

New Brunswick
Child & Youth
Advocate



Défenseur des
enfants et des jeunes
du Nouveau-Brunswick

Avenant au rapport du Défenseur

8 septembre 2023

Le 23 août 2023, le ministère de l'Éducation et du Développement de la petite enfance a de nouveau modifié la politique 713. Le ministre a annoncé les changements lors d'une conférence de presse et la politique 713 mise à jour est apparue sur le site Web du ministère. Le ministre a déclaré lors de cette conférence de presse que ces changements répondent à « toutes » les préoccupations exprimées dans le rapport du Bureau du défenseur du 15 août 2023. Le ministre est l'arbitre final pour déterminer si le ministère a apporté ou non à la politique tous les changements qu'il entend apporter. Le défenseur est l'arbitre final pour déterminer si ses préoccupations ont été satisfaites ou non.

Les préoccupations du défenseur ont-elles « toutes » été prises en compte ?

Deux des principales préoccupations exprimées dans mon rapport – l'incapacité du Ministère à appliquer la loi concernant la capacité évolutive de l'enfant et l'incapacité du Ministère à respecter la *Loi sur le droit à l'information et la protection des renseignements personnels* en ce qui concerne la divulgation publique des noms de naissance et le genre sans le consentement de l'enfant – n'ont pas été abordées du tout. Ces questions sont abordées en détail dans le rapport et ne nécessitent pas de développement supplémentaire ici.

Le droit à une accommodation

Les changements abordent le problème de l'ordre donné aux psychologues et aux travailleurs sociaux de violer leur éthique professionnelle. Cela a probablement pallié à l'incertitude des professionnels et épargné au Ministère le temps de contester des plaintes qu'il aurait pu perdre. Cependant, j'ai soulevé un problème supplémentaire : ces groupes de professionnels ont clairement indiqué qu'appeler les étudiants par le nom qu'ils souhaitent est une adaptation essentielle à leurs besoins. La manière dont les écoles peuvent rejeter cet avis professionnel concernant l'accommodement des élèves 2SLGBTQIA+ sans violer l'article 15 de la *Charte* est une question qui n'est pas abordée par les changements.

Les changements permettent également qu'un élève soit appelé par le nom qu'il a choisi sans le consentement de ses parents s'il parle en tête-à-tête avec des professionnels de l'école pour obtenir de l'aide et si l'élève « communique avec les professionnels appropriés dans l'élaboration d'un plan pour parler à leurs parents. » Cette clause est ouverte à diverses interprétations. Elle s'ajoute au langage permettant l'utilisation des noms préférés par les professionnels de l'école, ce qui montre clairement l'intention d'une utilisation supplémentaire du nom préféré. Elle ne limite pas qui peut utiliser le nom et les pronoms préférés sans consentement, donc à première vue, cela semble suggérer qu'une fois qu'un enfant a commencé le processus de travail sur un plan, le personnel de l'école peut utiliser le nom préféré sans consentement.

Au 27 août 2023, aucune directive n'avait été publiée à l'intention des districts scolaires sur la manière d'interpréter cette clause. Pour que la politique soit conforme à la fois à la *Loi sur l'éducation* et à la *Loi d'interprétation*, il faut considérer toutes les dispositions comme correctives et leur donner une interprétation juste, large et libérale afin de mieux garantir les objectifs de la loi applicable. On pourrait donc présumer que les mots ont leur sens ordinaire : lorsqu'un élève est en train de communiquer avec les professionnels appropriés dans le cadre de l'élaboration d'un plan pour parler à ses parents, tout professionnel de l'école, y compris bien sûr les enseignants, peut utiliser le prénom préféré de l'élève. Les commentaires publics depuis laissent l'impression que le Ministère souhaite une interprétation différente, cependant, ce qui est écrit semble assez clair.

Ce qui est clair, c'est qu'avec ce changement, le Ministère a accepté l'évidence selon laquelle il est contraire à l'éthique et inefficace pour les professionnels travaillant avec des enfants de les appeler par des noms qu'ils ne souhaitent pas qu'on utilise. Pourquoi le ministère accepte cela mais insiste toujours pour que les enseignants et les directeurs appellent les enfants par des noms qu'ils ne souhaitent pas qu'on leur donne est une explication que le Ministère a choisi de ne pas fournir.

