



ombud

NEW BRUNSWICK • NOUVEAU-BRUNSWICK

Examen de la politique 713 par le défenseur des enfants et des jeunes du N.-B.

Mémoire du Bureau de l'ombud

Le 1^{er} août 2023

Marie-France Pelletier

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	3
Aperçu de la protection des droits à la vie privée au Nouveau-Brunswick	3
Aperçu des droits à la vie privée en vertu de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	7
Aperçu des droits à la vie privée de l'enfant dans le droit international	9
Analyse des enjeux	13
<i>Collecte, utilisation et communication de renseignements personnels</i>	13
<i>Consentement</i>	14
<i>Atteinte injustifiée à la vie privée</i>	16
<i>Droits parentaux</i>	18
<i>Autres considérations relatives à la politique 713</i>	19
<i>Règle fondée sur l'âge</i>	19
<i>Relation de confiance avec les parents</i>	20





Introduction

Le 15 juin 2023, l'Assemblée législative a adopté une motion demandant que le défenseur des enfants et des jeunes mène une consultation sur les changements à la politique sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (politique 713) du ministère de l'Éducation et du Développement de la petite enfance. La motion demandait également que le défenseur des enfants et des jeunes fasse publiquement rapport de la consultation et de l'incidence des changements apportés à la politique 713.

Dans le cadre de son examen de la politique 713, le défenseur des enfants et des jeunes a consulté ce bureau au sujet de certaines des répercussions sur la protection de la vie privée découlant de la politique et des changements récents qui y ont été apportés et qui sont entrés en vigueur le 1^{er} juillet 2023.

En particulier, le défenseur des enfants et des jeunes a posé les questions suivantes :

1. Si un élève souhaite utiliser un nom autre que celui qui figure dans le document officiel, la communication non consensuelle du nom dans le document officiel soulève-t-elle des questions de protection de la vie privée?
2. Qui donne son consentement à la communication – l'élève, le parent ou les deux? Bien que la loi prévoie qu'un parent peut donner son consentement à l'égard de l'élève, elle ne précise pas si ce consentement peut l'emporter sur le non-consentement explicite de l'élève.
3. Y a-t-il d'autres préoccupations liées à la vie privée qui portent sur les questions soulevées par les changements apportés à la politique 713?

Conformément aux questions formulées par le défenseur des enfants et des jeunes ci-dessus, la question fondamentale qu'aborde la politique 713 est la question du droit d'un enfant de revendiquer un droit à la vie privée en ce qui concerne le nom choisi et l'identité de genre tels qu'ils ont été communiqués aux responsables de l'école. Plus précisément, un enfant qui se sent à l'aise de communiquer son nom choisi et son identité de genre à l'école, mais qui ne se sent pas à l'aise d'avoir la même conversation à la maison avec sa famille ou ses parents a-t-il le droit d'insister pour que l'école reconnaisse et utilise son nom et son identité de genre préférés sans consulter ses parents ou ses tuteurs légaux ni tenir compte de leur point de vue?

Aperçu de la protection des droits à la vie privée au Nouveau-Brunswick

L'Assemblée législative a adopté deux lois pour protéger la vie privée des gens du Nouveau-Brunswick, à savoir : la *Loi sur le droit à l'information et la protection de la vie privée* (LDIPVP) et la *Loi sur l'accès et la protection en matière de renseignements personnels sur la santé* (LAPRPS). Ces deux lois établissent les droits à la vie privée, dont l'empiètement peut être résolu par des mécanismes de plainte auprès de l'ombud ou des tribunaux. Les questions de consultation ou de protection de la vie privée soulevées en vertu de la LDIPVP ou de la LAPRPS exigent un examen attentif du cadre

législatif et de l'interprétation des exemptions prévues dans ces lois, conformément à leur objet ou à leur intention.

Bien qu'il puisse y avoir des problèmes découlant de la politique 713 qui pourraient se rapporter aux dispositions de la LAPRPS, aux fins du présent examen, nous concentrerons notre attention sur les dispositions pertinentes de la LDIPVP (ou la *Loi*).

Premièrement, la LDIPVP définit ce qui constitue des renseignements personnels :

« renseignements personnels » Renseignements consignés concernant une personne physique identifiable, notamment : [*personal information*]

a) son nom;

[...]

c) son âge, son sexe, son orientation sexuelle et son état matrimonial ou familial;

[...]

f) les renseignements personnels sur la santé le concernant;

[...]

l) ses opinions personnelles, sauf si elles ont trait à autrui;

[...]

m) les opinions d'autrui sur lui;[...].

Par conséquent, la LDIPVP prévoit clairement que le genre d'un enfant ou d'un jeune constitue ses renseignements personnels.

La LDIPVP décrit également les dispositions relatives à la protection de la vie privée dans la partie 3 de la *Loi*. On y voit que la *Loi* établit qu'un organisme public ne peut communiquer des renseignements personnels que dans la mesure autorisée par la *Loi* elle-même.

Obligations générales des organismes publics

43(1) L'organisme public ne peut utiliser ou communiquer des renseignements personnels que dans la mesure prévue dans la présente section.

43(2) L'utilisation ou la communication par un organisme public de renseignements personnels se limite aux renseignements minimaux nécessaires à la réalisation de la fin à laquelle ils sont destinés.

43(3) L'organisme public limite l'utilisation et la communication des renseignements personnels dont il a la garde ou la responsabilité à ceux de ses cadres, administrateurs, employés et mandataires qui doivent les connaître pour réaliser la fin à laquelle ils ont été recueillis ou reçus ou une des fins autorisées en vertu de l'article 44.

La *Loi* précise ensuite les circonstances dans lesquelles un organisme public peut utiliser ou communiquer des renseignements personnels.



Utilisation des renseignements personnels

44 Les renseignements personnels ne peuvent servir à l'organisme public :
[...]b) que si la personne physique qu'ils concernent a consenti à leur utilisation;

Communication des renseignements personnels

46(1) L'organisme public ne peut communiquer des renseignements personnels :
a) que si la personne physique qu'ils concernent a consenti à leur communication;
[...]
i) que dans les cas où la communication est nécessaire pour la protection de la santé physique ou mentale ou de la sécurité d'une personne physique ou d'un groupe de personnes physiques;

Dans les situations où une personne a des droits en vertu de la *Loi*, il est également envisagé que les droits de celle-ci peuvent être exercés par une autre personne dans certaines circonstances.

