

HOMOSEXUALITÉ ET TRANSSEXUALISME : L'ÉVOLUTION DANS LA RECONNAISSANCE DU DROIT À L'ÉGALITÉ

M^e Daniel Carpentier, conseiller juridique
Direction de la recherche et de la planification

Conférence donnée lors du Colloque organisé par l'association Henri Capitant, section québécoise, *La discrimination au Canada : Évolution et perspective d'avenir*, dans le cadre de la 1^{ère} session, Orientation sexuelle et identité sexuelle : jusqu'où va le droit à l'égalité?, le 9 février 2001 à Montréal. Ce texte sera publié dans les actes du colloque aux Éditions Yvon Blais.

Les opinions exprimées dans ce document
n'engagent que l'auteur.

Table des matières

1	ÉVOLUTION LÉGISLATIVE	6
2	INTERVENTIONS DE LA COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE.....	9
2.1	LES ENQUÊTES.....	9
2.2	L'ÉDUCATION.....	11
2.3	LES RECOMMANDATIONS	12
3	DÉCISIONS JUDICIAIRES.....	15
3.1	ORIENTATION SEXUELLE	15
	3.1.1 <i>En vertu de la Charte québécoise</i>	15
	3.1.2 <i>En vertu de la Charte canadienne des droits et libertés</i>	20
3.2	IDENTITÉ SEXUELLE.....	21
4	CONCLUSION ET PERSPECTIVES.....	23

HOMOSEXUALITÉ ET TRANSEXUALISME : L'ÉVOLUTION DANS LA RECONNAISSANCE DU DROIT À L'ÉGALITÉ

Lorsqu'il est question de droit à l'égalité, il est fréquent de se demander jusqu'où va ce droit. Les critères de discrimination renvoient plus souvent qu'autrement à des groupes victimes d'exclusion voire d'ostracisme dans la vie quotidienne et dans nos institutions. La protection offerte aux membres de ces groupes victimes de discrimination est ainsi encore souvent perçue comme un particularisme supplémentaire, certains affirmeraient un avantage.

Dès que le critère de discrimination illicite a une connotation sexuelle, la question du degré d'égalité est encore plus souvent soulevée. Peuvent en témoigner les femmes — paradoxalement elles constituent un tel groupe victime de discrimination alors qu'elles sont majoritaires — qui doivent continuer depuis plusieurs décennies leur lutte pour l'égalité. Lorsqu'il est question de l'orientation sexuelle ou de l'identité sexuelle, l'étendue du droit à l'égalité, parce que l'homosexualité et le transsexualisme comportent un élément lié à l'expression de la sexualité et ont été longtemps et sont parfois encore perçus comme des déviances sexuelles ou tout simplement un choix de style de vie, suscite des appréhensions. Le contexte de la reconnaissance du droit à l'égalité sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, à peine quelques années après que le fait d'avoir une relation sexuelle avec une personne du même sexe ne fut plus considéré comme une infraction criminelle, n'est peut-être pas étranger à la lente évolution de la reconnaissance effective de ce droit.

Nous nous proposons donc d'analyser l'évolution tant législative que jurisprudentielle de la reconnaissance du droit à l'égalité sous les deux critères de l'orientation sexuelle et de l'identité sexuelle.

1 ÉVOLUTION LÉGISLATIVE

En 1977, le législateur québécois modifiait pour une première fois la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ pour inclure à son article 10, qui reconnaît le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne, le critère de l'orientation sexuelle². Cette reconnaissance du droit à l'égalité pour les personnes homosexuelles survient moins de 10 ans après la modification au *Code criminel*³ qui a eu pour effet de décriminaliser les relations sexuelles entre personnes de même sexe, adultes et consentantes. Elle survient également moins de cinq ans après que l'Association américaine de psychiatrie eut reconnu en 1973 que l'homosexualité ne doit plus être considérée comme une pathologie psychiatrique devant être traitée par thérapie. Toutefois, l'ajout de ce motif, et il en a été de même quant aux autres nouveaux critères de discrimination interdite, le handicap, la grossesse ou l'âge⁴, n'a pas été accompagné d'une modification à la disposition de la Charte en matière de contrats ou régimes d'assurance de personne, de rente, de retraite ou d'avantages sociaux. En effet, l'article 137 de la Charte prévoyait que les articles 11, 13, 16, 17 et 19 de celle-ci ne s'appliqueraient que si la discrimination était fondée sur certains critères, ce qui excluait les critères sexe et état civil ainsi que tous les nouveaux critères qui ont été ajoutés par la suite⁵.

¹ L.R.Q., c. C-12.

² L.Q., 1977, c. 6, a. 1.