Droits à l'égalité et discrimination

Le Ministère a tenté de résoudre les problèmes d'ambiguïté dans la rédaction en (1) déclarant désormais explicitement que le consentement parental est requis pour l'utilisation du nom préféré d'un enfant trans et (2) en redéfinissant l'utilisation « formelle » et « informelle » du nom d'un enfant pour définir toutes les interactions en classe, les activités parascolaires et périscolaires et les activités de gestion de classe comme « formelles ».

Je noterai, par souci de clarté, que toute utilisation des distinctions « formelles/informelles » dans mon rapport utilise la définition telle qu'elle était communément comprise au moment de la rédaction du rapport – « formelle » désigne la documentation juridique telle que les documents officiels et « informelle » désigne tous les documents et interactions quotidiens. Quant à la redéfinition du Ministère, elle semble avoir été faite dans la précipitation. La définition de « l'utilisation formelle du nom » inclut explicitement les activités parascolaires et périscolaires, mais la définition de « l'utilisation informelle du nom » s'applique aux « interactions sociales en dehors des interactions en classe ». Ainsi, il semble que certaines interactions dans des contextes extrascolaires ou périscolaires soient désormais à la fois formelles et informelles. Si c'était délibéré, le but m'échappe.

Définir les activités parascolaires et extrascolaires et toutes les interactions en classe comme ayant le même statut que le dossier juridique formel est un choix politique qui est, je crois, sans précédent au sein du Ministère. Il n'est pas clair si le Ministère a demandé un avis juridique sur les conséquences imprévues de ce choix. Après tout, il est juridiquement impossible que des choses formelles se produisent lors d'une réunion informelle. Ainsi, si l'utilisation du nom est un acte juridique formel, alors les activités extrascolaires sont désormais des procédures légales formelles. À ce titre, d'autres obligations légales peuvent également s'attacher à ces activités.

Deux catégories évidentes de préoccupations seraient les conventions collectives et les obligations d'inclusion. Si les activités ont désormais un statut juridique formel, les dispositions des conventions collectives concernant le personnel, les qualifications et le travail de l'unité de négociation pourraient s'étendre et créer des obligations pour les districts qui ont des obligations financières. Si ces services ne sont pas budgétisés, d'autres services destinés aux enfants pourraient en souffrir ou les districts pourraient être confrontés à des déficits. De plus, si les activités extrascolaires ont désormais un statut juridique formel, cela pourrait affecter la portée des obligations en matière de soutien à l'éducation inclusive pour les élèves.

Si on me demandait un exemple pratique de cette préoccupation, je citerais les danses à l'école. Actuellement, ces activités parascolaires sont généralement gérées avec beaucoup de bénévolat. Les élèves ayant des besoins particuliers ne bénéficient généralement pas du soutien d'assistants pédagogiques ou d'autres soutiens comme ils y auraient droit dans une salle de classe. Si une danse est désormais une procédure formelle selon laquelle on ne peut pas s'adresser à un élève sans utiliser le dossier légal formel, d'autres obligations formelles peuvent s'y rattacher. On peut demander aux bénévoles s'ils effectuent du travail au sein de l'unité de négociation. Les niveaux de dotation en personnel devront peut-être correspondre aux niveaux des salles de classe. Les étudiants qui ont besoin d'un aménagement peuvent y avoir droit, sinon ils se verront refuser l'accès à un rassemblement formel doté d'un statut légal.

Je ne peux pas dire avec certitude que ces problèmes se poseront. Si je récrivais la politique pour désigner les rassemblements parascolaires comme ayant un statut « formel », je prendrais certainement le temps d'obtenir des conseils sur ce point. Le Bureau du défenseur recherchera un conseiller juridique sur ces questions, et j'exhorte le Ministère à faire de même. L'un des problèmes liés à la modification hâtive des règles ciblant un groupe minoritaire est que les nouvelles règles peuvent avoir des conséquences inattendues lorsqu'elles sont appliquées plus largement.

