

¹⁰⁶ Salih, *supra* note 96 aux pp 49-50.

¹⁰⁷ Cela veut dire que mon identité de genre est en harmonie avec la mention du sexe m'ayant été assignée à la naissance. En l'occurrence, l'assignation du genre mâle/masculin (« M ») que j'ai subie peu de temps après la naissance s'accorde avec mon identité de genre masculine. Pour plus d'informations au sujet du terme « cisgenre », consulter notamment Baril, *supra* note 6 aux pp 398-399.

Pour moi, l’affichage d’une telle position ne présente aucun problème. À l’instar de Maxime Cervulle dans sa préface à *Épistémologie du placard*, j’affirme avec vigueur l’absence de neutralité pour quiconque s’intéresse aux questions relatives au(x) sexe(s), au(x) genre(s) ainsi qu’au(x) sexualité(s).

Après l’épistémologie du placard, il faudrait donc analyser le placard de l’épistémologie straight et sa fâcheuse tendance à éluder le personnel au cœur du politique, quand elle ne va pas jusqu’à sacrifier subjectivité *et* politique au nom d’une sacro-sainte et improbable “objectivité” qui, à tous les coups, joue contre les minoritaires.¹⁰⁸

L’analyse que je propose dans cette thèse tient donc compte de ma subjectivité. Cela, jamais je ne m’en cacherais. Celles et ceux qui exprimeront un malaise à cet égard seront invités à considérer leur propre subjectivité et son impact sur la façon avec laquelle ils définissent le sexe en droit ou au-delà, en portant une attention particulière à ce qu’ils considèrent comme (a)normal ou (a)typique. Car s’il est une chose qui ne fait aucun doute, qui que nous soyons, nous avons tous déjà nos idées sur le sujet. Celles-ci peuvent s’inscrire ou non en harmonie avec les canons de la culture occidentale, qu’elle soit juridique ou non. Dans un cas comme dans l’autre, il n’y a rien de tel qu’un regard objectif posé sur le(s) sexe(s), le(s) genre(s) et le(s) sexualité(s) – du moins c’est une prémisse que je me permets d’avancer.

Ces remarques préliminaires ayant été faites, il ne me reste plus qu’à amorcer la livraison de mes réflexions, qui se déploie sur deux parties. Dans la première, je m’intéresserai à la détermination de la mention du sexe. Une revue des processus par lesquels tout enfant vivant et viable se voit assigner une mention de sexe peu de temps après sa naissance sera complétée. Le premier chapitre exposera la procédure générale qui est alors applicable. Le deuxième chapitre s’intéressera quant à lui à la procédure d’exception, c’est-à-dire celle qui est mise de l’avant lorsqu’un enfant présente des « caractères sexuels perçus comme ambigus selon les standards médicalement acceptés et appliqués notamment au Québec »¹⁰⁹. Dans la deuxième partie, je me pencherai sur la

¹⁰⁸ Eve Kosofsky Sedgwick, *Épistémologie du placard*, traduit par Maxime Cervulle, Paris, Amsterdam, 2008 à la p 16 (préface de Maxime Cervulle).

¹⁰⁹ Sauvé, *supra* note 44 à la p 170.

modification de la mention du sexe. Le troisième chapitre portera ainsi sur les conditions relatives au corps et à l'identité de genre, alors que ce sont les autres conditions applicables qui retiendront l'attention dans le quatrième chapitre. Au terme de cette thèse, j'arriverai à la conclusion selon laquelle le « sexe » n'est autre chose qu'une construction juridique. Ainsi, ne serait-ce qu'en contexte d'état civil au Québec, on ne naît pas femme, tout comme on ne naît pas homme : plutôt nous le devenons par l'action du pouvoir juridique¹¹⁰. Voilà ce que j'entends démontrer dans les quelques centaines de pages qui viennent.

¹¹⁰ Je paraphrase ici le célèbre « On ne naît pas femme, on le devient » de Simone de Beauvoir. Voir de Beauvoir, *supra* note 2 à la p 15.

PARTIE 1 | LA DÉTERMINATION DE LA MENTION DU SEXE

*I never hated my penis; I hated that it made me a man—in my own eyes, and in the eyes of others.*¹¹¹

Introduction de la première partie

Cette première partie s'intéresse à la détermination de la mention du sexe aux fins de l'état civil québécois. Traditionnellement, le sexe et la mention qui y est associée ont fait l'objet d'une distinction étanche. Ces deux notions, a-t-on semblé avancer au moins de façon implicite en doctrine, ne peuvent être considérées comme des synonymes¹¹².

Le sexe, d'une part, « fait incontestablement partie de l'état des personnes »¹¹³. Dans le *Code civil du Québec*, il se réfère à une série d'éléments qui se rattachent à la personne, nous dit par exemple le professeur Dominique Goubau.

Le Code civil ne définit pas le sexe. On s'entend cependant pour dire que sa définition ne répond pas à un critère unique mais à une combinaison de composantes dont certaines sont objectives (sexe anatomique ou morphologique, sexe génétique ou chromosomique, sexe hormonal), d'autres subjectives 'au nombre desquelles le sentiment intime d'appartenance sexuelle, élément psychique a sa place' (vécu personnel), sans compter la dimension sociale (vécu

¹¹¹ Bornstein, *supra* note 1 à la p 47.

¹¹² Sauvé, *supra* note 44 aux pp 167-168.

¹¹³ Goubau, *supra* note 33 au para 281 (note omise). Des auteurs, toutefois, ont remis en question le caractère incontestable de la présence du sexe au nombre des éléments de l'état des personnes. Voir Bureau et Sauvé, *supra* note 62 aux pp 32-33.

relationnel). En principe, tous ces éléments concordent, mais il peut y avoir dysharmonie entre certains de ces caractères sexuels. Lorsqu'il y a discordance entre les éléments objectifs et subjectifs, lorsque les facteurs anatomiques et génétiques indiquent un sexe déterminé qui est contredit par des facteurs psychosociaux, le droit s'alignera sur le psychisme, c'est-à-dire sur la conscience que le sujet a de son sexe. En ce sens, plutôt que de sexe, il serait préférable de parler d'identité sexuelle. Toutefois, c'est le sexe morphologique qui détermine, à la naissance, le sexe légal.¹¹⁴

Selon cette définition, le sexe répond donc « à une combinaison de composantes dont certaines sont objectives [...], d'autres subjectives, sans compter la dimension sociale »¹¹⁵. Le professeur explique que chacune de ces composantes, en théorie, sont jugées comme étant en harmonie, mais lorsque ce n'est pas le cas, « le droit s'alignera sur le psychisme, c'est-à-dire sur la conscience que le sujet a de son sexe »¹¹⁶. Comme nous le verrons ci-après, de sérieuses nuances doivent être apportées à cette affirmation.

La mention du sexe, d'autre part, ne figure pas au nombre des éléments de l'état des personnes. Elle indique que le sexe est mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). La mention du sexe se présente en ce sens comme la traduction culturelle du sexe¹¹⁷ : c'est la conclusion tirée d'un regard posé sur la « combinaison de composantes » à laquelle fait référence le professeur Goubau. Toutefois, lorsqu'il s'agit de déterminer celle qui apparaîtra sur l'acte de naissance, c'est vers le corps, en particulier à ce qui est apparent chez lui, que l'attention est dirigée : « c'est le sexe morphologique qui détermine, à la naissance, le sexe légal. »¹¹⁸

¹¹⁴ Goubau, *supra* note 33 au para 285 (note omise).

¹¹⁵ *Ibid* (note omise).

¹¹⁶ *Ibid* (note omise).

¹¹⁷ Sauvé, *supra* note 44 à la p 168. Dans cet article, l'attention était portée aux organes sexuels (génitaux) externes. J'y reviendrai dans le premier chapitre de cette thèse. Pour l'instant, il convient de s'intéresser au sexe, et non aux organes sexuels externes.

¹¹⁸ Goubau, *supra* note 33 au para 285 (note omise).

Cette première partie s'intéresse à ce dispositif par lequel les personnes sont initialement identifiées comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Dans le premier chapitre, une présentation du processus menant généralement à cette identification sera complétée. Nous y verrons que ce dernier suppose que le corps a des vertus communicatrices, en ce sens qu'il peut témoigner de son sexe, sans que le pouvoir juridique n'ait à intervenir. Cette supposition, toutefois, amène davantage de questions que de réponses, ne serait-ce que dans ces cas où les vertus communicatrices associées au corps sont considérées comme défailtantes. Lorsque des enfants naissent avec cette condition, c'est-à-dire lorsque leur corps ne peut d'emblée être lu comme étant mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »), un processus exceptionnel est mis de l'avant, l'objectif étant de déterminer laquelle des deux mentions doit être assignée. Face à l'ambiguïté, en effet, le droit ne manifeste pas d'hésitation.

Il existe des anomalies qui affectent certaines composantes du sexe ; une personne peut réunir les éléments masculin et féminin, qu'il s'agisse de la composante anatomique ou même de la composante génétique. On parle alors d'intersexualité physique, qu'on oppose à l'intersexualité psychique, où seule la représentation subjective que l'individu se fait de son sexe est en cause et où le sujet ne présente aucune anomalie. Dans certains cas, un traitement médical ou chirurgical permettra de lever l'ambiguïté. C'est le cas notamment des malformations congénitales. Dans la mesure cependant où le sexe génétique aura été déterminé à la naissance, cela n'affecte pas l'état civil. Advenant l'hypothèse où une imperfection initiale de l'anatomie a été interprétée à la naissance dans un sens que vient démentir un événement ultérieur, il faudra procéder à la rectification de l'état civil.¹¹⁹

L'extrait qui précède attire l'attention du lectorat sur l'existence de ces personnes qui naissent avec des « anomalies qui affectent certaines composantes du sexe »¹²⁰. Lorsque ces situations surviennent, comme nous le verrons dans le deuxième chapitre, la personne ne peut être identifiée autrement que de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») : « en droit,

¹¹⁹ *Ibid* au para 287 (note omise).

¹²⁰ *Ibid*.

l'hermaphrodite n'existe pas »¹²¹. Le droit ne retient donc pas l'opinion de Morgan Holmes, qui affirme, lorsque ces naissances surviennent, que « [t]he fact that they [intersexed genitalia] are neither male nor female makes them clearly intersexed rather than confused or incomprehensible »¹²². L'état civil québécois n'a que faire de l'intersexualité. Une mention de sexe doit être assignée à ces personnes. Elle ne peut qu'être mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »).

¹²¹ Nerson et Rubellin-Devichi, *supra* note 45 à la p 841. Cette affirmation est reprise dans Goubau, *supra* note 33 au para 284.

¹²² Morgan Holmes, *Intersex: A Perilous Difference*, Cranburry, Associated University Press, 2008 aux pp 32-33.

Chapitre 1 | Le processus menant généralement à la détermination de la mention du sexe

Introduction

Kathy Witterick et David Stocker forment un couple. Ils ont trois enfants. Le plus vieux est Jazz, le benjamin Kio et le cadet Storm. De l'aveu des parents, les organes génitaux de Storm ne présentent aucune ambiguïté. Malgré cela, Kathy Witterick et David Stocker ont décidé de taire le nom associé à ces derniers : « [w]e've decided not to share Storm's sex for now — a tribute to freedom and choice in place of limitation, a stand up to what the world could become in Storm's lifetime (a more progressive place ? ...) »¹²³.

Selon les informations qui ont été rapportées, quelques personnes, sept plus précisément, connaissent le nom associé aux organes génitaux de Storm. Du nombre, on compte Kathy et David, évidemment, mais aussi les frères de Storm, un ami proche de la famille et les deux sages-femmes qui ont assisté Kathy lors de l'accouchement.

À l'égard de toute autre personne, l'information est tenue secrète. David Stocker s'explique: « “[i]f you really want to get to know someone, you don't ask what's between their legs” »¹²⁴. Et Kathy Witterick d'ajouter: « “[i]n fact, in not telling the gender of my precious baby, I am

¹²³ Jayme Poisson, « Parents keep child's gender secret », *Toronto Star* (21 mai 2011), en ligne : Toronto Star <http://www.thestar.com/life/parent/2011/05/21/parents_keep_childs_gender_secret.html>.

¹²⁴ *Ibid.*

saying to the world, ‘Please can you just let Storm discover for him/herself what s (he) wants to be?!.’ »¹²⁵

Face à ces agissements, de toute part, les commentaires ont fusé. Plusieurs se sont inquiétés du danger que pouvait présenter une telle façon d’élever son enfant. Le sujet a semblé si important qu’il est parvenu à se hisser dans les manchettes du *Toronto Star* en 2011¹²⁶. Pourtant, Kathy Witterick et David Stocker ne sont pas les seuls à défendre de telles idées. Leur pensée s’inscrit dans un courant de plus grande envergure, qui dépasse largement les frontières de l’Ontario¹²⁷.

Jusqu’à un certain point, au Québec, des parents seraient autorisés à défendre la position de Kathy Witterick et David Stocker. Cependant, face au Gouvernement, ils ne pourraient cacher l’information autrement tenue secrète. Peu de temps après la naissance, aux fins de l’état civil, le sexe de leur enfant vivant et viable, fondé en partie sur une interprétation de l’apparence et de la structure des organes génitaux, devrait faire l’objet d’une divulgation. Cela veut donc dire qu’en dépit de l’espace de liberté revendiqué par ses parents, les doutes du Gouvernement à l’égard des organes génitaux de l’enfant seraient dissipés. Par le fait même, il perdrait son statut d’être asexué. Conséquemment, plus tôt que tard, l’enfant concerné serait reconnu comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») et ce peu importe les idées qui sont défendues par ses parents et lui-même plus tard, le cas échéant.

Dans ce chapitre, je m’intéresserai à ce processus par lequel tout enfant né vivant et viable perd son statut d’être asexué face au Gouvernement. Pour ce faire, j’étudierai chacune des étapes devant être franchies pour qu’une mention de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ À titre indicatif, à l’aide d’une terminologie similaire, cette histoire a été présentée dans Sauvé, *supra* note 44 à la p 167.

¹²⁷ Par exemple, certaines écoles, en Suède, font de ces idéaux le créneau de leur enseignement. Voir notamment Anna Leach, « “It’s all about democracy”: inside gender neutral schools in Sweden », *The Guardian* (2 février 2016), en ligne : [The Guardian <http://www.theguardian.com/teacher-network/2016/feb/02/swedish-schools-gender-alien-concept>](http://www.theguardian.com/teacher-network/2016/feb/02/swedish-schools-gender-alien-concept) (consulté le 7 avril 2016).

(« F ») soit assignée à l'enfant. Ce faisant, je remettrai non seulement en question l'idée selon laquelle cette mention témoignerait du sexe de l'enfant, mais aussi celle voulant que la décision quant à cette mention émanerait naturellement du corps de ce dernier. Malgré les vertus communicatrices associées à ce dernier, qui jusqu'à présent ont trouvé un écho favorable chez les rares juristes s'étant penchés sur le sujet, je montrerai en quoi l'identification de l'enfant comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») est plutôt fondée sur un amalgame juridique entre le sexe et la mention qui y est associée. Autrement dit, je soutiendrai dans ce chapitre que les vertus communicatrices attribuées au corps ne sauraient résister à l'analyse. La détermination de la mention du sexe n'est pas fondée sur un témoignage qu'offrirait le corps, mais plutôt sur un subtil arrangement des concepts de sexe et de mention du sexe, dont les contours sont définis par le pouvoir juridique.

1. L'identification du nouveau-né comme prétexte

Toute naissance se déroulant au Québec doit être documentée. Cette documentation se fait conformément à deux objectifs. Le premier concerne le besoin de tenir des statistiques. C'est ainsi qu'une série d'informations est transmise à l'Institut de la statistique du Québec¹²⁸. Le deuxième vise plutôt la nécessité d'identifier le nouveau-né. D'autres informations, parfois similaires à celles reçues par l'Institut de la statistique du Québec, sont envoyées au directeur de l'état civil. Si les deux institutions en viennent à connaître le sexe du nouveau-né¹²⁹, la catégorisation du sexe qui retient mon attention dans cette thèse est exclusivement celle qui a lieu aux fins de l'état civil québécois. C'est pourquoi je ne m'attarderai pas plus à la collecte de statistiques.

¹²⁸ Voir, en ce qui concerne les statistiques recueillies sur le nouveau-né, *Loi sur la santé publique*, RLRQ, c S-2.2, art 44; *Règlement d'application de la Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes et des tissus et la disposition des cadavres*, RRQ 1981, c P-35, r 1, art 3.

¹²⁹ *Règlement d'application de la Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes et des tissus et la disposition des cadavres*, *supra* note 128, Annexe 1. Au passage, il est intéressant de noter la possibilité que le sexe soit « indéterminé », ce qui ne peut être en matière d'état civil au Québec.

Pour autant qu'il naisse vivant et viable¹³⁰, le nouveau-né acquiert la personnalité juridique, « un attribut fondamental de l'être humain. Elle [la personnalité juridique] est une condition de l'autonomie et de l'égalité formelle des individus dans notre société. »¹³¹ Tout être humain la possède (article 1 CcQ)¹³². La personnalité juridique mène à la pleine jouissance des droits civils (article 1 CcQ)¹³³, sans conduire, pour autant, à la pleine capacité de les exercer. Car s'il est vrai, selon le premier alinéa de l'article 4 du *Code civil du Québec*, que « [t]oute personne est apte à exercer pleinement ses droits civils », il est aussi vrai, selon le deuxième alinéa du même article, que « [d]ans certains cas, la loi prévoit un régime de représentation ou d'assistance. » Cela survient notamment lorsque la personne concernée est âgée de moins de 18 ans, c'est-à-dire lorsqu'elle est mineure (article 153 CcQ).

La loi reconnaît donc aux possesseurs de la personnalité juridique une série de droits civils. Pour « exercer efficacement les droits et recours qui lui sont reconnus par la loi », l'enfant né vivant et viable ne peut rester anonyme face au Gouvernement. Il doit faire l'objet d'une identification. Cela, Renée Joyal l'explique bien dans la troisième édition de son *Précis de droit des jeunes*.

Afin de pouvoir exercer efficacement les droits et recours qui lui sont reconnus par la loi, l'enfant doit d'abord être clairement identifié dans l'espace et dans le temps et son existence en tant que personne doit être officiellement constatée.¹³⁴

¹³⁰ Goubau, *supra* note 33 au para 9.

¹³¹ *Ibid* au para 7.

¹³² Cet article doit être lu conjointement avec un autre, c'est-à-dire *Charte québécoise*, *supra* note 91, art 1 al 2. Les dispositions précitées ne permettent cependant pas de qualifier d'« être humain » un fœtus, un mort-né ou enore un enfant né vivant mais non viable. Voir notamment *Tremblay c Daigle*, [1989] 2 RCS 530 à la p 563; Goubau, *supra* note 33 au para 6; Robert P Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 3^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2012 au para 98 et s.

¹³³ Il s'agit là d'une affirmation qui sera nuancée au moment d'aborder les conditions en vertu desquelles une personne peut obtenir le changement de la mention du sexe.

¹³⁴ Renée Joyal, *Précis de droit des jeunes*, 3^e éd, t 1, Cowansville, Yvon Blais, 1999 à la p 18.

Pour ce faire, chaque fois qu'une naissance a lieu au Québec, un processus s'enclenche, au terme duquel un acte de naissance est dressé. Celui-ci comporte une série d'informations empêchant tout anonymat. De fait, il permet d'établir la *vérité* sur l'identité de la personne concernée. Avant toutefois qu'un acte de naissance soit dressé, un constat de naissance et une déclaration de naissance doivent être dûment complétés et envoyés au directeur de l'état civil. Ce qui suit permet d'y voir plus clair.

1.1. Le constat de naissance

La naissance d'un nouveau-né vivant et viable emporte l'obligation, pour l'accoucheur, de dresser un constat de naissance¹³⁵. C'est un document qui a pour but de constater, comme son nom l'indique, la naissance de l'enfant. La Cour d'appel du Québec, dans un récent arrêt, le décrivait d'ailleurs comme « un outil à l'usage de ceux qui déclareront la filiation (une preuve corroborative) et du Directeur de l'état civil auprès de qui de telles déclarations seront faites. »¹³⁶ Sa rédaction lance le processus identificatoire, sans toutefois le compléter¹³⁷. Tout au plus elle permet d'« attester qu'un enfant de tel sexe est né de telle femme, à tel moment, à tel endroit : il s'agira donc d'un témoignage partiel » de la naissance ayant eu lieu¹³⁸.

Bien qu'incomplet, ce témoignage comprend plusieurs informations. Celles-ci sont déterminées par les articles 110 et 111 du *Code civil du Québec*, mais aussi par l'article 1 du *Règlement*

¹³⁵ L'avortement et la mortinaissance n'emportent pas cette obligation. Au passage, notons que dans certains cas, la mortinaissance devra être communiquée à l'Institut de la statistique du Québec. Voir *Loi sur la santé publique*, *supra* note 128, art 44; *Règlement d'application de la Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes et des tissus et la disposition des cadavres*, *supra* note 128, art 3, 9.

¹³⁶ *Adoption - 161*, 2016 QCCA 16 au para 61.

¹³⁷ *Ibid* au para 63.

¹³⁸ Jean Pineau, « De certains éléments relatifs à l'état des personnes, du registre et des actes de l'état civil » (1988) 1 CP du N 101 au para 21; Goubau, *supra* note 33 au para 376.

*relatif à la tenue et à la publicité du registre de l'état civil*¹³⁹. D'une part, les articles 110 et 111 du *Code civil du Québec* se lisent comme suit :

110. Les constats et les déclarations énoncent la date où ils sont faits, les nom, qualité et domicile de leur auteur et ils portent sa signature.

(je souligne)

111. L'accoucheur dresse le constat de la naissance.

Le constat énonce les lieu, date et heure de la naissance, le sexe de l'enfant, de même que le nom et le domicile de la mère.

(je souligne)

D'autre part, l'article 1 du règlement ayant été mentionné ci-dessus prévoit :

1. Le constat de naissance énonce, en outre des renseignements exigés par les articles 110 et 111 du Code civil, les mentions additionnelles suivantes :

1 ° le numéro de code de l'établissement où est survenue la naissance, le cas échéant ;

2 ° le lieu de naissance de la mère ;

3 ° le numéro du permis d'exercice du médecin qui a procédé à l'accouchement, le cas échéant.

(je souligne)

¹³⁹ *Règlement relatif à la tenue et à la publicité du registre de l'état civil*, RLRQ, c CCQ, r 11, art 1.

Les articles précités permettent de cibler les informations devant se trouver sur le constat de naissance. Ils reflètent le « témoignage partiel » auquel faisait référence le professeur Pineau¹⁴⁰. L'un de ces derniers révèle l'identité de la personne chargée de dresser le constat de naissance. L'article 111 al 1 du *Code civil du Québec*, en effet, affirme que c'est à l'accoucheur que revient la tâche. Ce terme — accoucheur — réfère à « une personne qui est autorisée légalement à pratiquer des accouchements. Il s'agit en général d'un médecin ou d'une sage-femme. »¹⁴¹ Puisque l'accoucheur est le « témoin actif et oculaire [...] »¹⁴² de la naissance, il est considéré par le professeur Pineau comme étant « la personne la mieux placée pour donner une information [...] » relative à cette naissance¹⁴³. Sur le terrain, il ne faudra toutefois pas s'étonner que la tâche soit déléguée, au moins en partie, à une autre personne, une infirmière par exemple. Dans tous les cas, si un accoucheur prête mainforte à la naissance du nouveau-né, c'est à cet accoucheur que reviendra l'obligation de signer le constat de naissance. C'est donc dire qu'une personne ne pouvant être qualifiée d'accoucheur peut préparer le constat de naissance, en notant, par exemple, les informations devant y figurer, mais sous aucun prétexte est-elle autorisée à le signer à la place de l'accoucheur¹⁴⁴ : c'est à lui seul que le dernier mot revient.

Une fois rédigé, le constat de naissance est remis « sans délai » à ceux qui doivent déclarer la naissance de l'enfant ainsi qu'au directeur de l'état civil (article 112 CcQ). Or, un certain flou

¹⁴⁰ Pineau, *supra* note 138 au para 21.

¹⁴¹ Directeur de l'état civil, *Directive de l'état civil - Absence d'un constat de naissance signé par un médecin ou une sage-femme*, DEC - CCQ - 111-1, 4 avril 2011, art 3, en ligne : <http://www.etatcivil.gouv.qc.ca/publications/DIR-B%20Absence%20de%20constat%20de%20naissance_07-10-11FINAL.pdf> (consulté le 3 avril 2014). Notons également qu'en vertu du quatrième article de cette directive, la personne qui signe le constat de naissance ne peut être le père ou la mère du nouveau-né.

¹⁴² Goubau, *supra* note 33 au para 376.

¹⁴³ Pineau, *supra* note 138 au para 21.

¹⁴⁴ Lorsque la naissance a lieu sans l'aide d'« une personne qui est autorisée légalement à pratiquer des accouchements », aucun constat de naissance ne peut être dressé. Selon les termes de la *Directive de l'état civil - Absence d'un constat de naissance signé par un médecin ou une sage-femme*, « le parent » devra faire parvenir au directeur de l'état civil une série de documents destinés à pallier l'absence de constat de naissance. Ceux-ci comprendront une multitude d'informations sur les circonstances de sa naissance, sans oublier la multitude d'informations à son sujet. Son sexe, notamment, ne pourra être gardé secret. Voir *Directive de l'état civil - Absence d'un constat de naissance signé par un médecin ou une sage-femme*, *supra* note 141, art 3, 5-6.

affecte les termes « sans délai ». Parle-t-on de minutes, d'heures, de jours... l'article ne le dit pas. Certainement, l'interprétation littérale est à proscrire, ne serait-ce que par l'impossibilité technique qu'elle présente. En effet, un délai entre la naissance, la confection du constat de naissance et la transmission de ce dernier au directeur de l'état civil est inévitable. Une certaine souplesse doit donc être envisagée, surtout si les informations devant paraître sur le constat de naissance se prêtent à une réflexion approfondie¹⁴⁵. Ce sera le cas, par exemple, dans certains contextes d'intersexualité. N'empêche, il faut le reconnaître, l'expression « sans délai » invite à l'action rapide. La déclaration de naissance, qui reprend certaines informations se trouvant sur le constat de naissance, doit après tout être remise au directeur de l'état civil avant l'expiration

¹⁴⁵ Comme je l'expliquerai ci-après, en contexte d'intersexualité, il y a tout lieu de croire que l'exigence relative au temps de la transmission (« sans délai ») se voit atténuée, le temps de déterminer la mention du sexe devant être assignée à l'enfant. À tout le moins, en pratique, c'est ce qui semble se produire. Les médecins Guy Van Vliet et Julie Franc-Guimond écrivaient à ce sujet que « [l']attribution du sexe ainsi que le choix du prénom devraient être retardés en attendant les résultats de l'évaluation multidisciplinaire. » Voir Guy Van Vliet et Julie Franc-Guimond, « Ambiguïté sexuelle » dans Jean Turgeon et al, dir, *Dictionnaire de thérapeutique pédiatrique Weber*, 2^e éd, Montréal, Éditions de la Chenelière, 2008, 136 à la p 137. Ceci étant dit, cette façon de faire n'est toutefois pas encadrée par quelque norme juridique québécoise, contrairement à ce qu'il advient ailleurs comme en France. Dans ce pays, lorsque le sexe de l'enfant est jugé « incertain », l'obligation de communiquer rapidement la mention du sexe de l'enfant est tempérée par l'*Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 (Annexe)*. Un délai pouvant aller à deux ans peut être accordé, à condition que des « traitements appropriés » permettent, au final, d'indiquer une mention à inscrire à l'acte de naissance de l'enfant:

Lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication « de sexe indéterminé » dans son acte de naissance. Il y a lieu de conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. C'est ce sexe qui sera indiqué dans l'acte, sauf à le faire rectifier judiciairement par la suite en cas d'erreur.

Si, dans certains cas exceptionnels, le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis, avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance. Dans une telle hypothèse, il convient de prendre toutes mesures utiles pour que, par la suite, l'acte de naissance puisse être effectivement complété par décision judiciaire.

Dans tous les cas d'ambiguïté sexuelle, il doit être conseillé aux parents de choisir pour l'enfant un prénom pouvant être porté par une fille ou par un garçon.

(je souligne)

Voir « Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 (Annexe) », en ligne : Legifrance <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000647915&dateTexte=>>.

d'un délai de 30 jours suivant la naissance, sans quoi des pénalités financières s'appliqueront¹⁴⁶. « Sans délai », pour cette raison, semble devoir être compris comme « le plus rapidement possible ».

Avant de fournir quelque précision sur la déclaration de naissance, il importe de souligner qu'en théorie, un seul constat de naissance peut être rédigé par nouveau-né. Cela semble aller de soi : après tout on ne naît qu'une seule fois. Pourtant, force est d'admettre que la théorie diffère parfois de la pratique. Un passage du documentaire *Herma XXY*¹⁴⁷, participant à la démystification de l'intersexualité, nous le rappelle de façon aussi étonnante qu'éloquente. Dans celui-ci, Kathie Berthiaume, une femme née au Québec, présente les deux « Certificat[s] de naissance et de baptême » qui ont été dressés à son égard. Un délai de six jours sépare leur rédaction. Le premier a été fait le 12 décembre 1956. Le second est daté du 18 décembre 1956. Kathie Berthiaume est-elle née deux fois plutôt qu'une ? Évidemment pas. Les deux documents ayant été dressés à son égard étaient vraisemblablement destinés à cacher les interventions chirurgicales qu'on lui a fait subir à la naissance dans le but de *clarifier* son sexe. Bien que de telles interventions aient toujours lieu au Québec — j'y reviendrai dans le deuxième chapitre — la rédaction de plus d'un constat de naissance est, à ma connaissance, inusitée. Elle illustre néanmoins la possibilité d'une application souple des normes juridiques régissant la confection des documents permettant d'identifier les nouveau-nés au Québec, que celle-ci soit juridique ou non, ce qui est loin de se présenter comme un détail dans le contexte qui nous occupe.

¹⁴⁶ *Tarif des droits relatifs aux actes de l'état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe, supra* note 32, art 5, 10.2.

¹⁴⁷ Mélanie P Pelletier et Yves Bernard, *Herma XXY: l'intersexuation*, Telimagin, 2014.

1.2. La déclaration de naissance

À moins de circonstances exceptionnelles¹⁴⁸, de ce qui précède, on comprend que l'identification de la personne physique est d'abord et avant tout soumise à la discipline médicale. Le directeur de l'état civil n'enquête pas lui-même sur les naissances. Il ne se présente pas dans les hôpitaux¹⁴⁹ ; il attend, plutôt, que l'élite médicale lui fasse parvenir le fruit de ses interprétations, lequel est consigné sur le constat de naissance. Le document, comme l'indique l'article 112 du *Code civil du Québec*, doit non seulement être remis au directeur de l'état civil, mais également « à ceux qui doivent déclarer la naissance ». Cette déclaration, qui se présente comme la deuxième étape du processus identificatoire, est celle qui retient mon attention dans la présente section.

À l'instar du constat de naissance, la déclaration de naissance apparaît comme un document sur lequel figurent plusieurs informations se rapportant au nouveau-né. Il diffère cependant dans une très large mesure du constat de naissance, non seulement en raison de l'identité des personnes qui sont appelées à le compléter, mais aussi à cause des informations qui doivent y figurer.

La première différence majeure pouvant être relevée à propos de la déclaration de naissance vise les personnes appelées à la compléter. Cette tâche ne revient pas à l'accoucheur, mais plutôt aux père et mère de l'enfant ou à l'un d'eux (article 113 CcQ). En outre, « [s]euls le père ou la mère peuvent déclarer la filiation de l'enfant à leur égard [...] », à moins que la conception ou la

¹⁴⁸ *Directive de l'état civil - Absence d'un constat de naissance signé par un médecin ou une sage-femme*, supra note 141, art 6.

¹⁴⁹ L'hôpital est la première destination où l'on se rend pour donner naissance. Statistiques Canada nous apprendait qu'en 2008, 99,6% des naissances s'étaient produites en milieu hospitalier. Voir Statistiques Canada, « Tableau 12-2. Naissances vivantes et morts foetales (mortinaissances), selon la géographie — Lieu de naissance (en milieu hospitalier et ailleurs qu'en milieu hospitalier) » (27 novembre 2013), en ligne : Statistiques Canada <<http://www.statcan.gc.ca/pub/84f0210x/2008000/t026-fra.htm>> (consulté le 27 novembre 2013).

naissance se soit produite pendant le mariage ou l'union civile, auquel cas « l'un des conjoints peut déclarer la filiation de l'enfant à l'égard de l'autre » (article 114 al 1 CcQ). Puisqu'« [a]ucune autre personne ne peut déclarer la filiation à l'égard d'un parent sans l'autorisation de ce dernier », cela signifie par ailleurs qu'une personne qui pourrait déclarer sa filiation peut aussi refuser de le faire¹⁵⁰. En outre, dans l'éventualité où les père et mère sont inconnus ou empêchés d'agir, la déclaration de naissance doit alors être faite par une personne qui recueille ou garde un nouveau-né, après quoi elle est adressée au directeur de l'état civil. On constate donc que la déclaration de naissance est un document qui doit être rédigé par une ou plusieurs personnes qui, en théorie du moins, prennent soin de l'enfant. La distinction entre les deux situations pouvant se produire n'est pas moins importante. Elle a un impact sur les informations qui apparaissent sur la déclaration de naissance, comme en témoignent les articles 115, 116 et 117 du *Code civil du Québec*. Le premier vise la déclaration de naissance qui est faite par les père et mère ou par l'un d'eux.

115. La déclaration de naissance énonce le nom attribué à l'enfant, son sexe, les lieu, date et heure de la naissance, le nom et le domicile des père et mère, de même que le lien de parenté du déclarant avec l'enfant. Lorsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant, selon le cas.

(je souligne)

Le second détermine plutôt le comportement attendu de la personne qui recueille ou garde un nouveau-né, dont les père et mère sont inconnus ou empêchés d'agir.

116. La personne qui recueille ou garde un nouveau-né, dont les père et mère sont inconnus ou empêchés d'agir, est tenue, dans les 30 jours, de déclarer la naissance au directeur de l'état civil.

La déclaration mentionne le sexe de l'enfant et, s'ils sont connus, son nom et les lieu, date et heure de la naissance. L'auteur de la déclaration doit également

¹⁵⁰ Cela pourrait être le cas, par exemple, en contexte de gestation pour autrui, comme l'illustre l'arrêt *Adoption - 161*, *supra* note 136 aux paras 79-80.

fournir une note faisant état des faits et des circonstances et y indiquer, s'ils lui sont connus, les noms des père et mère.

(je souligne)

Le troisième, quant à lui, précise ce qu'il advient lorsque les lieu, date et heure de la naissance sont inconnus.

117. Lorsqu'ils sont inconnus, le directeur de l'état civil fixe les lieu, date et heure de la naissance sur la foi d'un rapport médical et suivant les présomptions tirées des circonstances.

(je souligne)

Qu'il s'agisse d'une déclaration de naissance faite par les père et mère ou par l'un d'eux, ou de celle qui est rédigée par une personne qui recueille ou garde un nouveau-né, dont les père et mère sont inconnus ou empêchés d'agir, aux renseignements devant être colligés en vertu des articles précités s'en ajoutent d'autres, non seulement énoncés dans le *Code civil du Québec*, mais aussi dans le *Règlement relatif à la tenue et à la publicité du registre de l'état civil*¹⁵¹.

D'une part, en vertu de l'article 110 du *Code civil du Québec*, à l'instar de ce qu'il advient du constat de naissance, la date à laquelle la déclaration de naissance est faite, ainsi que les nom, qualité et domicile de la personne (ou des personnes) rédigeant la déclaration de naissance doivent être explicités, en plus de sa (ou de leur, le cas échéant) signature.

D'autre part, à ces informations s'ajoutent aussi celles prévues au troisième article du *Règlement relatif à la tenue et à la publicité du registre de l'état civil*¹⁵².

¹⁵¹ *Règlement relatif à la tenue et à la publicité du registre de l'état civil*, supra note 139.

¹⁵² *Ibid.*

3. La déclaration de naissance énonce, en outre des renseignements exigés par les articles 110, 115 et 116 du Code civil, les mentions additionnelles suivantes :

1 ° la date de naissance des père et mère de l'enfant ;

2 ° aux fins de la déclaration de filiation de l'enfant, l'indication, le cas échéant, que son père et sa mère sont mariés l'un à l'autre et la date de leur mariage.

(je souligne)

Parmi tous les renseignements demandés, on note, encore une fois, le sexe de l'enfant. Habituellement, ce sexe est le même que celui ayant été communiqué par l'accoucheur sur le certificat de naissance, mais ce n'est pas toujours le cas. À cet effet, le professeur Pineau avançait la possibilité d'un désaccord entre l'accoucheur et le(s) déclarant(s), par exemple si des divergences étaient observées en ce qui a trait aux « notions d'anatomie » de l'accoucheur et du (ou des) déclarant(s)¹⁵³. Dans ce cas, disait-il, le tribunal serait appelé à trancher.

L'affirmation du professeur Pineau a les airs d'une boutade. Elle paraît d'ailleurs avoir été lancée à ce titre. Or, il n'en est rien. Elle témoigne d'une possibilité bien réelle. Il est tout à fait envisageable qu'entre le moment où le constat de naissance et la déclaration de naissance sont à compléter, l'opinion sur le sexe de l'enfant évolue, pas tant parce que les « notions d'anatomie »¹⁵⁴ de l'accoucheur et du (ou des) déclarant(s) divergeront, mais plutôt parce que l'idée que s'est faite les professionnels du milieu médical du sexe de l'enfant aura évolué, au point de radicalement changer. C'est d'ailleurs ce qui est arrivé à Justin, un adolescent intersexué de Trois-Rivières.

Maude [Justin] est née avec deux sexes, plus précisément avec un pénis, un testicule, un utérus, une trompe de Fallope et un ovaire. Le bébé prénommé Kevin et identifié d'un M sur son constat de naissance est devenu une fille quelques

¹⁵³ Pineau, *supra* note 138 au para 44.

¹⁵⁴ *Ibid.*

semaines plus tard. Cette décision médicale a été rendue au terme d'une panoplie d'examen sur le poupon hermaphrodite. Aux parents sous le choc, les experts ont justifié leur verdict d'un laconique : « C'est plus facile d'en faire une fille qu'un garçon. » En guise de conseil, Hélène Richard a eu droit à ce tout aussi bref : « Élevez maintenant votre enfant en fille. »¹⁵⁵

Dans le deuxième chapitre, je reviendrai sur la situation ayant été vécue par Justin. Pour l'instant, afin de favoriser la fluidité de mon propos, je réserverai mes commentaires. Voyons cela comme une simple illustration de cette situation où une divergence peut être observée entre l'information inscrite sur le constat de naissance et celle que l'on trouvera sur la déclaration de naissance. À cet égard, même si l'objectif recherché par le professeur Pineau semblait, au moins en partie, d'épater la galerie, il n'en demeure pas moins qu'elle témoignait d'une réalité se matérialisant parfois derrière le rideau des hôpitaux. Par contre, selon mes recherches, même lorsqu'une telle situation se présente, les tribunaux ne sont pas appelés à trancher la question à propos de la mention de sexe devant être assignée à l'enfant. Du moins, aucune décision en ce sens n'a pu être trouvée. L'on sait bien, pourtant, que des cas où le sexe énoncé sur le constat de naissance n'est pas le même que celui qui apparaît sur la déclaration de naissance existent¹⁵⁶ — l'exemple de Justin le montre de façon on ne peut plus claire.

Quoi qu'il en soit, pour l'instant, il suffit de noter que la déclaration de naissance diffère du constat de naissance non seulement par les informations qu'elle contient, mais aussi par l'identité des personnes qui sont appelées à la compléter et l'envoyer au directeur de l'état civil. D'ailleurs, si l'accoucheur doit faire parvenir « sans délai » le constat de naissance à cette

¹⁵⁵ Isabelle Légaré, « Danick, Justin et l'acte de (re)naissance », *Le Nouvelliste* (7 décembre 2013) 36 à la p 36. Justin est le prénom utilisé par l'adolescent. Pour cette raison, ce prénom sera utilisé pour le désigner dans cette thèse.

¹⁵⁶ Le 25 janvier 2016, à l'aide d'une demande d'accès aux documents détenus par le directeur de l'état civil présentée en vertu de l'article 9 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, j'ai exprimé le désir d'obtenir une copie de de tout document, peu importe le support, exposant le nombre de fois où la mention du sexe indiquée au constat de naissance d'une personne a été différente de celle qui est apparue sur la déclaration de naissance de cette même personne. Le 25 février 2016, dans une lettre qui m'était adressée, le directeur de l'état civil affirmait ne détenir aucun document présentant cette information. Voir *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ, c A-21, art 9.

autorité administrative, la déclaration de naissance, quant à elle, doit idéalement être faite dans les trente jours de la naissance (articles 113 et 116 al 1 CcQ). Si tel n'est pas le cas, une pénalité financière est appliquée¹⁵⁷, mais les conséquences pour celles et ceux qui ont manqué à leur obligation ne sont pas plus graves. Considérant l'importance qu'accorde le Gouvernement à la connaissance du sexe de ses sujets, cela pourra sembler étonnant, mais puisque la divulgation du sexe de l'enfant va généralement de soi, il y a tout lieu de croire que législateur n'a pas envisagé des situations où cette information serait tenue secrète.

1.3. L'acte de naissance

J'ai expliqué, jusqu'à présent, que l'accoucheur devait rédiger, chaque fois qu'il assistait la naissance d'un nouveau-né, un constat de naissance. Sans délai, il a l'obligation de le transmettre au directeur de l'état civil, ainsi qu'à la personne (ou aux personnes) appelée(s) à déclarer la naissance. Cela complète la première étape du processus identificatoire, tout en lançant, du même coup, l'étape suivante. Cette deuxième étape consiste, pour la ou les personnes appelées à déclarer la naissance, à fournir au directeur de l'état civil les informations demandées sur la déclaration de naissance. C'est seulement lorsque ce dernier les a en sa possession les documents susmentionnés que la troisième et dernière étape du processus identificatoire peut s'enclencher.

Cette étape consiste en la confection de l'acte de naissance (article 108 al 1 CcQ), qui est « le plus important de tous », selon Dominique Goubau.

L'acte de naissance est le plus important de tous, puisque c'est le titre qui est délivré à la naissance, celui qui fait preuve de l'existence de la personne, permet d'établir l'âge et constitue hiérarchiquement la preuve première de filiation.¹⁵⁸

¹⁵⁷ *Tarif des droits relatifs aux actes de l'état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe, supra* note 32, art 5, 10.2.

¹⁵⁸ Goubau, *supra* note 33 au para 376.

Pour le concevoir, le directeur de l'état civil suit les indications fournies par l'article 109 du *Code civil du Québec*.

109. Le directeur de l'état civil dresse l'acte de l'état civil en signant la déclaration qu'il reçoit, ou en l'établissant lui-même conformément au jugement ou à un autre acte qu'il reçoit. Pour l'établir, il procède, s'il y a lieu, à une enquête sommaire pour obtenir les informations requises.

Il date la déclaration, lui attribue un numéro d'inscription et l'insère dans le registre de l'état civil ; elle constitue, dès lors, l'acte de l'état civil.

Matériellement, l'acte de naissance se présente donc comme une version bonifiée de la déclaration de naissance. Il montre, pour cette raison, le sexe de l'enfant (articles 115 et 116 CcQ).

Parfois, la confection de l'acte de naissance ne peut avoir lieu qu'à la suite d'une enquête sommaire. Ce sera le cas si la naissance « n'est pas constaté[e] ou déclaré[e], ou l'est incorrectement ou tardivement » (article 130 al 1 CcQ). Si toutefois il y avait une disparité entre les informations présentées sur le constat de naissance et la déclaration de naissance, alors que ces informations sont jugées « essentielles pour permettre d'établir l'état de la personne », l'acte de naissance ne pourrait alors être dressé sans l'autorisation du tribunal (article 131 CcQ). Ce serait par exemple le cas si le sexe inscrit sur le constat de naissance différait de celui apparaissant à la déclaration de naissance. Or, comme je l'ai expliqué dans la section précédente, les tribunaux ne semblent pas s'être déjà prononcés sur un tel sujet, alors même qu'il est manifeste que de telles situations se sont produites par le passé¹⁵⁹. Au moins lorsqu'il est question du sexe, le caractère impératif de l'article 130 al 1 du *Code civil du Québec* semble donc devoir être relativisé.

¹⁵⁹ L'histoire de Justin, ayant été brièvement présentée ci-dessus, peut être considérée à titre d'exemple. Voir Légaré, *supra* note 155.

Cela dit, lorsque les formalités prévues à l'article 109 du *Code civil du Québec* sont remplies, la déclaration de naissance devient un acte de naissance. Le nouveau-né, qui était jusqu'alors anonyme face à l'État, se voit désormais pourvu d'une identité officiellement reconnue par ce dernier. À moins de circonstances exceptionnelles, dont certaines seront étudiées dans les prochains chapitres de cette thèse, les informations figurant sur l'acte ne seront jamais altérées. Elles suivront l'enfant sa vie durant et constitueront le témoignage fidèle de la *vérité* ayant été découverte à la naissance, celle-là même qui vise notamment son sexe.

L'acte de naissance est donc un document qui est destiné à identifier toute personne physique naissant au Québec. Le directeur de l'état civil, en plus d'avoir la mission de dresser les actes de l'état civil et de les modifier, est chargé « de tenir le registre de l'état civil, de le garder et d'en assurer la publicité » (article 103 al 2 CcQ). Celui-ci ne peut être consulté sans l'autorisation exceptionnelle du directeur de l'état civil (article 150 CcQ)¹⁶⁰. Cette restriction s'explique non seulement par la volonté de limiter au maximum « les risques de dégradation physique du registre »¹⁶¹, mais aussi par la nécessité de protéger la confidentialité des données personnelles qui s'y trouvent. En effet, les actes de l'état civil se présentent non seulement comme le support par excellence pour faire la preuve de l'un ou de plusieurs éléments relatifs à l'état civil d'une personne¹⁶². Ce faisant, il n'est pas souhaité et certainement pas souhaitable que ces informations puissent aboutir dans le domaine public sans aucune raison valable. À cet effet, déjà en 1973, le Comité de l'état civil soulignait une telle préoccupation, en faisant une mise en garde contre « le pouvoir de l'ordinateur », qui pouvait se présenter comme une menace à la vie privée.

Si le souci de l'efficacité commande la mécanisation du système de l'état civil,
en revanche il importe de protéger le citoyen contre l'invasion de sa vie privée

¹⁶⁰ Goubau, *supra* note 33 au para 417.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Comme les articles 102, 378, 521.5 et 523 du *Code civil du Québec* le montre, la loi peut permettre un autre mode de preuve. Les actes de l'état civil ont toutefois la qualité d'être authentiques selon le deuxième alinéa de l'article 107 du même code.

menacée par le pouvoir de l'ordinateur. La somme des informations recueillies par l'état civil ne doit en aucun cas être détournée de la fin poursuivie et devenir une menace pour les libertés individuelles.¹⁶³

N'empêche, dans certaines situations, la connaissance de l'état civil d'une personne permettra, à celle-ci ou à des tiers, d'« exercer efficacement les droits et recours qui [...] sont reconnus par la loi »¹⁶⁴. C'est pourquoi un régime de publicité a été mis en place. Celui-ci cherche à concilier « les intérêts divergents, intérêt public d'une part, intérêts privés d'autre part »¹⁶⁵ ; autrement dit à trouver un équilibre entre la divulgation d'informations pouvant être utiles dans un contexte donné et la sauvegarde de la vie privée des personnes concernées¹⁶⁶. Il est administré par le directeur de l'état civil, qui peut délivrer des copies d'actes, des certificats et des attestations. Ces documents portent tous « le vidimus du directeur de l'état civil et la date de la délivrance » (article 144 al 1 CcQ). Leur délivrance est assujettie à certains frais¹⁶⁷ ; de même qu'à une série de conditions.

Premièrement, la copie de l'acte de l'état civil reprend de façon presque exhaustive les informations consignées à l'acte dont la copie est demandée. Une lecture de l'article 145 du *Code civil du Québec* suffit pour s'en convaincre.

145. Est une copie d'un acte de l'état civil le document qui reproduit intégralement les énonciations de l'acte, y compris les mentions portées à l'acte, telles qu'elles ont pu être modifiées, à l'exception des mentions exigées par règlement qui ne sont pas essentielles pour établir l'état d'une personne.

¹⁶³ Comité de l'état civil, *supra* note 17 à la p 15.

¹⁶⁴ Joyal, *supra* note 134 à la p 18.

¹⁶⁵ Goubau, *supra* note 33 au para 417.

¹⁶⁶ *Ibid* au para 407.

¹⁶⁷ Notons, parmi les conditions applicables, la nécessité de déboursier la somme requise par le *Tarif des droits relatifs aux actes de l'état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe*, *supra* note 32, art 1, 10.1-10.2.

Comme son nom laisse le présager, la copie d'un acte de l'état civil se veut une reproduction de l'acte de l'état civil tel qu'il se trouve dans le registre de l'état civil. Cependant « [les] mentions exigées par règlement qui ne sont pas essentielles pour établir l'état d'une personne » n'y apparaissent pas, par exemple le « lieu d'enregistrement de la naissance des époux lorsqu'il s'agit d'un acte de mariage »¹⁶⁸. Ainsi, la copie de l'acte de l'état civil ne peut être considérée comme une reproduction fidèle en tout point à l'original. N'empêche, sauf ce qui peut être qualifié de « mentions exigées par règlement qui ne sont pas essentielles pour établir l'état d'une personne », tout est communiqué. C'est donc dire que les informations sur le sexe, par exemple, qui se trouvent indiquées sur l'acte de naissance ou l'acte de décès, seront transmises à la personne qui remplit les conditions exigées. Cette personne pourra alors prendre connaissance de son évolution — elle saura par exemple si ce dernier a été changé depuis sa naissance. Il s'agit là d'une illustration, parmi d'autres, des risques que présente la copie d'acte de l'état civil pour la vie privée des personnes concernées. Pour cela, le cercle de personnes pouvant obtenir cette copie est limité. « [U]n tiers qui n'a aucune affaire avec la personne sur laquelle il désire s'informer n'a pas à connaître l'état civil complet de ladite personne ou des informations qui ont un caractère privé » expliquait à juste titre le professeur Pineau¹⁶⁹.

Qui donc peut obtenir une copie de l'acte de l'état civil ? L'article 148 al 1 du *Code civil du Québec* nomme deux groupes de personnes, soit celles qui sont mentionnées à l'acte visé et celles qui justifient de leur intérêt¹⁷⁰. Si l'identification des personnes mentionnées à l'acte visé ne pose aucune difficulté, l'on ne peut en dire autant de celles qui justifient de leur intérêt. Le professeur Goubau explique que « [l]a notion d'intérêt doit être comprise avec circonspection, car la vie privée des personnes est en jeu. Le Directeur de l'état civil et les tribunaux sont les

¹⁶⁸ Goubau, *supra* note 33 au para 409.

¹⁶⁹ Pineau, *supra* note 138 au para 77. Voir aussi Goubau, *supra* note 33 au para 412.

¹⁷⁰ À cet effet, une municipalité désirant tenir des statistiques sur les personnes vivant sur son territoire ne justifie pas d'un intérêt suffisant pour accéder aux copies des actes de l'état civil. *Blainville (Ville de) c Directeur de l'état civil*, *supra* note 19. En outre, si la copie demandée vise un acte ayant été remplacé ou annulé, l'accès à ce dernier sera encore plus restreint (article 149 CcQ).

gardiens de ce principe. »¹⁷¹ C'est pourquoi il s'avère nécessaire de vérifier, avant de délivrer la copie d'un acte de l'état civil, que la personne qui la demande y a vraiment droit. À cet effet, depuis le 20 décembre 2001¹⁷², le directeur de l'état civil « peut exiger d'une personne qui demande la copie d'un acte [...] qu'elle lui fournisse les documents ou renseignements nécessaires pour vérifier son identité ou son intérêt » (article 148 al 1 CcQ). S'il est satisfait des informations qu'il reçoit, le directeur de l'état civil remet alors la copie de l'acte de l'état civil. Autrement, il se doit de ne pas la délivrer : il en va de la vie privée de la personne visée par l'acte de l'état civil dont la copie est demandée.

À l'instar de la copie d'un acte de l'état civil, le certificat d'état civil permet de communiquer des informations relatives à l'état civil d'une personne. C'est que le certificat d'état civil peut porter sur l'état civil en lui-même ou, encore, sur l'un des actes de l'état civil. Les informations qu'il présente sont ainsi moins détaillées que celles que l'on trouve à la copie de l'acte de l'état civil. Une lecture de l'article 146 du *Code civil du Québec* facilite la compréhension.

146. Le certificat d'état civil énonce les nom, sexe, lieu et date de naissance de la personne et, si elle est décédée, les lieu et date du décès. Il énonce également, le cas échéant, les lieu et date de mariage ou d'union civile et le nom du conjoint.

Le directeur de l'état civil peut également délivrer des certificats de naissance, de mariage, d'union civile ou de décès portant les seules mentions relatives à un fait certifié.

(je souligne)

Selon cet article, deux types d'informations peuvent être présentées sur le certificat d'état civil. Le premier type, énoncé au premier alinéa, est le plus global. Il peut être vu comme un « abrégé

¹⁷¹ Goubau, *supra* note 33 au para 412 (notes omises).

¹⁷² *Loi modifiant le Code civil en matière de demande de documents d'état civil*, LQ 2001, c 70, art 1. Cette modification est entrée en vigueur le 20 décembre 2001 (donc après les événements du 11 septembre 2001) en vertu de l'article 3 de cette même loi. Voir Goubau, *supra* note 33 au para 412.

des trois actes »¹⁷³ ou plus simplement encore comme une « reproduction abrégée »¹⁷⁴. Le deuxième type, énoncé au second alinéa, est quant à lui plus circonscrit. Il ne se présente pas comme un « abrégé des trois actes » ou comme une « reproduction abrégée », mais plutôt comme l'abrégé d'un seul acte. Par exemple, s'il vise la naissance d'une personne, aucune information relative au mariage de cette même personne n'y apparaîtra.

Le certificat d'état civil dévoile ainsi des informations se rapportant à la vie privée des personnes. La profondeur des détails n'est cependant pas la même. Le certificat d'état civil est moins volubile que la copie de l'acte de l'état civil. Pour certains, cela signifie que la vie privée des personnes concernées est favorisée. Le professeur Pineau explique en effet que ce document « réunit certains éléments de l'état civil, ceux que toute personne est en droit de connaître, sans que pour autant soit violée la vie privée de celui ou celle qu'il concerne. »¹⁷⁵ Le professeur Goubau est quant à lui d'avis que « ce document ne contient que des informations à caractère général et, partant, il s'avère non attentatoire à la vie privée. »¹⁷⁶ Leur propos rejoint l'objectif affirmé du législateur au moment de créer ce document, soit de « mieux protéger le caractère privé de certains renseignements »¹⁷⁷. Cette volonté s'est manifestée peu de temps après les événements du 11 septembre 2001. Dans une réponse à la menace terroriste qui était à l'époque ressentie, le législateur a jugé opportun de restreindre davantage le cercle des personnes qui pouvaient obtenir un certificat d'état civil. La possibilité, qui a longtemps été offerte à toute personne, s'est trouvée limitée à celles qui sont mentionnées sur le certificat d'état civil ou qui justifient de leur intérêt¹⁷⁸. Cela a permis de maximiser encore plus la vie privée des personnes

¹⁷³ Pineau, *supra* note 138 au para 80.

¹⁷⁴ Goubau, *supra* note 33 au para 410.

¹⁷⁵ Pineau, *supra* note 138 au para 80.

¹⁷⁶ Goubau, *supra* note 33 au para 413.

¹⁷⁷ Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice: le Code civil du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p 106.

¹⁷⁸ *Loi modifiant le Code civil en matière de demande de documents d'état civil*, *supra* note 172, art 1. Selon le ministre porteur du projet de loi ayant mené à la loi précitée, cette modification s'imposait pour limiter « le risque d'utilisation frauduleuse de l'identité d'une autre personne [...] ».

visées, mais on notera que le sexe d'une personne tel qu'il est consigné au registre de l'état civil pourra néanmoins être révélé.

En plus de la copie de l'acte de l'état civil et du certificat d'état civil, un troisième document, l'attestation d'état civil, permet la communication de certains renseignements se rapportant à l'état civil d'une personne. À l'instar du certificat d'état civil, ce document a été créé pour « mieux protéger le caractère privé de certains renseignements [...] » se trouvant sur les actes de l'état civil¹⁷⁹. En vertu de l'article 147 du *Code civil du Québec*, « [l']attestation porte sur la présence ou l'absence, dans le registre, d'un acte ou d'une mention dont la loi exige qu'elle soit portée à l'acte. » Le professeur Pineau la considère comme un « document très partiel »¹⁸⁰ et le professeur Goubau comme un « document partiel »¹⁸¹. Peu importe le qualificatif pouvant être associé à son caractère partiel, on comprend que l'attestation d'état civil révèle moins d'informations à propos des personnes auxquelles elle se rapporte que le font copie de l'acte de l'état civil ou le certificat d'état civil. Elle permet toutefois de répondre à certaines questions sur la personne visée, par exemple celle visant à savoir si elle est mariée ou non. Seulement, si tel est le cas, les détails relatifs à cette union n'apparaîtront pas. Par rapport à la copie d'acte de l'état civil et au certificat d'état civil, l'attestation d'état civil se distingue donc par sa plus

Cette particularité ? appelons-la comme ça ? propre au Code civil québécois de permettre à une personne de pouvoir, sans avoir véritablement à établir un motif raisonnable, se procurer le certificat de naissance d'une autre personne pour autant qu'elle dispose des informations requises pour compléter sa demande augmente considérablement le risque d'utilisation frauduleuse de l'identité d'une autre personne, et ce, indépendamment des autres mesures de sécurité qui pourraient être adoptées. Cette largesse de notre Code civil, qui fut adoptée en 1991, bien que questionnable, était sans doute, à l'époque, explicable dans une société habituée à une relative tranquillité. Depuis le 11 septembre dernier, vous comprendrez que cette approche ne nous paraît plus acceptable. Je saisis cependant l'occasion de rappeler qu'à notre connaissance il n'existe pas de cas de personnes, soupçonnées ou accusées d'actes de terrorisme, qui se seraient créés une nouvelle identité en utilisant un certificat délivré par le directeur de l'état civil.

Voir Assemblée nationale, *Journal des débats (11 décembre 2001)*, 36^e lég, 2^e sess, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/36-2/journal-debats/20011211/9579.html#_Toc532823028> (Joseph Facal).

¹⁷⁹ Québec, Ministère de la Justice, *supra* note 177 à la p 106.

¹⁸⁰ Pineau, *supra* note 138 au para 87.

¹⁸¹ Goubau, *supra* note 33 au para 411.

grande discrétion. Cela n'a pas empêché le législateur de préciser le cercle de personnes pouvant l'obtenir à l'article 148 du *Code civil du Québec*.

Il [le directeur de l'état civil] délivre les attestations à toute personne qui en fait la demande si la mention ou le fait qu'il atteste est de la nature de ceux qui apparaissent sur un certificat ; autrement, il ne les délivre qu'aux seules personnes qui justifient de leur intérêt.

Il ne suffit donc pas, dans ce contexte, de demander au directeur de l'état civil une attestation sur un fait relatif à l'état civil d'une personne. Encore faut-il que le renseignement demandé, qu'il vise une mention ou un fait, soit « de la nature de ceux qui apparaissent sur un certificat » — un rappel de l'article 146 du *Code civil du Québec* n'est donc pas inutile. Si toutefois le renseignement demandé n'est pas de cette nature, une attestation d'état civil pourra être remise, mais « aux seules personnes qui justifient de leur intérêt ».

Tous ces documents, qu'il s'agisse des copies d'actes, des certificats et des attestations ont la même valeur que l'acte de l'état civil auxquels ils se rapportent. On se souviendra que les actes de l'état civil dressés par le directeur de l'état civil sont authentiques (article 107 al 2 CcQ), alors que ceux dressés hors du Québec par un officier compétent sont semi-authentiques (article 137 al 1 CcQ), à moins que leur validité ait été reconnue par un tribunal québécois (article 137 al 3 CcQ). Le cas échéant, une mention attestant de leur semi-authenticité (article 137 al 3 CcQ) sera indiquée sur ces documents.

Dans tous les cas, qu'ils soient authentiques ou semi-authentiques, ces documents occupent une place centrale dans la vie d'une personne physique ; ce sont eux qui lui permettent de prouver la position juridique qu'elle occupe au sein de la société québécoise. On lui demandera parfois de s'identifier en utilisant cette copie, ce certificat ou cette attestation, d'autres fois on lui demandera simplement de présenter d'autres pièces sur lesquelles figurent les informations pertinentes ayant été consignées à partir des actes de l'état civil.

2. Le processus menant généralement à détermination de la mention du sexe

C'est donc sous un prétexte identificatoire que le sexe de l'enfant, peu de temps après la naissance, fait obligatoirement l'objet d'une divulgation au directeur de l'état civil. On notera néanmoins que la législation québécoise, à l'instar de la jurisprudence, n'offre aucune précision quant à la définition de ce sexe devant faire l'objet d'une divulgation, pas plus que leur consultation permet de savoir quelle(s) composante(s) du sexe doit faire l'objet d'une considération. Cela n'a pas semblé se présenter comme un obstacle pour la doctrine, qui est parvenue à formuler des précisions à cet égard.

2.1. L'insuffisance de la législation

Selon le *Code civil du Québec*, « le sexe de l'enfant » doit figurer sur le constat de naissance (article 111 al 2 CcQ). « [S]on sexe » (aussi désigné comme « le sexe de l'enfant ») doit aussi apparaître sur la déclaration de naissance (articles 115 et 116 al 2 CcQ). Par l'effet de l'article 109 du *Code civil du Québec*, il est repris sur l'acte de naissance. À la lecture de ces articles, aucun doute n'est possible, le sexe de l'enfant — son sexe — doit faire l'objet d'une divulgation. Seulement, « le Législateur n'a pas cru bon de fournir des indications détaillées en ce qui concerne les choix de mentions possibles et les caractéristiques devant mener à faire un choix plutôt qu'un autre. »¹⁸² En ce sens, si l'obligation de divulgation visant le sexe se révèle comme une évidence à la lecture du *Code civil du Québec*, le processus permettant d'identifier ce sexe devant faire l'objet d'une divulgation est loin de se présenter de la même façon. Au moins à titre d'hypothèse, pour cette raison, il est plausible d'avancer le sexe se présentait comme une évidence aux yeux du législateur.

¹⁸² Sauvé, *supra* note 44 à la p 169.

2.2. Le silence de la jurisprudence

Si l'on se fie à la jurisprudence, il a vu juste. Celle-ci ne semble pas contenir quelque décision portant sur ce sexe devant figurer sur le constat de naissance (article 111 al 2 CcQ), la déclaration de naissance (articles 115 al 1 et 116 al 2 CcQ) et l'acte de naissance (article 109 CcQ). Comme je l'expliquais dans la section 1.2. La déclaration de naissance, en cette matière, le rôle des tribunaux est davantage théorique que pratique. L'absence de jurisprudence à ce sujet n'a donc rien d'étonnant.

2.3. L'interprétation doctrinale

Dans un article paru à la fin des années 1970, Donna Lea Hawley écrivait que « [b]ecause the bipolarity of sex has always been assumed to be an absolute the law has never defined sex »¹⁸³. De fait, il semble que cette affirmation, formulée il y a plus d'une quarantaine d'années maintenant à propos d'un ordre juridique différent, s'applique au contexte québécois. Bien que le « sexe », dont il est fait mention aux articles portant sur la rédaction du constat de naissance (article 111 al 2 CcQ), de la déclaration de naissance (articles 115 al 1 et 116 al 2 CcQ) et de l'acte de naissance (article 109 CcQ) n'ait fait l'objet d'aucune définition par le législateur, aucun problème d'interprétation majeur ne paraît s'être présenté — du moins l'appel aux tribunaux ne semble pas s'être déjà fait entendre.

En doctrine, la situation est similaire. Les auteurs ne se sont pas formalisés de l'ambiguïté planant sur le sexe dans le contexte de sa catégorisation aux fins de l'état civil québécois. Pour expliquer la confection du constat de naissance, de la déclaration de naissance et de l'acte de naissance en ce qui a trait au « sexe » devant y apparaître, ils n'ont, pour la plupart, eu recours à nulle autre notion... que le sexe. Celui-ci, à l'instar de ses composantes, est apparu pour eux

¹⁸³ Donna Lea Hawley, « The Legal Problems of Sex Determination » (1977) 15 *Alta L Rev* 122 à la p 122.

comme une évidence. Il en va de même de la mention de sexe auquel il appelait, c'est-à-dire mâle/masculin (« M ») et femelle/féminin (« F »).

Dans son ouvrage phare sur le droit des personnes physiques, le professeur Dominique Goubau écrit que « c'est le sexe morphologique qui détermine, à la naissance, le sexe légal. »¹⁸⁴ À cet égard, il semble qu'un pouvoir de confession soit associé au « sexe morphologique ». Celui-ci pourrait en effet se dire mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Il est intéressant de noter, dans les écrits de l'auteur, l'absence de quelque commentaire sur ce sens qu'il convient de donner à ce « sexe morphologique »¹⁸⁵. Il précise toutefois que l'attention doit être portée au « sexe anatomique »¹⁸⁶. Considérant la présentation sommaire du sexe biologique ayant été faite dans l'introduction de cette thèse, il y a tout lieu de croire que le « sexe anatomique »¹⁸⁷ auquel se réfère le professeur Goubau n'est nul autre que les organes génitaux externes. Il affirme, en effet, que « [c]'est le sexe anatomique, identifiable dans la quasi-totalité des cas par simple examen superficiel, qui est alors porté à l'acte de naissance du nouveau-né »¹⁸⁸.

Mais encore, une certaine marge de manœuvre semble demeurer. D'une part, comme explique l'auteur, le sexe anatomique n'est pas toujours identifiable « par simple examen superficiel »¹⁸⁹. Cela veut donc dire que dans certains cas, l'observation des organes génitaux externes de l'enfant ne permet pas de déterminer s'il est de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Comme je l'expliquerai dans le deuxième chapitre de cette thèse, il est possible que son pénis soit jugé trop petit ou encore que son clitoris soit perçu comme trop grand. D'autre part, le sexe anatomique est un concept qui laisse place à l'interprétation. Par exemple, le pénis suffit-il pour que son porteur soit identifié comme étant de sexe mâle/masculin (« M »), ou encore est-

¹⁸⁴ Goubau, *supra* note 33 au para 285.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid* au para 286.

¹⁸⁹ *Ibid.*

il nécessaire que les testicules fassent aussi l'objet d'une considération ? La vulve suffit-elle pour que la personne observée soit identifiée comme étant de sexe femelle/féminin ? D'autres composantes de l'appareil génital doivent-elles faire partie du processus décisionnel ? Et encore, pourquoi faudrait-il que le sexe mâle/masculin (« M ») soit celui de la personne qui a un pénis ; pourquoi celle qui aurait une vulve devrait-elle nécessairement être identifiée comme étant de sexe femelle/féminin (« F ») ?

Pour une certaine frange du lectorat, ces questions sembleront futiles. L'évidence qu'elles appellent ne serait-elle pas déconcertante ? Au risque d'étonner cette frange du lectorat, ces questions, tout comme les réponses qu'elles appellent, sont d'une importance capitale. Elles permettent de tracer les contours de ce qui est juridiquement considéré comme le sexe et, par le fait même, de l'identification sexuelle de toute personne qui naît au Québec. Cela dit, si l'on se fie aux affirmations du professeur Goubau, en matière de catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois, c'est le « sexe anatomique »¹⁹⁰ qui doit faire l'objet d'une considération. C'est celui-là qui doit figurer sur le constat de naissance (article 111 al 2 CcQ), sur la déclaration de naissance (articles 115 al 1 et 116 al 2 CcQ) et sur l'acte de naissance (article 109 CcQ). Et ce, même si l'expression « sexe anatomique »¹⁹¹ comporte nécessairement une part mystérieuse dans la délimitation de ses contours.

En dépit de ce flou suscité par la référence au « sexe anatomique »¹⁹², la proposition du professeur Goubau a semblé faire l'unanimité chez les juristes au Québec qui se sont penchés sur la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois. À cela, je n'ai pas échappé. Avec la professeure Marie-France Bureau, dans un article paru en 2011 à la *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, nous avons adopté cette interprétation, tout en nous permettant de la bonifier.

¹⁹⁰ *Ibid* au para 285.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Ibid.*

À notre avis, le “sexe” auquel fait référence le *Code civil du Québec* ne renvoie qu’à la condition “physique”, c’est-à-dire aux composantes anatomiques, génétiques et hormonales. Lors de la confection du constat de naissance, l’accoucheur déterminera cependant le sexe de l’enfant à la vue de ses organes génitaux.¹⁹³

Nous allions donc plus loin que le professeur Goubau en faisant appel aux composantes génétiques et hormonales dans la définition du « sexe » tel qu’il est compris dans le *Code civil du Québec*. Malgré cela, en contexte de détermination de la mention du sexe, et particulièrement en ce qui a trait à la confection du constat de naissance, seuls les organes génitaux externes, que nous définissions alors comme les organes génitaux du nouveau-né, devaient retenir l’attention. Nous prenions donc une certaine distance avec l’interprétation que faisait le professeur Goubau, puisque nous n’avions pas cru opportun d’inclure, dans notre définition, la marge de manœuvre qu’il laissait ; pour nous, nul n’était le besoin d’avancer que le sexe anatomique allait être identifiable par simple examen superficiel dans la quasi-totalité des cas¹⁹⁴.

Plus récemment encore, dans un chapitre d’ouvrage collectif, je me positionnais d’une façon similaire, en poussant encore plus loin ma compréhension de cette notion qui retient notre attention. Le sexe, écrivais-je, ne faisait pas seulement référence à l’anatomie ou la morphologie, mais plutôt aux organes génitaux externes du nouveau-né, pour autant qu’ils soient adéquatement formés selon certains standards médicaux. En ce sens, la présence de certains organes génitaux externes ne suffisait pas, encore fallait-il que ces derniers remplissent certains standards en ce qui a trait à leur formation.

À quoi [le « sexe »] réfère-t-il précisément ? Bien malin celui ou celle qui pourra répondre facilement à cette question. Disons simplement que lorsqu’il s’agit d’identifier la mention du sexe à attribuer à la naissance aux fins de l’état civil, le mot renvoie généralement et sauf exception aux organes sexuels externes de l’enfant, c’est-à-dire à la présence ou à l’absence d’un pénis ou d’une vulve

¹⁹³ Bureau et Sauvé, *supra* note 62 à la p 8.

¹⁹⁴ Goubau, *supra* note 33 à la p 286.

adéquatement formés selon les standards médicalement acceptés et appliqués notamment au Québec.¹⁹⁵

Cette façon de comprendre le sexe est particulièrement utile en contexte d'intersexualité, comme j'aurai l'occasion de le montrer dans le chapitre suivant. Pour l'instant, il me suffira d'attirer l'attention sur l'innovation qu'apportait cette définition. En ajoutant à l'équation « les standards médicalement acceptés et appliqués notamment au Québec »¹⁹⁶, j'ai mis en lumière le fait que la présence des organes génitaux externes — un pénis ou une vulve par exemple — ne suffit pas pour que la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois puisse avoir lieu. En effet, pour que l'une des deux seules mentions de sexe possibles soit assignée, autrement dit pour que l'enfant soit considéré comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »), ces organes génitaux externes doivent être conformes à certains standards qui émanent de la profession médicale.

Aussi, par rapport à la définition que la professeure Bureau et moi-même avançons dans notre article paru en 2011, dans ce chapitre d'ouvrage collectif, je ne faisais aucune mention des « composantes [...] génétiques et hormonales »¹⁹⁷. L'omission peut sembler curieuse, mais il n'en est rien. Elle s'explique par le « sexe » dont il était question. Nous attirions l'attention du lectorat sur ce « sexe » qui se présente de façon générale dans le *Code civil du Québec*. D'ailleurs, nous précisions que « [l]ors de la confection du constat de naissance, l'accoucheur déterminera cependant le sexe de l'enfant à la vue de ses organes génitaux. »¹⁹⁸ Or, dans ma plus récente contribution sur le sujet à la doctrine, j'expliquais que le sexe qui faisait l'objet d'une définition était celui qui se voit considéré « lorsqu'il s'agit d'identifier la mention du sexe à attribuer à la naissance aux fins de l'état civil [...] »¹⁹⁹, ce qui est beaucoup plus précis.

¹⁹⁵ Sauvé, *supra* note 44 à la p 168 (note omise). À titre indicatif, les mots soulignés dans l'extrait cité le sont également dans la version originale.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ Bureau et Sauvé, *supra* note 62 à la p 8.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Sauvé, *supra* note 44 à la p 168.

J'affirmais aussi que la définition valait de façon générale et sauf exception. Cette exception que j'avais en tête visait — et vise toujours — de façon particulière la détermination de la mention du sexe en contexte d'intersexualité, où les « composantes [...] génétiques et hormonales »²⁰⁰ peuvent avoir leur rôle à jouer.

Ce faisant, au-delà de la terminologie différente qui était employée dans les deux versions des définitions ayant été présentées ci-dessus, l'innovation principale pouvait être trouvée dans la considération des « standards médicalement acceptés et appliqués notamment au Québec »²⁰¹ et du rôle qu'ils jouent dans la qualification des organes génitaux externes. À celle-ci s'en ajoute une autre : pour la première fois, ce « sexe anatomique » faisait l'objet d'une clarification : il s'agissait, ni plus ni moins, du pénis ou de la vulve, pour autant que ces derniers soient adéquatement formés selon les standards médicalement acceptés et appliqués notamment au Québec. Le rattachement d'un enfant à l'une ou l'autre des catégories sexuelles ne peut avoir lieu qu'en référence à ces standards. Ils conditionnent, autrement dit, les conclusions qui sont tirées des organes génitaux externes faisant l'objet d'une observation. Au-delà de ça, il faut bien l'avouer : on ne trouve rien de tel dans les sources primaires du droit qui sauraient nous dire ce à quoi le « sexe » devant faire l'objet d'une catégorisation réfère.

Conclusion

Toute personne physique naissant au Québec doit être identifiée. Parmi les informations participant à cette identification se trouve le sexe. Nulle personne, dans la province, ne peut être asexuée. À tout le moins, le Gouvernement doit connaître le sexe de l'enfant, qui ne peut être que sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Un processus a été mis en place pour que cette information lui soit communiquée. Dès la naissance, l'accoucheur doit remplir

²⁰⁰ Bureau et Sauvé, *supra* note 62 à la p 8.

²⁰¹ Sauvé, *supra* note 44 à la p 168.

un constat de naissance, sur lequel figure notamment le « sexe » de l'enfant (article 111 al 2 CcQ). Une fois rédigé, le constat de naissance est remis sans délai au directeur de l'état civil, de même qu'à ceux qui doivent déclarer la naissance (article 112 CcQ). Ces dernières, dans les trente jours qui suivent la naissance, sont tenues de faire parvenir au directeur de l'état civil une déclaration de naissance dûment complétée, sur laquelle figure notamment le sexe de l'enfant (articles 115 et 116 al 2 CcQ). À partir de ces documents, le directeur de l'état civil dresse l'acte de naissance, qui reprend substantiellement les informations ayant été inscrites sur la déclaration de naissance (article 109 CcQ). Lorsque toutes ces étapes ont été complétées, l'enfant devient considéré comme étant de mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »).

À la lecture des articles du *Code civil du Québec*, cette obligation de transmettre au Gouvernement les informations relatives au sexe de l'enfant ressort clairement. La législation et la jurisprudence ne permettent cependant pas de cerner le cadre d'analyse qui doit être mis de l'avant par celles et ceux qui sont appelées à participer au processus de catégorisation du sexe. Tout au plus dit-on dans la législation que le « sexe » doit figurer sur le certificat de naissance (article 111 al 2 CcQ) et sur la déclaration de naissance (articles 115 al 1 et 116 al 2 CcQ), pour ensuite être repris sur l'acte de naissance (article 109 CcQ). Voilà qui ne pose aucun problème d'interprétation particulier. Les choses se corsent toutefois lorsque l'on cherche à savoir lesquelles des composantes du sexe doivent faire l'objet d'une considération. Doit-on se fier sur les chromosomes, les hormones, les gonades, les organes génitaux ou le phénotype ? Rien à cet égard ne peut être trouvé dans la législation et la jurisprudence. En revanche, des suggestions ont été faites en doctrine. Non pas sans employer une terminologie différente et proposer certaines nuances, des auteurs ont proposé que la mention de sexe émanait des organes génitaux externes de l'enfant. Pour cette raison, j'ai avancé que le sexe que l'on catégorise aux fins de l'état civil québécois renvoie « généralement et sauf exception [...] à la présence ou à l'absence d'un pénis ou d'une vulve »²⁰². J'ai ajouté que ces organes génitaux externes se devaient d'être « adéquatement formés selon les standards médicalement acceptés et appliqués notamment au

²⁰² *Ibid.*

Québec »²⁰³, sans quoi le processus menant généralement à la détermination de la mention du sexe ne peut être appliqué. Bref, considérant ce qui précède, l'idée selon laquelle la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois ne consiste qu'en une transposition de données naturelles sur des documents destinés à l'état civil ne saurait tenir la route. Il y a plus et cela appelle à la formulation de cinq observations.

Premièrement, l'interprétation de la législation applicable ne peut être réalisée sans avoir recours aux normes sociales associées au sexe, qui sont intégrées aux normes juridiques. En effet, de lui-même, ce sexe devant faire l'objet d'une catégorisation ne peut être identifié sans savoir si le « sexe anatomique », les « organes génitaux » ou les « organes sexuels externes » qui sont observés peuvent être considérés comme étant mâle/masculin ou femelle/féminin. Qui plus est, ce sont les normes culturelles applicables au sexe qui permettent de prêter à ce dernier quelque pouvoir de se livrer à la personne qui procède à son observation. Ce sexe, on aura beau le scruter dans tous ses recoins et jamais on ne trouvera une indication mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Bref, pour que cette qualification puisse être faite, une interprétation doit avoir lieu. Celle-ci est fondée sur une série de normes culturelles, qui sont intégrées aux normes juridiques. Les organes génitaux, pour le dire autrement, font l'objet d'une évaluation et c'est le résultat de cette dernière qui permet leur classement dans les rangs « mâle/masculin » ou « femelle/féminin ». Ce faisant, « [r]épondant à merveille aux taxinomies binaires, le sexe est donc, masculin ou féminin », affirmait avec justesse — du moins lorsqu'il est question d'état civil — Michèle Rivet²⁰⁴. En lien avec cela, d'ailleurs, le processus menant généralement à la détermination de la mention du sexe semble indiquer le caractère évident et stable des organes génitaux devant servir à la catégorisation. La frontière entre ce qui est un pénis et ce qui n'en est pas un paraît bien limitée et figée, ce qui rejoint d'ailleurs les normes culturelles sur l'identification des personnes comme hommes ou femmes. Seulement, comme je l'expliquerai dans le deuxième chapitre de cette thèse en explorant la situation juridique des personnes

²⁰³ *Ibid* (note omise).

²⁰⁴ Michèle Rivet, « Incohérences et utopies: la protection juridique de l'irréductible humain » dans Ejan McKaay, dir, *Les incertitudes du droit. Uncertainty and the Law*, Montréal, Thémis, 1999, 118 à la p 121.

intersex(ué)es faisant face à la catégorisation du sexe, c'est loin d'être aussi simple, qu'il soit question des « taxinomies binaires »²⁰⁵ auxquelles faisait référence Michèle Rivet ou la frontière entre ce qui est un pénis et ce qui n'en est pas un.

Deuxièmement, il est intéressant de noter, dans les explications que les auteurs ont présentées en doctrine, le flou visant la concordance devant être observée entre la mention de sexe assignée et les organes génitaux ayant été observés. Par exemple, la personne ayant un pénis valablement formé selon les standards médicalement acceptés et appliqués notamment au Québec doit-elle obligatoirement être considérée comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ? Serait-il illégal de lui assigner la mention de sexe femelle/féminin (« F ») ? En doctrine, ces questions restent sans réponse. Je ne saurais dire si ce mutisme des auteurs est adopté de façon consciente ou non. Il me semble, cependant, qu'une revue de l'état du droit ne permettrait pas de trouver quelque obligation en ce sens. Si ma compréhension est la bonne, l'enfant présentant un pénis valablement formé selon les standards médicalement acceptés et appliqués notamment au Québec n'a pas nécessairement à être identifié comme étant de sexe mâle/masculin (« M »). Il pourrait être assigné au sexe femelle/féminin (« F ») sans qu'une illégalité soit commise. Considérant les normes culturelles qui sont associées au sexe et intégrées dans le *Code civil du Québec*, l'affirmation paraîtra certainement inusitée, mais elle s'explique en considérant certaines situations propres à la détermination de la mention du sexe en contexte d'intersexualité, de même qu'à d'autres cas d'espèce pouvant se présenter lorsqu'il sera jugé opportun de procéder à la modification de la mention du sexe. J'y reviendrai.

Troisièmement, la définition du sexe à laquelle fait référence le *Code civil du Québec* varie en fonction du contexte. Dans sa définition, les « composantes [...] génétiques et hormonales »²⁰⁶ peuvent être considérées, alors qu'il est possible, également, qu'elles ne le soient pas, notamment lorsqu'il s'agit généralement d'assigner une mention de sexe au nouveau-né. Dans

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ Bureau et Sauvé, *supra* note 62 à la p 8.

ce dernier cas, seuls les organes génitaux externes font l'objet d'une considération, pour autant qu'ils soient conformes à certains standards. Or, lorsqu'il s'agit d'assigner une mention de sexe à un enfant intersexué, nous verrons que les composantes génétiques et hormonales peuvent faire l'objet d'une considération, bien que cela ne soit pas obligatoire. Pour l'instant, je me contenterai d'attirer l'attention sur ce fait qui est généralement passé sous silence : le sexe, tel qu'il est conceptualisé à l'intérieur du *Code civil du Québec*, est morcelé, voire diminué lorsqu'il est généralement question de sa catégorisation aux fins de l'état civil québécois.

Quatrièmement, en lien avec l'observation précédente, les définitions du sexe ayant été proposées présentent toutes la même difficulté. Elles masquent, en effet, la démarche intellectuelle qu'elles sous-tendent. À en croire les auteurs en doctrine, le sexe observé sur le corps du nouveau-né fait l'objet d'une transposition sur le constat de naissance (article 111 al 2 CcQ), sur la déclaration de naissance (articles 115 al 1 et 116 al 2 CcQ) et sur l'acte de naissance (article 109 CcQ). Pour les auteurs, il a donc semblé qu'un sexe (mâle/masculin ou femelle/féminin) pouvait se traduire par une mention (« M » ou « F »). Autrement dit, à partir de l'observation d'un sexe mâle/masculin ou femelle/féminin, une mention de sexe « M » ou « F » pourrait être assignée. Cependant, les informations qui seront communiquées dans le deuxième chapitre de cette thèse illustreront bien qu'il ne s'agit là que d'un leurre ; le sexe faisant l'objet d'une catégorisation et par le fait même d'une mention aux fins de l'état civil est celui qui se qualifie en fonction d'une série de normes juridiques qui caractérisent la mention du sexe. Or, comme l'explique l'auteur Alexandre Baril, dans la nature, il n'y a rien de tel que la division binaire des sexes.

Ces recherches en biologie [sur le sexe] mettent ainsi en lumière les choix contingents et arbitraires qui sont fait socialement, politiquement, médicalement et juridiquement pour déterminer ce qui constitue le sexe. Si la « nature » en elle-même n'offre pas une bipartition sexuelle, force est de constater que ce sont alors nos catégories sociales, politiques, juridiques, etc., qui créent les deux sexes.²⁰⁷

²⁰⁷ Baril, *supra* note 6 à la p 100.

De ce fait, le sexe binaire que l'on est censé voir sur le constat de naissance (article 111 al 2 CcQ), la déclaration de naissance (articles 115 al 1 et 116 al 2 CcQ) et l'acte de naissance (article 109 CcQ) ne s'explique, juridiquement, que par les normes qui caractérisent sa mention. De prime abord, ce sont elles qui conditionnent le résultat auquel mènera nécessairement l'exercice consistant à assigner à toutes ces personnes naissant au Québec une mention mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Autrement dit, l'idée selon laquelle la mention de sexe se présente comme la « transcription culturelle des organes sexuels externes [...] »²⁰⁸ peut faire état du discours juridique dominant, mais ce faisant, elle participe au déploiement d'un leurre quant au sens que prend la relation entre le sexe et la mention qui y est associée. L'on ne naît pas du sexe que nous sommes, celui-ci, plutôt, nous est assigné, bien que ce soit difficilement perceptible à moins qu'on y prête une attention particulière. Je crois donc, comme Judith Butler, que le pouvoir juridique produit le sexe qu'il prétend tout simplement représenter par une lettre « M » ou « F », avant d'opérer un retournement masquant son œuvre aux yeux de quiconque qui ne prête pas attention. Qu'il suffise, pour l'instant, de mettre en lumière le carcan dans lequel on enferme le sexe pour lui donner la définition juridique qu'il reçoit. En effet, il ne peut être conçu qu'en termes de binarité (il ne peut qu'être mâle/masculin ou femelle/féminin), d'exclusivité (la personne ne peut qu'être mâle/masculin ou femelle/féminin, sans être les deux à la fois), d'évidence (qu'il soit mâle/masculin ou femelle/féminin, le sexe se passe d'explications) et de permanence (le sexe ne devrait pas évoluer au cours de l'existence de la personne). Il suppose également l'unicité, c'est-à-dire que toutes les composantes du sexe chez une personne doivent conduire au même résultat quant à son identification sexuelle. Or, comme le montre le chapitre suivant, ces caractéristiques précèdent la personne plutôt qu'elles s'en dégagent.

²⁰⁸ Sauvé, *supra* note 44 à la p 168.

Chapitre 2 | Le processus menant exceptionnellement à la détermination de la mention du sexe

Introduction

Le processus ayant jusqu'à présent fait l'objet d'une étude s'applique lorsque des personnes naissent avec des organes génitaux externes qui sont conformes aux « standards médicalement acceptés et appliqués notamment au Québec. »²⁰⁹ En fonction de l'interprétation de ces derniers, la personne en vient à être identifiée comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). En effet, selon le discours doctrinal majoritaire, « c'est le sexe morphologique qui détermine, à la naissance, le sexe légal. »²¹⁰ Une telle façon de comprendre la détermination de la mention du sexe a cependant pour effet de masquer l'œuvre du pouvoir juridique, qui a tout à voir avec l'assignation de la mention correspondante. Nous allons voir, dans le présent chapitre, que des observations similaires peuvent être formulées lorsque des enfants ne présentent pas à la naissance des organes génitaux externes conformes aux standards susmentionnés.

Dans la culture populaire comme juridique, leur situation est souvent comprise à l'aide du mythe d'Hermaphrodite. On raconte qu'Hermaphrodite était un « être légendaire auquel on supposait une forme humaine bisexuée »²¹¹. Né de l'union d'Hermès et d'Aphrodite, il semblait « n'avoir aucun sexe et les avoir tous les deux »²¹². L'existence de ce personnage mythique va bien au-delà des frontières des *Métamorphoses* d'Ovide. Son histoire imprègne la littérature juridique.

²⁰⁹ *Ibid* (note omise). À titre indicatif, les mots soulignés dans l'extrait cité le sont également dans la version originale.

²¹⁰ Goubau, *supra* note 33 au para 285.

²¹¹ *Le Grand Robert*, édition en ligne, *sub verbo* « hermaphrodite ».

²¹² Ovide, *Les Métamorphoses*, traduit par Georges Lafaye, Gallimard, Paris, 1992 à la p 146.

Du nom propre « Hermaphrodite », un nom commun, « hermaphrodite », y est utilisé. Il désigne la situation des personnes qui sont perçues à l'image du personnage éponyme, celles pour lesquelles la lecture des organes génitaux ne semble pas indiquer un sexe mâle/masculin ou femelle/féminin.

Aujourd'hui, le mot tombe en désuétude. À dire vrai, il est considéré comme une insulte²¹³. Qu'à cela ne tienne, la littérature juridique continue de l'employer. Il en va de même de la littérature médicale, quoique cela semble moins fréquent qu'autrefois. Les termes « pseudo-hermaphrodites » ou « hermaphrodites vrai[e]s »²¹⁴ sont utilisés avec davantage de parcimonie, le milieu médical préférant aujourd'hui des expressions telles que « désordres du développement sexuel » ou « ambigüité sexuelle »²¹⁵, mais elles ne font pas l'unanimité²¹⁶. Par exemple, certains chercheurs y préfèrent l'expression « variations du développement sexuel » (« *variations of sex development* »)²¹⁷. Celle-ci serait « beaucoup moins stigmatisante pour les personnes intersexuées ». Dans tous les cas, qu'il s'agisse « désordres du développement sexuel », d'« ambigüité sexuelle » ou de « variations du développement sexuel », ces différentes expressions sont parfois utilisées « lorsque l'aspect des organes génitaux externes ne permet pas

²¹³ Ceci étant dit, dans certains milieux militants, le mot « hermaphrodite » fait l'objet d'une réappropriation. Par exemple, l'*Intersex Society of North America* (ISNA) titrait sa défunte infolettre *Hermaphrodites with Attitude*. Le dernier numéro de cette infolettre a été publié au printemps 2003. Pour plus d'informations, consulter « Hermaphrodites with Attitude », en ligne : Intersex Society of North America <<http://www.isna.org/library/hwa>> (consulté le 29 janvier 2016). Sur la réappropriation du terme « hermaphrodite » dans une perspective *queer*, le lectorat aura avantage à lire Judith Butler, *Le pouvoir des mots. Discours de haine et politique du performatif*, traduit par Charlotte Nordmann, Paris, Amsterdam, 2008.

²¹⁴ Par exemple, consulter Dreger, *supra* note 41; Christopher P Houk et al, « Summary of Consensus Statement on Intersex Disorders and Their Management » (2006) 118:2 *Pediatrics* 753; Karkazis, *supra* note 41.

²¹⁵ Van Vliet et Franc-Guimond, *supra* note 145.

²¹⁶ Houk et al, *supra* note 214; Paula Sandrine Machado, « Intersexuality and the “Chicago Consensus”: the vicissitudes of nomenclature and their regulatory implications » (2008) 4 *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, en ligne : *Revista Brasileira de Ciências Sociais* <http://socialsciences.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092008000100005&lng=en&nrm=iso>.

²¹⁷ Milton Diamond et Hazel Beh, « Variations of Sex Development Instead of Disorders of Sex Development » (26 juillet 2006), en ligne : Pacific Center For Sex and Society - University of Hawai'i - Manoa <<http://www.hawaii.edu/PCSS/biblio/articles/2005to2009/2006-variations.html>> (consulté le 2 février 2016).

de savoir si un nouveau-né appartient au sexe masculin ou féminin »²¹⁸, mais aussi dans une série d'autres situations où le sexe d'une personne est perçu, en fonction de standards médicaux, comme flou. Par exemple, en fonction des standards médicalement acceptés et appliqués au Québec²¹⁹, le corps médical restera pantois face au clitoris jugé *trop* grand (jamais trop petit). Peut-on assigner à son porteur la mention femelle/féminin (« F ») ? Quid de l'enfant qui présente un pénis qui est perçu comme étant *trop* petit (jamais trop grand) ? Est-il acceptable de considérer cette personne comme étant de mâle/masculin (« M »)²²⁰ ? Et que faire lorsque la personne présente, à la naissance, des parties du corps qui sont jugées disparates, par exemple un pénis, une prostate, un seul testicule et un ovaire²²¹ ?

Les quelques exemples présentés ci-dessus ne couvrent pas toutes les situations dans lesquelles une personne en vient à être considérée comme intersex(ué)e. En effet, des dizaines de diagnostics différents sont possibles ; de 40 à 70 selon une auteure²²² et la situation visée par ces derniers n'est pas nécessairement observable à l'œil nu²²³. Autrement dit, l'intersexualité ne vise pas seulement ces situations où l'observation des organes génitaux d'une personne laisse pantois quant à leur qualification comme mâle/masculin ou femelle/féminin. Pour ces personnes, le processus menant généralement à la détermination du sexe peut être appliqué²²⁴. Ce qui a été expliqué dans le premier chapitre de cette thèse vaut alors pour elles.

²¹⁸ Van Vliet et Franc-Guimond, *supra* note 145 aux pp 136-137.

²¹⁹ Ces standards peuvent tout autant être qualifiés d'ambigus. Dans son ouvrage *Lessons from Intersexed*, Suzanne J Kessler notait que la littérature médicale en général, soutenait que « the phrase "ambiguous genitals" is used freely with no apparent need to define what "ambiguous" means in this context. » Voir Kessler, *supra* note 41 à la p 33. Au passage, on notera toutefois que l'ouvrage ne portait pas spécifiquement sur la situation telle qu'elle est vécue au Québec.

²²⁰ Par exemple, consulter *Ibid* aux pp 33-75; Fausto-Sterling, *supra* note 41 aux pp 56-63.

²²¹ Une telle situation a par exemple été présentée dans Mylène Tremblay, « Intersexualité. Rencontre du troisième sexe (Dossier) », *Châtelaine* (août 2014) 86.

²²² Karkazis, *supra* note 41 à la p 7 (note 4).

²²³ Fausto-Sterling, *supra* note 41; Karkazis, *supra* note 41.

²²⁴ Au passage, il est intéressant de soulever le fait que certaines personnes trans* sont aussi intersex(ué)es. Parfois, elles apprennent au cours de leur transition qu'à la naissance, des doutes ont été exprimés quant à leur véritable sexe. Pour certaines, des traitements médicaux et des interventions chirurgicales, visant à « normaliser » leur corps, ont été réalisés. D'autres apprennent aussi qu'elles sont intersex(ué)es, cette fois de façon incidente, lors d'une

À l'égard des autres, toutefois, un processus exceptionnel, largement caractérisé par l'anxiété, est déployé. Face à l'État, les enfants ne peuvent être asexués. Une mention de sexe doit leur être assignée. Celle-ci ne peut être que mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Selon le discours juridique dominant, les organes génitaux guident le processus d'assignation. Or, dans certains contextes d'intersexualité, la décision devant être prise se présente avec un nombre important de difficultés. La remise en question de la classification binaire du sexe étant d'emblée exclue, considérant l'ambiguïté perçue, laquelle des deux seules mentions de sexe devrait être assignée : mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») ? Ce chapitre permettra de répondre à la question.

La réponse, cela dit, est loin d'être évidente. Lorsque de telles situations se présentent, l'idée selon laquelle « c'est le sexe morphologique qui détermine, à la naissance, le sexe légal »²²⁵ est mise au rancart. Différents éléments sont considérés, allant des autres composantes du sexe en passant par le désir des parents. L'œuvre du pouvoir juridique en ce qui a trait à la construction des sujets comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») se fait alors plus visible, mais cela semble échapper aux juristes. Très peu, en effet, se sont penchés sur le sujet, très peu ont étudié la situation juridique particulière de ces personnes intersex(ué)es, ne serait-ce qu'en contexte de catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois. Sauf dans la mesure où l'on s'attache à porter une attention particulière au sujet dans la littérature juridique, la consultation des écrits se qualifiant à ce titre pourrait laisser croire à l'inexistence de ces personnes. Encore aujourd'hui, ne lit-on pas, d'ailleurs, qu'« en droit, l'hermaphrodite n'existe pas »²²⁶ ?

visite médicale par exemple. À ce sujet, voir notamment Sophie Allard, « Entre deux sexes », *La Presse* (18 octobre 2009) Vivre 3; Pelletier et Bernard, *supra* note 147.

²²⁵ Goubau, *supra* note 33 au para 285.

²²⁶ Nerson et Rubellin-Devichi, *supra* note 45 à la p 841. Cette affirmation est reprise dans Goubau, *supra* note 33 au para 284.

Pourtant, l'intersexualité est loin d'être le fruit d'une fabulation. Selon les estimations, elle pourrait concerner jusqu'à 4 % de la population²²⁷. Ces personnes, qui vivent une réalité probablement plus complexifiée que complexe²²⁸, sont néanmoins ignorées par les juristes. Ne serait-ce qu'en droit, les personnes intersex(ué)es ont une « invisible existence »²²⁹. Le processus menant à la détermination de la mention du sexe devant leur être assignée y est pour quelque chose. En fonction de ce dernier, plus tôt que tard, elles doivent être identifiées comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Le sexe et sa mention ne peuvent être autre chose, ce qui est critiqué dans les communautés de personnes intersex(ué)es. Par exemple, l'activiste Morgan Holmes « question[s] the idea that intersexed genitalia are "ambiguous." The fact that they are neither male nor female makes them clearly intersexed rather than confused or incomprehensible. »²³⁰ Cela dit, le pouvoir juridique n'a que faire de ces observations. Face à l'État, nulle personne ne peut être intersex(ué)e. La prémisse qui est mise de l'avant est la suivante : si l'on s'en donne la peine, en allant au-delà des organes génitaux externes, le véritable sexe de la personne, qui ne peut être que mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») sera découvert.

Cette prémisse, lorsqu'elle est mise à l'épreuve, ne tient cependant pas la route. Il n'y a rien de tel que le véritable sexe de la personne qui puisse être trouvé sur son corps ou à l'intérieur de

²²⁷ Les chiffres avancés varient beaucoup. Chez certains, on parle de 0,1%. Chez d'autres, c'est plutôt 1,7%, voire de 4%. Les taux de prévalence avancés varient en fonction de la définition de l'intersexualité, laquelle n'est pas arrêtée. Voir Fausto-Sterling, *supra* note 41 aux pp 51-54; Kraus et al, *supra* note 46 à la p 8; Karkazis, *supra* note 41 aux pp 22-26; The Senate, *supra* note 46 au para 1.14 et s.

²²⁸ L'activiste Vincent Guillot explique bien le sens de cette distinction pouvant être faite entre les termes « complexifiée » et « complexe » :

Ce n'est pas que vous interrogez mais que vous n'osez pas questionner – votre corps, votre sexe, vos pratiques sexuelles et amoureuses, vos fantasmes et vos phobies. Et cela, de façon récurrente, tant le corps médical comme le milieu universitaire considèrent la question "intersexe" comme extrêmement compliquée. À mon sens, il n'en est rien, c'est vous qui la rendez complexe, vous qui êtes compliqués.

Voir Vincent Guillot, « Me dire simplement » dans Évelyne Peyre et Joëlle Wiels, dir, *Mon corps a-t-il un sexe?*, Paris, La Découverte, 2015, 296 à la p 296.

²²⁹ Vincent Guillot et Janik Bastien-Charlebois, « Intersexualité : une géographie de l'absent » dans Arnaud Alessandrin, dir, *Géographie des homosexualités*, Paris, L'Harmattan, [à paraître] à la p 3 (manuscrit préliminaire).

²³⁰ Holmes, *supra* note 122 aux pp 32-33.

ce dernier. Cette démonstration, je la ferai en exposant ce que les juristes ont affirmé à propos de la détermination de la mention du sexe dans certains contextes d'intersexualité, bien qu'ils n'aient pas été très loquaces sur le sujet. Nous verrons alors que la découverte du véritable sexe de la personne est encadrée par une série de normes qui a au final pour effet de façonner le résultat auquel conduit la recherche menée à cet effet. Tantôt, elles émanent du pouvoir juridique. Tantôt, elles viennent du pouvoir médical. Elles participent toutes, dans les deux cas, à la détermination de la mention du sexe, cela même si à plusieurs égards des doutes peuvent être soulevés quant à leur légalité.

1. La détermination de la mention du sexe en contexte d'intersexualité... selon les juristes

Dans certains contextes d'intersexualité, la procédure générale de détermination de la mention du sexe ne peut trouver application. Les organes génitaux externes du nouveau-né sont perçus comme ambigus. Dès lors, une série de questions se posent²³¹. Que faire dans cette situation où l'examen visuel ayant pour but de traduire la présence d'un pénis ou d'une vulve en termes mâle/masculin (« M ») et femelle/féminin (« F ») s'avère infructueux ? Que faire, considérant que le Législateur n'a pas jugé opportun de préciser ce qu'il entendait par le mot « sexe » aux articles 111 al 2, 115 et 116 al 2 du *Code civil du Québec* ? Que faire, considérant qu'au Québec on ne peut être à la fois identifié comme mâle/masculin (« M ») et femelle/féminin (« F ») ? Que faire, surtout, considérant qu'« en droit, l'hermaphrodite n'existe pas »²³² ?

À la survenance d'une telle situation, la procédure devant être suivie est juridiquement beaucoup plus floue que celle ayant été étudiée dans le premier chapitre de cette thèse. Face aux personnes intersexuées ayant des organes génitaux externes perçus comme ambigus (qui seront désignées

²³¹ Ces questions ont été ciblées dans Sauvé, *supra* note 44 aux pp 170-171.

²³² Nerson et Rubellin-Devichi, *supra* note 45 à la p 841. Cette affirmation est reprise dans Goubau, *supra* note 33 au para 284.

à partir de maintenant comme personnes intersex(ué)es seulement), les outils du juriste son peu utiles. La législation, en effet, se fait silencieuse. La jurisprudence, quant à elle, ne se montre pas éloquente. La doctrine, de son côté, ne semble pas savoir sur quel pied danser. Elle se réfère au savoir médical — à ce dernier de trancher. Tout simplement, le régime juridique applicable à la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois n'a pas été pensé pour traiter de la situation de ces personnes intersex(ué)es ; après tout « en droit, l'hermaphrodite n'existe pas »²³³ faut-il encore une fois le rappeler.

1.1. Le silence de la législation

Premièrement, la revue de la législation applicable au Québec ne peut mener qu'à une seule conclusion : celle-ci se montre silencieuse quant au processus devant être suivi pour qu'une mention de sexe soit assignée aux personnes intersex(ué)es. Tout au plus, elle indique que le sexe doit figurer sur le constat de naissance (article 111 al 2 CcQ), sur la déclaration de naissance (articles 115 al 1 et 116 al 2 CcQ) et sur l'acte de naissance (article 109 CcQ). À cet égard, les observations ayant été faites à la section 2.1. L'insuffisance de la législation peuvent ici être réaffirmées.

1.2. Les bruissements de la jurisprudence

Deuxièmement, la jurisprudence, sans se faire très éloquente, compte en son sein une décision ayant été rendue le 27 avril 2012 : *Adoption — 12104*²³⁴. Celle-ci provient de la Chambre de la jeunesse en matière d'adoption de la Cour du Québec. À défaut d'exposer le cadre juridique applicable, elle permet de constater comment la situation d'un nouveau-né intersexué, qui était en cours d'adoption internationale, a été traitée.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Adoption - 12104*, 2012 QCCQ 10199.

Dans cette affaire, le tribunal était alors appelé à se prononcer sur une requête en reconnaissance d'une décision d'adoption rendue hors Québec. Accessoirement, il lui était aussi demandé de modifier la mention de sexe qui avait été assignée à l'enfant²³⁵, ce qu'il a accepté de faire.

Tant pour les faits qui ont été soumis à l'attention du tribunal que pour les conclusions que ce dernier en a tirées, cette décision est intéressante considérant le contexte qui nous occupe. En effet, alors que X était identifié comme étant de sexe mâle/masculin (« M »), la requête demandait à ce qu'il soit plutôt identifié comme étant de sexe femelle/féminin (« F »). Cette demande était présentée au tribunal parce que X « a[vait] été diagnostiqué comme hermaphrodite vrai [...] »²³⁶, c'est-à-dire que l'on avait trouvé chez lui à la fois des tissus ovariens et des tissus testiculaires²³⁷. Le diagnostic avait été posé dans son pays d'origine (la décision ne mentionne pas le nom du pays en question), mais aussi au Canada par le pédiatre de l'Hôpital A, se trouvant au Québec peut-on déduire de la décision.

Si dans son pays d'origine, la mention de sexe mâle/masculin (« M ») avait été assignée à X, dans son pays d'adoption, on souhaitait voir cette mention changée pour femelle/féminin (« F »). D'où la requête qui était présentée au tribunal, à laquelle il fit droit. Les raisons sur lesquelles sa décision est fondée sont expliquées par le juge Paul Casgrain :

[L]'examen des chromosomes de l'enfant (caryotype) démontre que l'enfant est porteur de chromosomes XX, résultat qui convainc qu'il est de l'intérêt de l'enfant qu'il soit identifié comme étant de sexe féminin.

[...]

Accessoirement, les demandes de changement de noms et d'inscription au registre de l'état civil doivent être accordées. De plus, étant donné le résultat de l'examen

²³⁵ *Ibid* au para 2.

²³⁶ *Ibid* au para 4.

²³⁷ *Dorland's Illustrated Medical Dictionary*, *supra* note 10, *sub verbo* « hermaphroditism ».

des chromosomes de l'enfant, il y a lieu de lui attribuer dorénavant le sexe féminin.

(je souligne)²³⁸

On constate de la lecture de cette décision — la seule, rappelons-le, à avoir été publiée sur le sujet qui nous occupe — que la présence de chromosomes XX a été suffisante pour convaincre le tribunal qu'il en allait de l'intérêt de l'enfant que la mention de sexe femelle/féminin (« F ») lui soit assigné en lieu et place de la mention de sexe mâle/masculin (« M »).

Il semble donc que « l'intérêt de l'enfant intersexe, en ce qui concerne la détermination de la mention du sexe, passerait non pas par l'apparence ou par la fonctionnalité de ses organes sexuels, mais plutôt par son profil génétique. »²³⁹ Cette interprétation a toutefois de quoi étonner. Avec égards pour le raisonnement ayant été adopté par le tribunal, je doute de l'exhaustivité des motifs ayant été présentés. Il faudrait ajouter — c'est une hypothèse — que l'enfant a été diagnostiqué comme « hermaphrodite vrai » par deux médecins dont le savoir a été reconnu par le tribunal, que la requête en question n'était pas contestée et surtout, que le tribunal n'était pas appelé à déterminer la règle générale qui prévaut pour toutes les variantes de l'intersexualité — qui pourrait atteindre, lorsqu'on la considère sous un angle médical, le nombre de soixante-dix²⁴⁰.

Ces éléments contextuels ont probablement eu une influence importante sur la décision ayant été rendue par le tribunal. Autrement, je vois mal comment la décision pourrait tenir la route. Autrement dit, il m'apparaît risqué de tirer de cette décision une règle générale, selon laquelle la présence de chromosomes XX suffit pour qu'il aille de son intérêt que la mention de sexe femelle/féminin « F » lui soit assignée. Il en va de même pour l'enfant porteur de chromosomes XY : je ne crois pas que cette situation de fait suffise pour qu'il soit de son meilleur intérêt de

²³⁸ *Adoption - 12104, supra* note 234 au para 4 et 11.

²³⁹ Sauvé, *supra* note 44 à la p 171.

²⁴⁰ Karkazis, *supra* note 41 à la p 7 (note 4).

l'identifier par la mention de sexe mâle/masculin « M ». En tête, j'ai notamment le cas de Jérémie, présenté dans le magazine *Châtelaine* de novembre 2014 :

Le méat urinaire (ouverture externe de l'urètre) se trouvait le long de la verge plutôt qu'au bout du gland — un défaut appelé "hypospadias", assez fréquent chez les garçons. Mais il y avait plus. L'examen physique révélait la présence d'un seul testicule. L'autre devait se trouver dans l'abdomen.

[...]