Exercice de droits par autrui

79 Les droits et les pouvoirs conférés à une personne physique par la présente loi peuvent être exercés :
a) par toute personne, autre que l'ombud, que la personne physique autorise par écrit à agir en son nom;
[...]
d) par le père, la mère ou le tuteur de la personne physique dans le cas où celle-ci est mineure, si, de l'avis du responsable de l'organisme public concerné, l'exercice des droits ou des pouvoirs par le père, la mère ou le tuteur ne constitue pas une atteinte injustifiée à la vie privée de la personne mineure;

Il est important de noter que les droits à la vie privée prévus par la LDIPVP ne peuvent être remplacés que par l'autorité expresse d'une autre loi de l'Assemblée législative. En général, une politique gouvernementale ne peut pas libérer l'organisme public de ses obligations en vertu de la LDIPVP.

Les législateurs du Nouveau-Brunswick ont édicté que certaines dispositions de la *Loi sur l'éducation* l'emportent sur l'application de la LDIPVP. Par conséquent, les articles 31.1 à 31.7 de la *Loi sur l'éducation*, qui traitent de la déclaration obligatoire de l'inconduite, ont préséance sur les mesures de protection prévues par la LDIPVP. Plus particulièrement, l'article 54 de la *Loi sur l'éducation*, qui traite des dossiers des élèves a lui aussi préséance sur les mesures de protection prévues par la LDIPVP.

Dossiers des élèves

54(0.1) Un dossier pouvant contenir des renseignements personnels doit être maintenu relativement à chaque élève.

54(0.2) Le directeur général concerné peut utiliser et communiquer les renseignements personnels contenus dans le dossier de l'élève aux fins de la prestation d'instruction publique.

54(1) Sous réserve des paragraphes (1.1) et (3), le parent d'un élève ou un élève a droit d'avoir accès au dossier de l'élève.

54(1.1) Lorsqu'un élève a atteint l'âge de dix-neuf ans, son parent ne peut avoir accès au dossier de l'élève sans le consentement de celui-ci.



54(2) Lorsqu'une personne se voit accorder l'accès à un dossier conformément au paragraphe (1), le directeur général concerné doit, lorsqu'il l'estime nécessaire, expliquer ou interpréter les renseignements divulgués au dossier.

54(3) Lorsque le directeur général concerné estime que l'accès au dossier d'un élève serait préjudiciable au bien-être et à l'épanouissement futur ou aux possibilités en matière d'éducation de l'élève, il peut

a) refuser l'accès au dossier, et

b) s'il l'estime approprié, décrire ou interpréter le contenu du dossier qui, selon le directeur général, ne serait pas préjudiciable au bien-être ou à l'épanouissement futur ou aux possibilités d'apprentissage de l'élève.

54(4) Lorsque le directeur général concerné qui a refusé à une personne l'accès à un dossier conformément à l'alinéa (3)a), estime qu'il n'est pas approprié de décrire ou d'interpréter le contenu du dossier conformément à l'alinéa (3)b), il doit lui dévoiler, au moment du refus, l'existence du dossier et son contenu général.

54(5) Une personne à qui l'accès à un dossier a été refusé conformément à l'alinéa (3)a) peut, conformément aux règlements, en appeler du refus.

54(6) Le parent d'un élève à qui l'accès à un dossier a été refusé conformément à l'alinéa (3)a) a droit, nonobstant ce refus, de faire enquête auprès du directeur général concerné et de recevoir de lui, *viva voce*, des renseignements généraux relativement au progrès scolaire de l'élève.

54(7) Une décision du directeur général, en vertu du présent article, est prise pour le compte du conseil d'éducation de district concerné et sous réserves des politiques et directives du conseil d'éducation de district concerné.

Comme nous pouvons le constater, même lorsque le législateur a promulgué les droits parentaux à l'égard des renseignements personnels de l'enfant tels qu'ils figurent dans le dossier de l'élève, il a néanmoins donné au directeur général le pouvoir de refuser l'accès au dossier s'il estime que cet accès serait préjudiciable au bien-être ou au développement futur de l'élève. Nous approfondirons ce concept dans les sections qui suivent.

Enfin, le paragraphe 48.1(1) de la LDIPVP établit également que les organismes publics ont le devoir d'établir des pratiques relatives aux renseignements pour prévenir la consultation et l'utilisation non autorisées de renseignements personnels.

Obligation des organismes publics d'établir des pratiques relatives aux renseignements

48.1(1) Un organisme public est tenu d'établir des pratiques relatives aux renseignements afin d'assurer l'observation de la présente loi et est tenu de protéger les renseignements personnels en prenant, conformément aux règlements, les mesures de sécurité raisonnables contre l'accès, l'utilisation, la communication ou l'élimination non autorisés.

48.1(2) Sous réserve de toute autre loi de la province, l'organisme public qui utilise des renseignements personnels concernant une personne physique afin de prendre une décision qui la touche directement est tenu :

a) de les conserver pendant une période suffisante afin de laisser à cette personne une occasion raisonnable d'exercer son droit d'accès à ces renseignements;

b) d'établir des directives écrites relativement à la conservation de ces renseignements, y compris des exigences additionnelles que peuvent prévoir les règlements.



Compte tenu de cette obligation, il est raisonnable que le ministère de l'Éducation et du Développement de la petite enfance (le Ministère) tente de circonscrire la façon dont les renseignements personnels d'un enfant ou d'une jeune personne en ce qui a trait à son identité de genre seraient utilisés ou communiqués. Dans les sections qui suivent, nous examinerons les principaux pouvoirs, obligations et responsabilités du Ministère à cet égard.

Aperçu des droits à la vie privée en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*

À la suite de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*), la Cour suprême du Canada (CSC) s'est penchée pour la première fois sur une affaire relative à l'article 8 de la *Charte*, à savoir l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*¹, et a déclaré ce qui suit : « qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies "abusives", ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre "raisonnablement" à la protection de la vie privée, indique qu'il faut évaluer si, dans une situation donnée, l'intérêt du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit laisser la place à l'intérêt du gouvernement d'empiéter sur la vie privée d'un individu. »

Après cette décision, la CSC a élaboré une jurisprudence importante détaillant la portée des droits à la vie privée protégés par l'article 8. Dans l'arrêt *R. c. Dymont*², en rejetant une affaire dans laquelle l'échantillon de sang de l'accusé avait été prélevé sans qu'il y ait eu consentement ni autorisation préalable, la CSC a affirmé que « la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne » :

Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l'ordre public.

Dans l'arrêt *R. c. Duarte*³, la CSC a maintenu la protection constitutionnelle prévue à l'article 8 contre la surveillance électronique sans mandat judiciaire préalable et a précisé ce qui suit : « La vie privée peut se définir comme le droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels. » La CSC a réexaminé cette question dans une décision rendue quelques mois plus tard dans l'arrêt *R. c. Wong*⁴, un cas de surveillance vidéo non autorisée d'une chambre d'hôtel. La décision majoritaire de la CSC a expliqué que l'arrêt *Duarte* « a abordé la question de déterminer si une personne pouvait s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée dans des circonstances précises, en s'efforçant d'apprécier si, en vertu des normes applicables au respect de la vie privée auxquelles on peut s'attendre dans une société libre et démocratique, les agents de l'État devaient se conformer aux exigences de la *Charte* au moment de commettre l'intrusion en cause. » À la suite de cette jurisprudence, la CSC a poursuivi en

¹ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 RCS 145.