³ Dans le cadre de la loi omnibus adoptée en 1969 par le Parlement fédéral.

⁴ Le critère « personnes handicapées » a été introduit par la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, L.Q., 1978, c. 7. Ce critère a été remplacé par celui du handicap et ceux de la grossesse et de l'âge ont été ajoutés par la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q., 1982, c. 61.

⁵ « **137.** Les articles 11, 13, 16, 17 et 19 de la présente Charte ne s'appliquent à un régime de rentes ou de retraite, à un régime d'assurance de personnes ou tout autre régime d'avantages sociaux que si la discrimination est fondée sur la race, la couleur, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale ou la condition sociale. »

Lors des modifications apportées à la Charte en 1982, le législateur a donné au gouvernement le pouvoir d'adopter un règlement en matière d'assurance, de rente ou de régime d'avantages sociaux⁶ :

« **97.** *Le gouvernement, par règlement :*

1^o peut déterminer les données actuarielles et les facteurs de détermination de risque qui ne constituent pas de la discrimination dans les contrats d'assurance ou de rente, les régimes d'avantages sociaux, de retraite, de rente ou d'assurance ou dans les régimes universels de rente ou d'assurance, établir dans quels cas et selon quel type de contrat ou de régime ces données et facteurs sont réputés non discriminatoire et prévoir, aux fins de ces contrats et régimes, toute disposition incidente à l'application du principe de non discrimination et les règles relatives à la notion de conjoint; ».

On notera que ce pouvoir réglementaire prévoyait spécifiquement l'adoption de règles relatives à la notion de conjoint. Ce n'est finalement qu'en 1996 que l'article 137 est abrogé. Le nouvel article 20.1 prévoit que seules les distinctions, exclusion ou préférences fondées sur l'âge, le sexe ou l'état civil sont réputées non discriminatoires dans certaines circonstances :

« **20.1.** *Dans un contrat d'assurance ou de rente, un régime d'avantages sociaux, de retraite, de rentes ou d'assurance ou un régime universel de rentes ou d'assurance, une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'âge, le sexe ou l'état civil est réputée non discriminatoire lorsque son utilisation*

⁶ L.Q., 1982, c. 61. Cette loi prévoyait que l'adoption de ce règlement entraînait l'abrogation de l'article 137.

est légitime et que le motif qui la fonde constitue un facteur de détermination de risque, basé sur des données actuarielles.

Dans ces contrats ou régimes, l'utilisation de l'état de santé comme facteur de détermination de risque ne constitue pas une discrimination au sens de l'article 10. ».

Il n'était donc plus permis de tenir compte des critères, de l'orientation sexuelle, de la grossesse ou du handicap — sauf s'il peut être lié à l'état de santé — en matière d'assurance, de rentes ou d'avantages sociaux. Toutefois, pour les personnes homosexuelles, la question de la notion de conjoint demeure non résolue tant dans ces régimes que dans les lois qui reconnaissent des droits et privilèges aux conjoints qu'ils soient mariés ou conjoints de fait.

Cette dernière question ne fut tranchée qu'en 1999 par l'adoption de la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*⁷. Cette loi modifie l'ensemble des lois et des règlements afin d'accorder aux conjoints de même sexe les mêmes droits et d'imposer les mêmes obligations que ceux accordés ou imposés aux conjoints de fait de sexe différent⁸.

Il aura donc fallu près de vingt ans pour reconnaître formellement le droit à l'égalité des personnes homosexuelles en matière d'assurance de rente et d'avantages sociaux et plus de vingt ans pour reconnaître aux conjoints de même sexe des droits identiques à ceux reconnus aux conjoints de fait hétérosexuels.

⁷ L.Q., 1999, c. 14.

⁸ Certains aspects de cette révision des lois sociales, à savoir l'exhaustivité de la révision, la condition de publicité de la vie commune dans certaines lois et les disparités dans les conditions de reconnaissance des conjoints de fait, ont été critiqués par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Commentaires sur le projet de loi n° 32, Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, juin 1999.

2 INTERVENTIONS DE LA COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE

La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse dispose de divers moyens pour assurer la promotion et le respect des principes reconnus dans la Charte⁹. Nous verrons comment dans ses fonctions d'enquête et d'éducation ou lorsqu'elle émet des recommandations, elle est intervenue pour lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

2.1 Les enquêtes

De 1995 à 1999, la Commission mène environ de 30 à 50 enquêtes par année sous le motif de l'orientation sexuelle, soit de 3 à 5 % du total des dossiers traités annuellement¹⁰. Comme pour les autres motifs de discrimination, celle-ci se produit le plus souvent dans le cadre d'un emploi.