Après deux semaines infernales de tests multiples, les résultats sont enfin tombés : sur le plan anatomique, Jérémie est un garçon, avec un pénis, une prostate et un seul testicule. Mais, sur le plan génétique, il est une fille au caryotype 46, XX. La fameuse masse au creux de son bedon qu'on avait d'abord prise pour un testicule est en fait un ovaire.²⁴¹

Suivant la logique présentée dans la décision *Adoption – 12104*²⁴², dans cette situation, parce que Jérémie est porteur des chromosomes XX, il en irait de son meilleur intérêt que la mention de sexe femelle/féminin (« F ») soit assignée. Mais voilà que Jérémie a « un pénis, une prostate et un seul testicule », rapporte-t-on dans le même article. Sachant d'une part l'importance accordée par notre société à l'apparence et la structure des organes génitaux externes et le caractère hautement problématique des traitements médicaux et interventions chirurgicales réalisés dans le but de « normaliser » l'apparence et la structure des organes génitaux des enfants intersexes (j'y reviendrai dans la section 2.2. La légalité douteuse de certains volets du processus menant exceptionnellement à la détermination de la mention du sexe), affirmer qu'une telle situation commande, selon l'intérêt de l'enfant, l'assignation de la mention de sexe femelle/féminin « F » apparaît au pire impensable, au mieux hautement risquée. Ne serait-ce que pour cette raison, je suggère que la décision *Adoption — 12104*²⁴³ ne devrait pas être considérée comme une décision de principe au sujet de la détermination de la mention du sexe.

²⁴¹ Tremblay, *supra* note 221 à la p 87.

²⁴² *Adoption - 12104*, *supra* note 234.

²⁴³ *Ibid.*

Tout au plus est-il possible d'en tirer le postulat général suivant lequel le tribunal se rangera derrière l'opinion médicale, au moins lorsque cette dernière n'est pas remise en question.

Cela dit, la décision *Adoption — 12104*²⁴⁴ se montre intéressante pour le déploiement du cadre juridique qu'elle fait en ce qui a trait à la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois. Elle reprend en effet l'idée selon laquelle le sexe peut être trouvé par une observation plus ou moins attentatoire à l'intégrité de l'enfant. D'ordinaire, les organes génitaux externes témoignent de ce sexe, mais lorsque celui-ci ne permet pas de sécuriser la distinction binaire entre les sujets mâles/masculins (« M ») et femelles/féminins (« F »), une recherche approfondie doit avoir lieu afin de trouver le fondement sur lequel l'incontournable assignation pourra avoir lieu.

En ce sens, dans le cas de X, le témoignage que ses organes sexuels externes offraient (nous ne sommes ni mâles/masculins (« M »), ni femelles/féminins (« F »)) n'a pas été retenu. Il a plutôt fallu aller plus loin, se baser sur une autre caractéristique, qui allait permettre une classification conforme au modèle binaire. Morgan Holmes a beau affirmer que « [t]he fact that they are neither male nor female makes them clearly intersexed rather than confused or incomprehensible », cette évidence proclamée n'a pas été retenue par le tribunal²⁴⁵. Le savoir des médecins ayant été reconnu par le tribunal, l'absence de contestation de la requête et le fait que le tribunal n'était pas appelé à déterminer la règle générale qui prévaut pour toutes les variantes de l'intersexualité ont certainement participé à cette décision, mais il ne faudrait pas négliger, non plus, cette idée selon laquelle « en droit, l'hermaphrodite n'existe pas »²⁴⁶. Dans de tels contextes, une certaine modulation des normes juridiques applicables serait donc acceptable.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ Holmes, *supra* note 122 aux pp 32-33.

²⁴⁶ Nerson et Rubellin-Devichi, *supra* note 45 à la p 841. Cette affirmation est reprise dans Goubau, *supra* note 33 au para 284.

1.3. Les explications de la doctrine

En doctrine, les explications offertes ne sont pas tant différentes. La prise en charge de l'intersexualité fait largement place au savoir médical. Cela peut être observé tant dans la définition de ce qu'est l'intersexualité que dans les pratiques qu'il convient d'adopter pour décider si ces personnes sont de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Dans son ouvrage sur le droit des personnes physiques, le professeur Goubau décrit cette condition comme étant cette situation propre aux personnes qui sont aux prises avec « des anomalies qui affectent certaines composantes du sexe [...] », des « malformations congénitales » et dans certains cas une « imperfection initiale de l'anatomie »²⁴⁷. Il précise que ces « anomalies » peuvent viser « le génotype lui-même ou le sexe génétique ou le sexe chromosomal [...] », « les relations du génotype avec le phénotype gonadique [...] » ou « la subordination à la glande des divers constituants du phénotype sexuel [...] »²⁴⁸. Pour le professeur Goubau, ce n'est donc pas le sens ayant été jusqu'à présent accordé aux catégories mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») qui cloche, mais plutôt le corps des personnes intersex(ué)es.

La compréhension du professeur Goubau à cet égard ne lui est pas propre. S'il est vrai qu'avec la professeure Bureau, nous nous distancions de cette définition, il est aussi vrai que nous ne l'abandonnons pas complètement. L'intersexualité nous apparaissait comme « l'état d'une personne dont les organes génitaux sont difficiles ou impossibles à définir comme mâles ou comme femelles selon les standards habituels »²⁴⁹ en soulignant également que l'intersexualité pouvait « aussi [être] appelée intersexuation ou ambiguïté sexuelle »²⁵⁰. Nous nous penchions

²⁴⁷ Goubau, *supra* note 33 au para 287.

²⁴⁸ *Ibid* au para 311.

²⁴⁹ Bureau et Sauvé, *supra* note 62 à la p 5 (note 1).

²⁵⁰ *Ibid* (note 1).

sur les organes génitaux en tant que tels et non sur les standards qui permettent de les considérer comme ambigus.

Plus récemment, dans un chapitre d'ouvrage collectif, j'utilisais le terme « intersexes » (une déclinaison du terme « intersexualité ») de façon similaire, en ajoutant toutefois à l'équation sa revendication possible par les personnes qu'il vise.

Celui-ci [le terme « intersexes »] a été utilisé pour discuter de la réalité des personnes qui s'identifient comme intersexes, mais aussi comme hermaphrodites ou intersexuées. Il vise en outre les personnes qui, sans s'identifier comme intersexes, hermaphrodites ou intersexuées, sont nées avec des organes génitaux perçus comme ambigus selon les standards médicalement acceptés et appliqués notamment au Québec. Ce choix éditorial n'implique encore une fois aucune volonté d'imposer une identité à quiconque et je le répète : il importe de respecter les termes qu'utilisent les personnes pour s'identifier.²⁵¹

L'intersexualité se référait donc à la situation de ces personnes qui se disaient « intersexes », « hermaphrodites » et « intersexués », mais aussi à celles qui, sans se qualifier comme telles, avaient été ainsi désignées. Poursuivant sur la voie tracée avec la professeure Bureau quelques années auparavant, j'attirais désormais l'attention sur les standards utilisés pour caractériser une personne comme intersex(ué)e. J'affirmais que les organes génitaux n'étaient pas ambigus en eux-mêmes, mais qu'ils étaient *perçus* de cette façon en raison de certains standards juridiques et médicaux. Autrement dit, de façon implicite — avec du recul, peut-être de façon trop implicite — je soulignais, avec cette définition, le rôle primordial que jouaient les standards médicaux dans la qualification d'une personne comme intersex(ué)e, ceux-là mêmes que le pouvoir juridique se réapproprie subtilement.

En doctrine, les définitions de l'intersexualité ont donc généralement misé sur le corps des personnes intersex(ué)es. Le cadre d'analyse à l'aide duquel ces personnes ont ainsi été considérées a cependant fait l'objet de peu de discussions. Il en va de même du processus devant

²⁵¹ Sauvé, *supra* note 44 à la p 165.

être suivi pour qu'une décision quant au sexe (et la mention qui s'y rattache) soit prise. À l'instar de la législation et de la jurisprudence, la doctrine ne se montre pas très utile pour comprendre comment le tout fonctionne. Tout au plus, elle reprend avec certaines nuances le raisonnement ayant été articulé dans la section 2. Le processus menant généralement à détermination de la mention du sexe. Selon le professeur Goubau, « [t]oute personne, même si elle présente des anomalies organiques, est obligatoirement rattachée, à la naissance, à l'un des deux sexes : 'en droit, l'hermaphrodite n'existe pas.' »²⁵² Il s'en suit que l'accoucheur ne peut refuser de répondre à la question de savoir si l'enfant doit être identifié comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Il ne peut, non plus, se contenter d'indiquer sur le constat de naissance que l'enfant est une personne intersex(ué)e²⁵³. Une mention doit être assignée et celle-ci doit obligatoirement être mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Les questions « que faire » exposées au tout début de cette section demeurent alors entières : que faire dans cette situation où l'examen visuel ayant pour but de traduire la présence d'un pénis ou d'une vulve en termes mâle/masculin (« M ») et femelle/féminin (« F ») s'avère infructueux ? Que faire, considérant que le Législateur n'a pas jugé opportun de préciser ce qu'il entendait par le mot « sexe » aux articles 111 al 2, 115 et 116 al 2 du *Code civil du Québec* ? Que faire, considérant qu'au Québec on ne peut être à la fois identifié comme mâle/masculin (« M ») et

²⁵² Nerson et Rubellin-Devichi, *supra* note 45 à la p 841. Cette affirmation est reprise dans Goubau, *supra* note 33 au para 284. Dans le même sens, voir Bureau et Sauvé, *supra* note 62 à la p 8.

²⁵³ Une telle information pourrait toutefois apparaître sur le formulaire *SP-1 – Bulletin de naissance vivante* en vertu du *Règlement d'application de la Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes et des tissus et la disposition des cadavres*, *supra* note 128, Annexe 1. En effet, la mission de recevoir certaines informations relatives aux accouchements n'est pas seulement accordée au directeur de l'état civil. Le ministre de la Santé et des Services sociaux doit également être mis au courant des naissances ayant lieu au Québec. Celui-ci est chargé, en vertu de l'article 44 de la *Loi sur la santé publique*, de maintenir et établir un système de collecte de renseignements sociosanitaires portant notamment sur les naissances et les mortinaissances. Voir *Loi sur la santé publique*, *supra* note 128, art 44. La gestion de la collecte des informations est toutefois confiée à l'Institut de la statistique du Québec, et ce, même si la mention « Gestion confiée au Bureau de la statistique du Québec » apparaît sur les formulaires. En effet, le Bureau de la statistique du Québec n'est plus. C'est l'Institut de la statistique du Québec qui a pris la relève, en vertu de la *Loi sur l'Institut de la statistique du Québec*, *supra* note 19, art 55, entré en vigueur le 1er avril 1999 (décret), (1999) 131 GO II, 643. Il faut donc comprendre que la gestion du formulaire est confiée non pas au Bureau de la statistique du Québec, mais plutôt à l'Institut de la statistique du Québec. Par ailleurs, une version plus récente de ce formulaire, datée de 2007, serait désormais utilisée, mais il ne m'a pas été possible d'en obtenir une copie. Quoi qu'il en soit, ce qui importe, c'est de relever la présence de trois possibilités en ce qui concerne la mention de sexe de l'enfant né, soit « Masculin », « Féminin » et « Indéterminé ». Cette dernière mention, toutefois, ne saurait se trouver sur les documents relatifs à l'état civil.

femelle/féminin (« F ») ? Que faire, surtout, considérant qu'« en droit, l'hermaphrodite n'existe pas »²⁵⁴ ? Voilà des questions qui largement restent sans réponse.

Pour autant, cela ne signifie pas que la doctrine s'est gardée de proposer quelque voie alternative pouvant faciliter la réponse à ces questions. Par exemple, selon le professeur Goubau, il faudrait se fonder sur la génétique de l'enfant.

Si, par suite d'une malformation, l'examen physiologique est insuffisant, un bilan cytogénétique (caryotype) permettra d'établir le véritable sexe de l'enfant, le sexe génétique, pour sa part, étant immuable.²⁵⁵

Cependant, avec raison, l'auteur ne conclut pas à la nécessité de procéder à ce bilan. Juridiquement, il n'est pas exigé. La seule obligation de l'accoucheur, c'est d'assigner à l'enfant une mention de sexe, qui sera soit mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »).

N'empêche, on ne peut ignorer le fait que le raisonnement du professeur Goubau s'inscrit en harmonie avec celui du tribunal dans l'affaire *Adoption — 12104*²⁵⁶. D'un côté, si l'examen montrait que l'enfant était porteur des chromosomes XX, la mention de sexe femelle/féminin (« F ») lui serait assignée. D'un autre côté, si l'examen montrait que l'enfant était porteur des chromosomes XY, la mention de sexe mâle/masculin (« M ») lui serait alors assignée. Mais que se passerait-il dans l'éventualité où l'examen révélerait plutôt que l'enfant est porteur des chromosomes XXY²⁵⁷ ou XO²⁵⁸ ? Quel serait alors son véritable sexe, considérant l'immutabilité du sexe génétique, d'une part, mais aussi l'inexistence, en droit, de

²⁵⁴ Nerson et Rubellin-Devichi, *supra* note 45 à la p 841. Cette affirmation est reprise dans Goubau, *supra* note 33 au para 284.

²⁵⁵ Goubau, *supra* note 33 au para 286. Cette possibilité a également reçu l'aval de Bureau et Sauvé, *supra* note 62 à la p 8.

²⁵⁶ *Adoption - 12104*, *supra* note 234.

²⁵⁷ Dans ce cas, un diagnostic de syndrome de Klinefelter pourra être posé. Voir par exemple Fausto-Sterling, *supra* note 41 à la p 52.

²⁵⁸ Dans ce cas, un diagnostic de syndrome de Turner pourra être posé. Voir par exemple *Ibid.*

l'hermaphrodite ? Nous voilà donc de retour à la case départ... mais aussi à la frontière de ce qu'a proposé, jusqu'à présent, la doctrine québécoise. Son message, en définitive, semble ainsi être que c'est au corps médical de se débrouiller pour dire que l'enfant est de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »)²⁵⁹, peu importe le résultat divergent auquel pourrait conduire quelque analyse que ce soit.

2. La détermination de la « mention du sexe » en contexte d'intersexualité... selon les professionnels de la santé

Jusqu'à présent, une revue de la législation, la jurisprudence et la doctrine n'a pas permis de cerner précisément la procédure devant être suivie lorsqu'il s'agit d'assigner à une personne présentant des organes sexuels ne répondant pas aux standards médicalement acceptés et appliqués notamment au Québec. L'encadrement juridique de cette assignation reste trouble. Ce qui est clair, toutefois, c'est qu'une mention de sexe, qui ne peut être que mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») doit être assignée — peu importe l'apparence ou la structure corporelle de l'enfant visé par cette assignation faut-il souligner à très grands traits.

Ce faisant, il n'est pas inutile, pour comprendre la situation telle qu'elle est vécue au Québec, de s'intéresser aux pratiques adoptées dans les hôpitaux — là où la majorité des naissances survient²⁶⁰ —, d'autant plus que ces dernières mettent sérieusement sous tension les libertés et les droits des personnes intersex(u)ées. Ceci étant dit, avant d'aborder le processus menant à la décision quant à la mention du sexe devant être assignée au nouveau-né et à l'opportunité de procéder ou non à la reconstruction de ces organes génitaux, j'insisterai sur ma totale incompétence pour évaluer si d'un point de vue médical ces décisions peuvent se justifier. Le regard que je pose est celui d'un juriste et cela il ne faut pas l'oublier.

²⁵⁹ Sauvé, *supra* note 44 aux pp 171 et s.

²⁶⁰ Selon Statistiques Canada, en 2008, 99,6% des naissances se sont déroulées en milieu hospitalier ! Voir Statistiques Canada, *supra* note 149.

2.1. Le mystère associé au processus

Dans une large mesure, le processus menant exceptionnellement à la détermination de la mention de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« M ») relève du mystère. Les professionnels de la santé diffusent en effet très peu d'informations à ce sujet. Il est donc difficile de savoir ce qui se produit précisément derrière les murs des hôpitaux au Québec. Certaines informations, ici et là, ont cependant été communiquées. La plupart étaient destinées au grand public. C'est à l'aide de ces dernières que je tenterai d'y voir plus clair. Pour cette raison, une mise en garde s'impose. Il est possible qu'elles ne présentent pas la situation avec toutes les nuances imaginables. À cet égard, il aurait été pertinent de réaliser une étude empirique sur le sujet. Pour des raisons d'ordre méthodologiques, j'ai préféré m'en abstenir et procéder à l'analyse des sources qui déjà avaient été publiées sur le sujet. Par moments, aussi, dans le but d'explicitier le raisonnement qui semble se dégager du milieu médical québécois, j'aurai recours à une littérature étrangère au Québec. Celle-ci n'est pas invoquée à titre de preuve permettant d'étayer l'expérience québécoise, mais plutôt comme une explication possible de cette expérience. C'est donc avec ces limites en tête que je me pencherai, dans un premier temps, sur la décision relative au sexe du nouveau-né et dans un deuxième temps, sur celle qui se rapporte à l'opportunité de procéder à la reconstruction de ses organes génitaux.

2.1.1. La décision relative au sexe du nouveau-né

Commençons à traiter du mystère entourant la décision relative au sexe de la personne intersex(ué)e en exposant que l'intersexualité est présentée aux parents²⁶¹ à l'aide de termes techniques. Les mots « intersexe », « intersexué » et « hermaphrodite », de même que leurs

²⁶¹ Afin de faciliter la lecture de cette thèse, je référerai au(x) parent(s) en utilisant le pluriel. Si je suis tout à fait conscient qu'un tel choix éditorial a pour conséquence de rendre invisible la situation des familles monoparentales, je souhaite ici préciser que cette conséquence ne relève, d'aucune façon, de mon intention. Dans ce contexte, lorsque dans cette thèse je réfère aux « parents », ce terme doit être compris comme incluant la situation des familles monoparentales, à moins que le contexte de la phrase n'invite à une interprétation différente.

variantes, ne sont pas utilisés. L'expression « désordre du développement sexuel » est préférée, à laquelle le nom d'un diagnostic précis est parfois accolé²⁶².

Cette condition affectant l'enfant paraît importante et grave. Dans un article paru dans *Le Devoir*, la journaliste Pauline Gravel présentait la façon avec laquelle une gynécologue-obstétricienne était susceptible d'en informer les parents : « [c]'est alors qu'arrive la gynécologue-obstétricienne, le visage un peu plus grave qu'à l'habitude. Elle annonce aux parents que leur enfant est atteint du syndrome de résistance complète aux androgènes. »²⁶³ Cela bouleverserait les parents, de dire la journaliste²⁶⁴.

Parallèlement à la découverte de l'intersexualité de l'enfant et son annonce aux parents, un tout autre processus se déroule, celui de l'exclusion. Impossible de savoir sans pousser les recherches si l'enfant est un garçon ou une fille. Sachant cela, mais aussi en considérant « qu'« [o]n est [généralement vu comme] [...] une femme essentiellement parce que l'on n'est pas un homme, et pour échapper au monstrueux de l'inhumain »²⁶⁵, cet être est perçu comme anormal, voire un *monstre*²⁶⁶ ou un *outsider*²⁶⁷. Son sexe, à tout le moins, doit faire l'objet d'une normalisation. En l'attente d'une réponse claire, nette et précise, une *période du pas question* est mise en place. Pas question de pervertir l'enfant en lui accolant des stéréotypes de genre rattachés à l'une ou

²⁶² Par exemple, consulter Machado, *supra* note 216.

²⁶³ Pauline Gravel, « Entre le X et le Y, des êtres humains », *Le Devoir* (14 septembre 2013) A6 à la p A6. J'écris « susceptible » puisqu'à la lecture de l'article, il est incertain que cette situation se soit effectivement déroulée. En outre, bien qu'il soit question, dans cette citation, du syndrome de résistance complète aux androgènes, l'on imagine que la situation aurait été similaire si un autre diagnostic avait été concerné.

²⁶⁴ *Ibid.* Un médecin australien va même jusqu'à affirmer que la nouvelle est aussi dévastatrice que l'annonce d'une mort périnatale : « Genital ambiguity in a baby is almost as devastating in the delivery room as a perinatal death »! Cette affirmation a été notamment reprise dans The Senate, *supra* note 46 à la p 1.51 (note omise). L'originale peut être trouvée dans John M Hutson, « The neonate with ambiguous genitalia » dans John M Hutson, Gary L Warne et Grovers, dir, *Disorders of Sex Development : An Integrated Approach to Management*, Berlin, Springer-Verlag, 2012 à la p 103.

²⁶⁵ Daoust, *supra* note 11 à la p 172.

²⁶⁶ Le terme est emprunté de Michel Foucault, *Les anormaux: cours au Collège de France (1974-1975)*, Paris, Gallimard : Seuil, 1999 à la p 58.

²⁶⁷ Le terme est emprunté d'Howard S Becker, *Outsiders. Études de sociologie de la déviance*, traduit par Jean-Pierre Briand et Jean-Michel Champoulié, Paris, Éditions A-M Métailié, 1985.

l'autre des deux seules mentions de sexe possibles. Pas question, non plus, de pervertir les stéréotypes de genre rattachés à l'une ou l'autre des deux seules mentions de sexes possibles en leur prêtant un enfant jugé anormal. Le respect de la binarité sexuelle est primordial. C'est l'enfant qui doit être remis en question, pas la frontière établissant la distinction entre les catégories de sexe possibles et, surtout pas, le régime même de catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois²⁶⁸.

Cette *période du pas question* peut même se traduire visuellement sur le carton permettant d'identifier l'enfant dans son berceau. D'ordinaire, celui-ci est de couleur rose si l'enfant reçoit la mention de sexe femelle/féminin « F » et bleu s'il reçoit la mention de sexe mâle/masculin « M »²⁶⁹. Mais s'il est temporairement identifié comme une personne intersex(ué)e, c'est un carton blanc qui est utilisé²⁷⁰.

²⁶⁸ Au sujet de la prise en charge de l'enfant intersexué, Katrina Karkazis écrit notamment :

clinicians often rush to stabilize the sex of infants with intersex diagnoses. The urgency of this undertaking, to which parents no doubt contribute, all too often overrides the joy of the birth, as an infant may be whisked away for medical tests before the parents have had any chance to bond with their baby. Parents may be discouraged from naming their baby before a gender assignment is made. To avoid using gendered pronouns, clinical caregiver may refer to the newborn as 'the baby'. Because the announcement of sex is usually considered a prerequisite to naming a child, which is turn a prerequisite to filling a legal notice of the birth, there is a sense in which biology determines – or confuses – the newborn's entire social and legal identity. Physically alive but denied sex and name, the infant has no social existence. Personhood depends on gender assignment.

Voir Karkazis, *supra* note 41 à la p 96 (note omise).

²⁶⁹ Au passage, il est intéressant de se souvenir que le bleu était autrefois une couleur *de filles*, alors que le rose une couleur *de garçons*.

Jusqu'au XXe siècle, la couleur des vêtements ne diffère pas significativement selon le sexe de l'enfant. La couleur commune était le blanc car les vêtements étaient bouillis pour des raisons d'hygiène. Lorsqu'il y avait des couleurs, le blanc et le bleu – couleur de la vierge – revenaient plutôt aux filles, et le rose ou le rouge « sanguin » aux garçons.

Voir Laure Bereni et al, *Introduction aux Gender Studies. Manuel des études sur le genre*, Bruxelles, de Boeck, 2008 à la p 92. Les explications, bien qu'elles visaient spécifiquement le contexte français, trouvent également application au Québec.

²⁷⁰ Katrina Karkazis rapporte dans son ouvrage l'histoire de parents qui ont vu deux cartons placés sur le berceau, l'un indiquant « 'I'm a boy' », l'autre « 'I'm a girl' ». Voir Karkazis, *supra* note 41 à la p 96.

Il arrive que le sexe d'un bébé, à sa naissance, fasse l'objet d'un doute et que le petit carton blanc remplace le carton rose ou bleu sur le berceau d'hôpital. C'est ce qui est arrivé à la petite Amélie (*Les prénoms ont été changés), 2 ans et demi, née avec une ambiguïté sexuelle.²⁷¹

L'anormalité perçue du corps de l'enfant se trouve donc inscrite sur son berceau. Les personnes jetant un regard en sa direction peuvent ainsi noter facilement sa différence : inutile de fouiller sa couche. Cela semble relever du paradoxe, puisque de façon générale, les diagnostics accompagnant l'intersexualité viennent avec de fortes recommandations de confidentialité²⁷²... Quoi qu'il en soit, l'on voit bien qu'il n'est pas question de laisser un enfant pour qui la mention du sexe n'a pas encore été déterminée pervertir la pureté de la nette distinction entre les genres et ce, même si les couleurs bleue et rose ne sont pas l'apanage des garçons (mâle/masculin) et des filles (femelle/féminin).

En marge de ce processus d'exclusion se met en place un branle-bas de combat médical : il est urgent de déterminer le sexe de l'enfant²⁷³. Mais voilà, cette tâche pose problème : l'enfant

²⁷¹ Sarah Poulin-Chartrand, « Naître un peu garçon et un peu fille », *Enfants Québec* (5 février 2014), en ligne : Enfants Québec <<http://enfantsquebec.com/2014/02/05/ambiguite-sexuelle-peu-garcon-peu-fille/>> (consulté le 27 février 2014). Cela rappelle ce que la psychanalyste française Anne-Marie Rajon décrivait à propos de la situation française :

À la sidération initiale, succède une désorganisation générale englobant à la fois les parents et les soignants. Le rituel établi qui accompagne toute naissance se désagrège immédiatement. Les bracelets d'identification, que l'on scelle d'ordinaire au bras du bébé, roses pour les filles et bleus pour les garçons, sont inutilisables. Inutilisable également le carré blanc sur lequel on a coutume d'écrire au stylo indélébile le prénom du bébé. Il faut improviser, fabriquer un bracelet de couleur neutre, et inscrire sur la plaque d'identité seulement le nom de famille du nouveau-né.

Voir Anne-Marie Rajon, « L'épreuve corporelle: l'intersexualité à la naissance » dans Claire Neirinck, dir, *L'état civil dans tous ses états*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2008, 71 à la p 72. La période du pas question, telle que précédemment présentée, semble donc également s'appliquer dans l'Hexagone...

²⁷² Voir notamment Kraus et al, *supra* note 46 à la p 7. En référence à cette confidentialité prônée, on lira parfois « politique du silence ». Par exemple, lire Tremblay, *supra* note 221 à la p 88.

²⁷³ « Puisque l'ambiguïté sexuelle est une urgence médicale et psychologique complexe, l'enfant doit être dirigé sans retard vers une équipe spécialisée », lit-on dans Van Vliet et Franc-Guimond, *supra* note 145 à la p 137. Cette urgence associée à la détermination de la mention du sexe trouverait comme origine, au sein des pratiques médicales adoptées, la thèse de John Money. L'*Australian Human Rights Commission* l'a résumée de façon suivante : « [i]n the 1950s, Dr John Money, a psychologist, believed that children are born without a fixed gender identity. According to this view, it was possible to make the genitalia appear male or female and the child could then be raised as a boy or a girl. » Voir *Surgery on intersex infants and human rights*, Australian Human Rights Commission, 2009, en ligne : <<https://www.humanrights.gov.au/surgery-intersex-infants-and-human-rights->

présente des caractéristiques sexuelles ambiguës selon les standards médicalement acceptés et appliqués notamment au Québec²⁷⁴. Pour cela, l'apparence et la structure de ses organes génitaux ne permettent pas de le rattacher à la mention mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Une recherche approfondie doit donc être menée. Comme il a été vu plus tôt, l'enfant ne saurait être reconnu officiellement comme une personne intersex(ué)e²⁷⁵.

Afin de vaincre l'ambiguïté et déterminer de quelle mention de sexe l'enfant doit être identifié, une équipe multidisciplinaire se forme. Celle-ci est « composée de généticiens, d'endocrinologues, de néonatalogistes, de chirurgiens et de psychologues »²⁷⁶, donc de professionnel-le-s de la santé, malgré la multidisciplinarité annoncée. Cette « armada de spécialistes se mobilise pour trouver ce qui cloche chez lui [ndlr : l'enfant] et préciser sa "structure" interne. »²⁷⁷ La recherche se penche donc sur plusieurs de ses caractéristiques corporelles. Certains facteurs entrent en ligne de compte, dont « la fertilité potentielle de l'enfant dans les situations où on le désignerait fille ou garçon »²⁷⁸, « la faisabilité technique d'en faire

2009> (consulté le 18 juin 2015). Même sans connaissances médicales particulières, cette utilisation de la thèse de Money fait sourciller. Depuis plusieurs années déjà, elle est remise en question. Pour illustrer ces remises en question, on peut certainement penser à la tristement célèbre affaire de David Reimer, mais aussi aux écrits de la philosophe Judith Butler. Voir John Colapinto, *As nature made him: the boy who was raised as a girl*, New York, HarperCollins, 2001; Judith Butler, *Défaire le genre. Nouvelle édition augmentée*, traduit par Maxime Cervulle, Paris, Amsterdam, 2012, chapitre intitulé « Rendre justice à David : réassignation de sexe et allégories de la transsexualité ».

²⁷⁴ L'un des numéros pour iPad du magazine *Châtelaine* présente quelques-unes des situations d'intersexualité les plus fréquentes. Voir Tremblay, *supra* note 221 (édition pour iPad).

²⁷⁵ D'autres ne sont pas de cet avis, par exemple Holmes, *supra* note 122 aux pp 32-33.

²⁷⁶ Gravel, *supra* note 263 à la p A6. Voir aussi Tremblay, *supra* note 221 aux pp 90, 92. À titre indicatif, consulter les *Clinical Guidelines for the Management of Disorders of Sex Development in Childhood*. Ces dernières proposent une liste de professionnel-le-s de la santé qui en raison de leur champ d'expertise, devraient faire partie de l'équipe multidisciplinaire. Voir Consortium on the Management of Disorders of Sex Development, *Clinical Guidelines for the Management of Disorders of Sex Development in Childhood*, Rohnert Park, Intersex Society of North America, 2006 à la p 10, en ligne : <<http://www.dsdguidelines.org/files/clinical.pdf>> (consulté le 10 novembre 2014).

²⁷⁷ Tremblay, *supra* note 221 à la p 90.

²⁷⁸ Gravel, *supra* note 263 à la p A6.

un garçon ou une fille [si les organes génitaux externes sont ambigus] »²⁷⁹ ainsi que « la vie [hétéro]sexuelle qu'aura cette personne après l'intervention »²⁸⁰.

Ces examens permettent à l'équipe multidisciplinaire d'évaluer la condition de l'enfant et de formuler une recommandation aux parents quant à la mention de sexe que devrait recevoir l'enfant²⁸¹. Les médecins Guy Van Vliet et Julie Franc-Guimond expliquent que « [l]a présence ou l'absence de gonades palpables, de façon unilatérale ou bilatérale, détermine l'orientation du diagnostic différentiel, les gonades palpables étant presque toujours des testicules. »²⁸² Viennent ensuite certaines questions :

1. « Quel est le sexe génétique ? »²⁸³
2. « Quel est le sexe gonadique ? »²⁸⁴
3. « Quel est le sexe phénotypique ? »²⁸⁵

En fonction des informations découvertes par l'équipe multidisciplinaire, une idée plus précise de la mention de sexe qui sera attribuée à l'enfant se forme.

2.1.2. La décision relative à la reconstruction génitale

Vient alors la discussion avec les parents de l'enfant. Ces derniers ont leur mot à dire. « "On jongle avec le désir des parents et l'avenir de l'enfant pour voir ce que nous, médecins, pouvons

²⁷⁹ *Ibid.* Une approche où les traitements et chirurgies cosmétiques sont envisagés serait toutefois propre au CHU Sainte-Justine, si du moins on compare cet établissement de santé à l'Hôpital de Montréal pour enfants. Voir Tremblay, *supra* note 221 à la p 92.

²⁸⁰ Gravel, *supra* note 263 à la p A6.

²⁸¹ Tremblay, *supra* note 221 à la p 92.

²⁸² Van Vliet et Franc-Guimond, *supra* note 145 à la p 137.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ *Ibid* à la p 138.

²⁸⁵ *Ibid.*

offrir", précise la Dre Deal. »²⁸⁶ Le processus est parfois complexe, notamment dans ces cas où les différences culturelles sont marquées²⁸⁷. N'empêche, l'assignation d'une mention de sexe ne semble pas avoir lieu dans de tels contextes sans que l'équipe multidisciplinaire consulte les parents²⁸⁸. En plus de s'enquérir de leur opinion, elle répond à leurs différentes questions²⁸⁹.

²⁸⁶ Tremblay, *supra* note 221 à la p 90.

²⁸⁷ C'est ce qu'expliquait Sarah Poulin-Chartrand dans la *Gazette des femmes* :

Au passage, elle [la Dre Cheri Deal] évoque un élément très délicat avec lequel les médecins doivent composer : les différences culturelles. "Il faut tenir compte de l'attitude des parents. Dans une culture qui valorise la fertilité, par exemple, faut-il opter pour le sexe qui a le plus de chances d'être fertile? De même, certaines cultures valorisent beaucoup plus la place du garçon. Est-ce qu'on a le droit, nous qui venons d'une culture différente, de dicter aux parents et à l'enfant ce qu'ils devront vivre? Ça ajoute une couche de complexité."

Voir Sarah Poulin-Chartrand, « Un sexe de force », *Gazette des femmes* (29 août 2013), en ligne : <http://www.gazettedesfemmes.ca/6976/un-sexe-de-force/>.

²⁸⁸ Un article paru dans le journal *Le Nouvelliste* de Trois-Rivières permet cependant de nuancer cette affirmation suivant laquelle les parents participent aux discussions visant l'assignation de sexe à l'enfant. Ou, à tout le moins, la consultation des parents n'a pas toujours été réalisée comme telle.

Il s'est écoulé trois interminables semaines avant que les parents de Kevin connaissent le verdict des médecins, trois semaines durant lesquelles le bébé né avec une ambiguïté sexuelle a été soumis à une batterie de tests au Centre hospitalier de l'Université Laval.

"On m'a finalement appelée un vendredi soir pour me dire de me présenter à Québec le lundi suivant. Ils avaient pris une décision. Mon enfant serait une fille et je devais lui trouver un nouveau prénom", décrit, encore éberluée, Hélène Richard.

Les spécialistes lui ont expliqué qu'il s'agissait d'un bébé hermaphrodite et qu'il était plus facile d'en faire une fille. C'est du moins ce que la Trifluvienne alors âgée de 22 ans en a déduit. La jeune femme a surtout compris qu'elle était devant un fait accompli et que son instinct maternel importait peu finalement.

(je souligne)

Voir Isabelle Légaré, « Maude, ni fille ni garçon », *Le Nouvelliste* (13 avril 2013) 2 à la p 3.

²⁸⁹ À cet effet, la journaliste Mylène Tremblay rapportait dans le magazine *Châtelaine* les propos de l'urologue Anne-Marie Houle :

Pour les parents, "c'est une bombe qu'on doit désamorcer", illustre Anne-Marie Houle, urologue au CHU Sainte-Justine, qui prend en charge ces petits patients. "Toutes sortes de questions passent par la tête des parents. Comment vais-je l'habiller? Ira-t-il dans les toilettes des filles ou des garçons? Quelle sorte d'avenir l'attend?"

Voir Tremblay, *supra* note 221 à la p 87. « [L]es parents veulent avant tout éviter des souffrances à leurs enfants », rappelait par ailleurs le Dr Guy Van Vliet. Voir Poulin-Chartrand, *supra* note 271. Cependant, selon Katrina Karkazis, les parents auraient parfois de la difficulté à accéder aux informations pertinentes à la prise de décision quant à la mention de sexe devant être assignée à leur enfant. Elle écrit :

Cette période trouble, qui peut s'étirer sur plusieurs jours, voire plusieurs semaines²⁹⁰, est décrite comme un cauchemar, tant par les médecins que par les parents de l'enfant concerné²⁹¹. À terme, la décision de l'identifier comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») est prise.

Ce n'est qu'à partir de ce moment que les traitements médicaux et les interventions chirurgicales destinés à *normaliser* l'apparence et la structure de ses organes génitaux seront susceptibles d'être entrepris²⁹². Une multitude de raisons sont avancées pour y avoir recours : satisfaire les parents²⁹³, favoriser le développement d'une bonne estime de soi²⁹⁴, faire de l'enfant un vrai

Parents faced with a decision about gender assignment for their baby frequently recount great difficulties in gaining access to information to help them understand what is happening and in some cases to assist in making gender-assignment decisions.

Voir Karkazis, *supra* note 41 à la p 123.

²⁹⁰ Rappelons notamment que dans la situation de Jérémie, explicitée à la section 1.2. Les bruissements de la jurisprudence de ce chapitre, les résultats des différents examens ont pris deux semaines à tomber.

²⁹¹ Karkazis, *supra* note 41 à la p 123. À titre d'illustration, voir également Légaré, *supra* note 288 à la p 3; Tremblay, *supra* note 221 à la p 87.

²⁹² Il ne s'agit toutefois pas là des seules interventions chirurgicales possibles. Selon Suzanne J Kessler :

Physicians describes all genital surgery on intersexed infants as necessary. Yet there are at least three categories of distinguishable genital surgery:

1. that which is *lifesaving* – for example, a urethra is rerouted so that the infant can pass urine out his or her body
2. that which *improves the quality of life* – for example, the urethral opening is redesigned so that a child can eventually urinate without spraying urine on the toilet seat; and
3. that which is *aesthetic* – for example, the small penis is augmented so that the (eventual) man will feel that he looks more manly.

Voir Kessler, *supra* note 41 à la p 34.

²⁹³ Sophie Allard, « Opérer ou pas? », *La Presse* (18 octobre 2009) Vivre 3; Poulin-Chartrand, *supra* note 270; Poulin-Chartrand, *supra* note 287; Tremblay, *supra* note 221 à la p 90; Gravel, *supra* note 263; Karkazis, *supra* note 41 aux pp 155, 158, 201-202; Charlotte Greenfield, « Should We “Fix” Intersex Children », *The Atlantic* (8 juillet 2014), en ligne : [The Atlantic <http://www.theatlantic.com/health/archive/2014/07/should-we-fix-intersex-children/373536/>](http://www.theatlantic.com/health/archive/2014/07/should-we-fix-intersex-children/373536/) (consulté le 8 juillet 2014). Les *Clinical Guidelines for the Management of Disorders of Sex Development in Childhood* reconnaissent également que l'intervention sur l'enfant sert parfois à soulager la détresse des parents, même si cela n'est pas l'objectif principalement recherché. Voir Consortium on the Management of Disorders of Sex Development, *supra* note 276 à la p 28.

²⁹⁴ Karkazis, *supra* note 41 à la p 155.

homme ou une vraie femme²⁹⁵, réduire dans certains cas les risques de développer un cancer²⁹⁶, favoriser la guérison²⁹⁷, limiter le traumatisme potentiel des traitements médicaux et des interventions chirurgicales²⁹⁸, faciliter la transition de l'enfant vers l'âge adulte²⁹⁹, compléter le processus d'assignation de genre³⁰⁰, renforcer l'assignation de sexe choisie³⁰¹ et encore éviter à l'enfant de faire un choix difficile plus tard³⁰².

Ces traitements médicaux et interventions chirurgicales se déroulent sans que le régime juridique applicable à la catégorisation du sexe n'en fasse une obligation. Tout ce que le législateur québécois a fait en cette matière, c'est charger l'accoucheur de la mission d'identifier le sexe de l'enfant sur le constat de naissance (article 111 al 2 CcQ) et le(s) déclarant(s) d'en faire autant sur la déclaration de naissance (articles 115 et 116 al 2 CcQ). Le professeur Goubau écrit certes que « [d]ans certains cas, un traitement médical ou chirurgical permettra de lever

²⁹⁵ *Ibid* aux pp 100 et s, 201-202; Greenfield, *supra* note 293. On notera également ce qu'écrit Alice Domurat Dreger:

Today operations are often performed very early on hypospadiac penises, in part because it is considered very important that a boy be able to urinate standing up, and relatively large clitorises are often surgically reduced because it is generally considered inappropriate for girls to have large clitorises. While these cases may not officially be labeled cases of intersexuality, the genitalia are treated as cosmetically troublesome.

Voir Dreger, *supra* note 41 aux pp 39-40.

²⁹⁶ Greenfield, *supra* note 293.

²⁹⁷ Karkazis, *supra* note 41 aux pp 135, 158.

²⁹⁸ *Ibid* aux pp 158, 201.

²⁹⁹ *Ibid* aux pp 158, 204.

³⁰⁰ *Ibid* aux pp 155, 202.

³⁰¹ De façon intéressante, les *Clinical Guidelines for the Management of Disorders of Sex Development in Childhood* présentent cette raison pour laquelle des traitements et chirurgies sont entrepris comme chose du passé :

Past practice favored the use of surgery to reinforce initial gender assignment. This included operations aimed at making genitalia look more cosmetically normal and the removal of gonadal tissue at odds with the initial gender assignment. For the following reasons, the emerging approach², calls for delaying elective surgeries until the patients themselves can participate in decision-making [...]

Voir Consortium on the Management of Disorders of Sex Development, *supra* note 276 à la p 28 (notes omises). Cette raison d'intervenir sur le corps de l'enfant semble toutefois encore d'actualité, à en croire la documentation présentée ci-dessus et ci-dessous portant sur la situation telle que vécue au Québec.

³⁰² Karkazis, *supra* note 41 à la p 202.

l'ambiguïté »³⁰³, mais d'aucune façon le droit n'exige qu'une telle *correction* soit appliquée au corps de l'enfant. De surcroît, comme je l'expliquerai ci-après, elle est probablement illégale, ce qui n'empêche pas leur survenance.

Les sources consultées dans la rédaction de ce chapitre n'ont permis de relever aucun protocole d'intervention spécifique, mais la volonté d'intervenir sur le corps de l'enfant semble être conditionnée par l'importance de l'ambiguïté perçue. « "Quand l'ambiguïté est peu visible, nous suggérons d'attendre. Nous sommes plus circonspects », affirmait le Dr Guy Van Vliet³⁰⁴. Il semble alors que les corps dérogeant sensiblement aux standards médicalement acceptés et appliqués notamment au Québec sont moins susceptibles d'être normalisés que ceux qui s'y en écartent de façon plus importante. « Devant un cas d'ambiguïté génitale sévère, les parents ne refusent jamais de faire opérer leur nourrisson" », précise le Dr Van Vliet, non pas sans s'être assuré, d'abord, de leur compréhension des enjeux en place³⁰⁵. Une telle approche permet d'améliorer l'intelligibilité des corps au regard des standards sur laquelle la différenciation sexuelle se déploie.

L'éventail des traitements médicaux et des interventions chirurgicales possibles est assez important. Il est question de la « construction d'un vagin, séparation des grandes lèvres ayant fusionné, clitoroplastie pour diminuer la taille du clitoris, etc. »³⁰⁶ Essentiellement, il s'agit de rendre le corps plus conforme aux standards médicalement acceptés et appliqués notamment au Québec ; de le rendre, en d'autres termes, intelligible en application des normes de genre qui caractérisent le sexe dans notre société. Selon ces standards, il est préférable que l'enfant ayant reçu une mention de sexe femelle/féminin (« F ») ait un corps ayant une apparence et une structure jugées féminines — le cadre de référence étant les standards médicalement acceptés et appliqués au Québec. En d'autres termes, l'apparence et la structure de la vulve doivent se

³⁰³ Goubau, *supra* note 33 au para 287.

³⁰⁴ Allard, *supra* note 293.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ Poulin-Chartrand, *supra* note 271.

présenter comme les plus normales possible. Il en va de même pour le corps de l'enfant à qui la mention de sexe mâle/masculin (« M ») a été assignée, avec les adaptations qui s'imposent il va sans dire. Autant que possible l'intersexualité de l'enfant est ainsi camouflée, de façon à rendre « la distinction [...] de moins en moins perceptible », pour reprendre les propos de la maman d'un enfant intersexué³⁰⁷.

À l'instar de la décision d'assigner telle ou telle mention de sexe à l'enfant qui est concerné par cette situation, les parents participent aux discussions visant à déterminer si des traitements médicaux et des interventions chirurgicales devraient être entrepris afin de normaliser le corps de leur petit. On pourrait même croire que ces discussions ont lieu au moment où l'on se questionne quant à la mention du sexe devant être assignée à l'enfant.

Au passage, elle [la Dre Cheri Deal] évoque un élément très délicat avec lequel les médecins doivent composer : les différences culturelles. « Il faut tenir compte de l'attitude des parents. Dans une culture qui valorise la fertilité, par exemple, faut-il opter pour le sexe qui a le plus de chances d'être fertile ? De même, certaines cultures valorisent beaucoup plus la place du garçon. Est-ce qu'on a le droit, nous qui venons d'une culture différente, de dicter aux parents et à l'enfant ce qu'ils devront vivre ? Ça ajoute une couche de complexité. »³⁰⁸

D'ajouter, à un autre moment, que l'« "[o]n jongle avec le désir des parents et l'avenir de l'enfant pour voir ce que nous, médecins, pouvons offrir" [...] »³⁰⁹. La décision de procéder à différents traitements médicaux et interventions chirurgicales est donc discutée — voire négociée dans une rapport asymétrique³¹⁰ — entre l'équipe multidisciplinaire et les parents de l'enfant. Ces

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ Tremblay, *supra* note 221 à la p 90.

³¹⁰ Je fais référence, ici, aux conclusions de l'étude ayant été menée par Streuli et al, selon laquelle les décisions prises par les parents de l'enfant intersexué concernant l'opportunité d'intervenir de façon médicale et chirurgicale sur son corps dépend des conseils ayant été donnés par les professionnels de la santé. Voir Jürg C Streuli et al, « Shaping Parents: Impact of Contrasting Professional Counseling on Parents' Decision Making for Children with Disorders of Sex Development » (2013) 10:8 *The Journal of Sexual Medicine* 1953. Par ailleurs, selon David J Hester, les parents placés dans une telle situation ne peuvent offrir un consentement éclairé. Voir David J Hester,

derniers se posent plusieurs questions³¹¹ ; ils cherchent d'abord et avant tout le bien-être de leur progéniture³¹². Un objectif noble, il va sans dire, mais qui ne parvient malheureusement pas à pallier la souffrance subie par les personnes intersex(uées)³¹³, elles qui dénoncent aujourd'hui ces traitements médicaux et interventions chirurgicales n'ayant pas pour but d'assurer leur survie. Deux exemples permettent d'y voir plus clair.

Premier exemple : l'enfant présente une vulve, mais aussi des testicules internes. Il reçoit un diagnostic de symptôme de résistance complète aux androgènes³¹⁴. Lorsque cette situation survient, la mention de sexe femelle/féminin (« F ») lui est assignée³¹⁵ et « une surveillance régulière de l'état des testicules — en raison du risque qu'ils se cancérisent — suffit durant l'enfance. »³¹⁶ Cela ne veut pas dire que l'opportunité de retirer les testicules n'est pas considérée. Celle-ci a toutefois beaucoup plus à voir avec l'esthétique que la survie de l'enfant, comme l'explique la Dre Deal.

Il y a actuellement débat quant au moment le plus opportun pour enlever les testicules. Les laisser entraîne parfois un début de puberté spontanée chez certaines. Mais dans certains cas où les testicules sont descendus et apparaissent

« Intersex(es) and Informed Consent: How Physicians' Rhetoric Constrains Choice » (2004) 25:1 Theoretical Medicine and Bioethics 21.

³¹¹ Selon l'urologue Anne-Marie Houle du CHU Sainte-Justine, « "Toutes sortes de questions passent par la tête des parents. Comment vais-je l'habiller? Ira-t-il dans les toilettes des filles ou des garçons? Quelle sorte d'avenir l'attend?" » Tremblay, *supra* note 221 à la p 87.

³¹² Selon le Dr Van Vliet, « les parents veulent avant tout éviter des souffrances à leurs enfants [...] ». Voir Poulin-Chartrand, *supra* note 271.

³¹³ Voir par exemple Karkazis, *supra* note 41 aux pp 216 et s.

³¹⁴ Gravel, *supra* note 263 à la p A6.

³¹⁵ Dans un article paru au journal *Le Devoir*, on lit :

Ces personnes [ayant un syndrome de résistance complète aux androgènes] mènent donc une vie tout à fait normale et elles se voient et se sentent femmes, selon la médecin. " Il n'y a aucune ambiguïté au niveau de leur identité sexuelle ", déclare la Dre Deal. Chez certains individus, la résistance aux androgènes est partielle. Dans ces cas-là, on ne sait pas à quel point le cerveau de l'embryon a été exposé aux androgènes, ce qui laisse plus d'incertitude sur leur identité sexuelle future, poursuit la chercheuse.

Voir *Ibid.*

³¹⁶ *Ibid.*

dans les grandes lèvres, mieux vaut les retirer le plus tôt possible, affirme la Dre Deal, qui expose l'histoire d'un couple de parents d'une fille atteinte du syndrome de résistance complète aux androgènes qui vivaient très mal de voir pointer des testicules chaque fois qu'ils changeaient la couche de leur fille, dont tous les autres organes génitaux externes étaient féminins. "La vue de ces testicules leur causait tellement d'angoisse qu'ils avaient du mal à s'attacher à leur enfant. On a alors décidé de procéder tout de suite à l'excision des testicules, raconte-t-elle. Quand j'entends les groupes de défense de l'intersexe dire qu'il ne faut pas toucher à l'anatomie de ces enfants et qu'il faut attendre qu'ils puissent choisir eux-mêmes à l'âge adulte, on ne se rend pas compte des conséquences d'une telle attitude sur la relation parent-enfant, laquelle aura des impacts sur le développement psychologique de l'enfant. Ce n'est pas aussi simple que ne le prétendent ces gens. Cette attitude peut avoir diverses répercussions."³¹⁷

La décision de retirer les testicules de l'enfant ayant reçu un diagnostic de symptôme de résistance complète aux androgènes ne semble donc pas tant prise dans le but de favoriser la survie de l'enfant, mais paraît plutôt avoir pour objectif de maximiser les chances que ce dernier soit lu (par les autres, dont ses parents) comme une fille *normale*. Je ne voudrais aucunement prétendre, ici, avoir les connaissances nécessaires pour évaluer l'opportunité de procéder à la gonadectomie, qui consiste en le retrait des gonades, des testicules dans l'exemple qui nous occupe. Toutefois, je me permettrai d'avancer, comme l'a fait le comité sénatorial australien ayant étudié différents aspects de la prise en charge médicale de l'intersexualité, qu'une telle approche vient avec la possibilité de réaliser davantage que ce qui est nécessaire pour réduire le risque de cancer annoncé.

The committee is aware of a risk, not directly discussed by witnesses to the inquiry, that clinical intervention pathways stated to be based on probabilities of cancer risk may be encapsulating treatment decisions based on other factors, such as the desire to conduct normalising surgery. [...] Treating cancer may be regarded as unambiguously therapeutic treatment, while normalising surgery may not.³¹⁸

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ The Senate, *supra* note 46 à la p 4.39.

La prudence est donc de mise lorsque l'on aborde les risques de cancer dans un contexte d'intersexualité, particulièrement si l'enfant visé reçoit un diagnostic de symptôme de résistance complète aux androgènes.

Deuxième exemple : celui de l'enfant recevant un diagnostic d'hyperplasie congénitale des surrénales. Une description de cette situation est proposée dans un article paru au journal *Le Devoir*.

Mais le trouble le plus fréquent de différenciation sexuelle est l'hyperplasie congénitale des surrénales (HCS), qui, chez les garçons, n'entraînera pas de problèmes majeurs, mais qui, chez les filles, induira divers signes de masculinisation. Un bébé sur 10 000 à 15 000 naît avec cette anomalie. En raison du déficit d'une enzyme, les surrénales produisent en surplus des précurseurs des androgènes, lesquelles se retrouvent en excès. Le fœtus féminin se trouve ainsi exposé à une quantité excessive d'androgènes qui virilisent les organes génitaux externes. Ces filles XX ont généralement des ovaires fonctionnels, un utérus normal, un vagin adéquat pour des rapports sexuels, mais leurs organes génitaux externes peuvent présenter une hypertrophie du clitoris qui, dans certains cas, peut ressembler à un petit pénis. On observe aussi parfois une fusion partielle des grandes lèvres, qui présentent un aspect rappelant un scrotum.³¹⁹

L'enfant recevant un tel diagnostic présente donc divers signes de masculinisation. Chez les garçons, il va sans dire, ce n'est pas perçu comme un problème — garçon et masculinité vont de pair selon les termes de la culture occidentale. Mais chez les filles, c'est une tout autre histoire — fille et masculinité (ou devrais-je plutôt dire, ici, virilisation perçue) ne vont généralement pas de pair selon les termes de la même culture³²⁰. Les paroles du corps médical ayant été recueillies par Suzanne J Kessler à ce propos en témoignent de façon tout à fait limpide³²¹. La

³¹⁹ Gravel, *supra* note 263 à la p A6.

³²⁰ Par exemple, consulter Judith Halberstam, *Female Masculinity*, Durham, Duke University Press, 1998.

³²¹ On lit, dans l'ouvrage de Suzanne J Kessler :

Current attitudes about variant genitals are embedded (not too deeply) in medical reports and offer insight into the late-twentieth-century medical management of intersexuality. Feelings about larger-than-typical clitorises are illustrated by these representative quotations (my emphasis) :

grandeur du clitoris *ne doit pas* dépasser un certain seuil et l'apparence des grandes lèvres *ne doit pas* rappeler un scrotum³²². Parfois, aussi tôt que dans les six premiers mois de la

The excision of a hypertrophied clitoris is to be preferred over allowing a *disfiguring and embarrassing* phallic structure to remain.

The anatomic *derangements* [were] surgically corrected... Surgical techniques... remedy the *deformed* external genitals... [E]ven patients who suffered from major clitoral *overgrowth* have responded well... [P]atients born with *obstrusive* clitoromegaly have been encountered... [N]ine females had persistend phallic enlargement that was *embarassing* or *offensive* and incompatible with satisfactory feminine presentation or adjustment. [After] surgery no prepubertal girl... described *troublesome* or painful erections.

Female babies born with an *ungainly* masculine enlargement of the clitoris evoke grave concern in their parents... [The new clitoroplasty technique] allow[s] erection without cosmetic *offense*.

Failure to [reduce the glans and shaft] will leave a button of *unsightly tissue*.

[Another surgeon] has suggested... total elimination of the *offending* shaft of the clitoris.

[A particular surgical technique] can be included as part of the procedure when the size of the glans is *challenging* to a feminine cosmetic result.

These descriptions suggest not only that there is a size and malformation problem but that there is an aesthetic and moral violation. The language is emotional. Researchers seem disgusted. The early items on the list suggest that the large clitoris is imperfect and ugly. The later items suggest more of a personal affront. Perhaps the last item says it most transparently : the clitoris is "challenging".

Voir Kessler, *supra* note 41 aux pp 35-36 (notes omises). De tels exemples n'illustrent pas seulement la façon avec laquelle les clitoris jugés trop virils ont pu être abordés par certains membres du corps médical, mais aussi la pénétration des normes de genre, issues de la culture, au sein d'une analyse qui se fonde sur un postulat d'objectivité ; sur une « vérité » transmise par le corps.

³²² Il est important de préciser ici que l'ouverture du vagin se présentera toutefois comme une nécessité selon Cheri Deal :

Le vagin peut être complètement masqué, auquel cas il est urgent de l'ouvrir. " Les petites filles peuvent saigner après la naissance à cause des oestrogènes libérés par le placenta durant la grossesse. Si ces saignements sont emprisonnés à l'intérieur de l'utérus, il est urgent d'ouvrir le vagin pour qu'ils puissent s'évacuer, sinon il y aura une infection ", prévient la Dre Deal.

Voir Gravel, *supra* note 263 à la p A6.

naissance³²³, la décision est prise de réduire la taille du clitoris³²⁴. D'autres fois, il est préféré d'attendre. Il s'agit alors de voir comment l'enfant se développera, tout en contrôlant possiblement « la production d'hormones mâles pour stopper la croissance de cette structure phallique »³²⁵. La réaction des parents face au corps de l'enfant semble peser lourd dans la décision d'intervenir ou non.

Dans d'autres cas [où le clitoris est jugé trop grand], "les parents étaient tellement préoccupés par cette anomalie morphologique qu'ils n'avaient plus de vie. Ils ne faisaient jamais garder leur enfant pour que personne n'ait à changer ses couches. Ils ne socialisaient plus du tout. Je suis alors intervenue plus rapidement ", dit-elle. "Le moment propice pour entamer les correctifs chirurgicaux ne nous est pas seulement dicté par la science, mais aussi par le contexte psychosocial, comme la réaction des parents. Si les parents ont du mal à s'attacher à l'enfant parce que son physique les bouleverse, il faut procéder plus rapidement, car il est très important de favoriser la relation d'attachement entre les parents et l'enfant."³²⁶

Ces deux exemples — celui de l'enfant ayant reçu un diagnostic de symptôme de résistance complète aux androgènes et celui sur lequel un diagnostic d'hyperplasie congénitale des

³²³ L'urologue Anne-Marie Houle explique :

Certains médecins croient qu'il est préférable de procéder à ces corrections chirurgicales au cours des six premiers mois de vie de l'enfant. Plusieurs facteurs entrent en ligne de compte dans cette décision, estime la Dre Houle. Chez certains de ses patients, elle a retardé le moment de l'intervention pour voir comment évoluerait la structure phallique au cours de la croissance de l'enfant.

Voir *Ibid* à la p A7.

³²⁴ « Maintenant, on se retient pour ne pas enlever trop de tissu, quitte à améliorer la correction à l'âge adulte si la femme trouve que son clitoris est trop gros et rend ses rapports sexuels inconfortables ", précise la chirurgienne Anne-Marie Houle. » Voir *Ibid* à la p A6.

³²⁵ *Ibid*.

³²⁶ *Ibid* à la p A7. Sarah Poulin-Chartrand rapporte aussi, sur le blogue *Enfants Québec*, les angoisses de la maman d'un enfant intersexué :

Au départ, se rappelle Josianne, je posais des questions très rationnelles : va-t-on opérer Amélie, est-ce que ses organes reproducteurs sont normaux, pourra-t-elle avoir des enfants? Quand nous avons su que l'anomalie était "mécanique" et qu'elle s'opérait, j'ai ressenti un certain soulagement.

Voir Poulin-Chartrand, *supra* note 271. Cependant, selon André Wilcox, Isabel Côté et Geneviève Pagé, il s'agit là d'une mauvaise utilisation de la théorie de l'attachement. Cette théorie, expliquent-ils, suggère que c'est à l'enfant de s'attacher à ses parents et non l'inverse. Voir André Wilcox, Isabel Côté et Geneviève Pagé, « L'enfant intersexué : dysphorie entre le modèle médical et l'intérêt supérieur de l'enfant » (2015) 142 *Intervention* 65.

surrénales a été posé — illustrent le fait qu'au Québec, des traitements médicaux et des interventions chirurgicales sont entrepris et pratiqués dans le but de normaliser l'apparence et la structure des organes génitaux de l'enfant qui ne répondent pas aux standards médicalement acceptés et appliqués notamment au Québec. La normalisation du corps de l'enfant prend alors des airs de suppression : cachez cette intersexualité que je ne saurais voir.

As OII commented, normalisation surgery is more than physical reconstruction. The surgery is intended to deconstruct an intersex physiology and, in turn, construct an identity that conforms with stereotypical male and female gender categories:

[I]ntersex people are regarded by medicine as having an impairment—a disorder of sex development—which affects perceptions of our realness as men or women. Intersex bodies do not meet social expectations. Cultural, familial and medical attitudes govern to which sex we are assigned. Surgical and other interventions are made to erase intersex difference.

Normalising surgery presupposes that there is an abnormality in need of correction.³²⁷

Je suis en ce sens tout à fait d'accord avec Katrina Karkazis lorsqu'elle affirme que de tels traitements médicaux et interventions chirurgicales témoignent d'un certain dédain pour les corps atypiques, en plus de limiter l'expression de la diversité corporelle. «Whether cast as corrective, reconstructive, or cosmetic, such a surgical reshaping of atypically embodied persons has the effect of limiting human variation and expressing a disdain for atypical bodies »³²⁸, explique-t-elle.

³²⁷ The Senate, *supra* note 46 aux pp 3.109-3.110 (note omise).

³²⁸ Karkazis, *supra* note 41 à la p 10.

2.2. La légalité douteuse de certains volets du processus menant exceptionnellement à la détermination de la mention du sexe

La sauvegarde de l'opposition binaire entre le mâle/masculin (« M ») et le femelle/féminin (« F ») demeure une priorité, bien qu'elle se fasse au détriment du droit positif. Sur la scène internationale, en tout cas, le sort réservé aux personnes intersex(ué)es quant à l'apparence et la structure de leur corps est dénoncé. Au Québec, c'est un peu différent. Les remises en question se font plutôt timides. Considérant l'état du droit applicable dans la province, il y a certainement de quoi s'étonner.

2.2.1. Les dénonciations internationales

Dans certains milieux d'influence relative à travers le monde, de plus en plus l'on s'offusque de la prise en charge des enfants intersexués. Par exemple, la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, en Suisse, a recommandé, dans une prise de position datée de novembre 2012, de favoriser l'autonomie de l'enfant plutôt que l'apparence et la structure des organes génitaux de ce dernier.

Le principe qui devrait guider la pratique à l'égard des DSD est le suivant : pour des raisons éthiques et juridiques, aucune décision significative visant à déterminer le sexe d'un enfant ne devrait être prise avant que cet enfant puisse se prononcer par lui-même, dès lors que le traitement envisagé entraîne des conséquences irréversibles et peut être reporté. Cela comprend les opérations d'assignation sexuelle pratiquée sur les organes génitaux et d'ablation des testicules ou des ovaires lorsqu'elles ne présentent aucun caractère d'urgence médicale (un risque accru de cancer, par exemple). Font exception à ce principe les interventions

médicales urgentes visant à prévenir des atteintes sévères à l'organisme et à la santé.³²⁹

Dans la sphère politique, certaines positions remettant en question le traitement infligé aux enfants identifiés comme des personnes intersex(u)ées ont également été prises ces dernières années. Certaines, même, ont précédé l'avis de la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine.

En 2005, la Human Rights Commission of the City & County of San Francisco formulait de nombreuses recommandations à cet effet³³⁰. Sans s'y opposer catégoriquement, il croyait nécessaire de prendre des précautions supplémentaires afin de favoriser le respect des libertés et des droits des personnes intersex(u)ées. À cet égard, sa première recommandation était sans équivoque :

“Normalizing” interventions should not occur in infancy or childhood. Any procedures that are not medically necessary should not be performed unless the patient gives their legal consent.³³¹

Plus récemment, dans une résolution sur le droit des enfants à l'intégrité physique, le Conseil de l'Europe invitait les états membres à documenter, mais aussi à limiter les « interventions médicalement non justifiées ayant une incidence sur l'intégrité physique des enfants [...] »³³².

³²⁹ Suzanne Brauer, *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel. Questions éthiques sur l'« intersexualité »*, Prise de position no 20/2012, Berne, Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, 2012, en ligne : http://www.bag.admin.ch/nek-cne/04229/04232/index.html?lang=fr&download=NHzLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6lnIae2IZn4Z2qZpnO2Yuuq2Z6gpJCKfX96f2ym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-->, Recommandation 3.

³³⁰ Marcus de Maria Arana, *A Human Rights Investigation Into the Medical Normalization'' of the Intersex People*, San Francisco, Human Rights Commission of the City & County of San Francisco, 2005, en ligne : http://www.isna.org/files/SFHRC_Intersex_Report.pdf (consulté le 12 février 2016).

³³¹ *Ibid* à la p 25.

³³² Conseil de l'Europe, AP, *Résolution 1952 - Le droit des enfants à l'intégrité physique* (version finale), 2013, en ligne : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=20174&lang=fr>, art 7.1.

Il invitait les États membres à prendre des mesures spécifiques pour atteindre cet objectif, dont l'une visait, précisément, les personnes intersex(ué)es.

7.5. à prendre les mesures suivantes en fonction des catégories de violations de l'intégrité physique des enfants :

[...]

7.5.3. entreprendre des recherches complémentaires afin d'augmenter les connaissances de la situation spécifique des personnes intersexuées, s'assurer que personne ne soit soumis pendant l'enfance à des traitements médicaux ou chirurgicaux cosmétiques et non cruciaux pour la santé, garantir l'intégrité corporelle, l'autonomie et l'auto-détermination aux personnes concernées, et fournir des conseils et un soutien adéquats aux familles ayant des enfants intersexués³³³.

En 2015, l'European Union Agency for Fundamental Rights appelait à l'adoption d'un comportement similaire: "Member States should avoid non-consensual 'sex normalising' medical treatments on intersex people" ³³⁴.

Le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, dans un document publié la même année, allait dans le même sens.

This issue paper aims to stimulate the development of a framework of action by suggesting a two-pronged approach. On the one hand, it calls on member states to end medically unnecessary "normalising" treatment of intersex persons when it is enforced or administered without the free and fully informed consent of the person concerned. On the other, it provides possible ways forward in terms of

³³³ *Ibid*, art 7.5.3.

³³⁴ *The fundamental rights situation of intersex people*, European Union Agency for Fundamental Rights, 2015 à la p 1, en ligne : <<http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-focus-04-intersex.pdf>> (consulté le 12 février 2016).

protection against discrimination of intersex people, adequate recognition of their sex on official documents and access to justice.³³⁵

En Europe, une charge est donc menée pour défendre l'intégrité ces enfants qui sont considérés comme des personnes intersex(ué)es.

Ailleurs dans le monde, la réponse est plus timide, mais certaines juridictions semblent plus conscientisées que d'autres. En Australie, par exemple, un comité sénatorial faisait notamment la recommandation suivante à propos de la prise en charge médicale des personnes intersex(ué)es.

The committee recommends that all medical treatment of intersex people take place under guidelines that ensure treatment is managed by multidisciplinary teams within a human rights framework. The guidelines should favour deferral of normalising treatment until the person can give fully informed consent, and seek to minimise surgical intervention on infants undertaken for primarily psychosocial reasons.³³⁶

À cette voix s'en ajoute une autre, celle de l'Australian Human Rights Commission. Sans faire de recommandations particulières — ce n'était pas l'objectif poursuivi par la publication de ce document — elle a tout de même qualifié de « major issues » les « [u]nnecessary surgery on intersex children and infants in the absence of informed consent. »³³⁷

³³⁵ *Human rights and intersex people (Issue Paper)*, Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, 2015 à la p 8, en ligne : <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2870032&SecMode=1&DocId=2346276&Usage=2>> (consulté le 12 février 2016).

³³⁶ The Senate, *supra* note 46 à la p xiii (Recommendation 3).

³³⁷ *Resilient Individuals: Sexual Orientation Gender Identity & Intersex Rights (National Consultation Report)*, Australian Human Rights Commission, 2015 à la p 57, en ligne : <https://www.humanrights.gov.au/sites/default/files/document/publication/SOGII%20Rights%20Report%202015_Web_Version.pdf> (consulté le 12 février 2016).

Les Nations Unies ne sont pas en reste. Elles participent également à la contestation. En 2013, Juan E Méndez, en sa qualité de Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, recommandait aux États d’abroger toute loi permettant une série d’atteintes à l’intégrité des personnes lesbiennes, gaies, bisexuelles, trans* et intersex(ué)es, dont les traitements médicaux et les interventions chirurgicales destinés à normaliser l’apparence et la structure des organes sexuels.

The Special Rapporteur calls upon all States to repeal any law allowing intrusive and irreversible treatments, including forced genital-normalizing surgery, involuntary sterilization, unethical experimentation, medical display, “reparative therapies” or “conversion therapies”, when enforced or administered without the free and informed consent of the person concerned. He also calls upon them to outlaw forced or coerced sterilization in all circumstances and provide special protection to individuals belonging to marginalized groups.³³⁸

En outre, dans une déclaration commune, le Haut-Commissariat des droits de l’Homme (OHCHR), ONU Femmes (UN Women), ONU Sida (UNAIDS), le Programme des Nations Unies pour le développement (UNDP), le Fonds des Nations Unies pour la population (UNFPA), le Fonds des Nations Unies pour l’enfance (UNICEF) et l’Organisation mondiale pour la santé (WHO) invitaient, eux aussi, à ce qu’il soit mis fin à ce type d’interventions.

Provide legal guarantees to prohibit the sterilization of children, and review, amend and develop laws in this regard. In the case of medical necessity for procedures in children that may result in sterilization, the best interests of the child should always be the primary concern, giving due weight to the views of children in accordance with their age and maturity, and taking into account their evolving capacity for decision-making.

³³⁸ Juan E Méndez, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53*, United Nations, General Assembly, Human Rights Council, 2013 au para 88, en ligne : <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf>.

[...]

In the absence of medical necessity, when the physical well-being of a person with an intersex condition is in danger, if possible, postpone treatment that results in sterilization until the person is sufficiently mature to participate in informed decision-making and consent.³³⁹

Qui plus est, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, dans ses « Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse, soumis en un seul document », s'est dit profondément préoccupé par la situation des enfants intersexués.

Le Comité salue l'adoption d'une nouvelle disposition de droit pénal qui interdit les mutilations génitales féminines, mais il est profondément préoccupé :

b) Par les cas d'interventions chirurgicales et d'autres interventions inutiles du point de vue médical pratiquées sur des enfants intersexes, sans leur consentement éclairé, qui entraînent souvent des conséquences irréversibles et peuvent causer de graves souffrances physiques et psychologiques, et par l'absence de recours et d'indemnisation dans ce type de situation.³⁴⁰

Il demandait alors à la Suisse :

b) De veiller, conformément aux recommandations de la Commission consultative nationale d'éthique pour la médecine humaine concernant les questions d'éthique sur l'intersexualité, à ce que nul ne soit soumis à des traitements médicaux ou chirurgicaux inutiles durant l'enfance, de garantir à l'enfant concerné le respect de son intégrité physique, de son autonomie et de son

³³⁹ OHCHR et al, *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization. An interagency statement*, 2014 aux pp 13-14, en ligne : <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/gender_rights/eliminating-forced-sterilization/en/#> (consulté le 2 juin 2014).

³⁴⁰ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse, soumis en un seul document*, CRC/C/CHE/CO/2-4, 2015 au para 42(b), en ligne : <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhskw6ZHISjLETdRql6Pfo3d19G0fwi7ZPZdEOVKAQgeqWKogX2iXEvcG5O%2bzGKtEo1mvxQa5f2BML1v0Rdn5SwNDBfOjwOXTL0YhljXcNFThe>> (consulté le 12 février 2016).

droit à l'autodétermination et d'assurer aux familles ayant des enfants intersexes des services de conseil et un soutien adéquats.³⁴¹

Cette demande, bien évidemment, visait la Suisse de façon spécifique. C'est elle qui était concernée par les deuxième à quatrième rapports périodiques. Toutefois, l'on peut fortement présumer que peu importe l'État concerné, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies aurait fait une recommandation similaire, ne serait-ce qu'au Québec, sachant que les pratiques pour lequel il se dit « profondément préoccupé » y ont cours.

À cette liste s'ajoute le Comité des droits des personnes handicapées des Nations Unies, qui dans ses « Concluding observations on the initial report of Germany » se montrait aussi préoccupé par la situation des personnes intersex(ué)es.

37. The Committee is concerned about: (a) the use of compulsory and involuntary treatment, in particular for persons with psychosocial disabilities in institutions and older persons in residential care; (b) the lack of data on involuntary placement and treatment; (c) the practice of carrying out forced sterilization and coercive abortions on adults with disabilities on the basis of substituted consent; and (d) the lack of implementation of the 2011 recommendations of the Committee against Torture (see CAT/C/DEU/CO/5, para. 20) regarding upholding the bodily integrity of intersex children.

38. The Committee recommends that the State party take the measures, including of a legislative nature, necessary to:

[...]

(d) Implement all the recommendations of the Committee against Torture (ibid.) relevant to intersex children.³⁴²

³⁴¹ *Ibid* au para 43(b).

³⁴² Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Concluding observations on the initial report of Germany*, CRPD/C/DEU/CO/1, 2015 au para 37 et 38, en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/096/31/PDF/G1509631.pdf?OpenElement>> (consulté le 25 juillet 2016).

À l'instar du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, la recommandation du Comité des droits des personnes handicapées des Nations Unies visait un État en particulier, en l'occurrence l'Allemagne, mais tout porte à croire, quand même, que son opinion aurait été la même, peu importe l'État visé, dans la mesure où des pratiques similaires auraient été observées.

Le Haut-Commissariat aux droits de l'homme, dans son rapport intitulé « Discrimination et violence à l'encontre des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre », affirmait de son côté ce qui suit :

Les États sont tenus de protéger toutes les personnes, y compris les LGBTI, contre la torture et toute peine ou tout traitement cruel, inhumain ou dégradant dans les établissements de détention, les établissements médicaux ou autres. Cette obligation s'étend à l'interdiction de la torture et des mauvais traitements dans toutes les situations où l'État exerce un contrôle, à la prévention de ces actes, à l'enquête sur ces agissements et à la réparation, et comprend l'obligation de veiller à ce que ces actes soient incriminés en droit national. La responsabilité de l'État est engagée si des représentants de l'État, notamment des gardiens de prison et des policiers, commettent personnellement des actes de cette nature, poussent ou incitent quelqu'un à les commettre, les encouragent, les tolèrent, y participent ou y consentent de quelque autre manière que ce soit, de même que si les représentants de l'État n'empêchent pas la commission de ces actes par des agents publics ou privés, n'enquêtent pas sur ces actes, ne poursuivent pas leurs auteurs et ne les punissent pas.

Les pratiques médicales condamnées par les mécanismes de l'ONU dans ce contexte sont notamment les thérapies de « conversion », les examens génitaux et anaux exécutés de force, la stérilisation forcée et non volontaire, les actes chirurgicaux non nécessaires d'un point de vue médical et les traitements imposés aux enfants intersexués.³⁴³

Encore une fois, le sort réservé aux personnes intersex(ué)es est dénoncé.

³⁴³ *Discrimination et violence à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, A/HRC/29/23, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, 2015 au para 13 et 14, en ligne : <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Documents/A_HRC_29_23_fr.doc> (consulté le 12 février 2016) (notes omises).

Dans la même veine, l'Organisation mondiale pour la santé rappelait en 2015 que les personnes intersex(ué)es étaient, elles aussi, titulaires de droits humains, ce qui devait leur permettre d'accéder à des soins de santé adéquats, dans le respect de leurs droits.

According to human rights standards, intersex persons should be able to access health services on the same basis as others, free from coercion, discrimination and violence [...]. Human rights bodies and ethical and health professional organizations have recommended that free and informed consent should be ensured in medical interventions for people with intersex conditions, including full information, orally and in writing, on the suggested treatment, its justification and alternatives [...].³⁴⁴

Plus récemment encore, le Comité contre la torture publiait ses « Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France ». On trouve, à la lecture de ce dernier, un volet sur l'intersexualité.

Personnes intersexuées

34. Le Comité est préoccupé par les informations faisant état d'interventions chirurgicales non nécessaires et parfois irréversibles pratiquées sur des enfants intersexués sans le consentement éclairé de ces personnes ou de leurs proches et sans que toutes les options possibles leur aient toujours été exposées. Il est aussi préoccupé par le fait que ces interventions, qui entraîneraient des souffrances physiques et psychologiques, n'ont encore donné lieu à aucune enquête, sanction ou réparation. Il regrette l'absence d'informations sur les mesures législatives et administratives spécifiques qui permettent d'encadrer la situation des personnes intersexuées (art. 2, 12, 14, 16). 35.

Le Comité recommande à l'État partie :

a) De prendre des mesures législatives, administratives ou autres nécessaires pour garantir le respect de l'intégrité physique des personnes intersexuées afin que nul

³⁴⁴ *Sexual health, human rights and the law*, World Health Organization, 2015 aux pp 26-27, en ligne : <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/175556/1/9789241564984_eng.pdf?ua=1> (consulté le 12 février 2016) (notes omises).

ne soit soumis durant l'enfance à des traitements médicaux ou chirurgicaux visant à déterminer le sexe d'un enfant qui ne présentent aucun caractère d'urgence médicale ;

b) De s'assurer que les personnes concernées et leurs parents ou leurs proches bénéficient des services d'un conseil impartial et d'un accompagnement psychosocial gratuit ;

c) De veiller à ce qu'aucune intervention chirurgicale et à ce qu'aucun traitement médical ne soit effectué sans qu'un consentement plein, libre et éclairé n'ait été obtenu et sans que ces personnes, leurs parents ou leurs proches n'aient été informés des différentes options, y compris celle de reporter toute décision sur des traitements non nécessaires jusqu'à ce que la personne concernée puisse se prononcer par elle-même ;

d) D'envisager de mener des enquêtes sur les cas de traitements médicaux ou chirurgicaux que des personnes intersexuées auraient subis sans avoir donné leur consentement effectif et éclairé, et d'adopter des mesures afin d'accorder réparation à toutes les victimes, y compris une indemnisation adéquate ;

e) De conduire des études sur cette question afin de mieux la comprendre et la traiter.³⁴⁵

Les États, de leur côté, semblent accueillir froidement la charge menée par les différents organismes listés ci-dessus. Ils résistent généralement aux appels étant lancés par les organismes précités. Deux exceptions, toutefois, doivent être soulignées. La République de Malte et le Chili se distinguent en effet à cet égard.

³⁴⁵ Comité contre la torture, *Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France*, CAT/C/FRA/CO/7, 2016 au para 34, en ligne : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/117/36/PDF/G1611736.pdf?OpenElement>.

D'une part, la République de Malte a adopté, le 14 avril 2015, le *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act, 2015*. L'article 14 de cette loi vise de façon précise la prise en charge médicale des personnes intersex(ué)es.

14. (1) It shall be unlawful for medical practitioners or other professionals to conduct any sex assignment treatment and/or surgical intervention on the sex characteristics of a minor which treatment and/or intervention can be deferred until the person to be treated can provide informed consent:

Provided that such sex assignment treatment and/or surgical intervention on the sex characteristics of the minor shall be conducted if the minor gives informed consent through the person exercising parental authority or the tutor of the minor.

(2) In exceptional circumstances treatment may be effected once agreement is reached between the interdisciplinary team and the persons exercising parental authority or tutor of the minor who is still unable to provide consent:

Provided that medical intervention which is driven by social factors without the consent of the minor, will be in violation of this Act.

(3) The interdisciplinary team shall be appointed by the Minister for a period of three years which period may be renewed for another period of three years.

(4) The interdisciplinary team shall be composed of those professionals whom the Minister considers as appropriate.

(5) When the decision for treatment is being expressed by a minor with the consent of the persons exercising parental authority or the tutor of the minor, the medical professionals shall:

(a) ensure that the best interests of the child as expressed in the Convention on the Rights of the Child be the paramount consideration; and

(b) give weight to the views of the minor having regard to the minor's age and maturity.³⁴⁶

À ce jour, selon les informations que j'ai pu recueillir, avec cet article, la République de Malte fait figure de pionnière. Elle est, à ma connaissance, la seule à avoir, dans sa législation, un article aussi précis faisant une promotion aussi vive de l'autonomie et de l'intégrité physique des enfants intersex(ué)es. Le Chili ne serait pas en reste, mais les recherches que j'ai menées ne m'ont pas permis d'accéder au cadre normatif auquel la presse faisait référence³⁴⁷.

2.2.2. La situation au Québec

Au Québec, la situation est toute autre. L'effervescence de plus en plus grande que l'on voit sur la scène internationale pour la situation des personnes intersex(ué)es ne l'a toujours pas gagnée. Bien sûr, en 2006, il y a eu la Déclaration de Montréal. Celle-ci a été présentée dans le cadre des activités des 1^{ers} Outgames Montréal 2006. Elle soulignait les difficultés rencontrées par les personnes intersex(ué)es.

Les personnes se déclarant intersexuées confrontent une forme particulière de violence : la mutilation des organes génitaux provoquée par des chirurgies post-natales inutiles afin qu'elles deviennent conformes au modèle binaire traditionnel des caractéristiques sexuelles.³⁴⁸

³⁴⁶ *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act, 2015*, ACT No XI of 2015, A 343, art 14.

³⁴⁷ Naomi Larsson, « Is the world finally waking up to intersex rights? », *The Guardian* (10 février 2016), en ligne : <http://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2016/feb/10/intersex-human-rights-lgbt-chile-argentina-uganda-costa-rica> (consulté le 8 avril 2016); Michael K Lavers, « Chilean officials oppose intersex children 'normalization' surgery », *Washington Blade* (11 janvier 2016), en ligne : <http://www.washingtonblade.com/2016/01/11/chilean-officials-oppose-normalization-surgery-for-intersex-children/> (consulté le 8 avril 2016).

³⁴⁸ *Déclaration de Montréal*, 1ers Outgames Montréal 2006, 2006 à la p 2, en ligne : <http://www.declarationofmontreal.org/DeclarationdeMontrealFR.pdf> (consulté le 12 février 2016).

Toutefois, aucune recommandation particulière n'était faite à ce sujet. Il était plutôt exigé de « sécuriser et protéger les droits les plus élémentaires des LGBT, droits qui doivent être bien établis et sans aucune controverse légale. »³⁴⁹ Oui, mais encore. Sans recommandation particulière, dans un contexte où l'intersexualité demeure une réalité probablement plus complexifiée que complexe³⁵⁰, il y a tout lieu de croire que la Déclaration de Montréal est passée sous le radar.

Des militantes et militants ont tenté d'attirer l'attention sur la situation des enfants intersex(ué)es. Face à un discours médical aussi pathologisant que paternaliste, des textes d'opinions ont été insérés dans une série de publications destinées au grand public³⁵¹. Des documentaires, dans lesquels on incitait à l'adoption d'une sensibilité nouvelle, ont même été tournés³⁵². L'histoire de Justin, qui a fait l'objet de l'une de ces productions, a aussi été racontée à la presse³⁵³. À cela s'ajoute, bien évidemment, les différentes positions ayant été adoptées par

³⁴⁹ *Ibid* à la p 1.

³⁵⁰ Guillot, *supra* note 228 à la p 296.

³⁵¹ Janik Bastien-Charlebois, « Corrections médicales des personnes intersexuées: le bras armé de l'hétérosexisme », *Gazette des femmes* (19 novembre 2013), en ligne : *Gazette des femmes* <<http://www.gazettedesfemmes.ca/7764/corrections-medicales-des-personnes-intersexuees-le-bras-arme-de-lheterosexisme/>> (consulté le 21 novembre 2013); Tremblay, *supra* note 221; Jean-Sébastien Sauvé, « Réaction à l'article « Ce que dit la loi » paru dans Châtelaine » (10 octobre 2014), en ligne : Jean-Sébastien Sauvé - Droit des personnes intersex(ué)es, queers et trans* <<http://www.jssauve.ca/blogue/2014/10/10/reaction-a-larticle-ce-que-dit-la-loi-paru-dans-chatelaine/>> (consulté le 12 février 2016); Jean-Sébastien Sauvé, « Les personnes intersexes ont-elles des droits? » (4 novembre 2014), en ligne : Jean-Sébastien Sauvé - Droit des personnes intersex(ué)es, queers et trans* <<http://www.jssauve.ca/blogue/2014/11/04/les-personnes-intersexes-ont-elles-des-droits/>> (consulté le 12 février 2016); Guillaume Cyr, Janik Bastien-Charlebois et Sunny Dagenais, « Semaine de sensibilisation aux réalités des personnes intersexes - UQAM » (2014), en ligne : Facebook <<https://www.facebook.com/events/1477552532509734/>> (consulté le 27 octobre 2014); Janik Bastien-Charlebois, « My coming out: The lingering intersex taboo », *Montreal Gazette* (9 août 2015), en ligne : *Montreal Gazette* <<http://montrealgazette.com/life/my-coming-out-the-lingering-intersex-taboo>> (consulté le 12 février 2016).

³⁵² Pelletier et Bernard, *supra* note 147; Joël Bertomeu, *De Maude à Justin*, Trinôme, 2014.

³⁵³ Voir notamment Légaré, *supra* note 288; Isabelle Légaré, « De Maude à Janik en passant par Hermaphrodite », *Le Nouvelliste* (13 avril 2013) 2; Isabelle Légaré, « Quand votre petite hurle qu'elle veut un pénis et pisser debout », *Le Nouvelliste* (13 avril 2013) 3; Légaré, *supra* note 155; Isabelle Légaré, « La chenille », *Le Nouvelliste* (7 décembre 2013) 37; Isabelle Légaré, « Le papillon », *Le Nouvelliste* (7 décembre 2013) 36; « De Maude à Justin - Entrevue à Denis Lévesque », *Denis Lévesque* (12 mai 2015), en ligne : Denis Lévesque <<http://fr.canoe.ca/sante/videos/de-maude-a-justin-entrevue-a-denis-levesque/4233187420001>> (consulté le 12 février 2016); Charel Traversy, « De Maude à Justin, prisonnier dans un corps de femme », *TVA Nouvelles* (12 mai

l'OII Francophonie, un organisme qui s'oppose notamment à la façon avec laquelle elles les personnes intersex(ué)es sont traitées par la médecine.

Nous mettons l'accent sur la personne humaine dans son ensemble sans nous focaliser sur l'aspect que prennent ses caractéristiques sexuées, et ce de sa naissance à sa vie adulte. Nous sommes des personnes et non des organes génitaux. Et en tant que personnes, nous avons le droit de conserver notre intégrité corporelle, de disposer de notre corps comme nous l'entendons, puis d'affirmer notre identité de genre selon nos affinités propres. Nous refusons d'être soumises à des traitements chirurgicaux ou hormonaux forcés ou non véritablement désirés provenant d'autorités médicales, légales, parentales ou conjugales.³⁵⁴

Plus encore, dans un manifeste adopté à l'unanimité par trente organisations intersexes, couvrant par ailleurs tous les continents du monde, l'OII Francophonie demandait notamment la fin des traitements médicaux et des interventions chirurgicales destinés à corriger l'apparence ou la structure des organes sexuels des personnes intersex(ué)es.

Qu'il soit mis fin aux pratiques mutilantes et 'normalisatrices' telles que les chirurgies génitales, les traitements psychiatriques et autres procédés médicaux, et ce par le biais de la législation et de toute autre manière. Les personnes intersexuées doivent pouvoir prendre leurs propres décisions par rapport à leur intégrité corporelle, leur autonomie physique et leur autodétermination.³⁵⁵

Chez les personnes intersex(ué)es qui prennent la parole, la fin des traitements médicaux et interventions chirurgicales non consensuels dont il est ici question fait l'unanimité.

2015), en ligne : TVA Nouvelles <<http://www.tvanouvelles.ca/2015/05/12/de-maude-a-justin-prisonnier-dans-un-corps-de-femme>> (consulté le 12 février 2016).

³⁵⁴ « Revendications de l'OII Francophonie », en ligne : Organisation Internationale des Intersexes - Francophonie <<http://oii francophonie.org/nos-revendications/revendications-de-loii-francophonie/>> (consulté le 12 février 2016).

³⁵⁵ « Conclusion du 3ème Forum International Intersexe de l'ILGA : Manifeste du 3e Forum International Intersexe du 1er décembre 2013 », en ligne : Organisation internationale des intersexes - Francophonie <<http://oii francophonie.org/318/conclusion-du-3eme-forum-international-intersexe-de-lilga-manifeste-du-troisieme-forum-international-intersexe-du-1er-decembre-2013/>> (consulté le 12 février 2016).

Dans la classe politique, ces revendications ne reçoivent cependant pas un écho favorable. Lors des *Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres*, à l'invitation de certains témoins³⁵⁶, la situation des personnes intersex(ué)es a été brièvement discutée. Par contre, rien de particulier n'est ressorti de cet exercice. À tout le moins, l'attention de la députée Carole Poirier (Parti québécois) a été captée³⁵⁷. Depuis, autant chez la députée qu'au sein de sa formation politique, c'est le silence radio. À ma connaissance, aucune position officielle n'a été prise à cet égard.

Chez Québec solidaire, l'approche se fait davantage proactive. En congrès, il a adopté une résolution appuyant les personnes intersex(ué)es dans leur lutte pour le respect de leurs droits humains.

Afin de respecter et de reconnaître les droits humains des personnes intersexuées, le droit au respect de leur intégrité physique, de leur autodétermination et de leur dignité humaine, Québec solidaire visera à :

a) reconnaître et appuyer les personnes intersexuées en tant qu'actrices principales des changements sociaux, politiques et législatifs qui les concernant ;

³⁵⁶ Le mercredi 15 avril 2015, Gabrielle Bouchard, Sophie Labelle et Caroline Trottier-Gascon ont brièvement abordé certains enjeux touchant les personnes intersex(ué)es. Je fis de même le jeudi 16 avril 2015. Le 13 mai 2015, Marie-France Bureau et Françoise Susset en ont également brièvement discuté. Voir Assemblée nationale, *Journal des débats - Commission des institutions - Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres (15 avril 2015)*, 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-41-1/journal-debats/CI-150415.html>>; Assemblée nationale, *Journal des débats - Commission des institutions - Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres (16 avril 2015)*, 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-41-1/journal-debats/CI-150416.html#16h>>; Assemblée nationale, *Journal des débats - Commission des institutions - Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres (13 mai 2015)*, 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-41-1/journal-debats/CI-150416.html#16h>>.

³⁵⁷ *Ibid.*

b) défendre les principes de Yogyakarta et la déclaration du Troisième forum intersexe international de l'International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA) [...]

c) développer et soutenir les organismes communautaires et les services publics s'adressant spécifiquement à la réalité des personnes intersexuées ;

d) soutenir et promouvoir les recherches bio-psycho-sociales dans ce domaine et en diffuser les résultats afin d'améliorer la prise en compte de ces situations ;

e) sensibiliser la population, incluant les personnes œuvrant dans la pratique professionnelle (médicale et autre), à la réalité des personnes intersexuées.³⁵⁸

À ce titre, Québec solidaire fait figure de pionnier. Officiellement, il est le seul à s'être prononcé contre le sort réservé aux personnes intersex(ué)es. Qu'une formation politique résolument à gauche adopte un tel positionnement face à ces traitements médicaux et interventions chirurgicales, cela n'a rien d'étonnant. Ce qui fait sourciller, toutefois, c'est qu'aucun discours similaire ne puisse être trouvé dans la doctrine ayant traité de la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois. Ne serait-ce qu'en vertu des droits à la sûreté et à l'intégrité, qui sont énoncés à l'article 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, je suis en effet d'avis que les pratiques médicales ayant été précédemment décrites dans ce chapitre et précédant l'assignation d'une mention de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») ne peuvent juridiquement se justifier.

La formulation de quelques mots sur ces deux documents est opportune. À commencer par souligner que le droit à la sûreté se distingue difficilement du droit à l'intégrité, que l'on trouve aussi énoncé à l'article 1 de la *Charte québécoise*. Les auteurs Brun, Tremblay et Brouillet expliquent même qu'« une distinction rigide ne peut être maintenue entre ces deux droits [(droit

³⁵⁸ Cette résolution a été adoptée lors du 10^e Congrès de Québec solidaire, s'étant tenu les 28, 29 et 30 mai 2015. Voir à cet effet Québec solidaire, *Annexes II : Résolutions adoptées*, 2015 aux pp 47-48 (seule référence disponible).

à la sûreté et droit à l'intégrité)], qui en pratique sont souvent appliqués en tandem»³⁵⁹. Contrairement au droit à l'intégrité, le droit à la sûreté aurait toutefois une mission « plutôt préventive », protégeant de ce fait « la personne contre ces situations menaçantes qui minent la sérénité »³⁶⁰. Ces dernières seraient notamment observables lorsque le droit à l'intégrité est menacé. L'arrêt *Carter c Canada (Procureur général)* constitue à ce titre un exemple patent.

La sécurité de la personne englobe « une notion d'autonomie personnelle qui comprend [...] la maîtrise de l'intégrité de sa personne sans aucune intervention de l'État » (*Rodriguez*, p. 587-588, le juge Sopinka, citant *R. c. Morgentaler*, [1998] 1 R.C.S. 30) et elle est mise en jeu par l'atteinte de l'État à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne, y compris toute mesure prise par l'État qui cause des souffrances physiques ou de graves souffrances psychologiques (*Nouveau-Brunswick (ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 58 ; *Blencoe*, par. 55-57 ; *Chaoulli*, par. 43, la juge Deschamps ; par. 119, la juge en chef McLachlin et le juge Major ; par. 191 et 200, les juges Binnie et LeBel).³⁶¹

Invoqué avec le droit à l'intégrité, il devient en ce sens difficile d'isoler le droit à la sûreté. Difficile certes, mais pas impossible. Dans certaines situations, c'est même le cas, notamment lorsque l'État met en place un cadre juridique qui sans porter atteinte à l'intégrité de la personne physique, l'expose à un danger qui autrement pourrait être évité. Les faits de l'arrêt *Bedford c Canada (Procureur général)*³⁶², où certaines dispositions du *Code criminel* encadrant la pratique du travail du sexe ont été contestées avec succès à l'aide du droit à la sécurité que l'on trouve à l'article 7 de la *Charte canadienne*, ne sauraient constituer un meilleur exemple.

Le législateur ne se contente pas d'encadrer la pratique de la prostitution. Il franchit un pas supplémentaire déterminant qui l'amène à imposer des conditions

³⁵⁹ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2014 au para XII-6.94. Dans le même sens, voir *JurisClasseur Québec Droit constitutionnel*, Montréal, LexisNexis, « Fascicule 10.1. Charte québécoise: Droit à la vie, à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de la personne » par Christine Campbell et Stéphanie Fournier au para 17.

³⁶⁰ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 359 au para XII-6.94; Campbell et Fournier, *supra* note 359 au para 16.

³⁶¹ *Carter c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5 au para 64.

³⁶² *Canada (Procureur général) c Bedford*, 2013 CSC 72.

dangereuses à la pratique de la prostitution : les interdictions empêchent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, de prendre des mesures pour assurer leur propre protection contre les risques ainsi courus.³⁶³

Il est vrai que cet arrêt ne mettait pas en cause le droit à la sûreté. Ce droit, toutefois, ne me semble pas complètement étranger au droit à la sécurité, surtout dans un contexte où, se souviendra-t-on, il protège « la personne contre ces situations menaçantes qui minent la sérénité »³⁶⁴. De surcroît, à plusieurs égards, l'article 1 de la *Charte québécoise* partage un bagage similaire à l'article 7 de la *Charte canadienne*. Un rapprochement entre les deux articles peut alors être fait³⁶⁵. Ce faisant, que ce soit en vertu du droit à la sûreté ou du droit à la sécurité, je ne crois pas que le Québec puisse adopter des mesures ayant pour effet d'accentuer le danger guettant certaines personnes.

Ne serait-ce qu'en ce sens, le droit à la sûreté se distingue du droit à l'intégrité. Ce dernier, en effet, a une mission « plutôt curative » ; donnant « des garanties contre les actes agressants »³⁶⁶. C'est ainsi qu'il complète la mission « plutôt préventive » du droit à la sûreté, qui lui protège « la personne contre ces situations menaçantes qui minent la sérénité »³⁶⁷. L'on comprend bien, dès lors, pourquoi il peut être difficile, voire inutile dans certains contextes, de faire la distinction entre le droit à la sûreté et le droit à l'intégrité !

³⁶³ *Ibid* au para 60.

³⁶⁴ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 359 au para XII-6.94; Campbell et Fournier, *supra* note 359 au para 16. Un rapprochement entre les articles 1 de la *Charte québécoise* et 7 de la *Charte canadienne* peut être fait, comme l'expliquait la juge Deschamps dans l'arrêt *Chaoulli c Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35 au para 28 (juge Deschamps). « En ce qui concerne certains aspects des deux chartes, le droit est le même. Par exemple, la formulation de la protection du droit à la vie et à la liberté est identique. Un rapprochement est alors indiqué », écrivait-elle

³⁶⁵ *Chaoulli c Québec (Procureur général)*, *supra* note 364 au para 28 (juge Deschamps).

³⁶⁶ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 359 au para XII-6.94. Dans le même sens, voir Campbell et Fournier, *supra* note 359 au para 17.

³⁶⁷ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 359 au para XII-6.94; Campbell et Fournier, *supra* note 359 au para 16.

La Cour suprême s'est déjà penchée sur le droit à l'intégrité que l'on trouve énoncé à l'article 1 de la *Charte québécoise*. Elle en a précisé la portée dans l'arrêt *Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*³⁶⁸. Celui-ci se présente d'ailleurs comme l'arrêt de principe en la matière. Pendant trente-trois jours, au cours des mois d'octobre et de novembre 1984, des employés de l'hôpital St-Julien, membres du Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand, avaient participé à des grèves illégales. « En conséquence de ces débrayages, les 703 bénéficiaires de l'Hôpital ont été privés de certains soins et services normalement dispensés par les employés. »³⁶⁹ Le Curateur public du Québec, en sa qualité de curateur d'office d'une bénéficiaire, avait été autorisé à présenter un recours collectif au nom de tous les bénéficiaires ayant été touchés par les moyens de pression. Selon lui, les agissements des employés de l'hôpital St-Julien avaient notamment porté atteinte au droit à l'intégrité des bénéficiaires, tel que compris à l'article 1 de la *Charte québécoise*.

Après analyse, le plus haut tribunal du pays décida que le droit à l'intégrité ne comprenait pas seulement l'intégrité physique, mais aussi l'intégrité psychologique, morale et sociale³⁷⁰. Pour que l'on puisse parler d'une atteinte à ces différents volets de l'intégrité de la personne, « des marques, des séquelles qui, sans nécessairement être physiques ou permanentes, dépassent un certain seuil »³⁷¹ doivent être laissées. En outre, « [l']atteinte doit affecter de façon plus que fugace l'équilibre physique, psychologique ou émotif de la victime »³⁷², ce qui signifie qu'un inconfort temporaire ne rencontrant pas les critères ayant été précédemment explicités ne peut

³⁶⁸ *Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211.

³⁶⁹ *Ibid* au para 6.

³⁷⁰ *Ibid* au para 252. Il y a lieu de souligner au passage que lors de l'adoption de la *Charte québécoise*, on lisait, à son article premier, un droit à « l'intégrité physique ». Voir *Charte des droits et libertés de la personne*, LQ 1975, c 6, art 1. Le droit à « l'intégrité physique » est devenu le droit à « l'intégrité » avec la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, LQ 1982, c 61, art 1, entré en vigueur le 1er octobre 1983 (proclamation), (1983) 115 G.O. II, 4139.

³⁷¹ *Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, *supra* note 368 à la p 253.

³⁷² *Ibid*.

constituer une atteinte au droit à l'intégrité³⁷³. C'est pourquoi, dans cette affaire, aucune atteinte à ce droit n'a été relevée.

La preuve en l'instance, comme l'a précisé le juge de première instance, n'a pas démontré que les bénéficiaires de l'Hôpital aient subi un préjudice permanent, donnant lieu à des séquelles d'ordre psychologique ou médical. Il n'a pas été établi, en effet, que l'état des bénéficiaires s'était détérioré d'une façon notable suite à la grève. Le juge du procès a plutôt conclu à un préjudice d'inconfort temporaire, qu'il a qualifié de "détresse psychologique mineure". Malgré la conclusion au contraire de la majorité de la Cour d'appel, il m'est difficile, dans ces circonstances, de voir dans cette caractérisation du préjudice par le premier juge, que j'accepte comme prouvée, une atteinte au droit à l'intégrité de la personne garanti à l'art. 1 de la *Charte*.³⁷⁴

La « détresse psychologique mineure » causée par un tiers ne peut donc être assimilée à une atteinte au droit à l'intégrité. Pour que ce droit soit mis sous tension, « un préjudice permanent, donnant lieu à des séquelles d'ordre psychologique ou médical » doit être observé. Il le sera également si « des marques, des séquelles qui, sans nécessairement être physiques ou permanentes, dépassent un certain seuil » sont rencontrées.

Cela dit, chaque fois qu'une atteinte à l'inviolabilité du corps humain sera observée, le droit à l'intégrité sera bafoué³⁷⁵. Les traitements médicaux et les interventions chirurgicales sont de bons exemples. Dans l'arrêt *Marcoux c Bouchard*, le juge Lebel écrivait d'ailleurs que toute intervention médicale ou chirurgicale comportait une atteinte à l'intégrité de la personne.

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 359 au para XII-6.96. Par ailleurs, dans ses commentaires sur le *Code civil du Québec*, le ministre de la Justice écrivait :

L'atteinte à l'inviolabilité est le fait de tierces personnes, alors que l'atteinte à l'intégrité peut être le fait de la personne elle-même en raison de ses propres déficiences; les exceptions légales à l'inviolabilité se justifient d'ailleurs par le droit à l'intégrité.

Voir Québec, Ministère de la Justice, *supra* note 177 à la p 12.

Toute nécessaire qu'elle puisse être, une intervention médicale, et surtout chirurgicale, comporte une atteinte à l'intégrité d'une personne, en principe inviolable, d'où la nécessité d'un consentement que la jurisprudence veut éclairé.³⁷⁶

S'il est donc vrai, d'un côté, que toute intervention médicale ou chirurgicale comporte une *atteinte à l'intégrité* de la personne, il est aussi vrai, d'un autre côté, que toute intervention médicale ou chirurgicale ne comporte pas nécessairement une *atteinte au droit à l'intégrité* de la personne. Il est nécessaire, pour y voir plus clair, de consulter le *Code civil du Québec*, qui contient, quant à lui, un chapitre justement intitulé « De l'intégrité de la personne ». L'on trouve, dans celui-ci, un article exposant la règle générale voulant que seuls « les cas prévus par la loi » et le « consentement libre et éclairé » puissent justifier une atteinte à l'intégrité de la personne, qui rappelons-le est « en principe inviolable ». D'ailleurs, à cet effet, la Cour d'appel du Québec nous enseigne que « [l]e principe fondamental qui sous-tend le chapitre premier du titre deuxième du livre premier du Code civil du Québec est le caractère inviolable de toute personne et le droit inaliénable à son intégrité »³⁷⁷. Il importe donc de s'y intéresser, surtout dans un contexte où le Code précise la portée et l'exercice de plusieurs droits énoncés par la Charte³⁷⁸.

Le chapitre qui retient notre attention commence au dixième article du *Code civil du Québec*. Celui-ci affirme l'inviolabilité et l'intégrité de la personne, en plus d'apporter certaines précisions sur les cas où il est permis d'y porter atteinte.

10. Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité.

Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé.

³⁷⁶ *Marcoux c Bouchard*, 2001 CSC 50 au para 31.

³⁷⁷ *Québec (Curateur public) c Centre de santé et de services sociaux de Laval*, [2008] QCCA 833 au para 16.

³⁷⁸ Québec, Ministère de la Justice, *supra* note 177 à la p 1.

En général, pour qu'une atteinte à l'intégrité de la personne puisse avoir lieu sans que son droit à l'intégrité soit bafoué, la présence d'un consentement libre et éclairé est requise. Certaines exceptions s'appliquent, notamment lorsque la loi le prévoit expressément³⁷⁹, mais considérant l'objet de cette thèse, ce n'est pas la peine de s'y attarder.

Il en va tout autrement de l'exigence de fournir un « consentement libre et éclairé ». Comme je l'exposerai ci-après, celle-ci se montre particulièrement importante, parce que c'est celle qui serait susceptible de justifier les traitements médicaux et les interventions chirurgicales étant parfois réalisées sur les personnes intersex(ué)es en marge du processus menant exceptionnellement à la détermination de la mention de *leur* sexe. Pour cela, après avoir précisé ce que signifie l'expression « consentement libre et éclairé », je me pencherai sur ses modalités d'application.

Pour qu'une atteinte à l'intégrité soit licite, sauf dans les cas prévus par la loi, un « consentement libre et éclairé » doit précéder l'intervention, qu'elle soit médicale ou chirurgicale. Le consentement doit donc non seulement être libre, mais aussi éclairé. D'une part, le consentement est considéré comme « libre » s'il est donné « en l'absence de contraintes externes forçant une personne à se soumettre à des soins qu'elle ne veut pas recevoir. »³⁸⁰ Les auteurs Kouri et Philips-Nootens expliquent que « [l]a liberté du consentement réfère à une décision prise en dehors de toute influence ou contrainte indue : seule s'exprime la volonté de la personne, souveraine dans l'appréciation de son meilleur intérêt. »³⁸¹ Cette vision se rapprocherait toutefois de l'utopie. La personne appelée à consentir — ce n'est pas toujours celle qui voit son intégrité compromise, comme je l'expliquerai ci-après — ne sera jamais immunisée contre les pressions et influences de son entourage.

³⁷⁹ Le lectorat s'intéressant à cette éventualité est invité à consulter Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 132 au para 404 et s.

³⁸⁰ *JurisClasseur Québec Personnes et famille*, Montréal, LexisNexis, « Fascicule 2. Intégrité de la personne » par Pierre Deschamps au para 27 (note omise).

³⁸¹ Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 132 au para 231.

Cette notion est, à l'évidence, toute relative : chaque individu se trouve, à tout moment, au centre d'un réseau complexe d'influences humaines, matérielles, environnementales, qui vont interférer avec son libre arbitre. Les atteintes à l'intégrité de la personne n'échappent pas à ces contraintes. Celles-ci sont, au contraire, très présentes en ce domaine en raison des aspects émotifs des décisions à prendre, à tel point que, pour certains, le consentement libre en matière médicale est un leurre.³⁸²

Un autre auteur ajoute que dans certaines situations, le soignant pourrait même exercer une certaine influence sans porter atteinte au caractère « libre » du consentement, dans la mesure où il en va de l'intérêt de cette personne.

Un patient peut faire l'objet de démarches légitimes destinées à influencer sa décision. Ainsi, le chirurgien qui propose une intervention très bénéfique et comportant peu de risques pourra devenir insistant auprès du patient hésitant. Il s'assurera que le patient comprend bien sa condition clinique et la nature de l'intervention proposée. Il cherchera quelles représentations induisent l'hésitation ou le refus du patient : compréhension de sa pathologie, inquiétudes, attentes face à la relation d'aide, objectifs de vie ? La prise en compte du point de vue de l'usager permet au professionnel de répondre efficacement à ses appréhensions. Un consentement libre peut survenir ensuite.³⁸³

Le soignant devra toutefois se garder d'exercer des pressions assimilables à la contrainte³⁸⁴. Pour conserver son caractère « libre », le consentement ne peut être en effet donné par crainte³⁸⁵. Il ne peut, non plus, être fourni « à la suite de fausses représentations ou de réticences [...] »³⁸⁶. On comprend donc qu'à défaut de pouvoir obtenir un « consentement parfaitement libre », la

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ Michel T Giroux, « Contrat thérapeutique et bienveillance exceptionnelle » dans *La protection des personnes vulnérables (2010)*, coll Développements récents, Cowansville, Yvon Blais, 2010, 21 à la p 35 (note omise). Dans le même sens, consulter Goubau, *supra* note 33 au para 110.

³⁸⁴ Goubau, *supra* note 33 au para 110.

³⁸⁵ Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 132 au para 240; Suzanne Philips-Nootens, Pauline Lesage-Jarjoura et Robert P Kouri, *Éléments de responsabilité civile médicale: le droit dans le quotidien de la médecine*, 3^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2007 au para 207.

³⁸⁶ Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 132 au para 249. Voir aussi Philips-Nootens, Lesage-Jarjoura et Kouri, *supra* note 385 au para 207.

recherche d'un « consentement le plus libre possible dans les circonstances [...] »³⁸⁷ est valorisée. S'il est vrai que cette affirmation ne nous aide pas vraiment à tracer la ligne entre ce qui est considéré comme libre au sens de l'article 10 al 2 du *Code civil du Québec* et ce qui ne le pas, on se souviendra qu'au final, c'est à la personne appelée à consentir que revient la décision concernant l'atteinte à l'intégrité.

D'autre part, toujours en vertu de l'article 10 al 2 du *Code civil du Québec*, le caractère libre du consentement ne suffit pas pour que ce dernier soit valide ; encore faut-il qu'il puisse être qualifié d'« éclairé ». Cela signifie que la personne appelée à consentir doit prendre sa décision en toute connaissance de cause³⁸⁸. Pour cela, le soignant n'a pas à faire un compte-rendu exhaustif de la littérature médicale se rapportant à la situation donnée. Il doit seulement offrir un éclairage permettant la prise d'une décision « avertie et réfléchie ».

