

James Egan and John Norris
Nesbit *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of
Canada** *Respondent*

and

**The Attorney General of Quebec, the
Canadian Human Rights Commission, the
Commission des droits de la personne du
Québec, Equality for Gays and Lesbians
Everywhere, Metropolitan Community
Church of Toronto, Inter-Faith Coalition on
Marriage and the Family and the Canadian
Labour Congress** *Interveners*

INDEXED AS: EGAN v. CANADA

File No.: 23636.

1994: November 1; 1995: May 25.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and
Major JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality
rights — Old age security legislation providing for
allowance for spouse of pensioner — Definition of
“spouse” restricted to person of opposite sex —
Whether definition of “spouse” infringes s. 15(1) of
Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so,
whether infringement justifiable under s. 1 of Charter —
Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, ss. 2, 19(1).*

The appellants are homosexuals who have lived together since 1948 in a relationship marked by commitment and interdependence similar to that which one expects to find in a marriage. When E became 65 in 1986, he began to receive old age security and guaranteed income supplements under the *Old Age Security Act*. On reaching age 60, N applied for a spousal allowance under s. 19(1) of the Act, which is available to

James Egan et John Norris
Nesbit *Appellants*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Intimée*

et

**Le procureur général du Québec, la
Commission canadienne des droits de la
personne, la Commission des droits de la
personne du Québec, Égalité pour les gais
et les lesbiennes, la Metropolitan
Community Church of Toronto, l'Inter-
Faith Coalition on Marriage and the Family
et le Congrès du travail du Canada**
Intervenants

RÉPERTORIÉ: EGAN c. CANADA

N° du greffe: 23636.

1994: 1^{er} novembre; 1995: 25 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin,
Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à
l'égalité — Loi sur la sécurité de la vieillesse prévoyant
le versement d'une allocation au conjoint du pensionné
— Définition de «conjoint» restreinte aux personnes de
sexe opposé — La définition de «conjoint» viole-t-elle
l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et
libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle
justifiée au regard de l'article premier de la Charte? —
Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch.
O-9, art. 2, 19(1).*

Les appelants sont des homosexuels qui vivent depuis 1948 une union marquée par un engagement et une interdépendance qui s'apparentent à ceux qu'on attend d'un mariage. Lorsqu'en 1986 E a atteint l'âge de 65 ans, il a commencé à recevoir des prestations de sécurité de la vieillesse et un supplément de revenu garanti en application de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. À 60 ans, N a demandé l'allocation de conjoint en vertu du

spouses between the ages of 60 and 65 whose combined income falls below a fixed level. His application was rejected on the basis that the relationship between N and E did not fall within the definition of "spouse" in s. 2, which includes "a person of the opposite sex who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if the two persons have publicly represented themselves as husband and wife". The appellants brought an action in the Federal Court seeking a declaration that the definition contravenes s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it discriminates on the basis of sexual orientation and a declaration that the definition should be extended to include "partners in same-sex relationships otherwise akin to a conjugal relationship". The Trial Division dismissed the action. The Federal Court of Appeal, in a majority decision, upheld the judgment.

Held (L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. The definition of "spouse" in s. 2 of the *Old Age Security Act* is constitutional.

Per Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Major JJ.: The analysis under s. 15 of the *Charter* involves three steps: the first looks to whether the law has drawn a distinction between the claimant and others; the second questions whether the distinction results in disadvantage, and examines whether the impugned legislation imposes a burden, obligation or disadvantage on a group of persons to which the claimant belongs which is not imposed on others, or does not provide them with a benefit which it grants others; the third step assesses whether the distinction is based on an irrelevant personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or one analogous thereto. The first step is satisfied in this case, since Parliament has clearly made a distinction between the claimant and others. The second step is also satisfied: while it may be true that the appellants have suffered no prejudice because by being treated as individuals they have received considerably more in combined federal and provincial benefits than they would have received had they been treated as "spouses", there is nothing to show that this is generally the case with homosexual couples. Sexual orientation is a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs, and so falls within the ambit of s. 15 protection as being analogous to the enumerated grounds. All that remains to be considered under the third step is whether the distinction made by Parliament is relevant. In assessing relevancy

par. 19(1) de la Loi, à laquelle est admissible le conjoint qui a entre 60 et 65 ans, lorsque le revenu du couple est inférieur à un montant déterminé. Sa demande a été rejetée pour le motif que l'union entre N et E n'était pas visée par la définition de «conjoint» à l'art. 2, qui s'entend de «la personne de sexe opposé qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme». Les appelants ont intenté une action en Cour fédérale en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la définition contrevient au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'elle établit une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ils ont également demandé un jugement déclarant que la définition doit être élargie pour inclure les «partenaires engagés dans une union de personnes de même sexe mais ayant à tous autres égards les mêmes caractéristiques qu'une union conjugale». La Section de première instance a débouté les appelants. La Cour d'appel fédérale à la majorité a maintenu le jugement.