Sur l'ensemble de ses dossiers, la Commission en règle entre le quart et le tiers à la satisfaction des parties, donc suite à une médiation ou suite à un règlement hors cours. En voici quelques exemples sous le critère de l'orientation sexuelle :

- en 1997 suite à une médiation, une entente est intervenue pour accorder à un salarié un congé rémunéré de trois jours à l'occasion du décès du père de son conjoint de même sexe;
- en 1997 également, une entente intervient avant qu'une action ne soit intentée devant le tribunal relativement à un refus de louer une chambre dans une auberge;

⁹ Article 71.

¹⁰ 28 dossiers ont été finalisés en 1999, 32 en 1998; 50 en 1997; 47 en 1996 et 34 en 1995.

- en 1998, une entente hors cour prévoyant une indemnité de 1 400 \$ est intervenue dans un cas de refus d'accorder à un salarié un congé à l'occasion du décès de la mère de son conjoint de même sexe;
- en 1998, avant qu'une action ne soit intentée devant le tribunal, une société d'État qui avait refusé à une salariée un congé de maladie pour s'occuper de l'enfant dont sa conjointe est la mère, a convenu de verser une indemnité de 2 200 \$ et de modifier la définition de conjoint dans la convention collective;
- en 1999, des ententes interviennent avant poursuites judiciaires dans deux dossiers distincts en matière d'assurance collective où on ne reconnaissait pas aux conjoints de même sexe la protection familiale; une indemnité de 2 000 \$ est versée aux victimes et la police d'assurance est modifiée en conséquence;
- en 1999, une indemnité de 1 500 \$ est versée en compensation du refus de reconnaître les conjoints de même sexe dans une police d'assurance accident;
- en 1999, une entente intervient pour indemniser le conjoint de même sexe qui n'avait pu bénéficier de l'exemption du paiement de la taxe de vente lors de la donation de son véhicule automobile à son conjoint, l'indemnité est de 187,50 \$.

À la lecture de ces quelques cas, on constate que la discrimination en matière de régimes d'avantages sociaux ou d'assurance demeure très présente même plusieurs années après la modification à la Charte relativement à la discrimination dans ces régimes puisqu'une importante question n'avait pas été tranchée lors de la modification à la Charte en 1996, celle de la définition des conjoints.

Parmi ces plaintes, celles qui ne font pas l'objet d'une entente entre les parties ou d'un règlement sont parfois amenées devant les tribunaux par la Commission. Nous traiterons ces affaires dans la section suivante sur les décisions judiciaires.

2.2 L'éducation

La Commission offre, en plus des sessions de formation générale sur la Charte, des sessions spécialisées. Ainsi une session spécialisée est offerte depuis peu sur l'homophobie en milieu scolaire : *L'homophobie, une peur qui va droit au cœur*.

Cette session s'adresse plus particulièrement aux personnel enseignant et non enseignant des commissions scolaires. C'est à partir des considérations suivantes que cette session a été mise sur pied. « Selon une étude menée dans les écoles secondaires, l'homosexualité est la première cible de railleries chez les adolescents. " Tapette " et " fif " sont des épithètes fréquemment utilisées. D'après certains travailleurs sociaux, la plupart des homosexuels se rendent compte de leur orientation sexuelle vers l'âge de 13 ans, mais ne la révèlent à personne avant d'avoir 16 ans. Ils subissent trois ans d'isolement et d'insécurité. Selon un rapport publié par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 30% à 40% de toutes les tentatives de suicide chez les jeunes seraient reliées à la stigmatisation que leur a causée leur homosexualité. Dans les milieux de travail, un même climat d'hostilité réduit au silence les personnes gaies et lesbiennes. Les craintes relatives à leur poste et à leur sécurité physique sont une réalité de tous les jours.

Cette session de formation sous forme d'atelier vise : a) à contrer certains mythes et à fournir de l'information sur la nature et sur l'ampleur du problème; b) à discuter des droits en cause; c) à fournir des suggestions pour l'application de mesures pratiques pour contrer l'intolérance. »¹¹.

¹¹ Voir http://www.cdpcj.qc.ca/Formation/formation.htm#Atelier_6

2.3 Les recommandations

En plus de relever les dispositions des lois du Québec qui seraient contraires à la Charte et de faire les recommandations appropriées au gouvernement, la Commission a la responsabilité de :

« recevoir les suggestions, recommandations et demandes qui lui sont faites touchant les droits et libertés de la personne, les étudier, éventuellement en invitant toute personne ou groupement intéressé à lui présenter publiquement ses observations lorsqu'elle estime que l'intérêt public ou celui d'un groupement le requiert, pour faire au gouvernement les recommandations appropriées; »¹²

Des recommandations sur la conformité à la Charte des lois québécoises, la Commission en a formulé à plusieurs reprises afin d'éliminer la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans certaines lois comme la *Loi sur les normes du travail* ou la *Loi sur l'aide juridique*¹³. Par ailleurs l'élimination de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou d'autres motifs en vertu des dispositions de la Charte en matière d'assurance, de rentes ou d'avantages sociaux, a fait l'objet de nombreuses recommandations de la Commission¹⁴.