L'obligation de renseigner vise, non pas à noyer le patient sous une kyrielle de données impressionnantes, sans égard à leur pertinence, mais plutôt à lui permettre de prendre une décision qui, sans être nécessairement raisonnable, sera "avertie" et réfléchie. Le devoir d'information est plus qu'un simple exercice technique. Le professionnel de la santé doit être en mesure de présenter à son patient un bilan des avantages et inconvénients des différentes options possibles, s'il en est, de l'éclairer éventuellement sur les conséquences d'un refus, et, même si la loi ne le lui impose pas formellement, de le conseiller adéquatement.³⁸⁹

Ceci étant dit, le nombre d'informations transmises variera en fonction du type de soins visés³⁹⁰. Elles devront être dans tous les cas adaptées à la personne appelée à consentir³⁹¹. Sous réserve

³⁸⁷ Giroux, *supra* note 383 à la p 35; Philips-Nootens, Lesage-Jarjoura et Kouri, *supra* note 385 au para 207.

³⁸⁸ Deschamps, *supra* note 380 au para 28; Goubau, *supra* note 33 au para 110.

³⁸⁹ Philips-Nootens, Lesage-Jarjoura et Kouri, *supra* note 385 au para 180 (note omise).

³⁹⁰ Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 132 au para 308.

³⁹¹ Deschamps, *supra* note 380 au para 28; Goubau, *supra* note 33 au para 110; Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 132 aux paras 288, 291; Philips-Nootens, Lesage-Jarjoura et Kouri, *supra* note 385 au para 197.

des exceptions pouvant trouver application telles que le privilège thérapeutique³⁹², l'urgence³⁹³ ou encore le refus par la personne appelée à consentir de recevoir l'information pertinente³⁹⁴, son consentement sera considéré comme éclairé si elle a en sa possession toutes les informations lui permettant de savoir et comprendre ce à quoi elle consent.

Cela ne suffit pas pour que l'*atteinte à l'intégrité* ne soit pas considérée comme une *atteinte au droit à l'intégrité*. Encore faut-il que les modalités applicables à la remise d'un consentement libre et éclairé soient aussi respectées. Elles aussi se trouvent dans la section « Des soins » du *Code civil du Québec*. Selon ce dernier, un « soin » comprend les examens, prélèvements, traitements, de même que toute autre intervention, qu'elle soit par exemple médicale ou chirurgicale³⁹⁵. L'article 11 du *Code civil du Québec* permet d'y voir plus clair.

11. Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examens, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention.

Si l'intéressé est inapte à donner ou à refuser son consentement à des soins, une personne autorisée par la loi ou par un mandat donné en prévision de son inaptitude peut le remplacer.

Déjà, l'article 11 al 2 CcQ laisse présager que les modalités applicables au consentement varieront en fonction de l'(in)aptitude à consentir³⁹⁶ de la personne subissant l'atteinte à

³⁹² Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 132 aux paras 358-365; Philips-Nootens, Lesage-Jarjoura et Kouri, *supra* note 385 au para 201.

³⁹³ Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 132 aux paras 366-367.

³⁹⁴ *Ibid* aux pp 368-371; Philips-Nootens, Lesage-Jarjoura et Kouri, *supra* note 385 au para 200.

³⁹⁵ Québec, Ministère de la Justice, *supra* note 177 à la p 12; Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 132 aux paras 301-307.

³⁹⁶ De façon générale, l'(in)aptitude à consentir se rapporte à la compétence d'une personne à prendre avec lucidité une décision quant aux soins de santé qui lui sont proposés.

L'inaptitude est une situation de fait, qui peut donc exister indépendamment d'un régime de protection, et inversement, une personne frappée d'incapacité peut être momentanément (ou redevenue) apte. Ainsi, par exemple, un aliéné sous régime de protection qui est en période de lucidité, ou une personne qui est guérie, mais n'a pas encore obtenu la mainlevée du régime,

l'intégrité. Or, une revue complète de la section montre aussi une variation en fonction du type de soins en question. Les soins requis par l'état de santé, les soins non requis par l'état de santé, les soins inusités ou inutiles³⁹⁷, les soins urgents³⁹⁸, les soins d'hygiène³⁹⁹ et les soins innovateurs⁴⁰⁰ ne commanderont pas le respect des mêmes modalités. Dans le contexte qui nous occupe, l'étude des modalités applicables aux soins requis et non requis par l'état de santé de la personne mineure âgée de moins de quatorze ans suffit.

D'un côté, les soins sont requis par l'état de santé d'une telle personne lorsqu'ils « visent à corriger une déficience physique ou psychologique, à améliorer la qualité de vie [...], à assurer sa survie ou à préserver son intégrité. »⁴⁰¹ Il s'agit donc des soins qui « sont absolument nécessaires pour la santé », ou encore de ceux qui sont « simplement utiles et [qui] cherchent à

pourrait valablement consentir seul aux soins exigés par son état de santé, alors qu'une personne capable parce que non protégée pourrait être jugée inapte à cause des effets momentanés de la drogue, de l'alcool, d'un traumatisme, ou d'une maladie quelconque.

Voir Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 132 au para 218 (note omise). Pour évaluer l'(in)aptitude d'une personne, la Cour d'appel a développé un test se présentant sous forme de questions :

1. La personne comprend-elle la nature de la maladie pour laquelle un traitement lui est proposé ?
2. La personne comprend-elle la nature et le but du traitement ?
3. La personne saisit-elle les risques et les avantages du traitement, si elle le subit ?
4. La personne comprend-elle les risques de ne pas subir le traitement ?
5. La capacité de comprendre de la personne est-elle affectée par sa maladie ?

Voir *Institut Philippe-Pinel c G(A)*, [1994] RJQ 2523 (CA). Pour aller plus loin, consulter les paragraphes 218 à 230 de l'ouvrage ayant été rédigé par Kouri et Philips-Nootens, lequel a été cité ci-dessus. Le lectorat, par ailleurs, sera possiblement intéressé par l'arrêt *FD c Centre universitaire de santé McGill, (Hôpital Royal-Victoria)*, 2015 QCCA 1139. Dans ce dernier, la Cour d'appel a élaboré une grille d'analyse devant être utilisée par la Cour supérieure lorsqu'elle évalue une requête pour ordonnance de soins.

³⁹⁷ « [U]n soin inusité peut être perçu comme un soin qui n'entre pas dans l'arsenal thérapeutique reconnu par la science médicale pour traiter une maladie », alors que le soin inutile réfère à celui qui « ne peut apporter aucun bénéfice à la personne, soit soulager ses douleurs, assurer sa survie, prolonger sa vie ou améliorer sa qualité de vie. » Voir Deschamps, *supra* note 380 au para 22.

³⁹⁸ Les soins sont urgents s'ils « sont requis par l'état de santé d'une personne et sans lesquels sa vie pourrait être compromise et son intégrité menacée. » Voir *Ibid* au para 23.

³⁹⁹ Les soins d'hygiène « ont trait essentiellement à la propreté corporelle d'un individu. » Voir *Ibid* au para 24.

⁴⁰⁰ « [O]n peut considérer comme soin innovateur un soin éprouvé qui fait l'objet d'une application originale dans un domaine donné. » Voir *Ibid* au para 25 (note omise).

⁴⁰¹ Voir *Ibid* au para 20.

procurer une amélioration de l'état de santé [...], à éviter une détérioration ou encore à assurer son confort. »⁴⁰² Lorsque ces soins visent une personne mineure âgée de moins de quatorze ans, l'article 14 al 1 du *Code civil du Québec* trouve application.

14. Le consentement aux soins requis par l'état de santé du mineur est donné par le titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur.

Conformément à cet article, pour que de tels soins soient réalisés, il est nécessaire que le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur y consentent. En outre, dans l'éventualité où cette personne refuse sans raison valable de donner son aval à ce qui est proposé ou encore qu'elle est empêchée d'agir, le soignant pourra demander au tribunal l'autorisation d'aller de l'avant sans qu'un consentement en bonne et due forme ait été donné au préalable (article 16 CcQ). Dans ce cas, peu importe son âge, pour autant qu'elle soit capable de l'exprimer, la personne mineure pourra faire valoir son point de vue lors de l'audition. Le tribunal ne sera pas lié par ce dernier ; il conservera la possibilité de rendre la décision qui lui semble la plus appropriée dans les circonstances (articles 23 al 2 et 34 CcQ). Dans le contexte qui nous occupe, puisque les traitements médicaux et les interventions chirurgicales en question se déroulent généralement peu de temps après la naissance de l'enfant, une telle situation ne devrait pas se produire.

Cela dit, comme je l'ai précédemment expliqué, les soins dont il est ici question ont pour objectif la normalisation de l'apparence et la structure des organes sexuels. Ils ne peuvent, pour cette raison, être qualifiés de soins requis par l'état de santé. D'où l'intérêt d'étudier, d'un autre côté, le régime juridique applicable à ce type de soins, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas requis par l'état de santé. Ils peuvent être définis comme étant ceux qui ne « visent [pas] à corriger une déficience physique ou psychologique, à améliorer la qualité de vie d'une personne, à assurer sa survie ou à préserver son intégrité »⁴⁰³. Ce sont ceux qui, en d'autres mots, ne « sont absolument [pas] nécessaires pour la santé de la personne », ou encore ceux qui sont

⁴⁰² Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 132 au para 303 (note omise).

⁴⁰³ Voir Deschamps, *supra* note 380 au para 20.

« simplement [in]utiles et [qui ne] cherchent [pas] à procurer une amélioration de l'état de santé de l'individu, à éviter une détérioration ou encore à assurer son confort. »⁴⁰⁴ Bref, ils sont tout le contraire des soins pouvant être qualifiés de requis par l'état de santé. Par exemple, jusqu'à un certain point, ceux qui ne poursuivent que des visées esthétiques seront considérés comme des soins non requis par l'état de santé⁴⁰⁵.

Pour que des soins non requis par l'état de santé puissent légalement être prodigués à l'endroit d'un enfant de moins de quatorze ans, les modalités prévues à l'article 18 du *Code civil du Québec* doivent être suivies.

18. Lorsque la personne est âgée de moins de 14 ans ou qu'elle est inapte à consentir, le consentement aux soins qui ne sont pas requis par son état de santé est donné par le titulaire de l'autorité parentale, le mandataire, le tuteur ou le curateur ; l'autorisation du tribunal est en outre nécessaire si les soins présentent un risque sérieux pour la santé ou s'ils peuvent causer des effets graves et permanents.

Encore une fois, c'est au titulaire de l'autorité parentale ou au tuteur de l'enfant que revient l'obligation de consentir. À ce titre, la procédure ressemble à celle applicable pour les soins qui sont requis par l'état de santé. Il ne faut toutefois pas se méprendre. Dans certains contextes, d'autres conditions doivent être remplies. En effet, si les soins envisagés présentent un risque sérieux pour la santé ou s'ils peuvent causer des effets graves et permanents, l'autorisation du tribunal sera nécessaire.

Une procédure similaire trouve application lorsque l'intervention envisagée consiste en l'aliénation d'une partie du corps.

⁴⁰⁴ Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 132 au para 303 (note omise).

⁴⁰⁵ Deschamps, *supra* note 380 au para 21.

19. Une personne majeure, apte à consentir, peut aliéner entre vifs une partie de son corps pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut raisonnablement en espérer.

Un mineur ou un majeur inapte ne peut aliéner une partie de son corps que si celle-ci est susceptible de régénération et qu'il n'en résulte pas un risque sérieux pour sa santé, avec le consentement du titulaire de l'autorité parentale, du mandataire, tuteur ou curateur, et l'autorisation du tribunal.

À l'instar de ce qui en va pour le consentement donné aux soins qui ne sont pas requis par l'état de santé de la personne mineure et qui présentent un risque sérieux pour la santé ou qui sont susceptibles de causer des effets graves et permanents, il ne suffira pas dans ce cas que le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur soit d'avis que les soins doivent aller de l'avant. Le tribunal devra se prononcer. Encore une fois, à l'audition, il sera « tenu, sauf impossibilité, de recueillir l'avis de cette personne [à qui des soins non requis par son état de santé sont proposés] et, à moins qu'il ne s'agisse de soins requis par son état de santé, de respecter son refus » (article 23 al 2 CcQ). Par rapport aux soins qui sont requis par l'état de santé, la différence est majeure, puisque dans ce cas, le tribunal est tenu de respecter le refus de la personne mineure à qui les soins sont destinés. Cela dit, dans le contexte qui nous occupe, puisqu'il s'agit d'un nouveau-né, le tribunal ne pourra manifestement pas recueillir son avis sur le sujet.

Il y a tout lieu de croire, considérant les explications ayant été données dans la section 2.1.2. La décision relative à la reconstruction génitale, que les soins réalisés en marge du processus menant exceptionnellement à la détermination de la mention du sexe ne sont pas, sauf exception, requis par l'état de santé. Comme juriste, pour cette raison, je m'étonne de l'absence de décisions ayant été publiées sur le sujet ou, à tout le moins, de l'absence de résultats auquel j'ai été confronté dans mes recherches. Faut-il le rappeler, les soins dont il est ici question sont particulièrement invasifs. Ils peuvent inclure, selon le cas, la « construction d'un vagin, séparation des grandes lèvres ayant fusionné, clitoroplastie pour diminuer la taille du clitoris, etc. »⁴⁰⁶ Ces soins, qui ne sont généralement pas requis par l'état de santé de la personne visée,

⁴⁰⁶ Poulin-Chartrand, *supra* note 271.

peuvent manifestement causer des effets graves et permanents à l'enfant qui les subit. Dans certains cas, ils impliquent manifestement l'aliénation d'une partie du corps. De ce fait, sachant que de telles interventions sont pratiquées au Québec, ne devrions-on nous pas trouver, en jurisprudence, une série de décisions autorisant à ce que de tels soins soient prodigués ? On en conviendra, l'absence de résultat à cet égard s'explique plutôt mal...

Dans un tout autre ordre d'idées, puisque le destinataire des soins est différent de celui qui fournit le consentement, les exigences de l'article 12 du *Code civil du Québec* doivent être suivies.

12. Celui qui consent à des soins pour autrui ou qui les refuse est tenu d'agir dans le seul intérêt de cette personne en tenant compte, dans la mesure du possible, des volontés que cette dernière a pu manifester.

S'il exprime un consentement, il doit s'assurer que les soins seront bénéfiques, malgré la gravité et la permanence de certains de leurs effets, qu'ils sont opportuns dans les circonstances et que les risques présentés ne sont pas hors de proportion avec le bienfait qu'on en espère.

(je souligne)

En fonction du premier alinéa de cet article, la décision relative aux soins doit être prise « dans le seul intérêt » de la personne qui est appelée à les recevoir, sans quoi l'*atteinte à l'intégrité* devient une *atteinte au droit à l'intégrité*. Il en va de même si les soins ne sont pas bénéfiques ou s'ils sont « hors de proportion avec le bienfait qu'on en espère » (article 12 al 2 CcQ). Dans le contexte qui nous occupe, l'article 33 du *Code civil du Québec* est aussi d'un grand intérêt, lui qui fait de l'intérêt de l'enfant la pierre angulaire des décisions le concernant.

33. Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits.

Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation.

(je souligne)

Encore une fois, eu égard au résultat de mes recherches, ne serait-ce que d'un point de vue juridique, il y a de quoi s'étonner. Comme je l'expliquais ailleurs⁴⁰⁷, les traitements médicaux et les interventions chirurgicales destinés à normaliser l'apparence et la structure des organes génitaux des personnes intersex(ué)es ne semblent pas être réalisés pour favoriser sa propre condition, mais plutôt pour alléger le fardeau supporté par ses parents et la société dans une plus large mesure. Ce sont eux qui, après tout, ont du mal à vivre avec la vue ou la connaissance des organes génitaux de l'enfant...

Dans l'ordre des priorités, le bien-être de l'enfant paraît céder le pas sur la volonté de rassurer les parents : il s'agit de diminuer leurs craintes quant à la réaction du public. Bien que ce raisonnement semble s'inscrire en filigrane de toute atteinte à l'intégrité des personnes intersex(ué)es (en ce qui au moins trait à la normalisation de leurs organes génitaux), il ne va pas sans présenter deux lacunes majeures. Premièrement, ce raisonnement laisse dans l'ombre les multiples objections étant formulées par les personnes qui ont subi les traitements médicaux et interventions chirurgicales dont il est ici question⁴⁰⁸. Deuxièmement, ce même raisonnement contrevient aux exigences de l'article 12 du *Code civil du Québec*, dans la mesure où les soins ne sont pas réalisés « dans le seul intérêt de cette personne » intersex(ué)e. Les soins en question paraissent destinés, au moins en partie, à soulager les parents qui expriment une certaine

⁴⁰⁷ Sauvé, *supra* note 44 aux pp 177 et s. La réflexion qui suit reprend dans une certaine mesure celle qui avait été présentée dans ce texte.

⁴⁰⁸ Arthur Cocteau, « Lettre   Herculine Barbin, suivie du *Fils du vent* (extraits choisis) » (2008) 27:1 NQF 16; Camille Lamarre, « Nous sommes des merveilles » (2008) 27:1 NQF 23; Ollie, « L'enfant de la lune » (2008) 27:1 NQF 30; Vincent Guillot, « Intersexes: ne pas avoir le droit de dire ce que l'on ne nous a pas dit que nous étions » (2008) 27:1 NQF 37; Holmes, *supra* note 122; Janik Bastien-Charlebois, « Pour une sensibilité intersexe » (2011) 28:1 Revue canadienne de service social 157; Lucie Gosselin, *Intersexualité. Des sexes en question dans les sociétés occidentales*, mémoire de maîtrise en anthropologie, Université Laval, 2012; Bastien-Charlebois, *supra* note 351; Bastien-Charlebois, *supra* note 43; Pelletier et Bernard, *supra* note 147; Janik Bastien-Charlebois, Sunny Dagenais et Lucie Gosselin, *Quel est ce « sexe » que l'on mentionne? : Quelques implications du projet de règlement encadrant les demandes de changement de mention de sexe pour les personnes intersex(u )es*, Comité Visibilité Intersexe, 2015, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/Media/Process.aspx?MediaId=ANQ.Vigie.Bll.DocumentGenerique_103765&process=Default&token=ZyMoxNwUn8ikQ+TRKYwPCjWrKwg+vIv9rjij7p3xLGTZDmLVSmJLoqe/vG7/YWzz> (consulté le 2 février 2016).

difficulté à accepter la situation de leur enfant. De ce fait, juridiquement, il devient difficile, voire impossible, de justifier l'atteinte à l'intégrité, peu importe le bénéfice potentiel et indirect que l'enfant pourrait en tirer. Qui plus est, on notera bien qu'il n'y a aucune exception à la règle exprimée à l'article 12 du *Code civil du Québec*. L'arrêt *E (Mme) c Eve*⁴⁰⁹ et la décision *T (N) c N-T (C)*⁴¹⁰, qui ont tous deux été rendus en contexte de stérilisation non thérapeutique des personnes ne pouvant offrir un consentement libre et éclairé en raison d'un handicap intellectuel, l'illustrent bien. Pour cette raison, ne serait-ce qu'en vertu de l'article 12 du *Code civil du Québec*, le consentement offert par les parents de l'enfant, qui reçoivent par proxy les soins prodigués à l'enfant, pose problème. Il en va de même pour l'atteinte à l'intégrité qui en résulte : celle-ci apparaît encore une fois illégale. Ceci étant dit, en pareille matière, à ma connaissance, ces arguments n'ont jamais été invoqués devant les tribunaux⁴¹¹. Ils sont donc ici avancés à titre d'hypothèse.

Avant de conclure sur ce volet de la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois, comme je l'ai fait à une autre occasion⁴¹², je me permettrai un détour par la protection contre les traitements ou peines cruels et inusités, posée à l'article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.⁴¹³

⁴⁰⁹ *E (Mme) c Eve*, [1986] 2 RCS 388.

⁴¹⁰ *T (N) c C (N-T)*, [1999] RJQ 223 (CS).

⁴¹¹ Toutefois, dans une requête pour jugement déclaratoire, la nécessité de voir apparaître, sur l'acte de naissance, une mention de sexe est contestée au regard de la *Charte québécoise* et de la *Charte canadienne*. À cet effet, consulter la *Re-Amended Motion to Institute Proceedings for a Declaratory Judgment* dans le dossier 500-17-082257-141.

⁴¹² À titre indicatif, la réflexion présentée dans cette section de ma thèse en reprend une autre ayant déjà fait l'objet d'une publication dans Sauvé, *supra* note 44 aux pp 181-183.

⁴¹³ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, art 12 [*Charte canadienne*].

À sa face même, cet article ressemble à plusieurs autres traitant de situations similaires, que l'on peut notamment trouver, comme l'explique la professeure Desrosiers⁴¹⁴, dans le *Bill of Rights*⁴¹⁵, l'*American Bill of Rights*⁴¹⁶ et la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁴¹⁷. Au Canada, une disposition similaire avait été intégrée à la *Déclaration canadienne des droits*⁴¹⁸. Il faudra toutefois attendre l'avènement de la *Charte canadienne* en 1982 pour que la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités fasse partie de la Constitution canadienne. Celle-ci sera mise sous tension chaque fois que l'État infligera une peine ou un traitement que l'on estimera cruel et inusité⁴¹⁹. À ce stade-ci, le lectorat aura compris que l'État n'y est pour rien dans les atteintes à l'intégrité que subissent les personnes intersex(ué)es. N'empêche, par analogie, l'article 12 de la *Charte canadienne*, parce qu'il proscrie les peines ou traitements cruels et inusités, permet de faire une réflexion pour le moins intéressante. Il n'est pas inutile,

⁴¹⁴ Julie Desrosiers, Fannie Lafontaine et Alexandre Stylios, « Les garanties juridiques énoncées aux articles 12, 13 et 14 de la Charte » dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 5^e éd, Markman, LexisNexis, 2013, 879 aux pp 881-882. À la page 880 de l'ouvrage, il est mentionné que c'est la professeure Desrosiers qui développe le volet sur l'article 12 de la *Charte canadienne*.

⁴¹⁵ Selon son article 10 : « 'That excessive bail ought not to be required nor excessive fines imposed; nor cruel and unusual punishments inflicted' ». Voir *Ibid* à la p 881; *Bill of Rights*, 1688, 1 Wm & M sess 2, c 2, art 10.

⁴¹⁶ Le 8^e amendement de l'*American Bill of Rights* se lisait comme suit : « 'Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted' ». Voir Desrosiers, Lafontaine et Stylios, *supra* note 414 à la p 881; *American Bill of Rights*, US CONST, amend VIII.

⁴¹⁷ L'article 5 de celle-ci prévoit expressément que « [n]ul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. » Voir Desrosiers, Lafontaine et Stylios, *supra* note 414 à la p 882; *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Doc NU A/810 (1948), art 5.

⁴¹⁸ Selon l'article 2b) :

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

[...]

b) infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition;

À ce sujet, voir Desrosiers, Lafontaine et Stylios, *supra* note 414 à la p 881; *Déclaration canadienne des droits*, SC 1960, c 44, art 2b).

⁴¹⁹ *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4 au para 47 (juge McLachlin). Elle citait alors l'arrêt *Rodriguez c Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 RCS 519 aux pp 608-609.

dans ce contexte, de s'y attarder, en commençant par définir le sens des mots « peine » et « traitement ».

D'un côté, le mot « peine » a été défini par la Cour suprême dans l'arrêt *R c Rodgers*. La juge Charron, rédigeant les motifs pour la majorité de la Cour, y explique que « [s]uivant son sens ordinaire, "peine" s'entend des sanctions dont est passible l'accusé déclaré coupable d'une infraction. »⁴²⁰ Ce terme renvoie donc au contexte de droit criminel et pénal, un contexte qui n'est pas traité dans le cadre de cette thèse. Il n'est tout simplement pas pertinent en l'espèce : le régime juridique applicable à la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil ne peut, d'un point de vue positiviste au moins, s'inscrire dans une logique de droit criminel et pénal. Ce faisant, je n'irai pas plus loin dans l'analyse de cet aspect de l'article 12 de la *Charte canadienne*.

En revanche, d'un autre côté, le même article vise également le « traitement ». Contrairement à ce qui en va du mot « peine », il n'est pas aussi facile de cerner ce qu'il signifie⁴²¹. La jurisprudence de la Cour suprême fournit néanmoins quelques indices. En 1992, sans se prononcer de façon explicite sur le sens que devait recevoir le mot, le juge Sopinka s'est montré ouvert à considérer comme un « traitement » l'expulsion en contexte d'immigration.

Il se peut toutefois que l'expulsion constitue un "traitement" au sens de l'art. 12. En effet, selon la définition qu'en donne le *Petit Robert 1* (1990), le terme "traitement" désigne un "[c]omportement à l'égard de [quelqu'un]; actes traduisant ce comportement". C'est toutefois là un point qu'il n'est pas nécessaire de trancher aux fins du présent pourvoi puisque, à mon avis, l'expulsion autorisée par le sous-al. 27(1)d)(ii) et le par. 32(2) n'est ni cruelle ni inusitée.⁴²²

Il faudra attendre encore quelques années pour que ce que veut dire le mot « traitement » soit encore explicité par la Cour suprême. C'est dans l'arrêt *Rodriguez c Colombie-Britannique*

⁴²⁰ *R c Rodgers*, 2006 CSC 15 au para 62 (juge Charron).

⁴²¹ La professeure Desrosiers le faisait également remarquer dans un chapitre d'ouvrage collectif. Voir Desrosiers, Lafontaine et Stylios, *supra* note 414 à la p 885.

⁴²² *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c Chiarelli*, [1992] 1 RCS 711 à la p 735 (juge Sopinka).

(*Procureur général*) que les précisions viendront. Le juge Sopinka, écrivant alors les motifs de la majorité, y explique :

Aux fins de la présente analyse, je suis disposé à présumer que le « traitement » au sens de l’art. 12 peut inclure ce qui est imposé par l’État dans un contexte de nature autre que pénale ou quasi pénale. Toutefois, je suis d’avis que la simple prohibition imposée par l’État à l’égard d’une certaine action, sans plus, ne peut constituer un « traitement » au sens de l’art. 12. Il ne faut pas en déduire qu’à mon avis, seules les actions positives de l’État peuvent être considérées comme des traitements au sens de l’art. 12 ; il peut très bien exister des situations où l’interdiction de certaines formes d’actions peut constituer un « traitement », comme l’a laissé entendre le juge Dickson de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick dans l’arrêt *Carlston c. New Brunswick (Solicitor General)* (1989), 43 C.R.R. 105, qui était disposé à examiner si l’interdiction totale de fumer dans les établissements carcéraux constituait un « traitement » au sens de l’art. 12. La distinction entre cette affaire de même que toutes celles citées précédemment et la situation en l’espèce tient toutefois à ce que, dans les cas cités, l’individu est d’une certaine façon soumis à un contrôle administratif particulier de l’État. En l’espèce, l’appelante est simplement soumise aux dispositions du *Code criminel*, comme tous les citoyens. Le fait qu’en raison de la situation personnelle dans laquelle elle se trouve, une interdiction particulière la touche d’une façon qui lui cause des souffrances ne signifie pas qu’elle est soumise à un « traitement » imposé par l’État. De même, la personne affamée à qui il est interdit sous peine de sanction criminelle de « voler une bouchée de pain » n’est pas soumise à un « traitement » au sens de l’art. 12 en raison des dispositions sur le vol prévues au *Code*, pas plus que ne l’est l’héroïnomanie à qui il est interdit de posséder de l’héroïne en vertu des dispositions de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1. Pour qu’elle constitue un ‘traitement’ au sens de l’art. 12, l’action de l’État, qu’il s’agisse d’une action positive, d’une inaction ou d’une interdiction, doit faire intervenir la mise en œuvre d’un processus étatique plus actif, comportant l’exercice d’un contrôle de l’État sur l’individu. À mon avis, soutenir que l’interdiction prévue à l’al. 241 b), sans que l’appelante soit d’aucune façon soumise au système administratif ou judiciaire de l’État, se situe dans les limites de l’art. 12, forcerait le sens ordinaire de l’expression « contre tous traitements » imposés par l’État.

(je souligne)⁴²³

⁴²³ *Rodriguez c Colombie-Britannique (Procureur général)*, supra note 419 aux pp 611-612 (juge Sopinka).

Ce riche extrait permet de tirer certaines conclusions quant au sens que reçoit le mot « traitement » utilisé à l'article 12 de la *Charte canadienne*, du moins en ce qui a trait aux balises qui délimitent sa portée. On comprend que le terme implique globalement un contrôle administratif particulier de l'État. Une interdiction, à elle seule, ne peut se qualifier de « traitement » selon l'article 12 de la *Charte canadienne*. Le juge Sopinka prend cependant soin de mentionner que cela ne veut pas dire qu'un traitement implique nécessairement une action positive de l'État ; l'inaction de ce dernier pouvant aussi être considérée, en certaines circonstances, comme un « traitement ». Seulement, par son inaction, l'État doit exercer un certain contrôle administratif particulier. En outre, il semble se dégager de l'extrait cité une certaine part d'objectivité, en ce sens que l'on ne peut inférer qu'une personne est soumise à un « traitement » de l'État lorsque sa situation personnelle fait en sorte qu'une interdiction particulière la touche d'une façon qui lui cause des souffrances. Et, ce qui est très important aux fins de cette thèse, le « traitement » peut viser des situations qui s'inscrivent dans des contextes autres que de nature pénale ou quasi-pénale.

Cela dit, la démonstration de l'existence d'une peine ou d'un traitement ne suffit pas pour que l'article 12 de la *Charte canadienne* soit mis sous tension. Encore faut-il que ce dernier puisse être qualifié de « cruel et inusité ». Encore une fois, saisir le sens qu'il convient de donner à cette expression est difficile. La Cour suprême ne l'a jamais clairement expliquée⁴²⁴. On sait néanmoins qu'il s'agit de « la "formulation concise d'une norme" »⁴²⁵... ce qui ne nous avance pas nécessairement. Aussi concise cette norme puisse-t-elle être, ce à quoi elle se réfère fait encore l'objet de discussions. Pour la professeure Desrosiers, les peines et traitements qui sont qualifiés de cruels et inusités renvoient notamment, mais non exclusivement, aux « supplices des corps » que décrivait Michel Foucault⁴²⁶.

⁴²⁴ Comme l'expliquait Peter Hogg, « [t]he phrase "cruel and unusual" has never been satisfactorily defined. » Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd, 2, Scarborough, Thompson/Carswell, 2007 à la p 53-3.

⁴²⁵ *R c Smith*, [1987] 1 RCS 1045 à la p 1072 (juge Lamer). Il citait alors *Miller et autre c La Reine*, [1977] 2 RCS 680 à la p 689.

⁴²⁶ Desrosiers, Lafontaine et Stylios, *supra* note 414 à la p 882.

Le constitutionnaliste Peter Hogg, quant à lui, fait état de doutes concernant la façon de comprendre l'expression : celle-ci doit-elle être perçue comme disjonctive, ce qui permettrait à un traitement ou une peine d'être soit « cruelle », soit « inusitée », mais pas nécessairement « cruelle et inusitée », ou encore comme conjonctive, auquel cas le traitement ou la peine devrait être « cruelle et inusitée », dans le sens de non seulement « cruelle », mais aussi « inusitée »⁴²⁷ ? En dépit de la réponse définitive à cette question qui se fait toujours attendre, selon le constitutionnaliste, la Cour suprême pencherait sur l'interprétation conjonctive. Seul le traitement ou la peine qui se qualifie de cruel et inusité serait ainsi interdit par l'article 12 de la *Charte canadienne*.

The Supreme Court of Canada has now approved the proposition that the words "cruel and unusual" are "interacting expressions colouring each other, so to speak, and hence to be considered together as a compendious description of a norm". This is not particularly helpful, but it seems to accept the conjunctive alternative, requiring that a punishment have elements of both cruelty and unusualness.⁴²⁸

Quoi qu'il en soit, il ne m'appartient pas ici de trancher ce débat qui ne présente, de toute façon, que peu d'intérêt dans le cadre de cette thèse.

C'est pourquoi je passe aux conditions d'application de l'article 12 de la *Charte canadienne*. L'arrêt de principe en la matière est *R c Smith*⁴²⁹. On y trouve le test applicable à l'article précité, qui bien qu'édulcoré selon au moins une auteure⁴³⁰, se montre encore d'actualité. Dans cet arrêt, le juge Lamer explique :

⁴²⁷ Hogg, *supra* note 424 à la p 53-3.

⁴²⁸ *Ibid* (note omise).

⁴²⁹ *R c Smith*, *supra* note 425.

⁴³⁰ Desrosiers, Lafontaine et Stylios, *supra* note 414 à la p 887.

Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* consiste, pour reprendre les termes utilisés par le juge en chef Laskin à la p. 688 de l'arrêt *Miller et Cockriell*, précité, à se demander "si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine." En d'autres termes, bien que l'état puisse infliger une peine, l'effet de cette peine ne doit pas être exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié.

(je souligne)⁴³¹

« La peine doit en effet être totalement disproportionnée à celle qui convient eu égard à la nature de l'infraction et à la situation du délinquant » écrivait récemment la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *R c Nur*⁴³². De surcroît, la peine en question « peut être totalement disproportionnée dans le cas du délinquant en cause ou peut avoir sur une autre personne un effet totalement disproportionné, la disposition étant dès lors inconstitutionnelle. »⁴³³ Cela fait écho au principe bien connu du droit criminel selon lequel la peine infligée à une personne doit être proportionnelle à l'acte répréhensible ayant été commis⁴³⁴. L'on comprend donc, considérant ce qui précède, qu'un tribunal appelé à déterminer si une peine ou un traitement est cruel et inusité au regard de l'article 12 de la *Charte canadienne* doit se demander si cette peine ou ce traitement est exagérément disproportionné et incompatible avec la dignité humaine.

Dans certaines circonstances, cette question se répondra somme toute facilement. Certains traitements et certaines peines sont, de par leur nature même, invariablement cruels et inusités, comme l'expliquait le juge Lamer dans l'arrêt *R c Smith*.

Enfin, je dois ajouter que certaines peines ou certains traitements seront toujours exagérément disproportionnés et incompatibles avec la dignité humaine : par exemple, l'imposition d'un châtiment corporel comme la peine du fouet, sans

⁴³¹ *R c Smith*, *supra* note 425 à la p 1072 (juge Lamer).

⁴³² *R c Nur*, 2015 CSC 15 au para 39 (juge McLachlin).

⁴³³ *Ibid* (juge McLachlin).

⁴³⁴ *Ibid* aux paras 40-46 (juge McLachlin).

égard au nombre de coups de fouet imposé ou, à titre d'exemple de traitement, la lobotomie de certains criminels dangereux, ou la castration d'auteurs de crimes sexuels.

(je souligne)⁴³⁵

En l'espèce, s'il se trouve face à une peine ou un traitement qui est, de par sa nature, exagérément disproportionné et incompatible avec la dignité humaine, le tribunal se devra, peu importe les circonstances, de conclure à la contravention de l'article 12 de la *Charte canadienne*. On notera au passage que la liste présentée par le juge Lamer n'est pas exhaustive. D'ailleurs, la torture, qui n'avait pas été considérée dans l'arrêt *R c Smith* comme étant une peine ou un traitement cruel et inusité de par sa nature même, l'est désormais⁴³⁶. Bref, "[t]hese are punishments (or treatments) that would be cruel and unusual as the penalty for any offence, no matter how heinous, or for any offender, no matter how dangerous." ⁴³⁷

Restent encore les peines et traitements qui sont, non pas en raison de leur nature, mais plutôt de par les circonstances applicables, exagérément disproportionnés et incompatibles avec la dignité humaine. L'utilisation du terme « exagérément » n'est pas anodine, puisqu'« [i]l n'y aura violation de l'art. 12 que si, compte tenu de l'infraction et du contrevenant, la sentence est inappropriée au point d'être exagérément disproportionnée » (je souligne)⁴³⁸. À cet effet, la littérature semble encore devoir faire l'objet de développements, mais je ne m'y risquerai pas dans cette thèse. Plutôt, je soulèverai que le sort qui est parfois réservé aux personnes intersex(ué)es se rapproche, à plusieurs égards de celui qui est proscrit en vertu de l'article 12 de la *Charte canadienne*. Évidemment, comme cet article se trouve dans la *Charte canadienne*, dans le

⁴³⁵ *R c Smith*, *supra* note 425 aux pp 1073-1074 (juge Lamer).

⁴³⁶ *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1 au para 51.

⁴³⁷ Hogg, *supra* note 424 à la p 53-3.

⁴³⁸ *R c Smith*, *supra* note 425 à la p 1072 (juge Lamer). La professeure Desrosiers remarque notamment que l'application de ce dernier critère a, la plupart du temps, concerné les peines minimales obligatoires. Voir Desrosiers, Lafontaine et Stylios, *supra* note 414 à la p 897.

contexte qui nous occupe, faut-il le rappeler, celui-ci ne trouve pas application⁴³⁹. N'empêche, il peut nous aider à comprendre l'étendue du droit à la sécurité et du droit à l'intégrité qui se trouve inscrit à l'article 1 de la *Charte québécoise*.

N'est-il pas curieux, en effet, comme le faisaient déjà remarquer en 2005 les auteurs Nancy Ehrenreich et Mark Barr⁴⁴⁰, que l'on condamne vivement les mutilations génitales féminines, lesquelles sont servies comme exemple de « pratiques barbares et inacceptables »⁴⁴¹, mais que l'on ne fasse aucun cas des pratiques visant à normaliser le corps des personnes intersex(u)ées ? D'un côté, les mutilations génitales doivent être dénoncées et réprimées. Cela paraît incontestable. Au Canada, elles sont d'ailleurs en partie criminelles en vertu de l'article 268(3) du *Code criminel*⁴⁴². Et pourtant, d'un autre côté, les traitements médicaux et les interventions

⁴³⁹ Sur l'application de la *Charte canadienne*, on consultera notamment Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 359 au para XXII-2.2.

⁴⁴⁰ Nancy Ehrenreich et Mark Barr, « Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of "Cultural Practices" » (2005) 40 Harv CR-CLL Rev 71.

⁴⁴¹ On consultera par exemple les débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares*, LC 2015, c 29. Par ailleurs, l'utilisation de ce qualificatif (« barbares ») pour décrire les mutilations génitales féminines n'est pas sans rappeler la controverse dans laquelle le Très Honorable Justin Trudeau s'était retrouvé. En mars 2011, le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration avait produit une nouvelle version du guide *Découvrir le Canada : les droits et responsabilités liés à la citoyenneté*. Dans celle-ci, on lisait notamment que la mutilation sexuelle des femmes était comprise parmi une série de pratiques culturelles barbares.

Au Canada, les hommes et les femmes sont égaux devant la loi. L'ouverture et la générosité du Canada excluent les pratiques culturelles barbares qui tolèrent la violence conjugale, les "meurtres d'honneur", la mutilation sexuelle des femmes, les mariages forcés ou d'autres actes de violence fondée sur le sexe. Les personnes coupables de tels crimes sont sévèrement punies en vertu des lois pénales du Canada.

Voir Citoyenneté et Immigration Canada, *Découvrir le Canada : Les droits et responsabilités liés à la citoyenneté*, Ottawa, Citoyenneté et Immigration Canada, 2012 à la p 9, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/pdf/pub/decouvrir.pdf>> (consulté le 17 février 2016). À titre indicatif, dans la version de 2011, le même passage apparaissait au même endroit. C'est par rapport à ce passage que le député de Papineau, alors critique libéral en matière d'immigration, avait exprimé, sur les ondes d'une station de radio, son malaise par rapport à l'utilisation de l'expression « pratiques culturelles barbares ». Le tollé provoqué par cette déclaration l'avait ensuite forcé à s'expliquer, puis se rétracter. À ce sujet, consulter notamment Joël-Denis Bellavance, « Justin Trudeau s'emporte puis s'excuse », *La Presse* (16 mars 2011) A15.

⁴⁴² Les paragraphes 3 et 4 de l'article 268 du *Code criminel* ont été ajoutés par la *Loi modifiant le Code criminel (prostitution chez les enfants, tourisme sexuel impliquant des enfants, harcèlement criminel et mutilations d'organes génitaux féminins)*, LC 1997, c 16, art 5, entré en vigueur le 26 mai 1997 (décret), TR/97-66 (Gaz Can II). Dans le préambule de cette loi, on lit notamment qu'il est « [a]ttendu : [...] que le Parlement du Canada se

chirurgicales en question, entrepris à l'égard des personnes intersex(ué)es, semblent perçus comme une réponse rationnelle et neutre à une situation mettant en jeu la diversité sexuelle et apparemment conforme au sous-paragraphe 268(3)a) du *Code criminel*.

268. [...] 3) Il demeure entendu que l'excision, l'infibulation ou la mutilation totale ou partielle des grandes lèvres, des petites lèvres ou du clitoris d'une personne constituent une blessure ou une mutilation au sens du présent article, sauf dans les cas suivants :

a) une opération chirurgicale qui est pratiquée, par une personne qui a le droit d'exercer la médecine en vertu des lois de la province, pour la santé physique de la personne ou pour lui permettre d'avoir des fonctions reproductives normales, ou une apparence sexuelle ou des fonctions sexuelles normales ;

(je souligne)

Ainsi, l'atteinte à l'intégrité d'une personne est possible et ne constitue pas, selon l'article précité du *Code criminel*, une mutilation génitale par ailleurs criminelle si elle est exercée par une personne ayant le droit de pratiquer la médecine au Québec et, selon le contexte qui nous intéresse, dans la mesure où le but poursuivi est de permettre à la personne subissant cette atteinte d'avoir notamment une apparence sexuelle dite normale. Serait-on face à un double standard ? À mon avis, en faisant miens les propos des auteurs Nancy Ehrenreich et Mark Barr, je suggère une réponse affirmative.

Physicians' preoccupation with the stigma that can attach to someone who is not readily identifiable as male or female is not that different, for example, from FGC practitioners' conviction that women who fail to undergo genital surgery will be seen as dirty, promiscuous, and unmarried. In both cases, the practitioners are responding to very real societal attitudes that can reasonably be expected to negatively affect the individuals in question.

préoccupe sérieusement de la pratique de la mutilation d'organes génitaux féminins, notamment à l'égard des enfants ».

[...]

One could argue that intersex surgery is different, however, because it repairs or corrects a disability, rather than disfigures perfectly “normal” body parts. However, this distinction between normality and disability is itself an artifact of culture. It is a product of socially constructed “knowledge” about difference and disability, as opposed to the articulation of an objective distinction based on biological “facts” about human bodies. An examination of disability theory reveals that, in fact, intersex treatment protocols not only enforce gender norms but also construct both sex and disability.⁴⁴³

Dans les deux cas, que l'on traite des mutilations génitales féminines ou des traitements médicaux et des interventions chirurgicales réalisés sur le corps des personnes intersex(ué)es dans le but de les normaliser, l'impératif de santé n'est pas avancé d'emblée. Il s'agit plutôt de satisfaire des intérêts sociaux. Comme l'expliquent Nancy Ehrenreich et Mark Barr, la conclusion selon laquelle le corps des personnes intersex(ué)es est anormal « reveals itself as a cultural construction. Only in a society in which sex is understood in binary terms (everyone is either male or female) does the hermaphroditic body become abnormal. »⁴⁴⁴ Dans les deux cas, qu'il soit question de mutilations génitales féminines comme l'excision ou de traitements médicaux et d'interventions chirurgicales destinés à normaliser l'apparence et la structure des organes génitaux des personnes intersex(ué)es, le « bras armé de l'hétérosexisme », pour reprendre l'expression ayant été employée par la professeure Bastien-Charlebois⁴⁴⁵, se manifeste d'une façon similaire, mais la réponse offerte à son action, elle, diffère. Les premiers sont réprimés, les seconds sont tolérés, alors que les deux semblent manifestement contrevenir à l'état du droit positif.

⁴⁴³ Ehrenreich et Barr, *supra* note 440 à la p 115.

⁴⁴⁴ *Ibid* aux pp 117-118.

⁴⁴⁵ Bastien-Charlebois, *supra* note 351.

Conclusion

D'ordinaire, « c'est le sexe morphologique qui détermine, à la naissance, le sexe légal »⁴⁴⁶, qui ne peut être que mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Cela, nous l'avons vu dans le premier chapitre de cette thèse. Toutefois, dans certaines situations, des « anomalies qui affectent certaines composantes du sexe »⁴⁴⁷ ne permettent pas de se prononcer quant à la mention de sexe devant être assignée. Les personnes concernées par cette situation ne sont pas en reste. Elles aussi ne peuvent rester asexuées face à l'État. Pour leur assigner la mention de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »), un processus exceptionnel est mis en place.

C'est à ce dernier que je me suis intéressé dans ce chapitre. Nous avons vu que lorsque des personnes naissent avec de tels organes génitaux, plutôt que de reconnaître leur état de personne intersex(ué)e, des recherches approfondies étaient complétées. Le résultat de ces dernières permet alors de forcer leur intégration dans l'une ou l'autre des catégories sexuelles reconnues. Le pouvoir juridique, toutefois, ne s'empêtre pas avec les détails. Certes, il exige la binarité, l'exclusivité, l'évidence, la permanence et l'unicité du sexe, qui doivent être reflétés par la mention jugée appropriée dans les circonstances. Au-delà de ces paramètres, le pouvoir juridique laisse la personne intersex(ué)e aux soins des professionnelles et professionnels de la santé, qui eux doivent trouver le moyen de l'insérer dans la catégorie mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »).

À cet égard, les données se font peu nombreuses. Il devient alors difficile de savoir précisément ce qui se produit derrière les rideaux. On sait toutefois que les professionnelles et professionnels de la santé suivaient un certain processus, qui leur permettait de prendre la décision quant au

⁴⁴⁶ Goubau, *supra* note 33 au para 285.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

sexe devant être assigné, mais aussi en ce qui a trait à l'opportunité de procéder à la reconstruction des organes génitaux de la personne intersex(ué)e.

Sur ce dernier point, il est plutôt étonnant que les juristes québécois ne se soient pas formalisés outre mesure des pratiques adoptées. Il y a tout lieu de croire, en effet, que les traitements médicaux et les interventions chirurgicales que subissent les personnes intersex(ué)es contreviennent au droit positif. D'ailleurs, les dénonciations faites sur la scène internationale devraient pouvoir trouver un écho favorable au Québec, ce qui ne semble pourtant pas être le cas. L'opposition à ces pratiques, jusqu'à présent du moins, est restée relativement mineure sur le territoire de la province, ce qui a de quoi laisser songeur.

Au-delà de ces traitements et chirurgies, on a vu, en ce sens, que tant en ce qui a trait au discours des juristes qu'à celui des professionnels de la santé, les fondements sur lesquels le sexe en venait à être identifié comme mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») étaient variables. Par exemple, dans certains cas, la composante génétique pouvait être prise en considération et justifier la décision, alors que dans d'autres, le choix reposait au moins en partie sur la décision des parents. De ce fait, il y a tout lieu de croire qu'au sein de la société québécoise, au terme des processus menant généralement à la détermination de la mention du sexe, les personnes ayant été identifiées comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») n'ont pas toutes des corps similaires.

Avec les adaptations qui s'imposent, les observations ayant été formulées à la fin du premier chapitre de cette thèse peuvent donc également l'être ici. Le lectorat est prié de s'y rapporter. Or, manifestement, ces dernières ne suffisent pas. D'autres, encore, doivent être formulées, lesquelles se réfèrent précisément au processus menant exceptionnellement à la détermination de la mention du sexe.

En effet, d'un côté, l'interprétation de la législation applicable ne peut être réalisée sans avoir recours, dans une certaine mesure au moins, aux normes de masculinité et de féminité qui se trouvent déployées au sein de la société québécoise. Selon ces normes, le sexe ne peut être que mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») et il en va de même de sa mention. Le pouvoir juridique, non pas sans y apporter certaines adaptations, participe au maintien de ces normes. Il assure, à tout le moins, leur sauvegarde en proclamant l'inexistence des personnes intersex(ué)es, alors que manifestement, l'existence de ces personnes ne fait aucun doute. À cet égard, avec le processus qui est mis en place, le pouvoir juridique se donne les airs de Procuste. Le cadre qu'il déploie conditionne l'existence du sexe. Il délimite ce qu'il peut être et ce qu'il ne peut pas. Bien plus que de d'offrir un témoignage fidèle à propos du sexe des personnes intersex(ué)es, le pouvoir juridique cherche donc à préserver l'intégrité de son système de catégorisation du sexe.

Conclusion de la première partie

Arrivant au terme de cette première partie, un bref récapitulatif de ce qui a motivé la rédaction de ce qui précède s'impose. Nous avons vu qu'au Québec, toute personne devait peu de temps après la naissance faire l'objet d'une identification. À cet effet, parmi les informations devant être communiquées au directeur de l'état civil se trouve le sexe, dont la mention doit figurer sur le constat de naissance (article 111 CcQ) et la déclaration de naissance (articles 115 et 116 al 2 CcQ). À la lecture de la législation québécoise, il est difficile de savoir ce à quoi ce sexe se réfère. Une certaine tendance semble toutefois se dégager, le voyant comme une « vérité naturelle »⁴⁴⁸ étant traduite au moins de façon partielle par les mentions « M » (mâle/masculin) et « F » (femelle/féminin). Précisément, c'est ce que j'ai remis en question. En regardant de plus près le régime juridique applicable à la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois, je me suis demandé s'il était possible que la vérité supposément communiquée sur les documents d'état civil soit non pas naturelle, mais plutôt juridique. Cette interrogation m'a poussé à mettre de l'avant trois hypothèses. La première suggère une réponse positive. Le sexe émanerait effectivement de la nature. La deuxième, quant à elle, va dans le même sens, mais reconnaît un certain rôle au pouvoir juridique dans l'interprétation de cette nature. La troisième, de son côté, n'attribue qu'au pouvoir juridique la vérité sur le sexe des personnes — il n'y a rien de tel qu'un témoignage de la nature qui puisse se trouver dans la notion juridique du sexe. Si chacune de ces hypothèses pouvait être considérées jusqu'à un certain point et à différents degrés de plausibles, il m'a semblé que seule la dernière expliquait de façon adéquate la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois. Considérant ce que nous avons pu voir dans cette première partie, force est d'admettre, au moins lorsqu'il s'agit de déterminer la mention du sexe devant figurer à l'acte de naissance, que la vérité sur le sexe de toute personne est entièrement construite par le pouvoir juridique, bien que certains des matériaux utilisés pour faire cette construction soient empruntés de disciplines diverses, dont plusieurs se rapportant au savoir médical. Telle est la conclusion principale devant être tirée de la première partie de cette thèse.

⁴⁴⁸ L'expression est tirée de Baudouin, *supra* note 34 à la p 806.

Souvenons-nous alors de ce qu'affirmait Kate Bornstein dans son ouvrage *Gender Outlaw : On Men, Women, and the Rest of Us* : « I never hated my penis; I hated that it made me a man—in my own eyes, and in the eyes of others. »⁴⁴⁹. Au premier regard, le propos a de quoi surprendre. Les hommes n'ont-ils pas un pénis ? Ne sont-ils pas des hommes parce qu'ils ont un pénis ? N'est-ce pas là une « vérité naturelle »⁴⁵⁰ ? Comment alors comprendre cette haine exprimée par l'auteure, elle qui ne l'a jamais ressentie à l'égard de son pénis, mais plutôt face à l'interprétation qui avait été faite de son organe génital ? Injustement et erronément, peut-on comprendre de son propos, elle avait été perçue comme étant un homme, non seulement à ses yeux, mais aussi à ceux des autres. À son avis, de lui-même, le pénis ne faisait pas elle d'un homme. Pour que l'assignation au genre mâle/masculin puisse être réalisée, un regard devait être posé, l'organe génital devait faire l'objet d'une interprétation et c'est en fonction de cette dernière seulement que sa définition comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») pouvait avoir lieu.

Évidemment, l'auteure est née aux États-Unis, un endroit où les normes juridiques ayant été étudiées jusqu'à présent ne s'appliquent pas. Conséquemment, les processus ayant été discutés dans cette première partie ne se sont pas appliqués à elle. N'empêche, le témoignage de Kate Bornstein n'est pas moins pertinent. Des liens très fertiles peuvent être faits avec ce qui a été avancé dans les pages qui précèdent. En effet, comme on a pu le constater, en droit québécois le sexe répondrait « à une combinaison de composantes dont certaines sont objectives [...], d'autres subjectives, sans compter la dimension sociale [...] »⁴⁵¹. Toutefois, ce serait « le sexe morphologique qui détermine[rait], à la naissance, le sexe légal »⁴⁵². La présence de ce dernier permettrait donc de considérer la personne comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »).

⁴⁴⁹ Bornstein, *supra* note 1 à la p 47.

⁴⁵⁰ Baudouin, *supra* note 34 à la p 806.

⁴⁵¹ Goubau, *supra* note 33 au para 285 (note omise).

⁴⁵² *Ibid* (note omise).

À l'analyse, cette affirmation n'a pas su résister. Le sexe morphologique fait certainement l'objet d'une considération, mais cette considération est toujours guidée par une série de paramètres qui émanent du pouvoir juridique. Ce faisant, le fondement de la catégorisation du sexe se trouve au-delà du corps de la personne observée ; il émane du pouvoir juridique. Ce pouvoir ne se contente donc pas de mettre de l'avant une série de normes permettant de constater le sexe ; il crée, plutôt, les conditions de son intelligibilité et, par le fait même, il se trouve à façonner ce qui peut être considéré comme un sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »), quitte à nier l'existence des personnes intersex(ué)es. Cela dit, comme nous allons le constater dans la deuxième partie de cette thèse, l'œuvre du pouvoir juridique se trouve rapidement prise de court par les demandes que formulent les personnes trans*, qui affirment la commission d'une erreur sur la personne ayant été commise en application de ces normes juridiques qui ont jusqu'à présent été étudiées⁴⁵³.

⁴⁵³ Assemblée nationale, *supra* note 356 (Françoise Susset).

DEUXIÈME PARTIE | LA MODIFICATION DE LA MENTION DU SEXE

*Je suis née dans le bon corps. C'est la manière dont les gens le voient qui est mauvaise.*⁴⁵⁴

Introduction de la deuxième partie

Dans l'introduction de cette thèse, il a déjà été expliqué qu'avant le 1^{er} avril 1978⁴⁵⁵, la possibilité d'obtenir le changement de la mention du sexe relevait davantage de la théorie que de la pratique. Les options discutées en doctrine — l'adoption d'un projet de loi d'intérêt privé⁴⁵⁶ ou le recours à une action en réclamation d'état⁴⁵⁷ — n'ont jamais été mises de l'avant. Du moins, aucune donnée affirmant le contraire n'a pu être trouvée. On peut donc croire, au moins à titre d'hypothèse, que nulle personne n'a pu bénéficier d'un tel changement à son état civil. Des personnes, pourtant, parvenaient tant bien que mal à faire une transition physique. C'est donc dire qu'elles subissaient des traitements médicaux et des interventions chirurgicales qui allaient leur donner une apparence s'inscrivant en harmonie avec leur identité de genre.

Cela n'était pas une mince affaire. Pour arriver à leurs fins, ces personnes « devaient souvent avoir recours au marché *underground* ou n'avaient pas le droit de fréquenter les autres clients

⁴⁵⁴ Sophie Labelle, *Je suis née dans le bon corps - c'est la manière dont les gens le voient qui est mauvaise*, Assignée garçon - BD en ligne, 2015, en ligne : <<https://www.facebook.com/assigneegarcon/photos/pb.1441336769488712.-2207520000.1434564070./1595852777370443/?type=1&theater>> (consulté le 17 juin 2015).

⁴⁵⁵ *Loi modifiant la Loi du changement de nom*, *supra* note 20, art 12.

⁴⁵⁶ Kouri, *supra* note 22 à la p 182.

⁴⁵⁷ Groffier, *supra* note 23 à la p 132.

des médecins et chirurgiens en question », nous dit Viviane Namaste⁴⁵⁸. Cette clandestinité s'expliquait par le flou juridique qui régnait autour de la prise en médicale des personnes transsexuelles⁴⁵⁹ et surtout des interventions stérilisantes. Souhaitant courir le moins de risque possible, les médecins faisaient preuve d'une grande prudence, ce qui avait un impact sur l'accessibilité aux soins pour les personnes transsexuelles⁴⁶⁰.

Chez les juristes, les doutes étaient beaucoup moins importants. Dans la mesure où les traitements médicaux et les interventions chirurgicales, incluant la stérilisation irréversible, étaient requis par l'état de santé des personnes transsexuelles, alors les professionnels de la santé pouvaient les offrir sans craindre les représailles judiciaires. C'est ce qu'affirmait Robert Kouri dans un article, disant que le tout pouvait être licite, tant en vertu du droit criminel que du droit civil.

In summary therefore, conversive surgery completed after stringent screening does not appear to be contrary to our criminal law provided that there is no other less radical form of treatment which can offer equivalent substantial relief to the transsexual.

[...]

Therefore it is apparently safe to say that until this outlook is substantially modified, conversive surgery will remain illegal in France. Is the French point of view valid under Quebec Law? [...] [I]n the light of serious research made in this

⁴⁵⁸ Namaste, *supra* note 25 à la p 114.

⁴⁵⁹ Comme il a été expliqué à la note 44, le terme « trans* » est utilisé comme un terme parapluie permettant de référer aux personnes qui ne s'identifient pas à la catégorie de sexe à laquelle elle ont été rattachées à la naissance. Malgré cela, dans les chapitres qui viennent, le terme « transsexuel » et ses déclinaisons seront parfois préférés, de façon à faire ressortir le vocabulaire qui était utilisé à l'époque où les importantes modifications législatives dont il sera question ont été apportées.

⁴⁶⁰ En effet, comme l'explique Viviane Namaste, les professionnels de la santé exprimaient des doutes quant à la légalité des services médicaux qu'ils pouvaient offrir aux personnes transsexuelles. Certains proposaient leurs services de façon clandestine, d'autres recommandaient à leurs patientes d'aller se faire opérer à l'étranger, à New York par exemple. Pour de plus amples informations sur le sujet, consulter Viviane Namaste, *C'était du spectacle! L'histoire des artistes transsexuelles à Montréal, 1955-1985*, Montréal & Kingston; London; Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2005 aux pp 115-117.

field by highly reputable institution [...], there is apparently a strong presumption that conversive surgery may be considered a valid form of treatment. In the final analysis, our courts will lean in the same direction as the medical profession, provided the latter reaches some form of consensus regarding “sex changes”. Otherwise said tribunals will simply reiterate their refusal to be drawn into scientific debates, with the result that since exceptions must always be viewed restrictively, the basic rule of inviolability of the human body will be reaffirmed.⁴⁶¹

Un regard similaire était posé par Albert Mayrand : les traitements médicaux et les interventions chirurgicales subis par les personnes transsexuelles pouvaient dans certaines circonstances être considérés comme légaux.

Vu les risques qu'elle comporte et la gravité des problèmes qu'elle suscite, l'opération ne peut être justifiée qu'exceptionnellement pour fin thérapeutique. Elle est licite, si elle est le seul moyen de mettre fin à des troubles psychiques sérieux et de sortir le malade de son état obsessionnel.⁴⁶²

De son côté, Ethel Groffier soulignait la nécessité du but thérapeutique dans les traitements médicaux et interventions chirurgicales qui étaient proposés aux personnes trans*, sans quoi, ces derniers étaient illicites : « [s]i le but thérapeutique, la nécessité de traitement fait défaut, le médecin s'expose à commettre les crimes ou délits d'atteinte à l'intégrité de la personne prévus au Code criminel. »⁴⁶³ Toutefois, « il semble bien que le médecin puisse échapper à la responsabilité pénale »⁴⁶⁴ s'il prend soin de s'assurer du but thérapeutique des soins qu'il prodigue. En ce qui a trait au droit civil, la professeure Groffier soutenait que les traitements médicaux et interventions chirurgicales étaient licites, pour autant qu'ils soient effectués avec

⁴⁶¹ Kouri, *supra* note 22 aux pp 177-178 (notes omises). À titre indicatif, une position similaire était développée dans sa thèse de doctorat, ayant pour référence Robert P Kouri, *Certain Legal Aspects of Modern Medicine (Sex Reassignment and Sterilization)*, thèse de doctorat en droit, Université McGill, 1976. Considérant l'objet de cette thèse, je ne m'y attarderai pas, mais il va sans dire que toute personne intéressée par le sujet devrait faire de cette thèse de doctorat une lecture incontournable.

⁴⁶² Albert Mayrand, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975 à la p 34 (note omise).

⁴⁶³ Groffier, *supra* note 23 à la p 119.

⁴⁶⁴ *Ibid* à la p 123.

le consentement du patient, et suivant les autres normes prévues au *Code civil du Bas-Canada* en matière de soins de santé⁴⁶⁵. Comme nous pourrions le voir dans le troisième chapitre, ces déclarations amenaient un étrange paradoxe, dans la mesure où ces traitements et chirurgies étaient incontournables pour toute personne qui souhaitait obtenir le changement de la mention du sexe, même si aucun but thérapeutique ne pouvait y être trouvé !

Il n'en demeure pas moins que d'une façon ou d'une autre, certaines personnes transsexuelles réussissaient à subir les modifications corporelles désirées. L'apparence et la structure de leur corps étaient donc modifiées en conséquence. Toutefois, leurs pièces d'identité restaient inchangées. La situation était fâcheuse. L'apparence de la personne transsexuelle n'était pas en harmonie avec la mention de sexe indiquée sur ses pièces d'identité. Elle pouvait, par exemple, avoir une apparence en tout point féminine, mais chaque fois qu'elle allait présenter une pièce d'identité, c'est la lettre « M » qu'elle allait montrer.

Vers la fin des années 1970, les parlementaires québécois se sont montrés préoccupés par rapport à cela. Les discussions ayant entouré l'adoption de la première procédure de changement de la mention du sexe le 19 décembre 1977⁴⁶⁶ en témoignent. Dans le dernier trimestre de cette même année, le ministre de la Justice de l'époque, Marc-André Bédard, expliquait introduire « des mesures nouvelles qui permettront aux transsexués d'obtenir un acte de naissance conforme à leur nouvelle identité physique »⁴⁶⁷ — j'insiste ici sur les termes « nouvelle identité physique »... — le tout par « souci humanitaire » :

C'est par souci humanitaire que nous avons introduit des dispositions qui permettront dorénavant aux transsexués d'obtenir un acte de naissance conforme

⁴⁶⁵ *Ibid* aux pp 123 et s.

⁴⁶⁶ *Loi modifiant la Loi du changement de nom*, *supra* note 20.

⁴⁶⁷ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4975 (Marc-André Bédard).

à leur nouvelle identité physique afin qu'ils puissent mener dans la société une vie aussi normale que possible.⁴⁶⁸

Le ministre de la Justice proposait donc que les personnes transsexuelles ayant subi des transformations corporelles — celles qui ont acquis une « nouvelle identité physique » — puissent obtenir le changement de la mention du sexe apparaissant à leur acte de naissance. Sous réserve des conditions applicables, ces personnes pourraient donc voir la mention de sexe mâle/homme (« M ») modifiée pour la mention femelle/femme (« F ») et vice-versa. Ce « souci humanitaire » était partagé par les autres députés. On peut lire, dans les débats parlementaires du 19 décembre 1977, l'observation du député Robert Burns, qui affirmait : « [p]eut-être que la chose la plus grave qui peut se passer au sein d'une société, c'est que quelqu'un, à un moment donné, se retrouve à ne plus avoir d'identité. C'est le cas des transsexués. »⁴⁶⁹ Pour un autre député, Fernand Lalonde cette fois, la possibilité d'obtenir de tels documents conformes était fondamentale :

Il s'agit de faire en sorte que chaque citoyen ou chaque citoyenne puisse, lorsqu'il s'agit de recourir à ce qu'il y a de plus fondamental quant à son identification, c'est-à-dire les actes de l'état civil, s'y reconnaître. Quant à moi, cela m'apparaît aussi fondamental que certaines autres dispositions que contiennent nos lois, et plus particulièrement la Charte des droits et libertés de la personne. Cela rejoint un droit fondamental de l'individu, à savoir que les actes de l'état civil, qui sont censés le décrire ou décrire certains individus, soient vrais, malgré les changements, et reflètent les changements tels que décrits par le ministre. Ils peuvent être très exceptionnels, mais peuvent toucher l'identification d'une personne.⁴⁷⁰

Ce rapprochement entre les actes de l'état civil et la *Charte québécoise* mérite d'être souligné à grands traits, mais je ne m'y attarderai pas.

⁴⁶⁸ *Ibid* à la p 4976 (Marc-André Bédard).

⁴⁶⁹ *Ibid* à la p 4977 (Robert Burns).

⁴⁷⁰ *Ibid* à la p 4978 (Fernand Lalonde).

Il suffira d'exposer la vitesse avec laquelle le projet de loi a été adopté. Pour l'époque, qui était généralement hostile aux personnes transsexuelles⁴⁷¹, il y a de quoi s'étonner. En effet, douze jours seulement furent nécessaires pour que le changement de la mention du sexe fasse son apparition dans la loi québécoise⁴⁷². Le 7 décembre 1977⁴⁷³, le fameux projet de loi a été présenté. Pour éclairer les parlementaires, un seul témoin a été convoqué. Il s'agissait du Dr Roland Tremblay, un médecin du Centre hospitalier de l'Université Laval. Il a été invité à répondre « aux questions qui pourraient être posées [par les députés] concernant l'ensemble du problème du transsexualisme. »⁴⁷⁴ Quant à elles, les personnes transsexuelles, principales intéressées par la procédure à être adoptée, n'ont reçu aucune invitation, même si au moins l'une d'entre elles a souhaité de se faire entendre⁴⁷⁵. Aussi animés par un « souci humanitaire » les députés ont-ils semblés être, assez peu intéressés à la parole des personnes trans* se sont-ils montrés. Serait-ce parce que le projet de loi faisait l'unanimité? La question restera sans réponse. Quoiqu'il en soit, douze jours plus tard, le projet de loi a été adopté sans amendement. À compter du 19 décembre 1977, la législation québécoise était pourvue d'une procédure de changement de la mention du sexe. Or, pour y recourir, les personnes transsexuelles durent toutefois attendre au 1^{er} avril 1978, jour auquel cette possibilité nouvelle est entrée en vigueur⁴⁷⁶.

En théorie, cette procédure, motivée par un « souci humanitaire »⁴⁷⁷, allait permettre aux personnes ayant une « nouvelle identité physique » d'obtenir plus aisément le changement de la mention du sexe. En pratique toutefois, les choses ne se sont pas déroulées ainsi. Son entrée en

⁴⁷¹ Namaste, *supra* note 25.

⁴⁷² Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4983. Au passage, il est intéressant de relever le fait que dans la même période, le législateur ajoutait l'« orientation sexuelle » à la liste des motifs de distinction illicites énumérés à l'article 10 de la *Charte québécoise*. Pour une mise en contexte de cet ajout, consulter Marie-France Bureau et Jacques Papy, « L'orientation sexuelle et la *Charte des droits et libertés de la personne*: récit d'une trajectoire » (2006) (Numéro thématique hors série) R du B 109.

⁴⁷³ PL 87, *Loi modifiant la Loi du changement de nom (projet)*, 31^e lég, 2^e sess, Québec, 1977.

⁴⁷⁴ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4977 (Marc-André Bédard).

⁴⁷⁵ Namaste, *supra* note 25 aux pp 110-111.

⁴⁷⁶ *Loi modifiant la Loi du changement de nom*, *supra* note 20, art 12.

⁴⁷⁷ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

vigueur a plutôt permis l'instauration d'un parcours du combattant. Plusieurs de ses effets continuent d'ailleurs de se faire sentir aujourd'hui. La militante Julie-Maude Beauchesne, dans son intervention lors des *Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres*, imageait la situation en affirmant que les personnes trans* traversaient, hier comme aujourd'hui, « trois clôtures de barbelés, un mur de briques, une tranchée pleine de bouette »⁴⁷⁸ avant d'obtenir le changement souhaité. Les conditions, de fond comme de forme, qui sont non seulement très strictes, mais aussi très difficiles à remplir, expliquent cela. Au moins pour cette raison, la procédure de changement de la mention du sexe n'a pas eu l'effet escompté. Du moins pas dans la mesure qu'ont semblé souhaiter les députés le 19 décembre 1977. L'obtention de documents d'identité officiels n'a pas été aisée, même pour les personnes qui avaient acquis une « nouvelle identité physique ». Selon une auteure, celle-ci s'est empirée avec le temps⁴⁷⁹ ! Au centre de cette situation se trouvait l'accès encore difficile aux soins de santé, mais aussi la discordance qu'il y avait entre les traitements et chirurgies qui étaient demandés en vertu de la loi et ceux qui pouvaient être obtenus sur le terrain.

De plus, Inge Stephens explique comment cette nouvelle loi ne concordait pas avec les pratiques des professionnels dans le domaine du transsexualisme. Rappelons qu'à partir de 1979, les règlements internationaux (*Standards of Care*) stipulaient que l'individu transsexuel pouvait vivre selon le sexe choisi avant de subir son intervention chirurgicale. Dans le passage de la loi concernant le changement de prénom des personnes transsexuelles au Québec en 1977, les transsexuelles ont été prises dans un cercle vicieux : elles n'avaient pas d'identité légale pour le sexe qu'elles avaient choisi ; elles n'avaient pas la possibilité de travailler ; elles n'avaient pas accès à la chirurgie ; enfin elles ne pouvaient pas changer leurs papiers d'identité.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ Assemblée nationale, *supra* note 356. Cette dernière témoignait alors en sa qualité de « présidente et directrice générale, depuis peu, d'AlterHéros, qui est un organisme de démystification de la diversité sexuelle. »

⁴⁷⁹ Namaste, *supra* note 25 à la p 112.

⁴⁸⁰ *Ibid* aux pp 111 - 112 (note omise).

Cela dit, à compter du 1^{er} avril 1978⁴⁸¹, certaines personnes transsexuelles ont pu avoir recours à des dispositions « spectaculaires »⁴⁸² pour obtenir le changement de la mention du sexe qui figurait sur leur acte de naissance. S’il y avait lieu, la modification de leur(s) prénom(s) était aussi possible. La nécessité de recourir à un projet de loi d’intérêt privé ou à une version modifiée de l’action en réclamation d’état n’était plus⁴⁸³.

Désormais, la législation québécoise était pourvue d’une procédure spécifique à cet effet, laquelle était indiquée aux articles 16 et suivant de la *Loi sur le changement de nom et d’autres qualités de l’état civil*⁴⁸⁴ ainsi que dans le *Règlement sur le changement de nom et d’autres qualités de l’état civil*⁴⁸⁵. Le 1^{er} janvier 1994, le « nouveau » *Code civil du Québec* est entré en vigueur. Du coup, la *Loi sur le changement de nom et d’autres qualités de l’état civil* a été abrogée⁴⁸⁶. La possibilité d’obtenir le changement de la mention du sexe a quant à elle survécu. La procédure qui allait lui être applicable serait toutefois encadrée par le « nouveau » *Code civil du Québec*, mais aussi par le *Règlement relatif au changement de nom et d’autres qualités de l’état civil*⁴⁸⁷ ainsi que le *Tarif des droits relatifs aux actes de l’état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe*⁴⁸⁸.

⁴⁸¹ *Loi modifiant la Loi du changement de nom, supra* note 20, art 12.

⁴⁸² Monique Ouellette-Lauzon, « Certaines lois nouvelles » (1978) 38:2 R du B 190 à la p 190.

⁴⁸³ Ces options n’allaient pas disparaître pour autant. Au moins à titre d’hypothèse, il y a lieu de croire que l’adoption de la procédure de changement de la mention du sexe n’a pas eu pour effet de disqualifier le recours au projet de loi d’intérêt privé ou à une version modifiée de l’action en réclamation d’état. En outre, la procédure de changement de la mention du sexe ne pouvait certes être facilement mobilisée, mais elle demeurait néanmoins davantage accessible que les deux autres véhicules procéduraux précités.

⁴⁸⁴ *Loi sur le changement de nom et d’autres qualités de l’état civil, supra* note 29, art 16 et s.

⁴⁸⁵ *Règlement sur le changement de nom et d’autres qualités de l’état civil, supra* note 30.

⁴⁸⁶ *Loi sur le changement de nom et d’autres qualités de l’état civil, supra* note 29, abrogée par la *Loi sur l’application de la réforme du Code civil*, LQ 1992, c 57, art 463.

⁴⁸⁷ *Règlement relatif au changement de nom et d’autres qualités de l’état civil, supra* note 31.

⁴⁸⁸ *Tarif des droits relatifs aux actes de l’état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe, supra* note 32.

Aujourd'hui encore, la procédure de changement de la mention du sexe est encadrée par ces derniers instruments, bien que, dans les dernières années, quelques modifications importantes aux conditions applicables y ont été apportées. Certaines d'entre elles visent le corps et l'identité de genre. Elles feront l'objet d'une étude dans le troisième chapitre de cette thèse. D'autres encore portent sur une série de facteurs disparates. Elles seront présentées dans le chapitre suivant.

Chapitre 3 | La modification de la mention du sexe : une histoire de traitements médicaux, d'interventions chirurgicales et d'identité de genre

Introduction

Le 19 décembre 1977, mu par des « motifs d'ordre humanitaires »⁴⁸⁹, le législateur a décidé d'ajouter, à la loi québécoise, une procédure en vertu de laquelle le changement de la mention du sexe allait être possible⁴⁹⁰. Des personnes transsexuelles ont pu en bénéficier à compter du 1^{er} avril 1978⁴⁹¹. Pour cela, celles qui ont voulu obtenir un tel changement ont dû se soumettre à une série de conditions, dont celle de subir des modifications corporelles. L'article 16 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁴⁹² ne pouvait à cet effet être plus explicite.

16. La présente section s'applique à [...] [une personne qui a notamment] subi avec succès les traitements médicaux ainsi que les traitements chirurgicaux impliquant une modification structurale des organes sexuels et destinés à modifier ses caractères sexuels apparents.

Lorsque le « nouveau » *Code civil du Québec* est entré en vigueur, cette condition a été remplacée par une autre⁴⁹³, qui faisait encore des modifications corporelles un passage obligé pour les personnes qui souhaitaient obtenir le changement de la mention du sexe. L'article 71 du *Code civil du Québec* en faisait état.

⁴⁸⁹ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

⁴⁹⁰ *Loi modifiant la Loi du changement de nom*, *supra* note 20.

⁴⁹¹ *Ibid*, art 12.

⁴⁹² *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29.

⁴⁹³ *Ibid*, abrogée par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, LQ 1992, c 57, art 463.

71. La personne qui a subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents, peut obtenir la modification de la mention du sexe figurant sur son acte de naissance et, s'il y a lieu, de ses prénoms.

Cette condition a été en vigueur jusqu'au 30 septembre 2015. Le 1^{er} octobre de cette même année, en effet, elle a été remplacée par une autre, qui affirme cette fois que l'on ne peut exiger la soumission de la personne qui veut un tel changement à « quelque traitement médical ou intervention chirurgicale que ce soit ».

71. 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.

Depuis le 1^{er} octobre 2015, l'apparence et la structure des organes génitaux ne sont donc plus pertinentes en contexte de changement de la mention du sexe. Cependant, pour que la mention mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») puisse dans un tel contexte figurer à l'acte de naissance, il est nécessaire que l'« identité sexuelle ne correspond[e] pas à la mention du sexe figurant à son acte de naissance [...] » (article 71 al 1 CcQ). Par ailleurs, cette expression (« identité sexuelle ») a été remplacée par une autre (« identité de genre ») le 10 juin 2016. Ce changement, qui n'est que d'ordre terminologique, n'a aucun impact sur la façon avec laquelle la condition s'articule dans le *Code civil du Québec*⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ Voir *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, LQ 2016, c 19, art 8, 21; Assemblée nationale, *Journal des débats - Commission des relations avec les citoyens - Étude détaillée du projet de loi n° 103, Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres (9 juin 2016)*, 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/crc-41-1/journal-debats/CRC-160609.html>>.

Dans ce chapitre, je m'intéresserai à ces deux conditions qui se sont appliquées selon les époques concernées. Je me pencherai d'abord sur les traitements médicaux et les interventions chirurgicales qui ont dû être subis avec succès. Par la suite, je m'intéresserai à l'identité de genre qui ne doit pas correspondre à la mention du sexe figurant à l'acte de naissance. À titre indicatif, dans le but de faciliter la transmission de mon propos et de miser sur l'essentiel, je ne m'attarderai pas au changement de la mention du sexe de la personne inapte.

1. Les traitements médicaux et les interventions chirurgicales devant être subis avec succès

Cette première section porte sur la condition relative aux traitements médicaux et aux interventions chirurgicales. Après avoir présenté ses fondements, au meilleur de mes connaissances, j'expliquerai son contenu.

1.1. Les fondements de la condition

La condition relative aux traitements médicaux et interventions chirurgicales repose sur la compréhension que le législateur avait de la transsexualité ainsi que sur la concordance qui était attendue entre l'« identité physique » (le sexe) et la mention de sexe. À eux seuls, ces fondements expliquent pourquoi il a paru opportun au législateur d'exiger que les personnes qui allaient obtenir le changement de la mention mâle/masculin (« M ») pour femelle/féminin (« F ») et vice-versa aient subi certaines modifications corporelles.

1.1.1. La compréhension que le législateur avait de la transsexualité

La condition dont il est ici question s'explique d'abord par la compréhension que le législateur avait de la transsexualité. Une revue des débats parlementaires qui se sont tenus en marge de l'adoption de la *Loi modifiant la Loi du changement de nom*⁴⁹⁵ (qui a mené à l'introduction de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil* dans la législation québécoise) dans le dernier trimestre de l'année 1977 permet de s'en convaincre.

À l'époque, le ministre de la Justice Marc-André Bédard expliquait que la transsexualité était un « phénomène médical relativement récent [et] [...] encore quelque peu méconnu »⁴⁹⁶, bien que dans la littérature médicale, certaines explications pouvaient être trouvées. C'est à partir de ces dernières que le ministre Bédard, porteur du projet de loi qui allait instaurer la première procédure de changement de la mention du sexe dans la législation québécoise⁴⁹⁷, a expliqué à ses collègues ce qu'était la transsexualité.

S'agissant d'un phénomène médical relativement récent, le transsexualisme, ou la transsexualité, est encore quelque peu méconnu. Bien que nous n'en connaissons pas encore toutes les causes, il nous est tout de même possible de circonscrire ce phénomène en le définissant d'abord, puis en le distinguant d'autres phénomènes qui peuvent lui ressembler. Plusieurs définitions ont été proposées pour le transsexualisme ou la transsexualité, ces deux termes étant indifféremment employés en français pour traduire l'anglais "transsexualism". Le docteur H. Benjamin — vous excuserez ma prononciation — dans le volume "The Transsexual Phenomenon", publié en 1966 à New York, définit le transsexuel comme étant une personne qui croit fermement, malgré une évidence génétique et physique contraire, qu'il est ou qu'elle est de sexe opposé. Cette personne a une fixation et une conviction inaltérables qu'elle est d'un tel sexe.

⁴⁹⁵ *Loi modifiant la Loi du changement de nom*, *supra* note 20.

⁴⁹⁶ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

⁴⁹⁷ *Loi modifiant la Loi du changement de nom (projet)*, *supra* note 473.

D'autres auteurs ont tenu compte davantage du caractère d'évolution du transsexualisme. Pour eux, la transsexualité est le phénomène d'un passage psychologique et social plus ou moins prolongé d'un sexe à un autre chez un individu qui a la conviction psychique d'appartenir au sexe opposé à son sexe biologique. Avant qu'il vive son conflit d'identité, il n'y a pas de transsexualité. Après qu'il a résolu le conflit par la conversion physiologique, biologique et sociale, il n'y a plus de transsexualité.⁴⁹⁸

Peu importe la définition retenue du transsexualisme — qu'il s'agisse de celle se trouvant dans *The Transsexual Phenomenon*⁴⁹⁹ ou encore de celles adoptées par d'autres auteurs — la transsexualité était perçue exclusivement comme un « phénomène médical ». À la lecture des échanges précités, on note qu'elle vise l'état de la personne « qui croit fermement, malgré une évidence génétique et physique contraire, [...] qu'elle est de sexe opposé. » À cet égard, sa « conviction » est « inaltérable ». Aussi, ce « phénomène médical » est caractérisé par le « passage psychologique et social plus ou moins prolongé d'un sexe à un autre chez un individu qui a la conviction psychique d'appartenir au sexe opposé à son sexe biologique. » En outre, c'est le « conflit d'identité » qui conditionne la présence de la transsexualité : « [a]vant qu'il vive son conflit d'identité, il n'y a pas de transsexualité. Après qu'il a résolu le conflit par la conversion physiologique, biologique et sociale, il n'y a plus de transsexualité », a-t-on expliqué.

Pour mettre fin à la transsexualité, des traitements médicaux et des interventions chirurgicales sont apparemment réalisés. Dans les mêmes échanges, ces derniers sont décrits de la façon suivante.

Les spécialistes relient généralement le phénomène à trois facteurs possibles d'ordre génétique, endocrinien et psychologique. Ce sont les normes acceptées par la profession médicale qui régissent le traitement et l'opération du transsexuel, dont les étapes ont été clairement décrites dans un article publié dans la revue de droit de l'Université de Sherbrooke par Ethel Groffier, qui disait ceci : 'A ce propos, médecins et auteurs s'accordent pour insister sur la phase préparatoire au traitement qui consiste dans une évaluation approfondie du cas par une équipe de

⁴⁹⁸ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

⁴⁹⁹ Harry Benjamin, *The Transsexual Phenomenon*, New York, Julian, 1966.

spécialistes comprenant psychologues, psychiatres, travailleurs sociaux, endocrinologues, gynécologues, urologues, spécialistes en chirurgie esthétique. Le rôle de cette équipe est de formuler un diagnostic sur l'admissibilité à l'opération. En plus de l'évaluation clinique, il est recommandé de procéder à une exploration approfondie du milieu du patient et de rencontrer les membres de sa famille.

Ensuite, une fois qu'il est bien établi qu'il s'agit d'un cas de transsexualisme où il faut encore effectuer une évaluation globale de la personnalité de l'individu pour établir si, dans le passé, il n'a pas été victime d'épisodes psychopathologiques graves ou pour mesurer sa capacité de faire une opinion réaliste des résultats de l'intervention qu'il s'apprête à subir. Je termine là-dessus. Après cette période d'évaluation et de traitements aux hormones, on procède, selon le cas, à la castration ou à la mastectomie et à l'hystérectomie. Cette décision s'impose suite à l'échec de tous les traitements médicaux connus.⁵⁰⁰

La transsexualité étant vue comme étant un « phénomène médical », il va de soi que « [c]e sont les normes acceptées par la profession médicale qui régissent le traitement et l'opération du transsexuel [...] ». Après avoir reçu l'aval d'une équipe formée de divers spécialistes de la santé — « comprenant psychologues, psychiatres, travailleurs sociaux, endocrinologues, gynécologues, urologues, spécialistes en chirurgie esthétique » quant à l'opportunité de les réaliser, les traitements médicaux et des interventions chirurgicales jugés opportuns sont entrepris. Il est alors question d'une hormonothérapie, mais aussi d'une castration, d'une mastectomie et d'une hystérectomie. Le ministre Bédard souligne que la décision de réaliser les soins de cet ordre « s'impose suite à l'échec de tous les traitements médicaux connus. » Par-là, on peut vraisemblablement comprendre que ceux-ci étaient considérés comme requis par l'état de santé de la personne qui souhaitait mettre un terme à sa transsexualité. Ils étaient, par le fait même, licites⁵⁰¹.

Cela pouvait se comprendre, si l'on considère « l'état d'esprit » dans lequel se présentait la personne transsexuelle au moment de solliciter l'aide des professionnels de la santé, du moins si l'on retient l'explication ayant été fournie par le ministre Bédard.

⁵⁰⁰ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

⁵⁰¹ Kouri, *supra* note 22 aux pp 177-178; Mayrand, *supra* note 462 à la p 34; Groffier, *supra* note 23 à la p 119.

Le transsexuel arrive habituellement en psychiatrie avec une feuille de route assez chargée. Malheureux dans sa peau, inconfortable dans son rôle, percevant comme insupportable l'anatomie ou la morphologie de son sexe biologique et surtout décidé à remédier à la situation, il a auparavant consulté soit en endocrinologie, soit en chirurgie ou en gynécologie et, dans certains milieux, a partiellement obtenu une réponse positive à ses revendications. Le transsexualisme est donc un phénomène particulier, distinct du travestisme, de l'homosexualité et de l'hermaphrodisme auxquels il est parfois malencontreusement confondu.⁵⁰²

Selon cette description, la personne transsexuelle est « malheureu[se] dans sa peau, inconfortable dans son rôle, percevant comme insupportable l'anatomie ou la morphologie de son sexe biologique et surtout décidé à remédier à la situation [...] ». Elle souhaite pour cela subir les traitements médicaux et les interventions chirurgicales qui lui permettraient de « remédier à la situation », c'est-à-dire de modifier « l'anatomie ou la morphologie de son sexe biologique » qui sont perçus comme « insupportable[s] » et par le fait même éradiquer la transsexualité dont elle est affectée. De cette compréhension, il ressort que la personne transsexuelle désire modifier son corps ; elle veut acquérir l'apparence et la structure corporelle de *l'autre sexe*. Considérant ce qui a été expliqué dans la première partie de cette thèse à propos de la détermination de la mention du sexe, il va sans dire que cela faisait l'affaire du législateur⁵⁰³.

Il n'est pas impertinent, d'ailleurs, de souligner que le transsexualisme a été présenté comme « phénomène particulier, distinct du travestisme, de l'homosexualité et de l'hermaphrodisme »⁵⁰⁴. La personne transsexuelle n'est pas travestie, puisque « [l]e travesti dénote un comportement fétichiste à l'égard du vêtement féminin, mais il s'identifie bien à son sexe et il a une activité hétérosexuelle »⁵⁰⁵, alors que la personne transsexuelle « croit fermement, malgré une évidence génétique et physique contraire, [...] qu'elle est de sexe

⁵⁰² Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

⁵⁰³ À titre indicatif, cette volonté qui est exprimée par certaines personnes trans* est parfois remise en question par des auteures féministes. Pour une lecture critique du propos qu'elles adoptent, consulter Baril, *supra* note 6 aux pp 96-97, 105-108, 115-118.

⁵⁰⁴ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

⁵⁰⁵ *Ibid* (Marc-André Bédard).

opposé. »⁵⁰⁶ Elle n'est pas homosexuelle non plus, puisque « [l]'homosexuel [...] se caractérise par l'attirance de la personne envers son propre sexe, mais il se perçoit comme appartenant à son sexe biologique »⁵⁰⁷. La personne transsexuelle, quant à elle, « croit fermement, malgré une évidence génétique et physique contraire, [...] qu'elle est de sexe opposé »⁵⁰⁸, faut-il le rappeler. Elle se distingue de l'hermaphrodite, parce que l'hermaphrodisme se définit « par la juxtaposition chez un même sujet de produits mâles et femelles, il s'oppose à la séparation complète entre les sexes. »⁵⁰⁹ Comme je l'ai montré ci-dessus, la personne transsexuelle est plutôt comprise comme étant celle qui « croit fermement, malgré une évidence génétique et physique contraire, [...] qu'elle est de sexe opposé »⁵¹⁰, malgré une évidence juridique me permettrai-je d'ajouter, en soulignant du même souffle le caractère trouble du sens devant être accordé à ces évidences.

Quoi qu'il en soit, de cette compréhension de la transsexualité, il ressort que la personne atteinte de ce « phénomène médical relativement récent [et] [...] encore quelque peu méconnu » souhaite y mettre fin en subissant des traitements médicaux et des interventions chirurgicales. Ce sont précisément ces personnes qui étaient visées par le « souci humanitaire » exprimé par les parlementaires. Le ministre Bédard disait bien, le 19 décembre 1977, que « nous introduisons des mesures nouvelles qui permettront aux transsexués d'obtenir un acte de naissance qui soit conforme à la nouvelle identité physique » (je souligne)⁵¹¹. Cette condition n'allait donc pas poser de problèmes particuliers, en ce sens qu'elle permettait, dans tous les cas, aux personnes transsexuelles d'abréger leurs souffrances⁵¹². La compréhension du transsexualisme, distincte

⁵⁰⁶ *Ibid* (Marc-André Bédard).

⁵⁰⁷ *Ibid* (Marc-André Bédard). Toutefois, un médecin ayant répondu aux questions des parlementaires a expliqué que « par définition, le transsexuel n'est pas hétérosexuel. » Cette explication, donnée en réponse à des questions portant sur le mariage des personnes transsexuelles, n'a pas altéré la vision compartimentée qu'avait le ministre Bédard ainsi que les autres parlementaires. Voir *Ibid* à la p 4979 (Dr Roland Tremblay).

⁵⁰⁸ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

⁵⁰⁹ *Ibid* (Marc-André Bédard).

⁵¹⁰ *Ibid* (Marc-André Bédard).

⁵¹¹ *Ibid* (Marc-André Bédard).

⁵¹² *Ibid* à la p 4977 (Marc-André Bédard).

du travestisme, de l'homosexualité et de l'hermaphrodisme⁵¹³, figurait donc manifestement au nombre des fondements expliquant la présence de la condition relative aux traitements médicaux et interventions chirurgicales. Il ne s'agissait donc pas d'imposer aux personnes transsexuelles un mécanisme par lequel elles allaient prouver le sérieux de leur demande⁵¹⁴. Il fallait, plutôt, précisément cibler les personnes transsexuelles et exclure celles qui ne l'étaient pas, en particulier les personnes travesties, homosexuelles et hermaphrodites.

Cette façon d'articuler la procédure de changement de la mention du sexe permettait au pouvoir juridique de masquer son œuvre. En apparence, il ne faisait qu'intégrer dans la loi une série de traitements médicaux et d'interventions chirurgicales qui se matérialisait déjà sur le terrain. Toutefois, en y regardant de plus près, on ne peut que remarquer que c'est le maintien du régime applicable au sexe et la mention qui y est associée que favorisait cette procédure. La production du sexe par les normes juridiques passait donc inaperçue : elle pouvait bien sembler de « spectaculaire » par une auteure⁵¹⁵, mais elle ne faisait que reprendre des airs qui déjà étaient joués par les processus applicables à la détermination de la mention du sexe. Par cela, j'avance un point similaire à celui que développait Michel Foucault à l'égard de la reconnaissance de culpabilité inhérente aux procès en matière criminelle ou pénale.

Alors au fond, quand le juge demande à l'accusé de se reconnaître coupable, d'accepter sa faute, littéralement de s'humilier devant lui, au fond, le juge, on a l'impression qu'il veut effectivement piétiner l'accusé. Moi je dirais c'est tout le contraire, il lui demande un formidable service. Il demande à l'accusé de lui dire au fond ceci : 'eh bien oui, monsieur le juge, ce n'est pas tellement vous qui jugez, c'est la société tout entière, c'est cette société à laquelle j'appartiens et par conséquent si je réclame ma peine, c'est donc moi qui me punit moi-même et ce n'est pas vous. Je vous innocente, vous juge.' Eh bien c'est cela que le juge veut obtenir, c'est ce discours qu'il veut obtenir, ce discours qui l'innocente lui-même,

⁵¹³ *Ibid* (Marc-André Bédard).

⁵¹⁴ En France, un arrêt de la Cour d'appel de Poitiers suggérait que la condition relative aux traitements médicaux et aux interventions chirurgicales offrait une « preuve solide du sérieux de [...] [la] motivation » de la personne souhaitant obtenir le changement de la mention du sexe. Voir CA Poitiers, 15 décembre 2004, (2004) JurisData 274567 à la p 3.

⁵¹⁵ Ouellette-Lauzon, *supra* note 482 à la p 190.

que le juge veut obtenir, quand il demande à l'accusé de montrer qu'il acceptera effectivement sa punition.⁵¹⁶

Qu'en est-il dans le contexte qui nous occupe ? Avec les adaptations nécessaires, le raisonnement du philosophe semble pouvoir être ici repris. Quand le législateur, déployant le pouvoir juridique, exige de la personne transsexuelle qu'elle modifie son corps pour obtenir le changement de la mention du sexe, au fond ce qu'il lui demande, c'est un « formidable service ». L'odieuse de la condition, ce n'est plus lui qui le porte, mais la personne transsexuelle elle-même, qui doit reconnaître sa condition d'exception. Ce n'est pas tant le pouvoir juridique qui juge, pas plus, d'ailleurs, que ce serait « la société tout entière »⁵¹⁷, à laquelle la personne transsexuelle appartient. La décision revient à la personne transsexuelle. C'est elle qui doit s'humilier devant le pouvoir juridique en s'inscrivant dans une procédure dont les contours ont été dessinés par des parlementaires qui ne savaient pas grand-chose, sinon rien, de la situation des personnes transsexuelles. Ces dernières, en ayant recours à cette fameuse procédure, doivent reconnaître l'innocence du pouvoir juridique, lui qui ne peut avoir mis en place une catégorisation du sexe qui présenterait des ratées. Les ratées, plutôt, ce sont ces personnes ne parviennent pas à saisir l'évidence de leur sexe ayant été découvert peu de temps après la naissance. Ce sont ces personnes, aussi, qui allaient refuser de subir les traitements médicaux et les interventions chirurgicales dont le succès était requis par la loi. En faisant des modifications corporelles une condition incontournable pour obtenir le changement de la mention du sexe, au fond, ce que le pouvoir juridique faisait, c'est de ramener à l'avant-plan cette idée selon laquelle le sexe reposait sur les organes génitaux ; une idée que les personnes transsexuelles allaient pouvoir solidifier de par le parcours dans lequel elles s'engageraient. Le pouvoir juridique a ainsi pu, d'une certaine façon, se cacher derrière la détresse de ces personnes qui requerrait des soins visant à mettre fin à la transsexualité qui les faisaient tant souffrir. Par là, ce que je veux dire, c'est que le « souci humanitaire »⁵¹⁸ associé à la procédure de changement de la mention du sexe en cachait un autre, celui d'assurer autant que possible la classification binaire du sexe aux fins de

⁵¹⁶ Philippe Calderon, *Michel Foucault par lui-même*, Arte, 2003 (autour de 28 minutes).

⁵¹⁷ *Ibid* (autour de 28 minutes).

⁵¹⁸ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

l'état civil québécois, quitte à négliger les besoins particuliers des personnes transsexuelles. Les parlementaires avaient-ils conscience de cela ? Probablement pas. N'empêche, les effets de leur discours se sont tout de même fait sentir et cela nous allons mieux le voir quatrième chapitre de cette thèse.

1.1.2. La concordance attendue entre l'« identité physique » et la mention de sexe

La compréhension que le législateur avait de la transsexualité explique dans une certaine mesure la condition relative aux traitements médicaux et aux interventions chirurgicales. Il serait cependant réducteur de l'attribuer à ce seul fondement. Il y a tout lieu de croire, en effet, que la concordance attendue entre l'« identité physique » et la mention de sexe y soit pour quelque chose.

Dans les débats parlementaires s'étant tenus au dernier trimestre de l'année 1977, elle en ressort sommairement de façon implicite, sauf en ce qui a trait à la référence qui en a été faite par le ministre Bédard. La procédure de changement de la mention du sexe était en effet introduite pour permettre « aux transsexués d'obtenir un acte de naissance qui soit conforme à la nouvelle identité physique » (je souligne)⁵¹⁹.

Ce fondement ressortira d'ailleurs en 2013, lors des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*⁵²⁰. Cette loi, comme je l'expliquerai ci-après, a permis l'abrogation de la condition relative aux traitements médicaux et aux interventions chirurgicales. Cela n'a pas été sans causer un certain malaise, qui a notamment été exprimé par le député libéral Robert Poëti.

⁵¹⁹ *Ibid* (Marc-André Bédard).

⁵²⁰ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, LQ 2013, c 27.

Et il y a des problèmes de base, de base minimale. Je l'ai entendu des gens qui étaient ici, en disant que les policiers parfois même les mettaient en état d'arrestation parce que, sur l'apparence, ils voyaient une femme mais que le permis de conduire, c'était un homme. Et ils disaient : Ah bien, là, vous avez essayé de me donner une mauvaise identité, vous avez essayé de tromper la justice, une entrave à un agent de la paix. Mais voyons donc ! Mais voyons donc ! C'est ça, parce que ce n'est pas clair, parce qu'effectivement il y a une nuance, mais fort importante, et que ces gens-là subissent indirectement des conséquences de cette problématique d'identification.

Et je ne veux pas être simpliste, mais, à l'inverse, là, ça serait réglé, ça, là. Donc, une personne trans ou transsexuelle a un permis de conduire qui lui donne un nom de femme, elle est habillée en femme, elle a l'apparence d'une femme, mais c'est possible parce qu'on le constate que, bien qu'il se sente femme dans un corps de femme, il y a certains traits parfois qui peuvent démontrer que ce n'est peut-être pas une femme. Et là, encore là, le policier aurait encore des arguments ? Je fais des hypothèses, mais le quotidien n'est pas simple.

Et, compte tenu d'une arrestation, ça peut être aussi simpliste, tous les gens du Québec sont susceptibles d'être arrêtés. C'est possible, là. Je ne vise pas cette communauté-là plus qu'une autre, mais il y a une arrestation, une mise en détention temporaire, est-ce que, là, à ce moment-là, s'il y a un transsexuel qui n'a pas été... qui n'a pas subi l'intervention chirurgicale il se retrouve dans une prison de femme ou, vice-versa, dans une prison d'homme ? Il y aura là un problème. Alors, ils vont devoir le gérer.

Ce que je pense, c'est qu'en amont de toutes ces petites problématiques-là, c'est plus large que ça. Et je pense que le débat, et les solutions, et ce qu'on doit prévoir pour l'intégration globale d'une personne qui veut changer de genre mais pas de sexe est plus large qu'un cochez M, qu'un cochez F sur un permis de conduire. Et, à mon avis, on doit entendre les gens concernés. On a eu la version claire, nette, et je n'ai aucun doute de ce qui m'a été rapporté ici par les gens de ces communautés-là. Mais je pense que ça ne serait pas de leur rendre un service si, demain matin, on ne prépare pas nos organismes gouvernementaux, on ne prépare pas nos ministères, on ne prépare pas nos services publics à ce type de changement-là. Parce que nous, ici, on a cette ouverture-là parce qu'on a eu ce débat et on a été influencés positivement par les témoignages qu'on a eus ici. Cependant, on n'a pas entendu d'autres personnes qui, elles, peut-être, s'y opposeraient pour certaines raisons, à tort ou à raison. Et je pense que c'est notre responsabilité, de permettre à tout le monde de s'exprimer pour mieux préparer un changement de cette importance-là.

Et je réitère encore une fois que nous ne sommes pas contre le fond d'un changement, mais, dans sa forme actuelle, il m'apparaît peut-être un peu prématuré de voter sur un amendement comme celui-là [...]

(je souligne)⁵²¹

Cet extrait des débats parlementaires est riche. Il permet de voir le trouble que suscitait la modification législative envisagée, un trouble qui se manifestait par deux malaises.

Le premier visait la possession, par les personnes trans*, de pièces d'identité sur lesquelles figurerait une mention de sexe qui ne correspondrait pas à leur expression de genre. Le propos du député rejoignait aussi le « souci humanitaire »⁵²² qui avait été exprimé par les parlementaires à la fin des années soixante-dix. On se souviendra qu'à cette époque, il apparaissait primordial de régler une telle situation. Des années plus tard, au moment d'étudier le projet de loi précité, il en allait de même.

Le deuxième malaise, quant à lui, portait sur la concordance des organes génitaux et de l'expression de genre. Le député Poëti s'interrogeait en effet sur les conséquences qui allaient se matérialiser si l'on acceptait de changer la mention du sexe des personnes trans* sans qu'elles modifient, au préalable, l'apparence et la structure de leur corps. Par exemple, que faire « s'il y a un transsexuel qui n'a pas été... qui n'a pas subi l'intervention chirurgicale il se retrouve dans une prison de femme ou, vice-versa, dans une prison d'homme ? » L'absence de pièces d'identité sur lesquelles figurerait une mention de sexe qui correspond aux organes génitaux semblait, pour le député, rendre la situation compliquée, alors que des aménagements sont certainement envisageables... Cela dit, Robert Poëti ne se disait pas contre le retrait de la condition relative aux traitements médicaux et aux interventions chirurgicales. Il croyait

⁵²¹ Assemblée nationale, *Journal des débats - Commission des institutions - Étude détaillée du projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits (12 juin 2013)*, 40^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-40-1/journal-debats/CI-130612.html>> (Robert Poëti).

⁵²² Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

toutefois que tout irait mieux si les personnes trans* continuaient de les subir. Autrement, il faudrait préparer les organismes gouvernementaux et les ministères, qui pourraient être médusés face à la possibilité qu'une personne ait un pénis et une mention de sexe femelle/féminin (« F »). Ne serait-ce que de façon implicite, les collègues du député Robert Poëti partageaient cette vision. C'est l'impression, en tout cas, que laisse la consultation des débats parlementaires sur le sujet⁵²³. Dans tous les cas, pour le législateur, mais surtout pour le pouvoir juridique, adopter ce projet de loi signifiait ne plus pouvoir compter sur l'ensemble des personnes transsexuelles pour masquer le processus par lequel le sexe est façonné ; ils ne pourraient donc plus se fier aux personnes transsexuelles pour rendre ce « formidable service »⁵²⁴ ayant été explicité dans la précédente. Au fond, par son intervention, Robert Poëti sonnait l'alarme : la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois était mise en danger. Ni plus ni moins, c'est l'implosion qu'elle risquait.

1.2. Le contenu de la condition

Jusqu'à présent, nous avons vu que la condition relative aux traitements médicaux et interventions chirurgicales s'expliquait par la compréhension que le législateur avait de la transsexualité, mais aussi par la concordance attendue entre le corps (aussi désigné comme

⁵²³ Assemblée nationale, *Journal des débats - Commission des institutions - Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits (22 mai 2013)*, 40^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-40-1/journal-debats/CI-130522.html#_Toc378853350>; Assemblée nationale, *Journal des débats - Commission des institutions - Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits (23 mai 2013)*, 40^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-40-1/journal-debats/CI-130523.html>>; Assemblée nationale, *Journal des débats - Dépôt du rapport de commission - Consultation (28 mai 2013)*, 40^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/40-1/journal-debats/20130528/83813.html>>; Assemblée nationale, *supra* note 521; Assemblée nationale, *Journal des débats (4 décembre 2013)*, 40^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/40-1/journal-debats/20131204/102833.html>>.

⁵²⁴ Calderon, *supra* note 516 (autour de 28 minutes).

« identité physique »⁵²⁵) et la mention de sexe. Il convient maintenant d'étudier le contenu de la condition, c'est-à-dire de présenter ces modifications corporelles qui devaient avoir été subies avec succès préalablement à l'obtention du changement de la mention du sexe. Pour ce faire, je commencerai par affirmer leur étendue trouble et poursuivrai en soulignant l'importance de leur « succès ». Nous verrons qu'en dépit de la croyance du législateur, selon laquelle « les normes acceptées par la profession médicale [...] [régiraient] le traitement et l'opération du transsexuel »⁵²⁶, au fil du temps, ces « normes acceptées par la profession médicale »⁵²⁷ ont été remplacées par d'autres normes, plus obscures cette fois, qui émanaient largement des bureaux du directeur de l'état civil.

1.2.1. L'étendue trouble des traitements médicaux et des interventions chirurgicales

Du point de vue du législateur ayant adopté la première procédure de changement de la mention du sexe, « les normes acceptées par la profession médicale [...] [régiraient] le traitement et l'opération du transsexuel »⁵²⁸. Conséquemment, une condition exigeant un cheminement médical particulier a été instaurée dans la législation. Or, les tenants et aboutissants de ce dernier étaient toutefois troubles. C'est le moins que l'on puisse dire⁵²⁹. D'un côté, il était clair que certains soins devaient être subis avec succès, mais d'un autre côté, l'étendue de ces derniers était plutôt obscure. Il suffit, pour s'en convaincre, de diriger le regard vers la législation, la jurisprudence et de la doctrine. Qui plus est, le flou régnant sur l'étendue de cette condition aura été exacerbé par les pratiques du directeur de l'état civil, qui limitait ses explications sur le sujet.

⁵²⁵ *Ibid* (autour de 28 minutes).

⁵²⁶ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

⁵²⁷ *Ibid* (Marc-André Bédard).

⁵²⁸ *Ibid* (Marc-André Bédard).

⁵²⁹ Dans un ouvrage, la professeure Viviane Namaste arrivait à une conclusion similaire.

My research indicates that the laws and procedures affecting transgendered people are much more complex than mere administrative directives. How these laws are interpreted and applied in Québec is extremely inconsistent.

Voir Namaste, *supra* note 26 à la p 248.

1.2.1.1. La législation

L'Office de révision du Code civil fut la première à proposer l'ajout, dans la législation québécoise, d'une procédure spécifique menant au changement de la mention du sexe. En effet, dans un rapport paru en 1975, le Comité du nom des personnes, qui faisait partie de cet office, a suggéré au législateur d'adopter l'article se trouvant ci-dessous.

Tout citoyen canadien, non marié, résidant au Québec depuis au moins un an et ayant subi avec succès les traitements médicaux et chirurgicaux destinés à modifier les apparences du sexe, a le droit d'obtenir du directeur de l'état civil que son acte de naissance soit modifié en conséquence et que ses prénoms soient changés.⁵³⁰

Cette proposition n'a pas été suivie par le législateur. N'empêche, comme nous le verrons ci-après, dans une terminologie différente, les conditions formulées par Comité du nom des personnes seront reprises dans la loi. Avant de s'y pencher, il est approprié de s'intéresser à ce que suggérait ce comité faisant partie de l'Office de révision du Code civil.

À la lecture de l'article proposé, on note que le changement de la mention du sexe aurait été possible à certaines conditions. Il aurait notamment été réservé aux personnes ayant subi « les traitements médicaux et chirurgicaux destinés à modifier les apparences du sexe [...] »⁵³¹. En faisant référence aux « apparences du sexe », le Comité du nom des personnes insistait sur la visibilité attendue des modifications corporelles. D'ailleurs, dans les explications accompagnant sa proposition, on lisait que le changement de nom et de la mention du sexe « seraient un droit pour la personne dont les apparences extérieures ont été transformées » (je souligne)⁵³². L'état

⁵³⁰ Comité du nom des personnes, *supra* note 36 à la p 40.

⁵³¹ *Ibid.*

⁵³² *Ibid* à la p 42.

se resserrait alors : « les traitements médicaux et chirurgicaux destinés à modifier les apparences du sexe [...] »⁵³³ devaient être visibles à l'œil nu. Sans ouvrir le corps de la personne, les modifications corporelles devaient être visibles. Cela dit, rien de plus précis ne se dégageait de cette proposition. Un certain flou régnait donc sur l'étendue de ces modifications corporelles qui étaient pourtant attendues. Par exemple, pour le Comité du nom des personnes, était-il nécessaire que la femme trans* subisse une ablation de son pénis et de ses testicules ? Quid de sa barbe, ou encore de sa pomme d'Adam ? L'histoire ne le dit pas.

Au dernier trimestre de l'année 1977, il a paru opportun au législateur de donner suite à cette proposition. Pour ce faire, il a adopté la *Loi modifiant la Loi du changement de nom*⁵³⁴, laquelle contenait la première procédure spécifique de changement de la mention du sexe. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1978⁵³⁵. À compter de ce jour, en vertu de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁵³⁶, les personnes transsexuelles allaient pouvoir bénéficier d'un changement d'état civil, en se soumettant, au préalable, aux exigences de l'article 16 de la loi précitée.

16. La présente section s'applique à un citoyen canadien majeur, non marié, résidant au Québec depuis au moins un an et qui a subi avec succès les traitements médicaux ainsi que les traitements chirurgicaux impliquant une modification structurale des organes sexuels et destinés à modifier ses caractères sexuels apparents.

Cet article ressemble à celui qu'avait proposé le Comité du nom des personnes, ne serait-ce qu'en ce qui a trait aux modifications corporelles. Toute personne devait les subir avec succès, sans quoi le changement de la mention du sexe lui serait refusé. Cependant, en ce qui a trait à

⁵³³ *Ibid* à la p 40.