² *R. c. Dymont*, [1988] 2 RCS 417, aux pages 427-428.

³ *R. c. Duarte*, [1990] 1 RCS 30.

⁴ *R. c. Wong*, [1990] 3 RCS 36.

protégeant les éléments de la vie privée dont il est question à l'article 7, qui garantit le droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ».

L'arrêt *R. c. Mills*⁵ est une décision importante concernant la consultation et l'utilisation par la Couronne des dossiers thérapeutiques ou de consultation des victimes d'agression sexuelle qui comparaissent comme plaignantes ou comme témoins dans un procès criminel. L'affaire a obligé la CSC à se prononcer sur la constitutionnalité du projet de loi C-46. Cette loi a apporté des modifications au *Code criminel* visant à donner suite à une décision antérieure de la Cour suprême sur le même enjeu, à savoir : l'arrêt *R. c. O'Connor*. La décision est souvent citée à l'appui de l'affirmation selon laquelle la garantie relative à la sécurité de la personne, prévue à l'article 7 de la *Charte*, offre une protection résiduelle des intérêts de nature privée. Ce cas est instructif pour l'affaire à l'étude en raison de l'équilibre des droits que la CSC devait établir entre le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière à une accusation criminelle, comme principe de justice fondamentale, et le droit d'un plaignant ou d'un témoin à la protection de sa vie privée, ce qui lui permet d'assurer la confidentialité de ses dossiers privés de consultation. Il vaut la peine de citer en entier des passages clés de la décision majoritaire. Les juges ont commencé leur analyse des droits à la protection de la vie privée prévus à l'article 8 en rappelant que « [c]e droit de ne pas être importuné par l'État comporte la capacité de contrôler la diffusion de renseignements confidentiels » et en citant avec approbation l'affirmation dans l'arrêt *Duarte* selon laquelle « [i]l est [...] reconnu depuis longtemps que la liberté de ne pas être obligé de partager nos confidences avec autrui est la marque certaine d'une société libre. » La Cour poursuit son analyse comme suit :

Ces préoccupations en matière de vie privée sont à leur plus fort lorsque des aspects de l'identité d'une personne sont en jeu, comme dans le cas des renseignements « relatifs au mode de vie d'une personne, à ses relations intimes ou à ses convictions politiques ou religieuses » : *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 517 et 518, le juge La Forest, cité avec approbation dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, au par. 62.

81 Il ne faut pas minimiser l'importance de ces préoccupations en matière de vie privée. Plusieurs commentateurs ont souligné que la vie privée est aussi nécessairement liée à de nombreux rapports humains fondamentaux. Comme C. Fried le dit, dans « Privacy » (1967-68), 77 *Yale L.J.* 475, aux pp. 477 et 478 :

Respecter et aimer les autres, leur faire confiance et ressentir de l'affection à leur égard, et nous considérer nous-mêmes comme étant l'objet d'amour, de confiance et d'affection sont au cœur de notre perception de nous-mêmes en tant que personnes parmi d'autres personnes, et la vie privée constitue l'élément ambiant nécessaire à ces attitudes et à ces actes, comme l'oxygène l'est pour la combustion.

Voir également D. Feldman, « Privacy-related Rights and their Social Value », dans P. Birks, dir., *Privacy and Loyalty* (1997), 15, aux pp. 26 et 27, et J. Rachels, « Why Privacy Is Important » (1975), 4 *Philosophy & Public Affairs* 323. Notre Cour a reconnu

⁵ *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668.



ces aspects fondamentaux de la vie privée dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, à la p. 293, où le juge Sopinka a affirmé au nom de la majorité :

Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la Charte protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. [Nous soulignons.]

82 Le fait que la vie privée soit essentielle au maintien de rapports de confiance a été souligné devant notre Cour dans les observations éloquentes que de nombreux intervenants en l'espèce ont présentées relativement aux dossiers de consultation. La relation thérapeutique est caractérisée par la confiance, dont un élément est la confidentialité. La protection de l'attente raisonnable du plaignant quant au respect du caractère privé de ses dossiers thérapeutiques préserve donc la relation thérapeutique. [...]

85 Plusieurs intervenants en l'espèce ont souligné que la relation thérapeutique pouvait avoir des répercussions importantes sur l'intégrité psychologique du plaignant. La consultation aide une personne à se remettre de son traumatisme. Même la possibilité que ce caractère confidentiel soit violé affecte la relation thérapeutique. En outre, elle peut diminuer la volonté du plaignant de signaler le crime ou le dissuader carrément de recourir à la consultation. Nous estimons que ces préoccupations indiquent que la protection de la relation thérapeutique préserve l'intégrité mentale des plaignants et des témoins. Notre Cour a reconnu, à plusieurs reprises, que l'action de l'État qui nuit à l'intégrité mentale d'une personne porte atteinte à la sécurité de cette dernière : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, aux par. 58 à 60; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux pp. 919 et 920, le juge Lamer; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1177, le juge Lamer; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, aux pp. 55 et 56, le juge en chef Dickson et, à la p. 173, le juge Wilson. Par conséquent, dans les affaires où une relation thérapeutique est compromise par la communication de dossiers privés, il y va de la sécurité de la personne en cause et non seulement de sa vie privée.

Aperçu des droits à la vie privée de l'enfant dans le droit international

Les dispositions de la *Charte* doivent être interprétées conformément aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne. Les droits à la vie privée des personnes physiques visées par les traités sur les droits de la personne ratifiés par le Canada sont plus explicites et plus urgents que la protection inversée contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives prévue à l'article 8 de la *Charte*. Ces droits comprennent le droit à la vie privée prévu à l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP), à l'article 12 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et à l'article 16 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (CDE) des Nations Unies.