¹² Paragraphe 7° du 2^e alinéa de l'article 71.

¹³ *Conformité avec la Charte des droits et libertés de la personne du Projet de loi 97 : Loi modifiant la Loi sur les normes du travail*, novembre 1990; *Commentaires de la Commission des droits de la personne sur le Projet de loi 87 : Loi modifiant la Loi sur l'aide juridique*, juin 1995; *Commentaires de la Commission sur le Projet de loi 20 : Loi modifiant la Loi sur l'aide juridique*, juin 1996.

¹⁴ Cette recommandation a été réitérée dans presque chacun de ses rapports annuels en plus d'avoir été faite dans certains textes particuliers : *Remarques relatives à l'élimination de la discrimination dans les régimes d'avantages sociaux et les régimes d'assurance des personnes*, octobre 1980; les recommandations faites dans ce document ont été réitérées lors de la Commission parlementaire sur le Projet de loi 86 modifiant la Charte, tenue en octobre 1981; *Commentaires sur le Projet de règlement sur les facteurs de détermination de risque, les dispositions incidentes au principe de non discrimination et la notion de conjoint dans le domaine des avantages sociaux, des rentes et de l'assurance, y compris les régimes universels*, juin 1983.

En 1992 et 1993, les pressions de la part de la communauté gaie et lesbienne en faveur d'une intervention publique d'importance furent intenses. C'est sous le mode d'une large consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes que la Commission décida de mener le dossier. Trois thèmes de consultation, considérés comme des priorités par les communautés gaies et lesbiennes, furent retenus, soit la discrimination dans les services de santé et les services sociaux, les relations avec les corps policiers et l'examen de la conformité des lois du Québec avec la Charte.

Le succès de la consultation fut considérable. La Commission reçut 75 mémoires; au cours de rencontres publiques qui s'échelonnèrent sur six jours, en novembre 1993, elle invita plus de 40 organismes et personnes à venir présenter publiquement leur mémoire et échanger avec le comité responsable de la consultation. Cet exercice bénéficia d'une excellente couverture médiatique et permit d'exposer au débat public les grandes questions qui préoccupaient les communautés gaies et lesbiennes. L'exercice a aussi constitué une mobilisation très importante de tout le mouvement communautaire des gais et lesbiennes. Ce type de consultation sur la discrimination et la violence vécue par les personnes homosexuelles représente une première en Amérique du Nord, si ce n'est au monde.

Le rapport de cette consultation publié en 1994, très justement intitulé : « *De l'illégalité à l'égalité* »¹⁵, fit le point sur les sujets retenus et adressa des recommandations précises aux personnes et organismes visés. La communauté gaie et lesbienne s'appropriera ce rapport et en fit dès lors un outil en appui à ses revendications. De son côté, la Commission effectua un suivi serré de ses recommandations et publia, en janvier 1996, un document de suivi¹⁶.

¹⁵ Commission des droits de la personne, *De l'illégalité à l'égalité, Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes*, mai 1994.

¹⁶ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Suivi des recommandations du Rapport « De l'illégalité à l'égalité »*, janvier 1996.

Des avancées importantes ont été constatées après la parution du rapport « *De l'illégalité à l'égalité* ». Au nombre des plus marquantes, on retrouve l'adoption d'orientations ministérielles portant sur l'adaptation des services sociaux et de santé aux réalités homosexuelles. Ces orientations comprenant des politiques concrètes visent à enrayer la discrimination et à améliorer l'accessibilité à de meilleurs services aux personnes gaies, lesbiennes et bisexuelles, partout au Québec. On soulignera également la diffusion assez large du programme de formation intitulé : « *Pour une nouvelle vision de l'homosexualité* » qui a permis de former, partout au Québec, plusieurs intervenants du milieu de la santé et des services sociaux aux réalités homosexuelles.

On notera également un rapprochement substantiel entre les forces policières du Service de police de la Communauté urbaine de Montréal, le SPCUM, et les populations gaies et lesbiennes. La participation du SPCUM au comité multipartite sur la violence à l'égard des lesbiennes et des gais, coordonné et mis sur pied par la Ville de Montréal, et l'ouverture à la collaboration de représentants de la communauté gaie aux enquêtes sur des meurtres illustrent bien ce rapprochement. Soulignons aussi l'engagement du gouvernement au projet *Dire enfin la violence* destiné à aider les victimes de violence homophobe. De plus, la Ville de Montréal outre son soutien à divers événements culturels et touristiques s'adressant aux gais et lesbiennes, apporte un soutien important à plusieurs mesures de prévention en matière de sécurité publique.