Arrêt (Les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. La définition de «conjoint» à l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est constitutionnelle.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Major: L'analyse effectuée dans le cadre de l'art. 15 de la *Charte* implique trois étapes: premièrement, il faut déterminer si la loi établit une distinction entre le demandeur et d'autres personnes. Deuxièmement, il faut se demander si la distinction donne lieu à un désavantage et examiner si le texte législatif attaqué impose à un groupe de personnes auquel appartient le demandeur fardeaux, obligations ou désavantages non imposés à d'autres, ou le prive d'un bénéfice qu'il accorde à d'autres. Troisièmement, il faut déterminer si la distinction est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente mentionnée au par. 15(1) ou sur une caractéristique analogue. La présente affaire franchit avec succès la première étape puisque le législateur a clairement établi une distinction entre le demandeur et les autres personnes. Il est également satisfait à la deuxième étape: s'il est vrai que les appelants n'ont été victimes d'aucun préjudice puisqu'en étant traités à titre individuel, ils ont reçu du fédéral et de la province des bénéfices combinés beaucoup plus élevés que ceux qu'ils auraient reçus s'ils avaient été considérés comme des «conjoints», rien ne prouve que ce soit généralement le cas pour les couples homosexuels. L'orientation sexuelle est une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable et qui, par tant, entre dans le champ de protection de l'art. 15 parce

1995 CanLII 98 (SCC)

for this purpose one must look at the nature of the personal characteristic and its relevancy to the functional values underlying the law. A form of comparative analysis must be undertaken to determine whether particular facts give rise to inequality. This comparative analysis must be linked to an examination of the larger context, and in particular with an understanding that the *Charter* was not enacted in a vacuum, but must be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.

The singling out of legally married and common law couples as the recipients of benefits necessarily excludes all sorts of other couples living together, whatever reasons these other couples may have for doing so and whatever their sexual orientation. What Parliament clearly had in mind was to accord support to married couples who were aged and elderly, for the advancement of public policy central to society. Moreover, in recognition of changing social realities, s. 2 was amended so that whenever the term "spouse" was used in the Act it was to be construed to extend beyond legal married couples to couples in a common law marriage. Marriage has from time immemorial been firmly grounded in our legal tradition, one that is itself a reflection of long-standing philosophical and religious traditions. But its ultimate *raison d'être* transcends all of these and is firmly anchored in the biological and social realities that heterosexual couples have the unique ability to procreate, that most children are the product of these relationships, and that they are generally cared for and nurtured by those who live in that relationship. In this sense, marriage is by nature heterosexual. It would be possible to legally define marriage to include homosexual couples, but this would not change the biological and social realities that underlie the traditional marriage.

Many of the underlying concerns that justify Parliament's support and protection of legal marriage extend to heterosexual couples who are not legally married. Many of these couples live together indefinitely, bring forth children and care for them in response to familial instincts rooted in the human psyche. These couples have need for support just as legally married couples do in performing this critical task, which is of benefit to all society. Faced with the social reality that increasing numbers choose not to enter a legal marriage but live together in a common law relationship, Parliament has

qu'elle est analogue aux motifs énumérés. Tout ce qui reste à déterminer à la troisième étape est la pertinence de la distinction établie par le législateur. Dans l'examen de la pertinence à cette fin, il faut considérer la nature de la caractéristique personnelle et sa pertinence quant aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi. On doit nécessairement procéder à une forme d'analyse comparative pour déterminer si les faits donnés engendrent une inégalité. Cette analyse comparative doit se rattacher à l'examen de l'ensemble du contexte et il faut surtout savoir que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte, mais doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.