L'article 16 de la CDE est formulé exactement de la même façon que l'article 12 du PIDCP, en remplaçant le terme « enfant » par « personne », et il est ainsi libellé :



Article 16

1. Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.
2. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

Le Comité des droits de l'enfant a commenté ce droit à la vie privée dans son observation générale n° 25 sur les droits de l'enfant en relation avec l'environnement numérique (CRC/C/GC/25), datée du 2 mars 2021. Après avoir commenté l'application des principes généraux des droits de l'enfant et d'autres droits fondamentaux des enfants par rapport à l'environnement numérique, le Comité a fourni des directives importantes en ce qui concerne les droits des enfants à la vie privée, comme suit :

67. La protection de la vie privée est essentielle pour le pouvoir d'action, la dignité et la sécurité des enfants et pour l'exercice des droits de l'enfant. Les données personnelles des enfants sont traitées pour offrir à ceux-ci des bienfaits en matière d'éducation, de santé et autres. Les atteintes à la vie privée des enfants peuvent résulter de la collecte et du traitement des données par des institutions publiques, des entreprises et d'autres organisations, ainsi que d'activités criminelles telles que l'usurpation d'identité. Ces atteintes peuvent également être dues aux activités des enfants eux-mêmes et à celles de membres de leur famille, de leurs pairs ou d'autres personnes, par exemple lorsque des parents partagent des photos en ligne ou lorsqu'un inconnu partage des informations sur un enfant.

[...]

69. L'immixtion dans la vie privée d'un enfant n'est admissible que si elle n'est ni arbitraire ni illégale. Une telle immixtion doit donc être prévue par la loi, servir un but légitime, respecter le principe de la minimisation des données, être proportionnée et conçue pour respecter l'intérêt supérieur de l'enfant et ne doit pas être contraire aux dispositions, buts ou objectifs de la Convention.

70. Les États parties devraient prendre des mesures législatives, administratives et autres pour faire en sorte que la vie privée des enfants soit respectée et protégée par toutes les organisations et dans tous les environnements qui traitent les données des enfants. La législation devrait prévoir des garanties solides, la transparence, une surveillance indépendante et l'accès à des recours. Les États parties devraient exiger l'intégration de la protection de la vie privée dès la conception dans les produits et services numériques qui concernent les enfants.

[...]

71. Lorsqu'un consentement est nécessaire pour traiter les données d'un enfant, les États parties devraient veiller à ce que ce consentement soit éclairé et donné librement par l'enfant ou, selon son âge et le développement de ses capacités, par le parent ou la personne qui s'occupe de l'enfant, et à ce qu'il soit obtenu avant que les données soient traitées. Lorsque le consentement de l'enfant est considéré comme insuffisant et que le consentement parental est requis pour le traitement des données personnelles d'un enfant, les États parties devraient exiger que les organisations qui traitent ces données vérifient que le consentement est éclairé, valable et donné par le parent ou la personne qui s'occupe de l'enfant.

72. Les États parties devraient veiller à ce que les enfants et leurs parents ou les personnes qui s'occupent des enfants puissent facilement accéder aux données stockées, rectifier les données qui sont inexactes ou obsolètes et effacer les données stockées illégalement ou inutilement par des autorités

publiques, des particuliers ou d'autres organismes, sous réserve de limites raisonnables et légales⁶. Ils devraient en outre garantir aux enfants le droit de retirer leur consentement et de s'opposer au traitement des données à caractère personnel lorsque le responsable du traitement des données ne démontre pas l'existence de motifs légitimes et impérieux justifiant ce traitement. Ils devraient également fournir des informations sur ces questions aux enfants, aux parents et aux personnes qui s'occupent des enfants, dans un langage adapté aux enfants et dans des formats accessibles.

73. Les données personnelles des enfants ne devraient être accessibles qu'aux autorités, organisations et personnes désignées par la loi pour les traiter conformément aux garanties d'une procédure régulière, telles que des audits réguliers et des mesures de responsabilisation⁷.

[...]

77. De nombreux enfants utilisent des avatars ou des pseudonymes en ligne qui protègent leur identité, et ces pratiques peuvent être importantes pour protéger la vie privée des enfants. Les États parties devraient exiger une approche de l'anonymat intégrant la sécurité et la protection de la vie privée dès la conception, tout en veillant à ce que les pratiques anonymes ne soient pas couramment utilisées pour dissimuler des comportements préjudiciables ou illégaux, tels que les cyberagressions, les discours de haine ou l'exploitation sexuelle et les abus sexuels. La protection de la vie privée d'un enfant dans l'environnement numérique peut s'avérer essentielle dans les cas où les parents ou les personnes qui s'occupent de l'enfant constituent eux-mêmes une menace pour la sécurité de l'enfant ou lorsqu'ils sont en conflit au sujet de la garde de l'enfant. Ces situations peuvent nécessiter une intervention supplémentaire, ainsi que des consultations familiales ou d'autres services, afin de préserver le droit de l'enfant à la protection de sa vie privée.

78. Les fournisseurs de services de prévention ou de conseil destinés aux enfants dans l'environnement numérique devraient être exemptés de toute obligation d'obtention du consentement parental par l'enfant utilisateur pour l'accès à ces services⁸. Ces services devraient répondre à des normes élevées en matière de protection de la vie privée et de l'enfance.

Il est utile de noter que lorsque la CDE a été rédigée, il n'y avait pas, au départ, de disposition sur les droits à la vie privée. C'est le gouvernement des États-Unis qui a suggéré qu'une telle disposition soit incluse. Au départ, le libellé proposé parlait des droits à la vie privée de l'enfant et de sa famille. En fin de compte, le comité de rédaction a convenu de suivre le plus fidèlement possible le libellé du PIDCP en ce qui concerne la protection de la vie privée, mais la mise en garde concernant la surveillance parentale est devenue l'article 5 de la CDE. L'article 5 prévoit ce qui suit :

Article 5

Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement

⁶ Comité des droits de l'enfant, observation générale n° 16 (1988), par. 10.

⁷ Ibid.; et Comité des droits de l'enfant, observation générale n° 20 (2016), par. 46.

⁸ Observation générale n° 20 (2016), par. 60.

de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention.

Ces droits des parents de fournir une orientation et des conseils appropriés à l'exercice par l'enfant de ses droits sont éclairés par tous les autres droits énoncés dans la CDE, y compris les principes généraux garantissant le droit de l'enfant à l'égalité sans discrimination, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute prise de décisions touchant l'enfant, la protection du droit de l'enfant à la vie, à la survie et au développement optimal, et le droit de l'enfant de participer et d'exprimer son point de vue dans les décisions qui le touchent. Les autres droits qui sont importants en ce qui concerne le droit de l'enfant de recevoir une orientation et des conseils de ses parents sont le droit de l'enfant d'avoir un nom, d'acquérir une nationalité et de connaître ses origines culturelles en vertu des articles 7 et 8 et le droit de l'enfant en vertu de l'article 9 de ne pas être séparé de ses parents, à moins que cette séparation soit nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, sous réserve des garanties d'une procédure régulière. Ce qui est peut-être le plus important, c'est le lien entre l'article 5 et l'article 18 de la CDE, qui prévoit ce qui suit :

Article 18

1. Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.
2. Pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente Convention, les Etats parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants.
3. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour assurer aux enfants dont les parents travaillent le droit de bénéficier des services et établissements de garde d'enfants pour lesquels ils remplissent les conditions requises.