Sur le plan de la législation, cette consultation a contribué à l'adoption des modifications législatives dont nous avons traité précédemment¹⁷.

La tenue de cette consultation a semble-t-il eu l'effet d'encourager les personnes homosexuelles à avoir recours à la Commission puisque le nombre de plainte a plus que

¹⁷ Voir section 1.

doublé, passant de 2 % à près de 5 % du total des plaintes déposées à la Commission entre 1994 et 1997.

3 DÉCISIONS JUDICIAIRES

3.1 Orientation sexuelle

3.1.1 EN VERTU DE LA CHARTE QUÉBÉCOISE

Une toute première décision fut rendue en 1980, *ADGQ c. Commission des écoles catholiques de Montréal*¹⁸. La Cour supérieure a conclu qu'une institution à caractère religieux comme cette commission scolaire ne peut bénéficier du droit reconnu à l'article 20¹⁹ aux institutions sans but lucratif lorsqu'elle agit comme locateur d'une salle. Elle n'était donc pas justifiée de refuser de louer à une association de défense des droits des homosexuels.

Plusieurs décisions ont été rendues en droit de la famille dans lesquelles on a statué que la décision relative à la garde d'un enfant, au droit et aux conditions de visite et de sortie ne doit pas se fonder sur le fait qu'un des parents est homosexuel ou change d'orientation sexuelle²⁰.

Depuis sa création en 1990, le Tribunal des droits de la personne a rendu plusieurs décisions constatant des gestes discriminatoires dans différents secteurs.

¹⁸ (1980) C.S. 93.

¹⁹ « **20.** Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire. »

²⁰ *Johnston c. Rochette*, (1982) C.S. 407; *Cloutier c. Trudel*, (1982) C.S. 951; *Droit de la famille — 2568*, (1997) R.D.F. 73 (C.S.).

Ainsi en matière d'accès à des lieux publics, un refus d'accès à un terrain de camping sous le motif que l'entreprise s'est dotée d'une politique dite « familiale » selon laquelle ne sont admis que les familles ou les couples hétérosexuels constitue de la discrimination indirecte en raison de l'état civil et de l'orientation sexuelle²¹.

En matière de logement, le refus de louer une maison à deux étudiants homosexuels ne peut être justifié en raison de convictions religieuses sincères du locateur : « *Une personne ne peut, en s'appuyant sur la liberté de religion garantie par la Charte, porter atteinte aux droits à l'égalité d'autrui, notamment par des pratiques discriminatoires contre des homosexuels.* »²². Dans une autre affaire, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Michaud*²³, on a reconnu que les propos offensants d'un locateur à l'égard d'un de ses locataires homosexuel et ses agissements visant à l'expulser constituaient à la fois du harcèlement fondé sur l'orientation sexuelle et une atteinte discriminatoire au droit à la vie privée et au droit à la jouissance paisible de ses biens.

Trois autres interventions judiciaires portent sur la reconnaissance des conjoints de même sexe et ont comme particularité d'avoir toutes été l'objet d'une contestation par le Procureur général du Québec de la capacité de la Commission de saisir les tribunaux et de la compétence du Tribunal des droits de la personne de trancher les questions en litiges.

D'abord en matière de rentes, la Régie des rentes du Québec a refusé d'accorder une rente de conjoint survivant à quatre requérants qui avaient cohabité avec un autre homme et s'étaient publiquement présentés comme conjoints. Après révision, la Régie a

²¹ *Commission des droits de la personne c. Camping et Plage Gilles Fortier*, J.E. 95-287, TDPO, décembre 1994; (1996) 25 C.H.R.R. D/506.

²² *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Martin*, J.E. 97-1476, TDPO, juin 1997, REJB 1997-01141.

²³ J.E. 98-743, TDPO, février 1998, REJB 1998-04721, (1999) 34 C.H.R.R. D/123.

maintenu sa décision et la Commission est intervenue lorsque les requérants en ont appelé à la Commission des affaires sociales qui rejeta l'appel en septembre 1997. La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse adressa à la Cour supérieure une requête en révision judiciaire qui fut accueillie²⁴ et, en conséquence, la Cour invalidait certaines dispositions de la *Loi sur le régime des rentes du Québec*²⁵. La Cour conclut d'abord qu'une norme justificative telle qu'énoncée à l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁶ est implicitement présente dans la Charte québécoise mais qu'en l'espèce l'atteinte au droit à l'égalité dans la conclusion d'un acte juridique ayant pour objet un service ordinairement offert au public qui résulte des dispositions de la *Loi sur le régime des rentes du Québec* n'est pas justifiée par cette norme. Le Procureur général du Québec a porté la décision en appel²⁷.