La nouvelle politique est plus explicitement discriminatoire

La plus grande préoccupation liée à ces derniers changements est qu'ils créent de nouveaux problèmes en matière de droits de l'homme. Comme je l'ai écrit dans le rapport original :

Bien entendu, le Ministre peut modifier la politique en signant une nouvelle révision. Cependant, je pense que la raison pour laquelle la politique est si silencieuse actuellement est que plus la directive donnée aux membres du personnel enseignant de continuer à appeler l'élève par le prénom non désiré du dossier officiel est claire, plus les violations des droits seront évidentes et flagrantes. Pour combler le silence juridique actuel, la politique devrait décrire comment traiter les refus publics de respecter les demandes de prénoms et l'embarras et la stigmatisation qui en découlent, elle devrait autoriser explicitement le personnel enseignant à divulguer le nom du dossier officiel en violation des lois sur la protection de la vie privée, et elle devrait indiquer clairement que les lignes directrices en matière d'éthique professionnelle doivent être ignorées. Et une politique qui fait tout cela explicitement a plus de chances d'être invalidée par les tribunaux.

En effet, la politique 713 est désormais plus spécifique mais elle est donc plus ouvertement discriminatoire. Un problème est que désormais les restrictions sur le choix du nom par lequel vous souhaitez être appelé ciblent clairement uniquement les étudiants trans et non binaires. La première politique révisée cible les noms choisis dans le but de changer l'identité de genre. Désormais, elle cible une catégorie de personnes. Telle qu'elle est rédigée, **la politique interdit en fait aux étudiants trans et non binaires d'utiliser n'importe quel surnom, tout en étendant explicitement ce même privilège à tout étudiant qui n'est pas trans ou non binaire**. Dans la section des définitions, il y a maintenant une instruction claire selon laquelle les règles d'utilisation d'un surnom dépendent uniquement du fait que l'élève fait ou non partie d'un groupe défini.

Le prénom préféré fait référence à un nom qui a été identifié par un étudiant transgenre ou non binaire pour être utilisé à la place de son prénom légal

Le ministre a déclaré publiquement qu'il est généralement admis que les élèves utilisent des surnoms à d'autres fins que celles liées à leur identité de genre, et que les enseignants « peuvent toujours demander » si un élève est trans ou non binaire avant d'accepter d'utiliser un surnom. Cela crée au moins deux problèmes sérieux.

Disons, par exemple, que William, 14 ans, né mâle, souhaite qu'on l'appelle « Billy ». L'enseignant, pensant aux garçons qui chantent « Piano Man » (Joel) et « Rebel Yell » (Idol), commence à appeler l'enfant « Billy ». Cependant, lors du premier test, l'enfant écrit son nom « Billie ». Cela pourrait bien sûr faire référence au chanteur d'« American Idiot » (Armstrong) ou à la chanteuse de « Bad Guy » (Eilish) ou encore à Billie qui a chanté « Strange Fruit » (Holliday). La politique ministérielle déclare désormais que l'enseignant a le devoir de demander non seulement le but du changement de nom, mais aussi si l'élève est trans ou non binaire, car la politique fait désormais dépendre les règles concernant les surnoms non pas du nom mais de l'identité de genre de l'étudiant qui en fait la demande.

Demander si quelqu'un est membre d'un groupe minoritaire avant de décider quelles règles s'appliquent est une très mauvaise idée, avec de nombreuses implications juridiques et éthiques.

Tout d'abord, la question elle-même est inappropriée. Un élève n'est pas obligé de divulguer son identité de genre aux enseignants. C'est aussi un processus qui peut causer énormément d'embarras aux enfants. Tout comme les personnes trans n'aiment pas qu'on les morinomme, je ne m'attends pas à ce que les élèves cisgenres apprécient universellement de devoir nier qu'ils sont trans ou prouver leur statut de cisgenre aux gardiens de leur école.