⁵³⁴ *Loi modifiant la Loi du changement de nom*, *supra* note 20.

⁵³⁵ *Ibid*, art 16 et s, entrés en vigueur le 1er avril 1978 en vertu de l'article 12 de cette loi.

⁵³⁶ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29.

l'étendue des traitements médicaux et chirurgicaux devant être subis avec succès, malgré l'évidente ressemblance, on note, à la lecture des deux articles, une apparente divergence.

En effet, d'un côté, selon l'article 16 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, « les traitements médicaux ainsi que les traitements chirurgicaux impliquant une modification structurale des organes sexuels et destinés à modifier ses caractères sexuels apparents » devaient être subis avec succès⁵³⁷. Or, d'un autre côté, pour le Comité du nom des personnes, le changement de la mention du sexe allait être possible aux personnes qui subissaient avec succès « les traitements médicaux et chirurgicaux destinés à modifier les apparences du sexe [...] »⁵³⁸. C'est donc dire que l'un affirmait la nécessité de « modifier les apparences du sexe », alors que l'autre exigeait « une modification structurale des organes sexuels et destinés à modifier ses caractères sexuels apparents. » De fait, l'étendue des traitements médicaux et chirurgicaux décrits à l'article 16 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil* semblait plus importante que celle qui avait été envisagée par le Comité du nom des personnes. À tout le moins, elle ne paraissait pas se limiter aux modifications qui pouvaient être constatées d'un simple coup d'œil. Ce que le législateur semblait avoir en tête était donc beaucoup plus invasif.

Une telle impression est exacerbée par la description qu'a faite le ministre Bédard des « normes acceptées par la profession médicale qui régissent le traitement et l'opération du transsexuel [...] »⁵³⁹. Citant le passage d'un article rédigé par Ethel Groffier — une juriste —, il soulignait notamment l'hystérectomie au nombre des chirurgies pratiquées par les professionnels de la santé⁵⁴⁰. Si l'hystérectomie faisait partie, selon le cas, des traitements médicaux et chirurgicaux qui devaient être subis avec succès pour qu'un changement de la mention du sexe soit autorisé, alors il va sans dire que le législateur est allé plus loin que le Comité du nom des personnes.

⁵³⁷ *Ibid.*, art 16.

⁵³⁸ Comité du nom des personnes, *supra* note 36 à la p 40.

⁵³⁹ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

⁵⁴⁰ *Ibid.*

L'utérus, après tout, ne fait pas partie des organes pouvant être observés d'un simple coup d'œil ! Cette étendue plus large des modifications corporelles qui devaient avoir été subies avec succès, nous ne pourrions jamais la mesurer avec certitude. À cet égard, des précisions auraient été bienvenues, mais elles ne viendront pas. L'hypothèse n'en demeure pas moins fort plausible...

En 1994, lorsque le « nouveau » *Code civil du Québec* est entré en vigueur, une nouvelle version de la procédure de changement de la mention du sexe⁵⁴¹ s'est trouvée en son sein. Avec elle, la condition relative aux traitements médicaux et interventions chirurgicales revenait ; en ce sens qu'elle y était sommairement reprise.

71. La personne qui a subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents, peut obtenir la modification de la mention du sexe figurant sur son acte de naissance et, s'il y a lieu, de ses prénoms. [...]

Pour la désigner, des termes similaires, quoique non identiques, ont été utilisés : « des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents » devaient être subis avec succès par la personne qui souhaitait obtenir le changement de la mention du sexe. Quant à l'étendue de ces derniers, le flou a cependant persisté. Dans les débats parlementaires, on ne trouve rien qui puisse nous éclairer sur le sens de cette condition, ou encore sur les raisons pour lesquelles des modifications terminologiques, aussi mineures soient elles, ont été apportées. Ainsi, contrairement à une certaine croyance, la réflexion ayant porté sur la nécessité de subir des traitements médicaux et des interventions chirurgicales a eu lieu en 1977 et non au début

⁵⁴¹ *Loi modifiant la Loi du changement de nom*, supra note 20, entrée en vigueur le 1er avril 1978 en vertu de l'article 12 de cette loi; *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 29, abrogée le 1er janvier 1994 en vertu de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, LQ 1992, c 57, art 463.

des années 1990⁵⁴², alors que les protocoles médicaux, eux, avaient pourtant évolués⁵⁴³. Quoiqu'il en soit, il n'en demeure pas moins que le flou régnant sur l'étendue des soins qui devaient être subis avec succès par les personnes qui souhaitaient obtenir le changement de la mention du sexe perdurera jusqu'au 30 septembre 2015, dernier jour où cette condition trouvera application⁵⁴⁴. En tout cas, jamais des précisions législatives à son égard ne seront apportées.

1.2.1.2. La jurisprudence

La jurisprudence se fera aussi avare de commentaires. Cela se conçoit bien, dans la mesure où au Québec, le changement de la mention du sexe s'obtient en suivant une procédure administrative et non judiciaire. La jurisprudence faisant référence à la procédure de changement de la mention du sexe se fait donc très rare. Selon les données recueillies, jamais la remise en question d'une décision ayant été rendue par le Ministère de la Justice (du 1^{er} janvier 1978 au 31 décembre 1993) ou par le Directeur de l'état civil (depuis le 1^{er} janvier 1994) n'a amenée les tribunaux à se prononcer. Aussi bien dire, dans ce cas, que la jurisprudence est

⁵⁴² Pourtant, le député Gilles Ouimet affirmait, le 12 juin 2013 devant la Commission des institutions, qu'une telle réflexion avait eu lieu.

De l'autre côté, M. le Président, il y a le fait que notre Code civil, que nous avons adopté, pas il y a 40 ans, là, ça a été adopté au début des années 1990, en 1991, au terme d'un processus de réflexion de 20 ans.... Nous avons collectivement fait ce choix, à l'époque, d'exiger des traitements chirurgicaux; à tort ou à raison, là, mon point n'est pas là. Mais je n'ai pas... je ne me suis pas penché sur le processus législatif qui nous avait amené, à l'époque, à faire ce choix législatif.

Voir Assemblée nationale, *supra* note 521 (Gilles Ouimet).

⁵⁴³ Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, *The hormonal and surgical sex reassignment of gender dysphoric persons (v 1)*, 1^{re} éd, Gavelston, The Janus Information Facility, 1979; Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, *The hormonal and surgical sex reassignment of gender dysphoric persons (v 2)*, 2^e éd, San Francisco, The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, 1980; Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, *The hormonal and surgical sex reassignment of gender dysphoric persons (v 3)*, 3^e éd, San Francisco, The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, 1981; Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, *The hormonal and surgical sex reassignment of gender dysphoric persons (v 4)*, 4^e éd, Palo Alto, The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, 1990.

⁵⁴⁴ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, *supra* note 520, art 3-4, entrés en vigueur le 1er octobre 2015 (décret), (2015) 147 G.O. II, 3235.

muette, au Québec, en ce qui a trait à l'étendue des traitements médicaux et interventions chirurgicales qui devaient être subis avec succès pour que le changement de la mention du sexe soit autorisé.

Certaines décisions portant sur le droit à l'égalité, tel qu'il se lit à l'article 10 de la *Charte québécoise*, peuvent tout de même se montrer pertinentes⁵⁴⁵. En effet, en vertu de cette loi, la discrimination des personnes trans* est interdite dans une certaine mesure au moins⁵⁴⁶. C'est ce qui ressort des deux seuls jugements à avoir été rendus en la matière à l'époque où la condition a été en vigueur, c'est-à-dire *Commission des droits de la personne du Québec c Anglsberger*⁵⁴⁷ et *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et ML c Maison des jeunes*⁵⁴⁸.

Les faits rapportés dans le premier jugement indiquent que 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.

⁵⁴⁵ À titre indicatif, dans les quelques lignes qui suivent, je reprends en faisant quelques adaptations des passages de mon article ayant pour référence Sauvé, *supra* note 91. Que le lectorat soit ainsi informé que la majeure partie de cette section est tirée de cet article, sans que d'autres indications à cet effet ne soient données.

⁵⁴⁶ Cela veut donc dire que l'ajout récent de l'« identité ou l'expression de genre » à la liste des motifs de distinction illicites n'a pas eu pour effet d'introduire l'interdiction de discrimination visant les personnes trans*. Pour de plus amples informations à ce sujet, consulter *Charte québécoise*, *supra* note 91, art 10; *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, *supra* note 494, art 11; Sauvé, *supra* note 91.

⁵⁴⁷ *Commission des droits de la personne du Québec c Anglsberger*, [1982] CP 82 [Anglsberger].

⁵⁴⁸ *ML*, *supra* note 13.

Selon la preuve retenue, la partie défenderesse propriétaire du restaurant « ne voulait pas de travestis, de prostituées, d’hommes déguisés en femme »⁵⁴⁹ dans son établissement, puisqu’apparemment, « les transsexuels sont des troubles-fêtes [...] » et que Dame D. est associée à un travesti et à un prostitué⁵⁵⁰.

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 Ste-Catherine entre les rues St-Denis et St-Laurent [...] » sont travesties ou transsexuelles⁵⁵¹. 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 »⁵⁵². 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 »⁵⁵³. Ce commentaire fut qualifié par le tribunal de « pour le moins inélégant et déplacé »⁵⁵⁴.

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

⁵⁴⁹ *Anglsberger, supra* note 547 à la p 83.

⁵⁵⁰ *Ibid* à la p 84.

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² *Ibid.*

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ *Ibid.*

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.⁵⁵⁵

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 »⁵⁵⁶. 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.

En matière de droit à l'égalité, la décision *Anglsberger* présente un intérêt certain. Elle illustre ce que vise l'« état civil » inscrit à l'article 10 de la *Charte québécoise*⁵⁵⁷. Mais aux fins de cette thèse, et particulièrement aux fins de cette section, ce qui importe le plus, c'est de noter la possibilité, exprimée par la Cour provinciale, qu'une personne trans* puisse acquérir « toutes les caractéristiques d'une personne du sexe féminin »⁵⁵⁸, sans que l'on sache, pourtant, à quoi se réfèrent précisément ces caractéristiques. Comme Dame D. avait obtenu le changement de la mention du sexe, elle avait, au moins en théorie, « subi avec succès les traitements médicaux ainsi que les traitements chirurgicaux impliquant une modification structurale des organes sexuels et destinés à modifier ses caractères sexuels apparents. »⁵⁵⁹ Quels étaient-ils ? L'histoire ne le dit pas. Mais l'on sait, toutefois, que ces derniers permettaient d'acquérir « toutes les caractéristiques d'une personne du sexe féminin »⁵⁶⁰... Nous voilà bien avancés !

Une autre décision, appliquant l'article 10 de la *Charte québécoise*, peut aussi se montrer intéressante. En 1998, le Tribunal des droits de la personne a rendu la décision *Commission des*

⁵⁵⁵ *Ibid* à la p 85.

⁵⁵⁶ *Ibid*.

⁵⁵⁷ Sauvé, *supra* note 91 aux pp 111 et s.

⁵⁵⁸ *Anglsberger*, *supra* note 547 à la p 85.

⁵⁵⁹ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29, art 16.

⁵⁶⁰ *Anglsberger*, *supra* note 547 à la p 85.

*droits de la personne et des droits de la jeunesse et ML c Maison des jeunes*⁵⁶¹. 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 de sexe mâle/masculin (« M »).

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 des droits de la personne a donc été appelé à répondre à la question suivante : un tel comportement — mettre un terme 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 »⁵⁶². 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 sexe⁵⁶³. Subsidiairement, ils avançaient que le fait de ne pas être trans* était une exigence

⁵⁶¹ *ML*, *supra* note 13.

⁵⁶² *Ibid* au para 1.

⁵⁶³ *Ibid* au para 2.

professionnelle justifiée pour l'emploi de travailleur de rue, mais je ne m'attarderai pas à cette question⁵⁶⁴.

Face aux prétentions des parties, 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 »⁵⁶⁵, le Tribunal des droits de la personne décida que ML avait été victime de discrimination fondée sur le « sexe ». Au centre de son raisonnement se trouvait le sens devant être accordé à cette notion.

Que ce soit sous l'égide de l'article 15(1) de la *Charte canadienne* ou sous celui de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés du Québec*, 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.⁵⁶⁶

Suivant cette affirmation, mais aussi les enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Brooks c Canada Safeway Ltd*⁵⁶⁷, le Tribunal des droits de la personne avança que la discrimination fondée sur le fait qu'une personne est « transsexuelle » en était une 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.

⁵⁶⁴ *Ibid.*

⁵⁶⁵ *Ibid* au para 89.

⁵⁶⁶ *Ibid* au para 110 (note omise).

⁵⁶⁷ *Brooks c Canada Safeway Ltd*, [1989] 1 RCS 1219.

[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 ou, constituer de la discrimination fondée sur le sexe.⁵⁶⁸

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.

Pour les fins qui nous occupent, c'est la compréhension que le Tribunal des droits de la personne a eu de la transition de ML qui importe. Elle rejoint, d'une certaine façon, celle ayant été exprimée dans la décision *Anglsberger*. Dans l'une comme dans l'autre, de nombreuses incertitudes peuvent être relevées. Prenons la décision *Anglsberger*, dans laquelle le transsexualisme a été défini à l'aide du *Petit Robert*. On y lisait alors que c'était un « sentiment délirant d'appartenir au sexe opposé, malgré une morphologie sexuelle normale, le plus souvent associé au désir de changer de sexe »⁵⁶⁹. 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 »⁵⁷⁰, le Tribunal des droits de la personne 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 »⁵⁷¹. Il implique « une dissociation si accusée entre le sexe et le genre »⁵⁷² 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 »⁵⁷³, le tout dans le but affirmé d'accéder à une « réunification des critères disparates constitutifs du

⁵⁶⁸ *ML*, *supra* note 13 aux paras 113-114.

⁵⁶⁹ *Anglsberger*, *supra* note 547 à la p 85.

⁵⁷⁰ *ML*, *supra* note 13 au para 96.

⁵⁷¹ *Ibid* au para 99.

⁵⁷² *Ibid*.

⁵⁷³ *Ibid*.

sexe qui sont source d'angoisse pour la personne»⁵⁷⁴. 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 identité⁵⁷⁵, mais aussi celle qui en est à compléter ce « processus d'unification des critères sexuels disparates et contradictoires »⁵⁷⁶.

Cette compréhension du transsexualisme a de quoi laisser 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 ? Des questions parmi d'autres qui encore ne recevront aucune réponse. On l'aura compris, les explications que l'on trouve en jurisprudence ne sont pas claires et suscitent beaucoup de questionnements. Mais à travers tous ces questionnements, une idée demeure : il est possible de subir un « processus d'unification des critères sexuels disparates et contradictoires »⁵⁷⁷ qui mènera, en bout de piste, au changement

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ *Ibid* au para 113.

⁵⁷⁶ *Ibid* au para 114.

⁵⁷⁷ *Ibid.*

de la mention du sexe — cela ressort implicitement de la décision *ML*. Quels sont alors ces traitements médicaux et interventions chirurgicales qui en d'autres termes permettent « unification des critères sexuels disparates et contradictoires »⁵⁷⁸ ? Encore une fois, la réponse ne viendra pas⁵⁷⁹. Il est vrai que les tribunaux ayant tranché les affaires *Anglsberger* et *ML* n'étaient pas appelés à étudier la procédure de changement de la mention du sexe. Cela doit être souligné à grands traits. Une fois que c'est fait, de par le propos tenu dans ces deux décisions, on peut néanmoins relever la présence d'une pensée suivant laquelle certains traitements médicaux et interventions chirurgicales peuvent justifier le changement de la mention du sexe. Mais ces derniers, toutefois, ne seront jamais clairement identifiés, comme s'ils relevaient de l'évidence. Pour cette raison, la jurisprudence, bien qu'elle soit d'une certaine utilité, ne permet pas de mieux comprendre le sens de la condition relative aux traitements médicaux et aux interventions chirurgicales que l'on a trouvé tant à l'article 16 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil* qu'à l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec*. Bref, à la lecture de la législation et de la jurisprudence, il apparaît clairement que le changement de la mention du sexe ne pouvait être autorisé sans que divers soins soient subis avec succès. L'étendue de ces soins, toutefois, est restée trouble.

1.2.1.3. La doctrine

En doctrine, la situation n'est pas tant différente. Plusieurs auteurs se sont prononcés sur cette condition. Plusieurs même ont avancé une liste des traitements médicaux et interventions chirurgicales que les personnes trans* devaient subir avec succès pour que le changement de la mention du sexe figurant à leur acte de naissance soit autorisé. Une lecture de leur propos laisse quand même place à de nombreuses interrogations, à commencer par les paramètres ayant guidé ces juristes dans l'élaboration de leur liste. Comme nous allons le voir, il semble que les auteurs

⁵⁷⁸ *Ibid.*

⁵⁷⁹ D'ailleurs, dans un chapitre d'ouvrage collectif, la présidente du Tribunal des droits de la personne à l'époque, l'Honorable Michèle Rivet, a exposé le raisonnement ayant été adopté par ce tribunal dans l'affaire *ML*, sans pour autant l'expliquer davantage. Voir Rivet, *supra* note 204.

sont passés du descriptif au prescriptif, en ce sens que les traitements et chirurgies que subissaient certaines personnes trans* (volet descriptif) sont devenus ceux qui devaient être subis par toutes les personnes trans* (volet prescriptif).

Quelques-uns ont d'abord écrit sur le changement de la mention du sexe avant qu'une procédure du même nom ne soit ajoutée à la législation. C'est le cas de Robert Kouri et d'Ethel Groffier. Le premier, dans un article portant le titre « Comments on Transsexualism in the Province of Quebec » expliquait ce qui suit :

After a period of evaluation and hormone treatment, the male transsexual undergoes castration and removal of the penis. A cavity is made forward of the anus and an artificial vagina is created, generally by inverting the skin of the penis which has been denuded before amputation. Portions of the scrotum are fused to form labia. In the case of a female transsexual, a mastectomy and hysterectomy with removal of ovaries is performed. A penis of sorts is created by way of a skin graft (with or without a urinary function). A scrotum can also be added containing silastic protheses.⁵⁸⁰

La description qui était faite n'était cependant pas fondée sur la législation applicable, puisqu'à cette époque, au Québec, elle était inexistante. Néanmoins, l'énumération faite par le professeur Kouri permet d'évaluer l'ampleur de ceux qui seront visés par le législateur en 1977 au moment d'adopter la première procédure de changement de la mention du sexe. On se souviendra en effet de cette déclaration du ministre Bédard : « les normes acceptées par la profession médicale [...] [régiraient] le traitement et l'opération du transsexuel »⁵⁸¹.

La seconde, Ethel Groffier, s'est aussi prononcée sur les traitements médicaux et les interventions chirurgicales que subissaient les personnes trans* avant même qu'une procédure

⁵⁸⁰ Kouri, *supra* note 22 à la p 172 (notes omises). À titre indicatif, les personnes désignées « male transsexual » par l'auteur sont celles que je qualifie de « femmes trans* ». Il en va de même pour les « female transsexual », que je qualifie, dans cette thèse, d'« hommes trans* ».

⁵⁸¹ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

de changement de la mention du sexe ne soit inscrite dans la législation. Dans un article, elle écrivait que le corps de ces personnes était modifié, sans toutefois offrir une présentation détaillée des modifications corporelles qui étaient apportées. Elle faisait toutefois mention d'un « traitement hormonal »⁵⁸², et « d'interventions chirurgicales aussi mutilantes que celles qui sont appelées, d'ailleurs improprement, “changement de sexe” »⁵⁸³.

Peu de temps après l'ajout, dans la législation québécoise, de la procédure de changement de la mention du sexe, la professeure Ouellette-Lauzon a publié une chronique sur le sujet. Dans celle-ci, elle s'intéressait notamment à la condition relative aux traitements médicaux et interventions chirurgicales.

La loi devient plus “spectaculaire” en ce qu'elle permet à la personne qui a subi avec succès les traitements médicaux et chirurgicaux “impliquant une modification structurale des organes sexuels et destinés à modifier ses caractères sexuels apparents” de changer l'indication de sexe et de prénom à son acte de naissance. La formulation est prudente : il n'est nulle part question de changement de sexe, le législateur ayant voulu éviter la controverse scientifique sur cette question à l'effet que génétiquement, le sexe est inchangeable.⁵⁸⁴

Son texte, comme on peut le constater, affirmait la nécessité de subir certains soins, sans toutefois en présenter une liste détaillée. Serait-ce parce que les caractéristiques sexuelles associées aux personnes identifiées comme étant de sexe mâles/masculins (« M ») ou femelles/féminins (« F ») étaient vues comme évidentes, un peu comme nous l'avons vu dans la première partie de cette thèse ? Pour le moment, je laisserai cette question en suspens.

Je m'intéresserai plutôt à ce texte, paru une dizaine d'années plus tard, dans lequel le professeur Jean-Louis Baudouin a mené une charge contre la procédure de changement de la mention du sexe, l'accusant de *travestir* la vérité. Son propos ne portait pas précisément sur les conditions

⁵⁸² Groffier, *supra* note 23 à la p 125.

⁵⁸³ *Ibid* à la p 115.

⁵⁸⁴ Ouellette-Lauzon, *supra* note 482 aux pp 190-191 (note omise).

qui devaient être remplies par la personne qui souhaitait un tel changement, mais il témoignait tout de même d'une certaine compréhension.

S'agissant du transsexualisme, dire qui est qui n'est pas tâche facile. Le droit, lorsque l'apparence sexuelle ne correspond pas à la vérité biologique, chromosomique ou psychique de l'individu, doit faire ce que, traditionnellement selon l'adage, seul le Parlement anglais peut faire : dire qu'un homme est une femme. Le droit s'emploie alors à travestir l'être, à donner le change, à se rendre complice d'une dénaturation de la réalité.

[...]

L'entorse à la vérité naturelle ne touche en effet qu'un très petit nombre de personnes. Le droit, au nom de l'épanouissement des libertés individuelles, est donc tout à fait à l'aise d'opérer une désinformation, une mystification officielle réduite et contrôlée, un tour de prestidigitation, en sanctionnant la vérité de l'apparence sur la vérité de la nature, en institutionnalisant le mensonge pour contredire la vérité sexuée au nom de la vérité du vécu. Il nous propose un être d'illusion, un chevalier d'Éon moderne qui a perdu une référence symbolique d'importance. Pour la première fois, apparaît un phénomène important que l'on retrouve aussi et partout à propos des procréations assistées : le droit admet que la vérité de la nature puisse être infléchie par l'initiative d'un acte de volonté individuel.⁵⁸⁵

Évidemment, le moins que l'on puisse dire, c'est que le professeur Baudouin trouvait dommage que la « vérité de la nature » soit supplantée par une « vérité de l'apparence ». Parlant d'une telle vérité, il semble donc que le professeur Baudouin comprenait de cette condition qu'elle mènerait à des modifications corporelles qui pourraient être observées, mais on n'en saura pas plus. Les apparences, au moins, seraient sauvées.

Un autre texte s'est penché sur la procédure de changement de la mention du sexe telle qu'on la trouvait dans la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁵⁸⁶. Il a été écrit

⁵⁸⁵ Baudouin, *supra* note 34 aux pp 805-806.

⁵⁸⁶ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29.

par Michèle Rivet, qui était alors juge au Tribunal de la jeunesse du Québec. Dans celui-ci, elle abordait le changement de la mention du sexe, en mentionnant, sans expliquer davantage, que les personnes qui souhaitaient obtenir un tel changement devaient avoir « subi, avec succès, les traitements médicaux et chirurgicaux nécessaires à une modification structurale des organes sexuels et modifiant ses caractères sexuels apparents. »⁵⁸⁷

Ce que l'on comprend, en définitive, c'est qu'aucun texte en doctrine ne permettra de connaître précisément, pour la période s'étant étendue du 1^{er} avril 1978 au 31 décembre 1993, l'étendue de ces « traitements médicaux ainsi que [...] chirurgicaux impliquant une modification structurale des organes sexuels et destinés à modifier ses caractères sexuels apparents. »

Le 1^{er} janvier 1994, le « nouveau » *Code civil du Québec* est entré en vigueur. Par la même occasion, une nouvelle procédure de changement de la mention du sexe s'est appliquée. À propos de l'article 71 de ce code, le ministre de la Justice a affirmé qu'il reprenait « essentiellement le droit antérieur »⁵⁸⁸, sans qu'une précision quelconque ne soit offerte relativement à l'étendue des traitements médicaux médicaux et interventions chirurgicales qui devaient encore être subis avec succès. Les professeurs Édith Deleury et Dominique Goubau, qui ont écrit au sujet de cette condition relativement nouvelle, ne se sont pas faits plus explicites⁵⁸⁹. Pour eux comme pour les autres, il semble donc que cette facette du droit civil se passait de commentaires.

Ce n'est qu'au début du nouveau millénaire que la fameuse condition visant les modifications corporelles a commencé à susciter l'intérêt des juristes. Il faut dire que le sens trouble de cette

⁵⁸⁷ Michèle Rivet, « La vérité et le statut juridique de la personne en droit québécois » (1987) 18 RGD 843 à la p 854 (note omise).

⁵⁸⁸ Québec, Ministère de la Justice, *supra* note 177 à la p 58.

⁵⁸⁹ Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 1^{re} éd, Cowansville, Yvon Blais, 1994 au para 236 (note omise); Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 2^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 1997 au para 240 (note omise); *Ibid* (note omise).

dernière avait été exposé au grand jour par le dossier de Dale Altrows (aussi désigné sous le pseudonyme David Aranoff), qui s'opposait à la portée que le directeur de l'état civil en donnait. J'y reviendrai en détail dans la section 1.2.1.4. L'interprétation de l'autorité compétente. Pour l'instant, je préfère m'attarder à ce que les juristes ont écrit sur le sujet, en commençant par le professeur Benoît Moore, qui semble avoir été le premier à questionner l'étendue des traitements médicaux et interventions chirurgicales dont il était question à l'article 71 du *Code civil du Québec*.

45 Conditions au changement de la mention du sexe. L'article 71 C.c.Q. pose quatre conditions afin de pouvoir obtenir une modification de la mention du sexe ainsi que, s'il y a lieu, du nom. La personne doit être majeure, être citoyenne canadienne et être domiciliée au Québec depuis au moins un an, ne pas être mariée et avoir "[...] subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels [...] apparents [...]".

46 Cette disposition reconnaît une certaine suprématie au sexe anatomique, à l'apparence, vocable qui d'ailleurs est présent à l'article 71 C.c.Q. Contrairement au principe établi par la Cour de Cassation dans sa décision de 1992, la nature thérapeutique de l'intervention n'est pas expressément exigée, mais elle nous semble devoir découler tout naturellement de cette disposition. L'expression "traitements médicaux" vise entre autres choses un suivi psychologique afin de s'assurer que le patient présente un réel cas de transsexualisme. On doit éviter que le sexe juridique ne devienne un sexe de "convenance", un sexe d'usage. Ou encore que le désir de subir les interventions cache, plutôt qu'une pathologie de transsexualité, un autre trouble comme par exemple une schizophrénie. La question qui demeure est celle de savoir quel niveau de "modification structurale des organes sexuels" est nécessaire. Il peut y avoir ici une dualité entre le sexe purement apparent et le sexe morphologique, la question du niveau de leur rencontre devant alors se poser. Comment apprécier une femme qui, ayant suivi des traitements hormonaux et subi une ablation des seins, n'a pas subi de phalloplastie ? D'apparence masculine, cette femme demeure femme dans son intimité. Le Directeur de l'État civil a, en mars 1999, accepté de modifier la mention du sexe dans un cas semblable. Le sexe juridique peut alors être muté principalement par la volonté du patient et par l'apparence sociale suite, il faut le dire, à un suivi médical garantissant en principe l'existence de la pathologie de transsexualité. Certes, il y a eu modification structurale des organes sexuels, mais

par leur ablation uniquement. Les caractères sexuels apparents semblent alors devoir être compris d'une façon plus large qu'uniquement les organes génitaux.⁵⁹⁰

Selon les données recueillies, pour la première fois dans la doctrine québécoise, un auteur tentait d'aller plus loin que les termes « traitements médicaux et interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer les caractères sexuels apparents [...] » alors exprimés au premier alinéa de l'article 71 du *Code civil du Québec*. Qu'est-ce à dire sur ces derniers ?

Les « traitements médicaux », nous a d'abord expliqué le professeur Moore, « vise entre autres choses un suivi psychologique afin de s'assurer que le patient présente un réel cas de transsexualisme » ainsi que l'hormonothérapie⁵⁹¹.

Mais encore, en ce qui a trait aux « interventions chirurgicales », le doute subsiste. Pour exprimer ce doute, l'auteur donne l'exemple d'un homme trans*, en se demandant « [c]omment apprécier une femme qui, ayant suivi des traitements hormonaux et subi une ablation des seins, n'a pas subi de phalloplastie ? D'apparence masculine, cette femme demeure femme dans son intimité. »⁵⁹² En faisant référence à une décision ayant été rendue par le directeur de l'état civil dans un dossier qui lui avait été présenté, le professeur Moore termine sur cet aspect en affirmant que « [l]es caractères sexuels apparents semblent alors devoir être compris d'une façon plus large qu'uniquement les organes génitaux. »⁵⁹³ Un tel propos suppose donc comme prémisse la qualification intrinsèque possible des organes génitaux comme mâles/masculins ou femelles/féminins... mais cela ne suffit pas pour dissiper les doutes.

⁵⁹⁰ Benoît Moore, « Le droit de la famille et les minorités » (2003) 34 RDUS 229 aux paras 45-46 (notes omises).

⁵⁹¹ *Ibid* au para 46 (note omise).

⁵⁹² *Ibid*.

⁵⁹³ *Ibid*.

Dans une note de bas de page, le professeur a précisé que certaines discussions avaient eu lieu avec des personnes bien au fait de ces traitements médicaux et interventions chirurgicales qui permettaient d'obtenir le changement de la mention du sexe lorsque ceux-ci étaient couronnés de succès.

Après avoir discuté avec certains praticiens spécialisés, il semble qu'il y ait effectivement dissension sur le rôle et le bienfait des interventions chirurgicales. Pour certains, l'on doit distinguer la transformation d'un homme en femme de celle d'une femme en homme. Dans la première situation, la castration devrait nécessairement être pratiquée avec la fabrication d'un vagin, sans quoi l'on serait face à une intervention mutilante résultant en une personne ni homme ni femme ; ces deux interventions seraient donc nécessaires à la modification de la mention de sexe. Dans la seconde situation, l'ablation des seins accompagnée d'une salpingo-ovariectomie et d'une hystérectomie devraient suffire dans la mesure où la phalloplastie -- résultant en un sexe masculin non fonctionnel -- est très coûteuse (et non prise en charge par l'État) et très défigurante.⁵⁹⁴

Selon cette note, pour qu'une femme trans* puisse obtenir la lettre « F » sur son acte de naissance, « la castration devrait nécessairement être pratiquée avec la fabrication d'un vagin [...] »⁵⁹⁵. L'homme trans* ne pourrait être identifié par la lettre « M » sans subir au préalable « l'ablation des seins accompagnée d'une salpingo-ovariectomie et d'une hystérectomie »⁵⁹⁶. Parce qu'elle mène à « un sexe masculin non fonctionnel -- est très coûteuse (et non prise en charge par l'État) et très défigurante »⁵⁹⁷, la phalloplastie ne serait cependant pas requise. Le coût et la fonctionnalité du néo-pénis supplanteraient donc l'apparence corporelle supposément attendue, ce qui peut étonner, considérant la lettre et l'interprétation de l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec*⁵⁹⁸. Quoiqu'il en soit, le professeur Moore, par ses commentaires, a ouvert une porte qui jusqu'alors était restée fermée dans la doctrine québécoise. Tout simplement, il s'est

⁵⁹⁴ *Ibid*, note 109.

⁵⁹⁵ *Ibid*, note 109.

⁵⁹⁶ *Ibid*, note 109.

⁵⁹⁷ *Ibid*, note 109.

⁵⁹⁸ L'étonnement est toutefois beaucoup moins grand lorsque l'on considère d'autres lois applicables au Québec. Il y a tout lieu de croire, en effet, que l'obligation de subir des modifications corporelles conformément à l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec* contrevient à la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise*. J'y reviendrai dans la section 2.1. Le fondement de la condition.

demandé ce à quoi se référaient les traitements médicaux et interventions chirurgicales décrits à l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec*.

Quelques années plus tard, avec Marie-France Bureau, nous avons fait une étude sur la même procédure. Dans celle-ci, nous expliquions que « le droit québécois envisage[ait] le changement de la mention du sexe à l'état civil comme un correctif suivant la transformation physiologique subie par le sujet trans. »⁵⁹⁹ À ce titre, la conclusion de nos recherches était similaire à celle du professeur Moore : l'apparence et la structure corporelles étaient certes importantes, mais il y avait plus. Pour qu'un changement de la mention du sexe soit autorisé par le directeur de l'état civil, une stérilisation irréversible devait avoir lieu, sans quoi la demande de changement de la mention du sexe était rejetée.

[N]on seulement des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer les caractères sexuels apparents sont exigés, mais également des chirurgies beaucoup plus intrusives menant nécessairement à la stérilisation de la personne trans. La stérilisation devient donc une condition inavouée, mais bien présente, puisque sans celle-ci, le Directeur de l'état civil refuse la demande de changement de la mention du sexe.⁶⁰⁰

Pourtant, dans la législation québécoise, rien ne permettait de relever au nombre des conditions requises la stérilisation irréversible. Celle-ci nous apparaissait donc comme « une condition inavouée, mais bien présente, puisque sans celle-ci », le changement de la mention du sexe n'allait pas être accordé. Sa présence, d'ailleurs, conforte l'opinion selon laquelle l'étendue des traitements médicaux et chirurgicaux décrits à l'article 16 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil* semblait plus importante que celle qui avait été envisagée par le Comité du nom des personnes à propos du même sujet⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ Bureau et Sauvé, *supra* note 62 à la p 11.

⁶⁰⁰ *Ibid* à la p 15.

⁶⁰¹ Comité du nom des personnes, *supra* note 36 à la p 40; Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

À elle seule, toutefois, la stérilisation irréversible était loin d'être suffisante. Comme je l'expliquais dans un chapitre d'ouvrage collectif à propos des personnes oubliées du *Code civil du Québec*, d'autres traitements médicaux et interventions chirurgicales semblaient être exigés.

Bien que l'article 71 C.c.Q. précise que les traitements médicaux et les interventions chirurgicales doivent impliquer une modification structurale des organes sexuels et qu'ils doivent également être destinés à changer les caractères sexuels apparents, l'étendue réelle des traitements médicaux et des interventions chirurgicales requis reste floue. Selon mes recherches, il est manifeste que le sens que donne le Directeur de l'état civil à cette expression dépasse largement l'aspect esthétique. Plus encore, l'aspect esthétique ne joue qu'un rôle secondaire. La véritable condition devant être respectée est la stérilisation irréversible. Cela signifie que la femme trans* doit subir une double orchidectomie (le retrait des testicules) ainsi qu'une vaginoplastie (retrait des corps caverneux et construction d'une néo-vulve, incluant une cavité vaginale). Quant à l'homme trans* une hystérectomie, accompagnée parfois d'une salpingo-ovariectomie (le retrait de l'utérus, des trompes de Fallope et des ovaires), de même que d'une mastectomie (retrait des seins) sont requises.⁶⁰²

Les traitements médicaux et interventions chirurgicales listés ci-dessus sont ceux qui semblaient se cacher derrière l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec*. Le verbe « sembler », dans la dernière phrase, jouit d'une importance capitale, parce que comme nous allons le voir dans la section suivante, l'autorité compétente s'est toujours refusé de confirmer ou d'infirmier cette interprétation. Un certain mystère était ainsi entretenu — volontairement ou non, cela importe peu pour les fins qui nous occupent.

1.2.1.4. L'interprétation de l'autorité compétente

C'est que la liste officielle, qui a été utilisée par le Ministère de la Justice et par le Directeur de l'état civil, n'a jamais été rendue publique. Pourquoi? Les raisons manquent. Dans les

⁶⁰² Sauvé, *supra* note 44 à la p 186.

communautés trans*, les effets concrets des pratiques adoptées par les autorités compétentes étaient toutefois ressentis. La professeure Viviane Namaste en faisait état dans un rapport qu'elle a remis au Centre Québécois de Coordination sur le SIDA au mois de mai 1998. Dans celui-ci, elle expliquait que les informations sur les traitements médicaux et les interventions chirurgicales qui devaient être subis avec succès étaient non seulement manquantes, mais aussi, qu'elles n'étaient pas diffusées dans le réseau de la santé venant en aide aux personnes trans*.

Un manque d'informations se situe dans un contexte social où il existe peu de ressources pour les travesti(e)s ou les transsexuel(le)s. Cependant, cette lacune provient non seulement d'un manque de ressources ou d'informations, mais également des pratiques administratives qui ne communiquent pas les informations disponibles. Par exemple, après neuf rendez-vous avec un psychiatre, une transsexuelle s'est fait refuser des services, sans référence à une autre clinique d'identité sexuelle. Ou encore, la Direction de l'état civil a modifié son interprétation et application de la loi concernant le changement de sexe (i.e., le critère de vaginectomie), sans communiquer ces informations aux cliniques d'identité sexuelle, ni aux chirurgiens experts dans ce domaine.

La recherche relève deux problèmes par rapport aux informations de la santé travestie et transsexuelle : en premier, le manque d'informations sur ce sujet, et en deuxième, la non-communication des informations dans le réseau actuel.⁶⁰³

Pour faire face à ces deux problèmes (le manque d'informations et la non-communication de ces dernières), la professeure Namaste recommandait que soit « mise sur pied [...] une structure consultative à l'égard de la santé et l'administration de la vie quotidienne des travesti(e)s et des transsexuel(le)s. »⁶⁰⁴ Cette structure favoriserait la multiplication et la circulation des informations.

Pour faciliter la communication parmi des institutions diverses (Direction de l'état civil, chirurgiens experts, cliniques d'identité sexuelle, omnipraticien[ne]s, travesti[e]s, et transsexuel[le]s), une structure consultative doit être mise sur pied.

⁶⁰³ Viviane K Namaste, *Évaluation des besoins: Les travesti(e)s et les transsexuel(le)s au Québec à l'égard du VIH/Sida*, Montréal, ASST(e)Q, 1998 à la p 125.

⁶⁰⁴ *Ibid* à la p 144.

Cette structure doit s'assurer que tous les acteurs principaux serait [*sic*] représentés, et que les avis d'une diversité des travesti(e)s et transsexuel(le)s (de femme à homme et d'homme à femme ; prostituées ou pas) seraient présents.⁶⁰⁵

Une autre recommandation visant à pallier le manque d'information et l'absence de communication du sens que recevait les traitements médicaux et les interventions chirurgicales dont il était question à l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec* était formulée. Elle visait cette fois le directeur de l'état civil, en lui demandant d'émettre « une fiche explicative [...] qui précise quels sont les traitements médicaux et les chirurgies exigés pour le changement du nom et du sexe »⁶⁰⁶. Cela permettrait aux personnes trans* de savoir précisément ce que le directeur de l'état civil attendait d'elles avant de présenter une demande de changement de la mention du sexe.

Les résultats démontrent qu'un manque d'informations claires et précises concernant le changement du nom et du sexe exige le travail dédoublé des fonctionnaires à la Direction de l'état civil, des chirurgiens, des médecins, et des personnes transsexuelles (homme à femme et femme à homme). L'émission des fiches explicatives qui stipulent les traitements médicaux et les chirurgies exigés pour le changement du nom et du sexe éviterait cette situation. Ces fiches seraient utiles pour toutes les personnes impliquées dans ce processus administratif.⁶⁰⁷

Selon les données ayant été recueillies, aucune des deux recommandations ayant été formulées par la professeure Namaste n'a été retenue. Les informations ont continué d'être manquantes et leur application, lorsqu'elle a fini par être connue, s'est encore montrée déroutante⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ Dans un ouvrage, la professeure Namaste revient sur cette situation, en expliquant que le directeur de l'état civil n'était pas en mesure de fournir la liste précise des traitements médicaux et des interventions chirurgicales que devaient subir avec succès les personnes trans*.

My research confirms not only a lack of clear information with regard to the policy of change of name and change of sex for transgendered people, but also an interpretation and a subsequent application of the law that is inconsistent. In a consultation in October 1997, the Direction de l'état civil could not specify which surgeries constitute a structural modification of genital organs : ‘Je

La mise en œuvre des recommandations faites par la professeure Namaste aurait toutefois pu être utile à Dale Altrows (parfois désigné sous le pseudonyme David Aranoff), cet homme trans* qui à la fin des années 1990 a lutté pour obtenir le changement de la mention du sexe. Les informations sur la bataille qu'il a menée contre le directeur de l'état civil sont très limitées, mais selon toute vraisemblance, son dossier est celui auquel faisait référence le professeur Moore dans l'article ayant fait l'objet d'une discussion à la section précédente⁶⁰⁹. Ne serait-ce que pour cette raison, il convient de s'y attarder.

Un site Internet, celui de *The International Foundation for Gender Education*, en faisait état⁶¹⁰. Selon les informations publiées sur ce dernier, Dale Altrows est un homme trans* âgé de 34 ans. Il consomme depuis quelques années de la testostérone. Déjà, il a subi une mastectomie et une hystérectomie. Avec ce profil, il a présenté au directeur de l'état civil une demande de changement de la mention du sexe. Celle-ci, toutefois, a été rejetée. Apparemment, les traitements médicaux et les interventions chirurgicales que Dale Altrows avait subi avec succès ne suffisaient pas, ou plutôt ne suffisaient plus, comme je l'expliquerai ci-après. On ne sait pas, d'ailleurs, si les autres conditions pour obtenir le changement de la mention du sexe étaient remplies. Or, aux fins de la présente discussion, c'est sur la condition relative aux traitements médicaux et interventions chirurgicales qu'il convient de s'attarder. Pour l'instant, ces détails importent donc peu.

La situation dans laquelle Dale Altrows a été plongée pouvait surprendre. En effet, il fut un temps où le directeur de l'état civil considérait la condition relative aux modifications corporelles pour les hommes trans* remplie lorsqu'une preuve selon laquelle cette personne

ne peux pas vous énumérer ces opérations. Chaque cas est différent.' [I can't list the operations for you. Each case is different.]

Voir Namaste, *supra* note 26 à la p 253 (note omise).

⁶⁰⁹ Moore, *supra* note 590 au para 46.

⁶¹⁰ The International Foundation for Gender Education, « Quebec FTM Needs Information & Help in Legal Fight » (30 mars 1998), en ligne : The International Foundation for Gender Education <<http://www.ifge.org/news/1998/march/ntc3308.htm>> (consulté le 24 mars 2016).

consommait de la testostérone et s'était soumis à une mastectomie et une hystérectomie était apportée. Toutefois, pour une raison obscure, lorsque Dale a présenté sa demande, les critères du directeur de l'état civil n'étaient plus les mêmes. En plus des soins précités, il fallait aussi subir une vaginectomie et une phalloplastie.

Le site web sur lequel l'histoire de Dale Altrows était publiée appelait à l'action. Il fallait mettre la pression sur le directeur de l'état civil pour qu'il revienne sur sa décision ou, à tout le moins, pour que le tribunal le lui ordonne.

Dale is urgently in need of information on legal requirements in other Canadian provinces for the change from "F" to "M" on legal documents. Signed letters specifying what operations and/or medical interventions FTMs have had in order to get their legal sex status changed from organizations and individuals would help to document the case. Letters detailing the medical, financial, or other reasons why FTMs would not want genital surgery would also be appreciated (although this would preferably be written as a separate letter, and is not as critical to the case).

The most important documentation, at this point in the legal proceedings, is the information on legal requirements in other provinces. In order to be accepted by the court, Dale needs copies of the pertinent legislation or letters from organizations stating that the organization is aware of the law, and that the law is "...".

This information is needed IMMEDIATELY, as the hearing will be taking place this April.

The decision on Dale's case will set legal precedent for all FTMs in Quebec. It is therefore extremely important that he makes as strong a case as possible. It is also important that he get support from other FTMs, as he is enduring not only the legal battle, but an enormous emotion stress as well. The media attention is yet to come.⁶¹¹

⁶¹¹ *Ibid.*

À l'extérieur des frontières du Québec, déjà, le dossier de Dale Altrows avait fait des vagues. Un acteur bien connu de la défense des droits des personnes trans*, Stephen Whittle, de la School of Law de Manchester Metropolitan University, avait rédigé un mémoire en guise de soutien. Dans celui-ci, il avançait plusieurs raisons pour lesquelles il était inapproprié d'exiger des hommes trans* qu'ils subissent une vaginectomie ainsi qu'une phalloplastie. D'un point de vue scientifique, les soins demandés n'étaient pas au point. Ils présentaient, de surcroît, un risque pour la santé. Dans certains cas, les hommes trans* ne souhaitaient pas les subir. Ces soins, qui plus est, étaient fort dispendieux. L'extrait suivant du mémoire de Stephen Whittle permet d'y voir plus clair :

I wish to state that I do not think it is appropriate or necessary to require a vaginectomy of those people who have undergone the transformation from female to male. There are several reasons for thinking this:

1. Current surgical provision as regards the provision of an acceptable phallus are very limited.
2. FTM's seek phalloplastic surgery which will produce a phallus that:
 - a. looks realistic
 - b. through which urinary voiding is possible
 - c. which is sexually sensate.
3. Even "state of the art" surgery can, at best, only ever afford two out of the three results that are desired by female to male transsexuals (FTM's). However currently surgeons in this field promise at best a success rate of 1 in 8, with only 2 of these requirements being met as a general rule e.g. realistic looks and voiding, or sexual sensation and voiding.
4. Such surgery is extremely expensive—between \$US30,000 and \$US150,000. The surgical procedures vary in number often requiring 4 to 6 hospital inpatient stays, and in some cases upward of 15 or 16 hospital stays.

5. The surgical procedures have little guarantee of success, they will take a period of 2 to 3 years, the procedures are debilitating, often suffering catastrophic failure of the phalloplasty site, and for many who commence this long road the social cost is tremendous with them losing their jobs and often their families and social support networks, and a few will suffer severe depressive illnesses as a result of undertaking this process.
6. As such it is impossible to recommend this route to FTM's. The support networks, and all the many clinicians in the field that I know, which includes many surgeons who perform this surgery, recommend, that a period of peer group counselling be undertaken before any decision on phalloplasty is taken.
7. The current recommendations are that with such counselling, most FTM's develop coping mechanisms to deal with their lack of a penis, and their partners whether female or male learn to respect the emotional limitations that FTM's face. As such the FTM can live a full life as a man after hormone replacement therapy, a bilateral mastectomy, oophorectomy and hysterectomy.
8. Whether the FTM then uses his full range of genital organs for sexual activity is a matter to be decided between him and his partner in the privacy of the bedroom. Some FTM's have penetrative sex, some do not, (some because of their shame and distaste with their body will not have sexual relationships at all) however most FTM's will discuss their sexual needs in terms of their genitals being male genitals but differently abled genitals, just as a paraplegic might discuss their genitals. Furthermore many FTM's will speak of enjoyable vaginal sexual sensation at orgasm even without penetration occurring. Should FTM's be denied sexual satisfaction simply because they are differently abled men—we would not consider refusing a paraplegic who had no genital sensation the opportunity to use other parts of their body for sexual satisfaction.
9. Another reason for not demanding vaginectomy of the FTM before legal recognition is that the retention of the vaginal tissues is imperative if surgical procedures improve and phalloplasty becomes more likely an option. The vaginal tissues are often used, in the procedure, to line the urinary "hook up" which will transfer urine to the site at the head of the new penis.

If a vaginectomy is performed in advance of this procedure, then artificial means such as silicon tubing have to be used for such hook-ups. These are notorious for

their failure rate, and one of the main problems currently incurred by FTM's who undergo phalloplasty is catastrophic failure of the site where such a tube is connected to the former urethral channel.

As such, it is positively cruel and inhumane to demand that FTM's should undergo phalloplasty which will leave most of them incontinent, unable to work, in great pain, severely scarred and socially isolated.

If phalloplasty is not to be demanded—and it would be a human rights abuse to do so, then to demand a vaginectomy removes sexual satisfaction for the present, hope for the future for little reason—after a few months on hormone replacement therapy the FTM will be sterile for all procreative purposes, so the judicial and social fear of “the man who has a baby” is extremely far fetched.

To refuse legal recognition of what, after a short time, becomes a social reality for the FTM i.e. their social position as male not only can cause psychological harm, leaving the individual constantly doubting their social role and acceptance, but also leaves them open to abuse, prejudice and harassment in the workplace.⁶¹²

Pour toutes ces raisons, selon le défenseur des droits des personnes trans*, la vaginectomie et la phalloplastie ne devaient pas se trouver au nombre des soins qui devaient être subis avec succès préalablement à l'obtention du changement de la mention du sexe . Considérant le cadre juridique applicable au Québec, des arguments fondés sur la *Charte québécoise* et la *Charte canadienne* auraient aussi pu être soulevés, ne serait-ce qu'en vertu du droit à l'égalité, comme je l'expliquerai dans la section 2.1. Le fondement de la condition. Pour l'instant, je ne m'y attarde pas, préférant me concentrer sur le dossier de Dale Altrows.

Selon les informations ayant été retrouvées à propos de cette histoire, le directeur de l'état civil est revenu sur sa décision avant que le dossier ne procède devant la Cour supérieure du

⁶¹² Stephen Whittle, « Why trans men should not be required to undergo vaginectomy » (24 septembre 1997), en ligne : <<http://pmg-assets.s3-website-eu-west-1.amazonaws.com/docs/2003/appendices/030909capetown.htm>> (consulté le 24 mars 2016).

Québec⁶¹³. De fait, aucune décision n'a été rendue, malgré les informations en apparence contradictoires rapportées encore une fois sur le site web de *The International Foundation for Gender Education*⁶¹⁴.

Dale Altrows completed his gender transition at the Gender Programme of the Montreal General Hospital, one of three Gender Clinics in Canada. He has had hormone therapy, a mastectomy, and a complete hysterectomy: the interventions required by the Director of Civil Status prior to this whole affair. In December 1996, D.A. applied for a change of designation of sex status.

After months of bureaucratic wrangling, the Name Change Bureau informed Dale Altrows that a vaginectomy would be required before a gender change could be legally recognised. Several experts and surgeons in the field of transsexuality intervened, and the Bureau withdrew this demand—only to insist upon the need for the “construction of male sex organs” a full ten months later!

On March 24th, 25th and 26th, the hearing of D.A. vs. Guy Lavigne was to take place at the Superior Court of Quebec in Montreal. For the first time a decision of the Director of Civil Status concerning the change of designation of sex was being challenged. Mr. Altrows was being opposed by the Attorney General of Quebec, which had intervened to represent the Director of Civil Status, Mr. Guy Lavigne.

On March 3rd, the Director of Civil Status had decided to revise his previous refusal and to accord the change of designation of sex. This decision therefore clarifies a law that was wrongly being interpreted, disabling the transphobic attitudes of the bureaucrat who arbitrarily imposed such unreasonable demands, as well as preventing such happenings in the future.

⁶¹³ Sarah Binder, « A transsexual has won a precedent-setting legal battle to have his sex designation changed to male from female on his birth certificate », *Medicine Hat News* (25 mars 1999) A12. Au passage, il y a lieu de souligner la possibilité, offerte par l'article 74 du *Code civil du Québec*, de demander la révision des décisions ayant été rendues par le directeur de l'état civil en matière de changement de la mention du sexe. Il y a fort à parier que c'est en vertu de cet article que Dale Altrows a poussé son dossier devant le tribunal.

⁶¹⁴ *Ibid.* Le passage suivant suffit pour s'en convaincre :

The case was to be heard in Quebec Superior Court for three days starting Wednesday, but Renaud said it was settled out of court earlier this month after a two-year fight. The resolution was to be made public at a news conference later this week.

The interventions which are therefore now legally required to change one's name and sex status are: hormonal therapy, mastectomy, and a complete hysterectomy. These were the interventions that were required prior to this nightmare began!⁶¹⁵

Après avoir exigé de Dale Altrows qu'il subisse la vaginectomie, puis la phalloplastie, le directeur de l'état civil est revenu sur sa décision, reconnaissant désormais qu'il était possible, pour les hommes trans*, d'obtenir le changement de la mention du sexe en ne se soumettant qu'à une hormonothérapie, une mastectomie, puis une hystérectomie⁶¹⁶... ce qui est déjà particulièrement invasif et assurément délicat — voire douteux — considérant la *Charte québécoise* et la *Charte canadienne*. Quoi qu'il en soit, selon Dale Altrows et son avocat, ce n'étaient là que les seuls traitements médicaux et interventions chirurgicales que les hommes trans* devaient subir en vertu de l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec*⁶¹⁷. Le site web de *The International Foundation for Gender Education* précisait, par ailleurs, que ces derniers étaient ceux qui auparavant étaient requis par le directeur de l'état civil.

Au final, le dossier de Dale Altrows illustre bien comment il a pu être difficile, pour les personnes trans*, de connaître précisément les modifications corporelles qu'elles devaient subir préalablement à l'obtention du changement de la mention du sexe. Plus encore, ce dossier montre la place centrale de l'interprétation en cette matière. Car faut-il le noter, l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec* faisait mention de « traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents [...] ». À nul endroit il ne référerait à l'hormonothérapie, la mastectomie et l'hystérectomie, alors que c'était bien la lecture qui en a été faite. On peut certainement y voir un lien avec les informations qui avaient été communiquées le 19 décembre 1977 par le ministre Marc-André Bédard⁶¹⁸. Du même souffle, toutefois, on se doit de

⁶¹⁵ The International Foundation for Gender Education, « Quebec Transman Resolves His Civil Status » (19 avril 1999), en ligne : The International Foundation for Gender Education <<http://www.ifge.org/news/1999/apr/nws99apr19.htm>> (consulté le 24 mars 2016).

⁶¹⁶ Binder, *supra* note 613; CP, « Sex change official », *The Daily News (Halifax)* (25 mars 1999) 13; CP, « Transsexual wins right to change birth certificate », *The Lethbridge Herald* (25 mars 1999) page non spécifiée.

⁶¹⁷ *Ibid.*

⁶¹⁸ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

reconnaître que la description des soins que subissaient les personnes transsexuelles est passée, d'une façon qui s'explique difficilement, à une obligation pour elles de les subir.

Dans les communautés trans*, le message quant à ce qui était attendu des personnes trans* a été retenu. Par exemple, l'Action santé travesti(e)s et transsexuel(le)s du Québec (ASTT(e)Q), un organisme communautaire d'importance dans les communautés trans*, expliquait dans « [u]n guide de santé et de survie pour les personnes trans du Québec », ce qu'il fallait faire pour remplir la condition prévue à l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec*.

Pour être conforme aux exigences du Québec, un homme transsexuel (femme vers homme) doit avoir suivi un traitement hormonal et subi une hystérectomie. Dans le cas d'une femme transsexuelle (homme vers femme), elle doit avoir suivi un traitement hormonal et subi une vaginoplastie.⁶¹⁹

Ces informations étaient vraisemblablement tirées de l'expérience des personnes trans* ayant obtenu le changement de la mention du sexe. Selon le cas, en subissant les traitements médicaux et les interventions chirurgicales qui étaient décrits dans le document, il était raisonnable de croire que la condition relative aux modifications corporelles allait être considérée comme remplie. Chez l'homme trans*, cela signifiait « un traitement hormonal et [...] une hystérectomie »⁶²⁰, alors que chez la femme trans*, le changement n'allait lui être accordé que si elle avait « suivi un traitement hormonal et subi une vaginoplastie. »⁶²¹ Un autre organisme, le Centre de lutte contre l'oppression des genres, abondait dans le même sens.

Le Code civil et la réglementation qui en découle exigent qu'une personne trans modifie son corps pour accéder à leur nouveau statut légal. Ces modifications sont par contre différentes selon que la biologie de départ est mâle ou femelle. Une personne voulant accéder à une identité légale "homme" doit subir une

⁶¹⁹ Action santé travesti(e)s et transsexuel(le)s du Québec (ASTT(e)Q), *Je me réfère : un guide de santé et de survie pour les personnes trans du Québec*, Montréal, Action santé travesti(e)s et transsexuel(le)s du Québec (ASTT(e)Q), 2012 aux pp 64-65.

⁶²⁰ *Ibid* à la p 64.

⁶²¹ *Ibid* à la p 65.

hystérectomie complète alors que la vaginoplastie est la seule voie disponible pour une personne voulant accéder à une identité légale femme. Dans la mesure où ces prérequis sont obligatoires, force est de constater que la seule similitude entre les deux parcours est qu'au final, la personne trans devient stérile et incapable de procréer. Ce cadre législatif est resté inchangé depuis plus de 30 ans.⁶²²

Pour y voir plus clair, en 2012, en vertu de l'article 9 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*⁶²³, une demande d'accès à certains documents a été envoyée au directeur de l'état civil. Dans celle-ci, la transmission de ce qui suit était demandée :

- tout document, peu importe son support, balisant la prise de décision à l'égard d'une demande de changement de la mention du sexe ;
- tout document, peu importe son support, balisant l'interprétation des termes « a subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents [...] » contenus à l'article 71 du *Code civil du Québec*.

Sa réponse est venue dans une lettre datée du 4 septembre 2012, ayant comme numéro de référence le 1611-00 (18198).

Nous vous informons, relativement aux deux premiers points de votre demande [ceux ayant été exposés ci-dessus], que les documents balisant la prise de décision à l'égard d'une demande de changement de la mention du sexe, ainsi que ceux balisant l'interprétation des termes « a subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels et destinés à changer ses caractères sexuels apparents [...] » contenus à l'article 71 du Code civil du Québec sont :

⁶²² *Condition Trans au Québec. État des faits 2013*, Montréal, Centre de lutte contre l'oppression des genres, 2013 à la p 9, en ligne : <http://www.academia.edu/3603627/%C3%89tat_des_faits_Trans_2013> (consulté le 1 juillet 2014).

⁶²³ *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, supra note 156, art 9.

- le libellé des articles 71 et 72 du Code civil du Québec, qui décrivent explicitement les conditions à respecter pour obtenir un changement de la mention du sexe ;
- les documents exigés à la partie VI du formulaire de *Demande de changement de la mention du sexe* et dont un exemplaire est joint en annexe ;
- le Guide *Demande de changement de nom*, qui s'applique aux demandes de changement de la mention du sexe en faisant les adaptations nécessaires, et dont une copie est jointe en annexe ;
- une page du site Internet du Directeur de l'état civil concernant les demandes de changement de la mention du sexe ;
- le formulaire *Mémoire de recommandation*, lequel est complété et soumis par la Direction des orientations et activités juridictionnelles au directeur de l'état civil avec chaque dossier de demande de changement de la mention du sexe, et dont une copie est jointe en annexe ;
- des opinions juridiques que nous refusons de vous communiquer conformément aux dispositions de l'article 31 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (L.R.Q., c. A-2.1) ci-après désignée, « Loi sur l'accès », et de l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne.

En vertu de l'article 13 de la Loi sur l'accès, nous vous invitons à consulter le site Internet des publications du Québec où vous pourrez trouver le texte du *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, Code civil du Québec, a. 64 et 73, r. 4 ainsi que le libellé des articles 71 et 72 du Code civil du Québec et le libellé de l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne.

Conformément à l'article 13 de la Loi sur l'accès, nous vous invitons également à consulter la page du site Internet du Directeur de l'état civil concernant les demandes de changement de la mention du sexe à l'adresse suivante : <http://www.etatcivil.gouv.qc.ca/fr/changement-nom.html>.

Cette réponse du directeur de l'état civil n'était guère éclairante. Selon les documents reçus, l'essentiel du raisonnement interprétatif des termes « a subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents [...] » contenus à l'article 71 du *Code civil du Québec* semblait se trouver dans les opinions juridiques non transmises ; aucun des documents reçus du directeur de l'état civil ne permettant de répondre à la question posée.

D'abord, pour comprendre ce que signifiaient les termes « a subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents [...] », le directeur de l'état civil renvoyait aux articles 71 et 72 du *Code civil du Québec*. Ces articles « décriv[ai]ent explicitement les conditions à respecter pour obtenir un changement de la mention du sexe », prenait-il la peine de m'informer.

71. La personne qui a subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents, peut obtenir la modification de la mention du sexe figurant sur son acte de naissance et, s'il y a lieu, de ses prénoms.

Seul un majeur domicilié au Québec depuis au moins un an et ayant la citoyenneté canadienne, peut faire cette demande.

72. La demande est faite au directeur de l'état civil ; outre les autres documents pertinents, elle est accompagnée d'un certificat du médecin traitant et d'une attestation du succès des soins établie par un autre médecin qui exerce au Québec.

Pourtant, avec égards pour l'opinion contraire, la lecture de ces articles ne permettait nullement de comprendre davantage le sens des mots « a subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents [...] »...

Toujours en lien avec le sens de ces mots, le directeur de l'état civil m'invitait ensuite à consulter la partie VI du formulaire de *Demande de changement de la mention du sexe*. Cette partie recensait les documents qui devaient être joints à la demande de changement de la mention du sexe. En lien avec les traitements médicaux et les interventions chirurgicales, on pouvait voir que « [l']original du certificat de votre médecin traitant » et « [l']original de l'attestation d'un médecin exerçant au Québec » devaient être remis, mais aucune information supplémentaire ne pouvait y être trouvé quant au sens à donner aux mystérieux termes employés à l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec*.

Puis, le directeur de l'état civil attirait l'attention sur le Guide *Demande de changement de nom*. Encore une fois, rien dans ce document ne permettait d'y voir plus clair. Il en va de même, d'ailleurs, du formulaire *Mémoire de recommandation*, bien que l'on puisse lire, dans la section intitulée « Pièces au dossier », la présence de « Diagnostic dysphorie de genre – psychologue », « Attestation hormonothérapie – médecin », « Attestation chirurgies effectuées (art. 72) » et « Attestation succès des soins — autre médecin (art. 72) ». Avec certitude, on ne peut toutefois affirmer que les deux premières pièces énumérées faisaient nécessairement partie de celles qui devaient être transmises au soutien d'une demande de changement de la mention du sexe. Il en va tout autrement des deux dernières, en raison de la référence explicite à l'article 72 du *Code civil du Québec*. Mais peu importe, tout au plus ces informations montrent la nécessité, pour les personnes qui souhaitaient obtenir le changement de la mention du sexe, de subir une hormonothérapie, puis des chirurgies, sans que l'on ne précise la nature de ces dernières. On peut enfin visiter le site web auquel il était fait référence, mais hélas, la consultation de ce dernier ne permettait pas d'en apprendre davantage.

Il découlait de ce qui précède que les informations pertinentes, c'est-à-dire la liste des traitements médicaux et des interventions chirurgicales requis en vertu de l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec*, étaient vraisemblablement contenues dans les opinions juridiques auxquelles l'on ne pouvait avoir accès. Et cela, c'est en supposant qu'une telle liste existait, parce que jamais le directeur de l'état civil n'en a fait mention de façon explicite⁶²⁴.

⁶²⁴ Dans un ouvrage, la professeure Viviane Namaste explique que les critères retenus par le directeur de l'état civil pour décider si la personne trans* avait rempli ou non la condition relative aux modifications corporelles était fondée sur l'opinion d'un professionnel de la santé. À cet égard, elle soulève toutefois d'importantes questions :

As in the case of vaginectomy, the criteria of a reconstruction of male genital organs was not established as a result of a consultation with FTM transsexuals. The Direction de l'état civil informed me that this criteria was based on the opinion of expert surgeons in this area. However, they only referred me to surgeons who perform these surgeries on FTM transsexuals in private. The question of a conflict of interest must be raised at this point. Without questioning the expertise and the professionalism of these private surgeons, how can they decide which surgeries FTM transsexuals must undergo in order to change their name and their sexes, if these surgeons perform these same surgeries? This process presupposes that these surgeons represent the opinion of all the experts in this area. In fact, the Direction de l'état civil staff told me that to their knowledge, there exists no other surgeon in Québec who is an expert in this area and who does not share the same opinion of the surgeons to whom they referred. My research contradicts this claim : they did

1.2.2. L'importance du succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales

Pendant tout ce temps où les personnes trans* ont dû subir des modifications corporelles dans le but d'obtenir le changement de la mention du sexe, le mystère a plané. Ni la législation, ni la jurisprudence, ni la doctrine, ni même les autorités compétentes n'ont permis de clarifier sans que subsiste le moindre doute le sens qui devait être accordé à ces « traitements médicaux ainsi que [...] chirurgicaux impliquant une modification structurale des organes sexuels et destinés à modifier [...] [les] caractères sexuels apparents [...] »⁶²⁵, ou encore à ces « traitements médicaux et [...] interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer [...] [les] caractères sexuels apparents [...] »⁶²⁶. Du coup, l'étendue des modifications corporelles était trouble, alors même qu'elles devaient avoir été subies avec succès préalablement au changement de la mention du sexe. Et lorsqu'on y regarde de plus près, bien qu'au moment d'adopter la procédure de changement de la mention du sexe il était affirmé que « [c]e sont les normes acceptées par la profession médicale qui régiss[ai]ent le traitement et l'opération du transsexuel [...] »⁶²⁷, le succès attendu de ces modifications corporelles était bien plus important pour le législateur que pour la profession médicale.

not consult at least one surgeon : the one who objected to the criteria of vaginectomy. Furthermore, since this surgeon protested this policy in a letter to the Direction de l'état civil, it seems odd that the Direction de l'état civil claims to not know of his existence. The consultation undertaken by the Direction de l'état civil in this matter is incomplete. The opinions of representatives from gender identity clinics, FTMs, and the expertise of other surgeons are not taken into consideration. In this light, the interpretation of the law concerning FTM transsexuals only appraises the opinions of certain experts in the field, neglecting the contribution of other experts. The administrative process used to arrive at this interpretation is arbitrary.

Voir Namaste, *supra* note 26 aux pp 252-253 (notes omises).

⁶²⁵ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29, art 16.

⁶²⁶ Article 71 du *Code civil du Québec* (jusqu'au 30 septembre 2015).

⁶²⁷ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

1.2.2.1. La position du législateur

Ce succès était exigé tant à l'article 16 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁶²⁸ qu'à l'article 71 du *Code civil du Québec*. Même le Comité du nom des personnes de l'Office de révision du Code civil proposait son insertion dans la loi québécoise⁶²⁹. Par aucun moyen, il n'était possible de se défilier. Au soutien de la demande de changement de la mention du sexe, des preuves médicales en faisant état devaient être soumises, sans quoi le changement de la mention du sexe ne pouvait pas être autorisé.

Du 1^{er} avril 1978 au 31 décembre 1993, l'article 19a) de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil* énonçait qu'au soutien de la requête, « un constat médical décrivant les traitements prévus par l'article 16 et émanant d'une autorité médicale québécoise compétente en la matière [...] »⁶³⁰ devait être soumis. Au besoin, en vertu de l'article 20 de la même loi, le ministre pouvait « exiger un constat supplémentaire décrivant les traitements et émanant d'une autre autorité médicale compétente en la matière. »⁶³¹ Au moins à titre d'hypothèse, lus conjointement, ces deux articles laissent présager qu'une liste des traitements médicaux et des interventions chirurgicales existait ou, à tout le moins, qu'un contrôle pouvait être effectué par le ministre de la Justice. Mais comme il a été précédemment expliqué, aucune liste de cette nature n'a pu être retracée.

Le 1^{er} janvier 1994, le « nouveau » *Code civil du Québec* est entré en vigueur, avec en son sein les nouvelles dispositions législatives encadrant les demandes de changement de la mention du sexe. Le succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales, tout comme la

⁶²⁸ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29, art 16.

⁶²⁹ Comité du nom des personnes, *supra* note 36 à la p 40.

⁶³⁰ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29, art 19a).

⁶³¹ *Ibid*, art 20.

soumission de preuves en témoignant, étaient encore requis. Désormais, il fallait cependant lire l'article 72 de cette loi pour prendre connaissance des documents pertinents en l'espèce.

72. La demande est faite au directeur de l'état civil ; outre les autres documents pertinents, elle est accompagnée d'un certificat du médecin traitant et d'une attestation du succès des soins établie par un autre médecin qui exerce au Québec.

Il était donc nécessaire, en vertu de l'article 72 du *Code civil du Québec*, qu'un « certificat du médecin traitant », en plus « d'une attestation du succès des soins établie par un autre médecin qui exerce au Québec » soient remis au directeur de l'état civil.

Par rapport au droit antérieur, à cet égard, deux modifications majeures ont pu être notées. La première concerne cette « attestation du succès des soins établie par un autre médecin qui exerce au Québec ». À juste titre, les professeurs Deleury et Goubau soulignaient que « cette dernière exigence, de facultative ou discrétionnaire qu'elle était, est aujourd'hui une condition essentielle. »⁶³² On se demandera longtemps pourquoi il a paru opportun de faire cet ajout. Dans ses commentaires, le ministre de la Justice n'offrira aucune réponse. « Cet article reprend substantiellement le droit antérieur, mais rend obligatoire un constat médical supplémentaire d'un médecin qui n'a pas participé aux traitements ayant amené le changement de sexe »⁶³³, disait-il tout simplement. Est-ce possible, encore une fois, qu'une liste des traitements médicaux et des interventions chirurgicales existait et qu'un contrôle, fondé sur cette liste, pouvait être fait par le directeur de l'état civil ? L'hypothèse est plausible, mais jamais elle ne sera confirmée.

L'article 72 du « nouveau » *Code civil du Québec* se distinguait aussi d'une autre façon des articles 19a) et 20 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁶³⁴. Lorsque cette dernière loi était en vigueur, les personnes qui souhaitaient obtenir le changement

⁶³² Deleury et Goubau, *supra* note 589 au para 242, note 49.

⁶³³ Québec, Ministère de la Justice, *supra* note 177 à la p 58.

⁶³⁴ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29.

de la mention du sexe devaient soumettre « un constat médical décrivant les traitements prévus par l'article 16 et émanant d'une autorité médicale québécoise compétente en la matière [...] » (article 19a de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, je souligne) et potentiellement « un constat supplémentaire décrivant les traitements et émanant d'une autre autorité médicale compétente en la matière » (article 20 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, je souligne). En vertu de l'article 72 du « nouveau » *Code civil du Québec*, toutefois, il fallait remettre « certificat du médecin traitant » et « une attestation du succès des soins établie par un autre médecin qui exerce au Québec. » Nulle part il était précisé que ces deux documents devaient présenter une description des traitements médicaux et interventions chirurgicales qui avaient été subis avec succès par les personnes qui demandaient le changement de la mention du sexe.

Certes, le ministre de la Justice affirmait que l'article reprenait « substantiellement le droit antérieur [...] »⁶³⁵, mais est-ce dire pour autant que la description qui était exigée en vertu des articles 19a) et 20 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁶³⁶ continuait de l'être en vertu de l'article 72 du « nouveau » *Code civil du Québec* ? D'un côté, on peut croire que cette liste intéressait le directeur de l'état civil. Le cas de Dale Altrows l'illustre bien. D'un autre côté, les personnes trans* avaient le droit au respect de leur vie privée⁶³⁷ et du secret professionnel⁶³⁸. La réflexion quant aux informations qui devaient figurer sur le certificat et l'attestation en question était en ce sens loin d'être inopportune, surtout dans un contexte où il était difficile de savoir quels étaient les traitements médicaux et les interventions chirurgicales qui devaient être dénoncés. Ce faisant, est-ce que la seule présence d'une affirmation, sur le certificat et l'attestation requis en vertu de l'article 72 du « nouveau » *Code civil du Québec*, selon laquelle la personne qui souhaitait obtenir le changement de la mention du sexe avait « subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une

⁶³⁵ Québec, Ministère de la Justice, *supra* note 177 à la p 58.

⁶³⁶ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29.

⁶³⁷ *Charte québécoise*, *supra* note 91, art 5.

⁶³⁸ *Ibid*, art 9 al 1.

modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents » aurait pu suffire ? Après tout, au fondement même de la condition relative aux traitements médicaux et interventions chirurgicales, ne trouve-t-on pas les « les normes acceptées par la profession médicale qui régissent le traitement et l'opération du transsexuel [...] »⁶³⁹ ? Encore des questions qui resteront sans réponse...

Bref, aussi trouble qu'ait pu être l'étendue des traitements médicaux et des interventions chirurgicales qui étaient intégrés à la loi québécoise, il n'en demeure pas moins que ces derniers ont dû être subis avec succès, sans quoi le changement de la mention du sexe ne pouvait être autorisé. Pour de nombreuses personnes, cela posait problème. D'un côté, certaines ne souhaitaient pas subir quelque traitement médical ou intervention chirurgicale que ce soit. D'un autre côté, il y en avait qui ne pouvaient tout simplement pas s'y soumettre en raison de leur état de santé. Dans sa thèse de doctorat, Alexandre Baril expliquait que ces traitements et chirurgies n'étaient offerts qu'aux personnes dont l'état de santé était tel qu'elles pouvaient s'y soumettre.

Dans la documentation envoyée aux personnes désirant obtenir une première consultation pour une chirurgie, on retrouve parmi les critères d'admissibilité obligatoires le suivant : « Veuillez noter que tous les patients souffrant d'une maladie chronique telle que diabète, hypertension, problèmes cardiaques, obésité, etc. ne pourront être opérés, les risques de complications opératoires étant trop grands dans leurs cas. **Les patients qui seront opérés devront être en excellente santé** [caractère gras dans l'original] ».⁶⁴⁰

Aussi bien dire, dans ce cas, que les personnes trans* qui souffraient « d'une maladie chronique telle que diabète, hypertension, problèmes cardiaques, obésité [et ceux qui n'étaient pas] en excellente santé »⁶⁴¹ ne pouvaient obtenir le changement de la mention du sexe qui figurait à leur acte de naissance.

⁶³⁹ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

⁶⁴⁰ Baril, *supra* note 6 aux pp 77-78.

⁶⁴¹ *Ibid.*

1.2.2.2. La position de la profession médicale

Il se dégage, de ce que nous venons tout juste de voir, un paradoxe pour le moins intéressant. En effet, selon les dires du ministre Marc-André Bédard, « [c]e sont les normes acceptées par la profession médicale qui régiss[ai]ent le traitement et l'opération du transsexuel [...] »⁶⁴². Le législateur, en cette matière, laissait aux professionnels de la santé le soin d'exercer leur art. Il n'était pas, pour autant, désintéressé. Au contraire, il manifestait à cet égard une volonté de savoir. Avant d'accorder le changement de la mention du sexe, l'autorité compétente s'assurait que les mystérieuses modifications corporelles requises tant par l'article 16 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁶⁴³ que par l'article 71 du *Code civil du Québec* avaient été subis avec succès. Pour ce faire, la législation faisait obligation aux personnes qui demandaient le changement de la mention du sexe de soumettre les preuves médicales attestant de cette situation.

On aurait pu croire, à la lecture de la législation applicable en matière de changement de la mention du sexe et des débats parlementaires l'ayant précédée, que le législateur et les professionnels de la santé évoluaient en symbiose, mais ce n'était pas le cas⁶⁴⁴. Le premier établissait les conditions qui devaient être remplies pour qu'un changement de la mention du sexe soit autorisé. Les seconds s'occupaient des lignes directrices qui balisaient (et qui continuent de baliser) la prise en charge de la transition médicale et chirurgicale des personnes trans*.

À ma connaissance, jamais ces derniers n'ont fait quelque pression que ce soit sur le législateur pour que des traitements médicaux et interventions chirurgicales soient intégrées dans la loi québécoise. Qui plus est, le 16 juin 2010, la World Professional Association for Transgender

⁶⁴² Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

⁶⁴³ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29.

⁶⁴⁴ Namaste, *supra* note 25 aux pp 108 et s.

Health (WPATH) a même fait une sortie publique allant dans un sens tout à fait opposé, affirmant qu'aucune intervention chirurgicale ne devrait être juridiquement requise pour que le changement de la mention du sexe soit autorisé.

No person should have to undergo surgery or accept sterilization as a condition of identity recognition. If a sex marker is required on an identity document, that marker could recognize the person's lived gender, regardless of reproductive capacity. The WPATH Board of Directors urges governments and other authoritative bodies to move to eliminate requirements for identity recognition that require surgical procedures.⁶⁴⁵

La WPATH appelait alors les gouvernements à éliminer de leur législation les interventions chirurgicales dont le succès était requis, notamment celles conduisant à la stérilisation des personnes trans*. Pour le législateur, qui voulait laisser à la profession médicale le soin de régir « le traitement et l'opération du transsexuel [...] »⁶⁴⁶, la situation devenait de plus en plus gênante⁶⁴⁷. Comme jamais auparavant, son rôle dans le façonnement du sujet sexué était exposé. Pour se justifier, il ne pouvait plus se rabattre sur la médecine ; les spécialistes de la santé des personnes trans* s'opposaient au sort qu'il réservait à leurs patients ! Modifier son corps

⁶⁴⁵ The World Professional Association for Transgender Health, « WPATH Identity Recognition Statement », en ligne : WPATH - The World Professional Association for Transgender Health <<http://www.wpath.org/documents/Identity%20Recognition%20Statement%206-6-10%20on%20letterhead.pdf>> (consulté le 7 février 2014). Au passage, on note l'absence de quelque commentaire à propos des traitements médicaux tels que l'hormonothérapie.

⁶⁴⁶ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

⁶⁴⁷ Par ailleurs, avant que la possibilité, pour les personnes, d'obtenir le changement de la mention du sexe sans subir quelque traitement médical ou intervention chirurgicale que ce soit n'entre en vigueur, la World Professional Association for Transgender Health est revenue à la charge dans une autre déclaration publique. Cette fois, elle affirmait qu'aucun traitement médical ou intervention chirurgicale ne devrait figurer au nombre des conditions devant être remplies pour qu'un changement de la mention du sexe puisse être autorisé.

Barriers to legal recognition for transgender and transsexual individuals may harm physical and mental health. WPATH continues to oppose surgery or sterilization requirements to change legal sex or gender markers. No particular medical, surgical, or mental health treatment or diagnosis is an adequate marker for anyone's gender identity, so these should not be requirements for legal gender change.

Voir The World Professional Association for Transgender Health, « WPATH Statement on Legal Recognition of Gender Identity », en ligne : WPATH - The World Professional Association for Transgender Health <http://www.wpath.org/uploaded_files/140/files/WPATH%20Statement%20on%20Legal%20Recognition%20of%20Gender%20Identity%201-19-15.pdf> (consulté le 7 mai 2015).

préalablement à l'obtention du changement de la mention du sexe n'était donc pas une exigence formulée par le pouvoir médical. Plutôt, c'est du pouvoir juridique qu'elle émanait.

2. L'identité de genre ne correspondant pas à la mention du sexe figurant à l'acte de naissance

Pendant les premières années du nouveau millénaire, un consensus de plus en plus fort s'est dégagé au sein des communautés trans. La condition relative aux traitements médicaux et interventions chirurgicales devait être abrogée⁶⁴⁸. Il ressortait de ce consensus qu'en elles-mêmes, les modifications corporelles qui étaient visées par l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec* ne posaient aucun problème, mais il en allait tout autrement de l'obligation de les subir avec succès⁶⁴⁹. « En ce qui a trait à l'enjeu qui nous préoccupe, le mot-clé selon nous est ‘‘forcée’’ » écrivaient à cet effet Gabrielle Bouchard et Marie-Claude Garneau.

Le corps trans, au Québec, est pathologisé, médicalisé, normalisé, stérilisé.

[...]

⁶⁴⁸ Mickael Chacha Enriquez, « La contestation des politiques de changement d'identité de genre par les militantes et militants trans québécois » (2013) 69 *Lien social et Politiques* 181 à la p 192.

⁶⁴⁹ D'ailleurs, Viviane Namaste explique bien la relation de cause à effet que l'obligation de subir des traitements médicaux et des interventions chirurgicales entretenait avec l'intégration sociale des personnes trans*.

Conflicting administrative practices of different Québec institutions are most evident in the general social integration of transgendered people. The Direction de l'état civil requires that an individual surgically modify their genitals in order to change their name and their sex. Yet in order to be authorized for surgery, psychiatrists and professionals associated with gender identity clinics demand that individuals prove their social integration, a fact usually established through full-time employment and studies. As I have shown, however, access to employment or school frequently requires official documents that declare an individual's transsexual status. As long as they cannot find work, or study with the aid of loans and bursaries, they will not be authorized for surgery. As long as they are not authorized for surgery, they cannot change their name legally. Without an appropriate name change, they cannot find work or go to school, which in turn prevents access to surgery.

En ce sens, pour obtenir le changement de la mention du sexe, les personnes trans* n'étaient pas au bout de leurs peines... Voir Namaste, *supra* note 26 à la p 257.

En effet, une femme trans doit obligatoirement subir une vaginoplastie et un homme trans doit subir une hystérectomie. Dans la mesure où elles sont volontaires ou à tout le moins non imposées, ces opérations ne sont pas mauvaises en soi. En ce qui a trait à l'enjeu qui nous préoccupe, le mot-clé selon nous est « forcée ». Dans le cas des personnes trans, nous pouvons rarement parler de choix libre et éclairé lorsque vient le temps de choisir une opération menant à la stérilisation. Puisque c'est le seul chemin possible qui permet la pleine reconnaissance des droits et privilèges comme citoyen-ne, les personnes trans sont forcées de donner leur consentement à ces modifications irréversibles. Ce standard de normalisation du masculin et du féminin est mis en place par un groupe d'individus qui ne comprend ni ne subit les impacts de cette stérilisation.

[...]

La stérilisation forcée impose un standard de féminité et de masculinité qui perpétue des systèmes d'oppression tels que le sexisme, la misogynie et l'hétérosexisme. Nos féminités et nos masculinités sont scrutées puis rejetées si elles ne cadrent pas dans le standard normatif.⁶⁵⁰

Ce passage de l'article de Bouchard et Garneau montre bien la situation telle qu'elle se présentait avant que le législateur n'intervienne pour remplacer la condition relative aux traitements médicaux et interventions chirurgicales. Plus le temps avançait, plus la grogne se faisait entendre. Elle s'exprimait notamment par des prises de parole en public⁶⁵¹, par la soumission d'un plan de revendication au gouvernement⁶⁵² et par le recours aux tribunaux⁶⁵³. Tous ces

⁶⁵⁰ Gabrielle Bouchard et Marie-Claude Garneau, « Masculinité et féminité imposées », *À Bâbord!* (octobre 2013).

⁶⁵¹ Au nombre des prises de parole publiques, on note celle qui a eu lieu le 17 juin 2010. Ce jour, le regroupement *PolitiQ – Queers solidaires* a tenu un rassemblement devant les bureaux montréalais du Directeur de l'état civil. Ce fut l'occasion de présenter plusieurs revendications, dont une selon laquelle le « changement de mention de sexe sans traitements médicaux obligatoires (opérations et hormonothérapie) [...] à partir d'une recommandation d'un-e professionnel-le [de la santé] ». Voir Enriquez, *supra* note 648 à la p 193, note 8. Voir aussi PolitiQ, « Non aux règles stériles de l'État Civil » (16 octobre 2010), en ligne : Youtube <https://www.youtube.com/watch?v=5om_IgKeJdA> (consulté le 28 mars 2016).

⁶⁵² Comité trans du CQGL, *Plan de revendication trans*, Conseil québécois des gais et lesbiennes, 2012, en ligne : <<http://www.conseil-lgbt.ca/wp-content/uploads/2014/02/Plan-de-revendications-trans.pdf>> (consulté le 2 janvier 2016). Dans celui-ci, il était notamment demandé de « [r]evoir en profondeur les règles à l'état civil permettant [...] un changement de sexe [...] [de façon à le] permettre sans devoir subir d'intervention chirurgicale. »

⁶⁵³ Le 2 mai 2014, une requête pour jugement déclaratoire a été soumise à l'attention de la Cour supérieure du Québec dans le district de Montréal. Dans celle-ci, il était demandé que la condition relative aux traitements médicaux et interventions chirurgicales soit déclarée contraire à certains des libertés et droits de la personne que

moyens ont rendu visible cette condition à laquelle les communautés trans* s’opposaient. Ce sont toutefois les représentations faites à l’occasion de l’étude du projet de loi ayant précédé l’adoption de *Loi modifiant le Code civil en matière d’état civil, de successions et de publicité des droits*⁶⁵⁴ qui auront eu le plus grand impact.

Entre le jour de sa présentation le 17 avril 2013 et celui de son adoption le 6 décembre de la même année, le projet de loi introduisant la loi précitée a subi plusieurs transformations, ne serait-ce qu’en matière de changement de la mention du sexe. Au jour de sa présentation, certaines dispositions avaient un impact sur la situation juridique des personnes trans*, mais rien ne portait sur ces « traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer [...] [les] caractères sexuels apparents [...] » qu’elles devaient subir avec succès préalablement à l’obtention du changement de la mention du sexe. Le 6 décembre 2013, au jour de son adoption, elle contenait deux articles qui abrogeraient, lorsqu’ils entreraient en vigueur, la condition contestée.

3. L’article 71 de ce code est remplacé par le suivant :

« 71. 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. ».

l’on pouvait trouver à la fois dans la *Charte québécoise* et la *Charte canadienne*. Pour plus d’informations à ce sujet, consulter la requête ayant été citée à la note 411.

⁶⁵⁴ *Loi modifiant le Code civil en matière d’état civil, de successions et de publicité des droits, supra* note 53.

4. L'article 72 de ce code est remplacé par le suivant : « 72. La demande est faite au directeur de l'état civil ; doivent également lui être fournis les documents prescrits par règlement du gouvernement. ».

Ces articles, lorsqu'ils entreraient en vigueur⁶⁵⁵, allaient substantiellement modifier les conditions devant être remplies pour qu'un changement de la mention du sexe soit autorisé. Selon la nouvelle mouture de l'article 71 du *Code civil du Québec*, le changement de nom ou de mention du sexe « ne [...] [pourraient] en aucun cas être subordonnées à l'exigence que la personne ait subi quelque traitement médical ou intervention chirurgicale que ce soit. » Plutôt, la personne qui voudrait obtenir l'un ou l'autre des changements⁶⁵⁶ devrait prouver qu'elle a une « identité sexuelle [qui] ne correspond pas à la mention du sexe figurant à son acte de naissance [...] »⁶⁵⁷. Un règlement compléterait cette condition. Il préciserait comment la preuve relative à l'identité de genre serait apportée.

Un premier projet de règlement en ce sens a été publié dans la *Gazette officielle du Québec* le 17 décembre 2014. Sous l'empire de ce dernier, la condition relative à l'identité de genre allait être encadrée de la façon suivante.

« 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

⁶⁵⁵ Ces articles sont entrés en vigueur le 1^{er} octobre 2015. À cet effet, consulter *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, supra note 520, art 3-4, entrés en vigueur le 1^{er} octobre 2015 (décret), (2015) 147 GO II, 3235.

⁶⁵⁶ Au passage, il importe de souligner que les personnes trans* pouvaient légalement obtenir le changement de nom sans devoir subir quelque traitement médical ou intervention chirurgicale que ce soit. Toutefois, l'hormonothérapie semblait parfois exigée par le directeur de l'état civil. À cet effet, voir Jean-Sébastien Sauvé, « Hormonothérapie et changement de nom » (31 juillet 2014), en ligne : Droit des personnes intersex(ué)es, queers et trans* <<http://www.jssauve.ca/blogue/2014/07/31/hormonotherapie-et-changement-de-nom/>> (consulté le 11 avril 2016); Jean-Sébastien Sauvé, « Hormonothérapie et changement de nom: prise 2 » (3 août 2015), en ligne : Droit des personnes intersex(ué)es, queers et trans* <<http://www.jssauve.ca/blogue/2015/08/03/hormonotherapie-et-changement-de-nom-prise-2/>> (consulté le 11 avril 2016).

⁶⁵⁷ À titre indicatif, le 10 juin 2016, l'expression « identité sexuelle » a été remplacée par « identité de genre ». Voir PL 103, *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres* (projet), 41^e lég, 1^{re} sess, Québec, 2016, art 8(1), 21.

lequel un changement de mention est demandé et avoir l'intention de vivre en tout temps sous cette apparence jusqu'à son décès.

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. ».⁶⁵⁸

Comme je l'expliquerai ci-après, ce projet a fait l'objet de vives critiques, notamment parce qu'il mettait sous tension le droit à l'égalité des personnes trans*. Au moins pour cette raison, il a substantiellement été modifié, comme on peut le constater à la lecture des articles qui entrèrent en vigueur le 1^{er} octobre 2015. Dans le but de faciliter la lecture de cette thèse, la version de ces derniers, qui est ci-après exposée, intègre les modifications ayant été apportées le 10 juin 2016 avec l'entrée en vigueur de la *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*⁶⁵⁹. Que le lectorat se sente

⁶⁵⁸ *Règlement modifiant le Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil* (projet), (2014) 146 GO II, 4494, art 1.

⁶⁵⁹ *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, *supra* note 494, art 18(2), 21. À titre indicatif, en date du 1^{er} octobre 2015, les articles 23.1 à 23.3 se lisaient comme suit :

23.1. Si elle appuie une demande de changement de la mention du sexe figurant à son acte de naissance, la déclaration sous serment du demandeur prévue à l'article 1 doit en outre attester:

- 1° que la mention du sexe qu'il demande est celle qui correspond le mieux à son identité sexuelle;
- 2° qu'il assume et a l'intention de continuer à assumer cette identité sexuelle;
- 3° qu'il comprend le sérieux de sa démarche;
- 4° que sa démarche est faite de façon volontaire et que son consentement est libre et éclairé.

23.2. La demande de changement de la mention du sexe figurant à un acte de naissance, outre les documents prévus à l'article 4, doit être accompagnée d'une déclaration sous serment d'une

rassuré : cette intégration ne dénature en rien le propos qui autrement aurait été exprimé n'eut été de l'entrée en vigueur de la loi précitée.

23.1. Si elle appuie une demande de changement de la mention du sexe figurant à son acte de naissance faite par une personne âgée de 14 ans et plus la déclaration sous serment du demandeur prévue à l'article 1 doit en outre attester :

- 1 ° que la mention du sexe qu'il demande est celle qui correspond le mieux à son identité de genre ;
- 2 ° qu'il assume et a l'intention de continuer à assumer cette identité de genre ;
- 3 ° qu'il comprend le sérieux de sa démarche ;
- 4 ° que sa démarche est faite de façon volontaire et que son consentement est libre et éclairé.

Si elle appuie une demande faite par le tuteur pour un enfant mineur, cette déclaration sous serment doit en outre attester :

- 1 ° que la mention du sexe qu'il demande pour l'enfant mineur est celle qui correspond le mieux à l'identité de genre de cet enfant ;
- 2 ° que l'enfant mineur assume cette identité de genre ;
- 3 ° qu'il comprend le sérieux de la démarche de l'enfant mineur ;

personne majeure qui atteste connaître le demandeur depuis au moins un an et qui confirme que le demandeur reconnaît le sérieux de sa demande.

23.3. Dans le cas où le demandeur a déjà obtenu un changement de la mention du sexe figurant à son acte de naissance, la demande, outre les documents prévus aux articles 4 et 23.2, 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 et qui est d'avis que le changement de cette mention est approprié, compte tenu de la déclaration sous serment faite par le demandeur à l'appui de sa demande initiale.

4 ° que sa démarche pour l'enfant mineur est faite de façon volontaire et que son consentement est libre et éclairé.

23.2. La demande de changement de la mention du sexe figurant à un acte de naissance d'une personne majeure, outre les documents prévus à l'article 4, doit être accompagnée d'une déclaration sous serment d'une personne majeure qui atteste connaître le demandeur depuis au moins un an et qui confirme que le demandeur reconnaît le sérieux de sa demande.

La demande de changement de la mention du sexe d'un enfant mineur doit, outre les documents prévus à l'article 4, être accompagnée d'une lettre d'un médecin, d'un psychologue, d'un psychiatre, d'un sexologue ou d'un travailleur social autorisé à exercer au Canada ou dans l'État du domicile de l'enfant, qui déclare avoir évalué ou suivi l'enfant et qui est d'avis que le changement de cette mention est approprié.

23.3. Dans le cas où le demandeur a déjà obtenu un changement de la mention du sexe figurant à son acte de naissance, la demande, outre les documents prévus aux articles 4 et 23.2, doit être accompagnée d'une lettre d'un médecin, d'un psychologue, d'un psychiatre, d'un sexologue ou d'un travailleur social autorisé à exercer au Canada ou dans l'État du domicile du demandeur, qui déclare avoir évalué ou suivi le demandeur et qui est d'avis que le changement de cette mention est approprié, compte tenu de la déclaration sous serment faite par le demandeur à l'appui de sa demande initiale.⁶⁶⁰

C'est donc une condition relative à l'identité de genre⁶⁶¹ qui est venue remplacer celle qui visait les traitements médicaux et interventions chirurgicales. L'apparence et la structure du corps n'intéressaient plus le législateur. Désormais, c'est le regard intime que la personne jette sur son sexe, pour autant que ce dernier puisse être qualifié de mâle/masculin (« M ») ou

⁶⁶⁰ *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 31, art 23.1-23.3.

⁶⁶¹ Le 10 juin 2016, la *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres* a été adoptée. Le même jour, elle est entrée en vigueur. En vertu de l'article 8(1) de cette loi, les termes « identité sexuelle » qu'on pouvait lire à l'article 71 al 1 *Code civil du Québec* ont été remplacés par « identité de genre ». Cette modification n'a pas eu pour effet de changer le sens de la condition, seulement d'harmoniser la terminologie employée dans le *Code civil du Québec* à celle utilisée dans d'autres domaines d'expertise. À cet effet, consulter *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, supra note 494, art 8(1), 21.

femelle/féminin (« F »), qui lui importe. Dans cette section, j’expliquerai le fondement sur lequel repose cette nouvelle condition. Je m’intéresserai aussi à son contenu.

2.1. Le fondement de la condition

Il y a lieu, dans un premier temps, d’étudier le fondement sur lequel repose la condition relative à l’identité de genre, c’est-à-dire le droit à l’égalité. Celui-ci a été clairement mentionné à l’occasion des débats parlementaires. S’il a paru opportun au législateur de remplacer la condition relative aux traitements médicaux et aux interventions chirurgicales, c’est parce que le droit à l’égalité exerçait une pression en ce sens. En effet, la gêne qu’occasionnait l’obligation de subir certaines modifications corporelles en contexte de changement de la mention du sexe venait des communautés trans*, mais également des milieux juridiques et judiciaires. Un nombre croissant de voix s’élevaient contre elle. On la considérait comme discriminatoire et par le fait même contraire à la législation en matière de libertés et de droits de la personne. D’ailleurs, au moment où le projet de loi ayant précédé la *Loi modifiant le Code civil en matière d’état civil, de successions et de publicité des droits*⁶⁶² était débattu, une trace du droit à l’égalité se déployant en contexte de changement de la mention du sexe pouvait être trouvée dans la jurisprudence canadienne : la décision *XY v Ontario (Government & Consumer Services)* avait été rendue par le *Human Rights Tribunal of Ontario*⁶⁶³.

Dans cette affaire, une femme trans* avait vu sa demande de changement de la mention du sexe rejetée au motif qu’elle n’avait pas subi une chirurgie de réassignation sexuelle (« transsexual surgery »)⁶⁶⁴. Celle-ci était requise en vertu de l’article 36 de la *Vital Statistics Act*, qui partageait plusieurs similitudes avec les dispositions qui encadraient le changement de la mention du sexe au Québec, comme sa lecture permet de le constater.

⁶⁶² *Loi modifiant le Code civil en matière d’état civil, de successions et de publicité des droits*, supra note 520.

⁶⁶³ *XY v Ontario (Government & Consumer Services)*, 2012 HRTO 726.

⁶⁶⁴ *Ibid* au para 5.

36 (1) Where the anatomical sex structure of a person is changed to a sex other than that which appears on the registration of birth, the person may apply to the Registrar General to have the designation of sex on the registration of birth changed so that the designation will be consistent with the results of the transsexual surgery.

(2) An application made under subsection (1) shall be accompanied by,

(a) a certificate signed by a medical practitioner legally qualified to practise medicine in the jurisdiction in which the transsexual surgery was performed upon the applicant, certifying that,

(i) he or she performed transsexual surgery on the applicant, and

(ii) as a result of the transsexual surgery, the designation of sex of the applicant should be changed on the registration of birth of the applicant;

(b) a certificate of a medical practitioner who did not perform the transsexual surgery but who is qualified and licensed to practise medicine in Canada certifying that,

(i) he or she has examined the applicant,

(ii) the results of the examination substantiate that transsexual surgery was performed upon the applicant, and

(iii) as a result of the transsexual surgery, the description of the sex of the applicant should be changed on the registration of birth of the applicant; and

(c) evidence satisfactory to the Registrar General as to the identity of the applicant.

(3) Where it is not possible to obtain the medical certificate referred to in clause (2) (a) or (b), the applicant shall submit such medical evidence of the transsexual surgery as the Registrar General considers necessary.

(4) The Registrar General shall, upon application made to him or her in accordance with this section, cause a notation to be made on the birth registration of the applicant so that the registration is consistent with the results of the surgery.

(6) Every birth certificate issued after the making of a notation under this section shall be issued as if the original registration of birth had been made showing the designation of sex as changed under this section.⁶⁶⁵

À l'instar de ce que l'on trouvait à l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec*, en Ontario, nul ne pouvait obtenir le changement de la mention du sexe sans s'être d'abord soumis à des traitements médicaux et interventions chirurgicales (désignés « anatomical sex structure of a person is changed to a sex other than that which appears on the registration of birth » à l'article 36(1) de la *Vital Statistics Act*). Or, X.Y. ne s'était pas soumise à de telles modifications corporelles. Pour cette raison, le *Registrar General* (l'équivalent du directeur de l'état civil en Ontario) avait rejeté sa demande de changement de la mention du sexe. X.Y. soutenait qu'il s'agissait là d'une atteinte à son droit à l'égalité. Plus précisément, elle plaidait que l'obligation de subir une « transsexual surgery » et d'en faire la preuve préalablement à l'obtention du changement de la mention du sexe constituait une discrimination fondée sur son sexe et son handicap (« sex and/or disability »)⁶⁶⁶. Conséquemment, la condition allait à l'encontre des articles 1 et 11 de l'*Human Rights Code of Ontario*, ce que la province ontarienne contestait⁶⁶⁷. Après analyse, X.Y. eut gain de cause. La condition qu'elle contestait portait effectivement atteinte à son droit à l'égalité, de décider le *Human Rights Tribunal of Ontario*⁶⁶⁸. Pour cette raison, il a notamment été ordonné à l'Ontario de cesser d'exiger des personnes trans* qu'elles se soumettent à cette condition préalablement à l'obtention du changement de la mention du sexe figurant sur l'acte de naissance⁶⁶⁹.

⁶⁶⁵ *Ibid* au para 83; *Vital Statistics Act*, RSO 1990, c V.4, art 36. À titre indicatif, dans la décision, le cinquième paragraphe de l'article 36 de la *Vital Statistics Act* n'était pas reproduit. C'est la raison pour laquelle il n'a pas non plus été reproduit ici.

⁶⁶⁶ *XY v Ontario (Government & Consumer Services)*, *supra* note 663 au para 5; *Human Rights Code*, RSO 1990, c H.19, art 1, 11.

⁶⁶⁷ *XY v Ontario (Government & Consumer Services)*, *supra* note 663 aux paras 6-10.

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ *Ibid* au para 300.

Le contenu de cette décision est riche. Il appelle certainement à la formulation d'une multitude d'observations. Pour les fins qui nous occupent, je me contenterai de souligner que la décision *XY* a été rendue à propos du droit ontarien (la *Vital Statistics Act*), par un tribunal ontarien (le *Human Rights Tribunal of Ontario*) en ayant recours au droit à l'égalité tel que conçu dans une loi ontarienne (le *Human Rights Code*), qui reprend le test applicable à l'article 15 de la *Charte canadienne*. Cependant cette décision a tout de même marqué les parlementaires québécois, qui y ont vu — avec raison⁶⁷⁰ — la possibilité que la condition similaire qui se trouvait dans le *Code civil du Québec* soit aussi déclarée contraire au droit à l'égalité en vertu de la législation cette fois applicable au Québec. Par exemple, selon la députée Michelyne C St-Laurent, l'obligation de se soumettre aux modifications corporelles exigées par l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec* était « barbare »⁶⁷¹ ; c'était en outre « hypocrite de ne pas voir la situation actuelle. »⁶⁷² Aussi, en se fondant sur la décision *XY v Ontario (Government & Consumer Services)*, la mise en garde qu'elle servait à ses collègues parlementaires était sans équivoque : « je vous dis, si ça allait devant la cour, ça serait anticonstitutionnel parce qu'on oblige à des traitements chirurgicaux extrêmes [...] »⁶⁷³. Il fallait, pour cette raison, remplacer la condition⁶⁷⁴. C'était là une conclusion que partageait Bertrand St-Arnaud, qui faut-il le rappeler, était à l'époque le ministre de la Justice et Procureur général du Québec.

⁶⁷⁰ Dans la décision *XY v Ontario (Government & Consumer Services)*, conformément à la jurisprudence, le tribunal eut recours au test ayant été développé dans l'arrêt *R. v Kapp*. Ce dernier porte sur le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*. Il aurait donc pu être utilisé pour contester la condition québécoise relative aux modifications corporelles. Si tel avait été le cas, il est raisonnable de croire que le tribunal québécois serait arrivé à la même conclusion. La crainte des députés, en ce sens, était justifiée. Voir *Ibid* aux paras 91 et s; *R c Kapp*, 2008 CSC 41.

⁶⁷¹ Assemblée nationale, *supra* note 521 (Michelyne C St-Laurent).

⁶⁷² *Ibid* (Michelyne C St-Laurent).

⁶⁷³ *Ibid* (Michelyne C St-Laurent).

⁶⁷⁴ À cet effet, Michelyne C St-Laurent proposait que le changement de la mention du sexe puisse être obtenu en même temps que le changement de nom. Cette proposition, elle l'a notamment faite le 28 mai 2013.

Donc, ce que je proposais d'ailleurs, c'est qu'aussitôt qu'une personne a obtenu le changement de nom, comme les personnes qui ont déjà obtenu le changement de nom, on pourrait automatiquement les inscrire pour un changement de sexe et par le changement à l'État civil.

Voir Assemblée nationale, *supra* note 523 (Michelyne C St-Laurent).

Je partage l'opinion de la députée de Montmorency. À mon sens, la situation actuelle... Et je vais faire attention parce que je suis quand même le ministre de la Justice, mais... Et on peut certainement s'interroger sur la constitutionnalité de l'article 71 actuel.⁶⁷⁵

En cette journée du 12 juin 2013, c'est l'histoire du droit des personnes trans* qui fut marquée. Premièrement, des députés remettaient ouvertement et publiquement en question l'obligation de subir des modifications corporelles. Deuxièmement, au nombre de ces députés se trouvait le ministre de la Justice et Procureur général du Québec, qui soutient généralement les lois ayant été adoptées dans la Province. Troisièmement, pour donner suite au doute qui pesait sur la procédure de changement de la mention du sexe, ce même ministre a proposé un amendement en vertu duquel les traitements médicaux et les interventions chirurgicales visés à l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec* ne seraient plus exigés⁶⁷⁶. Un moyen, autrement dit, de favoriser le droit à l'égalité des personnes trans*, lequel était mis sous tension par cette fameuse condition que l'on trouvait à l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec*. Lorsque l'on considère le droit à l'égalité tel qu'il trouve application au Québec, l'hypothèse selon laquelle les députés ont eu raison de craindre l'effet de ce droit est forte. Il y a tout lieu de croire qu'une application de ce dernier aurait mené à l'invalidité de cette fameuse condition.

On note, à la lecture de la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, que celui-ci « régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens. » Toutefois, considérant l'article 52 de la *Charte québécoise*, la saisie du sens de cette disposition n'est pas sans causer certaines difficultés.

⁶⁷⁵ Assemblée nationale, *supra* note 521 (Bertrand St-Arnaud).

⁶⁷⁶ *Ibid* (Bertrand St-Arnaud).

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

Dans cet article comme ailleurs dans la *Charte québécoise*, « le mot ‘‘loi’’ inclut un règlement, un décret, une ordonnance ou un arrêté en conseil pris sous l'autorité d'une loi. »⁶⁷⁷ Ce faisant, sauf dans la mesure prévue par l'article 52 de la *Charte québécoise*, à l'exception des droits économiques et sociaux⁶⁷⁸, aucune loi portant atteinte aux libertés et droits de la personne énoncés dans la *Charte québécoise* ne peut être adoptée — en théorie du moins. Alors qu'en est-il du *Code civil du Québec*, lui qui affirme, à sa disposition préliminaire, s'inscrire en harmonie avec la *Charte québécoise*? Serait-il immunisé contre les libertés et les droits de la personne, furent-ils énoncés aux articles 1 à 38 de la *Charte québécoise*, surtout dans un contexte où l'on comprend des *Commentaires du ministre* que le Code précise la portée et l'exercice de plusieurs droits énoncés par la *Charte québécoise*⁶⁷⁹ ?

Comme l'explique Mélanie Samson, la disposition préliminaire du *Code civil du Québec* ne saurait avoir cet effet.

Quoi que le juge Bastarache ait pu en dire dans l'arrêt *Amsalem*, la Disposition préliminaire prévoit que c'est le Code qui doit être interprété en harmonie avec la Charte québécoise, et non l'inverse. Ce sont donc les règles du Code qui devraient se nourrir de celles prévues dans la Charte et pas le contraire. Autrement dit, pour tout ce qui touche la protection des droits de la personne, c'est la Charte qui devrait faire office de réservoir conceptuel.⁶⁸⁰

⁶⁷⁷ *Charte québécoise*, *supra* note 91, art 56(3).

⁶⁷⁸ *Ibid*, art 39-48.

⁶⁷⁹ Québec, Ministère de la Justice, *supra* note 177 à la p 1.

⁶⁸⁰ Mélanie Samson, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, coll Minerve, Cowansville, Yvon Blais, 2013 à la p 34 (notes omises).

Le *Code civil du Québec* resterait en ce sens soumis à la *Charte québécoise*. Autrement dit, la disposition préliminaire de ce code ne se présenterait donc pas comme un bouclier pouvant contrer l'application de la *Charte québécoise*. « La disposition qui donne préséance à la Charte québécoise ne prévoit aucune exception en faveur du Code civil. »⁶⁸¹ Ce faisant, « 'c'est le Code qui doit s'harmoniser avec la Charte, et non l'inverse' ». »⁶⁸² Pour cause, en ce qui a trait à la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois, il est permis de croire qu'au moins six droits compris à la *Charte québécoise* sont mis sous tension par les dispositions du *Code civil du Québec*⁶⁸³. Le rapport entre le *Code civil du Québec* et la *Charte québécoise* ne serait donc pas si harmonieux... ne serait-ce qu'en matière d'égalité.

Au Québec, ce droit est principalement régi par trois lois. Il s'agit de la *Charte canadienne*⁶⁸⁴, de la *Charte québécoise*⁶⁸⁵ ainsi que de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁶⁸⁶. La première s'applique notamment « à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature »⁶⁸⁷, alors que la seconde vise les « matières qui sont de la compétence législative du Québec. »⁶⁸⁸ Les individus sont en outre visés par cette dernière. Ils ne peuvent donc y porter atteinte sans s'exposer à des représailles juridiques⁶⁸⁹.

⁶⁸¹ Mélanie Samson, « L'interprétation harmonieuse de la Charte québécoise et du *Code civil du Québec*: un sujet de discordance pour le Tribunal des droits de la personne et les tribunaux de droit commun? » dans SFPBQ, *Le tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Cowansville, Yvon Blais, 2015, 183 à la p 199 (note omise).

⁶⁸² *Ibid* à la p 215. L'auteure faisait alors référence à une décision du Tribunal des droits de la personne, c'est-à-dire *Mastropaolo c St-Jean-de-Matha (Municipalité de)*, 2010 QCTDP 7 au para 139.