En matière de droits sur les mutations immobilières, la Commission s'est adressée au Tribunal des droits de la personne au nom de deux plaignantes de qui la Ville de Candiac a exigé le paiement du droit de mutation immobilière lors du transfert de propriété d'un immeuble entre elles alors qu'elles vivent maritalement à la date du transfert. La Procureure générale du Québec a présenté une requête en exception déclinatoire *rationae materiae* et en irrecevabilité au motif d'absence de compétence du Tribunal. Le Tribunal a reconnu la capacité de la Commission de saisir un tribunal dès lors qu'elle agit dans le cadre d'une plainte fondée sur les articles 10 à 19 de la Charte peu importe si l'origine de la plainte se trouve dans une disposition législative, réglementaire ou autre. Il conclut par ailleurs à sa propre compétence pour disposer d'une demande qui implique une déclaration d'inopérabilité et d'invalidité d'une disposition législative ou réglementaire

²⁴ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission des Affaires sociales*, [1999] R.J.Q. 180 (C.S.), REJB 1998-09250.

²⁵ L.R.Q., c. R-9.

²⁶ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982 R.-U., c. 11)].

²⁷ Dans son appel, la Procureur générale conteste pour la première fois dans cette affaire la compétence d'enquête de la Commission au motif que la discrimination alléguée prend sa source dans l'application et l'interprétation d'une loi.

à l'égard de demandeurs ou de plaignants²⁸. La Procureure générale a demandé à la Cour supérieure la révision judiciaire de cette décision. Le juge Bernard Flynn²⁹ rejette la requête notamment parce que la Commission ne recherche pas une déclaration générale d'invalidité de la loi mais plutôt un examen de sa conformité à la Charte par rapport aux personnes visées par le recours. Cette décision a également été portée en appel.

Finalement dans une troisième décision³⁰, celle-ci en matière d'assurance collective, où suite à l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'assurance médicaments*³¹ une société d'État refusait d'accorder une protection familiale dans son régime d'assurance maladie à un salarié dont le conjoint est du même sexe. La Commission a saisi le Tribunal des droits de la personne et la Procureure générale du Québec a déposé une requête en irrecevabilité au motif que le litige relève de l'application, l'interprétation et l'exécution de la convention collective, matière relevant de la compétence exclusive de l'arbitre de grief. Le Tribunal a rejeté la requête puisque manifestement le plaignant s'est vu refuser par l'assureur la protection demandée au motif que le contrat d'assurance collective exclut les conjoints de même sexe, que c'est un comité paritaire intersectoriel qui détermine les bénéfices applicables aux participants et qu'il s'agit donc d'une tierce partie à la convention collective. En conséquence, l'arbitre ne peut avoir une compétence exclusive en l'espèce. Suite à cette décision, une entente hors cour est intervenue entre les parties.

On notera que l'intervention de la Procureure générale dans ces trois dossiers — ils ne sont pas uniques et ces interventions ne visent pas que l'orientation sexuelle³² — se fonde

²⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Candiac*, [1999] R.J.Q. 3115 (T.D.P.Q.).

²⁹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Candiac*, J.E. 2000-1136 (C.S.)

³⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Personnelle Vie, corporation d'assurance*, J.E. 2000-441 (TDPO), REJB 2000-16538.

³¹ L.R.Q., c. A-29.01.

³² Pour une analyse détaillée des questions relatives à la compétence d'enquête de la Commission voir, Pierre-Yves Bourdeau, « La compétence d'enquête de la Commission des droits de la personne et des

notamment sur la prétention que la Commission ne peut contester judiciairement une disposition législative au motif qu'elle a des effets discriminatoires parce que la Charte ne le prévoit pas expressément, elle prévoit plutôt un simple pouvoir de recommandation à l'égard des dispositions qui seraient contraires à la Charte³³. Il importe de souligner que les interventions de la Commission devant le Tribunal des droits de la personne visent des situations particulières qui résultent de l'application ou de l'interprétation d'une disposition législative et non la contestation de la seule validité de ces dispositions. Dans le contexte de la reconnaissance du droit à l'égalité pour les conjoints de même sexe dans les régimes de rente ou d'assurance, cette prétention est d'autant plus étonnante que la Commission a recommandé pendant près de 20 ans au gouvernement l'abrogation de l'article 137 et pendant presque aussi longtemps la reconnaissance des conjoints de même sexe dans les lois. De plus, son mandat étant d'assurer par toutes mesures appropriées le respect des droits reconnus par la Charte, elle trouve paradoxal qu'elle ne puisse, à l'instar de toute personne au Québec, sinon contester une disposition ayant des effets discriminatoires, à tout le moins contester les seuls effets d'une telle disposition dans une situation particulière.