Deuxièmement, demander si quelqu'un est membre d'un groupe minoritaire avant de décider quelles règles s'appliquent est en réalité une discrimination classique. À travers l'histoire, nous avons vu ces exemples.

c.1950:

Q: *Puis-je avoir une carte de crédit ?*

R: *Ça dépend. Êtes-vous une femme mariée ? Si c'est le cas, votre mari a le droit de savoir.*

c. 1960:

Q: *Puis-je manger à ce comptoir?*

R: *Ça dépend. Êtes-vous Noir?*

c. 1970:

Q: *Ce country club accepte-t-il les demandes d'adhésion ?*

R: *Ça dépend. Êtes-vous juif?*

c. 1980:

Q: *Puis-je simplement aller au bal de promo avec mon ami, qui est un homme comme moi ?*

R: *Ça dépend. L'un de vous est-il gay ?*

c. Nouveau-Brunswick, c. 2023

Q. *Le registre indique « William », mais pouvez-vous m'appeler « Billy » ?*

R: *Ça dépend. Êtes-vous trans ou non binaire ?*

Je suis sûr que les personnes qui élaborent cette politique sont suffisamment honnêtes pour que ces exemples les choquent. Le schéma historique doit cependant être souligné sans ambages, car il est choquant de voir ces anciennes lignes franchies une fois de plus pour un nouveau groupe minoritaire.

Certains pourraient souligner qu'il s'agit souvent d'une utilisation acceptable de la formule pour protéger les enfants des décisions qu'ils n'ont pas la capacité de prendre, comme nous le faisons lorsque nous répondons « Puis-je conduire ? » avec « Ça dépend. As-tu moins de 16 ans ? La différence essentielle est que, dans ce cas, le gouvernement a désormais reconnu que les enfants de moins de 16 ans sont capables de choisir le nom qu'ils veulent que les enseignants leur donnent. Seuls les enfants trans et non binaires ne peuvent pas faire ce choix, et la seule raison prévue dans la nouvelle Politique 713 est leur statut de personnes trans ou non binaires.

La politique 713 est également désormais discriminatoire envers certains parents. Loin de consolider le droit des parents de savoir comment s'appelle leur enfant à l'école, la politique accorde désormais ce droit à un seul groupe de parents. Si la politique accordait aux parents un large droit de décider comment les enfants sont appelés par les enseignants, cela serait au moins cohérent. Intrusif et étatiste, oui, mais cohérent. Cependant, les parents n'ont pas ce droit, car le ministre a clairement indiqué que le devoir de l'enseignant de poser des questions n'existe que s'il soupçonne qu'un enfant est trans ou non binaire. Si les

parents s'opposent au choix du nom de leur enfant pour des raisons religieuses, culturelles ou autres, ils n'ont pas le droit d'être informés ni le droit d'opposer leur veto au choix du nom. Les droits parentaux dépendent désormais également de l'identité de genre de leur enfant. C'est une étrange façon de soutenir les droits parentaux.

En fin de compte, la politique 713 est désormais explicitement discriminatoire. Le Québec, la Nouvelle-Écosse, l'Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve-et-Labrador¹ offrent tous aux enfants la liberté de choisir le nom par lequel ils souhaitent être appelés dans leurs interactions quotidiennes, quelle que soit leur identité de genre. Le Nouveau-Brunswick ne devrait pas être seul dans sa volonté de faire preuve de discrimination.

Conseils aux districts

Les districts scolaires et les éducateurs se trouvent désormais dans une position incroyablement difficile. Le ministère a maintenant clarifié son intention d'ordonner aux éducateurs de se livrer à une discrimination *prima facie* et de préférer la politique du ministère aux conseils des médecins, des psychologues et des travailleurs sociaux. Dans le même temps, il existe désormais un doute légitime quant à la légalité de l'ordonnance.

Sur ce point, je dois préciser que la politique du ministère et mon analyse de celle-ci n'ont pas été testées devant les tribunaux. Aucun avocat ne devrait jamais dire avec certitude à 100 % ce qu'un juge peut faire. Même les neuf juges de la Cour suprême – tous d'excellents avocats – diffèrent parfois sur la manière dont la loi doit être appliquée dans une affaire donnée. Le fait que mon analyse réfléchie soit qu'il y a des problèmes juridiques avec la Politique 713 ne permet pas de prédire avec une certitude à 100 % qu'un tribunal sera d'accord.