⁶⁸³ Il s'agit là des droits à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne (article 1 al 1 de la *Charte québécoise*), du droit à la personnalité juridique (article 1 al 2 de la *Charte québécoise*), sans oublier le droit au respect de sa vie privée (article 5 de la *Charte québécoise*). Dans certains contextes, la liberté d'expression (article 3 de la *Charte québécoise*) et le droit à la sauvegarde de sa dignité (article 4 de la *Charte québécoise*) se voient sérieusement ébranlés. Pour des raisons éditoriales, j'ai fait le choix de ne pas m'y attarder.

⁶⁸⁴ *Charte canadienne*, *supra* note 413.

⁶⁸⁵ *Charte québécoise*, *supra* note 91.

⁶⁸⁶ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, c H-6.

⁶⁸⁷ *Charte canadienne*, *supra* note 413, art 32(1)b).

⁶⁸⁸ *Charte québécoise*, *supra* note 91, art 55.

⁶⁸⁹ *Ibid*, art 49.

Quant à la troisième, elle se révèle pertinente dans les matières qui sont de compétence fédérale⁶⁹⁰. Puisque la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil relève de la compétence exclusive des provinces⁶⁹¹, seules les deux premières sont pertinentes.

Cela dit, une préférence est toutefois ici accordée à la *Charte québécoise*. Ce choix s'explique par le raisonnement ayant été présenté dans l'arrêt *Chaoulli c Québec (Procureur général)*, où la juge Deschamps a affirmé qu'il était approprié, dans les situations où la *Charte québécoise* trouvait application, d'y avoir d'abord recours pour analyser une situation, c'est-à-dire avant même d'étudier la *Charte canadienne*.

En cas de contestation d'une loi québécoise, il est approprié de faire appel d'abord aux règles spécifiquement québécoises avant d'avoir recours à la *Charte canadienne*, surtout lorsque les dispositions des deux chartes sont susceptibles de produire des effets cumulatifs mais que les règles ne sont pas identiques.⁶⁹²

Considérant ces enseignements de la juge Deschamps, bien que la *Charte canadienne* puisse sans l'ombre d'un doute se montrer pertinente dans le contexte qui nous occupe, ne serait-ce que parce que les recours offerts par la *Charte québécoise* sont insuffisants, l'analyse que je déploierai ci-après mettra de l'avant le droit à l'égalité comme on le trouve dans cette dernière.

⁶⁹⁰ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, supra note 686, art 2.

⁶⁹¹ *Charte québécoise*, supra note 91 au para 55. Pour la liste de ces compétences, consulter *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 92(13).

⁶⁹² *Chaoulli c Québec (Procureur général)*, supra note 365 au para 26 (juge Deschamps).

Celui-ci consacre, dans une certaine mesure, l'interdiction de discrimination, qu'elle soit directe⁶⁹³, indirecte⁶⁹⁴ ou systémique⁶⁹⁵. Cette qualification n'a toutefois qu'une importance

⁶⁹³ La discrimination directe s'entend de celle où « [l]a différence de traitement est directement liée au motif illicite. » Voir Alexandre Morin, *Le droit à l'égalité au Canada*, 2^e éd, Montréal, LexisNexis, 2012 à la p 186. Dans le même sens, voir *JurisClasseur Québec Droit constitutionnel*, Montréal, LexisNexis, « Fascicule 9. Droit à l'égalité » par Daniel Proulx au para 92.

⁶⁹⁴ La discrimination indirecte est celle se manifestant par l'application d'une norme qui, au premier regard, est neutre, mais qui a « un effet discriminatoire à l'égard de certaines personnes à cause des caractéristiques de celles-ci. » Voir Morin, *supra* note 693 à la p 186. Dans le même sens, voir Proulx, *supra* note 693 au para 93.

⁶⁹⁵ La définition que reçoit la discrimination systémique peut être résumée par ces mots du professeur Proulx : c'est « le résultat d'un système de valeurs profondément ancré dans un milieu et confortée par des traditions, des pratiques et des méthodes jamais remises en question ». Il ajoute que ce type de discrimination « s'étend forcément sur une certaine période de temps. » Voir Proulx, *supra* note 693 au para 94 (note omise). Aussi :

[L]e Tribunal [des droits de la personne] juge opportun de définir aujourd'hui la discrimination systémique comme la somme d'effets d'exclusion disproportionnés qui résultent de l'effet conjugué d'attitudes empreintes de préjugés et de stéréotypes, souvent inconscients, et de politiques et pratiques généralement adoptées sans tenir compte des caractéristiques des membres de groupes visés par l'interdiction de la discrimination.

Voir *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Gaz métropolitain inc*, 2008 QCTDP 24 au para 36. Par ailleurs, dans un arrêt de la Cour suprême datant de 1987, les caractéristiques suivantes avaient été données par rapport à la discrimination systémique en matière d'emploi.

En d'autres termes, la discrimination systémique en matière d'emploi, c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces « naturelles », par exemple que les femmes « ne peuvent tout simplement pas faire le travail » (voir le rapport Abella, aux pp. 9 et 10).

J'ai déjà souligné que la discrimination systémique est souvent involontaire. Elle résulte de pratiques et de politiques établies qui, en fait, ont une incidence négative sur les perspectives d'embauche et d'avancement d'un groupe particulier. À cela s'ajoutent les attitudes des administrateurs et des collègues de travail qui acceptent une vision stéréotypée des compétences et du « rôle approprié » du groupe touché, laquelle vision conduit à la conviction ferme que les membres de ce groupe sont incapables de faire un certain travail, même si cette conclusion est objectivement fautive.

Voir *CN c Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 RCS 1114 aux pp 1139, 1141. Dans le même sens et pour de plus amples explications, consulter Morin, *supra* note 693 aux pp 187-189.

limitée. Dans son application, l'article 10 de la *Charte québécoise*, qui promeut l'atteinte de l'égalité réelle⁶⁹⁶, s'applique indistinctement⁶⁹⁷.

10. 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, de l'identité ou l'expression de genre, 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.⁶⁹⁸

Lorsque les conditions explicitées à cet article sont remplies, il y a discrimination selon la norme de preuve *prima facie*⁶⁹⁹. Pour autant, cela ne signifie pas qu'il y a atteinte au droit à l'égalité.

⁶⁹⁶ *Gaz métropolitain inc c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201 au para 36; *Commission scolaire des Phares c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 82 au para 65; Proulx, *supra* note 693 au para 89.

⁶⁹⁷ Cela dit, selon le type de discrimination visé, il sera plus ou moins facile d'établir une violation à l'article 10 de la *Charte québécoise*. Voir Morin, *supra* note 693 à la p 189; Proulx, *supra* note 693 au para 95.

⁶⁹⁸ L'article 10 de la *Charte québécoise* se lit ainsi depuis le 10 juin 2016 seulement. Avant ce jour, le passage « de l'identité ou l'expression de genre, » n'y figurait pas. Voir *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, *supra* note 494, art 11, 21.

⁶⁹⁹ Morin, *supra* note 693 à la p 182. Cependant, Proulx observe une tendance des tribunaux québécois à exiger le respect de la norme de preuve de la prépondérance des probabilités. Voir Proulx, *supra* note 693 au para 101. Pourtant, comme le remarque Proulx, la Cour suprême du Canada a déjà affirmé, dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Boisbriand (Ville)*, que la norme de preuve applicable était celle de la preuve *prima facie* :

La première étape, que prévoit l'art. 10, vise la suppression de la discrimination et exige du demandeur une preuve *prima facie* de celle-ci. Le fardeau qui incombe au demandeur à cette étape est limité aux éléments de préjudice et au lien avec un motif de discrimination prohibé.

Voir *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27 à la p 695. Puisque ces explications fournies par la Cour suprême du Canada ne sauraient être plus explicites, malgré la tendance observée par le professeur Proulx, j'estime que la norme de preuve applicable est bien celle de la preuve *prima facie*.

La discrimination n'est pas toujours illicite, comme le montrent certains articles de la *Charte québécoise*⁷⁰⁰.

Premièrement, pour qu'il y ait discrimination au sens de l'article 10 de la *Charte québécoise*, la présence d'une distinction, d'une exclusion ou d'une préférence doit être relevée⁷⁰¹. Cette étape « consiste à mettre en preuve le comportement reproché au défendeur. »⁷⁰² Il s'agit, en d'autres mots, de prouver la différence de traitement. Comme la *Charte québécoise* vise tant les individus (c'est-à-dire les personnes morales ou physiques) que l'État québécois⁷⁰³, l'éventail des possibilités pouvant satisfaire cette première condition n'a de limite que notre imagination. La distinction, l'exclusion ou la préférence peut porter sur un comportement, tout comme elle peut concerner une norme de droit positif — un article de loi ou de règlement par exemple. En outre, à cette étape, il s'agit seulement de faire la démonstration du comportement reproché. L'intention se cachant derrière ce dernier n'est d'aucune pertinence. Si les conditions requises sont remplies, une distinction, exclusion ou préférence commise de bonne foi, sans la moindre malice, peut donc être reconnue comme discriminatoire au sens entendu à l'article 10 de la *Charte québécoise*⁷⁰⁴.

Ce faisant, il est plausible de croire que cette première condition était satisfaite lorsqu'elle s'appliquait à celle portant sur les modifications corporelles à l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec* tel qu'il se lisait à l'époque. En effet, les personnes qui n'étaient pas trans* pouvaient

⁷⁰⁰ Morin, *supra* note 693 aux pp 181-182; Proulx, *supra* note 693 au para 90.

⁷⁰¹ Le critère est rempli dès qu'une différence de traitement pouvant être qualifiée de distinction, d'exclusion ou de préférence est rencontrée. En d'autres termes, par exemple, la preuve d'une différence de traitement qui consiste en une distinction, mais non une exclusion suffit pour que la première condition soit remplie.

⁷⁰² Morin, *supra* note 693 à la p 182.

⁷⁰³ On notera toutefois que seule une personne physique peut être victime de discrimination au sens de l'article 10 de la *Charte québécoise*. Voir Proulx, *supra* note 693 au para 87. Cela peut s'expliquer par les motifs de distinction illicites énumérés à l'article. Voir Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 359 au para XII-7.39.

⁷⁰⁴ Morin, *supra* note 693 au para 473. L'auteur faisait ici référence au sens des mots « a pour effet », lesquels se rapportent à la troisième condition devant être rencontrée pour qu'il y ait discrimination au sens de l'article 10 de la *Charte québécoise*. L'impact demeure toutefois le même sur l'absence de considération pour les intentions de la partie défenderesse dans le cadre d'un recours fondé sur l'article 10 de la *Charte québécoise*.

bénéficiaire d'un acte de naissance sur lequel figurait une mention de sexe correspondant le mieux à leur identité de genre. Pour cela, elles n'avaient aucunement l'obligation de modifier leur corps dans la mesure qui était prévue par la loi. Cela, les personnes trans* ne pouvaient pas en bénéficier. Si elles souhaitaient voir, sur leur acte de naissance, la mention de sexe correspondant le mieux à leur identité de genre, elles devaient au préalable subir avec succès une série de traitements et chirurgies qui allaient modifier l'apparence et la structure de leur corps, sans qu'aucune exception ne puisse être considérée. Sous cet angle au moins, par rapport aux personnes trans*, les personnes cisgenres étaient donc avantagées. De ce fait, l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec* contenait distinction, une exclusion ou une préférence au sens entendu à l'article 10 de la *Charte québécoise*.

Deuxièmement, pour qu'il y ait discrimination illicite, un lien de causalité doit être repéré entre la distinction, l'exclusion ou la préférence subie par la victime de discrimination et le(s) motif(s) de distinction illicite(s) énuméré(s) au premier alinéa de l'article 10 de la *Charte québécoise*⁷⁰⁵. Seule la distinction, l'exclusion ou la préférence qui est fondée sur au moins l'un de ces motifs est *a priori* interdite⁷⁰⁶. L'exhaustivité de la liste des motifs de distinction illicite est toutefois atténuée non seulement par l'interprétation large et libérale applicable à chacun des motifs⁷⁰⁷, mais aussi par l'absence de préséance ou de prévalence des uns sur les autres. Ce faisant, dès lors qu'un motif de distinction illicite « est la cause déterminante ou réelle de la mesure prise »⁷⁰⁸, la deuxième condition de l'article 10 de la *Charte québécoise* est remplie. Il importe peu, en effet, que la distinction, l'exclusion ou la préférence puisse également s'expliquer par d'autres raisons⁷⁰⁹, que le motif de distinction illicite soit effectivement applicable à la

⁷⁰⁵ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 359 au para XII-7.66; Morin, *supra* note 693 aux pp 182-184; Proulx, *supra* note 693 au para 99.

⁷⁰⁶ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Boisbriand (Ville)*, *supra* note 699 à la p 696; Proulx, *supra* note 693 au para 96; Morin, *supra* note 693 à la p 183. Sous réserve, bien entendu, des autres conditions devant être remplies pour qu'une atteinte à l'article 10 de la *Charte québécoise* puisse être constatée.

⁷⁰⁷ Proulx, *supra* note 693 au para 107.

⁷⁰⁸ Morin, *supra* note 693 au para 469. Dans le même sens, voir Proulx, *supra* note 693 au para 100.

⁷⁰⁹ Proulx, *supra* note 693 au para 100.

victime⁷¹⁰ ou encore que toutes les personnes visées par le motif de distinction illicite subissent une différence de traitement⁷¹¹.

Précédemment, j'ai discuté des décisions *Anglsberger*⁷¹² et *ML*⁷¹³, en m'attardant sur le sens que le « sexe » recevait dans ces décisions en contexte transitoire. Je n'y reviendrai pas dans les moindres détails, mais je soulignerai que dans ces deux décisions, la discrimination exercée à l'encontre des personnes trans* avait respectivement été considérée comme étant fondée sur l'« état civil » et le « sexe »⁷¹⁴. Dans la première, en effet, le tribunal avait conclu qu'il s'agissait d'un cas de discrimination fondée sur « l'état civil ».

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.⁷¹⁵

⁷¹⁰ Selon la Cour suprême du Canada :

Les objectifs de la *Charte*, soit le droit à l'égalité et la protection contre la discrimination, ne sauraient se réaliser à moins que l'on reconnaisse que les actes discriminatoires puissent être fondés autant sur les perceptions, les mythes et les stéréotypes que sur l'existence de limitations fonctionnelles réelles. La nature même de la discrimination étant souvent subjective, imposer à la victime de discrimination le fardeau de prouver l'existence objective de limitations fonctionnelles est lui imposer une tâche pratiquement impossible, car les limitations fonctionnelles n'existent souvent que dans l'esprit d'autres personnes, ici l'employeur.

(je souligne)

Voir *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Boisbriand (Ville)*, *supra* note 699 à la p 665.

⁷¹¹ Comme l'expliquent Brun, Tremblay et Brouillet : « il faut plutôt chercher à voir, dans chaque cas, si les personnes touchées le sont vraiment en raison de caractéristiques qui font qu'elles appartiennent au groupe protégé. » Voir Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 359 au para XII-7.59.

⁷¹² *Anglsberger*, *supra* note 547.

⁷¹³ *ML*, *supra* note 13.

⁷¹⁴ Pour de plus amples informations à ce sujet, consulter Sauvé, *supra* note 91.

⁷¹⁵ *Anglsberger*, *supra* note 547 à la p 85.

Bien entendu, considérant le sujet qui retient présentement l'attention, l'argumentaire ayant été développé dans la décision *Anglsberger* peut difficilement être déployé. Il demeure toutefois permis de croire qu'en matière de changement de la mention du sexe, le motif « état civil » ne s'applique pas seulement au cas qui avait été traité dans l'affaire précitée⁷¹⁶.

Quoi qu'il en soit, cela importe peu, sachant que dans la seconde décision, c'est-à-dire dans *ML*, le Tribunal des droits de la personne a avancé que la discrimination fondée sur le fait qu'une personne est *transsexuelle* constitue une discrimination fondée sur le motif « sexe », peu importe que la dernière étape de transition soit franchie ou non — peu importe d'ailleurs ce à quoi peut bien référer cette dernière étape⁷¹⁷.

[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 ou, constituer de la discrimination fondée sur le sexe.⁷¹⁸

Dans ce contexte, il y a tout lieu de croire que la distinction, l'exclusion ou la préférence que l'on trouvait à l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec* était fondée sur un motif prohibé, que ce soit l'« état civil » ou le « sexe », peu importe⁷¹⁹. Qui plus est, dans certains contextes, le

⁷¹⁶ Sauvé, *supra* note 91 aux pp 111-114.

⁷¹⁷ Pour de plus amples informations à ce sujet, consulter *Ibid* aux pp 117-119.

⁷¹⁸ *ML*, *supra* note 13 aux paras 113-114.

⁷¹⁹ Si la modification législative n'avait pas été faite, considérant la lettre actuelle de la *Charte québécoise*, les motifs « identité de genre » et « expression de genre » auraient aussi pu être invoqués.

motif « handicap » aurait pu être d'une certaine utilité⁷²⁰, notamment dans ceux où la personne visée était animée d'une volonté de subir avec succès les traitements médicaux et les interventions chirurgicales litigieuses, mais qui toutefois ne le pouvaient tout simplement pas, pour des raisons de santé par exemple.

Troisièmement, pour qu'il y ait discrimination au sens de l'article 10 de la *Charte québécoise*, la distinction, l'exclusion ou la préférence qui est fondée sur un motif de distinction illicite doit avoir pour effet de détruire ou de compromettre l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne. Les mots « a pour effet » indiquent la nécessité de faire la preuve d'un préjudice⁷²¹ à la lumière du contexte étudié⁷²². Comme l'explique Daniel Proulx, « une certaine exclusivité du préjudice » est ici requise :

Si le préjudice s'avère diffus et partagé par divers groupes de personnes, il ne sera pas possible de prétendre qu'il y a discrimination. Pour pouvoir être considérée discriminatoire, une mesure doit impérativement traiter plus mal un individu ou un groupe par opposition aux autres. Il y a donc nécessité d'une certaine exclusivité du préjudice. En revanche, il n'est pas requis que 100 % des membres du groupe discriminé soient victimes d'un préjudice. S'il n'y a *que* des membres d'un groupe donné qui subissent un préjudice ou encore si ces derniers sont davantage victimes d'une mesure que les autres, la particularisation du préjudice sera suffisamment établie.

(je souligne)⁷²³

La distinction, l'exclusion ou la préférence fondée sur un motif de distinction illicite doit donc avoir un certain effet préjudiciable, sans quoi la discrimination subie ne peut être considérée

⁷²⁰ À titre indicatif, on se souviendra que ce motif « handicap » avait été invoqué dans l'affaire *XY v Ontario (Government & Consumer Services)*. Voir *XY v Ontario (Government & Consumer Services)*, *supra* note 663 au para 5.

⁷²¹ Morin, *supra* note 693 aux pp 184-185; Proulx, *supra* note 693 au para 112.

⁷²² Proulx, *supra* note 693 au para 112.

⁷²³ *Ibid* au para 116 (notes omises).

comme illégale⁷²⁴. L'effet préjudiciable doit en outre se rattacher à un droit ou une liberté contenue dans la *Charte québécoise*⁷²⁵. Cela veut donc dire que le droit à l'égalité n'est pas autonome ; qu'il s'inscrit en relation avec les autres droits qui l'entourent⁷²⁶. Malgré cela, pour qu'il y ait discrimination, il n'est pas nécessaire qu'une atteinte à cet autre droit ou à cette autre liberté soit constatée⁷²⁷ ; il faut seulement trouver « un article de la *Charte québécoise* qui entre en ligne de compte »⁷²⁸. Par ailleurs, comme je l'expliquais à propos de la première condition visant la démonstration d'une distinction, l'exclusion ou la préférence, les intentions de la partie défenderesse ne sont d'aucune pertinence⁷²⁹.

Considérant l'exigence relative aux traitements médicaux et interventions chirurgicales, sans aucun doute, cette troisième condition de l'article 10 de la *Charte québécoise* était remplie. D'un côté, comme l'affirme Alexandre Morin, dans le pire des cas, la sauvegarde de la dignité, véritable passepartout à ce titre, pouvait être invoquée. D'un autre côté, il est manifeste que le droit à l'intégrité était concerné par l'obligation de subir des modifications corporelles préalablement à l'obtention du changement de la mention du sexe. Pour que l'on puisse parler

⁷²⁴ Dit autrement, « [I]a discrimination selon le droit à l'égalité de l'article 10 de la Charte québécoise serait donc finalement la distinction qui crée un désavantage à partir d'un préjugé ou d'un stéréotype ». Voir Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 359 au para XII-7.61.

⁷²⁵ Morin, *supra* note 693 à la p 185; Proulx, *supra* note 693 à la p 120.

⁷²⁶ Proulx, *supra* note 693 aux paras 120-122. Dans le même sens, voir Morin, *supra* note 693 aux pp 184-185.

⁷²⁷ Morin, *supra* note 693 à la p 185.

⁷²⁸ *Ibid* à la p 186. À la même page, l'auteur avance que le droit à la sauvegarde de la dignité pourra souvent être utile, dans la mesure où « les faits montrent l'existence d'une atteinte au 'respect auquel toute personne a droit du seul fait qu'elle est un être humain et au respect qu'elle se doit à elle-même' ». » (note omise) En outre, dans l'arrêt *Velk c Université McGill/McGill University*, la Cour d'appel du Québec affirme que le droit en question doit être « énoncé ailleurs dans la *Charte* » :

En effet, et pour conclure, la jurisprudence établit clairement que, contrairement à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la discrimination prohibée par l'article 10 de la *Charte québécoise* n'existe que lorsqu'un droit fondamental énoncé ailleurs dans la *Charte* est brimé pour l'un ou l'autre des motifs contenus à cet article [...].

Voir *Velk c Université McGill/McGill University*, 2011 QCCA 578 au para 42. Je note au passage l'opinion contraire exprimée par les auteurs Brun, Tremblay et Brouillet, qui soutiennent que le droit ou la liberté en question peut même se trouver à l'extérieur de la *Charte québécoise*. Voir Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 359 au para XII-7.41.

⁷²⁹ Morin, *supra* note 693 au para 473.

d'une atteinte à ce droit, « des marques, des séquelles qui, sans nécessairement être physiques ou permanentes, dépassent un certain seuil »⁷³⁰ doivent être laissées. En outre, « [l]atteinte doit affecter de façon plus que fugace l'équilibre physique, psychologique ou émotif de la victime »⁷³¹, ce qui signifie qu'un inconfort temporaire ne remplissant pas les critères ayant été précédemment explicités ne saurait être considéré comme une atteinte au droit à l'intégrité⁷³². Or, dans le cas qui nous occupe, nul doute que les modifications corporelles qui étaient exigées par l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec* laissaient « des marques, des séquelles qui, sans nécessairement être physiques ou permanentes, dépass[ai]ent un certain seuil »⁷³³. On se souviendra que la femme trans*, pour obtenir la lettre « F » sur son acte de naissance, en plus de se soumettre à l'hormonothérapie, devait subir « la castration [...] [en plus de] la fabrication d'un vagin [...] ». L'homme trans*, quant à lui, ne pouvait obtenir la lettre « M » sur son acte de naissance sans subir « l'ablation des seins accompagnée d'une salpingo-ovariectomie et d'une hystérectomie »⁷³⁴. Comme la femme trans*, il devait aussi suivre une hormonothérapie. Ces personnes, par ailleurs, n'avaient d'autre choix que de subir ces traitements médicaux et interventions chirurgicales précédemment énoncés, sans quoi l'obtention de la mention du sexe espérée n'allait pas être autorisée. En ce sens, le droit à l'intégrité, nécessairement, était concerné par la condition relative aux modifications corporelles. Elle portait préjudice aux personnes trans*, en ce sens que leur corps ne pouvait sortir indemne du processus qui allait leur permettre d'être officiellement considérées comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »).

On comprend donc, de ce qui précède, qu'au sens de l'article 10 de la *Charte québécoise*, il y a discrimination (1) lorsqu'une distinction, exclusion ou préférence, (2) fondée sur au moins l'un des motifs de distinction illicites, (3) a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la

⁷³⁰ *Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, *supra* note 368 à la p 253.

⁷³¹ *Ibid.*

⁷³² *Ibid.*

⁷³³ *Ibid.*

⁷³⁴ Moore, *supra* note 590 au para 46, note 109.

pleine égalité dans la reconnaissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne. Au moins par hypothèse, il est plausible de croire qu'un tribunal à qui l'on aurait demandé d'étudier la procédure de changement de la mention du sexe en ayant recours à ce droit aurait déterminé que ces trois conditions étaient remplies.

Cela n'aurait pas suffi, toutefois, pour que cette discrimination ait porté atteinte au droit à l'égalité. Il aurait été possible, en effet, que « la distinction contestée [...] [ne soit] pas contraire à l'égalité envisagée dans une perspective réelle ou encore qu'une disposition spécifique de la Charte l'autorise à appliquer ladite distinction »⁷³⁵, ce qui invite à la formulation de deux remarques.

La première porte sur la discrimination positive, qui ne peut être comprise comme une atteinte au droit à l'égalité.

Un accommodement destiné à procurer plus d'égalité à une catégorie de personnes désavantagées ne peut être considéré comme préjudiciable pour ceux qui ne sont pas visés par cet accommodement et qui n'en ont aucun besoin pour pouvoir jouir de leurs droits.⁷³⁶

L'individu privilégié ne peut donc pas prétendre à la discrimination si la différence de traitement dont il se dit victime a pour but de favoriser l'accès à l'égalité d'individus étant dans une position défavorable par rapport à lui.

D'une certaine façon, il est possible de concevoir le changement de la mention du sexe comme « accommodement destiné à procurer plus d'égalité à une catégorie de personnes désavantagées

⁷³⁵ Proulx, *supra* note 693 au para 126. Dans le même sens, consulter *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Boisbriand (Ville)*, *supra* note 699 au para 84; Morin, *supra* note 693 aux paras 488 et s.

⁷³⁶ Proulx, *supra* note 693 au para 114.

[...] »⁷³⁷. Cela dit, parce qu'au nombre des conditions de cette procédure il s'en trouve au moins une qui contribue à la discrimination de certaines personnes comprises dans le groupe de personnes désavantagées pour laquelle la procédure de changement de la mention du sexe a été mise sur pied, face à ces personnes désavantagées, la procédure de changement de la mention du sexe ne saurait être reconnue comme étant conforme à la *Charte québécoise*⁷³⁸. Cette exception n'aurait donc pas pu s'appliquer.

La seconde, quant à elle, fait appel aux situations dans lesquelles la discrimination est permise par la *Charte québécoise*. Il s'agit de celles visées par les articles 14, 18.1, 18.2, 20 et 20.1 de la même loi, mais aussi des autres où le fait de ne pas agir de façon discriminatoire entraînerait une contrainte excessive⁷³⁹, une atteinte aux autres libertés et droits de la personne⁷⁴⁰ ou encore une atteinte à l'ordre public et au bien-être général dans l'éventualité où l'État chercherait à justifier l'une de ses mesures⁷⁴¹. Dans le cas qui nous occupe, aucune de ces exceptions n'aurait été pertinente. Tout portait donc à croire que les députés ont eu raison de craindre le droit à l'égalité tel qu'il se trouve dans la *Charte québécoise*.

⁷³⁷ *Ibid.*

⁷³⁸ Dans le même sens, consulter *CF v Alberta (Vital Statistics)*, 2014 ABQB 237 au para 28.

⁷³⁹ Morin, *supra* note 693 aux paras 491-508; Proulx, *supra* note 693 aux paras 149-150.

⁷⁴⁰ Proulx, *supra* note 693 au para 151.

⁷⁴¹ *Ibid* au para 153. Sur ce dernier point, il importe de noter que l'article 9.1 de la *Charte québécoise* ne s'applique pas directement au droit à l'égalité. Alexandre Morin explique bien cette curieuse situation.

Son article 9.1 [de la *Charte québécoise*], qui a sensiblement le même objet et le même effet que l'article premier de la *Charte canadienne*, ne s'applique pas au droit à l'égalité. Il n'existe donc aucune clause générale de dérogation au droit à l'égalité dans la *Charte québécoise* et les motifs de justification sont fort restreints. L'article 9.1 peut toutefois jouer un rôle dans la question de savoir si le droit, qu'on invoque conjointement avec l'article 10, est réellement restreint par la mesure en cause.

Voir Morin, *supra* note 693 au para 488. Par ailleurs, le professeur Proulx note que cet argument fondé sur l'application indirecte de l'article 9.1 de la *Charte québécoise* est généralement bien reçu en jurisprudence. Voir Proulx, *supra* note 693 au para 154. Pour de plus amples informations, consulter également *Ford c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712 à la p 781; *Devine c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 790 à la p 818.

Et même, au passage, on peut avancer que leur préoccupation quant à l'inconstitutionnalité de la condition litigieuse était fondée, du moins si l'on considère la décision *CF v Alberta (Vital Statistics)*⁷⁴², qui a été rendue après que la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*⁷⁴³ ait été adoptée. Traiter ici de de l'affaire *CF v Alberta (Vital Statistics)* est néanmoins pertinent, d'une part parce que son contenu confirme les doutes qui avaient été exprimés par les députés, d'autre part parce que ce n'est qu'en date du 1^{er} octobre 2015 que les personnes trans* purent obtenir le changement de la mention du sexe sans devoir subir avec succès, au préalable, des traitements médicaux et des interventions chirurgicales⁷⁴⁴.

Les faits de l'affaire *CF v Alberta (Vital Statistics)* sont relativement simples. Selon ce qu'on peut lire dans la décision, C.F. se décrit comme une femme trans* de 23 ans⁷⁴⁵. Elle a demandé au *Director of Vital Statistics* (l'équivalent du Directeur de l'état civil) de changer la mention du sexe qui figurait à son acte de naissance pour la mention femelle/féminin (« F »)⁷⁴⁶. Ce dernier a refusé⁷⁴⁷ au motif que les conditions énoncées à l'article 22 de la *Vital Statistics Act* n'étaient pas remplies.

22 (1) When a person has had the person's anatomical sex structure changed to a sex other than that which appears on the person's birth certificate, the Director, on production to the Director of

(a) 2 affidavits of 2 physicians, each affidavit deposing that the anatomical sex of the person has changed, and

⁷⁴² *CF v Alberta (Vital Statistics)*, *supra* note 738.

⁷⁴³ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, *supra* note 53.

⁷⁴⁴ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, *supra* note 520, art 3-4, entrés en vigueur le 1er octobre 2015 (décret), (2015) 147 GO II, 3235.

⁷⁴⁵ *CF v Alberta (Vital Statistics)*, *supra* note 738 aux paras 1-2.

⁷⁴⁶ *Ibid* au para 1.

⁷⁴⁷ *Ibid*.

(b) evidence satisfactory to the Director as to the identity of the person,

shall do either of the things referred to in subsection (2).

(2) If subsection (1) applies, the Director shall

(a) if the sex of the person is registered in Alberta, cause a notation of the change to be made on the registration of it, and

(b) if the sex of the person is registered outside Alberta, transmit to the officer in charge of the registration of births and marriages in the jurisdiction in which the person is registered, a copy of the proof of the change of sex produced to the Director.

(3) Every birth or marriage certificate issued after the making of a notation under this section shall be issued as if the registration had been made with the sex as changed.⁷⁴⁸

Si le *Director of Vital Statistics* refusait à C.F. le changement de la mention du sexe qu'elle demandait, c'était parce que « her anatomical sex structure be surgically changed from male to

⁷⁴⁸ *Ibid* au para 6; *Vital Statistics Act*, RSA 2000, c V-4, art 22 (abrogé). À titre indicatif, au moment où la Court of Queen's Bench of Alberta a rendu sa décision, cet article 22 de la *Vital Statistics Act* avait été remplacé par un autre. Désormais, pour prendre connaissance des conditions devant être remplies préalablement à l'obtention du changement de la mention du sexe, il fallait se référer à l'article 30 de la même loi.

30(1) When a person's anatomical sex structure has been changed to the opposite sex from that which appears on the person's birth registration document, the Registrar, on receipt of

(a) an affidavit from each of 2 physicians, each affidavit stating that the anatomical sex of the person has been changed, and

(b) evidence as to the identity of the person as prescribed in the regulations,

shall amend the sex on the person's record of birth and may, with the consent of the other party to the marriage, amend the sex on the record of a subsisting marriage, if any, of the person that is registered in Alberta.

(2) Every birth or marriage certificate of the person referred to in subsection (1) issued after amending the sex on the record under this section must be issued as if the registration had been made with the sex as changed.

Voir *CF v Alberta (Vital Statistics)*, *supra* note 738 au para 7; *Vital Statistics Act*, SA 2007, c V-4.1, art 30.

female and that two physicians depose in affidavits that such a change had taken place. »⁷⁴⁹ Face à ce refus, C.F. demandait à la Cour qu'elle reconnaisse l'atteinte subie à son droit à l'égalité. Elle souhaitait aussi qu'il soit ordonné au *Director of Vital Statistics* de lui remettre un acte de naissance sur lequel apparaissait la mention de sexe demandée⁷⁵⁰.

La *Court of Queen's Bench of Alberta* fit droit à cette demande. En appliquant le test de l'arrêt *R c Kapp*⁷⁵¹, elle a conclu que la condition relative aux modifications corporelles portait atteinte au droit à l'égalité de C.F.. À son avis, la réparation que demandait C.F. pouvait être accordée en vertu de l'article 24 de la *Charte canadienne*. Le tribunal a ainsi ordonné au *Director of Vital Statistics* qu'il accorde à C.F. le changement de la mention du sexe, sans qu'elle doive, bien évidemment, se soumettre à quelque traitement médical ou intervention chirurgicale que ce soit⁷⁵².

Comme on peut le constater, l'article 22 de la *Vital Statistics Act* ressemblait beaucoup à l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec*. Le premier exigeait de la personne qui souhaitait obtenir le changement de la mention du sexe qu'elle « has had the person's anatomical sex structure changed to a sex other than that which appears on the person's birth certificate [...] », alors qu'en vertu du second, le changement de la mention du sexe n'allait pas être autorisé sans que « des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer [...] [...] caractères sexuels apparents » aient été subis avec succès. Il semble bien qu'en adoptant la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*⁷⁵³, le législateur québécois s'est

⁷⁴⁹ *CF v Alberta (Vital Statistics)*, *supra* note 738 au para 5.

⁷⁵⁰ *Ibid* au para 1.

⁷⁵¹ *R c Kapp*, *supra* note 670.

⁷⁵² *CF v Alberta (Vital Statistics)*, *supra* note 738 aux paras 61-67.

⁷⁵³ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, *supra* note 520.

comporté de façon aussi préventive que prudente : il a fait maintenant ce qu'un tribunal aurait pu exiger de lui dans un avenir rapproché⁷⁵⁴.

De même, il est permis de croire que c'est pour des raisons similaires que la ministre de la justice du Québec Stéphanie Vallée a accepté d'amender le projet de règlement qui faisait suite à la loi précitée, celui-là qu'elle avait initialement publié dans la *Gazette officielle du Québec*⁷⁵⁵. La plupart des témoins, en effet, avaient fait remarquer les effets potentiellement discriminatoires qu'il aurait eu s'il avait été adopté sans amendements⁷⁵⁶. Très tôt lors des consultations tenues, la ministre Vallée a souligné que son intention, avec ce projet de règlement, n'était pas de nuire aux personnes trans* ; mais plutôt « de ne pas ajouter à la discrimination »⁷⁵⁷. Elle se disait prête, pour cette raison, à apporter des modifications au projet de règlement. C'est ce qui est arrivé : certains de ses effets potentiellement discriminatoires ont été retirés⁷⁵⁸.

⁷⁵⁴ À cet effet, consulter la « Re-Amended Motion to Institute Proceedings for a Declaratory Judgment » dans le dossier 500-17-082257-141.

⁷⁵⁵ *Règlement modifiant le Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil* (projet), *supra* note 658.

⁷⁵⁶ Assemblée nationale, *supra* note 356; Assemblée nationale, *supra* note 356; Assemblée nationale, *supra* note 356; Assemblée nationale, *Journal des débats - Commission des institutions - Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres (14 mai 2015)*, 41^e lég. 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-41-1/journal-debats/CI-150514.html>>.

⁷⁵⁷ Assemblée nationale, *supra* note 356 (Stéphanie Vallée).

⁷⁵⁸ *Règlement modifiant le Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, D 781-2015, (2015) GO II, 3238. J'écris certains de ses effets potentiellement discriminatoires parce qu'à mon avis, l'article 23.3 de ce règlement, qui ajoute pour les personnes qui auraient déjà obtenu un changement de la mention du sexe des conditions devant être remplies préalablement à l'obtention d'un autre changement de la mention du sexe, met sous tension le droit à l'égalité. Cela dit, considérant le sujet étudié dans cette thèse, je ne m'attarderai pas à cette facette.

2.2. Le contenu de la condition

C'est donc parce que le droit à l'égalité exerçait une pression en ce sens et que la condition relative aux modifications corporelles a été retirée du *Code civil du Québec*. Ce choix du législateur a été vu comme « un changement majeur dans notre droit »⁷⁵⁹ et comme « une grande avancée »⁷⁶⁰. Cette nouvelle condition, qui a été adoptée le 6 décembre 2013, n'est toutefois entrée en vigueur qu'au 1^{er} octobre 2015⁷⁶¹. Assez récente, on en sait encore bien peu sur le sens précis que lui donne le directeur de l'état civil. Tout au plus, on peut imaginer qu'il veille à ce que les articles 23.1 à 23.3 du *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁷⁶², qui balisent la condition relative à l'identité de genre, soient toutes remplies. À titre indicatif, le 10 juin 2016, ces derniers ont été modifiés⁷⁶³. Conséquemment, les commentaires qui suivent tiennent compte de ces modifications.

Il convient, en premier lieu, de présenter l'article 23.1 de ce règlement, qui précise les différents éléments devant faire l'objet d'une attestation par la personne qui présente une demande de changement de la mention du sexe.

23.1. Si elle appuie une demande de changement de la mention du sexe figurant à son acte de naissance faite par une personne âgée de 14 ans et plus, la déclaration sous serment du demandeur prévue à l'article 1 doit en outre attester :

⁷⁵⁹ Assemblée nationale, *supra* note 523 (Bertrand St-Arnaud).

⁷⁶⁰ Assemblée nationale, *Journal des débats (6 décembre 2013)*, 40^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/40-1/journal-debats/20131206/103213.html>> (Bertrand St-Arnaud).

⁷⁶¹ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, *supra* note 520, art 3-4, adoptés le 6 décembre 2013, entrés en vigueur le 1^{er} octobre 2015 (décret), (2015) 147 G.O. II, 3235. Les mots « identité sexuelle » ont quant à eux été remplacés par « identité de genre » le 10 juin 2016. À cet effet, voir *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, *supra* note 494, art 8, 21.

⁷⁶² *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 31.

⁷⁶³ *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, *supra* note 494, art 18-20.

1 ° que la mention du sexe qu'il demande est celle qui correspond le mieux à son identité de genre ;

2 ° qu'il assume et a l'intention de continuer à assumer cette identité de genre ;

3 ° qu'il comprend le sérieux de sa démarche ;

4 ° que sa démarche est faite de façon volontaire et que son consentement est libre et éclairé.

Si elle appuie une demande faite par le tuteur pour un enfant mineur, cette déclaration sous serment doit en outre attester :

1 ° que la mention du sexe qu'il demande pour l'enfant mineur est celle qui correspond le mieux à l'identité de genre de cet enfant ;

2 ° que l'enfant mineur assume cette identité de genre ;

3 ° qu'il comprend le sérieux de la démarche de l'enfant mineur ;

4 ° que sa démarche pour l'enfant mineur est faite de façon volontaire et que son consentement est libre et éclairé.

L'évaluation de l'identité de genre de la personne visée par la demande de changement de la mention du sexe se fait donc sur dossier. Une série d'éléments, listés à l'article précité, doivent faire l'objet d'une attestation sous serment. Les principes de l'état civil, qui seront abordés dans le prochain chapitre, y sont certainement pour quelque chose. Pour l'instant, il n'y a pas lieu de nous y attarder.

L'articulation de la condition, en tout cas, semble témoigner d'une crainte exprimée par le législateur, selon laquelle en l'absence d'une obligation de subir quelque traitement médical ou intervention chirurgicale que ce soit (article 71 al 2 CcQ), des personnes seraient tentées de

présenter sur un coup de tête une demande de changement de la mention du sexe⁷⁶⁴. Cette interprétation se trouve confortée par la nécessité, toujours faite à la personne qui souhaite obtenir le changement de la mention du sexe, qu'elle atteste sous serment « comprend[re] le sérieux » de la demande ainsi faite.

Par ailleurs, au passage, il est intéressant de noter que la mention de sexe demandée doit « correspond[re] le mieux » à l'identité de genre, et non pas être en parfaite harmonie avec cette dernière. Cela donne une certaine marge de manœuvre, qui pourra bénéficier aux personnes non binaires dans le genre, c'est-à-dire celles qui s'identifient autrement que par les catégories mâle/masculin (« M ») et femelle/féminin (« F »). Si ces personnes voyaient un avantage dans la possibilité d'obtenir un changement de la mention du sexe, leur demande pourrait être accordée, dans la mesure où bien évidemment les autres conditions applicables seraient remplies. Elles devraient déclarer sous serment que la mention demandée correspond le mieux à leur identité de genre, pas nécessairement que cette dernière y correspond parfaitement. C'est donc en ce sens que la réglementation ayant été mise en place laisse une certaine marge de manœuvre.

En outre, toujours en lien avec les obligations se rapportant à l'identité de genre, une différence de traitement peut être relevée entre la situation de la personne âgée de 14 ans et plus et celle qui n'a toujours pas atteint cet âge. La première doit non seulement assumer son identité de genre, mais elle doit aussi avoir l'intention de continuer à l'assumer. La seconde, quant à elle, doit seulement assumer son identité de genre, sans exprimer quelque intention que ce soit de continuer de l'assumer.

⁷⁶⁴ La situation rappelle le raisonnement qui avait été déployé dans un arrêt de la Cour d'appel de Poitiers en France, qui suggérait que la condition relative aux traitements médicaux et aux interventions chirurgicales offrait une « preuve solide du sérieux de [...] [la] motivation » de la personne souhaitant obtenir le changement de la mention du sexe. Voir CA Poitiers, *supra* note 512 à la p 3.

Dans un autre ordre d'idées, il importe de relever que la soumission d'une déclaration sous serment ne suffit pas pour que le changement de la mention du sexe soit autorisé. Encore faut-il que le contenu de l'article 23.2 du *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁷⁶⁵ soit respecté.

23.2. La demande de changement de la mention du sexe figurant à un acte de naissance d'une personne majeure, outre les documents prévus à l'article 4, doit être accompagnée d'une déclaration sous serment d'une personne majeure qui atteste connaître le demandeur depuis au moins un an et qui confirme que le demandeur reconnaît le sérieux de sa demande.

La demande de changement de la mention du sexe d'un enfant mineur doit, outre les documents prévus à l'article 4, être accompagnée d'une lettre d'un médecin, d'un psychologue, d'un psychiatre, d'un sexologue ou d'un travailleur social autorisé à exercer au Canada ou dans l'État du domicile de l'enfant, qui déclare avoir évalué ou suivi l'enfant et qui est d'avis que le changement de cette mention est approprié.

Dans le prochain chapitre, je reviendrai sur la documentation requise en vertu de cet article. Pour l'instant, je mettrai seulement en lumière qu'il a été jugé opportun par le législateur d'exiger que la demande de changement de la mention du sexe soit corroborée par une tierce partie. En effet, lorsque la personne visée par la demande est majeure, « une personne majeure [...] [doit] atteste[r] [sous serment] connaître le demandeur depuis au moins un an et [...] confirme[r] que le demandeur reconnaît le sérieux de sa demande », sans quoi le changement de la mention du sexe ne peut être autorisé. Si la personne visée par la demande est mineure, l'un des professionnels énoncés au deuxième alinéa de l'article doit déclarer « avoir évalué ou suivi l'enfant et qui est d'avis que le changement de cette mention est approprié. » Cette condition, qui peut sembler facile à remplir au premier regard, se présentera probablement comme un véritable casse-tête pour certaines personnes trans* majeures qui perdent à l'annonce de leur transition le réseau de contacts⁷⁶⁶ qu'elles avaient jusqu'alors, ou encore pour les personnes

⁷⁶⁵ *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 31.

⁷⁶⁶ Dans une revue critique du projet de règlement qui avait été publié dans la *Gazette officielle du Québec*, l'activiste trans* Caroline Trottier Gascon écrivait sur la difficulté qu'une telle condition pouvait présenter.

trans* mineures qui peuvent avoir de la difficulté à trouver le soutien de professionnels dans le réseau de la santé⁷⁶⁷.

S'il s'agit d'une première demande de changement de la mention du sexe, la personne majeure qui présente dans son dossier les documents ayant été explicités ci-dessus satisfera à la condition relative à l'identité de genre. Toutefois, s'il ne s'agit pas de sa première demande, cette personne sera soumise à un autre article qui se trouve dans le même règlement.

23.3. Dans le cas où le demandeur a déjà obtenu un changement de la mention du sexe figurant à son acte de naissance, la demande, outre les documents prévus aux articles 4 et 23.2, doit être accompagnée d'une lettre d'un médecin, d'un psychologue, d'un psychiatre d'un sexologue ou d'un travailleur social autorisé à exercer au Canada ou dans l'État du domicile du demandeur, qui déclare avoir évalué ou suivi le demandeur et qui est d'avis que le changement de cette mention est approprié, compte tenu de la déclaration sous serment faite par le demandeur à l'appui de sa demande initiale.

Pour une personne trans lourdement marginalisée, connaître quelqu'un depuis deux ans n'est pas si évident. Elle ne pourra pas nécessairement compter sur sa famille : souvent, les personnes trans sont rejetées par leur entourage quand elles font leur transition. Certaines personnes trans sont très isolées et ne disposent pas d'un réseau social assez stable pour avoir contact avec des personnes qu'elles connaissent depuis deux ans. D'autres vivent depuis longtemps dans leur identité préférée, et cachent leur passé trans autant que possible. Leur entourage immédiat ne sait donc pas qu'elles sont trans. Ce critère les forcerait à révéler leur secret, les exposant au rejet, à la discrimination et à la violence.

Dans la version du règlement qui a été adoptée, le délai de deux ans a été revu à une année. Pour autant, la situation ayant été décrite par Caroline Trottier-Gascon est encore susceptible de se présenter. Pour plus d'informations, consulter Caroline Trottier-Gascon, « Changement de mention de sexe: nouveaux critères, nouveaux obstacles » (21 décembre 2014), en ligne : Huffington Post Québec - Caroline Trottier-Gascon <http://quebec.huffingtonpost.ca/caroline-trottiergascon/changement-de-mention-de-sexe--nouveaux-criteres-nouveaux-obstacles_b_6352134.html> (consulté le 12 avril 2016).

⁷⁶⁷ Commission des relations avec les citoyens, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 103, Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres » (2016), en ligne : Assemblée nationale du Québec - Commission des relations avec les citoyens <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/crc-41-1/journal-debats/CRC-160607.html>> (consulté le 7 juin 2016) (Françoise Susset).

À la lecture de ce dernier, on constate que la personne qui avait déjà obtenu le changement de la mention du sexe et qui souhaiterait de nouveau en obtenir un⁷⁶⁸ devrait soumettre, « outre les documents prévus aux articles 4 et 23.2 » (mais pas 23.1), « une lettre d'un médecin, d'un psychologue, d'un psychiatre, d'un sexologue ou d'un travailleur social autorisé à exercer au Canada ou dans l'État [...] [de son] domicile [...] ». Dans cette lettre, le professionnel de la santé devrait faire une déclaration selon laquelle après avoir « évalué ou suivi le demandeur[,] [il] est d'avis que le changement de cette mention est approprié, compte tenu de la déclaration sous serment faite par le demandeur à l'appui de sa demande initiale. » Comme on vient tout juste de le voir, chez les personnes mineures, une obligation similaire est formulée. Au soutien de la demande, une lettre émanant d'un professionnel de la santé énuméré à l'article doit être soumise. Celle-ci doit comprendre une déclaration selon laquelle « déclare avoir évalué ou suivi l'enfant et qui est d'avis que le changement de cette mention est approprié. »

Toutefois, il y a fort à parier que ces dernières conditions sont *ultra vires*. En effet, les déclarations devant émaner des personnes visées aux articles 23.2 al 2 et 23.3 du *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁷⁶⁹ supposent l'accomplissement d'actes professionnels. Une évaluation ou un suivi doit avoir lieu, sans quoi la déclaration exigée

⁷⁶⁸ Lors de son témoignage en commission parlementaire, le Dr Shuvo Ghosh, reconnu sur la scène internationale comme un expert de la santé des personnes trans*, a eu cet échange avec la ministre de la Justice Stéphanie Vallée.

Mme Vallée : Donc, est-ce que vous êtes au fait... Est-ce qu'il arrive à quelques occasions que quelqu'un qui aurait exprimé une identité de genre différente de celle qui lui a été attribuée à la naissance revienne et fasse marche arrière dans ce processus? Est-ce que c'est fréquent ou est-ce que c'est négligeable?

M. Ghosh (Shuvo) : C'est une bonne question, parce que tout le monde me pose cette question, mais c'est très, très, très rare. Dans mon expérience, il y a deux fois... deux enfants qui ont posé cette possibilité avec un vrai voeu de modifier leur genre, mais, avec la discussion et le suivi, c'était plus clair que ce n'était pas comme une modification totale qu'ils ont voulue. Mais dans 250 il y avait deux fois une expérience comme ça, avec beaucoup d'autres complications prévues, donc ce n'était pas un cas typique ou des cas typiques.

Donc, c'est très rare, très, très rare. Dans mon expérience, c'est presque imperceptible, ces chiffres.

On comprend donc que la situation visée par l'article 23.3 du *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil* est fort exceptionnelle. Voir Assemblée nationale, *supra* note 756 (Stéphanie Vallée et Shuvo Ghosh).

⁷⁶⁹ *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 31.

ne peut être soumise. On peut ainsi se questionner sur la relation qu'entretiennent ces articles avec le deuxième alinéa de l'article 71 du *Code civil du Québec*. Selon ce dernier, les changements de nom ou de mention du sexe ne peuvent « en aucun cas être subordonnées à l'exigence que la personne ait subi quelque traitement médical ou intervention chirurgicale que ce soit. » Qui plus est, en vertu de l'article 11 du *Code civil du Québec*, « [n]ul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature », ne serait-ce qu'un examen médical. Sans même considérer les enjeux inhérents à la *Charte québécoise*, l'obligation de soumettre un document dans lequel l'avis d'un professionnel de la santé figure laisse songeur. L'évaluation ou le suivi requis peut-il être assimilé à « quelque traitement médical » au sens de l'article 71 al 2 du *Code civil du Québec* ? Dans la mesure où l'examen psychologique faisait partie de ces « traitements médicaux » qui devaient autrefois être subis avec succès, il semble bien que la réponse à la question posée soit positive. À tout le moins, un argument en ce sens pourrait être formulé⁷⁷⁰. On verra, dans les années qui viennent, comment le tout va évoluer. Quoiqu'il en soit, il y a lieu de clore la discussion sur le contenu de cette condition relative à l'identité de genre en faisant remarquer que cette dernière doit se conformer au script ayant été établi par le législateur, sans quoi le changement de la mention du sexe ne pourra être autorisé par le directeur de l'état civil.

Conclusion

Comme on l'a vu dans la première partie de cette thèse, le sexe doit faire l'objet d'une mention sur le constat de naissance (article 111 CcQ) et la déclaration de naissance (articles 115 et 116 al 2 CcQ). Avec ces informations en main, le directeur de l'état civil dresse l'acte de naissance, sur laquelle la mention « M » (mâle/masculin) et « F » (femelle/féminin) apparaît également (article 109 CcQ). Pour choisir laquelle des mentions sera inscrite sur les documents

⁷⁷⁰ Qui plus est, avant que le *Code civil du Québec* ne soit modifié par la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, « [l]'expression "traitements médicaux" vise entre autres choses un suivi psychologique afin de s'assurer que le patient présente un réel cas de transsexualisme », affirmait le professeur Benoît Moore. Voir Moore, *supra* note 590 au para 46 (note omise).

précités, une interprétation des organes génitaux est réalisée. Le nouveau-né présentant un pénis valablement formé selon les standards médicalement acceptés et appliqués au Québec est considéré comme un garçon. Il reçoit, par le fait même, la mention de sexe « M » (mâle/masculin). Celui sur lequel une vulve valablement formée selon les mêmes standards est pour sa part considérée comme une fille. La mention de sexe « F » (femelle/féminin) lui est assignée. Exceptionnellement⁷⁷¹, des personnes naissent avec des organes génitaux qui dérogent aux standards médicalement acceptés et appliqués au Québec. Cela n'a pas d'impact sur leur identification juridique : « en droit, l'hermaphrodite n'existe pas »⁷⁷². En dépit de leur légalité pour le moins douteux, des traitements médicaux et des interventions chirurgicales sont parfois entrepris à leur égard, le but étant de normaliser autant que possible l'apparence et la structure de leurs organes génitaux.

Pendant de nombreuses années, pour obtenir le changement de la mention du sexe, des personnes ont dû se soumettre à de mystérieux traitements médicaux et des interventions chirurgicales. Une certaine logique pouvait donc être tirée de cette obligation : elle s'inscrivait en continuité avec les processus applicables à détermination de la mention du sexe aux fins de l'état civil québécois. En ne considérant que cette logique, c'est-à-dire en excluant les libertés et les droits de la personne qui sont consacrés dans la *Charte québécoise* comme dans la *Charte canadienne*, on comprend dès lors mieux pourquoi il a paru loisible au législateur d'exiger, jusqu'au 30 septembre 2015⁷⁷³, que toute personne subisse au préalable des modifications corporelles ayant pour effet d'altérer l'apparence et la structure des organes génitaux. Celle-ci se trouvait inscrite à l'article 16 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*.

⁷⁷¹ Le lectorat voudra peut-être revoir la documentation citée à la note de bas de page 227.

⁷⁷² Nerson et Rubellin-Devichi, *supra* note 45 à la p 841. Cette affirmation est reprise dans Goubau, *supra* note 33 au para 284.

⁷⁷³ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, *supra* note 520, art 3-4, adoptés le 6 décembre 2013, entrés en vigueur le 1er octobre 2015 (décret), (2015) 147 G.O. II, 3235.

16. La présente section s'applique à [...] [une personne qui a notamment] subi avec succès les traitements médicaux ainsi que les traitements chirurgicaux impliquant une modification structurale des organes sexuels et destinés à modifier ses caractères sexuels apparents.⁷⁷⁴

Lorsque le « nouveau » *Code civil du Québec* est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, cette condition a été remplacée par une autre⁷⁷⁵, qui faisait encore des modifications corporelles un passage obligé pour les personnes qui souhaitaient obtenir le changement de la mention du sexe.

71. La personne qui a subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents, peut obtenir la modification de la mention du sexe figurant sur son acte de naissance et, s'il y a lieu, de ses prénoms.

[...]

Pendant ces années où elle a été en vigueur, nul n'a pu obtenir le changement de la mention du sexe sans qu'il ne soit porté atteinte à son intégrité. Cette condition s'expliquait non seulement par la compréhension que le législateur avait de la transsexualité, mais aussi par la concordance qui était attendue entre l'« identité physique » et la mention de sexe. La procédure de changement de la mention du sexe était en effet introduite pour permettre « aux transsexués d'obtenir un acte de naissance qui soit conforme à la nouvelle identité physique »⁷⁷⁶, pouvait-on lire dans les débats parlementaires.

Qu'il s'agisse de l'article 16 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁷⁷⁷ ou de l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec*, la nécessité de subir avec succès des

⁷⁷⁴ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 29, art 16.

⁷⁷⁵ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 29, abrogée par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, LQ 1992, c 57, art 463.

⁷⁷⁶ Assemblée nationale, supra note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard, je souligne).

⁷⁷⁷ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 29.

traitements médicaux et des interventions chirurgicales préalablement à l'autorisation visant le changement de la mention du sexe relevait de l'évidence. Un certain mystère, toutefois, planait sur la liste des modifications corporelles qui devaient effectivement avoir été subies avec succès. À cet égard, la législation, la jurisprudence et la doctrine n'étaient pas d'une grande utilité ; il en va de même des autorités qui ont été chargées de trancher les demandes. Comme on a pu le constater, le flou qui régnait à ce sujet était entretenu par le directeur de l'état civil, qui cultivait autour de cette condition un secret qui fut, pendant toutes ces années où elle a été en vigueur, des mieux gardé. Des informations tirées ici et là permettaient toutefois d'avoir une certaine idée de leur étendue.

Selon mes recherches, il est manifeste que le sens que donne le Directeur de l'état civil à cette expression dépasse largement l'aspect esthétique. Plus encore, l'aspect esthétique ne joue qu'un rôle secondaire. La véritable condition devant être respectée est la stérilisation irréversible. Cela signifie que la femme trans* doit subir une double orchidectomie (le retrait des testicules) ainsi qu'une vaginoplastie (retrait des corps caverneux et construction d'une néo-vulve, incluant une cavité vaginale). Quant à l'homme trans* une hystérectomie, accompagnée parfois d'une salpingo — ovariectomie (le retrait de l'utérus, des trompes de Fallope et des ovaires), de même que d'une mastectomie (retrait des seins) sont requises.

Cette meilleure idée, toutefois, doit être considérée avec prudence. Sans le témoignage des autorités qui furent chargées de trancher les demandes de changement de la mention du sexe, jamais nous ne pourrions savoir si cette liste était exhaustive ou non, juste ou non, rigide ou non. Cela posait doublement problème. D'une part, le flou qui régnait sur les modifications corporelles incontournables ne les rendait pas moins obligatoires pour autant. Ils devaient avoir été subis avec succès. D'autre part, ce ne sont pas toutes les personnes qui aspiraient au changement de la mention du sexe figurant à leur acte de naissance qui pouvaient bénéficier de ces modifications corporelles. Elles devaient, pour les subir, être en « excellente santé »⁷⁷⁸. Aussi, dans un cas comme dans l'autre, l'autonomie des personnes était mise à l'épreuve, en ce sens qu'elles n'avaient d'autre choix que de se soumettre aux exigences de la loi. Cela relevait,

⁷⁷⁸ Baril, *supra* note 6 à la p 78.

dans une certaine mesure, du paradoxe, considérant que « [c]e sont les normes acceptées par la profession médicale qui régiss[ai]ent le traitement et l'opération du transsexuel [...] »⁷⁷⁹. Or, en y regardant de plus près, les normes acceptées par la profession médicale ne commandaient pas, en contexte de changement de la mention du sexe, que les personnes subissent tout ce qui était indiqué dans la loi. Par exemple, le 16 juin 2010, la WPATH, qui élabore ces normes acceptées par la profession médicale, a expressément appelé les gouvernements à retirer des conditions devant être remplies pour qu'un changement de la mention du sexe soit autorisé toute intervention chirurgicale, notamment celles qui conduisaient à la stérilisation des personnes trans*⁷⁸⁰.

Le législateur québécois s'inscrira dans le sens demandé par la WPATH le 1^{er} octobre 2015, au moment où une nouvelle version de la procédure de changement de la mention du sexe est entrée en vigueur⁷⁸¹. Depuis ce jour, pour obtenir le changement de la mention du sexe, c'est la démonstration selon laquelle l'identité de genre ne correspond pas à la mention de sexe figurant à son acte de naissance qui doit être faite. Juridiquement, ce changement de cap s'est expliqué par la pression du droit à l'égalité. Les décisions *XY v Ontario (Government & Consumer Services)*⁷⁸² et *CF v Alberta (Vital Statistics)*⁷⁸³ qui toutes deux sont arrivées à la conclusion selon laquelle une obligation similaire à celle que l'on trouvait dans le *Code civil du Québec* était discriminatoire ont eu un certain rôle à jouer. Bien que ces décisions aient été respectivement rendues par le Human Rights Tribunal de l'Ontario et la Court of Queen's Bench de l'Alberta, le raisonnement qui y était développé aurait également pu l'être au Québec, en application de la *Charte québécoise* notamment. Les parlementaires, qui travaillaient sur certains aspects de la procédure de changement de la mention du sexe, ont saisi l'occasion pour pallier ce problème, sentant que tôt ou tard, il faudrait de toute façon laisser tomber la fameuse

⁷⁷⁹ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

⁷⁸⁰ The World Professional Association for Transgender Health, *supra* note 643.

⁷⁸¹ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, *supra* note 5, art 3-4, adoptés le 6 décembre 2013, entrés en vigueur le 1er octobre 2015 (décret), (2015) 147 G.O. II, 3235.

⁷⁸² *XY v Ontario (Government & Consumer Services)*, *supra* note 663.

⁷⁸³ *CF v Alberta (Vital Statistics)*, *supra* note 738.

condition. Ce changement de cap, aussi important puisse-t-il être, ne saurait de targuer d'être révolutionnaire. Il est vrai que ce dernier laisse une place beaucoup plus importante à l'autodétermination. Or, à de multiples égards, les caractéristiques associées à la notion de sexe telle qu'elle se déploie en contexte de catégorisation aux fins de l'état civil québécois demeurent les mêmes. Avec les adaptations qui s'imposent, les observations ayant été faites en conclusion du premier et du deuxième chapitre de cette thèse valent ici aussi. Au besoin, le lectorat est invité à s'y référer. Quoi qu'il en soit, hier comme aujourd'hui, en contexte de changement de la mention du sexe aux fins de l'état civil québécois, le pouvoir juridique continue de façonner le sujet sexué qu'il prétend tout simplement représenter⁷⁸⁴.

⁷⁸⁴ Butler, *supra* note 71 à la p 61.

Chapitre 4 | La modification de la mention du sexe : une histoire allant bien au-delà des traitements médicaux, des interventions chirurgicales et de l'identité de genre

Introduction

Nous avons étudié plus tôt les conditions relatives au corps et à l'identité de genre en contexte de changement de la mention du sexe. Selon l'époque, elles ont été intégrées dans la procédure de changement de la mention du sexe. Or, pour qu'un tel changement soit accordé (ou ait pu être accordé), d'autres conditions ont dû et doivent encore être remplies. Elles se sont trouvées dans *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁷⁸⁵, dans le *Règlement relatif aux changements de noms et à d'autres qualités de l'état civil*⁷⁸⁶, puis dans le *Code civil du Québec*, le *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁷⁸⁷ et le *Tarif des droits relatifs aux actes de l'état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe*⁷⁸⁸. Ces conditions devaient (et doivent toujours pour celles qui s'appliquent encore) être remplies, sans quoi le changement de la mention du sexe ne pouvait être espéré. Ce sont ces conditions, de fond comme de forme, qui seront abordées dans le présent chapitre. Le processus décisionnel qui y est appliqué, de même que les effets qui découlent de la décision prise par l'autorité compétente seront aussi étudiés. Tous ces éléments participent, après tout, à la

⁷⁸⁵ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 29.

⁷⁸⁶ *Règlement relatif aux changements de noms et à d'autres qualités de l'état civil*, AC 1045-78, 19 avril 1978, GOQ 1978II2199.

⁷⁸⁷ *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 31.

⁷⁸⁸ *Tarif des droits relatifs aux actes de l'état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe*, supra note 32.

production juridique du sujet sexué, ne serait-ce qu'en contexte de changement de la mention du sexe⁷⁸⁹.

Ce contexte n'est toutefois pas le seul qui peut mener à une modification similaire sur l'acte de naissance. Lorsqu'une *erreur* est commise dans la confection d'un acte de l'état civil, les procédures de correction et de rectification d'un tel acte peuvent se montrer utiles. Dans certains contextes, davantage théoriques que pratiques faut-il déjà le souligner, ces procédures très techniques peuvent mener à la modification de la mention du sexe apparaissant sur l'acte de naissance. À l'instar de la procédure de changement de la mention du sexe, les conditions devant alors être remplies participent à la production juridique du sujet sexué. C'est pourquoi elles seront aussi étudiées dans ce chapitre.

1. Les conditions pour obtenir le changement de la mention du sexe

Les conditions pour obtenir le changement de la mention du sexe peuvent être classées en deux catégories : celles de fond et celles de forme.

1.1. Les conditions de fond

Préalablement à l'apparition de la procédure de changement de la mention du sexe dans la législation québécoise, le Comité du nom des personnes de l'Office de révision du Code civil proposait, dans son *Rapport sur le nom et l'identité physique de la personne humaine*, que le changement de la mention du sexe ne soit réservé qu'aux personnes qui présentaient un certain profil.

⁷⁸⁹ À titre indicatif, encore une fois, il importe de préciser que je ne m'attarderai pas au changement de la mention du sexe qui pourrait viser une personne inapte.

Article 16

Tout citoyen canadien, non marié, résidant au Québec depuis au moins un an et ayant subi avec succès les traitements médicaux et chirurgicaux destinés à modifier les apparences du sexe, a le droit d'obtenir du directeur de l'état civil que son acte de naissance soit modifié en conséquence et que ses prénoms soient changés.

(je souligne)⁷⁹⁰

Quelques années plus tard, la *Loi modifiant la Loi du changement de nom*⁷⁹¹, qui introduisait pour la première fois dans la législation québécoise une procédure de changement de la mention du sexe, a été adoptée. Celle-ci allait être incorporée dans la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, qui est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1978⁷⁹². Pour cela, celles qui souhaitaient bénéficier de cette procédure ont dû se soumettre à une série de conditions, dont celle de subir avec succès des modifications corporelles. L'article 16 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁷⁹³ ne pouvait à cet effet être plus explicite.

16. La présente section s'applique à un citoyen canadien majeur, non marié, résidant au Québec depuis au moins un an et qui a subi avec succès les traitements médicaux ainsi que les traitements chirurgicaux impliquant une modification structurale des organes sexuels et destinés à modifier ses caractères sexuels apparents.

(je souligne)

Comme on peut le constater, au-delà de certaines différences terminologiques, l'article qui a été adopté par l'Assemblée nationale du Québec ressemble énormément à celui qui avait été proposé par le Comité du nom des personnes de l'Office de révision du Code civil. Dans les

⁷⁹⁰ Comité du nom des personnes, *supra* note 36 à la p 40.

⁷⁹¹ *Loi modifiant la Loi du changement de nom*, *supra* note 20.

⁷⁹² *Ibid*, art 12.

⁷⁹³ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29.

deux cas, le changement de la mention du sexe n'allait être possible que pour les personnes qui avaient la citoyenneté canadienne, qui n'étaient pas mariées, qui résidaient au Québec depuis au moins un an et qui bien entendu avaient subi avec succès certaines modifications corporelles.

Le 1^{er} janvier 1994, lorsque le « nouveau » *Code civil du Québec* est entré en vigueur, cette procédure a été remplacée par une autre⁷⁹⁴. Elle reprenait essentiellement celle que l'on trouvait déjà dans le droit antérieur, de dire le ministre de la Justice dans ses commentaires⁷⁹⁵.

Article 71. La personne qui a subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents, peut obtenir la modification de la mention du sexe figurant sur son acte de naissance et, s'il y a lieu, de ses prénoms.

Seul un majeur, non marié, domicilié au Québec depuis au moins un an et ayant la citoyenneté canadienne, peut faire cette demande.

(je souligne)

Au nombre des conditions, l'on trouvait encore celle qui visait les modifications corporelles, l'âge, la citoyenneté canadienne et l'absence de liens du mariage. Force est donc d'admettre que la reprise substantielle du droit antérieur comportait une modification importante. Il n'était plus question d'une résidence au Québec depuis au moins un an ; désormais il fallait y être domicilié pour la même période. En outre, l'absence de liens du mariage est restée au nombre des conditions qui devaient être remplies jusqu'au 9 novembre 2004⁷⁹⁶.

⁷⁹⁴ *Ibid*, abrogée par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, LQ 1992, c 57, art 463.

⁷⁹⁵ Québec, Ministère de la Justice, *supra* note 177 à la p 58.

⁷⁹⁶ *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, LQ 2004, c 23, art 9.

Autrement, ce n'est qu'au 1^{er} octobre 2015 que des changements majeurs à l'article 71 du *Code civil du Québec* seront apportés⁷⁹⁷. Ce jour, en effet, ce que l'on pouvait lire à cet article a été remplacé par le texte suivant.

71. 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.

(je souligne)

Malgré ce remplacement, on note encore que seules les personnes qui sont majeures, domiciliées au Québec depuis au moins un an et qui ont la citoyenneté canadienne peuvent obtenir le changement de la mention du sexe. Pour cela, elles ne doivent plus subir avec succès « quelque traitement médical ou intervention chirurgicale que ce soit », mais plutôt avoir une « identité sexuelle [qui] ne correspond pas à la mention du sexe figurant à son acte de naissance ». Par ailleurs, bien que la nouvelle mouture de l'article 71 du *Code civil du Québec* ait été intégrée dans la législation québécoise le 1^{er} octobre 2015, l'article 3084.1 auquel il est fait référence s'applique, lui, depuis le 6 décembre 2013⁷⁹⁸.

⁷⁹⁷ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, supra note 520, art 3-4, entrés en vigueur le 1er octobre 2015 (décret), (2015) 147 GO II, 3235.

⁷⁹⁸ *Ibid*, art 38, entré en vigueur le 6 décembre 2013 en vertu de l'article 44 de cette loi.

Récemment, grâce à l'adoption de la *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, d'autres modifications majeures ont été apportées à la procédure étudiée.

71. La personne dont l'identité de genre 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, seule une personne domiciliée au Québec depuis au moins un an et ayant la citoyenneté canadienne peut obtenir de telles modifications.

L'enfant de moins d'un an, né et domicilié au Québec, est considéré y être domicilié depuis au moins un an.

Les conditions déterminées par règlement du gouvernement qui doivent être satisfaites pour obtenir de telles modifications peuvent varier notamment en fonction de l'âge de la personne visée par la demande.⁷⁹⁹

Depuis le 10 juin 2016, c'est donc de cette façon que l'article 71 se montre à voir dans le *Code civil du Québec*. Parmi les modifications terminologiques et les précisions ayant été apportées, on note, à sa lecture, la disparition de la condition relative à la majorité. Les personnes mineures, en effet, peuvent désormais obtenir le changement de la mention du sexe — dans la mesure où d'autres conditions sont remplies.

⁷⁹⁹ *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, supra note 494, art 8, entré en vigueur le 10 juin 2016 en vertu de l'article 21 de cette loi.

On voit bien, considérant ce qui précède, que juridiquement, le sexe des personnes trans* n'est pas seulement fondé sur l'interprétation du corps et de l'identité de genre. Dans sa genèse, on a pu trouver (ou on trouve encore) des éléments se rapportant à la citoyenneté canadienne, à l'âge, à la résidence ou au domicile au Québec, ainsi qu'à l'absence de liens du mariage. Ci-dessous, chacune des conditions de fond que je viens tout juste d'expliquer est traitée. Une autre, implicite cette fois, sera aussi considérée : il s'agit de la volonté d'obtenir le changement de la mention du sexe.

1.1.1. La citoyenneté canadienne

Premièrement, depuis son insertion dans la loi québécoise, la possibilité d'obtenir le changement de la mention du sexe est réservée aux personnes ayant la citoyenneté canadienne. Selon les auteurs Brun, Tremblay et Brouillet, « [l]a citoyenneté, ou la nationalité au sens formel, est un lien juridique qui rattache l'individu à l'État. »⁸⁰⁰ Jusqu'au 31 décembre 1993, cette condition se trouvait à l'article 16 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁸⁰¹. Au 1^{er} janvier 1994, elle a été déplacée à l'article 71 du *Code civil du Québec*. Aujourd'hui, c'est encore là qu'elle peut être consultée. Les personnes ayant un statut de réfugiées, de résidents permanents ou d'étudiants étrangers par exemple se voient ainsi exclues de la possibilité d'obtenir le changement de la mention du sexe : elles ne sont pas citoyennes canadiennes.

Dans le processus d'octroi de la citoyenneté, le Québec joue un certain rôle⁸⁰², mais il ne peut empiéter sur les plates-bandes de l'autorité fédérale. C'est cette dernière qui est titulaire de la compétence primordiale en la matière⁸⁰³. Concernant d'ailleurs ce partage des compétences

⁸⁰⁰ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 359 au para III.61.

⁸⁰¹ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29.

⁸⁰² *Loi sur l'immigration au Québec*, RLRQ, c I-0.2.

⁸⁰³ *Loi constitutionnelle de 1867 (R-U)*, *supra* note 689, art 95.

entre le pouvoir fédéral et le pouvoir provincial, il est intéressant de noter l'absence de disposition au sujet de la citoyenneté canadienne aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁰⁴. Tout au plus, l'article 91(25) souligne la compétence accordée au Parlement en matière de « naturalisation et aubains »⁸⁰⁵. Il ne faut pas s'en surprendre, nous dit le professeur Gérard-A Beaudoin, puisqu'« à l'époque de la Fédération, le Canada n'était qu'une colonie fédérale jouissant d'une autonomie interne. Nous étions sujets britanniques. »⁸⁰⁶ Dans ce contexte, sauf dans la mesure permise par le Parlement, le Québec ne peut s'immiscer dans les processus relatifs à l'octroi ou au retrait de la citoyenneté canadienne⁸⁰⁷. Pour autant, cela ne l'empêche pas de faire de la citoyenneté canadienne une condition pour obtenir le changement de la mention du sexe. Lorsqu'il agit ainsi, il utilise sa compétence en matière de propriété et de

⁸⁰⁴ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), *supra* note 691.

⁸⁰⁵ *Ibid*, art 91(25). Le constitutionnaliste Gérard-A Beaudoin explique de cette façon le sens de l'expression « naturalisation et aubains » :

Les mots « *naturalisation and aliens* », (naturalisation et aubains) apparaissent au paragraphe 91(25) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sans plus. La naturalisation est le processus par lequel une personne qui était auparavant un étranger dans un État devient un citoyen de cet État. Selon le *Nouveau Petit Larousse* un *aubain* est un individu fixé dans un pays étranger sans être naturalisé. Chez nous, au Canada, l'immigrant avant sa naturalisation est un aubain.

Voir Gérard-A Beaudoin, *La Constitution du Canada: institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004 à la p 803 (note omise).

⁸⁰⁶ Beaudoin, *supra* note 805 à la p 803, mais aussi, de façon générale, les pages 803 et s. Le professeur Peter Hogg est du même avis, affirmant de son côté qu'« [a]t the time of confederation, there was no such thing as Canadian citizenship. Persons born in (or naturalized in) the various parts of the British Empire, including British North America, were simply British subjects. » Voir Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd, 1, Scarborough, Thompson/Carswell, 2007 à la p 26-5, mais aussi, de façon générale, les pages 26-1 et s. L'absence de disposition spécifique portant sur la citoyenneté s'expliquerait donc par le statut que le Canada a eu au sein de l'Empire britannique jusqu'en 1931. On se souviendra qu'il n'est devenu souverain qu'après la *Déclaration de Balfour* de 1926 et le *Statut de Westminster* de 1931. Cette accession à la souveraineté lui a permis d'établir les conditions d'octroi et de retrait de la citoyenneté canadienne. L'obtention de sa compétence sur les questions de « citoyenneté » est donc postérieure à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867* et c'est pourquoi cette dernière n'en faisait pas mention. À la fin des années quarante, pour la première fois, le Canada s'est doté d'une loi sur le sujet. Constitutionnellement, son adoption a été rendue possible non pas grâce au paragraphe 91(25) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (qui permet au Parlement de légiférer en matière de « naturalisation et aubains »), mais plutôt en raison de sa compétence résiduelle, qui est comprise dans la même loi. Aujourd'hui, c'est la *Loi sur la citoyenneté* et les règlements qui y sont associés qui encadrent le processus par lequel une personne acquiert ou perd la citoyenneté canadienne, mais considérant les besoins de cette thèse, je ne m'y attarderai pas. Pour de plus amples informations, voir *Loi sur la citoyenneté canadienne de 1946*, SRC 1970, c C-19 (abrogée); *Loi sur la citoyenneté*, LRC 1985, c C-29; Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 359 aux paras III.61 et s.

⁸⁰⁷ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), *supra* note 689, art 95. À cet effet, le Québec compte, dans sa législation, la *Loi sur l'immigration au Québec*, *supra* note 802.

droits civils⁸⁰⁸. Ce faisant, il ne porte pas atteinte à la séparation des pouvoirs. En matière de changement de la mention du sexe, il a paru au législateur opportun d'utiliser de cette façon la citoyenneté canadienne : sous réserve de l'article 3084.1 du *Code civil du Québec*, dont je discuterai ci-après, seules les personnes qui la détiennent peuvent bénéficier des effets de la procédure qui retient notre attention.

Une lecture du *Rapport sur le nom et l'identité physique de la personne humaine* permet de trouver le fondement de cette condition. C'est la volonté « d'éviter [...] que des étrangers ne se prévalent des présentes dispositions dans le but d'obtenir un changement d'identité physique qui serait interdit selon les lois qui les régissent [...] »⁸⁰⁹ qui expliquerait sa présence dans la loi québécoise. Dans un article, la professeure Ouellette-Lauzon affirmait qu'avec une telle condition, le législateur « a[vait] voulu éviter que la province devienne un ‘paradis’ des changements de sexe, comme le sont certains pays d'Afrique du Nord. »⁸¹⁰ Dans les débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la première procédure de changement de la mention du sexe, rien d'aussi explicite ne peut être trouvé, mais cela n'affecte pas la validité de l'opinion ayant été avancée par la professeure Ouellette-Lauzon.

D'ailleurs, l'idée de limiter cette forme de tourisme est explicitement ressortie des débats parlementaires ayant été tenus lors de l'étude des dispositions du « nouveau » *Code civil du Québec*. Cette idée était formulée à l'égard d'une procédure similaire, celle du changement de nom. Considérant toutefois la teneur des échanges qui ont eu lieu, l'hypothèse selon laquelle les observations s'appliquent également, avec les modifications qui s'imposent, à la procédure de changement de la mention du sexe, est très forte. Ci-dessous, je reproduis un échange entre Messieurs Gil Rémillard et Richard B. Holden, qui permet de mieux comprendre pourquoi la citoyenneté canadienne a été élevée au rang de condition pour obtenir le changement de nom et incidemment de la mention du sexe.

⁸⁰⁸ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), *supra* note 689, art 92(13).

⁸⁰⁹ Comité du nom des personnes, *supra* note 36 à la p 42.

⁸¹⁰ Ouellette-Lauzon, *supra* note 482 à la p 191.

M. Holden : La question de la citoyenneté. Est-ce qu'il y a une raison spéciale pour qu'il y ait une qualification de citoyenneté ?

M. Rémillard : C'est le droit actuel.

M. Holden : Oui, je sais, mais...

M. Rémillard : C'est le droit actuel. C'est le critère objectif pour déterminer l'exercice de droits en fonction, donc, des autres éléments qui sont dans l'article 59. C'est vraiment l'élément objectif. Vous êtes citoyen canadien, vous êtes domicilié au Québec depuis au moins un an, à ce moment-là, vous pouvez demander un changement de nom, vous êtes un citoyen comme tel.

M. Holden : Parce qu'il y a des gens qui sont ici depuis des années, qui n'ont pas pris leur citoyenneté, qui pourraient...

M. Rémillard : Bien, ils ne sont pas canadiens. Parce qu'on ne peut pas venir ici régler un problème alors qu'ils ne sont pas des gens de notre pays. Si quelqu'un nous arrive, c'est un Anglais d'Angleterre ou un Français de France ou je ne sais pas, d'autres pays, qui veut changer son nom ici, je pense qu'on n'a pas d'autorité sur ces gens-là. Notre capacité juridique ne s'étend pas à ces gens-là pour une telle situation regardant le droit civil.

M. Holden : Les chartes protègent les immigrants et quand même... Moi, je connais un Grec qui est ici depuis 25 ans et il songe à changer son nom. Je lui ai dit : Il faut changer votre citoyenneté avant.

M. Rémillard : Oui.

M. Holden : Il trouve ça un peu bizarre. Moi, j'étais d'accord avec lui que c'était dommage mais...

M. Rémillard : Ce n'est pas bizarre parce qu'on n'a pas à changer le nom de citoyens qui ne sont pas canadiens. Si on veut changer le nom d'une personne, c'est parce que, administrativement et au point de vue administration et situation juridique, il a sa place dans le droit québécois, canadien. Alors, s'il n'est pas citoyen, je pense qu'on n'a pas juridiction.

M. Holden : Mais il y a des noms étrangers qui portent au ridicule et...

M. Rémillard : Oui.

M. Holden : ... qu'on veut changer et on ne peut pas être citoyen avant quoi ? deux, trois ans. Trois ans, je crois.

M. Rémillard : Trois ans.

M. Holden : Alors, je ne sais pas...

M. Rémillard : Je sais, pendant trois ans, ils vont avoir une période plus difficile et, au bout de la troisième année, ils vont l'apprécier d'autant plus...

M. Holden : Ha, ha, ha ! En tout cas...

M. Rémillard : ... d'être canadiens.⁸¹¹

Le député Holden n'était pas le seul à contester la pertinence de la condition relative à la citoyenneté canadienne en matière de changement de nom. Une autre députée, Louise Harel cette fois, s'interrogeait d'une façon similaire, se disant tout de même partisane d'une règle selon laquelle le Québec « ne devienne pas le paradis du changement de nom en Amérique ou dans le monde. »

Mme Harel : Deux questions au ministre. La première : Pourquoi attendre la citoyenneté ? Moi, je suis partisane cependant qu'il y ait une règle, qu'on ne devienne pas le paradis du changement de nom en Amérique ou dans le monde. Mais est-ce que la règle de la résidence permanente ne satisferait pas les

⁸¹¹ Assemblée nationale, *Journal des débats - Commissions parlementaires - Sous-commission des institutions - Étude détaillée du projet de loi 125 - Code civil du Québec (29 août 1991)*, 34^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/journaux-debats/index-jd/recherche.html?cat=ex&Session=jd3411se&Section=sujets&Requete=SCI+109-78&Hier=Code+civil+du+Qu%C3%A9bec_Projet+de+loi+125_SCI+109-78> (Richard B. Holden et Gil Rémillard).

préoccupations du ministre, étant donné que, à partir de l'obtention du statut de résident permanent, il y a donc acceptation ?⁸¹²

En réponse à cette question, le ministre Rémillard a précisé sa pensée. Il a affirmé que la condition relative à la citoyenneté canadienne découlait des droits qui étaient rattachés à un tel statut.

M. Rémillard : [...] Mais l'autre, la citoyenneté canadienne, ce critère, c'est le critère objectif qu'on peut déterminer, tout d'abord, de par le droit international où la permanence, comme capacité juridique, s'obtient par la citoyenneté. Quand vous devenez citoyen, par le fait même, vous avez toute la capacité juridique qui est liée à l'état ; vous êtes un citoyen, donc vous avez le droit de vote. Vous avez tous les autres droits qui sont reliés à l'ensemble et, en plus, nous, nous lions cette citoyenneté au domicile québécois pour ne pas être, comme vous le disiez, l'endroit par excellence où on vient de partout au Canada ou d'Amérique et puis qu'on y vient pour changer de nom : Allez au Québec et puis ça vous coûte quelques dollars. Et puis vous venez changer de nom ici. [...] C'est donc dans ce contexte-là qu'on s'est référé au terme de citoyenneté, en fonction des règles internationales et aussi des règles nationales.⁸¹³

Il importe de le souligner encore : les échanges qui précèdent ne portaient pas directement sur la procédure de changement de la mention du sexe. Ils visaient, plutôt, la procédure de changement de nom. Ces procédures, bien que différentes, amènent un changement à l'état civil d'une personne. Dans certains cas, aussi, le changement de nom peut être concomitant au changement de la mention du sexe (article 71 CcQ). Pour cela, je crois que ce qui a été dit sur le changement de nom aurait également pu l'être au sujet du changement de la mention du sexe. L'hypothèse, en tout cas, je la juge est très forte.

Au centre de ces discussions qui ont eu lieu en marge de l'adoption du « nouveau » *Code civil du Québec* se trouvait deux idées. La première était avancée par la députée Harel. Elle reprenait

⁸¹² *Ibid* (Louise Harel).

⁸¹³ *Ibid* (Gil Rémillard).

en substance le propos de la professeure Ouellette-Lauzon⁸¹⁴ : « [m]oi, je suis partisane cependant qu'il y ait une règle, qu'on ne devienne pas le paradis du changement de nom en Amérique ou dans le monde. »⁸¹⁵ En faisant de la citoyenneté canadienne une condition devant être remplie par toute personne qui allait demander le changement de la mention du sexe, la situation décrite par la députée Harel n'allait jamais pouvoir se concrétiser. D'autres moyens, il va sans dire, auraient pu permettre d'arriver aux fins soulignées par la députée Harel. Imaginons par exemple une exigence selon laquelle la présence géographique sur le territoire québécois aurait été requise pour un certain temps. Considérant toutefois la deuxième idée, cette solution n'était pas envisageable.

Du moins en apparence, cette deuxième idée est plus complexe. Elle fait appel au droit des personnes migrantes ainsi qu'au pouvoir du Québec en matière d'état civil pour ces personnes. Le ministre Rémillard l'exprimait de la façon suivante : « [s]i quelqu'un nous arrive, c'est un Anglais d'Angleterre ou un Français de France ou je ne sais pas, d'autres pays, qui veut changer son nom ici, je pense qu'on n'a pas d'autorité sur ces gens-là. »⁸¹⁶ Ainsi, selon le ministre, parce que la personne qui présenterait une demande de changement de nom (ou de la mention du sexe par analogie) n'aurait pas la citoyenneté canadienne, le Québec n'aurait aucun pouvoir à son égard : il ne pourrait alors satisfaire à sa demande.

Cependant, lorsqu'on regarde de plus près la situation, la raison invoquée par le ministre Rémillard n'est juridiquement pas valable, comme je l'expliquerai ci-après. Comment l'expliquer dans ce cas ? Deux hypothèses peuvent être formulées. Dans un cas comme dans l'autre, le résultat est le même : aujourd'hui encore, sous réserve de l'article 3084.1 du *Code civil du Québec*, les personnes trans* qui n'ont pas la citoyenneté canadienne ne peuvent obtenir le changement de la mention du sexe.

⁸¹⁴ Ouellette-Lauzon, *supra* note 482 à la p 191.

⁸¹⁵ Assemblée nationale, *supra* note 811 (Louise Harel).

⁸¹⁶ *Ibid* (Gil Rémillard).

Il est possible, d'une part, que les motifs ayant été avancés par le ministre permettaient de détourner l'attention de la principale raison pour laquelle la condition relative à la citoyenneté canadienne se trouvait dans la législation québécoise, c'est-à-dire la volonté de limiter autant que possible les permissions d'obtenir le changement de la mention du sexe. Il est aussi possible, d'autre part, que la condition relative à la citoyenneté canadienne repose sur une mécompréhension du droit québécois. La proposition du ministre Rémillard témoigne en effet d'une interprétation erronée des normes juridiques applicables au droit des personnes et au droit international privé. D'un côté, il est vrai que les autorités québécoises ne peuvent forcer les autorités étrangères à apporter quelques changements dans leur(s) registre(s) de l'état civil. Cela ressort bien de la jurisprudence. Même si ces dernières abordaient le changement de nom, les affaires *Roberge (Re)*⁸¹⁷, *C.-P. et Greffier de la Cour supérieure du district de Montréal*⁸¹⁸ et *GJBP (Dans la situation de)*⁸¹⁹ peuvent servir d'illustration. En tout cas, le raisonnement qui y est développé peut aussi être appliqué au changement de la mention du sexe.

Dans la première, la requérante demandait au tribunal que son nom soit changé pour Roxanne Roberge. Selon les faits communiqués dans la décision, depuis dix ans, elle était identifiée sous ce patronyme, mais sur ses pièces d'identité officielles, le nom Roxane Bourque apparaissait, comme en faisait foi le certificat de naissance produit au dossier de la Cour. Cependant, ce certificat de naissance n'émanait pas du Québec. Il avait été dressé au Nouveau-Brunswick. Le tribunal pouvait-il, dans ce contexte, autoriser le changement de nom ?

Dans la deuxième, la situation était différente. Cette fois, le tribunal était saisi d'une demande conjointe en changement d'état et en changement de nom.

S.C-P. et M.P.E. demandent :

⁸¹⁷ *Roberge (Re)*, [1991] RJQ 463 (CS).

⁸¹⁸ *C-P et Greffier de la Cour supérieure du district de Montréal*, [1996] RL 51 (CS).

⁸¹⁹ *GJBP (Dans la situation de)*, [2003] RL 470 (CS).

1) que monsieur C.-P. soit reconnu le père de la fille de madame E., S., née le 22 septembre 1988 ;

2) que l'acte de naissance de S. fasse état de la paternité de monsieur C.-P. ;

3) que le nom de famille de S. soit changé pour que, dorénavant, elle s'appelle S.E.C.-P. et non pas simplement S.E. ;

4) et qu'il soit ordonné aux mis en cause, à titre de dépositaires des registres de l'état civil pour l'année 1993, (même si l'enfant est née en 1988), d'inscrire les mentions nécessaires pour donner effet au jugement à intervenir.⁸²⁰

Dans cette affaire, les mis en cause se trouvaient en République d'Haïti. Les documents relatifs à la naissance de l'enfant ne se trouvaient donc pas au Québec. Ils n'avaient pas, non plus, été dressés dans cette province. La question, encore, était la suivante : le tribunal pouvait-il faire droit à la requête qui lui était présentée ?

Dans la troisième, il s'agissait d'une requête en changement de nom d'un enfant mineur, après que son père eût été déchu de l'autorité parentale. La requérante, mère de l'enfant mineur, ainsi que ce dernier, étaient domiciliés au Québec. L'enfant mineur, toutefois, était né à Toronto. Sa naissance avait donc été enregistrée en Ontario. Ce faisant, une question se posait quant à la marge de manœuvre du tribunal : « a-t-il compétence en l'espèce pour procéder au changement de nom et "Prier le registraire gardien des registres de la Province de l'Ontario d'effectuer toute inscription ou correction appropriée" ? »⁸²¹ La même question, quoique formulée différemment dans les autres affaires ayant été ci-dessus présentées, revenait encore une fois.

En l'espèce, dans ces trois décisions, la réponse des tribunaux fut la même. Ils n'ont pas la compétence pour forcer un officier de l'état civil étranger à faire quoi que ce soit.

⁸²⁰ *C-P et Greffier de la Cour supérieure du district de Montréal, supra* note 818 à la p 52.

⁸²¹ *GJPB (Dans la situation de), supra* note 819 au para 6.

Pour pouvoir changer un nom, il faut donc que ce nom soit attribué dans un acte de naissance inscrit dans les registres de l'état civil tenus au Québec. Nous n'avons pas compétence pour modifier les registres d'une autre province.⁸²²

Un raisonnement similaire est adopté dans *C.-P. et Greffier de la Cour supérieure du district de Montréal*. On y lit :

Rappelons que l'acte de naissance de l'enfant fait partie des registres de l'état civil de la République d'Haïti et que la Cour supérieure du Québec n'a aucune juridiction pour y ordonner quelque inscription que ce soit.

Cependant, si l'acte de naissance de S.E. était inséré dans les registres de l'état civil du Québec, la rectification de cet acte, *i.e.* pour refléter la paternité de monsieur C.-P. ne pourrait-elle pas être ordonnée par la Cour supérieure du Québec ?

L'étape préliminaire cependant est l'insertion de cet acte de naissance dans les registres de l'état civil du Québec.⁸²³

Il en va de même dans *GJBP (Dans la situation de)*. Encore une fois, la réponse offerte par le tribunal est négative. Ce dernier ne peut ordonner quoi que ce soit au registraire gardien des registres de la Province de l'Ontario, constate-t-on à la lecture de la décision. Plutôt, « pour pouvoir autoriser un changement de nom, [il] doit [y] avoir une preuve à l'effet que l'acte de naissance est inscrit dans les registres de l'état civil du Québec. »⁸²⁴ Or, comme une telle preuve n'apparaissait pas au dossier, le changement de nom ne pouvait être ordonné.

Ces trois exemples tirés de la jurisprudence donnent en partie raison au ministre Rémillard. Il n'est pas possible, en vertu du droit québécois, de forcer la main d'un officier étranger qui refuserait d'apporter, sur les documents d'état civil d'une personne concernée, les modifications

⁸²² *Roberge (Re)*, *supra* note 817 à la p 6 (document PDF).

⁸²³ *C.-P. et Greffier de la Cour supérieure du district de Montréal*, *supra* note 818 à la p 55.

⁸²⁴ *GJBP (Dans la situation de)*, *supra* note 819 au para 9.

qui sont demandées par cette dernière. Cela, les décisions *Roberge (Re)*⁸²⁵, *C.-P. et Greffier de la Cour supérieure du district de Montréal*⁸²⁶ et *GJBP (Dans la situation de)*⁸²⁷ l'illustrent bien. D'ailleurs, en vertu de l'article 3083 al 1 du *Code civil du Québec*, « [l']état et la capacité d'une personne physique sont régis par la loi de son domicile. » À cette règle générale s'ajoute une série de considérations, elle aussi énoncée au chapitre « Du statut personnel » que l'on trouve aux articles 3083 à 3096 du même code. Bien entendu, le domicile d'une personne peut se situer à l'extérieur du pays duquel elle détient la citoyenneté. Considérant cela, il y a lieu de se demander, en contexte de changement de la mention du sexe, pourquoi il ne conviendrait pas d'appliquer la loi du domicile, d'autant plus qu'aucune norme juridique n'interdit au Québec d'apporter quelque modification que ce soit aux documents d'état civil qui sont contenus sur son propre registre... Il serait certes possible que la personne visée ne soit pas née au Québec. D'emblée, à son arrivée au Québec, aucun acte de naissance ne se trouverait dans le registre de l'état civil. Cette personne, toutefois, pourrait demander à ce que ledit acte de naissance qui a été fait à son égard soit inséré dans le registre de l'état civil québécois, une option offerte par l'article 137 du *Code civil du Québec*.

137. Le directeur de l'état civil, sur réception d'un acte de l'état civil fait hors du Québec, mais concernant une personne domiciliée au Québec, insère cet acte dans le registre comme s'il s'agissait d'un acte dressé au Québec.

Il insère également les actes juridiques faits hors du Québec modifiant ou remplaçant un acte qu'il détient ; il fait alors les inscriptions nécessaires au registre.

Malgré leur insertion au registre, les actes juridiques, y compris les actes de l'état civil, faits hors du Québec conservent leur caractère d'actes semi-authentiques, à moins que leur validité n'ait été reconnue par un tribunal du Québec. Le directeur doit mentionner ce fait lorsqu'il délivre des copies, certificats ou attestations qui concernent ces actes.

⁸²⁵ *Roberge (Re)*, supra note 817.

⁸²⁶ *C.-P. et Greffier de la Cour supérieure du district de Montréal*, supra note 818.

⁸²⁷ *GJBP (Dans la situation de)*, supra note 819.

Cet article permet donc au directeur de l'état civil d'insérer au registre de l'état civil un acte de l'état civil qu'il n'a pas dressé lui-même, pour autant que ce dernier concerne une personne domiciliée au Québec (article 137 al 1 CcQ). Cette personne n'a pas à détenir la citoyenneté canadienne. Il en va de même pour les actes juridiques faits hors du Québec qui modifient ou remplacent un acte se trouvant au registre de l'état civil — un jugement par exemple.

Dans le contexte qui nous occupe, cela veut donc dire que si la condition relative à la citoyenneté canadienne ne faisait pas partie des conditions devant être remplies, la personne migrante qui est domiciliée au Québec pourrait obtenir le changement de la mention du sexe. Pour ce faire, elle demanderait au directeur de l'état civil que son acte de naissance soit inséré au registre de l'état civil, après quoi elle entamerait les démarches associées à la procédure de changement de la mention du sexe. Sur réception de cette procédure, sans porter atteinte à la souveraineté de l'État étranger, le directeur de l'état civil apporterait les changements requis. Bien entendu, la personne, munie de ce nouveau document, pourrait demander à son État d'origine de reconnaître le changement ayant été accordé au Québec. Il n'en demeure pas moins que cet État étranger conserverait la possibilité, pour des raisons qui lui seraient propres, de refuser d'agir en ce sens. Cela dit, parce que la citoyenneté canadienne fait partie des conditions devant être remplies préalablement à l'obtention du changement de la mention du sexe, la possibilité tout juste évoquée est hors de portée pour les personnes qui ne sont pas citoyennes du Canada⁸²⁸.

Dans ce contexte, comme je l'avançais ci-dessus, il est possible que la condition relative à la citoyenneté canadienne repose sur une mécompréhension du droit québécois. Cette hypothèse, toutefois, me semble étonnante, dans la mesure où les articles 71 et 3083 al 1 du *Code civil du Québec* ont été adoptés en même temps. S'il avait été véritablement question de compétence,

⁸²⁸ Par ailleurs, à titre comparatif, on notera que la citoyenneté canadienne ne fait pas partie des conditions devant être remplies pour contracter l'union civile, pas plus que pour se marier ou divorcer au Canada. Pourtant, toutes ces situations entraînent des changements importants à l'état civil des personnes... Sur l'union civile, consulter les articles 538.1 et suivants du *Code civil du Québec*. Sur le mariage, consulter les articles 365 et suivants du *Code civil du Québec*, *Loi sur le mariage civil*, LC 2005, c 33; *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*, LC 1990, c 46. Quant au divorce, il fera l'objet d'une étude approfondie dans la section 1.1.4.1. Le divorce, mais pour l'instant, il suffira de consulter la *Loi sur le divorce*, LRC 1985, c 3 (2e suppl).

comme l'avancéait le ministre Rémillard, pourquoi aurait-il adopté l'article 3083 al 1 du *Code civil du Québec*, lui qui dispose que « [l']état et la capacité d'une personne physique sont régis par la loi de son domicile » (je souligne)? Pourquoi en irait-il autrement en matière de changement de nom ou de mention de sexe, alors qu'il s'agit de changements qui visent l'état d'une personne physique? Ne devraient-ils pas alors être régis, dans ce cas, par la loi québécoise, c'est-à-dire celle de son domicile, dans la mesure où cette personne physique est effectivement domiciliée au Québec? Pour cette raison, l'hypothèse relative à la mécompréhension du droit me paraît plausible, mais tout de même suspecte. À tout le moins, l'autre hypothèse, celle qui soutient que explications ayant été avancées par le ministre permettaient de détourner l'attention de la principale raison pour laquelle la condition relative à la citoyenneté canadienne se trouvait dans la législation québécoise, c'est-à-dire la volonté de limiter autant que possible la prononciation de changements de la mention du sexe semble beaucoup plus crédible, mais aussi plus dérangeante dans une certaine mesure.

Quoi qu'il en soit, que l'une ou l'autre des hypothèses soit retenue, le résultat est le même. Sans statut de citoyen canadien, le changement de la mention du sexe ne peut être accordé. Jusqu'à tout récemment, cette restriction n'attirait pas l'attention. Toutefois, dans les années 2000, la grogne à son égard a commencé à se faire entendre.

Dans le cadre des travaux ayant précédé l'adoption de la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*⁸²⁹, le Protecteur du citoyen s'est dit préoccupé par la situation des personnes qui, sans avoir la citoyenneté canadienne, étaient résidents permanents au Canada. À juste titre il a noté que ces dernières ne pouvaient pas, même avec ce statut, obtenir le changement de la mention du sexe. Pourtant, comme le faisait remarquer le même organisme, ces personnes avaient la possibilité de subir avec succès les traitements médicaux et les interventions chirurgicales requis par l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec*. Certains frais à cet égard étaient même remboursés par le Régime d'assurance-maladie du Québec.

⁸²⁹ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, supra note 53.

Je suis préoccupée de constater l'incohérence à laquelle sont confrontées ces personnes. D'un côté, l'État québécois assume les coûts associés à ces opérations chirurgicales, mais de l'autre, il refuse de délivrer les documents officiels conséquents. Si la RAMQ couvre ces opérations depuis 2009, c'est qu'il existe une reconnaissance de la nécessité d'aider les personnes atteintes de dysphorie de genre qui prennent la décision — au terme d'un long processus encadré par des professionnels de la santé — de modifier leur corps pour le rendre conforme à leur identité. L'impossibilité d'obtenir une reconnaissance légale cohérente de l'État contribue à perpétuer leur marginalisation, notamment en matière de recherche d'emploi.⁸³⁰

Pour cette raison, le Protecteur du citoyen recommandait que le *Code civil du Québec* soit modifié de façon à ce qu'il soit permis aux personnes qui sont résidents permanents du Canada d'obtenir le changement de la mention du sexe.

En conséquence, le Protecteur du citoyen recommande :

R-2 Que le Code civil du Québec soit modifié afin que les résidents permanents domiciliés au Québec et y ayant subi les opérations requises en matière de changement de sexe puissent se prévaloir des dispositions du Code civil relatives au changement du prénom et de la mention du sexe.⁸³¹

La grogne à l'égard de la citoyenneté canadienne venait certes du Protecteur du citoyen, mais elle se manifestait aussi au sein des communautés trans*. Par exemple, dans le *Plan de revendication trans*, le Comité trans du Conseil québécois des gais et lesbiennes (désormais nommé Conseil québécois LGBT) avait demandé au ministre St-Arnaud de « [f]aciliter le changement de prénom et de sexe pour les personnes immigrantes. »⁸³² Si ma compréhension du document et des revendications est bonne, ce comité souhaitait que les personnes se trouvant

⁸³⁰ Raymonde St-Germain, *Projet de loi no 35 - Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, Le Protecteur du Citoyen, 2013 à la p 3, en ligne : <https://protecteurducitoyen.qc.ca/sites/default/files/pdf/Memoire_projet_de_loi/2013/2013-05-17_lettre_PL_35.pdf> (consulté le 16 mars 2016) (note omise).

⁸³¹ *Ibid* à la p 4.

⁸³² Comité trans du CQGL, *supra* note 652 à la p 11 (Revendication 2.2.3) .

au Québec tout en n'ayant pas la citoyenneté canadienne puissent obtenir le changement de la mention du sexe.

Dans une certaine mesure, cet appel du Protecteur du citoyen et du Comité trans du Conseil québécois des gais et lesbiennes (désormais nommé Conseil québécois LGBT) a été entendu. Pour s'en convaincre, il suffit de regarder l'une des modifications ayant été apportées par la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*⁸³³. Cette dernière a permis l'intégration, dans le *Code civil du Québec*, d'une nouvelle disposition qui tempère, sans toutefois la retirer complètement, l'exigence relative à la citoyenneté canadienne.

3084.1. Lorsqu'une modification de la mention du sexe figurant dans l'acte de naissance d'une personne née au Québec mais domiciliée hors du Québec s'avère impossible dans l'État de son domicile, le directeur de l'état civil peut, à la demande de cette personne, apporter la modification de la mention et, s'il y a lieu, des prénoms, à l'acte fait au Québec.

La demande est assujettie aux conditions prévues à la loi du Québec, exception faite des conditions relatives au domicile et à la nationalité.⁸³⁴

En vertu de cet article, la personne qui est née au Québec, mais qui n'y vit plus, pourrait obtenir le changement espéré dans la mesure où ce dernier s'avère impossible dans l'État de son domicile. Ce changement serait toutefois conditionnel au respect de toutes les « conditions prévues à la loi du Québec, exception faite des conditions relatives au domicile et à la nationalité. »

Selon Bertrand St-Arnaud, cette exception allait faciliter la vie de certaines personnes trans*.

Or, le Code civil exige présentement que la personne qui présente une telle demande [de changement de la mention du sexe] soit domiciliée au Québec depuis au moins un an et qu'elle ait la citoyenneté canadienne. Certaines personnes qui

⁸³³ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, supra note 53, art 38.

⁸³⁴ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, supra note 520, art 38, entré en vigueur le 6 décembre 2013 en vertu de l'article 44 de cette loi.

vivent à l'étranger se retrouvent donc dans l'impossibilité complète de faire modifier la mention du sexe à leur acte de naissance. Le projet de loi propose donc d'apporter une solution à ce problème en permettant dorénavant au Directeur de l'état civil de modifier la mention du sexe d'une personne figurant dans un acte de naissance dressé au Québec, à la seule condition que les lois du nouveau domicile de la personne ne prévoient pas la possibilité d'apporter une telle modification. Il faciliterait ainsi la vie des personnes visées, notamment dans leurs déplacements à l'étranger.⁸³⁵

Certaines personnes trans*, mais pas toutes, puisque dans la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*⁸³⁶, il n'a pas paru opportun à ce ministre d'aller plus loin et de retirer complètement la condition relative à la citoyenneté canadienne.

Cette modification législative, qui était sans aucun doute opportune, a de quoi faire sourciller, du moins lorsque l'on considère l'argumentaire que le ministre Rémillard avait servi lors des débats parlementaires⁸³⁷. D'un côté, les personnes qui se trouvent géographiquement au Québec et qui n'ont pas la citoyenneté canadienne ne peuvent obtenir le changement de la mention du sexe. D'un autre côté, celles qui se trouvent géographiquement à l'extérieur du Québec, dans un État où il leur est *impossible* — et pas seulement difficile (!) — d'obtenir le changement de la mention du sexe peuvent, à certaines conditions, voir une telle modification être apportée sur leur acte de naissance. N'est-ce pas curieux, surtout dans un contexte où la souveraineté des États étrangers est soulevée au nombre des motifs invoqués pour refuser le changement de la mention du sexe aux personnes qui, bien que se trouvant géographiquement au Québec, ne sont pas citoyennes canadiennes⁸³⁸ ? Le paradoxe, en tout cas, est fort intéressant !

⁸³⁵ Assemblée nationale, *supra* note 521 (Bertrand St-Arnaud).

⁸³⁶ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, *supra* note 53.

⁸³⁷ Assemblée nationale, *supra* note 811 (Gil Rémillard).

⁸³⁸ À titre indicatif, le 23 mars 2016, Citoyenneté et Immigration Canada a procédé à la mise à jour des instructions relatives à la gestion de l'identité sur le changement de mention du sexe.

IRCC [Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada] a supprimé l'obligation, pour les demandeurs, de fournir une preuve d'inversion sexuelle chirurgicale pour demander un changement de mention du sexe dans les documents et les systèmes d'IRCC. Par conséquent, ces

Ce paradoxe est d'autant plus intéressant lorsque l'on considère les libertés et les droits de la personne. Au moment d'écrire cette thèse, une requête pour jugement déclaratoire contestant la condition relative à la citoyenneté canadienne a été présentée devant la Cour supérieure du Québec. Dans celle-ci, les parties demanderesses soutiennent que cette condition porte atteinte à une série de libertés et de droits de la personne, énoncés à la fois dans la *Charte québécoise* et la *Charte canadienne*⁸³⁹. Ne serait-ce que considérant l'arrêt *Andrews c Law Society of British Columbia*⁸⁴⁰ qui a reconnu la citoyenneté canadienne comme un motif analogue de discrimination au sens de l'article 15(1) de la *Charte canadienne*, au moins à titre d'hypothèse, la solidité des arguments avancés par les parties demanderesses semble intéressante. Cela dit, dans cette thèse, je ne m'attarderai pas à ce volet, préférant me concentrer sur la production juridique du sujet sexué. Et à ce titre, considérant ce qui précède, force est d'admettre que la

instructions ont été élaborées pour l'ensemble des secteurs d'activité afin de préciser les preuves documentaires exigibles pour effectuer un changement de mention du sexe.

De cette façon, l'identité de genre des personnes qui immigreront au Québec pourrait être reconnue sur les documents et les systèmes d'Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, mais cela n'a aucun impact sur la condition relative à la citoyenneté canadienne qui doit être remplie pour qu'un changement de la mention du sexe ait lieu en vertu de la procédure du même nom. Voir Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Mise à jour des instructions relatives à la gestion de l'identité sur le changement de mention du sexe » (23 mars 2016), en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/outils/misesajour/2016/2016-03-23.asp>> (consulté le 14 avril 2016). Par ailleurs, la mention suivante pouvait toutefois être lue sur le site web sur lesquelles elles seront publiées.