La grande contribution de la CDE a été la remise en cause d'une tradition juridique paternaliste séculaire qui considérait l'enfant comme un objet plutôt que comme un sujet de droit. L'analyse fondée sur les droits de l'enfant insiste sur une norme rigoureuse de soins parentaux en affirmant que l'intérêt supérieur de l'enfant est la préoccupation fondamentale des parents, mais elle protège l'autonomie de l'enfant en insistant sur le fait que le rôle des parents est de donner « l'orientation et les conseils appropriés » à l'exercice que fait l'enfant de ses droits « d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités ». Cette approche se reflète également à l'article 6 de la CDE, qui protège le « droit inhérent à la vie » et assure, dans toute la mesure du possible, « la survie et le développement » de l'enfant. Ainsi, les droits de l'enfant à la vie, à la survie et au développement se distinguent notablement des droits proclamés par le PIDCP ou l'article 7 de la *Charte*, selon lequel chacun a droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne », mais ces droits protègent essentiellement les mêmes intérêts. Le besoin immédiat de l'enfant à la naissance est celui d'un milieu qui



reconnaît son extrême vulnérabilité et assure sa survie et son développement optimal sur les plans matériel, affectif et de la sécurité. La liberté et la sécurité de la personne sont l'objet et le moyen de ce développement. À mesure que les capacités de l'enfant évoluent, son sens de l'autonomie, de l'indépendance et de la dignité croît.

Analyse des enjeux

La question soumise au défenseur des enfants et des jeunes est complexe, car elle juxtapose la protection de l'égalité et des intérêts de nature privée des enfants transgenres ou non binaires dans les écoles à la tradition établie de l'autorité parentale par rapport à l'enfant, qui recoupe la politique éducative. Il s'agit d'un conflit de droits classique, car on est en présence non seulement d'opinions bien arrêtées, mais aussi de motifs raisonnés de soutenir des idées contradictoires quant aux règles normatives qui devraient régir la politique en la matière.

Ce bureau et ses prédécesseurs au Nouveau-Brunswick n'ont pas abordé directement de questions de protection de la vie privée comme celles qui pourraient découler de la politique 713. Comme c'est souvent le cas avec l'interprétation du droit à la vie privée et la communication de renseignements personnels, même si la *Loi* est relativement normative, certains faits peuvent s'avérer pertinents pour déterminer si la communication était adéquate et respectait ou non la vie privée. C'est en gardant cette limite à l'esprit que nous formulons les observations suivantes.

Collecte, utilisation et communication de renseignements personnels

Comme indiqué précédemment, au Nouveau-Brunswick, les dispositions pertinentes de la LDIPVP se trouvent à la partie 3, intitulée « Protection de la vie privée », où la *Loi* établit les règles que les organismes publics doivent suivre en ce qui concerne la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements personnels d'une personne physique dans leurs activités et fonctions quotidiennes.

En vertu des paragraphes 37(1) et (2), un organisme public peut recueillir des renseignements personnels si la collecte est expressément autorisée ou requise en vertu d'une loi de la province ou d'une loi fédérale ou lorsque les renseignements personnels :

- a) ont directement trait et sont nécessaires :
 - (i) soit à un service, programme ou activité de l'organisme public,
 - (ii) soit à un service, programme ou activité commun ou intégré;
- b) sont recueillis aux fins d'exécution de la loi;
- c) sont recueillis par ou pour un organisme public aux fins auxquelles ils lui ont été communiqués en application de l'article 46 ou 46.1.

L'article 44 de la *Loi* explique qu'un organisme public ne peut utiliser les renseignements personnels qu'aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés sous le régime du paragraphe 37(1) ou (2) ou que pour les utilisations qui s'avèrent

compatibles avec ces fins, et que si la personne physique qu'ils concernent a consenti à leur utilisation.

L'article 46 ajoute qu'un organisme public ne peut communiquer de renseignements personnels que si la personne physique qu'ils concernent a consenti à leur communication et qu'aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés sous le régime du paragraphe 37(1) ou (2) ou que pour les utilisations qui s'avèrent compatibles avec ces fins.

Dans le cas qui nous intéresse, les renseignements personnels (identité de genre, nom et pronoms choisis) seraient recueillis par la direction de l'école directement auprès des élèves transgenres ou non binaires ou de leurs parents aux fins d'identification de l'élève à l'école, d'appel des présences, etc. L'école serait donc autorisée, en vertu des alinéas 44a) et 46(1)b) de la *Loi*, à utiliser et à communiquer les renseignements personnels de l'élève à ces mêmes fins.

L'utilisation de l'identité de genre, du nom et des pronoms préférés de l'élève et la communication de ceux-ci à ses parents ne seraient probablement pas compatibles avec ces fins (identification et appel des présences à l'école), et ne seraient donc pas nécessairement autorisées par la *Loi*, comme le prévoit l'article 6.3.2 de la politique 713.

Consentement

La *Loi* ne précise pas à quel âge une personne physique peut consentir à l'utilisation ou à la communication de ses renseignements personnels. Il apparaît donc que toute personne physique, quel que soit son âge, jouit des mesures de protection prévues par la partie 3 de la *Loi* en ce qui concerne le traitement sécuritaire de ses renseignements personnels.

De là surgit la question de savoir si les parents ont le droit, en vertu de la *Loi*, de consentir à l'utilisation et à la communication des renseignements personnels de leurs enfants.

L'article 79 de la *Loi* stipule que tout droit ou pouvoir conféré à une personne physique par la *Loi* peut être exercé :

d) par le père, la mère ou le tuteur de la personne physique dans le cas où celle-ci est mineure, si, de l'avis du responsable de l'organisme public concerné, l'exercice des droits ou des pouvoirs par le père, la mère ou le tuteur ne constitue pas une atteinte injustifiée à la vie privée de la personne mineure;

L'article 79 confère clairement aux parents certains droits à l'égard de leurs enfants. Il est toutefois évident que ces droits ne sont pas absolus. L'application de cet article suppose donc un processus en deux étapes. Tout d'abord, il faut établir que la personne qui cherche à exercer un droit ou un pouvoir en vertu de la LDIPVP est le parent ou le tuteur du mineur. En l'absence d'une définition du terme « mineur » dans

la LDIPVP, la *Loi sur l'âge de la majorité*, qui établit que quiconque n'a pas atteint l'âge de 19 ans peut être qualifié de mineur, fournit une certaine orientation.

1(1) Une personne atteint l'âge de la majorité et cesse d'être mineure le jour de ses 19 ans.