Dans le même temps, les enseignants et les districts scolaires sont des acteurs indépendants et s'ils se livrent à des actions qui violent le droit à la vie privée ou les droits de l'homme, le fait qu'ils aient suivi des ordres ne peut pas les protéger de toute responsabilité juridique pour ces actions. S'ils choisissent de suivre les instructions du gouvernement et de commencer à morinommer des enfants, en utilisant leur nom officiel sans consentement et en demandant aux enfants s'ils sont trans, ils pourraient se retrouver comme intimés dans la réponse judiciaire. Et le gouvernement ne peut pas non plus dire avec certitude à 100 % ce qu'un juge fera. L'Ombuds a rendu un avis qui a façonné mon analyse de la loi sur la protection de la vie privée, et son interprétation de cette loi mérite une certaine déférence en droit. Deux experts en droit constitutionnel très respectés ont déjà partagé publiquement leur analyse de cette question, qui concorde avec l'analyse de mon rapport. Le potentiel de responsabilité juridique des éducateurs et des districts qui appliquent la politique 713 telle que formulée doit également être reconnu.

Les éducateurs et les districts se trouvent dans une situation qui pourrait être assimilée à celle d'un soldat ayant reçu l'ordre de violer la Convention de Genève. L'ordre est clair mais douteusement légal. L'autorité qui délivre l'ordre a la capacité de donner l'ordre mais pas la capacité d'en garantir la légalité. Les moyens permettant de déterminer la légalité de l'ordre n'apporteront pas de réponse avant que l'ordre ne doive être suivi ou non. Cependant, si l'action s'avère ultérieurement illégale, vous pourriez subir des conséquences pour l'avoir commise.

Si le gouvernement voulait vraiment sortir les éducateurs de ce dilemme et croit vraiment en la légalité de sa nouvelle politique 713, je note que le procureur général peut demander directement à la Cour d'appel une déclaration de légalité par voie de renvoi judiciaire. Suspendre les changements jusqu'à ce que la Cour d'appel puisse entendre et disposer d'un renvoi serait une sage décision.

¹ Le Québec et la Nouvelle-Écosse le font respectivement à 14 et 12 ans. Î.-P.-É. et Terre-Neuve n'a pas de limite d'âge. Par souci d'exactitude, je dois noter que dans le rapport original, j'ai déclaré que Terre-Neuve utilisait également l'âge de 12 ans comme seuil, mais qu'en fait, ils sont encore plus permissifs que cela.

Bien entendu, un renvoi judiciaire est un pouvoir du procureur général, mais pas du défenseur. Tout ce que le défenseur peut faire, c'est interpréter la loi du mieux qu'il peut dans l'exercice de ses fonctions statutaires. Pour mémoire, j'estime que les lois sur la vie privée et les droits de la personne, ainsi que les dispositions de la *Loi sur l'éducation*, sont en conflit avec les modifications apportées à la politique 713. Comme la politique ministérielle est éclipsée par la législation, les conflits entre les lois et les politiques peuvent être résolus par les districts. Ils doivent d'abord suivre les statuts. De plus, les dispositions de la politique 703 (qui interdit explicitement la discrimination fondée sur l'identité de genre) sont également en conflit avec la politique 713, et les districts peuvent résoudre les politiques contradictoires.

Étant donné que les districts ont le pouvoir légal de respecter les lois et de résoudre les conflits de politiques en faveur des interprétations qui soutiennent la *Charte* et la *Loi sur les droits de la personne*, le Bureau du défenseur estime que les districts scolaires et les éducateurs ont également l'obligation légale de le faire. Nous plaiderons sur des dossiers individuels en espérant que les districts exerceront leur autorité de manière à éviter de violer les droits humains des enfants. Si les tribunaux ne sont pas d'accord par la suite, le Bureau du défenseur mettra à jour sa politique interne en conséquence.

Parce que nous attendons des districts scolaires qu'ils se conforment à la loi et résolvent les conflits entre la politique 713 et d'autres statuts en faveur de ces statuts, j'ai mis à jour la politique de district proposée afin que ma recommandation soit conforme à la politique 713 telle qu'elle est rédigée.