Finalement, ces interventions judiciaires de la Commission apparaissent d'autant plus justifiées que les faits à l'origine de ces litiges reposent sur des dispositions qui ont toutes fait l'objet de modifications législatives en vertu de la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait* parce qu'elles avaient justement des effets discriminatoires.

droits de la jeunesse : problèmes d'avenir ou avenir de problèmes! » in *Développements récents en droit du travail 2001*, Éd. Yvon Blais, (à paraître).

³³ Paragraphe 6° du deuxième alinéa de l'article 71.

3.1.2 EN VERTU DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

Quelques décisions marquantes illustrent, depuis la reconnaissance du droit à l'égalité dans la Charte canadienne en 1985 en passant par la constante évolution de l'interprétation donnée à ses articles 1 et 15, le chemin parcouru dans la reconnaissance des droits des personnes homosexuelles.

En 1992, dans *Haig c. Canada*³⁴, la Cour d'appel de l'Ontario statue que l'absence du motif orientation sexuelle à l'article 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*³⁵ viole l'article 15(1) de la Charte canadienne et que celle-ci doit être lue comme si le motif y était inscrit.

La Cour suprême du Canada confirme cette approche dans *Vriend c. Alberta*³⁶ en regard du *Individual Rights Protection Act* albertain et donne un an au législateur pour modifier sa loi en conséquence. La Cour confirme que le motif orientation sexuelle est visé à l'article 15(1) à titre de caractéristique personnelle analogue à celles énumérées.

Dans *M. c. H.*³⁷, la Cour suprême reconnaît à un ex-conjoint de fait homosexuel le droit à des aliments puisque la loi ontarienne reconnaissait ce droit aux conjoints de fait hétérosexuels. La définition de conjoint ne visant que les conjoints de sexe opposé violait donc l'article 15(1).

On a également décidé dans *Re adoption by K. and B.*³⁸, que la disposition qui prévoyait que les couples pouvant adopter un enfant devaient être formés de conjoints de sexe opposés violait l'article 15(1).

³⁴ (1992) 94 D.L.R. (4th) 1; (1992) 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).

³⁵ L.R.C., (1985) ch. H-6.

³⁶ (1998) 1 R.C.S. 493.

³⁷ (1999) 2 R.C.S. 3.

³⁸ (1996) 31 C.R.R. (2d) 151 (Div. Prov. Ont.).

Finalement, en matière pénale, dans *Roy c. R.*³⁹, la Cour d'appel du Québec a invalidé l'article 159 du Code criminel, interdisant les relations sexuelles anales avec une personne de moins de 18 ans, parce qu'elle avait un effet préjudiciable envers les homosexuels de sexe masculin.

3.2 Identité sexuelle

Il existe peu de décisions relatives au droit à l'égalité pour les personnes transsexuelles. Deux décisions québécoises reflètent l'évolution du type de causes amenées devant les tribunaux et celle de l'interprétation judiciaire en matière de droit à l'égalité.

En 1982, dans *Commission des droits de la personne c. Anglsberger*⁴⁰, la Cour provinciale reconnaît qu'une transsexuelle avait été victime de discrimination fondée sur son état civil lorsqu'on lui a refusé l'accès à un établissement, une cafétéria, prétendant qu'il s'agissait d'un travesti ou d'un prostitué, malgré la présentation de sa carte d'identité attestant son état civil.

Plus récemment 1998, une importante décision a été rendue par la présidente du Tribunal des droits de la personne dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Maison des jeunes*⁴¹. Il s'agit d'une personne, travailleur de rue pour une maison de jeunes, en processus de transformation sexuelle que l'on a congédiée pour cette raison. Le tribunal reconnaît que le sexe participe de l'identité sexuelle et qu'il ne s'agit pas dans ces cas d'orientation sexuelle. Il conclut que le motif sexe inclut non seulement l'état de transsexualisme, *i.e.* une personne dont les caractéristiques physiques correspondent à son identité sexuelle, mais également la personne qui est dans le

³⁹ (1998) R.J.Q. 1043 (C.A.).

⁴⁰ (1982) C.P. 82.