1(2) Sous réserve des dispositions de la présente loi, le présent article s'applique à toute loi qui relève de la compétence législative de la Législature et qui est en vigueur dans la province le 1^{er} août 1972 ou qui entrera en vigueur après cette date.

8 Quiconque n'a pas atteint l'âge de 19 ans peut être qualifié de mineur.

On doit alors se tourner vers la deuxième étape du processus, qui consiste à déterminer s'il existe ou non une atteinte injustifiée à la vie privée de la personne mineure. Pour ce faire, nous avons examiné les propos de nos homologues de la Colombie-Britannique. Dans son ordonnance 00-40, le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique traitait du refus d'un conseil scolaire de fournir à l'auteure d'une demande des copies des notes d'une conseillère scolaire sur ses entretiens avec les enfants de l'auteur de la demande. Il a notamment déclaré ce qui suit :

[Traduction] *Dans l'affaire Neilson, la juge Dorgan a, au passage, soulevé la question de savoir si l'article 3 du [Freedom of Information and Protection of Privacy Regulation, B.C. 323/93](#) (le « règlement ») protège bien la vie privée des enfants. L'article 3 du règlement est ainsi libellé :*

3. *Le droit d'accéder à un document en vertu de l'article 4 de la loi et le droit de demander la correction de renseignements personnels en vertu de l'article 29 de la loi peuvent être exercés comme suit :*
 - a) *au nom d'une personne physique âgée de moins de 19 ans, par le parent ou le tuteur de celle-ci si elle n'est pas en mesure d'exercer ces droits;*
 - b) *au nom d'une personne physique qui a un comité, par le comité de celle-ci;*
 - c) *au nom d'une personne physique décédée, par le plus proche parent ou le représentant personnel.*

L'inquiétude de la juge Dorgan peut venir de sa perception qu'un parent pourrait, dans un cas comme celui-ci, prétendre invoquer l'alinéa 3a) du règlement pour, en fait, revendiquer un droit d'accès illimité aux renseignements personnels de ses enfants mineurs.

Je comprends cette préoccupation, mais je souligne que l'alinéa 3a) traite de l'exercice par un parent ou un tuteur du droit d'accès à un document lorsque ce droit est exercé « au nom » d'une personne âgée de moins de 19 ans. Comme l'a dit mon prédécesseur dans l'ordonnance n° 53-1995, lorsque l'auteur d'une demande n'agit pas véritablement « au nom » d'une personne décrite à l'article 3 du règlement, la demande de communication doit être traitée comme une demande ordinaire, sans lien de dépendance en vertu de la loi,



par une personne physique qui souhaite accéder aux renseignements personnels d'une autre.

Comme expliqué ci-dessus, les personnes physiques, y compris les mineurs, ont le droit de consentir à ce qu'un organisme public utilise et communique leurs renseignements personnels. Dans ce contexte, un élève a donc le droit de consentir à l'utilisation et à la communication par l'école de son identité de genre, de son nom et de ses pronoms préférés. En vertu de l'article 79, ce droit peut également être exercé par un parent ou tuteur de l'élève, dans le respect des conditions suivantes :

- l'élève est mineur;
- la personne physique qui souhaite exercer le droit au nom d'une autre est le parent ou le tuteur de celle-ci;
- l'exercice de ce droit/pouvoir par le parent ou le tuteur ne constitue pas, de l'avis du directeur de l'école, une atteinte injustifiée à la vie privée de la personne mineure.

L'interprétation faite dans l'affaire de la Colombie-Britannique présentée ci-dessus permet l'ajout d'une quatrième condition : le parent ou le tuteur agit véritablement « au nom » de la personne mineure.

Atteinte injustifiée à la vie privée

L'article 79 de la LDIPVP ne définit pas ce qui constituerait une atteinte injustifiée à la vie privée de la personne mineure, mais le paragraphe 21(2) de la *Loi*, dans le contexte d'une demande de communication, énumère ce qui constituerait une atteinte injustifiée à la vie privée d'une personne physique. La partie la plus étroitement liée à l'affaire qui nous concerne est la suivante :

21(2) Est réputée constituer une atteinte injustifiée à la vie privée d'un tiers la communication de renseignements personnels qui le concernent dans les cas suivants :

- i) les renseignements personnels indiquent la race, l'origine ethnique, les croyances ou allégeances religieuses ou politiques ou l'orientation sexuelle du tiers.

L'orientation sexuelle et l'identité de genre étant deux choses différentes, cette disposition n'est pas totalement utile pour définir ce qui constituerait une atteinte injustifiée à la vie privée d'un élève mineur par l'école. Comme l'indique le rapport 2006-012 du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de Terre-Neuve-et-Labrador sur une disposition semblable à l'article 79 :

[Traduction] [23] À mon avis, les arguments énoncés dans ces décisions sont pertinents et convaincants. Je saisis parfaitement que l'intention du paragraphe 65d) est de conférer certains droits à un parent ou à un tuteur, mais je crois que la réserve imposée à cette disposition est importante et ne doit pas être prise à la légère. La loi reconnaît clairement les droits à la vie privée des personnes physiques, y compris ceux d'une personne mineure. Il incombe donc aux organismes publics, et à moi-même en tant que commissaire, de ne pas perdre de vue l'intérêt supérieur de la personne dont la vie privée risque d'être violée et d'exercer un pouvoir discrétionnaire assurant un niveau de protection approprié aux circonstances lorsque cela

s'impose. Le manuel des politiques et procédures de l'ATIPPA, produit par le bureau de coordination de l'accès à l'information et de la protection de la vie privée du ministère de la Justice provincial, fournit une orientation claire sur ce point. En décrivant l'[alinéa 65d](#) de l'ATIPPA, le manuel indique ce qui suit aux pages 2 à 8 :

Le parent ou le tuteur légal d'une personne mineure (âgée de moins de 19 ans) n'est pas automatiquement habilité à exercer des droits ou des pouvoirs au nom de sa pupille ou de son enfant mineur en vertu de la [loi](#). Le chef de l'organisme public concerné doit être convaincu que l'exercice du droit ou du pouvoir par le parent ou le tuteur ne constituerait pas une atteinte injustifiée à la vie privée du mineur. L'organisme public a donc un pouvoir discrétionnaire pour veiller à la protection des droits à la vie privée du mineur lorsque les circonstances l'indiquent.

Dans l'ordonnance délivrée en 2016 au district scolaire public n° 7 d'Edmonton, le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta a conclu que le district avait porté atteinte à la vie privée d'une étudiante transgenre en l'appelant par le nom donné à sa naissance, un prénom typiquement masculin, lors de l'appel des présences. L'arbitre a conclu que l'organisme public avait communiqué les renseignements personnels de l'élève (le nom donné à sa naissance, son sexe et le fait que son identité de genre était différente du sexe attribué à sa naissance) en violation de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* de l'Alberta.