Le rôle du défenseur à l'avenir

La pratique générale du Bureau du défenseur est que nous effectuons des examens, faisons des recommandations aux autorités telles que les ministères gouvernementaux et faisons rapport à l'Assemblée législative sur l'efficacité et la pertinence des services aux enfants et aux jeunes. Le défenseur est un haut fonctionnaire de l'Assemblée législative, ce qui signifie que nous fournissons des informations et un examen des ministères gouvernementaux afin d'aider le pouvoir législatif du gouvernement à exercer sa fonction de surveillance. Le défenseur a également l'obligation légale de fournir des informations et des conseils aux communautés, et nous fournissons donc des faits et des analyses pour faciliter le débat public.

Le corollaire de cela est que le Bureau du défenseur fournit des éclairages au débat public mais ne fait pas partie du débat. Au cours de mes dix-huit mois en tant que défenseur, ma pratique a consisté à publier des rapports ou des analyses, à passer 48 à 72 heures à répondre aux questions et à expliquer les conclusions, puis à laisser le public et les élus mener le débat là où ils le souhaitent. Dans le cas de la politique 713, le Bureau a procédé à un examen de la décision de rouvrir la politique parce qu'il y avait un écart par rapport à la pratique habituelle et qu'une minorité vulnérable était touchée. Le Bureau a également fourni une analyse juridique de la nouvelle politique selon notre processus habituel. Trois jours après l'examen, nous avons considérablement limité les déclarations publiques.

Comme nous le savons tous, le rapport final du défenseur sur cette question découle de la décision inhabituelle (mais parfaitement légale) de l'Assemblée législative d'adopter une motion demandant que l'examen soit effectué. Cette motion, appuyée par une majorité de députés représentant les trois caucus, avait un poids considérable, et nous avons respecté ce désir de la majorité. Je pense que le rapport était complet et substantiel compte tenu du délai serré qui nous a été demandé de respecter.

Je peux également affirmer que le gouvernement a respecté le processus, même s'il était évident que le défenseur avait de sérieuses préoccupations à l'égard de la politique. La direction du Ministère a été professionnelle, rapide et ouverte lorsqu'on lui a demandé des informations. Le Cabinet n'a fait que respecter le mandat du défenseur, qui consiste à offrir des conseils sans pression ni influence induite. Tout comme le gouvernement a respecté son rôle et son processus, je dois le faire également. Il est du devoir d'un défenseur de formuler des recommandations, mais le débat sur la question de savoir si ces recommandations se concrétisent ou non appartient désormais aux citoyens et à ceux qu'ils élisent (et aux tribunaux agissant dans le cadre de leur rôle unique, bien sûr). Il est important que le défenseur soit en

mesure d'aborder un certain nombre de questions touchant les enfants et les personnes âgées sans avoir l'impression que les désaccords passés ont façonné l'analyse future.

Cet avenant est proposé parce qu'il y a eu une déclaration publique selon laquelle toutes mes préoccupations avaient été prises en compte, et il y avait un intérêt public correspondant sur ce point. Pour mémoire, le ministère n'a pas demandé si mes préoccupations avaient été prises en compte et si c'était le cas, je leur aurais fourni les commentaires que je fournis ici. J'apporte également cette clarté aux districts car ce sont leurs actions qui seront appliquées à nos dossiers de plaidoyer individuels. À l'avenir, notre Bureau proposera des commentaires si les actions ou les conclusions du Bureau sont remises en question ou déformées. Cependant, ce n'est pas le rôle du défenseur de proposer des réponses instantanées ou des contre-arguments à chaque développement. Refuser de participer au débat politique ne signifie pas un retrait de notre rapport. Le rapport demeure inchangé et peut être cité à moins que le défenseur ne l'annule. Ce n'est pas le rôle du défenseur de proposer de nouvelles citations à chaque cycle d'actualité. Refuser de le faire ne change rien aux conclusions du rapport.

En résumé, cet avenant met à jour le rapport pour tenir compte des changements récents. Ce qui se passe maintenant dépend de l'Assemblée législative, des cours et tribunaux et des citoyens informés. Je leur souhaite de la sagesse dans leurs délibérations.