De nouvelles directives sont en cours de rédaction. On prévoit qu'elles seront affichées d'ici le printemps ou le début de l'été 2015. Les directives actuelles feront l'objet d'une modification afin d'éliminer l'exigence relative à la preuve d'inversion sexuelle chirurgicale (ISC) et de fournir une liste des preuves documentaires acceptables à l'appui d'une demande de changement de la désignation relative au sexe figurant sur un certificat de citoyenneté.

Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) accepte maintenant les documents provinciaux et territoriaux, comme un certificat de naissance modifié, faisant état d'une nouvelle désignation relative au sexe, d'un ordre juridique ou d'une ordonnance de la cour reconnaissant une personne sous une désignation différente relative au sexe ou sous une identité sexuelle différente. CIC examine également quelles autres preuves pourraient être acceptées pour soutenir une demande de changement de désignation relative au sexe figurant sur un certificat de citoyenneté pour les clients qui ne sont pas en mesure d'obtenir un document provincial ou territorial.

À cet effet, voir Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Détermination du sexe aux fins des demandes de citoyenneté » (23 mars 2016), en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/outils/cit/admin/id/sexe.asp>> (consulté le 14 avril 2016).

⁸³⁹ Pour de plus amples informations à ce sujet, consulter la requête ayant été mentionnée à la note 411.

⁸⁴⁰ *Andrews c Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143.

citoyenneté canadienne figure parmi les éléments qui sont pris en considération pour déterminer si une personne est de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »).

1.1.2. L'âge

Deuxièmement, jusqu'au 10 juin 2016, la majorité faisait partie des conditions qui devaient être remplies pour que le changement de la mention du sexe d'une personne soit autorisé. Considérant cela, il y a lieu de faire une distinction entre la situation qui s'est appliquée jusqu'à cette date et celle qui s'applique désormais⁸⁴¹.

1.1.2.1. La situation telle qu'elle se présentait avant le 10 juin 2016

Les premières traces de la condition relative à la majorité se trouvent dans le *Rapport sur le nom et l'identité physique de la personne humaine* que le Comité du nom des personnes de l'Office de révision du Code civil avait soumis⁸⁴². Celle-ci a par la suite été reprise à l'article 16 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁸⁴³, puis à l'article 71 du *Code civil du Québec* et ce n'est que le 10 juin 2016 qu'elle en a été retirée. Avant d'avoir atteint l'âge de 18 ans (article 153 CcQ), les personnes trans* ne pouvaient donc pas bénéficier de la procédure de changement de la mention du sexe. En outre, contrairement à la procédure de changement de nom, aucune voie de contournement n'était possible⁸⁴⁴. Les parents ou tuteurs d'un enfant mineur ne pouvaient donc pas demander à ce que la mention du sexe figurant à son

⁸⁴¹ *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, *supra* note 494, art 8, 21.

⁸⁴² Comité du nom des personnes, *supra* note 36 aux pp 40-42.

⁸⁴³ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29.

⁸⁴⁴ Sous réserve des conditions applicables, l'article 59 du *Code civil du Québec* permet aux parents ou tuteurs des personnes trans* mineures de demander à ce que le prénom de l'enfant soit changé. Ce faisant, sur l'acte de naissance d'une personne trans* mineure, on pourrait avoir un prénom typiquement féminin, mais une mention de sexe mâle/masculin (« M »).

acte de naissance soit changée, du moins en ayant recours à la procédure qui retient présentement l'attention.

On en sait bien peu sur ce qui explique la présence de cette condition dans la législation québécoise portant sur le changement de la mention du sexe. La doctrine a suggéré que cette dernière se rapportait à la protection des personnes vulnérables. Dans *Le droit des personnes physiques*, le professeur Goubau affirme en effet que « [l']exigence relative à l'âge de la personne peut s'expliquer par le fait qu'il s'agit d'une décision lourde de conséquences. »⁸⁴⁵ En ce sens, parce que le changement de la mention du sexe est une décision lourde de conséquences, il serait préférable de reporter la prise de cette décision au moment où la personne est majeure.

Jusqu'à un certain point, l'opinion du professeur Goubau peut être retracée dans les débats ayant précédé l'adoption de la première procédure de changement de la mention du sexe. Plus précisément, cette discussion ayant eu lieu entre le ministre Bédard et le député Lalonde permet d'en apprendre davantage.

M. Lalonde : Ma question est la suivante : Se peut-il que la preuve de la modification structurale des organes sexuels — pour employer la terminologie de la loi — puisse être contestée ou contestable ? Est-ce qu'on peut imaginer le cas où quelqu'un s'opposerait, par exemple ? Autrement dit, est-ce qu'on doit instaurer là-dedans la règle *audi alteram partem*, auquel cas le ministre devrait, par la loi, être obligé d'entendre ceux qui ne sont pas d'accord ou qui auraient quelque chose à dire. Est-ce qu'il y aurait des avis, par exemple, qui devraient être publiés pour être sûr que ceux qui seraient en désaccord se fassent entendre ?

M. Bédard : On pourrait anticiper, M. le député, certaines objections venant des parents de certains transsexuels qui sont âgés de 18, 19 et 20 ans et qui vivent encore très près de leurs parents. On pourrait anticiper certaines objections parce que, dans notre démarche qui peut durer parfois deux ans, nous avons

⁸⁴⁵ Goubau, *supra* note 33 au para 291.

fréquemment à intervenir auprès du père ou de la mère pour bien faire comprendre que ce cheminement qui se déroule dans l'esprit du sujet.

M. Lalonde : On ne voit pas tellement d'obligation, enfin, il n'y en a pas du tout. Maintenant, on voit une possibilité, dans les articles qui nous sont proposés, pour le ministre de faire appel à d'autres...

M. Bédard : Experts.

M. Lalonde :... experts...

M. Bédard : C'est cela.

M. Lalonde :... ou d'autres témoignages. Mais il n'y a pas d'obligation dans la loi.

M. Bédard : Jusqu'à quel point, en fait, le ministre ne sera pas obligé de le faire, dans les circonstances... Il y a, d'une part, la nécessité d'un constat médical et le ministre, à l'article 21, fait droit à la requête et il n'émet un certificat constatant le changement d'indication et de sexe que lorsque le requérant a satisfait à toutes les conditions prévues par les articles 16 à 20.

M. Lalonde : La seule inquiétude que j'ai c'est le cas, par exemple, qui a été effleuré par les propos du docteur — je ne veux pas mal interpréter ce qu'il a dit — du sujet qui est plus jeune. Par exemple, celui qui aurait 18 ans, qui est majeur et est donc couvert par l'article 16, il a le droit, et qui est quand même sous la garde, pas la garde légale, ce n'est pas illégal non plus, je veux dire qu'il vit avec ses parents. N'y aurait-il pas lieu, à ce moment-là, qu'on inscrive une obligation du ministre de consulter les personnes qui ont la garde de ce requérant ?

M. Bédard : Est-ce que ce n'est pas couvert par la Charte des droits et libertés de la personne ?

M. Lalonde : De quelle façon ?

M. Bédard : Tout le principe d'évaluation contradictoire, je vous dis que c'est une explication lumineuse, mais je pense qu'à partir du moment où un droit d'une personne est mis en cause de quelque manière que ce soit, il y a toujours, en vertu

de la Charte des droits et libertés de la personne, à moins qu'il n'y ait exclusion, le droit de représentation...

M. Lalonde : Le droit existe, mais il est assez illusoire s'il n'a pas de connaissance, si les personnes qui ont la garde de ce sujet n'ont pas connaissance de la demande, quoiqu'on ait affaire à un majeur, à une personne qui est majeure, qui a la plénitude de ses droits. Je pose la question, je n'ai pas de...

M. Bédard : On n'a quand même pas affaire à des mineurs, ce sont des majeurs qui vont faire des demandes de cette nature.⁸⁴⁶

Au premier regard, l'extrait qui précède ne nous informe pas vraiment sur les raisons qui expliquent la condition relative à l'âge de la majorité. Il permet tout simplement d'illustrer que les parlementaires ne s'attendaient pas à ce que des personnes trans* mineures puissent un jour souhaiter obtenir le changement de la mention du sexe qui figure à leur acte de naissance. « On n'a quand même pas affaire à des mineurs, ce sont des majeurs qui vont faire des demandes de cette nature », affirmait le ministre Bédard.

Aussi, le même extrait permet de formuler une hypothèse à l'égard de l'articulation de la condition relative à l'âge et celle se rapportant aux traitements médicaux et aux interventions chirurgicales. En effet, les *Standards of Care* de la *World Professional Association for Transgender Health* (WPATH) proscrivent la possibilité de faire subir à une personne trans* mineure des modifications corporelles irréversibles⁸⁴⁷. Or, comme on a pu le constater dans le troisième chapitre de cette thèse, de telles modifications corporelles étaient requises pour que le

⁸⁴⁶ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4982.

⁸⁴⁷ Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, *supra* note 543 au para 4.14.4; Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, *supra* note 543 au para 4.14.4; Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, *supra* note 543 au para 4.14.4; Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, *The Standards of Care for Gender Identity Disorders* (v 5), 5^e éd, Düsseldorf, Düsseldorf Symposion Publishing, 1998 au para X; Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, *The Standards of Care for Gender Identity Disorders* (v 6), 6^e éd, Minneapolis, Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, 2005 au para XII; Association mondiale des professionnels pour la santé transgenre, *The World Professional Association for Transgender Health, Standards de Soins pour la santé des personnes transsexuelles, transgenres et de genre non-conforme*, 7^e éd, 2012 à la p 23.

changement de la mention du sexe soit autorisé, ne serait-ce qu'en ce qui a trait, par exemple, à la stérilisation de la personne trans*. Cette idée, toutefois, serait inappropriée, puisque les articles 16 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁸⁴⁸ et 71 du *Code civil du Québec* ne portaient pas sur l'accessibilité aux traitements médicaux et aux interventions chirurgicales qu'ils exigeaient, mais plutôt sur la possibilité d'obtenir le changement de la mention du sexe. En ce sens, le changement de la mention du sexe aurait tout de même été refusé à une personne mineure qui aurait mystérieusement subi avec succès les modifications corporelles que ces articles exigeaient.

Qu'en est-il, toutefois, du mineur émancipé? Aurait-il pu, en raison des effets de l'émancipation, satisfaire à cette condition de majorité? Voilà une question qui est loin d'être sans intérêt.

Y répondre invite d'abord à qualifier le type d'incapacité auquel faisait face le mineur lorsqu'il lui était interdit d'obtenir le changement de la mention du sexe. La qualification de ces dernières, qui peuvent être d'exercice ou de jouissance, a un impact sur la réponse pouvant être avancée. D'une part, l'incapacité d'exercice est définie de la façon suivante par le professeur Goubau :

L'incapacité d'exercice n'est pas une absence de droit, mais une impossibilité d'utiliser ce droit de façon autonome. [...] Tout en étant titulaire d'un droit, réellement ou potentiellement, la personne ne peut en faire usage, ne peut elle-même le mettre en œuvre. La loi met alors en place des mécanismes qui permettent à la personne d'exercer son droit autrement.⁸⁴⁹

L'incapacité d'exercice ne suppose donc pas l'absence de droit. Elle présume plutôt l'absence de possibilité d'exercer ce droit. Des mécanismes sont alors mis en place par la loi, de façon à ce que la personne qui est frappée de ce type d'incapacité puisse jouir, néanmoins, du droit dont elle n'a pas l'exercice. La procédure de changement de nom offre un bon exemple. En vertu de

⁸⁴⁸ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29.

⁸⁴⁹ Goubau, *supra* note 33 aux paras 450-451.

l'article 59 du *Code civil du Québec*, seule une personne majeure respectant d'autres conditions peut obtenir un tel changement.

59. Le majeur qui a la citoyenneté canadienne et est domicilié au Québec depuis au moins un an peut demander le changement de son nom. Cette demande vaut aussi, si elle porte sur le nom de famille, pour ses enfants mineurs qui portent le même nom ou une partie de ce nom.

Il peut aussi demander que les prénoms de ses enfants mineurs soient modifiés ou qu'il soit ajouté à leur nom de famille une partie provenant de son propre nom.

Une lecture de cet article permet de noter l'exigence de majorité associée à la procédure de changement de nom. À en croire seulement cet article, toute personne mineure, qu'elle soit trans* ou non, ne pourrait obtenir le changement visé. Il ressemble, à cet égard, à la procédure de changement de la mention du sexe, en particulier à l'article 71 du *Code civil du Québec*. Cependant, contrairement à cette dernière, la restriction en matière de changement de nom est assouplie par l'article 60 du même code.

60. Le tuteur d'un mineur peut demander le changement de nom de son pupille, si ce dernier a la citoyenneté canadienne et est domicilié au Québec depuis au moins un an.

Ainsi, bien que le mineur ne pouvait présenter seul une demande de changement de nom, sous réserve de certaines conditions, ses parent(s) ou tuteur(s) pouvai(en)t le faire en son nom. Par rapport à la personne mineure, la procédure de changement de nom supposait en ce sens une incapacité d'exercice.

Ce type d'incapacité se distingue nettement de l'incapacité de jouissance, qui elle n'offre aucune marge de manœuvre. Encore une fois, le professeur Goubau explique bien les tenants et aboutissants de ce type d'incapacité :

L'incapacité de jouissance vise l'absence ou la privation d'un droit. La personne qui en est frappée ne peut exercer ce droit ni par elle-même ni par l'intermédiaire

d'un tiers. [...] L'incapacité de jouissance apparaît essentiellement comme une interdiction faite par la loi à des personnes dans une situation définie, de poser certains actes juridiques, de contracter.⁸⁵⁰

La personne frappée d'une telle incapacité ne peut donc pas jouir du droit qui lui est refusé. Pour elle, la loi ne prévoit dans ce cas aucun mécanisme de représentation.

En théorie, cette incapacité ne devrait plus faire partie du droit civil québécois. « Tout être humain possède la personnalité juridique ; il a la pleine jouissance des droits civils » nous dit l'article premier du *Code civil du Québec*. Pourtant, les personnes mineures — des êtres humains — possédaient (et possèdent toujours !) la personnalité juridique, alors qu'elles ne pouvaient, sous aucun prétexte, obtenir le changement de la mention du sexe. Même leur(s) parent(s) ou tuteur(s) ne peuvent présenter la demande en leur nom. Ce faisant, elles n'avaient pas la pleine jouissance de leurs droits civils.

En contexte de changement de la mention du sexe, l'incapacité qui frappait à cet égard les personnes mineures en était donc une de jouissance. Sachant cela, il est plus aisé d'aborder la question qui nous a menée sur ce terrain des incapacités, c'est-à-dire celle qui vise l'émancipation. Pour y voir plus clair, il y a lieu de faire la distinction entre les deux types d'émancipation possibles. Selon le *Code civil du Québec*, elle peut être simple (articles 167 et suivant) ou pleine (articles 175 et suivant).

D'une part, la simple émancipation « ne met pas fin à la minorité et ne confère pas tous les droits résultant de la majorité, mais elle libère le mineur de l'obligation d'être représenté pour l'exercice de ses droits civils » (article 170 CcQ, je souligne).

D'autre part, la pleine émancipation « rend le mineur capable, comme s'il était majeur, d'exercer ses droits civils » (article 176 CcQ, je souligne).

⁸⁵⁰ *Ibid* au para 444.

L'émancipation, qu'elle soit simple ou pleine, influe donc sur l'état du mineur. Elle atténue les conséquences de la minorité quant à l'exercice des droits civils⁸⁵¹. On comprend donc, dans ce contexte, que la simple émancipation permet à la personne mineure de se libérer de l'obligation d'être représentée pour exercer ses droits civils, alors que la pleine émancipation permet à la personne mineure d'être considérée comme majeure dans l'exercice de ses droits civils. Dans les deux cas, elle ne peut être accordée qu'aux personnes d'au moins 16 ans⁸⁵².

Qu'advient-il, alors, lorsque l'on croise la pleine émancipation et la procédure de changement de la mention du sexe ? La personne mineure âgée d'au moins 16 ans aurait-elle pu obtenir le changement de la mention du sexe si elle en avait fait la demande au directeur de l'état civil ? Considérant ce qui précède, il y aurait logiquement lieu de répondre par l'affirmative. Si la pleine émancipation permet à la personne mineure âgée d'au moins 16 ans d'être considérée comme une personne majeure dans l'exercice de ses droits civils, alors cette personne pourrait demander à ce que la mention du sexe figurant à son acte de naissance soit changée. Cette procédure, en effet, s'inscrivait dans la gamme des droits civils dont il est question à l'article premier du *Code civil du Québec*. Cela dit, à cette question, ni la législation, ni la jurisprudence, ni la doctrine n'a de réponse claire à offrir. Dans les faits, du temps où elle a été en vigueur, la condition de majorité s'est dressée face aux personnes mineures qui souhaitaient obtenir le changement de la mention du sexe. Les recherches menées dans l'élaboration de cette thèse n'ont permis de découvrir aucune donnée qui montrerait que des exceptions auraient été faites par les autorités compétentes. De fait, il y a tout lieu de croire que tous les changements de la mention du sexe ayant été accordés en vertu de la procédure du même nom ont visé des personnes majeures.

⁸⁵¹ Sur l'émancipation en général, consulter notamment *Ibid* aux paras 517-535; Mario Provost, « L'émancipation » dans *CCH Juriste*, Brossard, CCH, 2013, 51-250; *JurisClasseur Québec Droit civil*, Montréal, LexisNexis, « Fascicule 10. Minorité et émancipation » par Pascale Bernardino.

⁸⁵² En matière de simple émancipation, cet âge minimal ressort clairement de l'article 167 al 1 du *Code civil du Québec*, alors qu'elle se dégage implicitement de l'article 175 du *Code civil du Québec* en matière de pleine émancipation. À ce sujet, voir les commentaires de Goubau, *supra* note 33 au para 529; Provost, *supra* note 851 au para 51-265.

1.1.2.2. La situation telle qu'elle se présente depuis le 10 juin 2016

Cela dit, vers la première décennie des années 2000, cette condition de majorité a suscité un malaise grandissant. Les raisons qui étaient invoquées pour la justifier ne tenaient plus. N'en déplaise au ministre Bédard, des personnes mineures souhaitaient obtenir le changement de la mention du sexe⁸⁵³. Qui plus est, des professionnels de la santé se prononçaient en faveur de cela⁸⁵⁴. À propos de la santé, on note d'ailleurs que les jours de la condition relative aux traitements médicaux et interventions chirurgicales étaient comptés, elle qui a été complètement retirée du *Code civil du Québec* le 1^{er} octobre 2015⁸⁵⁵. On se souviendra que juridiquement, les personnes mineures n'avaient pas à avoir atteint cet âge pour subir les mystérieuses modifications corporelles dont il était question à l'article 71 du *Code civil du Québec* tel qu'il se lisait à l'époque. Cependant, les médecins refusaient (et refusent toujours), en vertu des protocoles de soin, de commettre quelque acte irréversible que ce soit chez la personne mineure⁸⁵⁶. En ce sens, l'argument de protection des personnes mineures, qui était soutenu par

⁸⁵³ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4982; Enfants Transgenres Canada, *Mémoire pour soutenir le projet de loi 35*, Enfants Transgenres Canada, 2013; Assemblée nationale, *Journal des débats - Commission des institutions - Étude détaillée du projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits (26 novembre 2013)*, 40^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-40-1/journal-debats/CI-131126.html>> (Annie Pullen Sansfaçon); Annie Pullen Sansfaçon, *Mémoire présenté à la Commission des institutions pour le projet de Règlement pour le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres*, Enfants Transgenres Canada, 2015; Assemblée nationale, *supra* note 356 (Annie Pullen Sansfaçon).

⁸⁵⁴ Assemblée nationale, *supra* note 523 (Françoise Susset); Assemblée nationale, *supra* note 853 (Françoise Susset); Assemblée nationale, *supra* note 356 (Françoise Susset); Assemblée nationale, *supra* note 756 (Shuvo Ghosh et Andreea Gorgos); Jim Oulton et al, *Lettre adressée aux députés et membres de la Commission des institutions*, Association canadienne des professionnels en santé des personnes transsexuelles, 2013; Françoise Susset, *Lettre ayant comme objet « Consultations particulières sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenre. »*, Institut pour la santé des minorités sexuelles, 2015.

⁸⁵⁵ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, *supra* note 520, art 3-4, entrés en vigueur le 1er octobre 2015 (décret), (2015) 147 G.O. II, 3235.

⁸⁵⁶ Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, *supra* note 543; Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, *supra* note 543; Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, *supra* note 543; Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, *supra* note 543; Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, *supra* note 847; Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, *supra* note 847; Association mondiale des professionnels pour la santé transgenre, The World Professional Association for Transgender Health, *supra* note 847.

le professeur Goubau pour justifier l'interdiction d'obtenir le changement de la mention du sexe qui les visait⁸⁵⁷, battait de l'aile, d'autant plus qu'il était avancé que la détention de pièces d'identité ne témoignant pas effectivement de l'identité de genre leur faisait plutôt courir un danger⁸⁵⁸.

Lors des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de succession et de publicité des droits*⁸⁵⁹, ce malaise a pu être ressenti. Par exemple, réagissant alors aux auditions qui s'étaient déroulées les 22 et 23 mai 2013, le député Gilles Ouimet s'est dit interpellé par la situation de ces jeunes personnes trans*.

Et ce qu'on nous a dit pour les jeunes... Et on l'a eu, le discours... on a eu le débat, M. le Président, lors de la... lorsqu'on a souligné la Journée internationale de la lutte contre l'homophobie. On a parlé de la discrimination, on a parlé des jeunes qui vivent ces situations-là. Et, pour les personnes transsexuelles et transgenres qui sont des jeunes, qui entrent à l'école secondaire, qui vivent l'adolescence, qui n'est déjà pas une période facile, alors ce qu'on nous a dit, c'est : Imaginez ce que ça fait pour ces personnes-là qui doivent faire leur entrée à l'école secondaire, alors que, sur leur document officiel, ils sont d'un genre autre que ce qu'ils sont dans la vie, de ce qu'ils vivent au quotidien.

Et, M. le Président, ça m'a interpellé [*sic*]. Je suis un père de trois filles, dont deux qui sont à l'adolescence. Et, lorsqu'au départ j'écoutais cette demande d'abolir l'âge minimum requis pour des changements de cette nature, je me disais : Bien, il me semble qu'à première vue d'exiger un certain âge, ce n'est pas fou, là, il me semble que ça a une certaine logique. Et là je réagissais comme père. Peut-être, c'est une réaction paternaliste, et peut-être, M. le Président, que notre... peut-être que notre loi a été influencée par ces préoccupations paternalistes ou maternelles, mais je pense qu'il faut s'arrêter et se poser cette question-là, d'autant plus qu'on ne veut pas faire vivre à des jeunes ces situations de discrimination. On veut s'attaquer à la discrimination. Alors là, on est interpellés [*sic*] sur une mesure, et c'est troublant, M. le Président. C'est un débat... c'est une question très délicate, très difficile. Et je ne sais pas si le ministre a... ça faisait partie des points sur lesquels il voulait déposer des amendements, mais il y a là, M. le Président, des

⁸⁵⁷ Goubau, *supra* note 33 au para 291.

⁸⁵⁸ Enfants Transgenres Canada, *supra* note 853; Pullen Sansfaçon, *supra* note 853.

⁸⁵⁹ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, *supra* note 520.

questions qui vont nous interpeller tous, comme parlementaires, si on choisit d'aller de l'avant avec cette question et d'envisager d'abolir l'âge minimum requis pour les changements de sexe.⁸⁶⁰

Le député Ouimet invitait la présidence de l'Assemblée nationale du Québec à s'interroger sur le sort des personnes trans* adolescentes. Il notait que ces dernières ne pouvaient bénéficier de pièces d'identité sur lesquelles figurait une mention de sexe conforme à leur identité de genre. Il affirmait ne pas vouloir « faire vivre à des jeunes ces situations de discrimination. » Pour lui, le changement de la mention du sexe chez les personnes mineures apparaissait comme un « débat », comme une « question très délicate », « très difficile », mais sur laquelle il convenait de réfléchir.

Le ministre St-Arnaud a fait une proposition en ce sens. Lors de l'étude du projet de loi à la Commission des institutions, il s'est lui aussi dit touché par la situation vécue par les personnes trans* mineures. Pour ce ministre, il était possible de modifier la condition de majorité. « [J]e pense qu'il faudrait aller, à tout le moins, vers l'âge de 14 ans », a-t-il affirmé. Le sujet, toutefois, était délicat. Le long extrait qui suit permet de mieux comprendre la position du ministre St-Arnaud, comme en témoigne l'extrait suivant.

C'est quand même, là, peu importe les décisions qui seront prises, c'est quand même, quand je lis ça, M. le Président, que, pour ces familles-là concernées, « la possibilité de changer la mention du sexe de leur enfant trans avant l'âge de 18 ans assure une expérience scolaire plus épanouie et sécuritaire », c'est quand même des mots assez... Ce qui amenait, d'ailleurs, l'Association canadienne des professionnels en santé des personnes transsexuelles à nous dire : « Que l'âge minimum pour le changement de la mention du sexe soit complètement retiré. » Et ajoutant que « pour les mineurs de moins de 14 ans — c'est la recommandation 4 — la décision soit remise entièrement aux jeunes et aux familles avec le soutien des professionnels de la santé qu'ils consultent ».

Honnêtement, M. le Président, si c'était juste de moi, je pense qu'il faudrait aller, à tout le moins, vers l'âge de 14 ans. Cela dit, il s'agit d'un sujet... Au-delà du fait que c'est un sujet qui, quand on décide d'aller en bas de 18 ans, amène des

⁸⁶⁰ Assemblée nationale, *supra* note 523 (Gilles Ouimet).

complications juridiques... enfin, soulève d'autres aspects juridiques quand on parle d'une personne mineure, il s'agit aussi, M. le Président, je pense qu'on peut se le dire bien franchement... c'est un sujet quand même assez délicat. Et alors, moi, M. le Président, je serais...

Ce qui est sûr, c'est que je vais proposer un amendement dont le dernier alinéa sera que "sous réserve des dispositions de l'article 3084.1 du Code civil, seul un majeur, domicilié au Québec depuis au moins un an et ayant la citoyenneté canadienne [puisse] obtenir de telles modifications". On pourra débattre, là, des autres questions qui ont été traitées, à savoir est-ce qu'on doit avoir la citoyenneté canadienne, ça, on pourra éventuellement en débattre lorsqu'on en discutera. Mais, pour ce qui est de l'âge, l'amendement que je vais déposer et que je souhaite faire adopter est de faire en sorte que ça s'applique aux majeurs.

Moi, j'irais plus loin que ça, M. le Président, comme je vous dis, j'irais à 14 ans. Mais c'est un sujet qui... 14 ans, ça nécessite... Et il y a des aspects juridiques qui méritent... qui s'ajoutent quand on parle de personnes mineures. Et c'est sûr, M. le Président, que ça devient plus délicat lorsqu'on parle de personnes mineures. Et voilà pourquoi, M. le Président, moi, je suis prêt à y aller... à aller plus loin que... mais dans la mesure où tous les membres de la commission seraient d'accord. Je pense que c'est le genre de sujet ou c'est le genre de question où je pense qu'évidemment il n'y a pas de partisanerie là-dessus, là. Je pense que, de toute façon, ici, à la Commission des institutions, sous votre bienveillante présidence, il n'y a pas beaucoup de partisanerie parce qu'on discute de sujets très sérieux et de... et je pense qu'on le fait tous avec nos compétences respectives et en essayant de trouver les meilleures solutions.

[...]

Maintenant, est-ce qu'on doit aller... Parce qu'honnêtement moi, j'ai été assez touché, M. le Président, par les témoignages qu'on a entendus et par la réalité. Et je pense, entre autres, à M. Gervais — c'est ça ? — à son témoignage, qui nous a fait vivre sa situation et à quel point cette situation pouvait être vécue à un âge très, très jeune. Alors, je suis très sensible à ça, mais en même temps je suis conscient aussi qu'on est dans une question délicate. Et je pense, M. le Président, que, si on va se promener sur la rue, là, si on est dans une question délicate...

Moi, je suis prêt à bouger, mais honnêtement, pour aller en bas de 18 ans, je suis prêt à bouger si j'ai l'appui de l'opposition. Compte tenu du contexte actuel, M. le Président, je pense que, si je n'ai pas l'appui de l'opposition, compte tenu du contexte actuel, ce sera difficile, à ce moment-ci, d'aller en bas de 18 ans. Moi, je pense que ça serait dommage, mais je peux comprendre que certains aient des

réserves. Et, je me dis, s'il y a des membres de la commission qui ont des réserves sur le fait d'aller en bas de 18 ans, bien on aura au moins fait un pas en avant, je pense, un pas important, je pense... Et je m'adresse, en disant ça, M. le Président, aux gens qui nous écoutent sur cette question. J'ai vu que vous avez reçu, comme président de la commission, plusieurs documents ces derniers jours...⁸⁶¹

Ce passage des débats illustre bien les réflexions qui se sont alors tenues. Permettre aux personnes trans* mineures d'obtenir le changement de la mention du sexe se présentait pour le ministre St-Arnaud comme une question délicate. Les autres députés, au-delà des aléas de la joute parlementaire, partageaient cette impression.

Ces réflexions n'auront finalement pas mené à l'abrogation de la condition relative à la majorité. La *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*⁸⁶² a été adoptée sans que les personnes mineures puissent obtenir le changement de la mention du sexe. Mais l'idée avait été semée. Elle continuait de germer. Le malaise n'était pas appelé à s'estomper. Au contraire, il est devenu de plus en plus grand. Lors des *Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres*⁸⁶³, on a bien pu le sentir. L'exercice, comme son nom l'indique, ne portait que sur le règlement qui allait être adopté en contexte de changement de la mention du sexe. Ces travaux n'allaient donc pas toucher la condition relative à la majorité. Dans leur rapport unanime, les parlementaires ont jugé opportun de souligner le caractère nécessaire et urgent d'une « réflexion sur l'opportunité de modifier ultérieurement le règlement pour y inclure les personnes mineures ».

Certaines problématiques vécues actuellement par les personnes trans dépassent la portée du projet de règlement qui était à l'étude. En effet, même si le projet de règlement qui a fait l'objet des consultations particulières par la Commission ne

⁸⁶¹ Assemblée nationale, *supra* note 521 (Bertrand St-Arnaud).

⁸⁶² *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, *supra* note 53.

⁸⁶³ Les documents ayant été déposés dans le cadre de cette consultation ainsi que les discussions qui ont été tenues peuvent être consultées en visitant Commission des institutions, *supra* note 26.

concerne que les personnes majeures, plusieurs témoins entendus ont fait part à la Commission de la situation particulière des personnes mineures trans et des problèmes spécifiques qu'elles rencontrent dans leur quotidien. Les membres de la Commission ont été particulièrement touchés par ces témoignages. Ainsi, la Commission invite le gouvernement à entreprendre dès maintenant des actions afin de faciliter la vie de ces enfants et même à envisager la mise en place de mesures transitoires. Qui plus est, les membres estiment qu'une réflexion sur l'opportunité de modifier ultérieurement le règlement pour y inclure les personnes mineures est nécessaire et urgente. Il en est de même pour les personnes immigrantes, elles aussi laissées pour compte dans ces changements réglementaires.⁸⁶⁴

En réaction aux délais qui s'allongeaient, la députée Manon Massé a présenté à l'Assemblée nationale un projet de loi d'intérêt privé⁸⁶⁵. Celui-ci visait à modifier le *Code civil du Québec* de façon à permettre aux personnes mineures d'obtenir le changement de la mention du sexe. L'idée fut bien accueillie par les parlementaires, qui voyaient eux aussi l'urgence d'agir dans ce dossier⁸⁶⁶. Quelques jours plus tard, la ministre de la Justice Stéphanie Vallée, qui avait affirmé par le passé travailler sur une modification législative allant dans le même sens⁸⁶⁷, a elle aussi présenté un projet de loi⁸⁶⁸. Celui-ci comprenait certaines dispositions qui allaient permettre aux personnes mineures d'obtenir le changement de la mention du sexe. Après avoir rapidement fait

⁸⁶⁴ Commission des institutions, *Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres - Observations et recommandations*, Assemblée nationale du Québec (Direction des travaux parlementaires), 2015 aux pp 3 et 4, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/Media/Process.aspx?MediaId=ANQ.Vigie.Bll.DocumentGenerique_104757&process=Default&token=ZyMoxNwUn8ikQ+TRKYwPCjWrKwg+vIv9rjij7p3xLGTZDmLVSmJLoqe/vG7/YWzz> (consulté le 21 mai 2015).

⁸⁶⁵ PL 598, *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil pour permettre le changement de mention du sexe des enfants transgenres*, 41^e lég, 1^{re} sess, Québec, 2016.

⁸⁶⁶ Assemblée nationale, *Journal des débats (12 mai 2016)*, 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/41-1/journal-debats/20160512/171277.html>>.

⁸⁶⁷ Assemblée nationale, *Journal des débats (24 février 2016)*, 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/41-1/journal-debats/20160224/164265.html>>.

⁸⁶⁸ *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres* (projet), *supra* note 657.

l'objet d'une étude à la Commission des relations avec les citoyens⁸⁶⁹, il a été adopté le 10 juin 2016.

Le même jour, il est entré en vigueur. Désormais, sous réserve de certaines conditions, les personnes mineures peuvent obtenir le changement de la mention du sexe. Incidemment, des articles se trouvant dans le *Code civil du Québec* ont été modifiés en conséquence. D'autres, aussi, ont été ajoutés. Considérons ci-dessous les nouveaux articles 71 et 71.1 de ce code :

71. La personne dont l'identité de genre 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, seule une personne domiciliée au Québec depuis au moins un an et ayant la citoyenneté canadienne peut obtenir de telles modifications.

L'enfant de moins d'un an, né et domicilié au Québec, est considéré y être domicilié depuis au moins un an.

Les conditions déterminées par règlement du gouvernement qui doivent être satisfaites pour obtenir de telles modifications peuvent varier notamment en fonction de l'âge de la personne visée par la demande.

71.1. Une demande de changement de la mention du sexe d'un enfant mineur peut être faite par le mineur lui-même s'il est âgé de 14 ans et plus ou par son tuteur

⁸⁶⁹ Assemblée nationale, *supra* note 494.

avec son consentement. Pour le mineur de moins de 14 ans, elle est faite par son tuteur.

Dans ce dernier cas, le changement de la mention du sexe n'est pas accordé, à moins d'un motif impérieux, si l'autre tuteur n'a pas été avisé de la demande ou s'il s'y oppose.⁸⁷⁰

On note, à la lecture de ces derniers, qu'en ce qui a trait aux personnes mineures, l'état du droit a considérablement été modifié. D'une part, l'article 71 du *Code civil du Québec* ne réserve plus le changement de la mention du sexe aux personnes majeures. Le passage « seul un majeur domicilié » a été modifié pour « seule une personne domiciliée »⁸⁷¹, sans qu'une limite d'âge ne soit précisée à cette fin. D'ailleurs, il est souligné, dans un nouvel alinéa, que « [l']enfant de moins d'un an, né et domicilié au Québec, est considéré y être domicilié depuis au moins un an ». Cela permet, au moins en théorie juridique, le changement de la mention du sexe chez ces personnes⁸⁷². En outre, comme il en va pour les personnes majeures, certaines conditions propres au changement de la mention du sexe des personnes mineures sont prévues dans un règlement du gouvernement. Il s'agit en l'occurrence du *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁸⁷³. En vertu du dernier alinéa de l'article 71 du *Code civil du Québec*, les conditions pourront notamment varier en fonction de l'âge de la personne concernée. Certaines ont déjà été présentées dans le troisième chapitre de cette thèse, et d'autres le seront ci-après.

⁸⁷⁰ *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, supra note 494, art 8, entré en vigueur le 10 juin 2016 en vertu de l'article 21 de cette loi.

⁸⁷¹ *Ibid*, art 8(2).

⁸⁷² Si la modification de la mention du sexe vise une personne qui n'est pas intersex(ué)e, considérant les conditions devant être remplies en ce qui a trait à l'identité de genre, aucun changement de la mention du sexe à cet âge ne sera possible. Comme l'explique notamment Diane Ehrensaft, l'identité de genre des enfants se forme vers l'âge de trois ou quatre ans. Voir Diane Ehrensaft, « From Gender Identity Disorder to Gender Identity Creativity : The Liberation of Gender Non-Conforming Children and Youth » dans Elizabeth Meyer et Annie Pullen Sansfaçon, dir, *Supporting transgender & gender creative youth*, New York, Peter Lang, 2014, 13.

⁸⁷³ *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 31.

Cela dit, on notera aussi que si dans sa forme nouvelle, l'article 71 du *Code civil du Québec* ne prévoit aucun âge minimal devant être atteint pour qu'une demande de changement de la mention du sexe puisse être présentée au directeur de l'état civil, il n'en demeure pas moins que toutes les personnes mineures ne sont pas soumises aux mêmes conditions. Une distinction en fonction de l'âge de la personne souhaitant obtenir le changement de la mention du sexe est faite, comme on peut d'ailleurs le constater à la lecture du nouvel article 71.1 du *Code civil du Québec*. Qui plus est, le législateur a pris la peine de se protéger, au moins partiellement, de l'effet potentiel de l'article 10 de la *Charte québécoise*, en indiquant que les conditions se trouvant dans la réglementation « peuvent varier notamment en fonction de l'âge de la personne visée par la demande » (article 71 al 5 CcQ). Ce faisant, dans l'éventualité où quelqu'un contesterait les nouvelles conditions, parce que jugées contraires au droit à l'égalité, il ne pourrait faire valoir le motif « âge », puisque la discrimination à cet égard est interdite « sauf dans la mesure permise par la loi » (article 10 de la *Charte québécoise*). Cette exception, toutefois, ne vaut pas pour les autres motifs de discrimination, en particulier l'état civil, l'identité de genre, l'expression de genre, le sexe et le handicap, qui pourraient être invoqués au soutien d'une éventuelle contestation des conditions énoncées dans la nouvelle procédure de changement de la mention du sexe. Cela dit, ici, je ne m'attarderai pas à cette éventualité.

Plutôt, j'attirerai l'attention du lectorat sur la distinction pouvant être faite entre la situation du mineur âgé de 14 ans et plus et celui qui n'a toujours pas atteint cet âge. D'un côté, celui qui est âgé de 14 ans et plus peut présenter seul une demande de changement de la mention du sexe. Il n'a pas besoin, au préalable, d'obtenir l'autorisation de son ou de ses tuteurs ou parents. L'opposition de ce(s) dernier(s) à la demande de la personne mineure n'a aucun impact sur le processus applicable. À cet égard, dès qu'elle atteint l'âge de 14 ans, la personne mineure, pour autant qu'elle soit apte il va sans dire, jouit d'une entière autonomie.

D'un autre côté, il en va tout autrement pour la personne mineure qui âgée de moins de 14 ans. Le(s) tuteur(s) de cette dernière doivent présenter pour elle la demande de changement de la

mention du sexe. S'il(s) refuse(nt) de le faire, la mention du sexe ne pourra être changée⁸⁷⁴. En outre, à l'égard de cette même personne, l'article précise qu'« à moins d'un motif impérieux, si l'autre tuteur n'a pas été avisé de la demande ou s'il s'y oppose », le changement demandé ne sera pas autorisé. Au jour du dépôt de cette thèse, on sait bien peu de choses sur ce « motif impérieux » qui permettrait au directeur de l'état civil d'autoriser, malgré l'opposition d'un tuteur de l'enfant, le changement de la mention du sexe. Lors de l'étude détaillée du projet de loi, la question fut soulevée par la députée Véronique Hivon. En guise de réponse, la ministre de la Justice Stéphanie Vallée a expliqué qu'un motif impérieux en est « un [...] qui, après une analyse de l'ensemble des faits et circonstances du cas particulier, s'impose au tribunal comme étant la conclusion raisonnable. »⁸⁷⁵ La ministre Vallée invitait, de façon implicite, à adopter *mutatis mutandis* cette compréhension des « motifs impérieux ».

En contexte d'opposition de l'un des tuteurs, une autre option est envisageable. Celui qui approuve la demande de changement de la mention du sexe, lorsqu'il sait que l'autre s'y opposera, pourra avant de présenter la demande au directeur de l'état civil, s'adresser au tribunal pour que ce dernier tranche la question. C'est ce qui ressort du nouvel article 73.1 du *Code civil du Québec*.

73.1. Le tuteur qui veut présenter une demande de changement de la mention du sexe d'un mineur de moins de 14 ans peut, s'il y a opposition de l'autre tuteur, saisir le tribunal de sa demande avant qu'une demande pour obtenir un tel changement ne soit présentée au directeur de l'état civil.

Considérant cette option, il sera intéressant de voir comment le directeur de l'état civil agira dans ces situations où des motifs apparemment impérieux lui seront présentés. Se montrera-t-il

⁸⁷⁴ Il sera intéressant, dans les années à venir, de surveiller les décisions en matière de protection de la jeunesse. On peut imaginer, en effet, certains contextes où le(s) parent(s) ou tuteur(s) refuse(raien)t de présenter une demande de changement de la mention du sexe alors que cette décision compromettrait la sécurité ou le développement de l'enfant. Dès lors, sous réserve des circonstances particulières, la *Loi sur la protection de la jeunesse* serait susceptible de s'appliquer. Cela dit, je ne m'attarderai pas sur ces situations. Pour plus d'informations, consulter la *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c P-34.1.

⁸⁷⁵ À cet effet, voir Assemblée nationale, *supra* note 494 (Stéphanie Vallée). La ministre citait alors un passage de la décision *Manseau-Côté c Directeur de l'état civil*, 2010 QCCS 3372 au para 26.

proactif ? Le cas échéant, quelles seront ces situations où le changement de la mention du sexe s'imposera à lui, malgré l'opposition de l'un des tuteurs, comme étant la conclusion raisonnable ? Préférera-t-il plutôt laisser au tribunal le soin de lui dicter la conduite à adopter dans les circonstances ? Au moment de déposer cette thèse, aucune tendance particulière ne semblait se dégager à cet égard. Aucune directive, non plus, n'avait été publiée sur le sujet.

Quoi qu'il arrive, les personnes mineures, depuis le 10 juin 2016, peuvent obtenir le changement de la mention du sexe. Ce dernier n'est plus réservé aux personnes majeures. Pour autant, il ne faudrait pas croire que l'âge n'est plus un critère pertinent devant faire l'objet d'une considération dans la construction juridique du sujet sexué. Il continue, par la bande, d'avoir un certain rôle à jouer. L'âge influence les processus applicables en contexte de changement de la mention du sexe. Les conditions précédemment exposées montrent qu'il ne suffit pas pour la personne mineure d'avoir une « identité de genre [qui] ne correspond pas à la mention du sexe figurant à son acte de naissance [...] ». La reconnaissance de cette dernière est conditionnelle au respect des processus applicables. Ces derniers varient en fonction de l'âge de la personne souhaitant obtenir le changement de la mention du sexe. Des éléments qui n'ont rien à voir avec l'identité de genre sont ainsi pris en considération. L'assignation d'une mention de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») devient ainsi soumise à la décision de tierces parties. Si la personne mineure concernée est âgée de moins de 14 ans, le changement de la mention du sexe ne sera possible que dans la mesure où le(s) tuteur(s) manifeste(nt) de leur consentement. En outre, si l'un d'eux s'oppose à la demande, la décision relative au changement de la mention du sexe devra être prise par le directeur de l'état civil (dans la mesure où des « motifs impérieux » lui sont présentés) ou par le tribunal. En tout état de cause, il ne suffit pas pour les personnes mineures âgées de moins de 14 ans d'avoir une « identité de genre [qui] ne correspond pas à la mention du sexe figurant à son acte de naissance ». Cette dernière doit, dans une certaine mesure au moins, être acceptée et reconnue. Si tel n'est pas le cas, la personne mineure devra attendre le jour de ses 14 ans, moment auquel elle pourra demander à ce que la mention du sexe soit modifiée en conséquence, sans égard à l'opinion qu'aurait pu se faire, jusqu'à présent, le(s) tuteur(s), le directeur de l'état civil ou encore le tribunal. L'âge, en ce sens, continue d'avoir un rôle à jouer dans la production juridique du sujet sexué.

1.1.3. La résidence et le domicile

Troisièmement, la possibilité d'obtenir le changement de la mention du sexe est réservée aux personnes qui sont domiciliées au Québec depuis au moins un an. Cette condition a fait son apparition dans le « nouveau » *Code civil du Québec*⁸⁷⁶. Auparavant, c'est-à-dire entre le 1^{er} avril 1978 et le 31 décembre 1993, pour obtenir une telle modification de son état civil, il fallait avoir résidé au Québec pour une période minimale d'un an⁸⁷⁷.

Parce que les notions de résidence et de domicile ne peuvent être considérées comme des synonymes, la modification législative étant survenue le 1^{er} janvier 1994 est d'une grande importance. La résidence, d'un côté, est une question de fait⁸⁷⁸. C'est ce qui ressort de l'article 77 du *Code civil du Québec*.

77. La résidence d'une personne est le lieu où elle demeure de façon habituelle ; en cas de pluralité de résidences, on considère, pour l'établissement du domicile, celle qui a le caractère principal.

Sous réserve de la situation particulière des mineurs non émancipés (article 80 al 1 CcQ), des majeurs sous tutelle ou curatelle (article 81 CcQ) et bien évidemment de celles qui sont incarcérées, toute personne a la liberté de choisir le lieu de sa résidence ou de ses résidences⁸⁷⁹. Bien qu'une pluralité de résidences soit possible, un lieu n'est désigné comme « résidence » que s'il suppose le fait d'y rester de façon habituelle.

⁸⁷⁶ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 29, abrogée par *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, LQ 1992, c 57, art 463, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994 (décret), (1993) 125 GO II, 3589.

⁸⁷⁷ *Loi modifiant la Loi du changement de nom*, supra note 20, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1978 en vertu de l'article 12 de cette loi.

⁸⁷⁸ Goubau, supra note 33 au para 314.

⁸⁷⁹ Comme illustration de cette liberté, consulter *Brossard (Ville) c Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 RCS 279.

Le domicile, d'un autre côté, est une question de droit : « [l']idée matérielle [applicable à la résidence] est remplacée par une idée juridique. »⁸⁸⁰ L'article 75 du *Code civil du Québec* est pertinent en l'espèce.

75. Le domicile d'une personne, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu de son principal établissement.

Ce « principal établissement » dont il est question ici coïncidera souvent avec la résidence d'une personne, sauf si cette dernière en possède plusieurs. Dans l'éventualité où une telle situation se présenterait, la résidence ayant le caractère principal serait alors considérée comme étant le domicile (article 77 CcQ). La désignation d'un lieu comme principal établissement implique donc un élément matériel (le lieu) et un élément intentionnel (la volonté de faire de ce lieu le principal établissement)⁸⁸¹. La réunion de ces éléments permet d'identifier le domicile d'une personne, sous réserve de la situation particulière de la personne appelée à exercer une fonction publique, temporaire ou révocable (article 79 CcQ), de la personne mineure non émancipée (article 80 CcQ), du majeur en tutelle ou en curatelle (article 81 CcQ) et encore une fois de celle qui est incarcérée.

Il restera certains cas où le domicile ne pourra être établi avec certitude. Est-ce ce lieu, ou plutôt celui-là, qui constitue le domicile de cette personne ? La réponse à cette question ne saura être avancée sans qu'un certain flou subsiste. Qu'à cela ne tienne, une réponse devra être offerte et le questionnement sera dirigé par le *Code civil du Québec*. Le premier alinéa de l'article 78 de ce code prévoit que le lieu de résidence sera réputé être le lieu du domicile. Si une personne n'a aucune résidence — on peut penser à une personne sans domicile fixe — elle sera « réputée domiciliée au lieu où elle se trouve ou, s'il est inconnu, au lieu de son dernier domicile connu » (article 78 al 2 CcQ).

⁸⁸⁰ Goubau, *supra* note 33 au para 315 (note omise).

⁸⁸¹ *JurisClasseur Québec Personnes et famille*, Montréal, LexisNexis, « Fascicule 7. Domicile et résidence » par Élise Gascon et Josiane Gelfusa au para 6.

Rappelons-le, les notions de résidence et de domicile ne sont pas des synonymes. Il importe de faire la distinction entre ces dernières. C'est notamment le cas en matière de changement de la mention du sexe. En 1994, d'une condition de résidence, le législateur est passé à une autre de domicile. Considérant la distinction entre les deux notions, il est devenu plus difficile, au moins théoriquement, d'obtenir le changement de la mention du sexe. Il y a tout lieu de croire, en effet, qu'au 1^{er} janvier 1994, un certain nombre de personnes qui se qualifiaient jusqu'alors pour obtenir le changement de la mention du sexe ont vu cette possibilité anéantie⁸⁸². À titre d'exemple, pensons à la candidate qui au 31 décembre 1993 remplissait toutes les conditions pour qu'un tel changement soit autorisé. Cette personne, aux fins de l'exemple, avait une résidence au Québec. Son domicile, toutefois, était situé en Ontario. Si cette personne n'avait pas présenté sa demande de changement de la mention du sexe au 31 décembre 1993⁸⁸³, elle s'est trouvée à perdre la possibilité d'obtenir le changement désiré. Le lendemain, en effet, c'est son domicile, et non plus sa résidence, qui devait être situé au Québec depuis au moins un an. Pour elle, la procédure de changement de la mention du sexe ne devenait d'aucun secours.

On cherchera en vain les raisons pour lesquelles le législateur a jugé opportun de procéder à une telle modification législative. Les débats parlementaires, qu'ils visent la procédure de changement de nom ou de la mention du sexe, ne fournissent aucune explication précise. S'expliquerait-elle par la volonté du législateur de limiter les chances d'une personne de ne faire du Québec qu'un point de passage dans son processus de transition ? Mes recherches n'ont pas permis d'élucider ce mystère. Considérant ce que nous avons vu précédemment à propos de la citoyenneté canadienne, l'hypothèse n'est pas moins plausible. Elle s'inscrit en harmonie avec la volonté affichée par le législateur québécois que la province ne devienne pas une destination

⁸⁸² À la lecture de la première, de la deuxième et de la troisième édition de l'ouvrage *Le droit des personnes physiques*, on remarque l'utilisation du terme « résident » pour décrire la condition relative au domicile. À mon avis, considérant la différence manifeste qu'il y a entre les notions de « résidence » et de « domicile », par ailleurs expliquées dans chacune des éditions du même ouvrage, j'estime qu'il s'agit là d'une erreur. Voir Deleury et Goubau, *supra* note 589 au para 236; Deleury et Goubau, *supra* note 589 au para 240; Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 3^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2002 au para 240; Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 4^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2008 au para 277; Goubau, *supra* note 33 au para 291. Dans les deux dernières éditions, cette erreur a été corrigée.

⁸⁸³ *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, LQ 1992, c 57, art 11.

de choix pour celles et ceux qui souhaiteraient obtenir le changement de la mention du sexe, furent-ils citoyens canadiens et résidents du Québec depuis au moins un an. L'état, en ce sens, se resserrait.

Pendant plusieurs années, cette condition relative au domicile ne sera assortie d'aucune exception. Cette situation a changé le 6 décembre 2013 lorsque fut adoptée la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*⁸⁸⁴. L'article 38 de cette loi, entré en vigueur le jour même⁸⁸⁵, a eu pour effet d'introduire, dans le *Code civil du Québec*, l'article 3084.1, qui se lit ainsi :

3084.1. Lorsqu'une modification de la mention du sexe figurant dans l'acte de naissance d'une personne née au Québec mais domiciliée hors du Québec s'avère impossible dans l'État de son domicile, le directeur de l'état civil peut, à la demande de cette personne, apporter la modification de la mention et, s'il y a lieu, des prénoms, à l'acte fait au Québec.

La demande est assujettie aux conditions prévues à la loi du Québec, exception faite des conditions relatives au domicile et à la nationalité.

Aujourd'hui, la condition relative au domicile, inscrite dans le *Code civil du Québec*, est donc pourvue d'une exception. Depuis le 6 décembre 2013, sous réserve de certaines conditions, il est possible à la personne qui est née au Québec, mais domiciliée hors cette province d'obtenir le changement de la mention du sexe. Pour cela, les autres conditions prévues à la loi québécoise doivent être remplies, exception faite de celles visant évidemment le domicile et la nationalité. En outre, il doit être « impossible » à cette personne d'obtenir le changement de la mention du sexe dans l'État où elle est domiciliée. Ce dernier critère ne semble avoir fait l'objet d'aucune interprétation. Le sens accordé au mot « impossible » reste en ce sens assez flou. On sait toutefois que la modification législative en question fait écho à une recommandation du Protecteur du citoyen datant de 2004. Dans les débats parlementaires ayant entouré la *Loi*

⁸⁸⁴ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, supra note 520.

⁸⁸⁵ *Ibid*, art 44.

*modifiant le Code civil relativement au mariage*⁸⁸⁶ — cette loi qui a permis le retrait de la condition relative au mariage en contexte de changement de la mention du sexe — on lit :

M. Côté : Oui. Le Protecteur du citoyen vous avait fait une remarque sur l'article 71. Il vous proposait de faire des amendements. J'aimerais, M. le ministre, peut-être, que vous nous donniez des explications. Madame.

M. Dupuis : Mme Ducharme va répondre à votre question.

Mme Ducharme (Monique) : Oui. La Protectrice suggérait d'éliminer le mot « domicilié », la condition d'être domicilié au Québec pour faire une telle demande. Elle faisait cette proposition-là parce qu'on lui avait exposé le problème d'une Ontarienne...

M. Côté : D'une femme qui demeure en Ontario.

Mme Ducharme (Monique) : Pardon ?

M. Côté : C'est la personne qui demeurait en Ontario...

M. Dupuis : C'est une Ontarienne qui était née au Québec.

M. Côté : C'est ça.

Mme Ducharme (Monique) : Née au Québec.

M. Dupuis : Qui était née au Québec, qui avait subi un changement de sexe en Ontario...

Le Président (M. Simard) : Bien mêlé.

⁸⁸⁶ *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage, supra note 796.*

M. Dupuis :... et qui cherchait à faire modifier le registre de l'état civil au Québec.

Mme Ducharme (Monique) : En Ontario.

M. Dupuis : Pas possible, parce qu'on a la condition.

M. Bédard : Parce qu'il faut qu'elle soit au moins un an au Québec.

Mme Ducharme (Monique) : Oui, elle a essayé aux deux places.

M. Dupuis : Oui, aux deux places. Oui.

M. Côté : Il faut qu'elle soit au moins un an domiciliée au Québec.

M. Bédard : C'est ça.

Mme Ducharme (Monique) : C'est ça. Et la Protectrice suggérait qu'on enlève cette condition de domicile pour permettre aux gens qui sont à l'extérieur mais qui ont un acte au Québec de faire faire les modifications. Mais l'intérêt n'était pas tellement de le faire au Québec comme de le faire en Ontario, de permettre que ce soit fait dans l'État où les gens résident pour leur permettre, sur les documents officiels qu'ils ont besoin d'avoir? les certificats, les preuves de naissance? leur permettre de les avoir avec une identification du sexe qui correspond à leur nouveau sexe.

La condition de domicile est là, depuis toujours, au Code civil. On peut l'apparenter à celle de la citoyenneté aussi où il y a déjà une juge, France Thibault, là...⁸⁸⁷

La situation discutée par les députés fait référence à l'histoire racontée dans une lettre datée du 3 septembre 2004⁸⁸⁸, que la Protectrice du citoyen Pauline Champoux-Lesage a fait parvenir au

⁸⁸⁷ Assemblée nationale, *Journal des débats (21 septembre 2004)*, 37^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-37-1/journal-debats/CI-040921.html>> (Jacques Côté, Jacques Dupuis et Monique Ducharme).

⁸⁸⁸ Une copie de cette lettre m'a été transmise le 13 avril 2016 en vertu de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, *supra* note 156, art 9.

ministre Dupuis. Elle racontait l'histoire d'une dame « née au Québec mais résidant maintenant en Ontario », qui ne pouvait obtenir dans cette province le changement de la mention du sexe. Celui-ci lui était refusé au motif qu'elle « n'est pas inscrite au registre des naissances de cette province ». Ce faisant, d'un côté, n'étant pas domiciliée au Québec depuis au moins un an, le directeur de l'état civil lui refusait le changement demandé. L'autorité compétente en Ontario n'acceptait pas, non plus, de faire le changement requis, puisque d'un autre côté, elle n'était pas née dans cette province. Cet imbroglio avait de lourdes conséquences, ne serait-ce qu'en ce qui concerne les atteintes potentielles à sa dignité et sa vie privée.

Par ce refus, cette citoyenne, née au Québec sera confrontée à des situations embarrassantes à chaque fois qu'elle aura à soumettre son acte de naissance, par exemple, lors d'une demande de passeport, d'une carte d'assurance sociale, ou d'assurance maladie ou même d'une demande d'inscription dans une institution d'enseignement.⁸⁸⁹

La dame concernée, faut-il le rappeler, était née au Québec. Elle avait la citoyenneté canadienne. Son acte de naissance figurait au registre de l'état civil. Elle ne faisait donc pas qu'y passer dans l'espoir d'obtenir le changement désiré. Dans ce contexte, la Protectrice du citoyen recommandait au législateur d'assouplir la condition relative au domicile, de façon à ce qu'il soit permis aux personnes se trouvant dans la situation de la dame concernée d'obtenir le changement de la mention du sexe.

Il est plausible, considérant ce qui précède, que l'impossibilité à laquelle il est fait référence à l'article 3084.1 du *Code civil du Québec* ne soit pas absolue. Après tout, dans la situation ayant été présentée par la Protectrice du citoyen, un déménagement de la dame, bien qu'onéreux, n'aurait-il pas été envisageable ? Qu'en aurait-il été si la dame, née au Québec mais domiciliée à l'extérieur de cette province, s'était vue refuser le changement de la mention du sexe non pas parce qu'elle n'était pas née dans l'État de son domicile, mais plutôt parce qu'elle refusait de subir une série de modifications corporelles, jugerait-on qu'il lui est « impossible » d'obtenir le

⁸⁸⁹ Il s'agit là d'un extrait de la lettre dont il a été fait mention à la note 888.

changement de la mention du sexe ? On pourrait croire, considérant l'histoire qui a semblé guider le législateur dans sa modification législative, que l'on serait face, ici encore, à une impossibilité, mais cela reste à confirmer. Quoi qu'il en soit, m'intéressant dans cette thèse à la production juridique du sujet sexué, je me contenterai de mettre en lumière que son rattachement géographique (et juridique) participe à sa qualification comme mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »).

1.1.4. L'absence de liens du mariage

Quatrièmement, avant que la *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage* n'entre en vigueur le 10 novembre 2004, nul ne pouvait obtenir le changement de la mention du sexe tout en étant marié⁸⁹⁰. Cette condition avait des liens étroits avec l'illégitimité des unions entre conjoints de même sexe, qui avait longtemps été considérée comme allant de soi au Québec⁸⁹¹. En ce sens, il semble bien que c'est « afin d'éviter l'incongruité d'un mariage où les deux partenaires seraient apparemment, à la suite du changement d'identité physique de l'un des conjoints, du même sexe »⁸⁹² que la condition relative au mariage a été intégrée à la procédure de changement de la mention du sexe. C'est à tout le moins ce qui ressortait du *Rapport sur le nom et l'identité physique de la personne humaine*, qui a sans aucun doute inspiré la rédaction des articles de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁸⁹³.

Avec cette condition, le législateur s'assurait de maintenir l'interdiction du mariage homosexuel. Il contournait en outre les éventuelles difficultés qui auraient pu à cet égard se

⁸⁹⁰ *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, *supra* note 796, art 1, entré en vigueur le 10 novembre 2004 en vertu de l'article 9 de cette loi.

⁸⁹¹ Sur le sujet, consulter notamment Patrice Corriveau, *La répression des homosexuels au Québec et en France*, Sillery, Septentrion, 2006.

⁸⁹² Comité du nom des personnes, *supra* note 36 à la p 42.

⁸⁹³ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29.

présenter, dans la mesure où le changement de la mention du sexe ne devait pas mener à la reconnaissance implicite de la légitimité des unions homosexuelles. Cela ressort explicitement des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁸⁹⁴.

La raison pour laquelle on spécifie que le candidat devra être citoyen canadien majeur et non marié c'est parce qu'on pense qu'il est indispensable de formuler cette exigence afin qu'il ne puisse exister de cas où, à la suite d'une telle modification, on se retrouverait en présence de deux époux qui sont du même sexe.⁸⁹⁵

La volonté de protéger le caractère hétérosexuel du mariage était également partagée par les autres députés. Ces derniers ne se sont pas opposés à la présence de cette condition — « non marié » — à la liste de celles qui allaient devoir être remplies préalablement à l'obtention du changement de la mention du sexe. Elle n'a pas non plus été remise en question lors des travaux qui ont précédé l'adoption du « nouveau » *Code civil du Québec*. Qui plus est, selon la professeure Ouellette-Lauzon, cette condition permettait de s'assurer que seule la personne souhaitant obtenir le changement de la mention du sexe soit impliquée dans cette procédure. « [L]e statut de personne non mariée assure que le patient, et lui seul, sera impliqué par cette procédure médicale draconienne », écrivait-elle⁸⁹⁶. À ma connaissance, cette affirmation n'a pas été remise en question. On peut croire, dans ce contexte, que la condition relative au mariage allait de soi.

La personne mariée qui souhaitait obtenir le changement de la mention du sexe devait donc mettre fin à son union maritale. Cette dernière était en effet un obstacle à la reconnaissance de leur identité de genre. À cet égard, elle ne bénéficiait pas d'un régime particulier, pas plus que son époux par ailleurs. La mort de l'autre époux et le divorce, sans oublier l'annulation du

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4979 (Marc-André Bédard).

⁸⁹⁶ Ouellette-Lauzon, *supra* note 482 à la p 191.

mariage étaient les seules options possibles. La première cause de fin du mariage — la mort de l'autre époux — n'appelle pas de commentaires particuliers. Je ne m'y attarderai pas pour cette raison. Il en va tout autrement du divorce et de l'annulation du mariage, lesquels sont étudiés ci-dessous. Le premier est de compétence fédérale⁸⁹⁷. Il a pour effet de mettre fin au mariage (article 516 CcQ). Pour cette raison, le divorce suppose « au départ l'existence d'un mariage valide. »⁸⁹⁸ C'est notamment ce qui le distingue du régime de nullité du mariage, qui est, quant à lui, de compétence provinciale⁸⁹⁹ et régi par les articles 380 à 390 du *Code civil du Québec*.

Une telle étude n'est pas, du reste, sans poser quelques défis. C'est de connaissance d'office que le droit de la famille a évolué du 19 décembre 1977 au 10 novembre 2004. Afin de limiter au maximum les difficultés inutiles considérant l'objectif de ma démonstration, j'étudierai dans les quelques lignes qui suivent la situation juridique de ces personnes en ayant recours au droit tel qu'on le connaît aujourd'hui. Le portrait général de la situation juridique de ces personnes sera mieux brossé et en dépit des anachronismes qu'il pourra présenter, nous verrons comment la condition relative au mariage fit partie de la production juridique du sujet sexué. Qui plus est, en raison de cet objectif que je poursuis dans la présente section, je ne m'intéresserai pas aux conditions de forme qui affectaient le divorce et l'annulation du mariage. N'empêche, d'une certaine façon, elles aussi ont eu un impact sur la qualification d'une personne comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »).

⁸⁹⁷ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), *supra* note 691, art 91(26).

⁸⁹⁸ Jean-Pierre Sénécal et Murielle Drapeau, « Le divorce » dans *CCH Juriste*, Brossard, CCH, 2013, 30-000 au para 30-380.

⁸⁹⁹ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), *supra* note 691, art 92(12).

1.1.4.1. Le divorce

Au Canada, la *Loi sur le divorce*⁹⁰⁰ encadre cette façon de mettre fin au mariage. Il découle de cette dernière que nul ne peut divorcer sans raison. En vertu du paragraphe 8(1) de cette loi, « [l]e tribunal compétent peut, sur demande de l'un des époux ou des deux, lui ou leur accorder le divorce pour cause d'échec du mariage. » C'est la seule cause pour laquelle le divorce est permis.

L'échec du mariage doit donc être démontré, sans quoi le divorce ne pourra être prononcé. Il ne peut prendre que trois formes, qui sont explicitées au paragraphe 8(2) de la même loi. On y lit :

(2) L'échec du mariage n'est établi que dans les cas suivants :

a) les époux ont vécu séparément pendant au moins un an avant le prononcé de la décision sur l'action en divorce et vivaient séparément à la date d'introduction de l'instance ;

b) depuis la célébration du mariage, l'époux contre qui le divorce est demandé a :

(i) soit commis l'adultère,

(ii) soit traité l'autre époux avec une cruauté physique ou mentale qui rend intolérable le maintien de la cohabitation.

(je souligne)

D'emblée, il ressort clairement de ce paragraphe que la volonté d'obtenir le changement de la mention du sexe ne constitue pas *a priori* un motif permettant d'obtenir le divorce. La

⁹⁰⁰ *Loi sur le divorce, supra* note 828.

terminologie utilisée au paragraphe 8(2) de la *Loi sur le divorce*⁹⁰¹ — « [l]’échec du mariage n’est établi que dans les cas suivants [...] » (je souligne) — restreint les formes d’échec du mariage à celles précisées dans l’article. Seules la séparation⁹⁰², l’adultère⁹⁰³ et la cruauté physique⁹⁰⁴ ou mentale⁹⁰⁵ sont considérées comme des causes d’échec du mariage. Lorsque la

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² *Ibid.*, art 8(2)a). Il s’agit essentiellement de la cessation de la vie commune impliquant la volonté, pour un époux, de cesser de faire vie commune. Ce motif de divorce peut être décrit en citant cet extrait d’une décision rendue par la Cour supérieure du Québec, dans *Droit de la famille – 3690* :

La vie commune est souvent définie par la négative, soit par la vie séparée. Cette dernière étant un motif de divorce lorsqu’elle dure depuis un an. Pour qu’il y ait séparation, il faut qu’il y ait volonté des époux ou de l’un d’eux de ne plus vivre ensemble.

La vie séparée doit être intentionnelle, l’un des conjoints doit avoir eu l’intention effective de vivre ainsi, de mettre fin au consortium vitae (communauté de vie). En somme, de ne plus former un couple.

Dans le cadre d’une instance de divorce, la preuve doit établir trois éléments, soit:

- les conjoints ne vivent plus ensemble depuis au moins un an;
- au moins l’un d’eux n’a plus l’intention de vivre avec l’autre depuis ce temps;
- les conjoints vivent séparément depuis l’introduction de l’instance.

Il est important de souligner que la recherche de l’intention des parties. La situation objective et la volonté des parties se conjuguent afin de déterminer si la vie commune a cessé.

Voir *Droit de la famille — 3690*, [2000] RDF 530 (CS) à la p 533; Mireille D Castelli et Dominique Goubau, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd, Sainte-Foy, Les Presses de l’Université Laval, 2005 aux pp 442-443; Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Thémis, 2006 à la p 327; Sénécal et Drapeau, *supra* note 898 aux paras 30-960-31-070; Michel Tétrault, *Droit de la famille*, 4^e éd, v 1 Le mariage, l’union civile et les conjoints de fait : Droits, obligations et conséquences de la rupture, Cowansville, Yvon Blais, 2010 aux pp 727-733.

⁹⁰³ Selon Castelli et Goubau, l’adultère se matérialise « dès que des relations sexuelles volontaires ont lieu avec une personne autre que le conjoint. » Voir Castelli et Goubau, *supra* note 902 à la p 444. Sur l’adultère en général, consulter Tétrault, *supra* note 902 à la p 724; Sénécal et Drapeau, *supra* note 898 à la p 30-590; Pineau et Pratte, *supra* note 902 aux pp 328-329.

⁹⁰⁴ La cruauté physique, comme la cruauté mentale doit rendre intolérable le maintien de la cohabitation. Voir *Loi sur le divorce*, *supra* note 828, art 8(2). En ce qui concerne la cruauté physique, selon la doctrine, le degré de violence auquel est exposé l’époux victime peut être « faible ». Nul besoin que la vie de l’époux victime soit en danger. Castelli et Goubau, *supra* note 902 à la p 444; Pineau et Pratte, *supra* note 902 à la p 330; Sénécal et Drapeau, *supra* note 898 au para 30-675. Voir aussi, sur la cruauté physique et mentale en général, Tétrault, *supra* note 902 aux pp 724-727.

⁹⁰⁵ En matière de cruauté mentale, l’absence d’intention malicieuse de la part de l’époux auteur de la cruauté n’est peut-être pas pertinente. C’est le résultat final, la présence de cruauté mentale ou non, qui compte. Comme Castelli et Goubau l’expliquent, « la continuation de la vie commune doit être rendue intolérable par l’attitude du conjoint défendeur, et la cruauté peut donc provenir d’une attitude de mépris ou de rejet et être constituée d’une multitude d’actes répétés et accumulés. » Voir Castelli et Goubau, *supra* note 902 à la p 445 (notes omises). Or, ces mêmes auteurs précisent que l’exigence de caractère volontaire ou non de la cruauté mentale, pose encore débat de nos

preuve de l'une de ces formes est faite⁹⁰⁶, il y a présomption irréfragable d'échec du mariage⁹⁰⁷. Mais pour que le divorce puisse être prononcé, encore faut-il qu'aucune fin de non-recevoir ne puisse être valablement invoquée. Si plusieurs existent⁹⁰⁸, en contexte de changement de la

jours. Les auteurs Pineau et Pratte, quant à eux, mettent en garde les juges contre ce qu'ils appellent les « divorces à l'américaine ». Ils écrivent :

[L]es juges, tout en faisant preuve de libéralisme, ne doivent pas consentir à prononcer des "divorces à l'américaine", reposant sur la simple incompatibilité d'humeur; au contraire, l'amoncellement de ces faits quotidiens qui, par leur répétition, agacent à un point tel qu'ils deviennent impossibles à supporter, constitue une cruauté traumatisante qui rend intolérable la continuation de la cohabitation des époux.

Voir Pineau et Pratte, *supra* note 902 à la p 332 (note omise). Sur la cruauté mentale en général, consulter Sénécal et Drapeau, *supra* note 898 au para 30-690.

⁹⁰⁶ Tétrault, *supra* note 902 à la p 718; Sénécal et Drapeau, *supra* note 898 au para 30-030.

⁹⁰⁷ Tétrault, *supra* note 902 à la p 718; Sénécal et Drapeau, *supra* note 898 au para 30-540.

⁹⁰⁸ Les auteurs Castelli et Goubau identifient, en plus de la collusion et de la connivence, les admissions, les arrangements raisonnables, la non-suppression des obstacles au remariage religieux, ainsi que le pardon. Voir Castelli et Goubau, *supra* note 902 aux pp 445-450.

mention du sexe, la collusion⁹⁰⁹ et la connivence⁹¹⁰ seront celles qui auront pu le plus souvent se présenter⁹¹¹.

⁹⁰⁹ Selon le paragraphe 11(4) de la *Loi sur le divorce*, la collusion :

s'entend d'une entente ou d'un complot auxquels le demandeur est partie, directement ou indirectement, en vue de déjouer l'administration de la justice, ainsi que de tout accord, entente ou autre arrangement visant à fabriquer ou à supprimer des éléments de preuve ou à tromper le tribunal, à l'exclusion de toute entente prévoyant la séparation de fait des parties, l'aide financière, le partage des biens ou la garde des enfants à charge.

Il s'agit, pour reprendre les propos de Castelli et Goubau, « d'un complot dans le but de tromper ou de cacher des éléments à la justice. » Voir *Ibid* à la p 446. Les auteurs Pineau et Pratte expliquent, quant à eux, que « [l]e consentement des époux ou la seule volonté de l'un d'eux, en l'absence d'une séparation d'une durée d'un an, d'un adultère ou d'une manifestation de cruauté, ne permet pas le divorce. » Voir Pineau et Pratte, *supra* note 902 à la p 333. À la page 334, ils ajoutent qu'« il faut empêcher la "fabrication d'un divorce" et réagir contre des agissements destinés à cacher la vérité au tribunal, afin que celui-ci puisse user de son pouvoir d'appréciation, normalement et pleinement informé. » Les époux ne peuvent donc s'entendre pour faire valoir un motif de divorce si celui-ci ne s'est pas produit. Un peu plus loin, précisément à la page 339, ces mêmes auteurs expliquent que les époux peuvent néanmoins demander conjointement le divorce, en prenant garde au principe selon lequel *nul ne peut invoquer sa propre turpitude*. Quant à Sénécal et Drapeau, ils écrivent notamment :

L'accord ou le complot ne doivent pas nécessairement impliquer les deux époux. Il suffit que le demandeur en divorce y soit mêlé, comme le précise l'article 12(4) L.D. Si tel n'est pas le cas, il n'y a pas collusion. La Cour d'appel de l'Ontario a ainsi décidé dans *Milne v. Milne*, (1970) 1 O.R. 381, 8 D.L.R. (3d) 439 (C.A.), qu'une entente pour commettre l'adultère conclue entre l'un des conjoints et un tiers dans le but de fournir un motif de divorce à l'autre ne constituait pas de la collusion lorsqu'elle n'impliquait d'aucune façon le demandeur en divorce. Il arrive d'ailleurs qu'un conjoint qui veut divorcer, mais qui n'a aucun motif légal pour obtenir le divorce, fasse tout en son pouvoir pour rendre la vie intolérable à l'autre et le réduire à présenter une demande de rupture du lien matrimonial: il n'y a pas là motif à rejet de la demande présentée par l'époux innocent.

Voir Sénécal et Drapeau, *supra* note 898 au para 31-385.

⁹¹⁰ La connivence, quant à elle, n'est pas définie par la *Loi sur le divorce*, mais le sous-paragraphe 11(1)c) la mentionne. Elle « consiste dans le fait pour l'époux, qui se plaint d'un acte commis par son conjoint, d'avoir été d'accord préalablement à sa commission ou de l'avoir encouragé. » Voir Castelli et Goubau, *supra* note 902 à la p 448. Dans des termes similaires, Tétrault définit la connivence comme étant « le consentement du demandeur à la faute conjugale du défendeur. » Voir Tétrault, *supra* note 902 à la p 737. À noter ici que le consentement à la séparation ne constitue pas la connivence, puisqu'il ne s'agit pas d'une faute. La connivence ne s'applique donc qu'en contexte d'adultère et de cruauté physique ou mentale. À ce sujet, voir Sénécal et Drapeau, *supra* note 898 à la p 31-450.

⁹¹¹ Certains pourraient peut-être être tentés de penser au pardon comme fin de non-recevoir en contexte de changement de la mention du sexe. Ce serait probablement oublier que selon la jurisprudence et la doctrine, le pardon implique la cessation de la conduite fautive de l'époux. En contexte de changement de la mention du sexe, cette cessation nous semble pour le moins constituer davantage de l'exception que de la règle. Il n'est cependant pas impossible d'y penser, par exemple si le motif de divorce invoqué était la cruauté mentale. Sur le pardon, consulter Castelli et Goubau, *supra* note 902 aux pp 448-450; Pineau et Pratte, *supra* note 902 aux pp 337-340; Sénécal et Drapeau, *supra* note 898 au para 31-475; Tétrault, *supra* note 902 aux pp 733-737.

Sans aucun doute, la transition de l'un des époux représente un défi pour le couple marié. Pour autant, elle ne signifie pas que l'union en souffrira au point de se défaire. Certains couples, qu'ils soient mariés ou non, résistent à la transition de l'un des conjoints⁹¹². Seulement, jusqu'au 10 novembre 2004, pour que le conjoint en transition ait pu obtenir le changement de la mention du sexe, il a été primordial qu'il ne soit pas marié. Le divorce sur entente des époux aurait pu se montrer d'une grande utilité, mais comme une telle entente ne figurait pas à la liste du paragraphe 8(2) de la *Loi sur le divorce*⁹¹³, elle ne permettait pas de considérer le mariage comme un échec. Pour cela, dans certaines situations, la procédure de changement de la mention du sexe s'est présentée comme un obstacle à la poursuite de l'union maritale, au même titre que l'union maritale s'est présentée comme un obstacle au changement de la mention du sexe.

Certains cas posaient plus de problèmes que d'autres. Lorsque le divorce était souhaité, en ne considérant que le contexte de transition de l'un des conjoints, seules la séparation et la cruauté mentale pouvaient être invoquées à titre de causes d'échec du mariage. D'une part, en vertu des conditions énoncées précédemment, dans la mesure où l'un ou l'autre des époux cessait de faire vie commune et en avait effectivement la volonté, il était possible d'obtenir le divorce, pour autant que le délai d'un an ait été respecté et qu'aucune fin de non-recevoir n'ait été invoquée et acceptée à ce titre. D'autre part, la cruauté mentale a aussi pu être invoquée pour mettre fin au mariage. Suivant l'exposition des conditions énoncées précédemment, l'époux s'en disant victime devait démontrer que la transition de l'autre époux en constituait une et qu'elle avait pour effet de rendre la cohabitation insupportable. Sous réserve des circonstances particulières propres à chaque situation, la transition du conjoint a pu être considérée comme telle.

En contexte de changement de la mention du sexe, la volonté de mettre fin à l'union maritale facilitait donc l'obtention du divorce. En revanche, l'absence de cette volonté ajoutait un fort degré de complexité juridique. Qu'en était-il de ces couples mariés qui souhaitaient, d'une part,

⁹¹² Françoise Susset, « ATQ Fierté Trans 2011 Françoise Susset : Le couple en transition » (7 mai 2011), en ligne : Youtube <<https://www.youtube.com/watch?v=H3orNbfxr-M>> (consulté le 16 juillet 2016).

⁹¹³ *Loi sur le divorce*, *supra* note 828.

que le conjoint concerné puisse obtenir le changement de la mention du sexe, mais qui, d'autre part, ne voulaient pas mettre fin, dans les faits au moins, à leur union ? La difficulté juridique se trouvait en la possibilité, dans ce cas, de prononcer le divorce. Autant dire que le couple placé dans cette situation n'était pas sorti de l'auberge. Le changement de la mention du sexe de l'un des époux ne pouvait être accordé si les époux demeuraient mariés. Or, c'est précisément ce qu'ils désiraient. Rester marié (ou du moins en couple) tout en obtenant le changement de la mention du sexe souhaité par l'un des conjoints : le meilleur des deux mondes semblait inatteignable. En ce sens, la volonté de poursuivre le mariage ou l'union s'opposait à la possibilité pour l'un des époux d'obtenir le changement de la mention du sexe. L'altérité sexuelle primait. Entre le mariage et le changement de la mention du sexe, un choix devait être fait, et ce choix, à n'en pas douter, était déchirant.

The provision governing married applicants places transgender persons in an unenviable position by requiring them to choose between legal recognition of their gender identity and the continuation of their marriage. Accordingly, this legal provision serves, somewhat perversely, to place undue pressure on healthy marriages. There is no other circumstance known to law in which the state requires parties, who are married and who wish to remain married, to divorce.⁹¹⁴

L'extrait qui précède portait sur le droit anglais, mais il aurait très bien pu viser le droit applicable au Québec. Pas de divorce, pas de changement de la mention du sexe.

Juridiquement, le défi était donc de taille. L'obtention du divorce, dans un tel contexte, n'était pas simple. On s'en souviendra, seul l'échec du mariage pouvait (et peut encore) mener au divorce. Or, du point de vue de ces conjoints, une telle condition n'était pas remplie. S'ils *souhaitaient* obtenir le divorce, ce n'était pas en raison de l'échec de leur mariage, mais plutôt

⁹¹⁴ Andrew N Sharpe, « A Critique of the Gender Recognition Act 2004 » (2007) 4 Bioethical Inquiry 33 à la p 38. Même s'il visait la *Gender Recognition Act 2004* qui est une loi britannique, le propos développé par le professeur Sharpe est pertinent en contexte canadien. Il aborde une obligation similaire, c'est-à-dire l'absence de liens du mariage.

parce que la loi empêchait l'un des conjoints d'obtenir autrement le changement de la mention du sexe. Que pouvaient-ils alors invoquer ? Le paragraphe 8(2) de la *Loi sur le divorce*⁹¹⁵ offrait trois options, soit (a) la séparation pendant au moins un an, (b) l'adultère et (c) la cruauté mentale ou physique, mais aucune de ces trois options ne semblait pleinement appropriée. Premièrement, dans les circonstances, la séparation pendant au moins un an ne les plaçait pas à l'abri de difficultés quant à l'application de la notion de « vie commune ». Vivaient-ils séparément ou non, telle allait être la question. Deuxièmement, il y avait l'adultère, qui n'offrait pas une porte de sortie plus intéressante considérant les objectifs du couple. Troisièmement, la cruauté, qu'elle soit physique ou mentale, pouvait certes justifier l'échec du mariage, mais encore une fois, dans les circonstances qui nous occupent comme dans toute circonstance par ailleurs, y avoir recours était clairement inapproprié. À ces difficultés s'ajoutaient en plus les fins de non-recevoir faisant échec à la demande de divorce. Les conjoints, par exemple, ne pouvaient pas agir en collusion. Ils ne pouvaient pas, non plus, être de connivence, pas plus qu'ils ne pouvaient se pardonner. Et comme si ce n'était pas assez, il leur était interdit de se parjurer, sans quoi ils allaient commettre une infraction criminelle (article 131 Ccr). Bref, au moins juridiquement, dans de telles circonstances, le divorce était difficilement envisageable et c'est le moins que l'on puisse dire...

1.1.4.2. L'annulation du mariage

En contexte de changement de la mention du sexe, malgré les difficultés juridiques qu'il pouvait présenter, le divorce restait l'une des options envisageables pour mettre fin au mariage. Or, dans certains contextes, un autre véhicule juridique s'offrait aux conjoints mariés : demander à un tribunal de prononcer la nullité du mariage. La décision *MT c DG*⁹¹⁶, ayant été rendue en 2004 par la Cour supérieure du Québec, aide à comprendre le sens de cette option.

⁹¹⁵ *Loi sur le divorce*, supra note 828.

⁹¹⁶ *MT c DG*, (2004), AZ-50222265 (SOQUIJ) (CS).

Le 17 juin 1995, le mariage entre les parties (MT et DG) est célébré⁹¹⁷. Déjà à ce moment, sans en avoir informé MT, DG avait commencé un processus transitoire⁹¹⁸. MT l'apprendra plus tard « après avoir donné naissance à trois enfants »⁹¹⁹. En 2002, suite à l'« opération en vertu de laquelle la partie défenderesse [DG] a pu acquérir toutes les caractéristiques d'une personne de sexe féminin »⁹²⁰, la transition amorcée par DG s'est finalisée. Quelques mois après, le 22 mai 2003 plus précisément, DG « a obtenu un certificat de naissance attestant qu'elle est de sexe féminin »⁹²¹. C'est dans ce contexte que MT a demandé la nullité de son mariage avec DG, ce qui lui fut accordé. Le tribunal, en effet, a décidé que le fait pour DG de ne pas avoir informé MT au moment du mariage de son processus transitoire a « provoqué chez la partie demanderesse une erreur portant essentiellement sur la qualité de la partie défenderesse »⁹²².

Pour rendre cette décision, plusieurs éléments ont été considérés. Premièrement, il a relevé que MT n'aurait pas marié DG si elle avait été mise au courant du processus transitoire de cette dernière. MT pensait après tout « qu'elle épousait une personne de sexe masculin pour la vie ainsi qu'un père de sexe masculin pour les enfants. »⁹²³ Deuxièmement, le tribunal a jugé que MT avait été induite en erreur. « [C]ette erreur essentielle sur la qualité de la partie défenderesse [DG] a vicié le consentement de la partie demanderesse [MT] et constitue une cause de l'annulation du présent mariage »⁹²⁴. Il a souligné, aussi, « que le consentement libre et éclairé au mariage est une question d'ordre public et qu'en conséquence la prescription de trois ans prévue à l'article 380 C.c.Q. ne peut être soulevée ». En raison de ce qui précède, mais aussi

⁹¹⁷ *Ibid* au para 1.

⁹¹⁸ *Ibid* au para 3.

⁹¹⁹ *Ibid* au para 4.

⁹²⁰ *Ibid*.

⁹²¹ *Ibid* au para 2.

⁹²² *Ibid* au para 5.

⁹²³ *Ibid* au para 6.

⁹²⁴ *Ibid* au para 7.

parce que le délai dans lequel avait été intentée la requête était raisonnable, le mariage entre MT et DG a pu être annulé.

Au premier regard, cette décision paraît suspecte. Comment DG a-t-elle pu obtenir « le 22 mai 2003, [...] un certificat de naissance attestant qu'elle est de sexe féminin »⁹²⁵ alors que la nullité du mariage n'avait toujours pas été prononcée ? N'est-il pas nécessaire, pour obtenir le changement de la mention du sexe, de ne pas être marié ? Pour comprendre, il faut lire les conclusions du tribunal, dans lesquelles il est fait mention d'un jugement de divorce. Plus précisément, on lit « que les mesures accessoires prononcées au jugement de divorce du 17 janvier 2003 sont maintenues [...] »⁹²⁶. Cette conclusion laisse donc entendre que le divorce des parties avait déjà été prononcé. Ce faisant, le 22 mai 2003, au moment d'obtenir un nouveau certificat de naissance, MT et DG n'étaient plus mariées ; elles étaient divorcées. Ceci explique donc cela : c'est pourquoi DG a pu obtenir le changement de la mention du sexe figurant à son acte de naissance.

Cette décision met la table en ce qui a trait à la nullité du mariage en contexte de changement de la mention du sexe. Le recours, comme celui en divorce, a le potentiel de mettre fin au mariage. Toutefois, par rapport au divorce, la nullité du mariage présente des particularités. Au nombre de celles-ci, on note, premièrement, que la nullité du mariage suppose, comme son nom l'indique, la « nullité » du mariage, ce que le divorce ne fait pas. Pour certaines raisons précises, le mariage n'aurait dû avoir lieu et il est nul de ce fait. Les parties, autrement dit, ne font pas face à l'échec du mariage. Plutôt, elles se trouvent devant l'invalidité de ce dernier.

Il ne s'agit pas d'un recours qui est pris à la légère. Au contraire, « les tribunaux prennent au sérieux l'institution du mariage et les demandes d'annulation et ils ne les accordent pas à la

⁹²⁵ *Ibid* au para 2.

⁹²⁶ *Ibid* au para 12.

légère. »⁹²⁷ L'article 380 du *Code civil du Québec*, qui expose les cas où la nullité peut être prononcée, leur laisse une marge de manœuvre.

380. Le mariage qui n'est pas célébré suivant les prescriptions du présent titre et suivant les conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité à la demande de toute personne intéressée, sauf au tribunal à juger suivant les circonstances.

L'action est irrecevable s'il s'est écoulé trois ans depuis la célébration, sauf si l'ordre public est en cause.

Le tribunal qui constate que le mariage n'a pas été « célébré suivant les prescriptions du présent titre et suivant les conditions nécessaires à sa formation » a la possibilité, « suivant les circonstances », d'en prononcer la nullité. Cela signifie que dans certains cas, la nullité du mariage ne sera pas prononcée, même si certaines conditions dont le respect était exigé ont été bafouées⁹²⁸ : « au tribunal à juger suivant les circonstances. »

Les conditions auxquelles se réfère l'article 380 du *Code civil du Québec* sont énoncées aux articles 365 à 377 du même code. Elles le sont également à la *Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil*⁹²⁹ et à la *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*⁹³⁰. Dans le contexte qui nous occupe, il n'y a pas lieu de s'attarder à chacune d'elles. Nul besoin, aussi, de se pencher sur chacune des conditions devant être remplies pour que la nullité du mariage soit prononcée.

⁹²⁷ Tétrault, *supra* note 902 à la p 107.

⁹²⁸ *JurisClasseur Québec Droit civil*, Montréal, LexisNexis, « Fascicule 14. Formation du mariage » par Benoît Moore au para 57.

⁹²⁹ *Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil*, LC 2001, c 4.

⁹³⁰ *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*, *supra* note 828.

En fait, l'une retient particulièrement l'attention. Pour qu'un mariage soit valablement célébré, un consentement public, libre et éclairé doit être donné⁹³¹. Cette exigence a d'ailleurs été explicitée dans la législation fédérale le 1^{er} juin 2001 lorsque l'article 5 de la *Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil* est entré en vigueur⁹³² : « le mariage requiert le consentement libre et éclairé [...] » peut-on y lire⁹³³. En droit des obligations, l'erreur, la crainte ou la lésion peuvent vicier le consentement. En droit de la famille, certaines adaptations doivent être faites⁹³⁴. Or, si le mariage a été célébré sans qu'un consentement libre et éclairé n'ait été donné, le tribunal pourra prononcer sa nullité.

Les situations pouvant se présenter en contexte de changement de la mention du sexe font que l'erreur présente un certain intérêt⁹³⁵. Selon l'article 1400 al 1 du *Code civil du Québec*, elle « vicie le consentement des parties ou de l'une d'elles lorsqu'elle porte sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ou, encore, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement. » Depuis que la décision *Piché c Trottier*⁹³⁶ a été rendue, cette erreur qui vicie le consentement au mariage peut porter sur l'identité de la personne⁹³⁷.

⁹³¹ Articles 116 CcBC, 365, 1386 et s CcQ. Par ailleurs, le 17 juillet 2015, l'article 293.1 a été ajouté au *Code criminel*, rendant ainsi « coupable d'un acte criminel [...] quiconque célèbre un rite ou une cérémonie de mariage, y aide ou y participe sachant que l'une des personnes qui se marient le fait contre son gré. » À cet effet, consulter la *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares*, *supra* note 441, art 9, entré en vigueur le 17 juillet 2015 (décret), TR/2015-67 (Gaz Can II).

⁹³² *Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil*, *supra* note 929, art 5, entré en vigueur le 1er juin 2001 (décret), TR/2001-71 (Gaz Can II).

⁹³³ *Ibid.* Par ailleurs, en 2015, l'article 2.1 a été ajouté à la *Loi sur le mariage civil*, *supra* note 828. Celui-ci énonce que « [l]e mariage requiert le consentement libre et éclairé de deux personnes à se prendre mutuellement pour époux. » Voir *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares*, *supra* note 441, art 29, entré en vigueur le 18 juin 2015 en vertu de l'article 6(2)a) de la *Loi d'interprétation*, LRC 1985, c I-21.

⁹³⁴ Pineau et Pratte, *supra* note 902 aux pp 62 et s; Tétrault, *supra* note 902 à la p 72.

⁹³⁵ Tétrault, *supra* note 902 aux pp 40, 41, 75.

⁹³⁶ *Piché c Trottier*, [1978] CS 81.

⁹³⁷ Pineau et Pratte, *supra* note 902 à la p 64.

Dans cette affaire, en effet, une femme demandait l'annulation de son mariage « au motif de l'homosexualité de son époux »⁹³⁸. Le tribunal devait aussi décider si ce motif pouvait être considéré comme une « erreur 'dans la personne' »⁹³⁹ en vertu de l'état du droit qui était à l'époque applicable. Selon la preuve qui a été retenue, « le défendeur était effectivement homosexuel au moment où il a contracté mariage avec la demanderesse. »⁹⁴⁰ Il avait même « pris la précaution de demander [au frère de la demanderesse] que ne soit pas dévoilée sa condition d'homosexuel »⁹⁴¹ au moment où le défendeur souhaitait courtiser la demanderesse. Le frère de la demanderesse avait accepté cette demande en favorisant « la rencontre des parties sans dénoncer la condition du défendeur. »⁹⁴² Dans la période qui a précédé le mariage, la demanderesse n'a eu aucun doute sur l'orientation sexuelle du défendeur. Ce n'est que peu de temps après le mariage que ceux-ci sont survenus⁹⁴³. Le tribunal écrit à cet effet qu'« il est manifeste d'après la preuve que par les agissements et le comportement du défendeur, sa condition d'homosexuel se révélait à la demanderesse graduellement. »⁹⁴⁴ Cette « condition », la demanderesse ne pouvait l'accepter. Avoir su, a-t-elle affirmé « elle n'aurait jamais contracté mariage avec le défendeur [...] car elle avait horreur des homosexuels. »⁹⁴⁵

Après une revue de la jurisprudence et de la doctrine, il a affirmé ce qui suit :

Qu'il s'agisse d'une déviation, d'une perversion, d'une maladie voire même d'un droit fondamental de la personne [...], il reste que cette condition d'homosexuel affecte les attributs fondamentaux d'un individu. Lorsqu'un conjoint, de bonne foi, croit trouver chez une personne de sexe opposé un partenaire avec qui il croit pouvoir fonder une association durable répondant aux normes sociales

⁹³⁸ *Piché c Trottier*, *supra* note 936 à la p 81.

⁹³⁹ *Ibid.*

⁹⁴⁰ *Ibid.*

⁹⁴¹ *Ibid* à la p 82.

⁹⁴² *Ibid.*

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ *Ibid.*

⁹⁴⁵ *Ibid.*

généralement acceptées dans notre milieu et qu'il est induit en erreur sur un attribut aussi fondamental de la personnalité de son conjoint que ses dispositions sexuelles envers le sexe opposé, il y a là à mon sens, 'une erreur dans la personne' susceptible de donner ouverture à une demande d'annulation

[...]

Le tribunal croit en la sincérité de la demanderesse qui n'aurait jamais accepté d'épouser le défendeur si elle avait été honnêtement informée de sa condition.⁹⁴⁶

Considérant ce qui précède, la nullité du mariage a été prononcée. Par le fait même, selon les professeurs Pineau et Pratte, « la voie à un nouveau courant jurisprudentiel »⁹⁴⁷ a été ouverte et « le législateur [l']a [...] consacré[e], consciemment ou non »⁹⁴⁸ dans le *Code civil du Québec*. De fait, en vertu de ce dernier, « l'erreur sur l'identité demeure un motif de nullité [...] à la condition, bien sûr, qu'elle ait été commise au moment du mariage. »⁹⁴⁹

Les décisions *Piché c Trottier*⁹⁵⁰ et *MT c DG*⁹⁵¹ permettent de réfléchir à ces contextes où la nullité du mariage pourra être demandée. Pour illustrer cela, imaginons la séquence factuelle suivante. Une personne est en couple avec une autre. Cette autre personne envisage, secrètement, la possibilité de faire une transition de genre. Un jour, le couple se marie. La possibilité de faire une transition de genre, envisagée par l'un des conjoints, n'est pas communiquée à l'autre conjoint. Lors de la célébration du mariage, cette facette de l'identité est tenue secrète. Un certain temps après la célébration, l'époux qui envisageait jusqu'alors en cachette la possibilité de faire une transition de genre passe aux aveux. L'autre époux n'apprécie pas la situation ; il se sent floué et trahi. S'il avait su que son conjoint envisageait d'entreprendre

⁹⁴⁶ *Ibid* aux pp 90-91.

⁹⁴⁷ Pineau et Pratte, *supra* note 902 à la p 63.

⁹⁴⁸ *Ibid* à la p 64.

⁹⁴⁹ *Ibid*.

⁹⁵⁰ *Piché c Trottier*, *supra* note 936.

⁹⁵¹ *MT c DG*, *supra* note 916.

des démarches en ce sens, jamais il ne l'aurait marié. Puisque cette information lui a été cachée, le consentement qu'il a donné n'a pas été éclairé. Une condition dont le respect est nécessaire à la formation du mariage a été ainsi bafouée. La nullité du mariage, dans un tel contexte, peut en ce sens être demandée⁹⁵², dans la mesure où bien évidemment la preuve de ce qui précède est retenue.

Certes, en vertu des articles 381 à 390 du *Code civil du Québec*, il demeure possible que le mariage des parties aura peut-être certains effets tout en étant nul, mais ayant été libérés des liens du mariage, ils ont retrouvé leur état de célibataire, ce qui les rend « non marié[s] » au sens l'article 71 al 2 du *Code civil du Québec*. À partir de ce moment et sous réserve des autres conditions applicables, le changement de la mention du sexe a pu être autorisé. Ce faisant, pendant tout ce temps où la condition relative à l'absence de liens du mariage fut exigée pour que le changement de la mention du sexe soit autorisé, à l'instar du divorce, le recours en nullité du mariage a pu se montrer d'une certaine utilité.

1.1.4.3. La fin de la condition relative à l'absence de liens du mariage

Au tournant des années 2000⁹⁵³, l'illégitimité des unions homosexuelles, qui avait été soutenue par l'État pendant de nombreuses années, devenait de plus en plus incongrue. Ces unions étaient

⁹⁵² D'ailleurs, dans les débats parlementaires ayant eu lieu à l'égard de la première procédure de changement de la mention du sexe, le ministre Bédard affirmait :

Le mariage d'un transsexué, muni d'un acte de l'état civil modifié, peut être annulé, à mon humble avis, si le mariage a eu lieu sans que le transsexué, qui est muni d'un nouvel acte de l'état civil modifié, ne prenne la précaution de mettre son nouveau conjoint au courant du réaménagement de son anatomie. Cela peut être une cause d'annulation de la même façon que tous ceux qui sont atteints de maladie grave, d'impuissance, de schizophrénie et qui le savent. S'ils n'en n'avertissent pas leur conjoint avant le mariage, il peut y avoir, de la part de l'autre conjoint, une demande d'annulation.

Voir Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4978 (Marc-André Bédard).

⁹⁵³ Bureau et Papy, *supra* note 472 aux pp 130 et s.

toutefois en voie d'être reconnues par la législation québécoise, comme celle des familles homoparentales par ailleurs. En 2002, l'avènement de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*⁹⁵⁴ a permis aux familles homosexuelles de se rapprocher, sans toutefois d'obtenir pleinement, la situation juridique des familles hétérosexuelles⁹⁵⁵. Il n'en fallait pas plus pour que cette année marque « de manière éclatante l'aboutissement des revendications homosexuelles »⁹⁵⁶; si bien que « [I]es modifications apportées en juin 2002 aux cadres législatifs régissant la conjugalité et la filiation [...] [ont pu être qualifiés de] révolutionnaires. »⁹⁵⁷ Il y avait de quoi se réjouir : l'État québécois s'ouvrait (enfin !) aux familles homosexuelles. L'union entre conjoints de même sexe n'était plus considérée comme une tare⁹⁵⁸, quoique les effets potentiels de cette union, notamment en ce qui a trait à la filiation, allaient encore faire grincer des dents, même dans les rangs du gouvernement⁹⁵⁹.

⁹⁵⁴ *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, LQ 2002, c 6, entrée en vigueur le 24 juin 2002, à l'exception des articles 228-229, en vertu de l'article 245 de cette loi.

⁹⁵⁵ Encore aujourd'hui, des différences persistent. Celles-ci visent particulièrement les hommes gais cisgenres, qui ne peuvent accéder à la paternité en bénéficiant des mêmes options juridiques que les personnes lesbiennes cisgenres ou hétérosexuelles cisgenres. Voir à cet effet Isabel Côté et Jean-Sébastien Sauvé, « Homopaternalité, gestation pour autrui : *No Man's Land?* » (2016) 46:1 RGD 27.

⁹⁵⁶ Alain Roy, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis » (2005) 65:1-2 *Annales de Droit de Louvain* 29 à la p 29.

⁹⁵⁷ *Ibid* à la p 48.

⁹⁵⁸ Lors des consultations ayant précédé l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, le ministre de la Justice Paul Bégin expliquait :

Si le Québec exerçait une totale et entière compétence sur le droit de la famille et particulièrement sur la détermination des conditions de fond du mariage et sur le divorce, la proposition législative que nous aurions examinée se réduirait à peu de chose. Elle aurait prévu que, sans égard à l'orientation sexuelle, le mariage peut être contracté entre deux personnes qui expriment publiquement leur consentement libre et éclairé à cet égard. Cette voie ne nous est pas ouverte, puisque c'est le législateur fédéral qui a compétence pour permettre le mariage entre personnes de même sexe et établir les conditions de fond du mariage.

Voir Assemblée nationale, *Journal des débats* (5 février 2002), 36^e lég, 2^e sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-36-2/journal-debats/CI-020205.html>> (Paul Bégin).

⁹⁵⁹ Dans un article, Marie-France Bureau et Jacques Papy font mention de ces tensions.

Les motivations internes et la volonté d'agir du ministre de la Justice étaient cependant insuffisantes pour proposer une union conjugale semblable au mariage et une reconnaissance de la filiation homoparentale. Le ministre Bégin précise qu'à l'intérieur même du gouvernement

Sur la scène fédérale, l'ouverture n'était absolument pas la même. À la même époque, le Parlement adoptait la *Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil*, dans laquelle il prenait soin de préciser que « [l]e mariage requ[érait] le consentement libre et éclairé d'un homme et d'une femme à se prendre mutuellement pour époux. »⁹⁶⁰ Auparavant, la législation fédérale ne comportait aucun article en ce sens. Conformément à la *common law*, le mariage, même civil, était vu comme l'union exclusive d'un homme et d'une femme, mais cela relevait du sens implicite qui était accordé au terme « mariage »⁹⁶¹. Très vite, le législateur fédéral se fit rattraper par les tribunaux, qui ont jugé que l'interdiction faite aux conjoints homosexuels de se marier civilement contrevenait au droit à l'égalité tel que compris à l'article 15(1) de la *Charte canadienne*⁹⁶². Fort de cet avis, le 20 juillet 2005 fut le jour où le législateur fédéral a officiellement accordée aux conjoints de même sexe le droit de se marier civilement. La législation canadienne définissait désormais le mariage civil comme étant « l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne »⁹⁶³, ce qui octroyait à deux hommes ou à deux femmes la possibilité d'ensemble se marier. Au préalable, n'est-il pas utile de le souligner, le Parlement s'était enquis de l'avis de la Cour suprême du Canada, laquelle avait

“l'idée que deux ‘tapettes’ puissent être reconnues comme parents par l'État choquait”. Le dossier de la filiation homoparentale “suscitait des tensions viscérales”.

En ce sens, même si l'union entre conjoints de même sexe était soutenue par le gouvernement, les conséquences possibles de cette union quant à la filiation ne l'étaient pas encore pleinement. Voir Bureau et Papy, *supra* note 472 à la p 134.

⁹⁶⁰ *Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil*, *supra* note 929, art 5.

⁹⁶¹ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79 aux paras 21 et s.

⁹⁶² *Hendricks c Québec (Procureur général)*, [2002] RJQ 2506 (CS); *Halpern c Canada (Attorney General)*, [2003] 225 DLR (4th) 529 (ONCA); *EGALE Canada Inc v Canada (Attorney General)*, 2003 BCCA 251; *Boutilier v Nova Scotia (Attorney General)*, [2004] NSJ 357 (NSSC); *NW v Canada (Attorney General)*, 2004 SKQB 434; *Vogel v Canada (Attorney General)*, [2004] MJ 418 (MBQB); *Dunbar v Yukon*, 2004 YKSC 434. Cette liste de décisions est tirée de Roy, *supra* note 956 à la p 35. Pour une mise en contexte de ces dernières, le lectorat est invité à consulter l'article du professeur Roy. En outre, on peut lire, à la note de bas de page 33 de ce texte qu'une décision inaccessible abondant dans le même sens a également été rendue en 2004 par un tribunal de Terre-Neuve-et-Labrador.

⁹⁶³ *Loi sur le mariage civil*, *supra* note 828, art 2.

confirmé la possibilité d'agir ainsi⁹⁶⁴. La nouvelle définition du mariage civil était donc blindée. Les personnes homosexuelles allaient pouvoir se marier.

On se souviendra que la migration de la procédure de changement de la mention du sexe avait été concrétisée le 1^{er} janvier 1994 avec l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. Pendant de nombreuses années, cette procédure a évolué dans l'ombre, sans trop que l'on s'y attarde. Les avancées juridiques majeures ayant été faites par les personnes homosexuelles au Canada et particulièrement au Québec ont cependant eu un impact sur cette dernière. Afin favoriser la cohérence du droit positif, il fallait retirer de cette dernière la condition qui empêchait les personnes mariées d'obtenir le changement de la mention du sexe. À quoi bon la conserver, dans un contexte où la légitimité des unions homosexuelles était désormais en voie d'être reconnue ?

La modification législative viendra le 10 novembre 2004, avec l'adoption et l'entrée en vigueur du premier article de la *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*⁹⁶⁵. La condition relative au mariage n'avait tout simplement plus lieu d'être, comme l'a expliqué à la Commission des institutions Jacques Dupuis, qui était alors ministre de la Justice.

M. Dupuis : L'article 71 du Code civil du Québec [...] est modifié par la suppression, au deuxième alinéa, de ce qui suit : «, non marié, ».

Ce premier article du projet de loi, M. le Président, modifie une disposition du Code civil portant sur le changement des mentions de sexe et du prénom à l'acte de naissance d'une personne qui a subi avec succès un changement de sexe pour y supprimer l'exception faite à l'égard des personnes mariées. Cette exception avait pour but d'éviter que deux personnes mariées soient de même sexe, ce qui

⁹⁶⁴ Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, *supra* note 961.

⁹⁶⁵ *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, *supra* note 796, art 1.

aurait été contraire à la condition d'hétérosexualité du mariage avant que celle-ci ne soit déclarée inopérante par les tribunaux.⁹⁶⁶

Le 4 novembre 2004, la *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage* a été adoptée, puis elle est entrée en vigueur le 10 novembre 2004⁹⁶⁷. C'est donc dire que la condition relative à l'absence de liens du mariage a fait partie de celles devant être respectées par la personne souhaitant obtenir le changement de la mention du sexe du 1^{er} avril 1978 au 9 novembre 2004. Le lendemain, les personnes mariées ont pu obtenir le changement de la mention du sexe. Sans aucun doute, cette modification législative a marqué une étape importante dans l'histoire de la procédure de changement de la mention du sexe, mais il y a plus.

Avec l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*⁹⁶⁸, une autre modification législative importante a été apportée. On se souviendra du deuxième alinéa de l'article 73 du *Code civil du Québec*, selon lequel « au registre de l'état civil, la nouvelle mention

⁹⁶⁶ Assemblée nationale, *supra* note 887 (Jacques Dupuis). Au moment de faire cette déclaration, la *Loi sur le mariage civil* n'avait toujours pas été adoptée. La définition du mariage civil n'était donc pas encore considérée comme étant « l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne ». Il n'en demeure pas moins qu'au 21 septembre 2004, il était clair que le législateur fédéral allait permettre le mariage entre conjoints de même sexe, comme l'explique Roy, *supra* note 956 à la p 35. En outre, il est intéressant de noter au passage l'échange qui s'est suivi avec le président de la Commission des institutions. Ce dernier a fait valoir ses préoccupations quant à la configuration corporelle de la personne demandant le changement de la mention du sexe.

Le Président (M. Simard): Vous parlez d'inopérante. Vous avez bien mentionné que l'opération devait avoir réussi.

M. Dupuis: Avec succès.

Le Président (M. Simard): Avec succès.

M. Dupuis: Oui.

Le Président (M. Simard): Dans le cas contraire, ça ne s'applique pas.

M. Dupuis: Exact. Ça va?

Le Président (M. Simard): Vous me rassurez.

Le président de la Commission des institutions faisait alors référence à une autre condition, soit celle visant les traitements médicaux et les interventions chirurgicales. En dépit de la lettre du projet de loi qui pourtant était claire et sans équivoque, il semblait manifester le besoin d'être rassuré. À l'époque pourtant, la possibilité d'obtenir le changement de la mention du sexe sans devoir passer sous le bistouri n'avait pas encore été popularisée.

⁹⁶⁷ *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, *supra* note 796, art 9.

⁹⁶⁸ *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, *supra* note 796.

du sexe [...] [n'était] portée qu'à l'acte de naissance de la personne. » Cette disposition était justifiée par la volonté d'« éviter certaines incongruités, comme un acte de mariage entre deux personnes du même sexe ou une filiation à deux pères ou deux mères. »⁹⁶⁹ Or, la possibilité d'un acte de mariage entre deux personnes du même sexe ne pouvait plus être considérée comme une incongruité, pas plus qu'une filiation accordée à deux pères ou deux mères. Dès lors, cet alinéa n'avait plus sa raison d'être. C'est pourquoi lors de l'étude détaillée du projet de loi duquel est née la *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*⁹⁷⁰, le ministre Dupuis a proposé « la suppression du deuxième alinéa » de l'article 73 du *Code civil du Québec*.