⁴¹ (1998) R.J.Q. 2549 (T.D.P.Q.); REJB 1998-07058.

processus de transformation ou d'unification, *i.e.* une personne dont toutes les caractéristiques physiques ne correspondent pas encore avec son identité sexuelle. La présidente du Tribunal, la juge Rivet, s'explique en ces termes :

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

114 Mais allons plus avant. La discrimination, même fondée sur le processus d'unification des critères sexuels disparates et contradictoires peut aussi, alors que le sexe est à son plus flou, constituer de la discrimination fondée sur le sexe.

115 Reprenant par analogie la question posée par le juge en chef Dickson, dans l'affaire Brooks, à propos de la grossesse, nous pouvons affirmer que nous ne voyons pas comment la discrimination fondée sur l'état de transsexuel ou sur le processus de transsexualisme pourrait être autre chose finalement que de la discrimination fondée sur le sexe. ».

L'intérêt de cette approche interprétative large du motif sexe est qu'elle ne rend pas nécessaire une modification par un ajout aux motifs interdits de discrimination dans l'article 10 comme certaines juridictions canadiennes se proposent de la faire dans leur législation sur les droits de la personne. L'ajout de motifs supplémentaires risque en effet de banaliser, voire de limiter l'interprétation large et libérale de la Charte. Cette question s'est d'ailleurs déjà posée pour le motif grossesse, elle se pose également pour l'identité sexuelle et pour la discrimination dite génétique.

4 CONCLUSION ET PERSPECTIVES

Le droit à l'égalité, tout comme les libertés et droits fondamentaux, les droits politiques, judiciaires et économiques et sociaux, ce qu'il est convenu d'appeler les droits et libertés de la personne, le Québec en a fait, il y a 25 ans, une assise juridique sur laquelle une société qui se déclare pluraliste, démocratique et respectueuse des droits de chacun y compris de ceux de ses minorités, doit non seulement reposer mais aussi se construire.

Certains peuvent croire que le droit à l'égalité conduit trop loin, qu'il a un effet déstabilisateur sur la société. N'est-ce pas plutôt le racisme ou le sexisme qui ont de tels effets? Certains peuvent aussi croire que la revendication de l'égalité pour les personnes appartenant à une minorité sexuelle fait la promotion de l'homosexualité comme si l'orientation sexuelle n'était qu'un choix de convenance, quelque chose de passager ou le résultat de mauvaises fréquentations. N'est-ce pas plutôt l'homophobie qui contribue à cet attristant constat que les jeunes hommes homosexuels ou bisexuels font de 6 à 16 fois plus de tentatives de suicide que les jeunes hommes hétérosexuels? Compte tenu que le Québec compte le plus haut taux de suicide parmi les provinces canadiennes, le droit à l'égalité ne peut qu'aller plus loin pour aider à contrer ce phénomène. Ces données, le professeur Michel Dorais en fait état dans son étude *Contextes et mobiles de tentatives de suicide chez des adolescents et jeunes hommes homosexuels ou identifiés comme tels*, intitulé *Mort ou fin*⁴². Parmi les pistes de prévention du suicide, l'auteur formule des recommandations, en particulier pour les milieux scolaires, lieux pivot de la socialisation des jeunes, autour de trois axes dont deux ont trait au droit à l'égalité : *en finir avec la honte par l'égalité et la reconnaissance sociale* et *contrecarrer la stigmatisation par le respect de la diversité humaine*. À cet égard, la Commission considère actuellement différentes avenues d'intervention en milieu scolaire afin d'y combattre l'homophobie.

⁴² Université Laval, Centre de recherche sur les services communautaires, octobre 2000.

Même si les situations de discrimination, et même de violence, vécues par les personnes homosexuelles peuvent s'apparenter à celles vécues par d'autres groupes minoritaires en raison de traits communs – peur de la différence, préjugés, crainte de se voir imposer les valeurs des « autres »... — elles se distinguent toutefois par certaines caractéristiques propres aux réalités des gais et des lesbiennes. L'homosexualité est encore souvent vécue de façon cachée, inavouée ou clandestine en raison de contraintes sociales, morales ou même religieuses et ce, tant dans les milieux de travail que dans la famille. À cet égard, et aussi parce qu'elle comporte une dimension sexuelle, l'homosexualité demeure donc encore socialement dérangeante.

Jusqu'où ira le droit à l'égalité? Depuis près de 25 ans la reconnaissance du droit à l'égalité sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle a fait des gains appréciables mais il existe encore des préoccupations exprimées par les communautés gaie et lesbienne qui portent sur des questions liées à l'immigration, à l'adoption, au consentement aux soins en cas d'incapacité, au mariage ou à la reconnaissance d'une autorité parentale à la conjointe d'une mère biologique. Il s'agit là de domaines où le droit à l'égalité pour les personnes homosexuelles sera probablement invoqué dans les années à venir.

/DC