Dans l'affaire en question, l'élève et ses parents avaient accepté que l'administration de l'école informe le personnel que l'élève, suivant son transfert cette année-là, était transgenre, mais ils avaient demandé à l'école de garder cette information confidentielle, de ne pas la communiquer aux élèves, et d'utiliser le nom et les pronoms qu'elle a choisis en classe. Les enseignants ont reçu une feuille de présence contenant cette information. Cependant, l'appel des présences à l'école se fait souvent à l'aide d'un programme appelé PowerTeacher; les suppléants y ont souvent recours ou demandent aux élèves de faire l'appel pour eux. Dans ce programme, c'est le nom donné à la naissance de l'élève qui était indiqué, car elle n'avait pas encore changé légalement son nom. À six reprises, différents enseignants l'ont appelée par le nom donné à sa naissance. Un membre du corps enseignant lui a même demandé à haute voix de faire son changement de nom officiel.

L'arbitre a conclu à une violation de l'article 40 de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* de l'Alberta, qui stipule que :

[Traduction] 40(1) Un organisme public peut communiquer les renseignements personnels uniquement

b) si la communication ne constitue pas une atteinte injustifiée à la vie privée d'un tiers au sens de l'article 17;

c) aux fins pour lesquelles les renseignements ont été recueillis ou préparés ou pour une utilisation compatible avec ces fins;

[...]

(4) Un organisme public ne peut communiquer de renseignements personnels que dans la mesure nécessaire pour servir raisonnablement les fins décrites aux paragraphes (1), (2) et (3).

L'arbitre a jugé que la communication des renseignements personnels de l'élève de telle façon constituait une atteinte injustifiée à sa vie privée, en violation de l'alinéa 40(1)b). La partie plaignante a admis que l'information en question a pu être communiquée à des fins compatibles avec le but de sa collecte (c'est-à-dire confirmer la présence de l'élève), mais l'arbitre a convenu qu'il y avait eu violation du paragraphe 40(4) dans la mesure où l'organisme public n'avait pas communiqué cette information aux fins prévues de façon raisonnable. Le district scolaire a admis avoir enfreint l'article 38, qui l'oblige à [traduction] « prendre toute mesure sécuritaire et raisonnable contre les risques de collecte, d'utilisation, de communication, de destruction ou d'accès non autorisés ». L'arbitre a pris note de l'admission, puis a déclaré ce qui suit :

[Traduction] Je tiens à souligner que l'école m'a remis l'ébauche de son « Guide de soutien aux élèves transgenres et à leurs familles », élaboré à la suite de ces manquements. Elle est rédigée ainsi : « Un conseiller informera les élèves que le nom et le sexe qu'ils ont choisis peuvent être modifiés de manière confidentielle dans les dossiers scolaires (horaires, feuilles de présence, données démographiques, etc.) suivant l'obtention du consentement parental par la signature d'une lettre du district et une discussion entre un consultant en OSIG, les parents et le conseiller scolaire. [...] Le changement de nom et de sexe sera reflété dans le PASI une fois qu'on aura téléchargé la nouvelle information dans le rapport scolaire détaillé (DAR) du ministère de l'Éducation de l'Alberta. »

[...]

Je suis d'avis qu'il n'y avait aucune mesure adéquate de protection en place au moment des violations. Je crois que l'ébauche de la politique qu'on m'a fournie répondra à certaines des préoccupations de la partie plaignante. On n'y règle pas l'accès à PowerTeacher, mais on limite son utilisation en classe pour tous les élèves, et pas seulement les élèves transgenres. Je ne peux pas ordonner à l'organisme public d'établir une politique donnée, mais je peux lui ordonner d'assurer la conformité de ses politiques à la loi et lui suggérer les types de politiques qui iraient en ce sens. Cela dit, j'estime que l'ébauche soumise dénote que l'organisme public est en bonne voie d'élaborer et de mettre en œuvre une politique appropriée. L'organisme public a reconnu à plusieurs reprises ses manquements et semble s'efforcer d'y remédier.

Droits parentaux

Il convient de souligner que les droits des parents concernant la scolarisation de leurs enfants sont bien reconnus. Ils sont également limités par le devoir d'agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

La *Loi sur l'éducation* affirme cette notion en ce qui concerne le droit des parents d'accéder au dossier de l'élève sans son consentement, sauf s'il a atteint l'âge de 19 ans, leur conférant ainsi un droit supplémentaire d'être informés du dossier de leur enfant lorsqu'il fréquente l'école, dossier qui peut contenir des renseignements personnels sur l'élève, dont son identité de genre, son nom et ses pronoms préférés. La *Loi sur l'éducation* stipule également que cette disposition l'emporte sur la LDIPVP en cas de conflit ou d'incompatibilité avec une disposition de la LDIPVP.

Le droit du parent d'accéder au dossier d'un élève en vertu de la *Loi sur l'éducation* est toutefois limité là où la direction estime que l'accès au dossier d'un élève serait préjudiciable au bien-être ou au développement futur de l'élève ou à ses perspectives scolaires.



Sur le plan des droits fondamentaux de la personne, une analyse fondée sur les droits de l'enfant donne aux parents la responsabilité d'être les principaux pourvoyeurs de soins de l'enfant et de lui fournir l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice de ses droits. Les autorités scolaires, comme d'autres organismes publics et mandataires de l'État, doivent généralement s'en remettre aux décisions des parents en ce qui concerne la sphère privée et le développement de l'enfant.

Qu'il s'agisse de soins de santé, de développement religieux ou spirituel, de culture ou d'identité (y compris l'identité de genre et l'orientation sexuelle), il faut normalement consulter les parents et les soutenir dans leur responsabilité d'éduquer leurs enfants, y compris dans ces domaines importants du développement. Si la loi insiste sur ce soutien, c'est parce que celui-ci est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

La loi n'a en somme qu'un seul objectif : le développement physique, émotionnel, spirituel, moral et social optimal de l'enfant. Autrement dit, les droits parentaux dans ce contexte ne reposent pas sur l'autonomie ou la liberté des parents, mais sur l'intérêt supérieur de l'enfant.

Autres considérations relatives à la politique 713

Règle fondée sur l'âge

Ce qu'on peut retenir des décisions relatives aux droits à la vie privée, c'est que lorsque des droits concurrents sont en jeu, les politiques qui portent atteinte aux intérêts de nature privée doivent être proportionnées. On doit s'efforcer d'éviter les normes arbitraires et chercher à soutenir la politique la moins intrusive possible pour atteindre l'objectif légitime d'une règle donnée.