M. Dupuis : Alors : Insérer, après l'article 1 du projet de loi, l'article suivant :

« 1.1. L'article 73 de ce code est modifié par la suppression du deuxième alinéa. »

Commentaire. Le second alinéa de l'article 73, qui limite la modification de la mention de sexe à l'acte de naissance d'une personne qui a changé de sexe, était justifié pour éviter l'incongruité d'un acte de mariage entre deux personnes de même sexe. Cet objectif n'étant plus pertinent depuis la décision de la Cour d'appel, donc il est proposé de supprimer la restriction. Ça va ?

Le Président (M. Simard) : Ça va. L'amendement est adopté. Est-ce que l'article 1, tel qu'amendé, est adopté ?

M. Bédard : Adopté.⁹⁷¹

Comme on peut le constater des échanges ayant eu lieu, aucune résistance n'a été manifestée face à l'amendement proposé. Celui-ci s'est ajouté au projet de loi. Ce faisant, le 10 novembre 2004, le deuxième alinéa de l'article 73 du *Code civil du Québec* a été abrogé. Depuis ce jour, le mariage d'une personne trans* ne figure plus parmi les matériaux qui participent à la production juridique de son sexe. Il n'en demeure pas moins que juridiquement, pendant de

⁹⁶⁹ Québec, Ministère de la Justice, *supra* note 177 aux pp 58-59.

⁹⁷⁰ *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, *supra* note 796.

⁹⁷¹ Assemblée nationale, *supra* note 887.

nombreuses années, le statut conjugal de la personne a interféré avec sa qualification comme sujet mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »).

1.1.5. La volonté d'obtenir le changement de la mention du sexe

Cinquièmement, aux conditions de fond ayant été traitées ci-dessus s'en ajoute une autre, qui cette fois est implicite. Pour qu'un changement de la mention du sexe soit autorisé, il est nécessaire que la personne visée souhaite en bénéficier. On ne peut, autrement dit, la sortir puis l'insérer de force dans l'une ou l'autre des catégories sexuelles reconnues au Québec.

Les origines de cette condition remontent au *Rapport sur le nom et l'identité physique de la personne humaine*, dans lequel on pouvait lire la proposition suivante :

Tout citoyen canadien, non marié, résidant au Québec depuis au moins un an et ayant subi avec succès les traitements médicaux et chirurgicaux destinés à modifier les apparences du sexe, a le droit d'obtenir du directeur de l'état civil que son acte de naissance soit modifié en conséquence et que ses prénoms soient changés.

(je souligne)⁹⁷²

La personne qui remplissait chacune des conditions « a[vait] le droit » d'obtenir le changement de la mention du sexe. À nul endroit il n'était proposé que cette même personne en ait l'obligation, même si, par ailleurs, elle remplissait chacune des conditions.

⁹⁷² Comité du nom des personnes, *supra* note 36 à la p 40.

Cette idée, peut-être de façon inconsciente, a été reprise par le législateur. Il a adopté, quelques années plus tard, un cadre juridique similaire. Les articles 16 et 17 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁹⁷³ sont éloquentes à cet effet.

16. La présente section s'applique à un citoyen canadien majeur, non marié, résidant au Québec depuis au moins un an et qui a subi avec succès les traitements médicaux ainsi que les traitements chirurgicaux impliquant une modification structurale des organes sexuels et destinés à modifier ses caractères sexuels apparents.

17. La personne visée dans l'article 16 peut demander, par requête au ministre de la Justice, pour paraître dans les registres de l'état civil, un changement d'indication de sexe et de prénom.

(je souligne)

Ces articles reprennent substantiellement ce que l'Office de révision du Code civil proposait dans son *Rapport sur le nom et l'identité physique de la personne humaine*⁹⁷⁴. L'expression « a le droit » n'apparaît pas en leur sein, mais plutôt, il est dit à l'article 17 que la personne qui satisfait aux conditions énoncées à l'article 16 « peut » obtenir le changement de la mention du sexe. Rien ne suggère que dans une telle situation, cette personne doit le faire.

La même idée fut reprise dans le *Code civil du Québec* qui, en matière de changement de la mention du sexe, a substantiellement repris le droit antérieur⁹⁷⁵.

71. La personne qui a subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents, peut obtenir la

⁹⁷³ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 29.

⁹⁷⁴ Comité du nom des personnes, supra note 36 à la p 40.

⁹⁷⁵ Québec, Ministère de la Justice, supra note 177 à la p 58.

modification de la mention du sexe figurant sur son acte de naissance et, s'il y a lieu, de ses prénoms.

Seul un majeur, non marié, domicilié au Québec depuis au moins un an et ayant la citoyenneté canadienne, peut faire cette demande.

(je souligne)

Encore une fois, il est question d'une possibilité (« peut ») et non d'une obligation (doit) d'obtenir le changement de la mention du sexe. Les modifications ayant été apportées à l'article 71 du *Code civil du Québec* après son entrée en vigueur n'auront pas remis en question cette situation. Aujourd'hui encore, l'idée selon laquelle le changement de la mention du sexe se présente comme une possibilité, non comme une obligation, n'a pas été altérée.

71. La personne dont l'identité de genre 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, seule une personne domiciliée au Québec depuis au moins un an et ayant la citoyenneté canadienne peut obtenir de telles modifications.

L'enfant de moins d'un an, né et domicilié au Québec, est considéré y être domicilié depuis au moins un an.

Les conditions déterminées par règlement du gouvernement qui doivent être satisfaites pour obtenir de telles modifications peuvent varier notamment en fonction de l'âge de la personne visée par la demande.

(je souligne)

En ce sens, de la proposition ayant été faite par l'Office de révision du Code civil dans son *Rapport sur le nom et l'identité physique de la personne humaine*⁹⁷⁶ jusqu'à la dernière version de la procédure ayant été mise en place grâce à l'adoption et l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de succession et de publicité des droits*⁹⁷⁷ et de la *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*⁹⁷⁸, le changement de la mention du sexe s'est toujours présenté comme une possibilité (voire un droit), mais jamais comme une obligation. Du moins, c'est ce que l'on peut tirer de la lecture de chacun des articles.

Juridiquement, sauf exception, les verbes « pouvoir » et « devoir » ne sont pas considérés comme des synonymes. Selon l'article 51 de la *Loi d'interprétation*⁹⁷⁹, « [lors]qu'une chose "pourra" ou "peut" être faite, il est facultatif de l'accomplir ou non. » Le verbe « pouvoir » exprime une possibilité d'agir. Il en va différemment du verbe « devoir ». Selon le même article, « [c]haque fois qu'il est prescrit qu'une chose sera faite ou doit être faite, l'obligation de l'accomplir est absolue [...] ». En ce sens, le verbe « devoir » suppose non pas une possibilité d'agir, mais plutôt une obligation d'agir.

L'article 51 de la *Loi d'interprétation*⁹⁸⁰ est toutefois pourvu d'exceptions. À l'article premier de cette même loi, on peut lire qu'elle « s'applique à toute loi du Parlement du Québec, à moins que l'objet, le contexte ou quelque disposition de cette loi ne s'y oppose ». Il est possible que l'objet, le contexte, ou les termes d'une disposition législative invitent à une interprétation différente. L'article 51 de la *Loi d'interprétation*⁹⁸¹ n'y échappe pas. À certaines occasions, le

⁹⁷⁶ Comité du nom des personnes, *supra* note 36.

⁹⁷⁷ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, *supra* note 520.

⁹⁷⁸ *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, *supra* note 494.

⁹⁷⁹ *Loi d'interprétation*, RLRQ, c I-16.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ *Ibid.*

verbe « pouvoir » peut être un synonyme du verbe « devoir ». En d'autres termes, malgré l'utilisation du verbe « pouvoir », il ne sera donc plus facultatif d'accomplir ce qui est inscrit dans l'article de loi ou de règlement. Plutôt, il sera obligatoire d'agir dans le sens indiqué par ce dernier. Selon le professeur Pierre-André Côté :

On trouve en jurisprudence des affaires où le terme « peut », ou des expressions de même nature, ont été interprétés comme conférant une discrétion et d'autres, aussi nombreuses, où ce terme ou des termes analogues ont été interprétés de manière à exclure la possibilité de ne pas exercer le pouvoir en question.⁹⁸²

Mais si l'on revient à la procédure de changement de la mention du sexe, comme on a pu la trouver à toute occasion dans la législation québécoise, les mots utilisés suggéraient-ils une possibilité d'agir (« a le droit » et « peut ») ou une obligation d'agir ?

À ma connaissance, jamais cette question n'a été posée. Officiellement, jamais non plus n'y a-t-on répondu de façon explicite. Certains indices permettent néanmoins d'avancer l'hypothèse suivant laquelle le verbe « pouvoir », utilisé aux articles précités, signifie une possibilité d'agir et non une obligation d'agir. De ce fait, il ne serait donc juridiquement pas possible de forcer une personne à présenter une demande de changement de la mention du sexe.

Une telle affirmation découle certes du verbe « pouvoir » utilisé aux articles 17 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*⁹⁸³ et 71 du *Code civil du Québec*. Elle rejoint également ce qui semble avoir été implicitement retenu par la doctrine québécoise. « [L]a personne transsexuelle, tant du point de vue de son identité que de l'exercice de ses droits ou de l'accomplissement de ses obligations, a la possibilité de régulariser sa situation juridique »,

⁹⁸² Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 4^e éd, Montréal, Thémis, 2009 au para 898.

⁹⁸³ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29.

expliquait la professeure Joyal (je souligne)⁹⁸⁴. Le professeur Goubau, de son côté, adopte une position similaire, en faisant référence à une « permission » du droit québécois.

Le droit québécois permet, à certaines conditions, aux personnes dont les caractères sexuels apparents ont été changés, d'obtenir du Directeur de l'état civil que leur acte de naissance soit modifié, de manière à refléter leur véritable personnalité.

(je souligne)⁹⁸⁵

L'interprétation que font les professeurs Joyal et Goubau me semble juste. Elle rejoint d'ailleurs la version de l'article que proposait l'Office de révision du Code civil dans son *Rapport sur le nom et l'identité physique de la personne humaine*. Dans ce dernier, on s'en souviendra, la possibilité ou la permission était exprimée de façon beaucoup plus claire encore. La personne qui remplirait les conditions exprimées à l'article « a[urait eu] le droit »⁹⁸⁶ d'obtenir le changement de la mention du sexe. Bien que pour des raisons obscures, cette formulation n'ait pas été retenue par le législateur, il n'en demeure pas moins que c'est à partir de cette dernière que le cadre juridique applicable au changement de la mention du sexe a été élaboré⁹⁸⁷. En ce sens, dans le génome même de la procédure de changement de la mention du sexe, on trouve cette idée selon laquelle il s'agit d'un droit, non d'une obligation.

Mais au-delà de cette proposition, on peut aussi faire référence à l'économie générale de la procédure de changement de la mention du sexe. On relève, d'une part, que celle-ci s'inscrit dans un ensemble plus large — l'état civil au Québec — duquel découle un ensemble de principes : l'immutabilité, l'indisponibilité, l'imprescriptibilité, la stabilité, la vérité et l'ordre public. Leur influence sur la procédure étudiée ne saurait faire de doute.

⁹⁸⁴ Renée Joyal, « Transsexualisme et identité parentale » (1989) 20 RDUS 155 à la p 155.

⁹⁸⁵ Goubau, *supra* note 33 au para 290.

⁹⁸⁶ Comité du nom des personnes, *supra* note 36 à la p 40.

⁹⁸⁷ Assemblée nationale, *Journal des débats (7 décembre 1977)*, 31^e lég, 2^e sess; Assemblée nationale, *supra* note 177; Assemblée nationale, *supra* note 22.

Premièrement, il y a lieu de s'intéresser au principe de l'immutabilité. Celui-ci se manifeste par la permanence des informations comprises dans le dossier d'état civil d'une personne : toute trace est conservée.

L'état civil est immuable car il fige définitivement chaque élément de l'état à un moment donné. On peut ultérieurement le modifier ou lui ajouter d'autres éléments qui le transforment. Mais aucune des étapes de l'état civil n'est effacée. L'immutabilité est ainsi la gardienne de l'histoire juridique de la personne en interdisant que le présent fasse disparaître le passé.⁹⁸⁸

L'extrait qui précède visait le droit français, mais il s'applique néanmoins au contexte québécois. En effet, l'article 104 du *Code civil du Québec* permet de constater le caractère immuable de l'état civil : « [l]e registre de l'état civil est constitué de l'ensemble des actes de l'état civil et des actes juridiques qui les modifient ». Ainsi, tout ce qui concerne l'état civil d'une personne est conservé au registre. Lorsqu'un acte en remplaçant un autre doit être dressé, l'article 132 du même code précise que « [l]e nouvel acte [(le cas échéant)] se substitue à l'acte primitif ; [...] une mention de la substitution est portée à l'acte primitif. » Cela signifie que tout fait relatif à l'état civil ayant été constaté, d'une façon ou d'un autre, sur un acte de l'état civil, reste à jamais inscrit au registre de l'état civil. Rien n'est perdu, tout est conservé, voilà comment s'illustre le principe d'immutabilité. De ce fait, lorsqu'il est appliqué à la catégorisation du sexe, ce principe rend immuable le sexe qui a été inscrit sur l'acte de naissance ou de décès. Si une modification le concernant devait avoir lieu, le *bon sexe* serait ajouté au registre et aurait préséance sur le *mauvais sexe*, mais ce *mauvais sexe* ne disparaîtrait pas pour autant du registre de l'état civil.

Deuxièmement, le principe d'indisponibilité met quant à lui en lumière l'interdiction, pour toute personne, de faire quelque transaction sur son état civil. Il « permet d'affirmer que l'état ne peut

⁹⁸⁸ Claire Neirinck, « Les caractères de l'état civil » dans Claire Neirinck, dir, *L'État civil dans tous ses états*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2008 aux pp 50-51.

pas être modelé par la volonté du sujet qui doit subir son destin et ce qu'il est. »⁹⁸⁹ En apportant certaines nuances, cette affirmation, qui visait le droit français, s'applique aussi au droit québécois. En effet, l'état civil d'une personne est souvent une conséquence (mais pas tout le temps) d'une décision prise au moins par la personne elle-même, bien que le droit encadre de façon plutôt stricte cet exercice de liberté. S'il est vrai que cette personne ne peut exercer sa volonté en ce qui concerne son âge (bien que l'émancipation puisse atténuer les effets de la minorité⁹⁹⁰), elle bénéficie néanmoins d'une certaine marge de manœuvre, variable selon le cas et sous réserve, parfois, de respecter plusieurs conditions, en ce qui concerne notamment sa filiation (je pense ici à la possibilité pour le mineur de 14 ans et plus de s'opposer à son adoption selon les articles 549 et 550 CcQ), son nom, la mention de « son sexe » et, évidemment, son statut matrimonial. Cela dit, à partir du moment où les conditions, de fond comme de forme, sont remplies, les actes de l'état civil concernés doivent être dressés et insérés au registre de l'état civil (article 108 al 1 CcQ). Elle subit, en ce sens, son destin, qui s'accompagne d'une série de conséquences juridiques. Ce faisant, en ce qui a trait à la catégorisation du sexe, le principe d'immutabilité met en lumière l'interdiction pour la personne d'exercer une pleine autonomie à l'égard de son sexe juridique. Celui-ci, d'une part, est déterminé par un tiers en fonction d'une série de conditions et il ne peut, d'autre part, être modifié sans la décision d'un tiers, elle aussi encadrée par une série de conditions.

Troisièmement, le principe d'imprescriptibilité compte également parmi les principes de l'état civil. Celui-ci fait référence aux normes juridiques applicables à la prescription, qu'elle soit acquisitive ou extinctive.

2875. La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par l'écoulement du temps et aux conditions déterminées par la loi : la prescription est dite acquisitive dans le premier cas et, dans le second, extinctive.

⁹⁸⁹ *Ibid* aux pp 42-43.

⁹⁹⁰ Articles 167-176 du *Code civil du Québec*.

Simplement, l'état civil est imprescriptible parce que la prescription n'a aucun impact sur lui. Autrement dit, même si l'article 2875 du *Code civil du Québec* paraît suggérer une réponse différente, à savoir que l'écoulement du temps jumelé à certaines conditions peut mener au gain ou à la perte d'un droit, en matière d'état civil, cet article ne trouve aucune application. Cela ne veut pas dire que le temps ne se présente pas comme un facteur pertinent à prendre en considération. Dans certains cas, le rôle qu'il joue est important, ne serait-ce qu'en matière de disparition⁹⁹¹, de divorce⁹⁹² ou d'acquisition de la majorité⁹⁹³. Toutefois, il ne s'agit pas là d'une prescription. Pour tout dire, lorsqu'il est considéré à la lumière de la catégorisation du sexe, ce principe fait en sorte que l'acquisition ou la perte du sexe — si l'on me permet l'expression — d'une personne ne peut avoir lieu par prescription.

Quatrièmement, le principe de stabilité a pour effet de limiter au maximum le nombre de modifications que l'état civil d'une personne peut subir. Il est en ce sens étroitement lié à ceux ayant été précédemment exposés, soit l'immutabilité, l'indisponibilité et l'imprescriptibilité. Selon Dominique Goubau, le principe de stabilité, lorsqu'il vise le nom, n'est rien de moins, « pour l'ensemble de la société, [...] [qu']une valeur fondamentale »⁹⁹⁴ ! Reprenant les mots de la juge Otis, il affirme que ce principe « 'recouvre, à la fois, la nécessité de l'individualisation et l'importance de la contenir par des normes objectives de cohérence institutionnelle et de stabilité sociale' »⁹⁹⁵. En contexte de catégorisation du sexe, son importance comme principe est aussi indéniable. Les *Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres* en témoignent de façon éloquente⁹⁹⁶. Pour la

⁹⁹¹ Article 92 du *Code civil du Québec*.

⁹⁹² *Loi sur le divorce*, *supra* note 828, art 8(2)a).

⁹⁹³ Article 153 du *Code civil du Québec*.

⁹⁹⁴ Goubau, *supra* note 33 au para 256 (note omise).

⁹⁹⁵ *Ibid*, note 82. L'auteur cite alors un passage de l'arrêt *Koulmyeh-Abaneh c Québec (Directeur de l'état civil)*, 2006 QCCA 165 au para 18.

⁹⁹⁶ Commission des institutions, *supra* note 26.

ministre de la Justice, qui tentait de déterminer de nouvelles conditions encadrant le changement de la mention du sexe, la nécessité de respecter ce principe était d'une importance capitale, peut-être même autant, sinon plus, que celle de respecter les libertés et les droits de la personne⁹⁹⁷.

Cinquièmement, du cadre juridique applicable à l'état civil découle un autre principe, celui de la vérité. Simplement, les informations pouvant être trouvées au registre de l'état civil sont perçues comme vraies. Cela s'illustre par les normes juridiques applicables à la confection des actes de l'état civil, mais aussi par la fiabilité attribuée aux actes de l'état civil ainsi qu'aux documents qui en assurent la publicité. D'une part, comme nous avons pu le constater précédemment, l'identification de la personne physique ne peut avoir lieu sans qu'une procédure pour le moins rigoureuse soit suivie. D'autre part, une deuxième illustration du principe de vérité peut être trouvée dans les normes juridiques applicables aux actes de l'état civil ayant été dressés à l'extérieur du Québec. On a vu que leur fiabilité est moindre, sauf si un tribunal québécois en décide autrement (article 137 al 3 CcQ). De surcroît, s'il doute de la véracité du document qui lui est soumis, le directeur de l'état civil est autorisé par l'article 138 du *Code civil du Québec* de refuser d'agir, « à moins que la validité du document ne soit reconnue par un tribunal du Québec. » « L'état doit refléter la vérité »⁹⁹⁸, affirmait Jean-Paul Branlard et les normes juridiques qui sont applicables à l'état civil au Québec favorisent, d'une certaine façon, cet objectif, pour autant que l'on qualifie la *vérité* comme *juridique*. Cela a pour effet, en matière de catégorisation du sexe, de faire de ce dernier une information fiable, pouvant être considéré comme vrai, avec toutes les nuances qu'une telle affirmation implique.

Sixièmement, le dernier principe est celui de l'ordre public. Il se présente de deux façons. En premier lieu, le cadre juridique applicable à l'état civil au Québec est d'ordre public. En second

⁹⁹⁷ Cela ressort implicitement des discussions ayant eu lieu lors du témoignage de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ainsi que le mien. Voir Assemblée nationale, *supra* note 355; Assemblée nationale, *supra* note 355.

⁹⁹⁸ Jean-Paul Branlard, *Le sexe et l'état des personnes*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993 à la p 520.

lieu, comme principe, l'ordre public illustre les tenants et les aboutissants des différents éléments devant être consignés au registre de l'état civil, ainsi que la façon avec laquelle ces derniers doivent être entendus. Par exemple, en contexte de catégorisation du *sexe*, le traitement réservé aux personnes *transsexuelles* illustre bien cela.

L'ordre public est éminemment intéressé à ce qu'un individu d'un sexe biologique déterminé ait une apparence corporelle correspondante; s'il en change, sa nouvelle morphologie provoquera le scandale. En prenant publiquement une apparence contraire, le transsexuel contrevient à la différenciation fondamentale séparant les sexes, indispensable au bon fonctionnement de la société. [...] Certes, tout travestissement n'est pas cause de scandale. Il faut tenir compte du contexte, comme par exemple, celui de la fête, puisqu'il est de l'essence même d'un carnaval de permettre et de tolérer une certaine inversion des valeurs sociales. Sous cette réserve, l'emprunt de l'apparence du sexe opposé est cause de trouble public. À ce titre, le transsexualisme dérange fondamentalement. En ces temps de turbulence dans les valeurs établies, il apparaît comme la goutte d'eau qui fait déborder le vase.⁹⁹⁹

L'extrait qui précède est tiré d'un ouvrage français, datant d'il y a quelques années. Le propos qui s'en dégage invite à une série de nuances, lesquelles ont déjà été présentées. Pour cela, je n'y reviendrai pas. Qu'il suffise de souligner qu'aussi étranger puisse-il sembler en termes géographiques et temporels, il n'en demeure pas moins pertinent, même en contexte québécois. Il met tout simplement en lumière que l'état civil, comme la catégorisation du sexe, ne peut aller à l'encontre de l'ordre public, qu'elle ne peut, en ce sens, s'opposer aux valeurs dominantes qui imprègnent la société.

Les principes d'immutabilité, d'indisponibilité, d'imprescriptibilité, de stabilité, de vérité et d'ordre public colorent tous l'état civil au Québec. Qu'ils soient pris isolément ou dans leur ensemble, ils militent en faveur du *statu quo*. Le changement de la mention du sexe ne peut qu'exceptionnellement être autorisé, dans la mesure où à chaque époque donnée, toutes les

⁹⁹⁹ *Ibid* à la p 518 (note omise).

conditions de fond comme de forme, qu'elles soient explicites ou non, ont dû être remplies. Autrement, l'autorité chargée de traiter ces demandes n'a pu les autoriser.

À une certaine époque, le résultat auquel menait cette situation était curieux. Cela faisait en sorte qu'une personne devait subir avec succès les traitements médicaux et les interventions chirurgicales qui étaient requis par l'article 16 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*¹⁰⁰⁰ ou l'article 71 du *Code civil du Québec* sans être obligée, toutefois, de présenter sa demande de changement de la mention du sexe. Autrement dit, toute personne qui souhaitait obtenir le changement de la mention du sexe devait apporter des modifications importantes à son corps, mais cette même personne conservait la liberté de ne pas demander le changement de la mention du sexe. La situation était paradoxale, dans la mesure où jusqu'à tout récemment¹⁰⁰¹, il répugnait au législateur qu'une personne puisse être qualifiée de sexe mâle/masculin (« M ») en ayant des organes génitaux jugés féminins. Il lui répugnait, aussi, qu'une personne puisse être qualifiée de sexe femelle/féminin (« F ») en ayant des organes génitaux jugés masculins. Pour prévenir l'existence juridique de ces personnes, le législateur misait même sur la négation de l'existence des personnes intersex(ué)es – ce qu'il fait toujours doit-on le souligner à grands traits. Il avait aussi érigé en condition la nécessité de subir « avec succès » certains traitements médicaux et des interventions chirurgicales. Cependant, il n'exigeait pas que cette personne présente sa demande de changement de la mention du sexe une fois que les modifications requises par la loi eurent été complétées, même si elle remplissait, par ailleurs, les autres conditions pour obtenir le changement de la mention du sexe. Et cela, en toute connaissance de cause, si l'on considère chacune des autres conditions, de fond comme de forme, qui devaient (et qui doivent encore pour la plupart) être satisfaites préalablement à l'obtention du changement de la mention du sexe.

¹⁰⁰⁰ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 29.

¹⁰⁰¹ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, supra note 520, art 3-4, entrés en vigueur le 1er octobre 2015 (décret), (2015) 147 G.O. II, 3235.

Il me semble donc, tant en raison de la terminologie ayant été utilisée par le législateur dans la procédure de changement de la mention du sexe qu'en raison de l'économie générale du régime juridique qui lui est applicable, que la volonté d'obtenir le changement de la mention du sexe faisait partie intégrante des conditions devant être respectées pour que l'autorité compétente puisse apporter les modifications pertinentes à l'acte de naissance de la personne visée.

1.2. Les conditions de forme

Dans la section précédente, j'ai expliqué que le sexe d'une personne était juridiquement conditionné par son statut de citoyen canadien, par son âge, par l'endroit où elle habite (sa résidence ou son domicile selon l'époque) pour une période de temps donnée, ainsi que par l'absence de liens du mariage jusqu'au 10 novembre 2004. Sa volonté d'obtenir le changement de la mention du sexe est en outre nécessaire. Ces critères comptent (ou ont compté le cas échéant) parmi les conditions de fond que toute personne trans* devait remplir préalablement à l'obtention du changement de la mention du sexe. Ils s'ajoutent donc à son corps et son identité de genre, qui participent également à la production juridique de son sexe.

Mais encore, il ne suffit pas à la personne souhaitant obtenir le changement de la mention du sexe de respecter chacune des conditions de fond ayant été exposées. Encore faut-il qu'elle se soumette aux différentes conditions de forme qui se trouvent, selon les versions de la procédure de changement de la mention du sexe étudiées, dans la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*¹⁰⁰², le *Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*¹⁰⁰³, le *Code civil du Québec*, le *Règlement relatif au changement de nom et d'autres*

¹⁰⁰² *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 29.

¹⁰⁰³ *Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 30.

*qualités de l'état civil*¹⁰⁰⁴ et le *Tarif des droits relatifs aux actes de l'état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe*¹⁰⁰⁵.

Je me penche, dans cette section, sur les différentes conditions de forme dont le respect a pu être exigé ou est encore exigé. Il s'agit de la détention de l'acte de naissance par le directeur de l'état civil, de l'utilisation du formulaire approprié et la soumission des pièces justificatives et du paiement des droits exigibles.

1.2.1. La détention de l'acte de naissance par le directeur de l'état civil

Premièrement, l'autorisation du changement de la mention du sexe était conditionnelle à la détention, dans les registres de l'état civil, de l'acte de naissance de la personne concernée. Avant l'adoption du « nouveau » *Code civil du Québec*, cet acte devait pouvoir être trouvé chez l'un des dépositaires des registres de l'état civil où était inscrit l'acte de naissance de la personne qui souhaitait obtenir le changement de la mention du sexe¹⁰⁰⁶. Depuis le 1^{er} janvier 1994, il est impératif que cet acte de naissance soit détenu par le directeur de l'état civil, le seul officier de l'état civil au Québec (article 103 al 1 CcQ). Dans la mesure où la naissance a eu lieu au Québec, cela ne présentera aucune difficulté. Cependant, si la personne concernée est née hors les frontières de la province, il faudra au préalable que son acte de naissance soit inséré au registre de l'état civil. Pour ce faire, elle pourra avoir recours à la procédure prévue à l'article 137 du *Code civil du Québec*. Celle-ci ayant fait l'objet d'une étude dans la section 1.1.1. La citoyenneté canadienne, le lectorat est prié de s'y rapporter pour prendre connaissance des détails qui lui

¹⁰⁰⁴ *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil, supra* note 31.

¹⁰⁰⁵ *Tarif des droits relatifs aux actes de l'état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe, supra* note 32.

¹⁰⁰⁶ Sur la situation telle qu'elle se présentait avant l'entrée en fonction du directeur de l'état civil, consulter notamment Goubau, *supra* note 33 aux pp 423 et s.

sont applicables. Cela dit, on notera ici que la détention de l'acte de naissance par un officier de l'état civil participe à la construction juridique du sexe.

1.2.2. L'utilisation du formulaire approprié et la soumission de pièces justificatives

Deuxièmement, le changement de la mention du sexe ne peut être autorisé que si les formulaires et les pièces justificatives appropriées sont soumis à l'autorité compétente. Celle-ci a tantôt été le ministre de la Justice, tantôt le directeur de l'état civil.

Du 1^{er} avril 1978 au 31 décembre 1993, les personnes qui souhaitaient obtenir le changement de la mention du sexe figurant à leur acte de naissance devaient « demander, par requête au ministre de la Justice, pour paraître dans les registres de l'état civil, un changement d'indication de sexe et de prénom. »¹⁰⁰⁷ Plusieurs informations étaient alors demandées. Quelques documents, aussi, devaient accompagner la demande. Les articles 18 et 19 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*¹⁰⁰⁸ étaient pertinents en l'espèce.

18. La requête indique :

- a) le nom et les prénoms inscrits dans l'acte de naissance de la personne qui a fait l'objet de ces traitements ;
- b) le cas échéant, les prénoms qu'elle désire adopter ;
- c) son adresse et occupation lors de la requête et au cours de l'année précédant la demande ;

¹⁰⁰⁷ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil, supra* note 29, art 17. Plus précisément, la requête devait être « adressée au ministre de la Justice au soin du Service du changement de nom, direction des enregistrements officiels au ministère de la Justice à Québec ». Voir *Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil, supra* note 30, art 2.

¹⁰⁰⁸ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil, supra* note 29.

d) le sexe inscrit dans son acte de naissance ; et

e) tout autre renseignement exigé par le ministre.

19. La requête est accompagnée :

a) d'un constat médical décrivant les traitements prévus par l'article 16 et émanant d'une autorité médicale québécoise compétente en la matière ;

b) d'un extrait certifié et signé de l'acte de naissance du requérant inscrit dans les registres de l'état civil ;

c) d'une déclaration assermentée du requérant attestant :

i. qu'il est citoyen canadien ;

ii. qu'il réside au Québec depuis au moins un an ;

iii. qu'il n'est pas marié ;

iv. que la demande est faite de bonne foi ; et

v. que les allégations contenues dans la requête sont vraies ;

d) le cas échéant, d'une copie du jugement de divorce, du jugement d'annulation de mariage ou du constat de décès de son conjoint ; et

e) du paiement des honoraires prescrits.¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰⁹ Il y a lieu de noter que la version de l'article 19 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil* est celle qui a été en vigueur du 1^{er} décembre 1982 au 31 décembre 1993. Avant cette date, on lisait, au paragraphe d), le mot « irrévocable » après l'expression « jugement de divorce » et avant la virgule. À ce titre, voir la *Ibid*, art 19; *Loi assurant l'application de la réforme du droit de la famille et modifiant le Code de procédure civile*, LQ 1982, c 17, art 41, entré en vigueur le 1er décembre 1982 (décret), 114 GO II, 4153.

Les informations données dans la requête et les pièces justificatives permettaient au ministre de la Justice d'évaluer, au regard de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*¹⁰¹⁰, le bien-fondé de la demande. En outre, si le « constat médical décrivant les traitements prévus par l'article 16 et émanant d'une autorité médicale québécoise compétente en la matière » n'était pas suffisant, le ministre de la Justice pouvait exiger qu'« un constat supplémentaire décrivant les traitements et émanant d'une autre autorité médicale compétente en la matière » lui soit remis¹⁰¹¹.

Jusqu'au 31 décembre 1993, c'est par requête que la volonté d'obtenir le changement de la mention du sexe figurant à l'acte de naissance a dû être manifestée. À compter du 1^{er} janvier 1994, il a plutôt fallu présenter une demande au directeur de l'état civil, comme en fait foi l'article 72 du *Code civil du Québec*.

72. La demande est faite au directeur de l'état civil ; outre les autres documents pertinents, elle est accompagnée d'un certificat du médecin traitant et d'une attestation du succès des soins établie par un autre médecin qui exerce au Québec.

Récemment, la lettre de cet article a été modifiée par la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*¹⁰¹². Depuis le 1^{er} octobre 2015¹⁰¹³, l'article 72 du *Code civil du Québec* se lit comme suit.

72. La demande est faite au directeur de l'état civil ; doivent également lui être fournis les documents prescrits par règlement du gouvernement.

Considérant l'abrogation de la condition relative aux traitements médicaux et aux interventions chirurgicales, le remplacement de l'article 72 du *Code civil du Québec* était inévitable. Des deux

¹⁰¹⁰ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 29.

¹⁰¹¹ *Ibid*, art 20.

¹⁰¹² *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, supra note 53, art 4.

¹⁰¹³ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits (2013, chapitre 27)* - *Entrée en vigueur des dispositions des articles 3 et 4 de la Loi*, D 780-2015, (2015) 147 GO II, 3235.

versions, une constante émane. Que ce soit avant ou après le 1^{er} octobre 2015, la demande (1) est faite au directeur de l'état civil et (2) est accompagnée de certains documents.

D'une part, pour qu'une demande soit faite au directeur de l'état civil, l'utilisation du formulaire approprié est requise. Avant le 1^{er} octobre 2015, celui-ci était difficilement accessible. Au cours de mes recherches, j'ai tenté d'obtenir les versions antérieures au 1^{er} octobre 2015 de ce formulaire. Cette demande au directeur de l'état civil m'a été refusée. Seules les personnes souhaitant obtenir le changement de la mention du sexe pouvaient mettre la main sur ledit formulaire. De fait, je n'ai aucune information précise à communiquer sur ce dernier dans cette thèse. Toutefois, depuis le 1^{er} octobre 2015, les choses ont évolué. Les formulaires appropriés sont accessibles via le site web du directeur de l'état civil¹⁰¹⁴. Considérant les modifications ayant été apportées par la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*¹⁰¹⁵ et le *Règlement modifiant le Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*¹⁰¹⁶, celui-ci est nécessairement différent de celui dont l'utilisation était auparavant requise. Cela dit, au-delà de ce formulaire, la consultation du *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*¹⁰¹⁷ permet de connaître les informations devant être communiquées au directeur de l'état civil. Le 10 juin 2016, avec l'entrée en vigueur de la *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*¹⁰¹⁸, ce dernier a été modifié. Afin de faciliter la lecture de mon propos, à moins d'une indication contraire, les informations présentées ci-dessous témoignent des conditions de forme devant être remplies depuis ce jour.

¹⁰¹⁴ Directeur de l'état civil, « Changement de la mention du sexe », en ligne : <<http://etatcivil.gouv.qc.ca/fr/changement-sexe.html>> (consulté le 17 mars 2016).

¹⁰¹⁵ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, supra note 520.

¹⁰¹⁶ *Règlement modifiant le Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 758.

¹⁰¹⁷ *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 31.

¹⁰¹⁸ *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, supra note 494, art 21.

L'article 23 de ce règlement prévoit en effet que « [l]es sections I et III ainsi que les articles 12 à 22 s'appliquent au changement de la mention du sexe, compte tenu des adaptations nécessaires. » Ce sont ces articles qui précisent les informations qui doivent être communiquées au directeur de l'état civil. Premièrement, en vertu de l'article 1 de ce règlement, la demande de changement de la mention du sexe est accompagnée d'une déclaration sous serment.

1. La demande de changement de nom, présentée au directeur de l'état civil, est appuyée d'une déclaration sous serment du demandeur attestant que les motifs qui y sont exposés et les renseignements qui y sont donnés sont exacts.

Cette déclaration sous serment, qui est faite par la personne souhaitant obtenir le changement de la mention du sexe, atteste « que les motifs qui y sont exposés et les renseignements qui y sont donnés sont exacts. » Quant aux renseignements donnés qui doivent être exacts, ils sont énoncés aux articles 2 et 3 de ce même règlement.

2. La demande concernant la personne qui y est visée comprend les renseignements suivants sur le demandeur :

1 ° son nom, tel qu'il est constaté dans son acte de naissance, le nom qu'elle demande ainsi que le nom qu'elle utilise à la date de la présentation de la demande ;

2 ° son sexe ;

3 ° les date et lieu de naissance ainsi que l'endroit où elle a été enregistrée ;

4 ° l'adresse de son domicile à la date de la présentation de la demande et depuis combien d'années elle est domiciliée au Québec ;

5 ° la date à laquelle elle est devenue citoyenne canadienne, si elle est née ailleurs qu'au Canada ;

6 ° les noms de ses père et mère ;

7 ° son état civil et, si elle est mariée ou unie civilement, le nom de son conjoint ainsi que les date et lieu de leur mariage ou leur union civile ;

8 ° le nom de ses enfants, si elle en a, ainsi que leur date de naissance et le nom de l'autre parent de chacun d'eux ;

9 ° si elle a déjà changé de nom, à la suite d'une décision judiciaire ou administrative, le nom qu'elle portait avant cette décision ou, si un tel changement de nom lui a été refusé, les motifs de ce refus ;

10 ° les motifs pour lesquels elle demande le changement de son nom.

3. La demande concernant un enfant mineur comprend, outre les renseignements exigés à l'article 2, les renseignements additionnels suivants le concernant :

1 ° l'adresse du domicile de ses père et mère à la date de la présentation de la demande ;

2 ° le cas échéant, l'indication que son père ou sa mère a été déchu de l'autorité parentale par jugement du tribunal ;

3 ° le cas échéant, l'indication que sa filiation a été changée par jugement du tribunal ;

4 ° le cas échéant, l'indication qu'un tuteur lui a été nommé, soit par jugement du tribunal, soit par testament ou déclaration au curateur public conformément à l'article 200 du Code civil, le nom du tuteur, l'adresse de son domicile, le mode de sa nomination ainsi que la date de prise d'effet de la tutelle.

La demande comprend aussi les renseignements suivants concernant le tuteur qui fait la demande pour l'enfant mineur :

1 ° son nom, tel qu'il est constaté dans son acte de naissance ;

2 ° l'adresse de son domicile à la date de la présentation de la demande ;

3 ° sa qualité à l'égard de cet enfant.

En ce sens, les renseignements indiqués à l'article 3 cité ci-dessus devront seulement être fournis dans l'éventualité où la demande de changement de la mention du sexe vise une personne mineure.

D'autre part, en ce qui a trait aux documents qui doivent accompagner la demande de changement de la mention du sexe, ils sont listés à l'article 4 du même règlement.

4. La demande de changement de nom est accompagnée des documents suivants :

1 ° copie des actes de naissance, de mariage et de décès mentionnés à la demande, lorsque ces actes ont été faits hors du Québec ;

2 ° copie du certificat de citoyenneté canadienne du demandeur et de l'enfant mineur pour lequel le changement de nom est demandé, s'ils sont nés ailleurs qu'au Canada ;

3 ° copie du jugement irrévocable ou du certificat de divorce du demandeur, si celui-ci est divorcé ;

4 ° copie du jugement prononçant la nullité du mariage du demandeur, le cas échéant ;

5 ° copie des décisions antérieures de changement de nom du demandeur et de l'enfant mineur pour lequel le changement de nom est demandé, s'ils ont déjà changé de nom ;

6 ° si un tuteur a été nommé à l'enfant mineur pour lequel le changement de nom est demandé, la copie du jugement nommant le tuteur à l'enfant ou, si la désignation du tuteur a été faite par testament ou par une déclaration au curateur public, conformément à l'article 200 du Code civil, la copie du testament ou de la déclaration.

La demande de changement de nom est également accompagnée du paiement des droits exigibles.

Depuis le 1^{er} octobre 2015, le changement de la mention du sexe d'une personne ne peut être accordé que si cette dernière fait la preuve que son identité de genre ne correspond pas à la mention du sexe figurant à son acte de naissance. Pour faire cette preuve, une série de documents doit être soumise en vertu des articles 23.1 et 23.3 du *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*. Ces dispositions ayant fait l'objet d'une analyse dans le chapitre précédent, le lectorat est prié de s'y rapporter pour prendre connaissance des détails pertinents qui les concernent. Cela dit, comme on a pu le constater, la production juridique du sexe est aussi conditionnée par des formulaires et des pièces justificatives. Certains jugeront qu'il ne s'agit d'un détail, mais dans un contexte où l'on s'interroge sur l'origine de la mention « M » (mâle/masculin) et « F » (femelle/féminin), cela doit nécessairement faire l'objet d'une considération.

1.2.3. Le paiement des droits exigibles

Troisièmement, le changement de la mention du sexe ne peut être autorisé sans le paiement des droits exigibles. Ceux-ci s'ajoutent aux différents déboursés que les personnes trans* doivent faire dans le but d'obtenir les pièces justificatives devant être soumises (ou ayant dû être soumises) avec leur demande/requête en vue d'obtenir le changement de la mention du sexe.

Du 1^{er} avril 1978 au 31 décembre 1993, la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil* exigeait que la requête soit accompagnée « du paiement des honoraires prescrits »¹⁰¹⁹. Ces honoraires s'élevaient à 50 \$, mais un montant de 35 \$ était remboursé à la personne qui voyait sa demande de changement de la mention du sexe rejetée¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁹ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 29, art 19(e).

¹⁰²⁰ *Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 30, art 8(b), 9.

La donne fut changée avec l'entrée en vigueur du « nouveau » *Code civil du Québec* le 1^{er} janvier 1994. L'exigence relative au paiement des droits exigibles s'est désormais retrouvée à l'article 4 du *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, selon lequel « [l]a demande de changement de nom [ou de mention de sexe] est également accompagnée du paiement des droits exigibles. »¹⁰²¹ Ces droits exigibles ont été détaillés dans le *Tarif des droits relatifs aux actes de l'état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe*¹⁰²². C'est ainsi que l'on apprend, à la lecture de l'article 9 de ce tarif, que « les droits exigibles pour une demande de changement de la mention du sexe sont de 125 \$ », que la demande soit autorisée ou rejetée par le directeur de l'état civil. La possibilité d'un remboursement partiel du montant lorsque la requête était rejetée entre le 1^{er} avril 1978 au 31 décembre 1993 n'a pas survécu. En outre, selon l'article 10.2 de ce tarif, le montant de 125 \$ est indexé à compter de l'année 2011¹⁰²³. Aujourd'hui, il en coûte donc plus 125 \$ pour obtenir le changement de la mention du sexe au Québec.

Ce montant peut sembler dérisoire. Les frais associés à la demande de changement de la mention du sexe s'ajoutent à d'autres, ne serait-ce que ceux devant être payés pour que les pièces justificatives devant être jointes à la demande de changement de la mention du sexe. Sachant les difficultés financières que vivent les personnes trans*¹⁰²⁴, le montant demandé pour obtenir

¹⁰²¹ *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 31, art 4, 23.

¹⁰²² *Tarif des droits relatifs aux actes de l'état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe*, supra note 32, art 9.

¹⁰²³ *Règlement modifiant le Tarif des droits relatifs aux actes de l'état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe*, D 964-1010, (2010) GO II, 4474, art 10.2.

¹⁰²⁴ Par exemple, en Ontario, la réalisation du projet de recherche TransPULSE a permis d'apprendre que la majorité des « 433 personnes trans de 16 ans ou plus qui vivent, travaillent ou reçoivent des soins de santé en Ontario » et qui s'« identifient sous le terme générique de "trans" » vivait sous le seuil de la pauvreté. Voir Greta Bauer et al, « Qui sont les personnes trans en Ontario? » (2010) 1:1 Trans PULSE E-Bulletin. Un autre rapport, produit cette fois par la Société canadienne du SIDA, arrivait à une conclusion similaire, estimant que « [p]lus de la moitié d'entre eux (51 %) ont estimé que leur revenu avant impôt pour les 12 mois précédents avait été de moins de 20 000 \$ ». À ma connaissance, les données portant spécifiquement sur la situation telle qu'elle est vécue au Québec ne sont toujours pas disponibles. Cependant, à titre d'hypothèse au moins, il y a tout lieu de croire que la situation ne serait pas si différente que celle ayant été décrite ci-dessus. Voir Sue Scruton, *Rapport de l'évaluation des besoins des personnes trans*, Ottawa, Société canadienne du sida, 2014 à la p 7.

le changement de la mention du sexe est considérable. À cet effet, d'ailleurs, dans son *Plan de revendication*, le Comité trans* du Conseil québécois des gais et lesbiennes demandait une « [é]limination des coûts reliés aux changements de prénoms à l'État Civil et dans les différents bureaux et organismes gouvernementaux. »¹⁰²⁵ Par extension, en se fiant à l'économie générale du document, on comprend que cette demande visait également le changement de la mention du sexe. À ce jour, cette revendication n'a pas été accordée. Quoi qu'il en soit, force est de reconnaître, dans une certaine mesure, que le statut socioéconomique d'une personne, de par sa capacité (ou son incapacité) de déboursier tous les frais nécessaires à la présentation d'une demande de changement de la mention du sexe en bonne et due forme, a un impact sur la lettre « M » (mâle/masculin) ou « F » (femelle/féminin) qui apparaît sur ses pièces d'identité.

1.3. La décision de l'autorité compétente

Le changement de la mention du sexe figurant à l'acte de naissance doit faire l'objet d'une décision. De tout temps dans son histoire, une autorité compétente s'est assurée que chacune des conditions, de fond comme de forme, était remplie, sans quoi le changement de la mention du sexe ne pouvait être prononcé. Du 1^{er} avril 1978 au 31 décembre 1993, c'était le ministre de la Justice qui évaluait ces demandes. Le 1^{er} janvier 1994, cette responsabilité est revenue au directeur de l'état civil. Depuis le 10 juin 2016, en plus du directeur de l'état civil, dans certaines circonstances propres au changement de la mention du sexe chez les personnes mineures, le tribunal peut avoir un rôle à jouer. Puisque cette éventualité a déjà fait l'objet d'une étude dans la section 1.1.2. L'âge, je ne m'y attarderai pas ici.

Du 1^{er} avril 1978 au 31 décembre 1993, la personne qui croyait remplir les conditions permettant l'obtention du changement de la mention du sexe pouvait « demander, par requête au ministre de la Justice, pour paraître dans les registres de l'état civil, un changement d'indication de sexe

¹⁰²⁵ Comité trans du CQGL, *supra* note 652 (Recommandation 2.2.6).

et de prénom. »¹⁰²⁶ Dans l'éventualité toutes les conditions étaient remplies, le ministre de la Justice « fai[sai]t droit à la requête et émet[tait] un certificat constatant le changement d'indication de sexe et de prénom. »¹⁰²⁷ Ce certificat présentait les informations qui avaient été recueillies en vertu des paragraphes a), b) et d) de l'article 18 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, soit « le nom et les prénoms inscrits dans l'acte de naissance », « un extrait certifié et signé de l'acte de naissance [...] inscrit dans les registres de l'état civil » et « le cas échéant, d'une copie du jugement de divorce, du jugement d'annulation de mariage ou du constat de décès de son conjoint »¹⁰²⁸. S'il jugeait que ces conditions n'étaient pas remplies, il devait alors « rembourse[r] les honoraires versés dans la mesure prescrite »¹⁰²⁹. Cette « mesure prescrite » s'élevait à trente-cinq (35) dollars¹⁰³⁰.

Lorsqu'il faisait droit à la requête, en plus d'émettre à la personne qui avait présenté la demande « un certificat constatant le changement d'indication de sexe et de prénom », le ministre de la Justice devait informer les dépositaires des registres de l'état civil qui avait en leur possession l'acte de naissance de la personne visée par le certificat, dans la mesure prévue par les articles 10 et 10.1 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*¹⁰³¹.

10. Le ministre transmet à chacun des dépositaires des registres de l'état civil où est inscrit l'acte de naissance du requérant une copie conforme du certificat.

Les dépositaires transcrivent ce certificat dans les registres de l'état civil des actes de naissance de l'année courante et dressent, conformément à ce certificat, un nouvel acte de naissance.

¹⁰²⁶ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 29, art 17.

¹⁰²⁷ *Ibid*, art 21.

¹⁰²⁸ *Ibid*, art 18(a)(b)(d); *Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 30, art 5(b).

¹⁰²⁹ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 29, art 7, 22.

¹⁰³⁰ *Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 30, art 9.

¹⁰³¹ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 29.

Ils indiquent également en marge de l'acte de naissance du requérant la modification des mentions concernées et un renvoi au registre de l'année et à la page contenant le nouvel acte de naissance.

10.1. Si le requérant est né hors du Québec, copie du certificat doit être transmise par le ministre de la Justice au dépositaire des registres de l'état civil de son lieu de naissance.

Ce faisant, une mise à jour des registres devait avoir lieu. Sur réception du certificat, le dépositaire concerné devait apporter, sans délai, les modifications nécessaires¹⁰³². Pour ce faire, le dépositaire des registres de l'état civil qui avait en sa possession l'acte de naissance pertinent inscrivait, en marge de l'acte, une mention suivant laquelle ce dernier a été modifié¹⁰³³. Il transcrivait, aussi, « à la suite du dernier acte alors inscrit à ce registre le dispositif de ce certificat [celui de changement de la mention du sexe] »¹⁰³⁴.

Le 1^{er} janvier 1994, le « nouveau » *Code civil du Québec* est entré en vigueur. Par le fait même, le directeur de l'état civil est devenu « le seul officier de l'état civil » (article 103 al 1 CcQ). C'est lui qui allait désormais traiter les demandes de changement de la mention du sexe. La demande qui avait été présentée par requête au ministre de la Justice avant le 1^{er} janvier 1994 lui a été déférée, bien que cette dernière devait être traitée selon les termes de la procédure de changement de la mention du sexe ayant été en vigueur du 1^{er} avril 1978 au 31 décembre 1993¹⁰³⁵. Deux options s'offraient à lui. Autoriser ou refuser le changement de la mention du sexe, telle a été et est encore la question.

16. La décision du directeur de l'état civil d'autoriser ou de refuser un changement de nom doit être motivée.

¹⁰³² *Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil, supra note 30, art 7.*

¹⁰³³ *Ibid*, art 7(a), Annexe 1.

¹⁰³⁴ *Ibid* à la p 7(b), Annexe 2.

¹⁰³⁵ *Loi sur l'application de la réforme du Code civil, supra note 883, art 11.*

Elle est notifiée au demandeur, à l'opposant et, le cas échéant, aux personnes qui ont formulé des observations sur la demande.¹⁰³⁶

On note, à la lecture de cet article, que la décision du directeur de l'état civil doit être motivée, qu'il autorise ou non le changement de la mention du sexe. Cette décision motivée est notifiée à la personne ayant présenté la demande de changement de la mention du sexe. La personne qui s'opposait à la demande ou qui a formulé des observations — ce qui est inusité en contexte de changement de la mention du sexe, dans la mesure où aucune situation du genre n'a pu être retracée — reçoit aussi une copie de la décision. La personne qui demande le changement de la mention du sexe, celle qui s'y oppose ou encore celle qui a formulé des observations à son égard peuvent demander à ce que la décision soit révisée. L'article 74 du *Code civil du Québec* trouve alors application.

74. Les décisions du directeur de l'état civil relatives à l'attribution du nom ou à un changement de nom ou de mention du sexe, peuvent être révisées par le tribunal, sur demande d'une personne intéressée.

Avant l'adoption du « nouveau » *Code civil du Québec*, aucun article du genre ne pouvait être repéré en matière de changement de nom ou de mention de sexe. Les raisons expliquant son irruption dans la législation québécoise ont été exprimées par le ministre de la Justice de l'époque dans ses *Commentaires sur le Code civil*.

Cet article est de droit nouveau. Auparavant, la décision du ministre de la Justice n'était pas susceptible de révision. Le recours en révision de la décision du directeur de l'état civil accorde maintenant une garantie procédurale. Le Code énumère, en effet, un certain nombre de motifs pouvant justifier un changement de nom et des critères précis quant au changement de mention de sexe.¹⁰³⁷

On s'est demandé, en jurisprudence, quelle était la marge de manœuvre du tribunal devant procéder à la révision d'une décision du directeur de l'état civil. C'est ainsi que dans la décision

¹⁰³⁶ *Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 30, art 16.

¹⁰³⁷ Québec, Ministère de la Justice, *supra* note 177 à la p 59.

Brasseur c Lavigne, la Cour supérieure du Québec — ce « tribunal » auquel réfère l'article 74 du *Code civil du Québec* — a affirmé que ce pouvoir de révision qui lui était attribué permettait de contrôler la légalité, le mérite et le bien-fondé de la décision ayant été prise par le directeur de l'état civil.

Par conséquent, afin d'exercer la compétence que lui reconnaît l'article 74 C.C.Q., le Tribunal ne doit pas se limiter à décider de la légalité de la décision du directeur de l'état civil, mais il doit aussi considérer le « mérite » de la décision et se prononcer sur le bien-fondé des motifs à l'origine du geste administratif posé. Son pouvoir de révision dans le présent cas s'étend aussi à la légitimité de la décision administrative, et non pas seulement à sa légalité. Ainsi donc, au contraire d'une clause privative de compétence, l'article 74 C.C.Q. attribue aux tribunaux de droit commun une juridiction exclusive en matière de révision des décisions du directeur de l'état civil.¹⁰³⁸

Certaines précisions quant à la preuve pouvant être présentée ont en outre été apportées dans d'autres décisions de ce même tribunal, dont *Pelletier c Directeur de l'état civil* et *Vaillancourt-Parent c Directeur de l'état civil*. La première nous informe que des éléments de preuve n'ayant pas été soumis à l'attention du directeur de l'état civil peuvent être présentés.

Le Tribunal, en révisant, vérifie le sérieux des motifs invoqués par le requérant et mesure leur appréciation par le directeur de l'état civil. Le Tribunal peut entendre une preuve différente de celle considérée par le directeur. Finalement, le Tribunal peut apprécier lui-même le tout.¹⁰³⁹

De préciser, dans la seconde, qu'en application de l'article 74 du *Code civil du Québec*, « la Cour supérieure, qui est le tribunal compétent, jouit d'un pouvoir de révision qui est de l'essence d'un appel *de novo*. »¹⁰⁴⁰ Bref, le pouvoir de révision qu'octroie l'article 74 du *Code civil du Québec* ne s'apparente pas à celui que l'on trouve généralement en matière administrative.

¹⁰³⁸ *Brasseur c Lavigne*, [1995] RJQ 2183 (CS) à la p 2185.

¹⁰³⁹ *Pelletier c Directeur de l'état civil*, [1995] RJQ 2177 (CS) à la p 2178.

¹⁰⁴⁰ *Vaillancourt-Parent c Directeur de l'état civil*, 2015 QCCS 5401 au para 12.

Cette révision n'exige pas que la personne intéressée démontre que la décision attaquée soit manifestement déraisonnable, abusive ou équivalant à une fraude à la loi comme l'exige la jurisprudence en matière de révision judiciaire. Elle peut même faire l'objet d'une nouvelle analyse et d'une nouvelle preuve.¹⁰⁴¹

Considérant ce qui précède, les personnes voyant leur demande de changement de la mention du sexe rejetée par le directeur de l'état civil peuvent demander la révision de cette décision en vertu de l'article 74 du *Code civil du Québec*. Elles doivent, pour cela, remplir les conditions procédurales précisées à l'article 403 du « nouveau » *Code de procédure civile*.

403. La demande en révision d'une décision du directeur de l'état civil n'est reçue que si elle est introduite dans les 30 jours qui suivent la notification de la décision au demandeur. Le directeur de l'état civil transmet alors, sans délai, son dossier au greffe du tribunal.

Cet article reprend pour l'essentiel le contenu de l'article 864.2 de l'« ancien » *Code de procédure civile*.

864.2. Lorsque la révision d'une décision du directeur de l'état civil est demandée, elle n'est reçue que si elle est faite dans les 30 jours qui suivent la réception de la décision par le requérant.

Le directeur de l'état civil transmet, sans délai, au greffe du tribunal, le dossier relatif à la décision qui fait l'objet de la demande de révision.

À la lecture de ces deux articles, on voit d'abord la présence d'un délai de rigueur. Pour que la demande soit reçue, la personne souhaitant une telle révision doit la présenter dans les trente (30) jours suivant la réception du document témoignant de la décision du directeur de l'état civil. On remarque ensuite qu'un comportement est attendu du directeur de l'état civil. Celui-ci doit en effet transmettre sans délai le dossier au greffe du tribunal. Par la suite, une audition aura lieu. Celle-ci devra être tenue par le tribunal — le greffier ou le greffier spécial ne pouvant

¹⁰⁴¹ *Hoque c Directeur de l'état civil*, (2000), AZ-50081674 (SOQUIJ) (CS) au para 6.

décider de ce type de demandes¹⁰⁴². Ceci étant dit, selon mes recherches, aucune décision telle n'a été rendue en contexte de changement de la mention du sexe.

Lorsque le changement de la mention du sexe est autorisé, jusqu'au 1^{er} mars 2014, sauf exception, une certaine publicité de la demande, mais aussi de la décision ayant été rendue à son égard, devait être faite. Du 1^{er} avril 1978 au 31 décembre 1993, cette exigence était formulée à l'article 9 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, qui prévoyait la publication d'un « [a]vis du certificat émis par le ministre de la Justice [...] dans la *Gazette officielle du Québec*. »¹⁰⁴³. À compter du 1^{er} janvier 1994, cette exigence relative à la publicité a été déplacée. Désormais, pour la consulter, il fallait considérer, d'une part, l'article 73 du *Code civil du Québec*.

73. La demande obéit à la même procédure que la demande de changement de nom. Elle est sujette à la même publicité et aux mêmes droits et les règles relatives aux effets du changement de nom s'y appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires.

(je souligne)

D'autre part, dans le *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*¹⁰⁴⁴, les articles 17 et 18 devaient être étudiés. Le premier rendait obligatoire la publication, par le directeur de l'état civil, d'un avis affirmant qu'il a autorisé le changement de la mention de sexe d'une personne. Le second, quant à lui, précisait les informations qui devaient figurer sur l'avis.

17. Lorsque la décision du directeur de l'état civil d'autoriser un changement de nom n'est plus susceptible d'être révisée, soit à l'expiration du délai de 30 jours prévu à l'article 864.2 du Code de procédure civile (chapitre C-25), il en donne

¹⁰⁴² Voir les articles 865 de l'« ancien » *Code de procédure civile* et 73 al 2 du « nouveau » *Code de procédure civile*.

¹⁰⁴³ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 29, art 9.

¹⁰⁴⁴ *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 31, art 17, 18.

avis à la *Gazette officielle du Québec*, à moins qu'une dispense spéciale de publication ne soit accordée par le ministre de la Justice en application de l'article 67 du Code civil.

18. L'avis de changement de nom comprend les renseignements suivants :

- 1 ° la date de la décision d'autoriser le changement de nom ;
- 2 ° le nom inscrit à l'acte de naissance de la personne dont le changement de nom était demandé ;
- 3 ° la date de naissance de cette personne ;
- 4 ° le nouveau nom accordé à cette personne ;
- 5 ° la date de prise d'effet de la décision d'autoriser le changement de nom ;
- 6 ° les lieu et date de l'avis ;
- 7 ° la signature du directeur de l'état civil.

Le respect de cette exigence a été requis jusqu'au 1^{er} mars 2014. Ce jour, l'article 73 du *Code civil du Québec* a été remplacé.

73. La demande obéit à la même procédure que la demande de changement de nom, sauf quant à sa publicité, et est sujette aux mêmes droits. Le changement de la mention du sexe a, avec les adaptations nécessaires, les mêmes effets que le changement de nom.

(je souligne)

Les deux versions font référence à la demande de changement de nom. Du 1^{er} janvier 1994 au 28 février 2014, la demande était « sujette à la même publicité » celle inhérente au changement de nom. Depuis le 1^{er} mars 2014, ce n'est plus le cas. La nouvelle version de l'article 73 du

Code civil du Québec énonce clairement, maintenant, que la procédure de changement de la mention du sexe « obéit à la même procédure que la demande de changement de nom, sauf quant à sa publicité [...] ».

Ce passage du *Code civil du Québec*, lorsqu'il est mis en relation avec l'article 23 du *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, sème une certaine confusion. On comprend, en lisant le premier, que la demande de changement de la mention du sexe à la même procédure que la demande de changement de nom, sauf quant à sa publicité. Ce faisant, les normes juridiques applicables à la publicité inhérente au changement de nom ne trouvent pas application en contexte de changement de la mention du sexe. Or, le second fait de son article 17 un incontournable en matière de changement de la mention du sexe. Celui-ci, qui a été mentionné ci-dessus, porte sur la publication, dans la *Gazette officielle du Québec*, de la décision ayant été prise par le directeur de l'état civil.

À la lecture de cet article, deux remarques s'imposent. La première, moins grave eu égard au contexte qui nous occupe, concerne la version du *Code de procédure civile* à laquelle l'article fait référence. Depuis le 1^{er} janvier 2015, celle-ci n'est plus en vigueur. Il a été remplacé par le « nouveau » *Code de procédure civile*, qui trouve désormais application. Il y a tout lieu de croire que c'est plutôt à l'article 403 du « nouveau » *Code de procédure civile* qu'il faut se référer. Le changement en ce sens n'est pas significatif¹⁰⁴⁵. La deuxième est toutefois plus importante. Elle

¹⁰⁴⁵ L'article 864.2 de l'« ancien » *Code de procédure civile* se lisait comme suit :

864.2. Lorsque la révision d'une décision du directeur de l'état civil est demandée, elle n'est reçue que si elle est faite dans les 30 jours qui suivent la réception de la décision par le requérant.

Le directeur de l'état civil transmet, sans délai, au greffe du tribunal, le dossier relatif à la décision qui fait l'objet de la demande de révision.

On lit désormais, à l'article 403 du « nouveau » *Code de procédure civile*, le texte suivant :

403. La demande en révision d'une décision du directeur de l'état civil n'est reçue que si elle est introduite dans les 30 jours qui suivent la notification de la décision au demandeur. Le directeur de l'état civil transmet alors, sans délai, son dossier au greffe du tribunal.

Comme on peut le constater, au-delà d'une formulation différente, le contenu des deux articles est similaire.

porte sur la publicité de la décision relative au changement de la mention du sexe. On y lit que la décision doit faire l'objet d'un avis à la *Gazette officielle du Québec*, « à moins qu'une dispense spéciale de publication ne soit accordée par le ministre de la Justice en application de l'article 67 du Code civil. » Cet article du *Code civil du Québec* prévoit ce qui suit :

67. Le changement de nom produit ses effets dès que le jugement qui l'autorise est passé en force de chose jugée ou que la décision du directeur de l'état civil n'est plus susceptible d'être révisée.

Un avis en est publié à la *Gazette officielle du Québec* sauf dans les cas suivants :

1 ° une dispense spéciale de publication a été accordée par le ministre de la Justice pour des motifs d'intérêt général ;

2 ° dans le cas d'une demande portant sur le prénom, il est manifeste que le changement demandé concerne la modification de l'identité de genre de la personne ;

3 ° le changement demandé concerne un mineur de moins de six mois.

(je souligne)

C'est donc dire qu'en matière de changement de nom, lorsqu'il est manifeste que l'identité de genre de la personne concernée est en jeu — par exemple lorsqu'une personne nommée Richard demande que son prénom soit changé pour Julie — aucun avis n'a à être publié dans la *Gazette officielle du Québec*. Mais qu'en est-il en matière de changement de la mention du sexe, considérant que l'article 73 du *Code civil du Québec* renvoie à la même procédure que la demande de changement de nom, sauf quant à sa publicité ? Dans un tel contexte, la publication prévue à l'article 17 du *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*¹⁰⁴⁶, en raison de l'article 23 de ce même règlement, serait-elle obligatoire ? Un raisonnement mécanique, fondé sur la technique du *Code civil du Québec* et du règlement

¹⁰⁴⁶ *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil, supra note 31.*

précité pourrait mener à ce résultat. Toutefois, une telle interprétation porterait atteinte à l'intention que le législateur avait en adoptant la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*. Dans les notes explicatives accompagnant cette loi, on lit :

La loi dispense le directeur de l'état civil de l'obligation de s'assurer de la publication des avis d'une demande de changement d'un prénom lorsqu'il est manifeste que le changement demandé concerne la modification de l'identité sexuelle d'une personne ou d'une demande de changement de la mention du sexe à l'acte de naissance et de l'obligation de publier un avis lorsqu'il autorise un tel changement.

(je souligne)¹⁰⁴⁷

Ce passage des notes explicatives indique clairement que le législateur a souhaité mettre fin à la publication des avis dans la *Gazette officielle du Québec* lorsqu'il était question d'un changement de la mention du sexe. La formulation de l'article 23 du *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*¹⁰⁴⁸ apparaît en ce sens malheureuse. Le résultat auquel mène sa lecture va manifestement à l'encontre de l'intention qui animait le législateur, du moins au moment où il a adopté la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*. Rien non plus n'indique que cette intention ait changée depuis. Force est donc de conclure, dans ce contexte, que le directeur de l'état civil n'a plus à publier dans la *Gazette officielle du Québec* les avis des décisions qu'il rend en contexte de changement de la mention du sexe. De fait, depuis le 1^{er} mars 2014, aucun avis à ce sujet n'a été publié dans la *Gazette officielle du Québec*, alors même que des décisions relatives au changement de la mention du sexe ont été rendues¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁷ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, supra note 520, notes explicatives.

¹⁰⁴⁸ *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 31.

¹⁰⁴⁹ Par exemple, *Le Devoir* rapportait qu'entre le 1^{er} octobre 2015 et le 31 décembre 2015, « pas moins de 253 demandes » de changement de la mention du sexe ont été reçues par le directeur de l'état civil. Selon le même article, ce dernier « a traité davantage de requêtes durant ces trois mois que dans les trois années précédentes. » En effet, « [e]ntre le 1^{er} avril 2010 et le 31 mars 2015, le Directeur de l'état civil avait traité à peine 291 demandes de

En mettant fin à la publication des avis portant sur les décisions relatives au changement de la mention du sexe, le législateur s'est trouvé à favoriser le respect de la vie privée des personnes trans*. Faut-il le rappeler, ces avis se lisaient comme suit.

[Prénom nom]

Par la décision numéro [année, code, référence numérique], qui a pris effet le [jour, mois, année], le Directeur de l'état civil a effectué le changement de mention du sexe de [prénom, nom], né le [jour, mois, année], de féminin à masculin ainsi que de son nom en celui de [prénom, nom].

Québec, le [jour, mois, année]

Le Directeur de l'état civil,

[PRÉNOM, NOM]¹⁰⁵⁰

Comme il a été expliqué précédemment, les aspects inhérents à l'identité de genre des personnes font manifestement partie du spectre couvert par le droit au respect de sa vie privée, lequel se trouve énoncé à l'article 5 de la *Charte québécoise*. Ces avis, toutefois, communiquaient un nombre important d'informations, lesquelles pouvaient être facilement trouvées sur Internet, en utilisant le moteur de recherche *Google* par exemple ou en consultant, encore, la première partie de la *Gazette officielle du Québec*. D'ailleurs, la publicité inhérente au changement de la

changement de la mention du sexe, soit 21 en 2010-2011, 49 en 2011-2012, 56 en 2012-2013, 76 en 2013-2014 et 92 en 2014-2015. » Voir Marco Bélair-Cirino, « Des centaines de Québécois ont enfin la bonne identité sexuelle », *Le Devoir* (3 mars 2016), en ligne : <http://www.ledevoir.com/societe/actualites-en-societe/464501/des-centaines-de-quebecois-ont-enfin-la-bonne-identite-sexuelle> (consulté le 3 mars 2016). Or, aucune trace des décisions relatives aux demandes de changement de la mention du sexe ayant été rendues depuis le 1^{er} mars 2014 ne peut être trouvée dans la *Gazette officielle du Québec*. De fait, les derniers avis du genre à avoir été publiés ont été trouvés dans l'édition du 22 février 2014.

¹⁰⁵⁰ Cet exemple est tiré de la première partie d'un numéro de la *Gazette officielle du Québec*. Afin de favoriser le respect de la vie privée des personnes concernées, aucune référence plus précise ne sera fournie.

mention du sexe avait fait l'objet d'une discussion lors des débats ayant entouré l'adoption du « nouveau » *Code civil du Québec*. Lors de ces auditions, la Commission des droits de la personne avait formulé certaines réserves quant à la publicité exigée des demandes de changement de la mention du sexe ainsi que de la décision de l'accorder. L'organisme avançait que la publicité exigée mettait notamment sous tension le droit à la vie privée des personnes trans* investies dans le processus qu'est le changement de la mention du sexe. Elle affirmait qu'en matière de changement de la mention du sexe, la « confidentialité absolue » devrait prévaloir et suggérait en ce sens l'adoption « d'une dispense automatique de publication »¹⁰⁵¹. Toutefois, cela n'a pas suffi pour que les exigences relatives à la publicité soient retirées du *Code civil du Québec* qui allait être adopté. Dans ses *Commentaires sur le Code civil du Québec*, le ministre de la Justice expliquait qu'il fallait protéger les droits des tiers et que les possibilités de discrimination ne disparaîtraient pas du fait de l'absence de publication¹⁰⁵².

¹⁰⁵¹ Elle affirmait :

La Commission craint notamment que la "publicité" qui entoure cette procédure puisse porter atteinte aux droits et libertés des personnes qui demandent un changement de la mention du sexe dans les registres de l'état civil. Une telle "publicité" est, en effet, susceptible d'avoir un effet préjudiciable à l'égard de ces personnes, particulièrement quant au respect de leur droit à l'intégrité, sûreté et liberté de leur personne, ainsi qu'à la reconnaissance de leur personnalité juridique (article 1 de la Charte). De plus, le fait de rendre ainsi public une telle demande pourrait porter atteinte au droit à la sauvegarde de la dignité (article 4), le droit au respect de la vie privée (article 5) et le respect du secret professionnel (article 9 de la Charte) de la personne ayant subi une transformation sexuelle.

Une telle publicité pourrait, de l'avis de la Commission, produire des effets discriminatoires fondés sur l'état civil, le sexe et l'orientation sexuelle du demandeur. Or, la discrimination fondée sur de tels motifs est expressément prohibée par l'article 10 de la Charte

La Commission des droits de la personne est d'avis que la procédure relative au changement de la mention du sexe doit assurer aux personnes qui s'en prévalent une confidentialité absolue.

La Commission recommande que l'article 73 du P.L. 125 soit amendé de façon à garantir aux demandeurs d'un changement de la mention du sexe le respect de leur droit à la confidentialité et du secret professionnel, ainsi que le respect de leur droit à la vie privée. En l'occurrence, la Commission suggère que les personnes ainsi concernées puissent bénéficier d'une dispense automatique de publication.

Voir Commission des droits de la personne, *Commission des institutions - Commentaires sur le projet de loi 125 - Code civil du Québec*, Montréal, 1991 aux pp 36-37 (notes omises).

¹⁰⁵² Il affirmait :

Une vingtaine d'années plus tard, le législateur a adopté une opinion différente. Il a fait le choix de retirer cette exigence de publication, qui participait à l'exposition de la vie privée des personnes trans*. Ce faisant, il a répondu à l'une des revendications que lui avait adressées le Comité trans du Conseil québécois LGBT : « [r]éviser les normes de publications des changements apportés à l'état civil pour les personnes transsexuelles et transgenres. »¹⁰⁵³

1.4. Les effets du changement de la mention du sexe

Hier comme aujourd'hui, la décision rendue en matière de changement de la mention du sexe est susceptible d'avoir un impact sur l'état civil de la personne concernée. Si elle est, d'un côté, négative, aucun changement n'est apporté et la personne visée par la demande conserve la mention du sexe figurant déjà sur son acte de naissance. D'un autre côté, si cette décision est positive, en ce qui a trait à son « sexe », la personne visée se voit désormais identifiée par la mention de sexe qui était demandée, sous réserve d'une éventuelle révision.

Du 1^{er} avril 1978 au 31 décembre 1993, les effets du changement de la mention du sexe ont pu être trouvés aux articles 11 à 15 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*¹⁰⁵⁴. Ces articles, qui font référence au changement de nom dans leur libellé, s'appliquent également au changement de la mention du sexe. Les adaptations requises doivent seulement être faites, nous dit l'article 22 de cette loi.

La publicité exigée pourrait laisser croire que l'on porte atteinte au respect de la vie privée, mais une publicité est nécessaire pour la protection des droits des tiers. Les possibilités de discrimination existeront toujours, indépendamment de cette publication.

Voir Québec, Ministère de la Justice, *supra* note 177 à la p 59.

¹⁰⁵³ Comité trans du CQGL, *supra* note 652 (Recommandation 2.2.2).

¹⁰⁵⁴ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29.

11. Le bénéficiaire d'un changement de nom peut, sous son nouveau nom, réclamer et posséder tous les droits, bénéfices, avantages et titres auxquels il aurait eu droit sans ce changement ; et tous les contrats, conventions, ententes, documents, certificats, polices d'assurances, diplômes, degrés, permis, licences, inscriptions, enregistrements, nominations et pouvoirs acquis ou lui profitant ou auxquels il a été partie sous l'un ou l'autre nom, sont censés avoir été obtenus sous le nouveau nom.

12. Sous son nouveau nom, le bénéficiaire peut recouvrer, avoir, détenir, posséder, recevoir en héritage ou aliéner tous les biens immobiliers ou mobiliers et tous les droits de toute nature qu'il peut alors ou qu'il pourra à l'avenir avoir, aussi complètement et dans la même mesure que si le changement de nom n'avait pas été effectué.

13. Tous les legs ou donations faits par tout testament, codicille, acte de donation, police d'assurance ou autrement, sont censés avoir été ou être faits en sa faveur sous l'un ou l'autre des deux noms.

14. Toutes les obligations contractées par lui sont exigibles sous son nouveau nom.

15. Le changement de nom n'interrompt aucune instance ni aucun procès pendant devant une cour du Québec et auxquels il est partie, et il est procédé à jugement et à exécution comme si le changement de nom n'avait pas été effectué.

22. Les articles 7, 9 et 10 à 15 s'appliquent, en faisant les adaptations requises, à la présente section.

Les articles ayant été présentés ci-dessus visaient de nombreuses matières et situations. On comprend, à leur lecture, qu'outre l'identification sous la mention de sexe ayant été obtenue, le changement de la mention du sexe, juridiquement, n'avait aucun autre effet particulier... si ce n'est que la personne était considérée comme étant du sexe pour lequel le changement lui avait été autorisé.

Depuis le 1^{er} janvier 1994, les effets du changement de la mention du sexe sont présentés dans *Code civil du Québec*, aux articles 68 à 70. À l’instar de ce qui allait avant l’entrée en vigueur de ce code, ces articles doivent être lus en faisant les adaptations nécessaires (article 73 CcQ).

68. Le changement de nom ne modifie en rien les droits et les obligations d’une personne.

69. Les documents faits sous l’ancien nom d’une personne sont réputés faits sous son nouveau nom.

Cette personne ou un tiers intéressé peut, à ses frais et en fournissant la preuve du changement de nom, exiger que ces documents soient rectifiés par l’indication du nouveau nom.

70. Les actions auxquelles est partie une personne qui a changé de nom se poursuivent sous son nouveau nom, sans reprise d’instance.

Ces articles visent aussi de nombreuses matières et situations. La même observation ayant été formulée à propos des articles 11 à 15 de la *Loi sur le changement de nom et d’autres qualités de l’état civil*¹⁰⁵⁵ peut être faite ici aussi. Outre l’identification sous la mention de sexe ayant été obtenue, juridiquement, le changement de la mention du sexe n’a aucun autre effet particulier... si ce n’est encore une fois que la personne est considérée comme étant du sexe pour lequel le changement lui a été autorisé.

2. Les conditions pour obtenir la correction de l’« erreur » ayant été commise lors du processus menant à l’assignation de la mention du sexe

Dans la section précédente, j’ai procédé à la revue des conditions qui devaient être remplies, en plus de celle relative aux modifications corporelles ou à l’identité de genre, pour qu’une

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

personne puisse voir la mention de son sexe figurant à son acte de naissance modifiée en vertu de la procédure de changement de la mention du sexe. De façon générale, il s'agit là de la seule procédure qui peut mener à un tel raisonnement, mais de façon exceptionnelle, les procédures de rectification de l'acte de naissance par le tribunal ou par le directeur de l'état civil paraissent offrir une alternative plus intéressante au regard de la situation de la personne concerné. Il en va de même de la procédure de correction d'un acte de naissance par le directeur de l'état civil lorsqu'une naissance est incorrectement constatée ou déclarée. Dans la présente section, ces dernières retiennent mon attention. Elles pourraient mener à la correction de l'« erreur » ayant été commise au cours des processus de détermination de la mention du sexe, lesquels ont été abordés dans le premier et le deuxième chapitre de cette thèse¹⁰⁵⁶. Comme nous le verrons, chacune de ces procédures comporte leur lot de formalités qui influencent, dans les contextes où elles trouvent application, la désignation du sujet comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »).

2.1. La rectification de l'acte de naissance par le tribunal

Il convient d'étudier, dans un premier temps, la procédure de rectification de l'acte de naissance par le tribunal. Celle-ci se trouve énoncée à l'article 141 al 1 du *Code civil du Québec*.

141. Hormis les cas prévus au présent chapitre, le tribunal peut seul ordonner la rectification d'un acte de l'état civil ou son insertion dans le registre.

¹⁰⁵⁶ En contexte d'intersexualité, des erreurs peuvent en effet être commises. Dans une entrevue accordée à la journaliste Mylène Tremblay, la D^{re} Cheri Deal confirmait cette possibilité. « Et si on se trompe? Si l'enfant, par exemple, se sent fille, alors qu'on en a fait un garçon? "On pratique plus tard un changement de sexe", tranche la D^{re} Deal. » Voir Tremblay, *supra* note 221 à la p 90. Pour la D^{re} Deal, la solution, lorsqu'une erreur est commise, consiste en la réalisation d'un changement de sexe. Juridiquement, cette solution est loin d'être simple. Comme nous l'avons vu dans la section 1.1.2. L'âge, pendant longtemps, le changement de la mention du sexe ne peut être accordé aux personnes mineures. L'âge de la majorité ayant été fixé à 18 ans (article 153 al 1 CcQ), cela signifie que ces personnes auraient l'obligation de subir les conséquences de cette erreur pendant toute leur enfance et adolescence.

[...]

Cette procédure n'a pas été spécifiquement prévue pour traiter les situations où une erreur a été commise au cours des processus de détermination de la mention du sexe. Or, puisqu'« [i]l s'agit, en l'espèce, de rendre à un acte sa véritable teneur, en y réparant une erreur qui s'était glissée dans les énonciations précédentes »¹⁰⁵⁷, il y a tout lieu de croire qu'elle peut trouver application dans le contexte qui nous occupe, pour autant que ses conditions de fond et de forme soient remplies.

2.1.1. Les conditions de fond

La procédure de rectification de l'acte de naissance par le tribunal comporte trois conditions de fond : la détention de l'acte de naissance par le Directeur de l'état civil, la présence d'une erreur sur l'acte de naissance et l'absence d'action d'état déguisée.

2.1.1.1. La détention de l'acte de naissance par le directeur de l'état civil

Premièrement, pour que la Cour supérieure du Québec puisse ordonner la rectification d'un acte de naissance, ce dernier doit être détenu par le directeur de l'état civil.

Le pouvoir de rectification ou de modification ne vise que les actes détenus par le Directeur de l'état civil ; celui-ci n'a aucun pouvoir de rectification d'un acte étranger non préalablement inséré dans le registre québécois d'état civil [...].¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵⁷ Pierre Azard, *Droit civil québécois*, t 1, Ottawa, Université d'Ottawa, 1971 à la p 58 (note omise).

¹⁰⁵⁸ Goubau, *supra* note 33 au para 399 (note 70). À titre d'illustration, consulter *C-P et Greffier de la Cour supérieure du district de Montréal*, *supra* note 818.

Si la naissance a eu lieu au Québec, cette première condition devrait être remplie sans difficulté. Tout acte de l'état civil doit être inséré au registre de l'état civil (article 109 al 2 CcQ) et ce registre n'est tenu que par le directeur de l'état civil (article 103 al 2 CcQ). Toutefois, si la personne visée par l'acte de naissance devant faire l'objet d'une rectification n'est pas née au Québec, au préalable, celui-ci devra être inséré au registre de l'état civil conformément à l'article 137 du *Code civil du Québec*¹⁰⁵⁹. On se souviendra que nul acte de l'état civil étranger ne peut faire l'objet de quelque altération que ce soit par les tribunaux québécois¹⁰⁶⁰.

2.1.1.2. La présence d'une « erreur » sur l'acte de naissance

Deuxièmement, une « erreur » doit s'être glissée dans la confection de l'acte de naissance. La procédure de rectification dont il est ici question ne vise en ce sens qu'à « faire concorder l'acte [de naissance] avec la réalité juridique [...] »¹⁰⁶¹. En d'autres termes, cette procédure suppose la correction d'une « simple irrégularité dans la teneur de l'acte »¹⁰⁶², qui aurait pu être évitée si la réalité juridique avait été observée de façon adéquate. Ce faisant, la rectification recherchée ne doit servir qu'à rétablir l'exactitude des faits.

L'« erreur » en cause peut viser la mention de sexe ayant été assignée à l'enfant. Par exemple, la mention de sexe mâle/masculin (« M ») a été assignée, alors que c'est plutôt la mention de sexe femelle/féminin (« F ») qui aurait dû l'être — l'inverse est aussi possible. Or, lorsqu'une telle situation survient, pour que l'on puisse conclure à la présence d'une « erreur » entachant l'acte de naissance, cela signifie que l'on trouvait déjà, sur le corps du nouveau-né, des caractéristiques qui auraient pu mener à l'assignation de la mention de sexe désormais

¹⁰⁵⁹ Sur la procédure applicable, consulter Goubau, *supra* note 33 aux pp 394 et s.

¹⁰⁶⁰ Pour de plus amples informations à ce sujet, consulter la section 1.1.1. La citoyenneté canadienne.

¹⁰⁶¹ Goubau, *supra* note 33 au para 401.

¹⁰⁶² *Ibid* au para 399.

recherchée. On pense, par exemple, à des gonades, des chromosomes... mais en aucun cas l'identité de genre. En soi, il n'y a rien d'étonnant, puisque cette dernière se développe un peu plus tard chez l'enfant¹⁰⁶³. Considérant le moment où la détermination de la mention du sexe intervient, c'est-à-dire dans les jours qui suivent la naissance, cela explique pourquoi elle n'est pas prise en compte dans le processus menant à l'assignation d'une mention de sexe. Ce faisant, les personnes trans* qui ne sont concernées par aucune condition d'intersexualité ne peuvent bénéficier de la procédure de rectification de l'acte de naissance par le tribunal.

2.1.1.3. L'absence d'action d'état déguisée

Troisièmement, en lien très étroit avec la deuxième condition que nous venons tout juste de voir, la procédure de rectification d'un acte de naissance par le tribunal ne peut entraîner un changement d'état civil. Autrement dit, la procédure ne doit pas prendre les airs d'une action d'état déguisée. Ce type d'action vise la reconnaissance d'un fait nouveau, d'un fait qui n'existait pas auparavant et qui est relatif à l'état civil d'une personne¹⁰⁶⁴.

En jurisprudence, bien qu'elle ait été rendue avant l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*, la décision *Boutin-Plante c Curé de la paroisse Notre-Dame de la Merci*¹⁰⁶⁵ illustre bien la condition relative à l'absence d'action d'état déguisée. Les faits de l'affaire sont relativement simple. À son baptême, le requérant, qui est reconnu comme le fils légitime de Yvonick Plante, journalier, et de Mariette Boutin, a reçu le nom de Joseph Philippe Marcel Plante. Avant sa naissance, son père, qui était recherché par des créanciers, a quitté le domicile conjugal. Sa mère, enceinte de lui, est déménagée dans une autre ville. Pour se camoufler, elle a utilisé son nom de jeune fille, Boutin. Elle a aussi fait connaître ses enfants, dont le requérant, sous ce nom. Pendant

¹⁰⁶³ Celle-ci se développe en effet plus tard dans le développement de l'enfant. Pour de plus amples informations sur le sujet, consulter notamment Ehrensaft, *supra* note 872.

¹⁰⁶⁴ À titre indicatif, Hubert Reid définit cette action de la façon suivante : « [a]ction portant sur l'état d'une personne, son statut civil ». Reid, *supra* note 17, *sub verbo* « action d'état ».

¹⁰⁶⁵ *Boutin-Plante c Curé de la paroisse Notre-Dame de la Merci*, [1974] CS 553.

18 ans, le requérant s'est donc fait appeler Marcel Plante. Peu de temps avant que la décision ne soit rendue, le requérant a tenté, sans succès, d'obtenir des enregistrements. Il s'était présenté comme étant Marcel Boutin, alors que sur les documents fournis, son nom était Marcel Plante. Pour mettre fin à la confusion, le requérant a demandé que son acte de baptême — l'ancêtre de l'acte de naissance — fasse l'objet d'une rectification, de façon à ce qu'on y lise, désormais, le nom de Marcel Boutin. Le tribunal n'a pas fait droit à sa requête.

La requête du requérant n'est pas la procédure utile pour les fins qu'il recherche. Il n'y a ni erreur, ni omission dans le certificat de baptême qui récite exactement les prénoms qui ont été donnés au requérant, à sa naissance, ainsi que les noms de ses père et mère. [...] Il s'agit de toute évidence d'un changement de nom [...] Considérant que la requête du requérant est mal fondée en faits et en droit. Par ces motifs la Cour rejette la requête sans frais.¹⁰⁶⁶

La décision *Boutin-Plante c Curé de la paroisse Notre-Dame de la Merci* illustre bien la différence entre une action d'état et la procédure de rectification. Seule la dernière suppose la correction d'une erreur ayant été commise au moment de procéder à la confection de l'acte en question. En ce sens, si pour une raison ou une autre, le nom Plante avait été inscrit sur l'acte de baptême du requérant alors que c'était plutôt le nom Boutin qui devait l'être, la rectification aurait été opportune : une erreur aurait été commise. Or, dans la présente situation, au moment de procéder à la confection de l'acte de baptême, l'inscription du nom Plante était recherchée. Il n'y avait, en ce sens, aucune erreur à corriger. Dans certains cas, la ligne entre ce qui s'apparente ou non à une action d'état sera plus difficile à déterminer¹⁰⁶⁷. Il n'en demeure pas moins que dans la mesure où les informations ne sont pas nouvelles, qu'elles existaient au moment où l'acte a été rédigé, mais que pour une raison ou une autre, elles n'ont pas été valablement inscrites sur le document en question, l'on parlera d'une rectification et non d'un changement d'état.

¹⁰⁶⁶ *Ibid* à la p 553.

¹⁰⁶⁷ À titre d'illustration, consulter *Dulmaine c Curé de la paroisse St-André d'Acton*, (1975), AZ-75021170 (SOQUIJ) (CS) ; *C c R*, [1970] RP 337 (CS); *La Vega (In re)*, [1962] CS 684.

Pour cette raison, même en matière de mention de sexe, la rectification de l'acte de naissance peut se présenter comme une option envisageable. Il importe toutefois que les éléments factuels sur lesquels la décision d'assigner l'une ou l'autre des mentions possibles aient été présents au moment de procéder à l'assignation et que ces derniers auraient été considérés n'eût été de l'erreur commise. On peut penser, par exemple, à une erreur qui serait faite dans la rédaction du constat de naissance et de la déclaration de naissance : la mention de sexe femelle/féminin « F » a été assignée à l'enfant alors que c'était plutôt la mention de sexe mâle/masculin (« M ») qui aurait dû l'être. Pour que la Cour supérieure du Québec puisse faire droit à la requête, elle devra accepter la preuve selon laquelle la décision d'assigner la mention de sexe mâle/masculin (« M ») était non seulement possible, mais aussi opportune.

Cette situation est donc susceptible de ne se présenter qu'en contexte d'intersexualité, particulièrement si celle-ci avait été relevée à la naissance de l'enfant. Lorsque ce n'est pas le cas, par exemple dans un contexte où les effets de cette condition se font sentir à l'adolescence, un trouble s'installe. La procédure de rectification reste-t-elle opportune ? Qu'en est-il, par exemple, si à la naissance, la mention de sexe mâle/masculin « M » a été assignée à l'enfant, mais que l'on se rend compte, plus tard, que ce dernier est porteur de chromosomes XX, généralement associés au sexe féminin ? La rectification, dans ce cas, serait-elle possible ? En date du dépôt de cette thèse, le droit québécois nous offre bien peu d'éléments pour répondre à cette question. J'avance toutefois l'hypothèse que la rectification ne serait envisageable que si la preuve était faite qu'il en va de son intérêt que la rectification soit apportée. L'intérêt de l'enfant doit guider, faut-il le rappeler, toute décision prise à son égard (article 33 CcQ) et les questions relatives à l'identification de ce dernier ne font pas exception. Du même coup, plus le poids de l'identité de genre sera lourd par rapport aux autres facettes du « sexe », plus il sera difficile d'obtenir la rectification recherchée. Dans ce cas, la procédure de changement de la mention du sexe pourrait être perçue comme davantage appropriée. Avant le 10 juin 2016, c'était un réel problème, considérant la présence de la majorité à la liste des conditions devant être

remplies¹⁰⁶⁸. Depuis ce jour, les difficultés se sont possiblement amenuisées, dans la mesure où certains aménagements peuvent être envisagés, quitte à triturer un tant soit peu la logique sur laquelle repose la procédure de changement de la mention du sexe¹⁰⁶⁹. Dans tous les cas, au moment de déposer cette thèse, le mystère demeure entier. Ce n'est qu'à titre d'hypothèse que cette dernière réflexion a été proposée.

N'empêche, si les conditions ayant été exposées précédemment sont remplies, c'est-à-dire si le directeur de l'état civil est en possession d'un acte de naissance entaché d'une erreur pouvant être corrigé sans que cela s'apparente à un changement d'état, la rectification visant la mention de sexe figurant sur l'acte de naissance pourra avoir lieu, à condition que les conditions de forme soient respectées. Par contre, à ma connaissance, jamais une telle option n'a semblé être retenue dans un tel contexte¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁸ Pour plus d'informations, consulter la section 1.1.2. L'âge.

¹⁰⁶⁹ Contrairement aux procédures de correction et de rectification d'un acte de l'état civil, la procédure de changement de la mention du sexe ne suppose la présence d'aucune erreur sur l'acte de naissance. Celle-ci ne vise pas à rétablir la vérité, qui aurait dû être constatée plus tôt dans la vie de l'enfant. Ceci étant dit, il n'en demeure pas moins qu'à l'extérieur de la logique juridique, bon nombre de personnes trans* considèrent qu'elles ont été victimes d'une erreur sur la personne. C'est d'ailleurs ce qu'a expliqué la psychologue Françoise Susset lors des *Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres* :

Je vais vous apporter une idée un petit peu particulière, mais, dans ma réflexion, j'ai pensé à quelque chose. Toutes ces discussions que nous avons en ce moment, nous pourrions les voir autrement et dire que les personnes trans vous demandent simplement de corriger une erreur faite à la naissance sur le document d'état civil. Un médecin s'est basé sur une réalité physique, en a conclu une identité de genre, mais malheureusement il ou elle s'est trompé. Plusieurs années plus tard, les personnes trans, et nous pourrions dire aussi les personnes intersexes, reviennent vers nous, reviennent vers l'État pour dire : Excusez-moi, vous avez fait une erreur. Pourriez-vous, s'il vous plaît, apporter les corrections nécessaires? Alors, ça, c'est une autre façon de voir qui en fait correspond mieux à la réalité de ce que nous connaissons aujourd'hui au niveau de l'identité de genre et de la réalité... ou des caractéristiques physiques, plutôt, d'une personne.

Voir Assemblée nationale, *supra* note 356 (Françoise Susset).

¹⁰⁷⁰ Le 25 janvier 2016, en vertu de l'article 9 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, j'ai demandé à la responsable ministérielle de l'accès aux documents et de la protection des renseignements personnels d'obtenir copie de :

- tout document, peu importe le support, exposant le nombre de modifications de la mention du sexe figurant sur l'acte de naissance ayant été réalisées autrement que dans le cadre d'une procédure de changement de la mention du sexe ;

2.1.2. Les conditions de forme

Les demandes qui concernent « la modification du registre de l'état civil » sont traitées en suivant les règles applicables à la procédure non contentieuse (article 303 para 3 NCPC). C'est à ces dernières qu'il faut donc se référer lorsque l'on cherche la rectification de l'acte de naissance par le tribunal.

Encore faut-il, toutefois, savoir de quel tribunal il est question. À cet égard, l'article 141 al 1 du *Code civil du Québec* n'offre aucune précision. Malgré cela, il ressort de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine que ce tribunal en question est celui de droit commun, en l'occurrence la Cour supérieure du Québec¹⁰⁷¹. Au passage, il importe de souligner que le greffier spécial n'aura pas compétence pour trancher cette demande (article 73 NCPC).

La demande de rectification de l'acte de naissance est donc soumise au contrôle de la Cour supérieure du Québec. Elle doit alors « agir dans l'intérêt premier de la personne concernée par

-
- tout document, peu importe le support, exposant le nombre de demandes accueillies de modification de la mention du sexe figurant sur l'acte de naissance ayant été réalisées autrement que dans le cadre d'une procédure de changement de la mention du sexe ;
 - tout document, peu importe le support, exposant le nombre de demandes rejetées de modification de la mention du sexe figurant sur l'acte de naissance ayant été réalisées autrement que dans le cadre d'une procédure de changement de la mention du sexe ;
 - tout document, peu importe le support, exposant le nombre de demandes abandonnées ou classées sans suite de modification de la mention du sexe figurant sur l'acte de naissance ayant été réalisées autrement que dans le cadre d'une procédure de changement de la mention du sexe.

J'ai aussi demandé à ce que l'on me transmette une copie de tout document, peu importe le support, exposant le nombre de fois où la mention du sexe indiquée au constat de naissance d'une personne a été différente de celle qui est apparue sur la déclaration de naissance de cette même personne. Le 25 février 2016, on m'a répondu que le Ministère ne détenait aucun document tel que ceux demandés. À titre indicatif, le « Ministère » dont il est question est celui de l'Emploi et de la Solidarité sociale, duquel relève le directeur de l'état civil. Pour plus d'informations sur ces demandes, consulter *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, supra note 156, art 9; *Loi sur le ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale et sur la Commission des partenaires du marché du travail*, RLRQ, c M-15001, art 57.1.

¹⁰⁷¹ Article 33 NCPC; *A c Directeur de l'état civil*, 2007 QCCS 492, sect 16; *Protection de la jeunesse - 06509*, 2006 QCCQ 13510 au para 31; Goubau, supra note 33 au para 400 (note 71).

la demande, tout en veillant au respect de ses droits et à la sauvegarde de son autonomie » (article 305 Cpc). En outre, dans l'administration de la preuve, elle peut jouer un rôle proactif en adoptant un comportement inquisitoire¹⁰⁷².

Cette demande, présentée à la Cour supérieure du Québec, « est accompagnée d'un avis informant la personne concernée et les intéressés du lieu, de la date et de l'heure de sa présentation devant le tribunal compétent » (article 306 NCPC). Elle « est présentée au tribunal à la date indiquée dans l'avis qui l'accompagne », à moins qu'une autre date, avant cette dernière, n'ait été convenue avec le greffe. Cette date, toutefois, ne peut être « fixée à moins de 10 jours ni à plus de deux mois après la notification » (article 308 al 2 NCPC).

L'avis qui accompagne la demande indique aussi les « pièces au soutien de la demande et informe les destinataires que ces pièces sont disponibles, sous réserve, le cas échéant, de leur caractère confidentiel » (article 306 NCPC). Dans le contexte qui nous occupe, on peut facilement imaginer la nécessité de préserver la confidentialité des pièces qui seront utilisées. Celles-ci, faut-il le rappeler, témoigneront de faits relatifs la santé du nouveau-né. Cela dit, dans le contexte qui nous occupe, le nombre de personnes concernées ou intéressées est fort limité. Premièrement, on pense à la personne visée par l'acte de naissance pour lequel une rectification est demandée¹⁰⁷³. Sous réserve de son développement, son accès aux pièces ne saurait faire de

¹⁰⁷² L'article 50 du *Code de procédure civile* se lit comme suit :

50. Les tribunaux qui, en première instance, siègent dans les affaires non contentieuses ou dans des affaires où l'intérêt d'un enfant ou l'intégrité, l'état et la capacité d'une personne sont en cause, peuvent, même d'office, demander la présence d'une personne ou la présentation d'une preuve et entendre sans formalités les personnes qui peuvent les éclairer et, après convocation, celles dont les intérêts risquent d'être touchés par la décision.

Sur la nature inquisitoire du comportement pouvant être adopté par le tribunal, consulter Goubau, *supra* note 33 au para 402.

¹⁰⁷³ En vertu de l'article 34 du *Code civil du Québec*, « [l]e tribunal doit, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, lui donner la possibilité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent. » Il est intéressant ici de poser la question de la volonté de la personne mineure qui pourrait être concernée par une telle demande, ou plutôt de son absence de volonté. Comment le tribunal réagirait-il face à une demande de rectification de l'acte de naissance où toutes les preuves apportées militent en faveur d'une telle rectification, sauf une, celle émanant du témoignage de l'enfant concerné ? Dans la section 1.1.5. La volonté d'obtenir le changement de la mention du sexe, nous avons vu que le changement de la mention du sexe ne pouvait être accordé que si la personne concernée acceptait qu'une telle modification soit apportée à la mention figurant à

doute. Deuxièmement, on pense au(x) parent(s) ou tuteur(s) de cette personne. À moins qu'une décision ayant pour effet de limiter l'accès aux données médicales pertinentes n'ait été rendue en vertu de l'article 606 du *Code civil du Québec*, ce(s) dernier(s) devraient pouvoir consulter chacune des pièces, considérant l'autorité parentale qu'il(s) exerce(nt) à l'égard de l'enfant concerné. Troisièmement, on pense enfin aux professionnels de la santé qui veillent au soin de l'enfant concerné ainsi qu'au directeur de l'état civil. Comme dépositaire de l'acte de naissance, ce dernier est manifestement intéressé par la procédure. Son accès aux pièces pertinentes semble toutefois être plus restreint. On peut prétendre, en effet, qu'en contexte de rectification d'un acte de naissance par le tribunal, il ne devrait pas recevoir davantage d'informations que celles qui lui sont transmises en contexte de détermination de la mention du sexe. On se souviendra, à cet égard, qu'aucun élément faisant partie du dossier médical ne lui est transmis. Il semble alors approprié de lui interdire l'accès à tout ce qu'il n'avait pas reçu — ou dû recevoir — au moment de confectionner l'acte de l'état civil au cœur de la demande.

La preuve de l'opportunité de procéder à la rectification de l'acte de naissance pourra être faite par plusieurs moyens, comme on peut le constater à la lecture de l'article 309 du *Code de procédure civile*. Avant d'entendre la preuve, le tribunal doit cependant s'assurer « que la demande qui lui est présentée a été signifiée à la personne concernée et notifiée » avec la documentation pertinente.

309. Le tribunal s'assure que la demande qui lui est présentée a été signifiée à la personne concernée et notifiée aux intéressés et que les avis, rapports et expertises nécessaires sont au dossier.

À cet égard, il peut ordonner la notification de la demande à toute personne qu'il estime intéressée, convoquer une assemblée de parents, d'alliés ou d'amis ou solliciter l'avis d'un conseil de tutelle ; il peut également exiger les avis, rapports et expertises complémentaires qu'il estime nécessaires et, le cas échéant, ordonner l'évaluation d'un bien par un expert indépendant qu'il désigne, s'il a des raisons de croire que l'évaluation du bien qui accompagne la demande ne correspond pas à sa valeur. Il peut aussi autoriser une personne intéressée à présenter une preuve

son acte de naissance. Ce raisonnement tiendrait-il la route dans le contexte qui nous occupe présentement ? Pour des raisons éditoriales, je laisserai la question en suspens.

au soutien du point de vue qu'elle entend faire valoir. Enfin, il peut prendre toute autre mesure de gestion appropriée.

La preuve du demandeur, de la personne concernée ou du tiers intéressé peut être faite au moyen d'une déclaration sous serment, par témoignage, par la présentation de documents ou d'un élément matériel. Elle peut porter sur tout fait pertinent, même survenu depuis l'introduction de la demande.

Si d'autres personnes que celles identifiées dans la demande de rectification ayant été formulée sont présentes, à certaines conditions, le tribunal pourrait les entendre, sans toutefois les considérer comme témoin pour autant.

310. Le tribunal peut inviter les personnes présentes et intéressées à lui faire, sans formalités, des observations susceptibles de l'éclairer dans sa décision.

Si ces observations peuvent constituer une contestation réelle du bien-fondé de la demande, le tribunal, après s'être assuré de l'intention de la personne qui les fait de contester la demande, ordonne le renvoi de l'affaire pour qu'elle soit traitée suivant la procédure contentieuse, aux conditions qu'il détermine.

311. Les personnes invitées à présenter des observations ou à participer à des délibérations ne sont pas considérées comme des témoins.

Cependant, le tribunal peut, s'il l'estime approprié, ordonner au demandeur ou à la personne concernée par la demande de leur verser une indemnité équivalente à celle accordée aux témoins pour compenser leurs frais de transport, de repas et d'hébergement. Aucune indemnité n'est versée aux personnes convoquées à une assemblée de parents, d'alliés ou d'amis.

Cela dit, dans le contexte qui nous occupe, cela serait plutôt inusité, considérant que la condition d'intersexualité touchant une personne ne fait généralement pas l'objet d'une publicité. Au contraire, comme on l'a vu dans le deuxième chapitre de cette thèse, lorsque de telles naissances surviennent, l'intérêt est plutôt de masquer cette condition de façon à préserver la distinction binaire entre les sexes.

2.1.3. Les effets de la rectification

Après avoir entendu les parties et évalué la preuve qui lui a été soumise, le tribunal peut rendre sa décision. De là, deux possibilités. La première se manifeste lorsqu'il fait droit à la demande. Si tel est le cas, au moment où le jugement est rendu, la personne concernée cesse d'être identifiée sous la mention de sexe pour laquelle une rectification de l'acte de naissance était demandée. La deuxième, quant à elle, se manifeste plutôt quand il rejette la demande de rectification de l'acte de naissance. Dans ce cas, la personne continue d'être identifiée sous la mention de sexe pour laquelle une rectification de l'acte de naissance était demandée. Dans un cas comme dans l'autre, la décision que rend la Cour supérieure a l'effet de chose jugée au moment même où elle est rendue (article 322 al 2 NCPC). Elle peut faire l'objet d'un appel (article 30 NCPC), mais je ne m'y attarderai pas. Je soulignerai plutôt que la décision est notamment notifiée au directeur de l'état civil (article 129 al 1 CcQ), qui fera les inscriptions nécessaires au registre (article 129 al 3 CcQ). À cet effet, il inscrira « l'objet et la date du jugement, le tribunal qui l'a rendu et le numéro du dossier » (article 136 al 1 CcQ). Autrement, avec les adaptations qui s'imposent, il y a tout lieu de croire que ce qui a été décrit dans la section 1.4. Les effets du changement de la mention du sexe s'applique avec les adaptations nécessaires, mais rien dans la législation, la jurisprudence et la doctrine n'a pu être repéré à ce sujet.

2.2. La rectification de l'acte de naissance par le directeur de l'état civil

La deuxième procédure pouvant mener à la modification de la mention du sexe figurant à l'acte de naissance autre que celle de changement de la mention du sexe est celle de rectification d'un acte de naissance par le directeur de l'état civil. Elle est décrite à l'article 142 du *Code civil du Québec*.

142. Le directeur de l'état civil corrige dans tous les actes les erreurs purement matérielles.

Les situations permettant d'y recourir sont fort restreintes. En pratique, il est difficile d'imaginer les cas où elles seront susceptibles de se présenter. En théorie, toutefois, elle peut mener à la modification de la mention du sexe figurant à l'acte de naissance. Il y a donc lieu d'en traiter ne serait-ce que brièvement. Je présente, ci-dessous, les conditions de fond et les conditions de forme rattachées à cette procédure.

2.2.1. Les conditions de fond

La procédure de rectification d'un acte de naissance par le directeur de l'état civil comporte trois conditions de fond : la détention de l'acte de naissance par le Directeur de l'état civil, la présence d'une erreur purement matérielle sur l'acte de naissance et l'absence d'action d'état déguisée.

2.2.1.1. La détention de l'acte de naissance par le directeur de l'état civil

Premièrement, pour que la rectification en question puisse avoir lieu, le directeur de l'état civil devra détenir de l'acte de naissance concerné. À ce sujet, les commentaires ayant été élaborés dans la section 2.1.1.1. La détention de l'acte de naissance par le directeur de l'état civil s'appliquent *mutatis mutandis*. Le lectorat est prié de se rapporter à cette section pour en apprendre davantage.

2.2.1.2. La présence d'une « erreur » purement matérielle sur l'acte de naissance

Deuxièmement, pour que la rectification en question puisse avoir lieu, il faudra que l'acte de naissance soit entaché d'une « erreur » purement matérielle (articles 141 al 1 et 142 CcQ). Dans les *Commentaires du ministre de la Justice*, on lit que l'article 142 du *Code civil du Québec* « permet au directeur de corriger les erreurs d'écriture. Ces corrections sont mineures et ne

doivent pas nécessiter l'intervention du tribunal. »¹⁰⁷⁴ En ce sens, le directeur de l'état civil a le pouvoir de rectifier l'acte de naissance d'une personne en y corrigeant la mention du sexe qui y figure, mais seulement si une mention de sexe a, par inadvertance, été attribuée. Le spectre des possibilités où cette procédure se montrera utile est donc fort limité. On peut penser, par exemple, à une situation où l'acte indiquerait la mention de sexe mâle/masculin « M » alors que l'on aurait dû lire la mention de sexe femelle/féminin « F ». L'intersexualité, ici ne serait pas en cause. Seulement, par inadvertance, une erreur a été commise. Les chances que cette situation se matérialise sont extrêmement minces. N'y allons pas par quatre chemins : le recours à cette dernière sera inusité... et fort probablement inapproprié¹⁰⁷⁵.

2.2.1.3. L'absence d'action d'état déguisée

Troisièmement, pour que la rectification en question puisse avoir lieu, le recours entrepris ne devra pas s'apparenter à une action d'état déguisée. À ce sujet, les commentaires ayant été élaborés dans la section 2.1.1.3. L'absence d'action d'état déguisée s'appliquent *mutatis mutandis*. Le lectorat est prié de se rapporter à cette section pour en apprendre davantage.

2.2.2. Les conditions de forme

Les situations dans lesquelles le directeur de l'état civil pourrait agir en utilisant le mécanisme de l'article 142 du *Code civil du Québec* sont plutôt limitées. Il n'est pas inutile, pour autant, de

¹⁰⁷⁴ Québec, Ministère de la Justice, *supra* note 177 à la p 103. On notera, au passage, que la version de l'article telle que proposée par l'Office de révision du Code civil était, à cet effet, davantage explicite : « Le Directeur corrige dans un acte les erreurs d'écriture. Dans les autres cas, la rectification s'obtient par voie de requête en la manière prévue au Code de procédure civile. » Il s'agissait alors de l'article 108 de la version projetée du Code civil du Québec. Voir Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec. Projet de Code civil*, 1, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1977 à la p 23.

¹⁰⁷⁵ Goubau, *supra* note 33 au para 288.

se pencher sur les conditions de forme associées à cette procédure. L'exercice n'est pas simple. On ne trouve, dans la législation, aucune procédure particulière applicable à la correction demandée en vertu de l'article 142 du *Code civil du Québec*. Le directeur de l'état civil, toutefois, a rédigé une directive à ce sujet¹⁰⁷⁶. Elle permet de mieux comprendre le cheminement d'une telle demande.

Dans celle-ci, le directeur de l'état civil indique la possibilité de corriger lui-même les erreurs purement matérielles qu'il constate (article 6). Si son attention n'est pas captée par cette dernière, la personne en faisant le constat, que ce soit sur son acte de l'état civil ou sur celui de la personne qu'elle représente légalement, peut demander à ce qu'elle soit corrigée (articles 5 et 6). Elle devra toutefois « fournir les motifs et les documents à l'appui de sa demande » (article 7). « Lorsque le Directeur dispose de toute l'information et de la documentation nécessaires et que l'erreur est purement matérielle, il procède à la correction et en informe le demandeur », précise l'article 11 de la directive. Toutefois, s'il refuse de faire la correction demandée — lorsque l'erreur n'est pas purement matérielle par exemple —, il informe la personne à l'origine de la demande de cette décision, en plus de souligner le(s) recours(s) possible(s) (article 13).

Dans sa directive, le directeur de l'état civil donne cinq exemples de sujets sur lesquels l'erreur purement matérielle peut porter : le nom de famille, le prénom, la date, le lieu et l'état matrimonial (article 5). Il illustre également en quoi peut consister une telle demande aux articles 8 et 9 de la même directive. On note ici l'absence de la mention du sexe. Celle-ci ne fait pas partie des sujets sur lesquels l'erreur purement matérielle peut porter selon le directeur de l'état civil. Au surplus, « la demande de modification de la mention du sexe » et « la rectification de l'acte de l'état civil par le tribunal » figurent à la liste des recours possibles lorsque l'erreur est considérée comme n'étant pas purement matérielle (article 13). Est-ce dire que le directeur de l'état civil rejettera, chaque fois que la mention de sexe est visée, la demande de correction ?

¹⁰⁷⁶ Directeur de l'état civil, *Directive de l'état civil - Correction d'une erreur purement matérielle*, DEC - CCQ - 142-2, 4 avril 2011, en ligne : <[http://www.etatcivil.gouv.qc.ca/publications/1133_9702_ADM_142-2_erreur_\(2011-04-04\)_finale_pub.pdf](http://www.etatcivil.gouv.qc.ca/publications/1133_9702_ADM_142-2_erreur_(2011-04-04)_finale_pub.pdf)> (consulté le 3 avril 2014).

Je ne le pense pas. Seulement, comme nous l'avons vu dans la section 2.2.1.2. La présence d'une « erreur » purement matérielle sur l'acte de naissance, les possibilités qu'une mention de sexe réponde à ce critère sont très minces. Bien plus que de la règle, elles relèvent de l'exception. On peut donc comprendre pourquoi le directeur de l'état civil a choisi de rédiger de cette façon la directive en question.

2.2.3. Les effets de la rectification

Lorsque le directeur de l'état civil décide de rectifier l'acte de naissance de la personne concernée pour y modifier la mention de sexe qui y est affichée, la personne visée par cette rectification cesse d'être juridiquement perçue comme du sexe auquel elle avait été identifiée. Désormais, elle est vue comme étant du sexe qui vient d'être inscrit sur son acte de naissance. Encore une fois, avec les adaptations qui s'imposent, il y a tout lieu de croire que ce qui a été décrit dans la section 1.4. Les effets du changement de la mention du sexe trouve application, mais rien dans la législation, la jurisprudence et la doctrine n'a pu être trouvé à ce sujet.

2.3. La correction d'un acte de naissance par le directeur de l'état civil lorsqu'une naissance est incorrectement constatée ou déclarée

De ce qui précède, l'on pourrait croire qu'en contexte d'intersexualité, seul le tribunal n'est autorisé à agir, à moins que la situation hautement improbable ayant été décrite dans la section précédente ne se produise. Est-ce dire, pour autant, que la modification de la mention du sexe figurant à l'acte de naissance ne pourra avoir lieu qu'en ayant recours à la procédure de rectification d'un acte de naissance par le tribunal ou à la procédure de changement de la mention du sexe ?

Comme le professeur Goubau, je suis d'avis qu'une « solution plus simple » existe, laquelle peut être trouvée dans le *Code civil du Québec*. Celle-ci permettrait au directeur de l'état civil

d'apporter la correction désirée, sans qu'il ne soit nécessaire de saisir le tribunal ou de recourir à la procédure de changement de la mention du sexe. La procédure dont il est ici question est celle permettant au directeur de l'état civil de corriger les informations ayant été incorrectement constatée ou déclarée à propos de la naissance d'une personne. Celle-ci est encadrée par l'article 130 al 1 du *Code civil du Québec*.

130. Lorsqu'une naissance, un mariage, une union civile ou un décès survenu au Québec n'est pas constaté ou déclaré, ou l'est incorrectement ou tardivement, le directeur de l'état civil procède à une enquête sommaire, dresse l'acte de l'état civil sur la foi de l'information qu'il obtient et l'insère dans le registre de l'état civil.

[...]

À l'image de ce que j'ai fait jusqu'à présent, j'étudie, dans un premier temps, les conditions de fond et dans un deuxième temps, les conditions de forme que suppose cette procédure.

2.3.1. Les conditions de fond

Pour que la correction de la mention de sexe figurant à l'acte de naissance puisse être apportée par le directeur de l'état civil, au moins trois conditions doivent être remplies : la détention de l'acte de naissance par le directeur de l'état civil, la présence d'une erreur sur l'acte de naissance et l'absence d'action d'état déguisée. Selon le professeur Goubau, une quatrième doit être ajoutée à la liste : la découverte de l'erreur dans un délai relativement court après la naissance, mais pour les raisons que j'exposerai, je ne crois pas que sa présence soit appropriée.

2.3.1.1. La détention de l'acte de naissance par le directeur de l'état civil

Premièrement, pour que la rectification en question puisse avoir lieu, le directeur de l'état civil doit détenir l'acte de naissance concerné. À ce sujet, les commentaires ayant été faits dans la

section 2.1.1.1. La détention de l'acte de naissance par le directeur de l'état civil s'appliquent *mutatis mutandis*. Le lectorat est prié de se rapporter à cette section pour en apprendre davantage.

2.3.1.2. La présence d'une information erronée sur l'acte de naissance

Deuxièmement, selon la lettre de l'article 130 al 1 du *Code civil du Québec*, la naissance devra ne pas avoir été constatée ou déclarée, ou encore, l'avoir été incorrectement ou tardivement. Dans le contexte qui nous occupe, un acte de naissance, sur lequel figure une mention de sexe, aura été dressé. Au moment d'introduire la procédure, la naissance aura donc été constatée et déclarée, seulement, la mention de sexe qui y figure ne sera pas celle qui permet d'identifier adéquatement l'enfant. Ce faisant, la naissance aura été incorrectement déclarée. Par exemple, la mention de sexe mâle/masculin « M » aura été assignée à l'enfant, alors que la mention de sexe femelle/féminin (« F ») aurait été appropriée. Cela s'apparente à l'« erreur », qu'elle soit purement matérielle ou non. Les commentaires ayant été formulés dans la section 2.1.1.2. La présence d'une « erreur » sur l'acte de naissance s'appliquent *mutatis mutandis*. Le lectorat est prié de s'y référer.

2.3.1.3. L'absence d'action d'état déguisée

Troisièmement, pour que la correction en question puisse avoir lieu, le recours entrepris ne devra pas s'apparenter à une action d'état déguisée. À ce sujet, les commentaires ayant été élaborés dans la section 2.1.1.3. L'absence d'action d'état déguisée s'appliquent *mutatis mutandis*. Le lectorat est prié d'y revenir.

2.3.1.4. La découverte de cette « erreur » dans un délai relativement court après la naissance... selon le professeur Goubau

Quatrièmement, selon le professeur Goubau, la possibilité de recourir à la procédure de correction d'un acte de naissance par le directeur de l'état civil, laquelle est prévue à l'article 130 al 1 du *Code civil du Québec*, dépendrait, en contexte d'intersexualité, « du moment où le sexe véritable sera[it] 'révélé' ». »

La solution, en définitive, se ramène à une question de circonstances et elle dépend du moment où le sexe véritable sera "révélé". Si l'erreur est découverte dans un temps relativement court après la naissance, la procédure prévue à l'article 130 C.c.Q. devrait s'appliquer. Par contre, si la détermination du sexe auquel appartient réellement l'individu n'a lieu que beaucoup plus tard, la rectification devrait relever de la compétence du tribunal [...]¹⁰⁷⁷

Le professeur Goubau est donc d'avis que la procédure énoncée à l'article 130 al 1 du *Code civil du Québec* n'est possible que si la découverte de l'« erreur » ayant été commise a lieu « dans un temps relativement court après la naissance ». Autrement, il faudrait recourir à la procédure prévue à l'article 141 al 1 du *Code civil du Québec* et ainsi se présenter devant un tribunal, en l'occurrence la Cour supérieure du Québec, pour obtenir la modification souhaitée. Cette condition temporelle serait justifiée par l'esprit se dégageant de l'article 130 du *Code civil du Québec*, lequel faut-il le rappeler ne permet pas les changements d'états, mais seulement les corrections et les ajouts lorsqu'une « erreur » affecte un acte de naissance.

Il s'agit là, à mon avis, d'une condition qui n'a pas sa raison d'être, au moins en contexte d'intersexualité. Une erreur, en effet, a été commise dans l'interprétation des caractéristiques sexuelles de l'enfant qui mènent, selon le régime juridique applicable, à l'assignation d'une mention de sexe, qu'elle soit mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Une mention de sexe a été assignée, alors que c'est plutôt l'autre qui aurait dû l'être. Or, si l'analyse de ces caractéristiques sexuelles de l'enfant n'avait été entachée d'aucune erreur, la mention de sexe

¹⁰⁷⁷ Goubau, *supra* note 33 au para 288.

appropriée aurait été assignée. L'écoulement du temps, qu'il s'agisse d'un jour, un mois, un an, une décennie, etc., ne change rien à cette situation. Celui-ci n'a pas pour effet d'altérer l'« erreur » ayant été commise au moment d'assigner une mention de sexe à l'enfant.

Qui plus est, une revue de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine ne permet de relever aucune condition de la sorte. En outre, les explications fournies par le professeur Goubau à son sujet sont pour le moins lacunaires¹⁰⁷⁸. Les débats parlementaires ayant précédé l'adoption de l'article 130 du *Code civil du Québec*, tel que compris dans le projet de loi qui allait devenir le « nouveau » *Code civil du Québec*, ne permettent pas, non plus, d'en apprendre davantage sur une quelconque limite temporelle qui affecterait pourtant, selon le professeur Goubau, la procédure prévue à l'article 130 du *Code civil du Québec*¹⁰⁷⁹. Le fondement de cette condition ne peut donc être trouvé là non plus, pas plus que dans les principes de l'état civil¹⁰⁸⁰. Même, l'absence de possibilité de recourir, dans le cas qui nous occupe, à la correction de l'acte de naissance pour cause d'écoulement du temps est selon ces principes tout à fait illogique. L'on peut penser, en particulier, à celui de l'imprescriptibilité de l'état civil, selon lequel l'écoulement du temps ne peut faire acquérir ou perdre, à lui seul, un état civil. L'on peut aussi penser, encore, à celui de vérité, selon lequel l'état civil doit refléter la vérité, donc ici le « vrai » sexe (juridique) de la personne visée. Bref, à la lumière de ce qui précède, je suggère d'écarter, tout simplement, la condition ayant été proposée par le professeur Goubau.

2.3.2. *Les conditions de forme*

Bien peu d'informations existent à propos de l'article 130 du *Code civil du Québec* et l'encadrement des demandes qui y sont liées. La législation, la jurisprudence et la doctrine sont muettes à son sujet. En vertu de l'article 9 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes*

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*

¹⁰⁷⁹ Voir Assemblée nationale, *supra* note 811 à la p SCI-109.

¹⁰⁸⁰ On se souviendra que ces principes ont fait l'objet d'une discussion dans la section 1.1.5. La volonté d'obtenir le changement de la mention du sexe.

*publics et sur la protection des renseignements personnels*¹⁰⁸¹, dans une lettre datée du 16 février 2016, je demandais au directeur de l'état civil à « obtenir copie de tout document, peu importe le support, qui traite de l'article 130 du *Code civil du Québec*. » Une réponse datée du 14 mars 2016 m'informait qu'aucun document n'existait à ce sujet.

2.3.3. *Les effets de la correction*

Lorsque le directeur de l'état civil décide de corriger l'acte de naissance de la personne concernée pour y modifier la mention de sexe qui y est affichée, la personne visée par cette rectification cesse d'être juridiquement perçue comme du sexe auquel elle avait été identifiée. Désormais, elle est vue comme étant du sexe qui vient d'être inscrit sur son acte de naissance. Avec les adaptations qui s'imposent, il y a tout lieu de croire que ce qui a été décrit dans la section 1.4. Les effets du changement de la mention du sexe trouve application, mais rien dans la législation, la jurisprudence et la doctrine ne le confirme formellement.

Conclusion

Il n'a pas suffi, du 1^{er} avril 1978 au 30 septembre 2015, de subir avec succès certaines modifications corporelles pour obtenir le changement de la mention du sexe. Il n'est pas seulement requis, depuis le 1^{er} octobre 2015, de prouver que son identité de genre ne correspond pas à la mention du sexe qui figure à son acte de naissance pour que cette dernière soit changée en conséquence. Encore faut-il qu'une série de conditions soient remplies, sans quoi une personne trans* ne peut être juridiquement considérée comme étant du sexe dont elle se revendique — pour autant que celui-ci soit mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») il va sans dire.

¹⁰⁸¹ *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, supra note 156, art 9.

Dans ce chapitre, une place a d'abord été faite à ces conditions. J'y ai expliqué que le changement de la mention du sexe, selon les époques, n'a pu être prononcé que si les exigences relatives à la citoyenneté canadienne, à l'âge, à la résidence ou au domicile, à l'absence de liens du mariage ainsi qu'à la volonté de la personne concernée d'obtenir ledit changement étaient satisfaites. À celles-ci s'ajoutent d'autres visant cette fois la détention de l'acte de naissance par l'autorité compétente, l'utilisation du formulaire approprié, la soumission de pièces justificatives ainsi que le paiement des droits exigibles. Il est important de souligner que ces conditions sont cumulatives et de même importance que celles qui visaient les modifications corporelles ou l'identité de genre. Autrement dit, en dépit des modifications corporelles que la personne aurait pu subir avec succès ou de son identité de genre qui ne correspondrait pas au sexe figurant sur son acte de naissance, si l'une des conditions ayant été explicitées ci-dessus n'était pas remplie, le changement de la mention du sexe n'allait pas être autorisé par l'autorité compétente.

Pour s'assurer du respect de ces conditions, chaque demande de changement de la mention du sexe fait l'objet d'une étude par l'autorité compétente. Quelle que soit l'époque concernée, dans l'éventualité où elle juge que la demande est conforme à chacune des conditions, elle autorise le changement de la mention du sexe. Sous réserve d'une éventuelle demande de révision qui mènerait à une conclusion contraire, la personne devient désormais considérée du sexe pour lequel le changement a été accordé. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si l'autorité compétente rejette la demande à cet effet, la personne continue d'être vue comme étant du sexe qui figurait sur son acte de naissance au moment de présenter la demande de changement de la mention du sexe, sous réserve, encore une fois, d'une décision contraire qui pourrait émaner d'une éventuelle demande de révision. Le sexe d'une personne, en ce sens, est sujet à décision.

Voilà ce qui vaut pour la procédure de changement de la mention du sexe. Cette dernière, toutefois, n'est pas la seule qui peut mener à juridiquement considérer autrement le sexe d'une personne. Dans certains cas où une « erreur » est commise lors la confection de l'acte de

naissance d'une personne, une correction pourra avoir lieu. Selon la situation, trois procédures seront susceptibles de se montrer utiles, soit les procédures de rectification de l'acte de naissance par le tribunal ou par le directeur de l'état civil ainsi que la procédure de correction d'un acte de naissance par le directeur de l'état civil lorsqu'une naissance est incorrectement constatée ou déclarée.

Encore une fois, plusieurs conditions, de fond comme de forme, encadrent chacune de ces procédures. La première d'abord ne mènera à la rectification de la mention du sexe figurant à l'acte de naissance de la personne que si le directeur de l'état civil détient l'acte en question, qu'il se trouve, sur cet acte, une « erreur » et que la demande ne constitue pas une action d'état déguisée. Quant aux conditions de forme, certaines normes relatives à l'administration devant le tribunal des procédures non contentieuses devront être suivies. Ensuite, la deuxième, qui vise la possibilité pour le directeur de l'état civil de rectifier de lui-même un acte de naissance, ne pourra être accordée que s'il détient cet acte de naissance, que s'il y trouve une erreur purement matérielle et encore une fois si la demande ne se présente pas comme une action d'état déguisée. Cette demande, par ailleurs, devra suivre le processus ayant été explicité dans une directive pertinente du directeur de l'état civil. La troisième, enfin, concerne la possibilité pour le directeur de l'état civil de procéder lui-même à la correction de la mention de sexe figurant à l'acte de naissance dans l'éventualité où il détient cet acte, qu'il y relève la présence d'une erreur et qu'il ne s'agit pas d'une action d'état déguisée. J'ai expliqué, aussi, que le professeur Goubau ajoutait à ces conditions la nécessité que l'erreur soit découverte dans un délai relativement court après la naissance, mais à mon avis, cette condition n'a pas lieu d'être. Quant aux conditions de forme associées à cette procédure, aucune ne semblait être explicite : du moins c'est ce que l'on peut tirer de la réponse du directeur de l'état civil à la demande que je lui ai faite en ce sens. Encore une fois, le sexe d'une personne fait l'objet d'une décision, fondée sur des critères qui vont bien au-delà de son corps ou de son identité de genre. Cela dit, chaque fois qu'il est fait droit à l'une ou l'autre des demandes ayant été explicitées ci-dessus, il y a tout lieu de croire que les mêmes effets que produit la décision d'accorder le changement de la mention du sexe se produisent également.

Bref, considérant ce qui précède, le sexe ne peut manifestement pas être considéré comme émanant simplement du corps ou de l'identité de genre de la personne concernée. À son égard, une série de conditions s'appliquent, qui n'ont absolument rien à voir avec ces deux éléments. Ces conditions, qui émanent du pouvoir juridique, participent en ce sens à la production juridique du sujet sexué.

Conclusion de la deuxième partie

Dans une bande dessinée diffusée sur le web, Sophie Labelle présentait une case sur laquelle on pouvait lire l'affirmation suivante : « [j]e suis née dans le bon corps. C'est la manière dont les gens le voient qui est mauvaise. »¹⁰⁸² Cette déclaration, l'activiste bien connue des communautés trans* la montrait sur une image présentant le personnage de Stéphanie tout sourire, jouant avec une chaussette ayant été confectionnée en marionnette.

Il est difficile de ne pas penser à cette image lorsque l'on accorde notre attention à ces mots de Marie-Marcelle Godbout, pionnière dans l'organisation des communautés trans* au Québec, qui étaient récemment rapportés par Marco Bélair-Cirino dans les pages du journal *Le Devoir*.

Une amie septuagénaire de Marie-Marcelle Godbout faisait partie du lot. Elle vivait depuis plus de 50 ans sous les traits d'une femme sans pour autant avoir subi d'interventions chirurgicales. « *Elle a dû vivre toute sa vie avec des papiers contraires à [son] identité* », se désole Mme Godbout, qualifiant sa camarade de « *sans papiers* ». « *Il y a des places où tu ne peux pas avoir de faux papiers, comme des hôpitaux, où on va crier les noms [des patients]. "Joseph Beaulieu !" La personne est obligée de se lever devant tous les autres patients. Joseph Beaulieu a l'air d'une catin. C'est un peu dur moralement* », souligne-t-elle dans une entrevue téléphonique avec *Le Devoir*.

Des trans étaient « *condamnés à vivre dans une mascotte toute [leur] vie* ». Certains ont été traités comme « *moins que des zéros* » ou encore ont été « *persécutés* ». Les trans qui optaient pour une chirurgie de réattribution sexuelle « *voulaient tellement devenir quelque chose qui pouvait vivre parmi tout le monde* ». Elle fut l'un d'eux. « *On s'en allait vers la liberté totale. On sortait de l'hôpital pleins de rêves. [Mais, certains] arrivaient devant une réalité tellement cruelle : rejet de leur famille, rejet de leurs amis, pas de travail* », relate Mme Godbout.

¹⁰⁸² Labelle, *supra* note 454.

« *Maintenant, c'est beaucoup plus facile de vivre. La société a évolué, se réjouit l'ex-magicienne, qui est mariée depuis 43 ans, a un fils de 40 ans et deux petits-enfants de 12 et 13 ans. J'ai eu la chance de ne pas faire briser mes rêves.* »¹⁰⁸³

Depuis le 19 décembre 1977, la législation québécoise consacre en son sein une procédure de changement de la mention du sexe, mais il a été possible d'y avoir recours le 1^{er} avril 1978 seulement¹⁰⁸⁴. Avant cette date, il était théoriquement possible d'obtenir un tel changement¹⁰⁸⁵, mais pratiquement, selon les données que j'ai pu recueillir, jamais cela n'a été autorisé à l'égard d'une personne au Québec. Après cette date, les choses ont évolué. Une procédure spécifique à cet égard a pu être mobilisée, mais il a fallu — et il faut toujours — qu'une multitude de conditions soient remplies pour que le changement approprié soit apporté, sans quoi un refus a été opposé à une telle demande. Aujourd'hui, malgré l'évolution fulgurante à laquelle on a pu assister dans les dernières années, c'est encore le cas.

En ce sens, ce qu'affirmait le professeur Goubau dans son ouvrage *Le droit des personnes physiques*, c'est-à-dire que « [l]orsqu'il y a discordance entre les éléments objectifs et subjectifs [...] le droit s'alignera sur le psychisme, c'est-à-dire sur la conscience que le sujet a de son sexe »¹⁰⁸⁶ se doit au mieux d'être fortement nuancé. Depuis l'entrée en vigueur de la première procédure de changement de la mention du sexe, la « conscience que le sujet a de son sexe »¹⁰⁸⁷ ne suffit pas pour qu'un tel changement lui soit accordé. Plusieurs autres conditions, qui ont été explicitées dans le troisième et le quatrième chapitre de cette thèse doivent être remplies, faute quoi la « conscience que le sujet a de son sexe » continuera de ne pas être juridiquement reflétée.

¹⁰⁸³ Bélair-Cirino, *supra* note 1049.

¹⁰⁸⁴ *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 29, art 12.

¹⁰⁸⁵ Kouri, *supra* note 22 à la p 182; Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4977; Groffier, *supra* note 23 à la p 132.

¹⁰⁸⁶ Goubau, *supra* note 33 au para 285.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*

De ce fait, avec les adaptations qui s'imposent, les observations ayant été faites dans la première partie de cette thèse peuvent également l'être à l'égard de ce que nous venons tout juste de voir. En dépit de la définition que recevrait le sexe en droit québécois, lui qui répondrait « à une combinaison de composantes dont certaines sont objectives [...], d'autres subjectives, sans compter la dimension sociale [...] »¹⁰⁸⁸, les données recueillies ont permis de constater que c'était l'interprétation de ces composantes, ainsi qu'une multitude d'autres facteurs comme le statut de citoyen canadien ou la faculté de payer les frais associés à la demande, qui menaient à la conclusion selon laquelle la personne visée est de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »).

Il en résulte certaines situations où des personnes ayant un corps ou une identité de genre similaires peuvent être juridiquement considérées comme étant de sexe différent, en raison de la capacité de la première à remplir les conditions associées aux procédures pertinentes et à l'incapacité de la seconde de remplir ces mêmes conditions. Une certaine variation des identités et des corps considérés comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F ») peut ainsi être notée, en dépit du résultat contraire auquel mènerait l'application des normes sociales et même médicales sur la masculinité et la féminité.

En contexte de modification de la mention du sexe, le pouvoir juridique n'agit pas différemment qu'en contexte de détermination de cette mention. En dépit de ce que la doctrine a pu affirmer ces dernières années, le fondement sur lequel repose la catégorisation effectuée en contexte de modification de la mention du sexe se trouve au-delà du corps ou de l'identité de genre de la personne visée. Ce fondement, il émane du pouvoir juridique, qui ne se contente donc pas de mettre de l'avant une série de normes permettant de constater le sexe. Plutôt, il crée les conditions de son intelligibilité et, par le fait même, il se trouve à façonner ces sujets pouvant être considérés comme un sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »)¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁸ *Ibid* (note omise).

¹⁰⁸⁹ Butler, *supra* note 71 à la p 61.

Conclusion

Stella Carlin: *Well then don't be stupid ... women.*

Piper Chapman: *You don't consider yourself a member of that category?*

Stella Carlin: *I do ... but only because my options are limited.*¹⁰⁹⁰

Big Boo (Carrie): *Gosh... I'm so fucking tired. [sighs heavily] I have been her daughter for 42 years. Now don't you think she could have taken some of that time to work on accepting me for who I am, rather than mourning every ... fucking ... thing ... that I am not?*

Papa de Big Boo (Carrie): *I understand that whatever this is, is important to you, but it's a costume, that's all. The rest of us, we get up, put a suit and a tie, we go to work. You think that's how I wanted to dress five days a week? No, of course not. But no one gets the privilege of being themselves all the time, Carrie. No one. Now if you want to go in there and upset her, I'm not gonna stop you. But you need to decide whether your costume is worth what it's costing you.*

Big Boo (Carrie): *I ... have to fight for this ... all my life, Dad. All my life. Strangers, girlfriends, fuck, even my own parents ... all asking me to be something ... that I am not. Do you have any idea what that feels like? Like your whole fucking existence is being denied, like ... "Whoa, you'd be better off if you were invisible"? Yeah. I refuse to be invisible, Daddy. Not for you, not for Mom, not for anybody.*¹⁰⁹¹

Longtemps ignorée, la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois suscite de plus en plus l'attention. Elle s'est trouvée, ces quarante dernières années, au cœur de réformes d'envergure, dont le rythme de leur survenance s'est depuis intensifié. Chaque fois que cette

¹⁰⁹⁰ Jenji Kohan, *Orange Is The New Black*, S3E5, *Ching, Chong, Chang*, Netflix, 2015 (vers 24:00).

¹⁰⁹¹ Jenji Kohan, *Orange Is The New Black*, S3E4, *Finger in the Dyke*, Netflix, 2015 (vers 44:30).

catégorisation fut mise sous les projecteurs, il s'est dégagé une forte impression de navigation à l'aveugle ou, à tout le moins, de réformes à la pièce, qui omettaient toutes de poser la question principale, celle qui, en tout cas, était d'une importance capitale : savoir quel est ce sexe que l'on cherchait tant à catégoriser. Et l'absence de réponse claire à cette dernière a exacerbé, d'une manière certaine, la perception de porter atteinte à une supposée « vérité naturelle »¹⁰⁹² qui serait traduite sur des documents d'identité tels que l'acte de naissance.

Dans les années 1970, en raison d'un « souci humanitaire »¹⁰⁹³, des mesures ont été mises en place dans la législation québécoise afin de permettre aux personnes ayant une « nouvelle identité physique »¹⁰⁹⁴ de changer la mention du sexe qui figurait à leur acte de naissance. Ce faisant, ces personnes obtiendraient un acte de naissance conforme, ce qui leur donnerait la possibilité de « mener dans la société une vie aussi normale que possible. »¹⁰⁹⁵ Un député ajoutait même à cet égard que « [p]eut-être que la chose la plus grave qui peut se passer au sein d'une société, c'est que quelqu'un, à un moment donné, se retrouve à ne plus avoir d'identité »¹⁰⁹⁶. Et un autre de rappeler le caractère « fondamental » que revêtait la reconnaissance de toute personne observant les pièces d'identité ayant été émises à son égard¹⁰⁹⁷.

La procédure de changement de la mention du sexe, qui allait entrer en vigueur le 1^{er} avril 1978¹⁰⁹⁸, aurait ainsi permis, de l'avis des députés, de favoriser la reconnaissance de toute personne faisant partie de la société québécoise. Des conditions, de fond comme de forme, allaient cependant devoir être remplies pour que les bénéfices de la nouvelle procédure puissent se manifester. Pour les députés, toutefois, il semblait clair que ces dernières n'allaient causer

¹⁰⁹² Jean-Louis Baudouin, « La vérité et le droit des personnes: aspects nouveaux » (1987) 18 RGD 801 à la p 806.

¹⁰⁹³ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

¹⁰⁹⁴ *Ibid* (Marc-André Bédard).

¹⁰⁹⁵ *Ibid* (Marc-André Bédard).

¹⁰⁹⁶ *Ibid* à la p 4977 (Robert Burns).

¹⁰⁹⁷ *Ibid* à la p 4978 (Fernand Lalonde).

¹⁰⁹⁸ *Ibid* à la p 4976 (Marc-André Bédard).

aucun problème. On sent, à la lecture des débats parlementaires, une idée selon laquelle la procédure de changement de la mention du sexe allait permettre de rétablir l'équilibre, en ce sens que toute personne, désormais, bénéficierait de pièces d'identité conformes. L'histoire, pourtant, montre que ce n'est pas le cas. « L'obtention d'une identité légale pour les individus transsexuels au Québec est devenue plus difficile avec le temps », note même Viviane Namaste¹⁰⁹⁹. D'autres réformes, en ce sens, allaient être requises pour donner suite au « souci humanitaire »¹¹⁰⁰ exprimé par le ministre Bédard et partagé par l'ensemble des députés à l'époque.

Le *Code civil du Québec*, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, n'a pas eu l'effet d'une cure. Au contraire, le spectre des personnes pouvant obtenir le changement de la mention du sexe a même été restreint. Les notions de résidence et de domicile n'étant pas des synonymes, le remplacement, au nombre des conditions devant être remplies, de la première par la seconde n'a pas été sans conséquence, ne serait-ce que d'un point de vue théorique. Qui plus est, les droits exigibles, qui s'élevaient à 50 \$ (ou 15 \$ si la demande était rejetée¹¹⁰¹), sont passés à 125 \$, sans aucune modulation possible¹¹⁰². Le montant, qui peut sembler dérisoire, est loin de l'être, considérant la situation économique des personnes visées par les demandes de changement de la mention du sexe¹¹⁰³. Le nouveau *Code civil du Québec* n'a en ce sens certainement pas eu l'effet de faciliter l'accès aux pièces d'identité pour les personnes concernées par cette procédure.

Il faudra attendre, pour que des aménagements en ce sens puissent être observés, le retrait en 2004 de la condition relative à l'absence de liens du mariage. Cette condition, faut-il le rappeler, s'expliquait par la volonté d'éviter la reconnaissance d'une quelconque légitimité aux unions

¹⁰⁹⁹ Namaste, *supra* note 25 à la p 112.

¹¹⁰⁰ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

¹¹⁰¹ *Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 30, art 8(b), 9.

¹¹⁰² *Tarif des droits relatifs aux actes de l'état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe*, *supra* note 32, art 9.

¹¹⁰³ Bauer et al, *supra* note 1024; Scruton, *supra* note 1024.

entre conjoints de même sexe. On pourrait avancer, d'une certaine façon, que l'importance accordée à l'illégitimité des unions homosexuelles était plus grande que celle attachée à la détention de pièces d'identité témoignant d'informations concordantes. Or, grâce aux luttes acharnées qu'elles ont menées, les personnes homosexuelles sont parvenues à voir leurs relations amoureuses reconnues par l'État et il en va de même de leurs familles (ne serait-ce que partiellement¹¹⁰⁴). Cette reconnaissance s'est produite par l'adoption, à l'Assemblée nationale du Québec, de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*¹¹⁰⁵ en 2002, puis de la *Loi sur le mariage civil*¹¹⁰⁶ au Parlement canadien en 2005. Les gains ayant été faits par les personnes homosexuelles ont eu un impact positif sur la situation de certaines personnes qui voulaient obtenir le changement de la mention du sexe — celles qui, en l'occurrence, étaient mariées. Pour elles, il était jusqu'alors non seulement impossible d'obtenir le changement souhaité sans mettre fin à leur mariage, mais dans certains cas, il pouvait aussi être impossible de mettre fin à leur mariage sans triturer les normes juridiques applicables en cette matière. Pour cela, l'adoption de la *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage* en 2004¹¹⁰⁷ a pu être reçue comme un baume, surtout dans un contexte où nul député ne s'est opposé à ce que les modifications législatives soient apportées. C'est ainsi qu'à compter du 10 novembre 2004¹¹⁰⁸, des personnes mariées ont pu obtenir le changement de la mention du sexe, leur permettant par le fait même d'obtenir des pièces d'identité qui témoignaient effectivement de leur identité véritable.

La modification législative, il va sans dire, était importante. Pas assez, toutefois, pour que quiconque puisse bénéficier des mêmes privilèges en cette matière. À cet égard, les personnes qui ne voulaient ou ne pouvaient pas subir les traitements médicaux et les interventions chirurgicales décrits à l'article 71 al 1 du *Code civil du Québec* et dont le succès était exigé en vertu de l'article 72 du même code n'avaient pas la possibilité d'obtenir le changement de la

¹¹⁰⁴ Côté et Sauvé, *supra* note 955.

¹¹⁰⁵ *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, *supra* note 954.

¹¹⁰⁶ *Loi sur le mariage civil*, *supra* note 828.

¹¹⁰⁷ *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, *supra* note 796.

¹¹⁰⁸ *Ibid*, art 1, entré en vigueur le 10 novembre 2004 en vertu de l'article 9 de cette loi.

mention du sexe qui figurait à leur acte de naissance. En effet, pour l'obtenir, la femme trans* devait subir une double orchidectomie (le retrait des testicules) ainsi qu'une vaginoplastie (retrait des corps caverneux et construction d'une néo-vulve, incluant une cavité vaginale). L'homme trans*, de son côté, ne pouvait satisfaire à la condition sans subir une hystérectomie, accompagnée parfois d'une salpingo-ovariectomie (le retrait de l'utérus, des trompes de Fallope et des ovaires), de même que d'une mastectomie (retrait des seins). Le corps des personnes trans* était en ce sens juridiquement « pathologisé, médicalisé, normalisé, stérilisé »¹¹⁰⁹. Aucune exception n'était envisageable : les traitements et chirurgies décrits ci-dessus étaient incontournables. Si les problèmes occasionnés par cette condition n'étaient pas nouveaux¹¹¹⁰, ce n'est qu'au cours des années 2000 que leur dénonciation s'est intensifiée. Le point culminant est venu avec l'étude ayant été faite de la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*¹¹¹¹, qui contiendra, lors de son adoption, des articles ayant pour effet d'abroger la condition qui était dénoncée. Des mois, toutefois, ont été nécessaires pour que cette abrogation entre en vigueur : ce n'est qu'au 1^{er} octobre 2015, en effet, que le changement de la mention du sexe fut possible sans que des traitements médicaux et des interventions chirurgicales soient au préalable subis avec succès¹¹¹².

En adoptant loi précitée¹¹¹³, le ministre de la Justice de l'époque, qui portait le projet de loi, était conscient que les changements apportés étaient loin d'être suffisants¹¹¹⁴. Des personnes, encore, étaient laissées pour compte. Parmi elles, on trouvait celles qui n'avaient pas la citoyenneté canadienne, mais aussi celles qui n'avaient pas atteint l'âge de la majorité. Des représentations avaient été faites en commission parlementaire¹¹¹⁵, mais ces dernières s'étaient montrées

¹¹⁰⁹ Bouchard et Garneau, *supra* note 650.

¹¹¹⁰ Namaste, *supra* note 25 à la p 112.

¹¹¹¹ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, *supra* note 520.

¹¹¹² *Ibid*, art 3-4, entrés en vigueur le 1er octobre 2015 (décret), (2015) 147 GO II, 3235.

¹¹¹³ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, *supra* note 520.

¹¹¹⁴ Assemblée nationale, *supra* note 521.

¹¹¹⁵ Assemblée nationale, *supra* note 523; Assemblée nationale, *supra* note 523; Assemblée nationale, *supra* note 853.

insuffisantes pour se traduire en action législative concrète. N'empêche, à son avis, la célébration de l'avancée était appropriée. Il s'agissait, après tout, « d'un changement majeur dans notre droit »¹¹¹⁶ et certainement d'« une grande avancée »¹¹¹⁷, pour reprendre les mots ayant été employés par le ministre.

Pour autant, les groupes militants n'ont pas jeté l'éponge. Les modifications législatives étaient opportunes, mais nettement insuffisantes. Lorsque l'occasion de discuter, à l'Assemblée nationale, de la situation juridique des personnes trans* s'est de nouveau présentée, les enjeux frappant de façon toute particulière celles qui n'ont pas la citoyenneté canadienne et les autres qui n'ont pas atteint l'âge de la majorité ont été discutés. Un assouplissement de la législation a été demandé¹¹¹⁸, mais comme cette demande a été formulée dans le cadre des *Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres*, la marge de manœuvre était limitée. Les conditions contestées, en effet, se trouvaient dans la loi (article 71 CcQ) alors que les discussions, elles, portaient sur le règlement¹¹¹⁹ qui accompagnait la loi. Malgré cela, le rapport qui a été produit à la suite de ces consultations affirmait l'urgence d'agir en la matière. Des réflexions, à tout le moins, devaient avoir lieu sur la situation de deux groupes de personnes : celles qui sont immigrantes et celles qui sont mineures¹¹²⁰.

Les observations et recommandations ayant été formulées par la Commission des institutions à la suite des consultations particulières et auditions publiques ayant été discutées ci-dessous ont été soumises au mois de mai 2015. Ces dernières, également, suggéraient que des modifications

¹¹¹⁶ Assemblée nationale, *supra* note 521 (Bertrand St-Arnaud).

¹¹¹⁷ Assemblée nationale, *supra* note 760 (Bertrand St-Arnaud).

¹¹¹⁸ Cet assouplissement demandé transcende chacune des interventions ayant été faites par les groupes militants en faveur du droit des minorités sexuelles et de genre. Pour de plus amples informations, consulter Commission des institutions, *supra* note 26.

¹¹¹⁹ *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 31.

¹¹²⁰ Commission des institutions, *supra* note 864 à la p 4.

soient apportées au projet de règlement que la ministre Stéphanie Vallée avait publié dans la *Gazette officielle du Québec* quelques mois plus tôt. La majorité de ces suggestions a été retenue. Les nouvelles normes réglementaires, qui sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2015¹¹²¹, différaient nettement de celles qui avaient été proposées dans la *Gazette officielle du Québec* des mois plus tôt¹¹²². Sans surprise, la modification réglementaire étant survenue n'a pas remédié à la situation des personnes immigrantes, pas plus qu'elle n'a apporté quelque changement que ce soit à celle des personnes mineures. Pour ces dernières, toutefois, ce n'était qu'une question de temps. Peu de temps après que la députée Manon Massé ait présenté à l'Assemblée nationale son projet de loi visant à permettre aux enfants transgenres d'obtenir le changement de la mention du sexe¹¹²³, la ministre Vallée a présenté le sien, qui poursuivait notamment le même objectif¹¹²⁴. Quelques jours suffiront pour qu'il soit adopté puis mis en vigueur. Ce faisant, depuis le 10 juin 2016¹¹²⁵, sous réserve des autres conditions applicables, les personnes mineures peuvent obtenir le changement de la mention du sexe. La modification législative, encore une fois, devait être célébrée. Il s'agissait d'une « une belle avancée pour tous ces enfants, pour tous ces filles et ces garçons qui, depuis des années, reconnaissent leur réelle identité de genre mais n'arrivent pas à pleinement la vivre puisque leurs documents officiels n'étaient pas représentatifs »¹¹²⁶, de dire la ministre Vallée. La députée Manon Massé a tenu un discours similaire à celui de la ministre, en ajoutant une précision fort importante : du travail,

¹¹²¹ *Règlement modifiant le Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, supra note 758.

¹¹²² *Règlement modifiant le Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil* (projet), supra note 658.

¹¹²³ *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil pour permettre le changement de mention du sexe des enfants transgenres*, supra note 865.

¹¹²⁴ *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres* (projet), supra note 657.

¹¹²⁵ *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, supra note 494, art 21.

¹¹²⁶ Assemblée nationale, *Journal des débats* (10 juin 2016), 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/41-1/journal-debats/20160610/174423.html#_Toc453595329> (Stéphanie Vallée).

encore, doit être fait pour que l'on puisse véritablement parler d'une égalité formelle et réelle pour les personnes trans*¹¹²⁷.

Il se dégage, des différentes réformes ayant été réalisées ces dernières années en ce qui a trait à la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois, une constante. Elle rejoint, dans une certaine mesure, le « souci humanitaire »¹¹²⁸ qui était exprimé en 1977 au moment d'intégrer, dans la législation québécoise, la première procédure de changement de la mention du sexe. Cette constante, tout simplement, consiste à maximiser la possibilité pour quiconque de posséder des pièces d'identité présentant des informations valides. Chacune d'elles a été provoquée en réaction à des difficultés rencontrées par certaines minorités sexuelles et de genre. Celles-ci, en effet, peinent souvent à bénéficier de pièces d'identité témoignant effectivement de leur identité. Elles font face, pour cette raison, à un lot de difficultés, qui ont un impact sur leur intégration sociale¹¹²⁹. Les conséquences, qui comportent toujours un élément dramatique, sont parfois fatales. Témoigner d'un « souci humanitaire »¹¹³⁰ à l'égard de ces personnes n'a donc rien de fantaisiste.

Pourtant, aussitôt qu'une avancée est réalisée en application de ce souci, déjà le travail semble devoir être recommencé. « Trans people are told by legal systems, state agencies, employers, schools, and our families that we are impossible people who are not who we say we are, cannot exist, cannot be classified, cannot fit anywhere »¹¹³¹, affirme le professeur américain Dean Spade. En rétrospective, considérant les avancées ayant récemment été faites au Québec, certains pourraient être tentés de s'opposer à cette déclaration, rétorquer qu'au contraire, de plus en plus, ces dernières sont reconnues pour ce qu'elles sont. Mais est-ce vraiment le cas ? Cette question, il va sans dire, est d'apparence simpliste. Or, les apparences sont souvent trompeuses

¹¹²⁷ *Ibid* (Manon Massé).

¹¹²⁸ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

¹¹²⁹ Namaste, *supra* note 603; Namaste, *supra* note 26; Namaste, *supra* note 25; Namaste, *supra* note 90.

¹¹³⁰ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

¹¹³¹ Dean Spade, *Normal life. Administrative violence, critical trans politics and the limits of the law*, New York, South End Press, 2011 à la p 209.

et à ce titre, cette question ne fait pas exception. Elle ne peut être convenablement répondue sans comprendre les dispositifs qui assurent la répartition des personnes dans des catégories sexuelles.

Au terme de sa lecture du présent manuscrit, le lectorat devrait toutefois bénéficier d'éléments suffisants pour avoir une opinion plus éclairée sur le sujet. En tout état de cause, il a pu voir ce vers quoi conduisait la mise à l'épreuve des hypothèses ayant été formulées dans l'introduction de cette thèse. La première, il s'en souviendra, suggérait que le sexe émanait de la nature. La deuxième allait dans le même sens, en reconnaissant toutefois un certain rôle au pouvoir juridique dans l'interprétation de cette nature. La troisième, plus radicale, n'attribuait qu'au pouvoir juridique la qualification possible d'une personne comme étant de sexe mâle/masculin (« M ») ou femelle/féminin (« F »). Ayant affirmé que jusqu'à un certain point et à différents degrés, ces hypothèses étaient toutes plausibles, force est d'admettre, arrivé à la toute fin de ce parcours doctoral, que c'est uniquement la troisième qui a été confirmée : « [l]e pouvoir juridique "produit" [donc] incontestablement ce qu'il prétend simplement représenter »¹¹³².

Sans l'action du pouvoir juridique, ce que l'on qualifie de sexe aux fins de l'état civil québécois ne peut faire de sens, qu'il s'agisse des dispositifs applicables à sa détermination ou encore à sa modification. Le corps des personnes, tout comme leur identité de genre jusqu'à un certain point, ont certes un rôle à jouer, mais ces éléments sont toujours précédés par le pouvoir juridique, qui projette sur eux, à la façon de Procuste le brigand, la catégorie sexuelle à laquelle elles seront rattachées. En ce sens, malgré sa popularité chez les auteurs en doctrine, l'idée selon laquelle le sujet sexué existe avant l'action du pouvoir juridique ne saurait tenir la route — c'est du moins la conclusion à laquelle je parviens après avoir réalisé l'étude rapportée dans cette thèse. Considérant l'état actuel du droit, malgré les pas de géants ayant été faits ces dernières années, toute personne continue d'être dite d'un sexe, l'autodétermination n'ayant toujours pas gagné le régime juridique applicable à la catégorisation du sexe aux fins de l'état civil québécois. À chaque occasion, la qualification d'une personne comme étant de sexe mâle/masculin (« M »)

¹¹³² Butler, *supra* note 71 à la p 61.

ou femelle/féminin (« F ») est inévitablement une conséquence de l'action du pouvoir juridique — il en va de même de la négation de l'existence des personnes qui peinent à se retrouver dans de telles catégories. Cela implique, en bout de piste, que nul ne peut être reconnu pour ce qu'il est sans que le pouvoir juridique permette cette reconnaissance aux conditions qu'il détermine.

Il y a quelques années, en élaborant ce projet de recherche, je croyais en son potentiel de constituer un apport important aux connaissances en droit québécois et même au-delà. J'avais relevé, à cette époque, que la grande majorité des juristes qui s'étaient prononcés sur le sujet avaient semblés tenir pour acquise l'existence de deux sexes, sans évaluer la pertinence de cette prémisse ni en interroger les limites, sans même remettre en question le régime juridique qui était applicable à cet égard. Je remarquais, également, que des réformes législatives étaient inévitables, ne serait-ce qu'en raison de l'application de la *Charte québécoise* et de la *Charte canadienne*. Avant qu'elles ne soient mises de l'avant, il me semblait préférable de comprendre la mécanique des dispositifs propres à la catégorisation du sexe, de façon à maximiser les chances d'aller jusqu'au bout de la logique interne de ce « souci humanitaire »¹¹³³ qui animait le législateur à la fin des années soixante-dix. Les réflexions portant sur les réformes à venir¹¹³⁴, auraient le potentiel d'être plus éclairées ; de dépasser, s'il en est, le malaise suscité par cette supposée « entorse à la vérité naturelle »¹¹³⁵ qui gagnerait chaque fois en importance. On aurait une meilleure idée, en tout cas, de la marge de manœuvre dont on dispose pour agir.

Au moment de déposer cette thèse, l'idée d'ajouter une troisième mention de sexe sur certains documents d'identité ou encore celle de complètement retirer ces mentions se font de plus en plus populaires. Pensons à l'Ontario qui le 29 juin 2016 a annoncé l'adoption de nouvelles mesures concernant la mention du sexe figurant sur certaines pièces d'identité. Dans un document d'information¹¹³⁶, la province a indiqué que les lettres « M » (mâle/masculin) et « F »

¹¹³³ Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

¹¹³⁴ Pour une revue de certaines options envisageables, consulter Needham, *supra* note 62.

¹¹³⁵ Baudouin, *supra* note 34 à la p 806.

¹¹³⁶ Ministère des Services gouvernementaux et des Services aux consommateurs, « Le genre sur la carte Santé et le permis de conduire » (29 juin 2016), en ligne : Gouvernement de l'Ontario

(femelle/féminin) n'apparaissent plus sur les cartes Santé de l'Ontario. Elle a également annoncé que ces mentions continueraient d'être vues sur le permis de conduire, mais qu'au début de l'année 2017, la possibilité d'y voir un « X » plutôt qu'un « M » ou un « F » serait ajoutée. Qui plus est, des consultations portant « sur la manière dont les ministères recueillent, utilisent et affichent les renseignements liés au sexe et au genre des personnes sur les formulaires et produits comportant leur visage » auraient lieu. La province, pionnière au Canada dans ce qu'elle propose, n'est toutefois pas la seule à revoir ses pratiques en ce qui a trait à l'identification des personnes. Le gouvernement fédéral, aussi, réfléchit à cela. En 2012, il pensait notamment à la possibilité d'ajouter une troisième mention de sexe sur les passeports¹¹³⁷, mais jamais cette idée ne s'est concrétisée. Serait-ce une question de temps ? Un article de presse paru le 3 juillet 2016 expliquait que le gouvernement de Justin Trudeau explorait les possibilités offertes par des pièces d'identité montrant un genre qui soit différent du masculin et du féminin¹¹³⁸. Il étudiait, par le fait même « all the circumstances in which the government requires or produces identity documents in order not to exclude people whose gender identity does not match the binary standard. »¹¹³⁹ D'ajouter, tout juste après, que « [t] his could include neutrality in several situations »¹¹⁴⁰.

Au Québec, sans jouir d'une grande popularité, ces idées circulent de plus en plus, ne serait-ce que dans une certaine frange politique. Lors de son 10^e congrès ayant eu lieu en mai 2015, les militantes et militants du parti Québec solidaire ont adopté des résolutions ayant pour effet d'introduire des options similaires dans ce que le parti défend ouvertement.

<<https://news.ontario.ca/mgs/fr/2016/06/le-genre-sur-la-carte-sante-et-le-permis-de-conduire.html>> (consulté le 29 juin 2016).

¹¹³⁷ Hugo DeGrandpré, « Vers un troisième sexe sur les passeports canadiens ? », *La Presse* (7 mai 2012) A12.

¹¹³⁸ Thomson Reuters, « Canadian government considering gender-neutral ID », *CBC.ca* (3 juillet 2016), en ligne : *CBC.ca* <<http://www.cbc.ca/news/canada/gender-neutral-id-1.3663111>> (consulté le 3 juillet 2016).

¹¹³⁹ *Ibid.*

¹¹⁴⁰ *Ibid.*

9.3

Pour minimiser les problèmes de discrimination liés à l'identité de genre et assurer le respect des droits humains des personnes vivant la diversité sexuelle, de genre et corporelle, Québec solidaire :

a) modifiera la législation relative à l'état civil des personnes pour permettre l'identification du sexe d'une personne sur les actes, certificats ou attestation de l'état civil par l'ajout d'une troisième catégorie pour les personnes ne s'identifiant ni comme homme, ni comme femme

b) rendra la mention de sexe volontaire et optionnelle et facilitera les mesures administratives afin d'assurer la possibilité de la changer.

9.4

Que la mention du sexe sur les pièces d'identité soit volontaire et optionnelle.¹¹⁴¹

Quoi qu'il en soit, il est manifeste que l'idée d'ajouter, sur les pièces d'identité, une troisième mention de sexe fait partie des discussions qui sont tenues au Canada. On y voit là la possibilité de reconnaître les personnes intersex(ué)es — qui par ailleurs sont plus préoccupés par les traitements cruels, inhumains et dégradants qu'elles continuent trop souvent de subir peu de temps après la naissance — et les personnes non binaires dans le genre. Le cadre binaire, qui faisait des options (« M ») mâle/masculin et femelles/féminin (« F ») les seules qui soient acceptables, semble sur le point d'exploser. Plus tôt que tard, s'il m'est permis de faire les prédictions, la présence d'une troisième catégorie identificatoire s'imposera comme une réalité.

¹¹⁴¹ Cette résolution a été adoptée lors du 10^e Congrès de Québec solidaire, s'étant tenu les 28, 29 et 30 mai 2015. Voir à cet effet Québec solidaire, *supra* note 358 aux pp 47-48 (seule référence disponible).

Des personnes y trouveront certainement leur compte, mais la revue des dispositifs propres à la catégorisation du sexe ayant été faite dans cette thèse devrait toutefois inciter à la prudence. Elle invite, à tout le moins, à une réflexion profonde sur le sens que l'on souhaite donner au « souci humanitaire »¹¹⁴² qui, encore une fois, semble être au cœur des réformes envisagées. S'agit-il, après tout, de défendre cette idée selon laquelle toute personne devrait bénéficier de pièces d'identité permettant de « mener dans la société une vie aussi normale que possible »¹¹⁴³ ? Le cas échéant, pour aller jusqu'au bout de la logique interne la caractérisant, je suggère que c'est au démantèlement pur et simple de la catégorisation du sexe telle qu'elle se présente aux fins de l'état civil québécois que l'on devrait s'efforcer. Autrement, il y a tout lieu de craindre que la catégorisation qui sera mise de l'avant oubliera, encore une fois, de façon consciente ou non, d'accorder à toute personne la possibilité de vivre une vie bonne. Face au pouvoir juridique, il me semble donc que le temps de se dresser est venu. Au nom de la diversité, de l'égalité et de la solidarité, cette requête, que l'on peut parfois lire sur les cartons exhibés dans certaines manifestations, ne saurait lui être mieux formulée : *veuillez retirer votre sexe de notre état civil*.

¹¹⁴² Assemblée nationale, *supra* note 22 à la p 4976 (Marc-André Bédard).

¹¹⁴³ *Ibid* (Marc-André Bédard).

Bibliographie

Législation

American Bill of Rights, US CONST, amend VIII.

Bill of Rights, 1688, 1 Wm & M sess 2, c 2.

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.

Charte des droits et libertés de la personne, LQ 1975, c 6.

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c C-12.

Code civil du Québec.

Code criminel.

Code de procédure civile (nouveau).

Déclaration canadienne des droits, SC 1960, c 44.

Déclaration universelle des droits de l'homme, Doc NU A/810 (1948).

Directeur de l'état civil, *Directive de l'état civil — Absence d'un constat de naissance signé par un médecin ou une sage-femme*, DEC — CCQ — 111-1, 4 avril 2011, en ligne : http://www.etatcivil.gouv.qc.ca/publications/DIR-B%20Absence%20de%20constat%20de%20naissance_07-10-11FINAL.pdf (consulté le 3 avril 2014).

———. *Directive de l'état civil — Correction d'une erreur purement matérielle*, DEC — CCQ — 142-2, 4 avril 2011, en ligne : [http://www.etatcivil.gouv.qc.ca/publications/1133_9702_ADM_142-2_erreur_\(2011-04-04\)_finale_pub.pdf](http://www.etatcivil.gouv.qc.ca/publications/1133_9702_ADM_142-2_erreur_(2011-04-04)_finale_pub.pdf) (consulté le 3 avril 2014).

Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act, 2015, ACT No XI of 2015, A 343.

Human Rights Code, RSO 1990, c H.19.

Loi assurant l'application de la réforme du droit de la famille et modifiant le Code de procédure civile, LQ 1982, c 17.

Loi canadienne sur les droits de la personne, LRC 1985, c H-6.

Loi constitutionnelle de 1867 (R-U), 30 & 31 Vict, c 3.

Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil, LC 2001, c 4.

Loi d'interprétation, RLRQ, c I-16.

Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation, LQ 2002, c 6.

Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, LQ 1982, c 61.

Loi modifiant la Loi du changement de nom, LQ 1977, c 19.

Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits, LQ 2013, c 27.

Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits (2013, chapitre 27) - Entrée en vigueur des dispositions des articles 3 et 4 de la Loi, D 780-2015, (2015) 147 GO II, 3235.

Loi modifiant le Code civil en matière de demande de documents d'état civil, LQ 2001, c 70.

Loi modifiant le Code civil relativement au mariage, LQ 2004, c 23.

Loi modifiant le Code criminel (prostitution chez les enfants, tourisme sexuel impliquant des enfants, harcèlement criminel et mutilations d'organes génitaux féminins), LC 1997, c 16.

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, RLRQ, c A-21.

Loi sur l'application de la réforme du Code civil, LQ 1992, c 57.

Loi sur l'immigration au Québec, RLRQ, c I-0.2.

Loi sur l'Institut de la statistique du Québec, RLRQ, c I-13.011.

Loi sur la citoyenneté canadienne de 1946, SRC 1970, c C-19 (abrogée).

Loi sur la citoyenneté, LRC 1985, c C-29.

Loi sur la protection de la jeunesse, RLRQ, c P-34.1.

Loi sur la santé publique, RLRQ, c S-2.2.

Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares, LC 2015, c 29.

Loi sur le Bureau de la statistique, LRQ, c B-8, remplacée par la *Loi sur l'Institut de la statistique du Québec*, LQ 1998, c 44, art 1, entré en vigueur le 14 octobre 1998 (décret), (1998) 130 GO II, 5775.

Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil, LRQ, c C-10 (abrogée).

Loi sur le divorce, LRC 1985, c 3 (2e suppl).

Loi sur le mariage (degrés prohibés), LC 1990, c 46.

Loi sur le mariage civil, LC 2005, c 33.

Loi sur le ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale et sur la Commission des partenaires du marché du travail, RLRQ, c M-15001.

Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres, LQ 2016, c 19.

PL 103, *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres*, 41^e lég, 1^{re} sess, Québec, 2016.

PL 35, *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, 40^e lég, 1^{ère} sess, Québec, 2013.

PL 598, *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil pour permettre le changement de mention du sexe des enfants transgenres*, 41^e lég, 1^{re} sess, Québec, 2016.

PL 87, *Loi modifiant la Loi du changement de nom (projet)*, 31^e lég, 2^e sess, Québec, 1977.

Règlement d'application de la Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes et des tissus et la disposition des cadavres, RRQ 1981, c P-35, r 1.

Règlement modifiant le Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil, D 781-2015, (2015) GO II, 3238.

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

Règlement modifiant le Tarif des droits relatifs aux actes de l'état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe, D 964-1010, (2010) GO II, 4474.

Règlement relatif à la tenue et à la publicité du registre de l'état civil, RLRQ, c CCQ, r 11.

Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil, RLRQ, c CCQ, r 4.

Règlement relatif aux changements de noms et à d'autres qualités de l'état civil, AC 1045-78, 19 avril 1978, GOQ 1978II2199.

Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil, RRQ 1981, c C-10, r 1.

Tarif des droits relatifs aux actes de l'état civil, au changement de nom ou de la mention du sexe, RLRQ, c CCQ, r 10.

Vital Statistics Act, RSA 2000, c V-4.

Vital Statistics Act, RSBC 1996, c 479.

Vital Statistics Act, RSO 1990, c V.4.

Vital Statistics Act, SA 2007, c V-4.1.

Jurisprudence

A c Directeur de l'état civil, 2007 QCCS 492.

Adoption — 12104, 2012 QCCQ 10199.

Adoption — 161, 2016 QCCA 16.

Andrews c Law Society of British Columbia, [1989] 1 RCS 143.

Blainville (Ville de) c Directeur de l'état civil, (1997), AZ-97021817 (Azimut) (CS).

Boutilier v Nova Scotia (Attorney General), [2004] NSJ 357 (NSSC).

Boutin-Plante c Curé de la paroisse Notre-Dame de la Merci, [1974] CS 553.

Brasseur c Lavigne, [1995] RJQ 2183 (CS).

Brooks c Canada Safeway Ltd, [1989] 1 RCS 1219.

Brossard (Ville) c Québec (Commission des droits de la personne), [1988] 2 RCS 279.

C c R, [1970] RP 337 (CS).

C-P et Greffier de la Cour supérieure du district de Montréal, [1996] RL 51 (CS).

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c Chiarelli, [1992] 1 RCS 711.

Canada (Procureur général) c Bedford, 2013 CSC 72.

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c Canada (Procureur général), 2004 CSC 4.

Carter c Canada (Procureur général), 2015 CSC 5.

CF v Alberta (Vital Statistics), 2014 ABQB 237.

Chaoulli c Québec (Procureur général), 2005 CSC 35.

CN c Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1987] 1 RCS 1114.

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 Gaz métropolitain inc, 2008 QCTDP 24.

Commission scolaire des Phares c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2006 QCCA 82.

Devine c Québec (Procureur général), [1988] 2 RCS 790.

Droit de la famille — 3690, [2000] RDF 530 (CS).

Dulmaine c Curé de la paroisse St-André d'Acton, (1975), AZ-75021170 (SOQUIJ) (CS).

Dunbar v Yukon, 2004 YKSC 434.

E (Mme) c Eve, [1986] 2 RCS 388.

EGALE Canada Inc v Canada (Attorney General), 2003 BCCA 251.

FD c Centre universitaire de santé McGill, (Hôpital Royal-Victoria), 2015 QCCA 1139.

Ford c Québec (Procureur général), [1988] 2 RCS 712.

Gaz métropolitain inc c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2011 QCCA 1201.

GJBP (Dans la situation de), [2003] RL 470 (CS).

Halpern c Canada (Attorney General), [2003] 225 DLR (4th) 529 (ONCA).

Hendricks c Québec (Procureur général), [2002] RJQ 2506 (CS).

Hoque c Directeur de l'état civil, (2000), AZ-50081674 (SOQUIJ) (CS).

Institut Philippe-Pinel c G(A), [1994] RJQ 2523 (CA).

Koulmyeh-Abaneh c Québec (Directeur de l'état civil), 2006 QCCA 165.

La Vega (In re), [1962] CS 684.

Manseau-Côté c Directeur de l'état civil, 2010 QCCS 3372.

Marcoux c Bouchard, 2001 CSC 50.

Mastropaolo c St-Jean-de-Matha (Municipalité de), 2010 QCTDP 7.

Miller et autre c La Reine, [1977] 2 RCS 680.

MT c DG, (2004), AZ-50222265 (SOQUIJ) (CS).

Nixon v Vancouver Rape Relief Society (c.o.b Rape Relief and Women's Shelter), 2002 BCHRT 1.

NW v Canada (Attorney General), 2004 SKQB 434.

Pelletier c Directeur de l'état civil, [1995] RJQ 2177 (CS).

Protection de la jeunesse - 06509, 2006 QCCQ 13510.

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville) ; Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Boisbriand (Ville), 2000 CSC 27.

Québec (Curateur public) c Centre de santé et de services sociaux de Laval, [2008] QCCA 833.

Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand, [1996] 3 RCS 211.

R c Kapp, 2008 CSC 41.

R c Nur, 2015 CSC 15.

R c Rodgers, 2006 CSC 15.

R c Smith, [1987] 1 RCS 1045.

Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, 2004 CSC 79.

Roberge (Re), [1991] RJQ 463 (CS).

Rodriguez c Colombie-Britannique (Procureur général), [1993] 3 RCS 519.

Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CSC 1.

T (N) c C (N-T), [1999] RJQ 223 (CS).

Tremblay c Daigle, [1989] 2 RCS 530.

Vaillancourt-Parent c Directeur de l'état civil, 2015 QCCS 5401.

Vancouver Rape Relief Society v Nixon, [2006] SCCA No. 365 (QL).

Vancouver Rape Relief Society v Nixon, 2003 BCSC 1936.

Vancouver Rape Relief Society v Nixon, 2005 BCCA 601.

Velk c Université McGill/McGill University, 2011 QCCA 578.

Vogel v Canada (Attorney General), [2004] MJ 418 (MBQB).

XY v Ontario (Government & Consumer Services), 2012 HRTO 726.

Doctrine

Azard, Pierre. *Droit civil québécois*, t 1, Ottawa, Université d'Ottawa, 1971.

Baril, Alexandre. *La normativité corporelle sous le bistouri: (re)penser l'intersectionnalité et les solidarités entre les études féministes, trans et sur le handicap à travers la transsexualité et la transcapacité*, thèse de doctorat en philosophie en études des femmes, Université d'Ottawa, 2013.

Baril, Audrey. « De la construction du genre à la construction du “sexe”: les thèses féministes postmodernes dans l'oeuvre de Judith Butler » (2007) 20:2 *Recherches féministes* 61.

Bastien-Charlebois, Janik. « Pour une sensibilité intersexe » (2011) 28:1 *Revue canadienne de service social* 157.

———. « Femmes intersexes : sujet politique extrême du féminisme » (2014) 27:1 *Recherches féministes* 237.

Baudouin, Jean-Louis. « La vérité et le droit des personnes: aspects nouveaux » (1987) 18 *RGD* 801.

Bauer, Greta, Michelle Boyce, Todd Coleman, Matthias Kay, Kyle Scanlon et Robb Travers. « Qui sont les personnes trans en Ontario ? » (2010) 1:1 *Trans PULSE E-Bulletin*.

Beaudoin, Gérald-A. *La Constitution du Canada: institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.

Beauvoir, Simone de. *Le deuxième sexe*, 1, Paris, Gallimard, 2010.

Becker, Howard S. *Outsiders. Études de sociologie de la déviance*, trad par Jean-Pierre Briand et Jean-Michel Champoulie, Paris, Éditions A-M Métailié, 1985.

Benjamin, Harry. *The Transsexual Phenomenon*, New York, Julian, 1966.

Bereni, Laure, Sébastien Chauvin, Alexandre Junait et Anne Revillard. *Introduction aux Gender Studies. Manuel des études sur le genre*, Bruxelles, de Boeck, 2008.

- Bernardino, Pascale. « Fascicule 10. Minorité et émancipation », *JurisClasseur Québec Droit civil*, Montréal, LexisNexis.
- Bohuon, Anaïs. *Le test de féminité dans les compétitions sportives. Une histoire classée X?*, Donnemaire-Dontilly, Éditions iXe, 2012.
- Bornstein, Kate. *Gender Outlaw: On Men, Women, and the Rest of Us*, New York; London, Routledge, 1994.
- Branlard, Jean-Paul. *Le sexe et l'état des personnes*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.
- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2008.
- . *Droit constitutionnel*, 6^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2014.
- Bureau, Marie-France et Jacques Papy. « L'orientation sexuelle et la *Charte des droits et libertés de la personne*: récit d'une trajectoire » (2006) (Numéro thématique hors série) R du B 109.
- Bureau, Marie-France et Jean-Sébastien Sauvé. « Changement de la mention du sexe et état civil au Québec: critique d'une approche législative archaïque » (2011) 41 RDUS 1.
- Butler, Judith. *Humain, inhumain. Le travail critique des normes*, Paris, Amsterdam, 2005.
- . *Trouble dans le genre*, trad par Cynthia Kraus, Paris, La Découverte, 2005.
- . *Le pouvoir des mots. Discours de haine et politique du performatif*, trad par Charlotte Nordmann, Paris, Amsterdam, 2008.
- . *Ces corps qui comptent: de la matérialité et des limites discursives du sexe*, trad par Charlotte Nordmann, Paris, Amsterdam, 2009.
- . *Défaire le genre. Nouvelle édition augmentée*, trad par Maxime Cervulle, Paris, Amsterdam, 2012.
- Campbell, Christine et Stéphanie Fournier. « Fascicule 10.1. Charte québécoise: Droit à la vie, à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de la personne », *JurisClasseur Québec Droit constitutionnel*, Montréal, LexisNexis.

- Castelli, Mireille D. et Dominique Goubau. *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 2005.
- Cocteau, Arthur. « Lettre à Herculine Barbin, suivie du *Fils du vent* (extraits choisis) » (2008) 27:1 NQF 16.
- Colapinto, John. *As nature made him: the boy who was raised as a girl*, New York, HarperCollins, 2001.
- Corriveau, Patrice. *La répression des homosexuels au Québec et en France*, Sillery, Septentrion, 2006.
- Côté, Isabel et Jean-Sébastien Sauvé. « Homopaternité, gestation pour autrui : *No Man's Land ?* » (2016) 46:1 RGD 27.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 4^e éd, Montréal, Thémis, 2009.
- Craig, Elaine. *Troubling Sex. Toward a Legal Theory of Sexual Integrity*, Vancouver, UBC Press, 2012.
- Daoust, Valérie. « Penser la démocratie : du différentialisme au postmodernisme. Considérations délibératives habermassiennes » dans Marie-France Bureau, dir, *Sexualité et démocratie : Perspectives multidisciplinaires francophones*, Sherbrooke, Éditions RDUS, 2009, 157.
- Deleury, Édith et Dominique Goubau. *Le droit des personnes physiques*, 1^{re} éd, Cowansville, Yvon Blais, 1994.
- . *Le droit des personnes physiques*, 2^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 1997.
- . *Le droit des personnes physiques*, 3^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2002.
- . *Le droit des personnes physiques*, 4^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2008.
- Deschamps, Pierre. « Fascicule 2. Intégrité de la personne », *JurisClasseur Québec Personnes et famille*, Montréal, LexisNexis.
- Desrosiers, Julie, Fannie Lafontaine et Alexandre Stylios. « Les garanties juridiques énoncées aux articles 12, 13 et 14 de la Charte » dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 5^e éd, Markman, LexisNexis, 2013, 879.

- Dorland, W.A. Newman. Philadelphia, Saunders, 2003.
- Dreger, Alice Domurat. *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, Cambridge, MA; Londres, Angleterre, Harvard University Press, 1998.
- Ehrenreich, Nancy et Mark Barr. « Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of “Cultural Practices” » (2005) 40 Harv CR-CLL Rev 71.
- Ehrensaft, Diane. « From Gender Identity Disorder to Gender Identity Creativity : The Liberation of Gender Non-Conforming Children and Youth » dans Elizabeth Meyer et Annie Pullen Sansfaçon, dir, *Supporting transgender & gender creative youth*, New York, Peter Lang, 2014, 13.
- Enriquez, Mickael Chacha. « La contestation des politiques de changement d’identité de genre par les militantes et militants trans québécois » (2013) 69 Lien social et Politiques 181.
- Fausto-Sterling, Anne. *Sexing the Body*, New York, Basic Books, 2000.
- Foucault, Michel. *Les anormaux: cours au Collège de France (1974-1975)*, Paris, Gallimard : Seuil, 1999.
- Gascon, Élise et Josiane Gelfusa. « Fascicule 7. Domicile et résidence », *JurisClasseur Québec Personnes et famille*, Montréal, LexisNexis.
- Gosselin, Lucie. *Intersexualité. Des sexes en question dans les sociétés occidentales*, mémoire de maîtrise en anthropologie, Université Laval, 2012.
- Giffney, Noreen. « Introduction: The “q” Word » dans Noreen Giffney, dir, *The Ashgate Research Companion to Queer Theory*, Farnham (R-U), Ashgate, 2009, 1.
- Giroux, Michel T. « Contrat thérapeutique et bienveillance exceptionnelle » dans *La protection des personnes vulnérables (2010)*, coll Développements récents, Cowansville, Yvon Blais, 2010, 21.
- Goubau, Dominique. *Le droit des personnes physiques*, 5^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2014.
- Groffier, Ethel. « De certains aspects juridiques du transsexualisme dans le droit québécois » (1975) 6 RDUS 114.

- Guillot, Vincent. « Intersexes: ne pas avoir le droit de dire ce que l'on ne nous a pas dit que nous étions » (2008) 27:1 NQF 37.
- . « Me dire simplement » dans Évelyne Peyre et Joëlle Wiels, dir, *Mon corps a-t-il un sexe ?*, Paris, La Découverte, 2015, 296.
- Guillot, Vincent et Janik Bastien-Charlebois. « Intersexualité : une géographie de l'absent » dans Arnaud Alessandrin, dir, *Géographie des homosexualités*, Paris, L'Harmattan, [à paraître].
- Halberstam, Judith. *Female Masculinity*, Durham, Duke University Press, 1998.
- Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association. *The hormonal and surgical sex reassignment of gender dysphoric persons (v 1)*, 1^{re} éd, Gavelston, The Janus Information Facility, 1979.
- . *The hormonal and surgical sex reassignment of gender dysphoric persons (v 2)*, 2^e éd, San Francisco, The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, 1980.
- . *The hormonal and surgical sex reassignment of gender dysphoric persons (v 3)*, 3^e éd, San Francisco, The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, 1981.
- . *The hormonal and surgical sex reassignment of gender dysphoric persons (v 4)*, 4^e éd, Palo Alto, The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, 1990.
- . *The Standards of Care for Gender Identity Disorders (v 5)*, 5^e éd, Düsseldorf, Düsseldorf Symposion Publishing, 1998.
- . *The Standards of Care for Gender Identity Disorders (v 6)*, 6^e éd, Minneapolis, Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, 2005.
- Hester, David J. « Intersex(es) and Informed Consent: How Physicians' Rhetoric Constrains Choice » (2004) 25:1 Theoretical Medicine and Bioethics 21.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd, 2, Scarborough, Thompson/Carswell, 2007.
- . *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd, 1, Scarborough, Thompson/Carswell, 2007.

- Holmes, Morgan. *Intersex: A Perilous Difference*, Cranburry, Associated University Press, 2008.
- Houk, Christopher P, Ieuan A Hugues, S Faisal Ahmed et Peter A Lee. « Summary of Consensus Statement on Intersex Disorders and Their Management » (2006) 118:2 Pediatrics 753.
- Hutson, John M. « The neonate with ambiguous genitalia » dans John M Hutson, Gary L Warne et Grovers, dir, *Disorders of Sex Development: An Integrated Approach to Management*, Berlin, Springer-Verlag, 2012.
- Iacub, Marcela. *L'empire du ventre : pour une autre histoire de la maternité*, coll Histoire de la pensée, Paris, Fayard, 2004.
- Joyal, Renée. *Précis de droit des jeunes*, 3^e éd, t 1, Cowansville, Yvon Blais, 1999.
- Joyal, Renée. « Transsexualisme et identité parentale » (1989) 20 RDUS 155.
- Karkazis, Katrina. *Fixing Sex. Intersex, Medical Authority and Lived Experience*, Durham and London, Duke University Press, 2008.
- Kessler, Suzanne J. *Lessons From The Intersexed*, New Brunswick, New Jersey, London, Rutgers University Press, 1998.
- Kosofsky Sedgwick, Eve. *Épistémologie du placard*, trad par Maxime Cervulle, Paris, Amsterdam, 2008.
- Kouri, Robert P. *Certain Legal Aspects of Modern Medicine (Sex Reassignment and Sterilization)*, thèse de doctorat en droit, Université McGill, 1976.
- Kouri, Robert P. « Comments on Transsexualism in the Province of Quebec » (1973) 4 RDUS 167.
- Kouri, Robert P et Suzanne Philips-Nootens. *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 3^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2012.
- Kraus, Cynthia, Céline Perrin, Séverine Rey, Lucie Gosselin et Vincent Guillot. « Démédicaliser les corps, politiser les identités: convergences des luttes féministes et intersexes » (2008) 27:1 NQF 4.
- Lamarre, Camille. « Nous sommes des merveilles » (2008) 27:1 NQF 23.

Le Grand Robert, édition en ligne.

Machado, Paula Sandrine. « Intersexuality and the “Chicago Consensus”: the vicissitudes of nomenclature and their regulatory implications » (2008) 4 *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, en ligne: *Revista Brasileira de Ciências Sociais* <http://socialsciences.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092008000100005&lng=en&nrm=iso>.

Mayrand, Albert. *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1975.

Moore, Benoît. « Le droit de la famille et les minorités » (2003) 34 *RDUS* 229.

———. « Fascicule 14. Formation du mariage », *JurisClasseur Québec Droit civil*, Montréal, LexisNexis.

Morin, Alexandre. *Le droit à l'égalité au Canada*, 2^e éd, Montréal, LexisNexis, 2012.

Namaste, Viviane. *C'était du spectacle ! L'histoire des artistes transsexuelles à Montréal, 1955-1985*, Montréal & Kingston ; London ; Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2005.

———. *Sex Change, Social Change: Reflections on Identity, Institutions, and Imperialism*, Toronto, Women's Press, 2005.

Namaste, Viviane K. *Invisible Lives : The Erasure of Transsexual and Transgendered People*, Chicago & London, University of Chicago Press, 2000.

Needham, Dorian. « A Categorical Imperative? Questionning the Need for Sexual Classification in Québec » (2011) 52 *C de D* 71.

Neirinck, Claire. « Les caractères de l'état civil » dans Claire Neirinck, dir, *L'État civil dans tous ses états*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2008.

Nerson, Roger et Jacqueline Rubellin-Devichi. « Personnes et droits de la famille » [1981] *RTD civ* 830.

Ollie. « L'enfant de la lune » (2008) 27:1 *NQF* 30.

Ouellette-Lauzon, Monique. « Certaines lois nouvelles » (1978) 38:2 *R du B* 190.

Ovide. *Les Métamorphoses*, trad par Georges Lafaye, Gallimard, Paris, 1992.

- Philips-Nootens, Suzanne, Pauline Lesage-Jarjoura et Robert P Kouri. *Éléments de responsabilité civile médicale: le droit dans le quotidien de la médecine*, 3^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2007.
- Pineau, Jean. « De certains éléments relatifs à l'état des personnes, du registre et des actes de l'état civil » (1988) 1 CP du N 101.
- Pineau, Jean et Marie Pratte. *La famille*, Montréal, Thémis, 2006.
- Proulx, Daniel. « Fascicule 9. Droit à l'égalité », *JurisClasseur Québec Droit constitutionnel*, Montréal, LexisNexis.
- Provost, Mario. « L'émancipation » dans *CCH Juriste*, Brossard, CCH, 2013, 51-250.
- Québec, Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice: le Code civil du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993.
- Rajon, Anne-Marie. « L'épreuve corporelle: l'intersexualité à la naissance » dans Claire Neirinck, dir, *L'état civil dans tous ses états*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2008, 71.
- Rivet, Michèle. « La vérité et le statut juridique de la personne en droit québécois » (1987) 18 RGD 843.
- . « Incohérences et utopies: la protection juridique de l'irréductible humain » dans Ejan McKaay, dir, *Les incertitudes du droit. Uncertainty and the Law*, Montréal, Thémis, 1999, 118.
- Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.
- Revel, Judith. *Dictionnaire Foucault*, Paris, Ellipses, 2008.
- Romero, Adam P. « Methodological Descriptions: Feminist'' and Queer'' Legal Theories » dans Martha Albertson Fineman, Jack E Jackson et Adam P Romero, dir, *Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Farnham (R-U), Ashgate, 2009, 179.

- Roy, Alain. « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis » (2005) 65:1-2 *Annales de Droit de Louvain* 29.
- Salih, Sara. *Judith Butler*, coll Routledge Critical Thinkers, London; New York, Routledge, 2007.
- Samson, Mélanie. « L'interprétation harmonieuse de la Charte québécoise et du *Code civil du Québec*: un sujet de discord pour le Tribunal des droits de la personne et les tribunaux de droit commun? » dans SFPBQ, *Le tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Cowansville, Yvon Blais, 2015, 183.
- . *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec : une harmonie à concrétiser*, coll Minerve, Cowansville, Yvon Blais, 2013.
- Sauvé, Jean-Sébastien. « Les oublié-e-s du régime de catégorisation du sexe aux fins de l'état civil : regard sur la situation juridique des personnes intersexes et trans* » dans Vincent Caron, Gabriel-Arnaud Berthold, Charlotte Deslauriers-Goulet et Jérémie Torres-Ceyte, dir, *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2015, 165.
- . « L'interdiction de discriminer les personnes trans* dans la Charte des droits et libertés de la personne (Charte québécoise) : 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 » (2015) 23 *Enfances Familles Générations* 108.
- Sénécal, Jean-Pierre et Murielle Drapeau. « Le divorce » dans *CCH Juriste*, Brossard, CCH, 2013, 30-000.
- Sharpe, Andrew N. « A Critique of the Gender Recognition Act 2004 » (2007) 4 *Bioethical Inquiry* 33.
- Spade, Dean. *Normal life. Administrative violence, critical trans politics and the limits of the law*, New York, South End Press, 2011.
- Streuli, Jürg C., Effy Vayena, Yvonne Cavicchia-Balmer et Johannes Huber. « Shaping Parents: Impact of Contrasting Professional Counseling on Parents' Decision Making for Children with Disorders of Sex Development » (2013) 10:8 *The Journal of Sexual Medicine* 1953.

Sullivan, Nikki. *A Critical Introduction To Queer Theory*, Washington Square, New York University Press, 2003.

Tétrault, Michel. *Droit de la famille*, 4^e éd, v 1 Le mariage, l'union civile et les conjoints de fait : Droits, obligations et conséquences de la rupture, Cowansville, Yvon Blais, 2010.

Van Vliet, Guy et Julie Franc-Guimond. « Ambiguïté sexuelle » dans Jean Turgeon, Anne-Claude Bernard-Bonnin, Pascale Gervais, Philippe Ovetchkine et Marie Gauthier, dir, *Dictionnaire de thérapie pédiatrique Weber*, 2^e éd, Montréal, Éditions de la Chenelière, 2008, 136.

Wilcox, André, Isabel Côté et Geneviève Pagé. « L'enfant intersexué : dysphorie entre le modèle médical et l'intérêt supérieur de l'enfant » (2015) 142 *Intervention* 65.

Autres documents

Action santé travesti(e)s et transsexuel(le)s du Québec (ASTT(e)Q). *Je me réfère : un guide de santé et de survie pour les personnes trans du Québec*, Montréal, Action santé travesti(e)s et transsexuel(le)s du Québec (ASST(e)Q), 2012.

Agence France Presse. « Lindsey Vonn ne pourra défier les hommes », *La Presse* (3 novembre 2012), en ligne : La Presse <<http://www.lapresse.ca/sports/ski-et-surf/ski-alpin/201211/03/01-4590090-lindsey-vonn-ne-pourra-defier-les-hommes.php>> (consulté le 15 avril 2016).

Allard, Sophie. « Entre deux sexes », *La Presse* (18 octobre 2009) *Vivre* 3.

———. « Opérer ou pas ? », *La Presse* (18 octobre 2009) *Vivre* 3.

Assemblée nationale. *Journal des débats — Commission des institutions — Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits* (22 mai 2013), 40^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-40-1/journal-debats/CI-130522.html#_Toc378853350>.

- . *Journal des débats — Commission des institutions — Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits (23 mai 2013)*, 40^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-40-1/journal-debats/CI-130523.html>.
- . *Journal des débats — Commission des institutions — Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres (13 mai 2015)*, 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-41-1/journal-debats/CI-150416.html#16h>.
- . *Journal des débats — Commission des institutions — Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres (14 mai 2015)*, 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-41-1/journal-debats/CI-150514.html>.
- . *Journal des débats — Commission des institutions — Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres (15 avril 2015)*, 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-41-1/journal-debats/CI-150415.html>.
- . *Journal des débats — Commission des institutions — Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres (16 avril 2015)*, 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-41-1/journal-debats/CI-150416.html#16h>.

- . *Journal des débats — Commission des institutions — Étude détaillée du projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits (12 juin 2013)*, 40^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-40-1/journal-debats/CI-130612.html>>.
- . *Journal des débats — Commission des institutions — Étude détaillée du projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits (26 novembre 2013)*, 40^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-40-1/journal-debats/CI-131126.html>>.
- . *Journal des débats — Commission des relations avec les citoyens — Étude détaillée du projet de loi n° 103, Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres (9 juin 2016)*, 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/crc-41-1/journal-debats/CRC-160609.html>>.
- . *Journal des débats - Commissions parlementaires - Sous-commission des institutions - Étude détaillée du projet de loi 125 - Code civil du Québec (29 août 1991)*, 34^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/journaux-debats/index-jd/recherche.html?cat=ex&Session=jd3411se&Section=sujets&Requete=SCI+109-78&Hier=Code+civil+du+Qu%C3%A9bec_Projet+de+loi+125_SCI+109-78>.
- . *Journal des débats - Dépôt du rapport de commission - Consultation (28 mai 2013)*, 40^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/40-1/journal-debats/20130528/83813.html>>.
- . *Journal des débats (7 décembre 1977)*, 31^e lég, 2^e sess.
- . *Journal des débats (19 décembre 1977)*, 31^e lég, 2^e sess.
- . *Journal des débats (11 décembre 2001)*, 36^e lég, 2^e sess, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/36-2/journal-debats/20011211/9579.html#_Toc532823028>.

- . *Journal des débats* (5 février 2002), 36^e lég, 2^e sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-36-2/journal-debats/CI-020205.html>>.
- . *Journal des débats* (21 septembre 2004), 37^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-37-1/journal-debats/CI-040921.html>>.
- . *Journal des débats* (4 décembre 2013), 40^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/40-1/journal-debats/20131204/102833.html>>.
- . *Journal des débats* (6 décembre 2013), 40^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/40-1/journal-debats/20131206/103213.html>>.
- . *Journal des débats* (24 février 2016), 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/41-1/journal-debats/20160224/164265.html>>.
- . *Journal des débats* (12 mai 2016), 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/41-1/journal-debats/20160512/171277.html>>.
- . *Journal des débats* (10 juin 2016), 41^e lég, 1^{re} sess, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/41-1/journal-debats/20160610/174423.html#_Toc453595329>.

Association mondiale des professionnels pour la santé transgenre, The World Professional Association for Transgender Health. *Standards de Soins pour la santé des personnes transsexuelles, transgenres et de genre non-conforme*, 7^e éd, 2012.

« Badminton », en ligne : Site web officiel de l'Équipe olympique canadienne <<http://olympique.ca/sports/badminton/>> (consulté le 15 avril 2016).

Bastien-Charlebois, Janik. « Corrections médicales des personnes intersexuées: le bras armé de l'hétérosexisme », *Gazette des femmes* (19 novembre 2013), en ligne : Gazette des

femmes <<http://www.gazettedesfemmes.ca/7764/corrections-medicales-des-personnes-intersexuees-le-bras-arme-de-lheterosexisme/>> (consulté le 21 novembre 2013).

———. « My coming out: The lingering intersex taboo », *Montreal Gazette* (9 août 2015), en ligne : Montreal Gazette <<http://montrealgazette.com/life/my-coming-out-the-lingering-intersex-taboo>> (consulté le 12 février 2016).

Bastien-Charlebois, Janik, Sunny Dagenais et Lucie Gosselin. *Quel est ce « sexe » que l'on mentionne? : Quelques implications du projet de règlement encadrant les demandes de changement de mention de sexe pour les personnes intersex(u)és*, Comité Visibilité Intersexe, 2015, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/Media/Process.aspx?MediaId=ANQ.Vigie.Bll.DocumentGenrique_103765&process=Default&token=ZyMoxNwUn8ikQ+TRKYwPCjWrKwg+vIv9rjj7p3xLGTZDmLVSmJLoqe/vG7/YWzz> (consulté le 2 février 2016).

Bélair-Cirino, Marco. « Des centaines de Québécois ont enfin la bonne identité sexuelle », *Le Devoir* (3 mars 2016), en ligne : Le Devoir <<http://www.ledevoir.com/societe/actualites-en-societe/464501/des-centaines-de-quebecois-ont-enfin-la-bonne-identite-sexuelle>> (consulté le 3 mars 2016).

Bellavance, Joël-Denis. « Justin Trudeau s'emporte puis s'excuse », *La Presse* (16 mars 2011) A15.

Bertomeu, Joël. *De Maude à Justin*, Trinôme, 2014.

Binder, Sarah. « A transsexual has won a precedent-setting legal battle to have his sex designation changed to male from female on his birth certificate », *Medicine Hat News* (25 mars 1999) A12.

Bissinger, Buzz. « Caitlyn Jenner : The Full Story », *Vanity Fair* (30 juin 2015), en ligne : Vanity Fair <<http://www.vanityfair.com/hollywood/2015/06/caitlyn-jenner-bruce-cover-annie-leibovitz>> (consulté le 4 janvier 2016).

Bouchard, Gabrielle et Marie-Claude Garneau. « Masculinité et féminité imposées », *À Bâbord !* (octobre 2013).

Brauer, Suzanne. *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel. Questions éthiques sur l'« intersexualité »*, Prise de position no 20/2012, Berne, Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, 2012, en ligne : <http://www.bag.admin.ch/nek-cne/04229/04232/index.html?lang=fr&download=NHZLpZeg7t,lnp6I 0NTU04212Z 6l n1ae2IZn4Z2qZpnO2Yuq 2Z 6gpJCKfX96f2ym 162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-->>.

Calderon, Philippe. *Michel Foucault par lui-même*, Arte, 2003.

Cameron, Daphné. « Un choix historique et audacieux », *La Presse* (3 octobre 2009) A2.

Citoyenneté et Immigration Canada. *Découvrir le Canada : Les droits et responsabilités liés à la citoyenneté*, Ottawa, Citoyenneté et Immigration Canada, 2012, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/pdf/pub/decouvrir.pdf>> (consulté le 17 février 2016).

Comité contre la torture. *Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France*, CAT/C/FRA/CO/7, 2016, en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/117/36/PDF/G1611736.pdf?OpenElement>>.

Comité de l'état civil. *Rapport sur l'état civil*, Montréal, Office de révision du Code civil, 1973.

Comité des droits de l'enfant. *Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse, soumis en un seul document*, CRC/C/CHE/CO/2-4, 2015, en ligne : <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhskw6ZHISjLETdRql6Pfo3d19G0fwi7ZPZdEOVKAQgeqWKogX2iXEvcG5O%2bzGKtEo1mvxQa5f2BML1v0Rdn5SwNDBfOjwOXTL0YhljXcNFThe>> (consulté le 12 février 2016).

Comité du nom des personnes. *Rapport sur le nom et l'identité physique de la personne humaine*, Montréal, Office de révision du Code civil, 1975.

Comité trans du CQGL. *Plan de revendication trans*, Conseil québécois des gais et lesbiennes, 2012, en ligne : <<http://www.conseil-lgbt.ca/wp-content/uploads/2014/02/Plan-de-revendications-trans.pdf>> (consulté le 2 janvier 2016).

Commission des droits de la personne. *Commission des institutions — Commentaires sur le projet de loi 125 — Code civil du Québec*, Montréal, 1991.

Commission des institutions. « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits — Sommaire » (2013), en ligne : Assemblée nationale du Québec — Commission des institutions <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci/mandats/Mandat-32171/index.html>> (consulté le 18 novembre 2015).

———. *Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres - Observations et recommandations*, Assemblée nationale du Québec (Direction des travaux parlementaires), 2015, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/Media/Process.aspx?MediaId=ANQ.Vigie.Bll.DocumentGenerique_104757&process=Default&token=ZyMoxNwUn8ikQ+TRKYwPCjWrKwg+vIv9rjj7p3xLGTZDmLVSmJLoqe/vG7/YWzz> (consulté le 21 mai 2015).

———. « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres - Sommaire » (2015), en ligne : Assemblée nationale du Québec - Commission des institutions <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci/mandats/Mandat-32171/index.html>> (consulté le 18 novembre 2015).

Commission des relations avec les citoyens. « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 103, Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres » (2016), en ligne : Assemblée nationale du Québec - Commission des relations avec les citoyens <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/crc-41-1/journal-debats/CRC-160607.html>> (consulté le 7 juin 2016).

Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *Concluding observations on the initial report of Germany*, CRPD/C/DEU/CO/1, 2015, en ligne : <<https://documents-dds->

ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/096/31/PDF/G1509631.pdf?OpenElement>
(consulté le 25 juillet 2016).

« Conclusion du 3ème Forum International Intersexe de l'ILGA : Manifeste du 3e Forum International Intersexe du 1er décembre 2013 », en ligne : Organisation internationale des intersexes - Francophonie <<http://oii francophonie.org/318/conclusion-du-3eme-forum-international-intersexe-de-lilga-manifeste-du-troisieme-forum-international-intersexe-du-1er-decembre-2013/>> (consulté le 12 février 2016).

Condition Trans au Québec. État des faits 2013, Montréal, Centre de lutte contre l'oppression des genres, 2013, en ligne : <http://www.academia.edu/3603627/%C3%89tat_des_faits_Trans_2013> (consulté le 1 juillet 2014).

Conseil de l'Europe, AP. *Résolution 1952 - Le droit des enfants à l'intégrité physique* (version finale), 2013, en ligne : <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=20174&lang=fr>>.

Consortium on the Management of Disorders of Sex Development. *Clinical Guidelines for the Management of Disorders of Sex Development in Childhood*, Rohnert Park, Intersex Society of North America, 2006, en ligne : <<http://www.dsdguidelines.org/files/clinical.pdf>> (consulté le 10 novembre 2014).

Correspondance avec le Directeur de l'état civil.

Correspondance avec le Ministère de la Justice.

Correspondance avec le Protecteur du citoyen.

CP. « Sex change official », *The Daily News (Halifax)* (25 mars 1999) 13.

———. « Transsexual wins right to change birth certificate », *The Lethbridge Herald* (25 mars 1999) page non spécifiée.

Cyr, Guillaume, Janik Bastien-Charlebois et Sunny Dagenais. « Semaine de sensibilisation aux réalités des personnes intersexes - UQAM » (2014), en ligne : Facebook <<https://www.facebook.com/events/1477552532509734/>> (consulté le 27 octobre 2014).

Déclaration de Montréal, 1ers Outgames Montréal 2006, 2006, en ligne :
<<http://www.declarationofmontreal.org/DeclarationdeMontrealFR.pdf>> (consulté le 12 février 2016).

DeGrandpré, Hugo. « Vers un troisième sexe sur les passeports canadiens ? », *La Presse* (7 mai 2012) A12.

« De Maude à Justin - Entrevue à Denis Lévesque », *Denis Lévesque* (12 mai 2015), en ligne :
Denis Lévesque <<http://fr.canoe.ca/sante/videos/de-maude-a-justin-entrevue-a-denis-levesque/4233187420001>> (consulté le 12 février 2016).

Diamond, Milton et Hazel Beh. « Variations of Sex Development Instead of Disorders of Sex Development » (26 juillet 2006), en ligne : Pacific Center For Sex and Society — University of Hawai'i — Manoa
<<http://www.hawaii.edu/PCSS/biblio/articles/2005to2009/2006-variations.html>>
(consulté le 2 février 2016).

Directeur de l'état civil. « Changement de la mention du sexe », en ligne :
<<http://etatcivil.gouv.qc.ca/fr/changement-sexe.html>> (consulté le 17 mars 2016).

Discrimination et violence à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, A/HRC/29/23, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, 2015, en ligne :
<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Documents/A_HRC_29_23_fr.doc> (consulté le 12 février 2016).

Enfants Transgenres Canada. *Mémoire pour soutenir le projet de loi 35*, Enfants Transgenres Canada, 2013.

Françoise Susset. « ATQ Fierté Trans 2011 Françoise Susset : Le couple en transition » (7 mai 2011), en ligne : Youtube <<https://www.youtube.com/watch?v=H3orNbfxr-M>>
(consulté le 16 juillet 2016).

Gravel, Pauline. « Entre le X et le Y, des êtres humains », *Le Devoir* (14 septembre 2013) A6.

Greenfield, Charlotte. « Should We “Fix” Intersex Children », *The Atlantic* (8 juillet 2014), en ligne : The Atlantic <<http://www.theatlantic.com/health/archive/2014/07/should-we-fix-intersex-children/373536/>> (consulté le 8 juillet 2014).

« Hermaphrodites with Attitude », en ligne : Intersex Society of North America <<http://www.isna.org/library/hwa>> (consulté le 29 janvier 2016).

Human rights and intersex people (Issue Paper), Commissaire aux droits de l’Homme du Conseil de l’Europe, 2015, en ligne : <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2870032&SecMode=1&DocId=2346276&Usage=2>> (consulté le 12 février 2016).

« I am Jazz », en ligne : TLC <<http://www.tlc.com/tv-shows/i-am-jazz/>> (consulté le 2 janvier 2016).

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada. « Détermination du sexe aux fins des demandes de citoyenneté » (23 mars 2016), en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/outils/cit/admin/id/sexe.asp>> (consulté le 14 avril 2016).

———. « Mise à jour des instructions relatives à la gestion de l’identité sur le changement de mention du sexe » (23 mars 2016), en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/outils/misesajour/2016/2016-03-23.asp>> (consulté le 14 avril 2016).

« Instruction générale relative à l’état civil du 11 mai 1999 (Annexe) », en ligne : Legifrance <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000647915&dateTexte=>>.

« Je suis trans », en ligne : Moi & Cie <<http://tv.moietcie.ca/series/je-suis-trans/concept>> (consulté le 25 avril 2016).

Kohan, Jenji. *Orange Is The New Black*, Netflix, 2015.

———. *Orange Is The New Black, S3E4, Finger in the Dyke*, Netflix, 2015.

———. *Orange Is The New Black, S3E5, Ching, Chong, Chang*, Netflix, 2015.

Labelle, Sophie. *Je suis née dans le bon corps - c'est la manière dont les gens le voient qui est mauvaise*, Assignée garçon - BD en ligne, 2015, en ligne : <<https://www.facebook.com/assigneegarcon/photos/pb.1441336769488712.-2207520000.1434564070./1595852777370443/?type=1&theater>> (consulté le 17 juin 2015).

Larsson, Naomi. « Is the world finally waking up to intersex rights? », *The Guardian* (10 février 2016), en ligne: The Guardian <<http://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2016/feb/10/intersex-human-rights-lgbti-chile-argentina-uganda-costa-rica>> (consulté le 8 avril 2016).

Lavers, Michael K. « Chilean officials oppose intersex children 'normalization' surgery », *Washington Blade* (11 janvier 2016), en ligne : Washington Blade <<http://www.washingtonblade.com/2016/01/11/chilean-officials-oppose-normalization-surgery-for-intersex-children/>> (consulté le 8 avril 2016).

Leach, Anna. « "It's all about democracy": inside gender neutral schools in Sweden », *The Guardian* (2 février 2016), en ligne : The Guardian <<http://www.theguardian.com/teacher-network/2016/feb/02/swedish-schools-gender-alien-concept>> (consulté le 7 avril 2016).

Légaré, Isabelle. « De Maude à Janik en passant par Hermaphrodite », *Le Nouvelliste* (13 avril 2013) 2.

———. « Maude, ni fille ni garçon », *Le Nouvelliste* (13 avril 2013) 2.

———. « Quand votre petite hurle qu'elle veut un pénis et pisser debout », *Le Nouvelliste* (13 avril 2013) 3.

———. « Danick, Justin et l'acte de (re)naissance », *Le Nouvelliste* (7 décembre 2013) 36.

———. « La chenille », *Le Nouvelliste* (7 décembre 2013) 37.

———. « Le papillon », *Le Nouvelliste* (7 décembre 2013) 36.

LeMonde.fr. « Ski : Lindsey Vonn privée de descente face aux hommes », *Le Monde* (4 novembre 2012), en ligne : Le Monde

<http://www.lemonde.fr/sport/article/2012/11/04/lindsey-vonn-privee-de-descente-face-aux-hommes_1785433_3242.html> (consulté le 15 avril 2016).

Maria Arana, Marcus de. *A Human Rights Investigation Into the Medical Normalization'' of the Intersex People*, San Francisco, Human Rights Commission of the City & County of San Francisco, 2005, en ligne : <http://www.isna.org/files/SFHRC_Intersex_Report.pdf> (consulté le 12 février 2016).

Méndez, Juan É. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, United Nations, General Assembly, Human Rights Council, 2013, en ligne : <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf>.

Ministère des Services gouvernementaux et des Services aux consommateurs. « Le genre sur la carte Santé et le permis de conduire » (29 juin 2016), en ligne : Gouvernement de l'Ontario <<https://news.ontario.ca/mgs/fr/2016/06/le-genre-sur-la-carte-sante-et-le-permis-de-conduire.html>> (consulté le 29 juin 2016).

Namaste, Viviane K. *Évaluation des besoins: Les travesti(e)s et les transsexuel(le)s au Québec à l'égard du VIH/Sida*, Montréal, ASST(e)Q, 1998.

Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec. Projet de Code civil*, 1, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1977.

OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF et WHO. *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization. An interagency statement*, 2014, en ligne : <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/gender_rights/eliminating-forced-sterilization/en/#> (consulté le 2 juin 2014).

Oulton, Jim, Françoise Susset, Nicole Nussbaum et Dana Roberts. *Lettre adressée aux députés et membres de la Commission des institutions*, Association canadienne des professionnels en santé des personnes transsexuelles, 2013.

Pelletier, Mélanie P. et Yves Bernard. *Herma XXY: l'intersexuation*, Telimagin, 2014.

Poisson, Jayme. « Parents keep child's gender secret », *Toronto Star* (21 mai 2011), en ligne : Toronto Star <http://www.thestar.com/life/parent/2011/05/21/parents_keep_childs_gender_secret.html>.

PolitiQ. « Non aux règles stériles de l'État Civil » (16 octobre 2010), en ligne : Youtube <https://www.youtube.com/watch?v=5om_IgKeJdA> (consulté le 28 mars 2016).

Poulin-Chartrand, Sarah. « Un sexe de force », *Gazette des femmes* (29 août 2013), en ligne : Gazette des femmes <<http://www.gazettedesfemmes.ca/6976/un-sexe-de-force/>>.

———. « Naître un peu garçon et un peu fille », *Enfants Québec* (5 février 2014), en ligne : Enfants Québec <<http://enfantsquebec.com/2014/02/05/ambiguite-sexuelle-peu-garcon-peu-fille/>> (consulté le 27 février 2014).

Pullen Sansfaçon, Annie. *Mémoire présenté à la Commission des institutions pour le projet de Règlement pour le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenres*, Enfants Transgenres Canada, 2015

Québec solidaire. *Annexes II : Résolutions adoptées*, 2015.

Radio-Canada avec Agence France-Presse, Associated Press et Reuters. « Bradley Manning condamné à 35 ans de prison », *Radio-Canada* (21 août 2013), en ligne : Radio-Canada <<http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/international/2013/08/21/006-manning-peine-espionnage.shtml>> (consulté le 2 janvier 2016).

Radio-Canada avec Agence France-Presse et Reuters. « Bradley Manning se considère comme une femme », *Radio-Canada* (22 août 2013), en ligne : Radio-Canada <<http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/International/2013/08/22/004-bradley-manning-considere-femme.shtml>> (consulté le 2 janvier 2016).

Re-Amended Motion to Institute Proceedings for a Declaratory Judgment dans le dossier 500-17-082257-141.

Resilient Individuals: Sexual Orientation Gender Identity & Intersex Rights (National Consultation Report), Australian Human Rights Commission, 2015, en ligne :

<https://www.humanrights.gov.au/sites/default/files/document/publication/SOGII%20Rights%20Report%202015_Web_Version.pdf> (consulté le 12 février 2016).

« Revendications de l’OII Francophonie », en ligne : Organisation Internationale des Intersexes - Francophonie <<http://oiifrancophonie.org/nos-revendications/revendications-de-loii-francophonie/>> (consulté le 12 février 2016).

Sauvé, Jean-Sébastien. « Hormonothérapie et changement de nom » (31 juillet 2014), en ligne : Droit des personnes intersex(ué)es, queers et trans* <<http://www.jssauve.ca/blogue/2014/07/31/hormonotherapie-et-changement-de-nom/>> (consulté le 11 avril 2016).

———. « Réaction à l’article « Ce que dit la loi » paru dans Châtelaine » (10 octobre 2014), en ligne : Jean-Sébastien Sauvé - Droit des personnes intersex(ué)es, queers et trans* <<http://www.jssauve.ca/blogue/2014/10/10/reaction-a-larticle-ce-que-dit-la-loi-paru-dans-chatelaine/>> (consulté le 12 février 2016).

———. « Les personnes intersexes ont-elles des droits ? » (4 novembre 2014), en ligne : Jean-Sébastien Sauvé - Droit des personnes intersex(ué)es, queers et trans* <<http://www.jssauve.ca/blogue/2014/11/04/les-personnes-intersexes-ont-elles-des-droits/>> (consulté le 12 février 2016).

———. « Hormonothérapie et changement de nom: prise 2 » (3 août 2015), en ligne : Droit des personnes intersex(ué)es, queers et trans* <<http://www.jssauve.ca/blogue/2015/08/03/hormonotherapie-et-changement-de-nom-prise-2/>> (consulté le 11 avril 2016).

Scruton, Sue. *Rapport de l’évaluation des besoins des personnes trans*, Ottawa, Société canadienne du sida, 2014.

Sexual health, human rights and the law, World Health Organization, 2015, en ligne : <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/175556/1/9789241564984_eng.pdf?ua=1> (consulté le 12 février 2016).

Spade, Dean. « About Purportedly Gendered Body Parts » (9 décembre 2013), en ligne : DeanSpade.net <<http://www.deanspade.net/wp-content/uploads/2011/02/Purportedly-Gendered-Body-Parts.pdf>> (consulté le 9 décembre 2013).

« Sports équestres - Saut d'obstacles », en ligne : Site web officiel de l'Équipe olympique canadienne <<http://olympique.ca/sports/sports-equestres-saut-dobstacles/>> (consulté le 15 avril 2016).

Statistiques Canada. « Tableau 12-2. Naissances vivantes et morts foetales (mortinaissances), selon la géographie — Lieu de naissance (en milieu hospitalier et ailleurs qu'en milieu hospitalier) » (27 novembre 2013), en ligne : Statistiques Canada <<http://www.statcan.gc.ca/pub/84f0210x/2008000/t026-fra.htm>> (consulté le 27 novembre 2013).

St-Germain, Raymonde. *Projet de loi no 35 - Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, Le Protecteur du Citoyen, 2013, en ligne : <https://protecteurducitoyen.qc.ca/sites/default/files/pdf/Memoire_projet_de_loi/2013/2013-05-17_lettre_PL_35.pdf> (consulté le 16 mars 2016).

Surgery on intersex infants and human rights, Australian Human Rights Commission, 2009, en ligne : <<https://www.humanrights.gov.au/surgery-intersex-infants-and-human-rights-2009>> (consulté le 18 juin 2015).

Susset, Françoise. *Lettre ayant comme objet « Consultations particulières sur le projet de règlement relatif au Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil pour les personnes transsexuelles ou transgenre. »*, Institut pour la santé des minorités sexuelles, 2015.

« Tennis », en ligne : Site web officiel de l'Équipe olympique canadienne <<http://olympique.ca/sports/tennis/>> (consulté le 15 avril 2016).

The fundamental rights situation of intersex people, European Union Agency for Fundamental Rights, 2015, en ligne : <<http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-focus-04-intersex.pdf>> (consulté le 12 février 2016).

The International Foundation for Gender Education. « Quebec FTM Needs Information & Help in Legal Fight » (30 mars 1998), en ligne : The International Foundation for Gender Education <<http://www.ifge.org/news/1998/march/ntc3308.htm>> (consulté le 24 mars 2016).

———. « Quebec Transman Resolves His Civil Status » (19 avril 1999), en ligne : The International Foundation for Gender Education <<http://www.ifge.org/news/1999/apr/nws99apr19.htm>> (consulté le 24 mars 2016).

The Senate. *Involuntary or coerced sterilisation of intersex people in Australia*, Canberra, Community Affairs, References Committee, 2013, en ligne : <http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Community_Affairs/Involuntary_Sterilisation/Sec_Report/~/_media/Committees/Senate/committee/clac_ctte/involuntary_sterilisation/second_report/report.ashx> (consulté le 28 mai 2015).

« The Transgender Tipping Point—America’s next civil rights frontier », *Time Magazine* (9 juin 2014).

The World Professional Association for Transgender Health. « WPATH Identity Recognition Statement », en ligne : WPATH - The World Professional Association for Transgender Health <<http://www.wpath.org/documents/Identity%20Recognition%20Statement%206-6-10%20on%20letterhead.pdf>> (consulté le 7 février 2014).

———. « WPATH Statement on Legal Recognition of Gender Identity », en ligne: WPATH—The World Professional Association for Transgender Health <http://www.wpath.org/uploaded_files/140/files/WPATH%20Statement%20on%20Legal%20Recognition%20of%20Gender%20Identity%201-19-15.pdf> (consulté le 7 mai 2015).

Thomson Reuters. « Canadian government considering gender-neutral ID », *CBC.ca* (3 juillet 2016), en ligne : CBC.ca <<http://www.cbc.ca/news/canada/gender-neutral-id-1.3663111>> (consulté le 3 juillet 2016).

Traversy, Charel. « De Maude à Justin, prisonnier dans un corps de femme », *TVA Nouvelles* (12 mai 2015), en ligne : TVA Nouvelles <<http://www.tvanouvelles.ca/2015/05/12/de-maude-a-justin-prisonnier-dans-un-corps-de-femme>> (consulté le 12 février 2016).

Tremblay, Mylène. « Intersexualité. Rencontre du troisième sexe (Dossier) », *Châtelaine* (août 2014) 86.

Trottier-Gascon, Caroline. « Changement de mention de sexe: nouveaux critères, nouveaux obstacles » (21 décembre 2014), en ligne : Huffington Post Québec - Caroline Trottier-Gascon <http://quebec.huffingtonpost.ca/caroline-trottiergascon/changement-de-mention-de-sexe--nouveaux-criteres-nouveaux-obstacles_b_6352134.html> (consulté le 12 avril 2016).

Whittle, Stephen. « Why trans men should not be required to undergo vaginectomy » (24 septembre 1997), en ligne : <<http://pmg-assets.s3-website-eu-west-1.amazonaws.com/docs/2003/appendices/030909capetown.htm>> (consulté le 24 mars 2016).