En décidant d'établir une règle fondée sur l'âge pour le consentement parental requis lorsqu'un élève demande un changement de nom ou de pronoms, la province n'a peut-être pas choisi l'approche la moins intrusive. Elle semble également exclure toute participation ou tout rôle des parents dans ces questions importantes d'identité de l'enfant pour les élèves de 16 ans et plus. Aucune des deux issues ne semble servir l'intérêt supérieur de l'enfant de façon optimale. C'est souvent le cas des règles arbitraires fondées sur l'âge, et c'est généralement pourquoi on tâche de les éviter dans le contexte de l'élaboration de politiques.

La question de la possibilité pour l'enfant d'affirmer son identité à l'école en toute sécurité, par exemple en portant un hijab, un turban ou une jupe, est importante pour que les écoles offrent un accès égal à un milieu d'apprentissage favorable et inclusif. La CSC nous rappelle que « ces préoccupations en matière de vie privée sont à leur plus fort » lorsque des aspects de l'identité d'une personne sont en jeu.

En outre, le lien entre l'enseignant et l'élève est une relation de confiance⁹. Lorsqu'un enfant se confie à un enseignant et trouve un lieu sûr à l'école pour affirmer son identité

⁹ R. c. Audet, [1996] 2 RCS 171.



de genre, l'enseignant est le mieux placé pour utiliser son jugement professionnel et aider l'enfant à approfondir ce sujet important avec ses parents à la maison. La politique la moins intrusive sur une question de protection de la vie privée comme celle-ci consisterait vraisemblablement à s'en remettre au jugement professionnel de l'enseignant et de l'équipe éducative.

Dans certains cas, il peut y avoir une crainte légitime de préjudice à l'enfant dans son milieu familial. Le milieu scolaire peut conforter l'enfant dans cet aspect de son développement. Une règle arbitraire fondée sur l'âge risque d'empêcher un enfant de se confier à son enseignant ou à son conseiller à l'école et de constituer une atteinte injustifiée à sa vie privée ou à sa sécurité. Il est particulièrement important pour l'enfant que l'école reste toujours un espace sûr où il fait bon grandir et se développer dans un milieu d'apprentissage positif. Le respect de ses droits fondamentaux à la vie privée est essentiel à la création de ce milieu.

En outre, la règle fondée sur l'âge de la politique 713 soulève la question de savoir si une école peut même recueillir des renseignements sur l'identité de genre d'un élève âgé de moins de 16 ans. La politique 713 stipule qu'un élève transgenre ou non binaire âgé de moins de 16 ans doit obtenir le consentement de ses parents afin que son prénom préféré soit officiellement utilisé pour la tenue de dossiers et la gestion quotidienne. On pourrait en conclure que l'école doit avoir le consentement des parents pour recueillir des renseignements personnels sur leur enfant, notamment en ce qui a trait à son identité de genre.

Toutefois, conformément à l'article 37 de la LDIPVP, les organismes publics n'ont pas à obtenir le consentement pour recueillir des renseignements personnels sur l'élève auprès de celui-ci ou de ses parents si la collecte est autorisée en vertu d'une loi de la province ou d'une loi fédérale ou, à défaut, si les renseignements personnels ont directement trait et sont nécessaires soit à un service, programme ou activité de l'organisme public, soit à un service, programme ou activité commun ou intégré. De plus, la LDIPVP stipule que la collecte des renseignements personnels d'une personne physique doit se faire directement auprès de cette dernière, sauf en présence de l'une des circonstances énumérées au paragraphe 38(1).

La LDIPVP semble donc autoriser les organismes publics, comme les écoles, à recueillir des renseignements personnels sur une personne physique sans le consentement de qui que ce soit si la collecte est autorisée ou requise par une loi ou si les renseignements personnels sont directement liés et nécessaires aux services, programmes ou activités de l'école. Il semble donc y avoir une divergence entre les dispositions de la LDIPVP et celles de la politique 713.

Relation de confiance avec les parents

Les écoles et les enseignants entretiennent une relation de confiance avec les parents qui confient leurs enfants à l'école, où les enseignants jouent le rôle de parents. Les parents s'attendent à ce qu'on s'occupe bien de leur enfant, avec autant d'attention et



de prudence qu'un parent ferait raisonnablement preuve. Le maintien de la relation de confiance parents-enseignants est essentiel à la promotion de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les visées de la politique 713 consistant à aider l'enfant à faire participer ses parents à cette sphère importante sont donc bien fondées. Une politique la moins intrusive possible qui respecte la vie privée des enfants conserverait ces bons éléments sans imposer de limite arbitraire d'âge qui dicte ce que l'enseignant peut ou ne peut pas faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

La jurisprudence et les dossiers susmentionnés suggèrent que l'avis de l'enfant comme celui de ses parents comptent dans un cas comme celui-ci et qu'on préférera les politiques qui facilitent et encouragent la discussion et la recherche d'un consensus sur des aspects importants du développement de l'enfant parce qu'elles sont proportionnées, raisonnables et minimalement intrusives.

Il est évident que le consentement des parents doit s'exercer dans l'intérêt supérieur de l'enfant et que leur opinion doit céder le pas à celle de l'enfant à mesure que celui-ci grandit et que sa capacité de prendre des décisions par lui-même évolue. La capacité de l'enfant sera différente dans chaque cas. Plus l'enfant est jeune, plus l'opinion des parents est importante et déterminante, mais même les très jeunes enfants sont capables d'exprimer leur point de vue et il convient d'en tenir compte. À l'occasion, certains enfants auront une capacité limitée à prendre des décisions autonomes et auront besoin d'aide en ce sens pendant une bonne partie de leur vie adulte.

On souhaite que chaque enfant réalise son plein potentiel. Le respect de la vie privée de l'enfant, notamment dans les aspects délicats de son développement comme l'identité de genre, et l'approche du sujet avec ouverture, acceptation et affirmation sont essentiels pour aider l'enfant à réaliser son plein potentiel. Les écoles disposant de formations et de politiques appropriées sont très bien placées pour offrir à tous les enfants l'espace sûr dont ils ont besoin pour apprendre et les aider à aborder ce sujet à la maison lorsqu'ils font face à des difficultés. Faire confiance au jugement professionnel d'éducateurs et de professionnels chevronnés dans le domaine permettrait d'optimiser l'intérêt supérieur de l'enfant et les solutions respectueuses de la vie privée qui reconnaissent les responsabilités fondamentales des parents envers le bien-être général de leurs enfants.



ombudnb.ca

Tél. • Tel. : 506-453-2789 | 1-888-465-1100

Télécop. • Fax : 506-453-5599

Courriel • Email : ombud@gnb.ca

C. P. 6000 • P.O. Box 6000

Fredericton, NB E3B 5H1

Canada