Le fait de restreindre des bénéfices aux couples mariés et aux conjoints de fait exclut nécessairement toute autre forme de couple qui cohabite, quelles que soient leurs raisons et peu importe leur orientation sexuelle. Ce que le législateur désirait manifestement, c'était consentir un soutien aux couples mariés qui sont âgés afin de promouvoir une politique d'intérêt public primordiale pour la société. En outre, en reconnaissance de l'évolution des réalités sociales, le législateur a modifié l'art. 2 de façon à ce que, dans la Loi, le terme «conjoint» soit interprété comme visant non seulement les couples mariés, mais également les couples vivant en union de fait. Le mariage est depuis des temps immémoriaux fermement enraciné dans notre tradition juridique, qui elle-même est le reflet de traditions philosophiques et religieuses anciennes. Mais la véritable raison d'être du mariage les transcende toutes et repose fermement sur la réalité biologique et sociale qui fait que seuls les couples hétérosexuels ont la capacité de procréer, que la plupart des enfants sont le fruit de ces unions et que ce sont ceux qui entretiennent ce genre d'union qui prennent généralement soin des enfants et qui les élèvent. Dans ce sens, le mariage est, de par sa nature, hétérosexuel. On pourrait le définir sur le plan juridique de façon à y inclure les couples homosexuels, mais cela ne changerait pas les réalités biologiques et sociales qui sous-tendent le mariage traditionnel.

Nombre des raisons qui sous-tendent l'appui et la protection qu'apporte le législateur au mariage se rapportent également aux couples hétérosexuels qui ne sont pas mariés. Un grand nombre de ces couples vivent ensemble indéfiniment, élèvent des enfants et en prennent soin suivant des instincts familiaux qui prennent racine dans la psyché humaine. Dans l'exercice de cette tâche critique, dont bénéficie l'ensemble de la société, ces couples ont besoin de soutien tout autant que les couples mariés. Face à la réalité sociale du nombre croissant de personnes qui décident de ne pas se marier,

electd to support these relationships. Parliament is wholly justified in extending support to heterosexual couples like this, which is not to say, however, that it is obligated to do so and may not treat married and unmarried couples differently.

Neither in its purpose nor in its effect does the legislation constitute an infringement of the fundamental values sought to be protected by the *Charter*. None of the couples excluded from benefits under the Act are capable of meeting the fundamental social objectives thereby sought to be promoted by Parliament. While these couples undoubtedly provide mutual support for one another, and may occasionally adopt or bring up children, this is exceptional and in no way affects the general picture. Homosexual couples differ from other excluded couples in that their relationships include a sexual aspect, but this sexual aspect has nothing to do with the social objectives for which Parliament affords a measure of support to married couples and those who live in a common law relationship. The distinction adopted by Parliament is relevant here to describe a fundamental social unit to which some measure of support is given.

The impugned legislation, even had it infringed s. 15, would have been upheld for the reasons given in *McKinney v. University of Guelph* and for those mentioned in the discussion of discrimination in this case.

Per Sopinka J.: The impugned legislation infringes s. 15(1) of the *Charter*, for the reasons given by Cory J. Such infringement, however, is saved under s. 1. Government must be accorded some flexibility in extending social benefits and does not have to be pro-active in recognizing new social relationships. It is not realistic for the Court to assume that there are unlimited funds to address the needs of all. A judicial approach on this basis would tend to make a government reluctant to create any new social benefit schemes because their limits would depend on an accurate prediction of the outcome of court proceedings under s. 15(1). This Court has recognized that it is legitimate for the government to make choices between disadvantaged groups and that it must be provided with some leeway to do so. When the definition of "spouse" in the *Old Age Security Act* is measured against overall objectives of alleviation of poverty of elderly spouses, it should not be judged on the basis that Parliament has made this choice for all time. The history of the legislation shows an evolving expansion of the definition of the intended recipients of the benefits. The Attorney General of Canada has taken the posi-

mais de vivre ensemble en union de fait, le législateur a choisi d'aider ces personnes. Le législateur est parfaitement justifié d'étendre ainsi son aide aux couples hétérosexuels, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il est tenu de le faire et qu'il ne peut traiter les couples mariés et les couples non mariés différemment.

Ni dans son objectif, ni dans son effet, la loi ne constitue-t-elle une violation des valeurs fondamentales que la *Charte* tente de protéger. Aucun des couples exclus des bénéfices prévus dans la Loi ne peut satisfaire aux objectifs sociaux fondamentaux que le législateur cherche ainsi à promouvoir. Les personnes qui forment ces couples s'apportent sans contredit un soutien mutuel et, à l'occasion, elles peuvent adopter ou élever des enfants, mais cela demeure exceptionnel et ne change d'aucune façon le portrait d'ensemble. Les couples homosexuels sont différents des autres couples exclus en ce que leur relation comporte un aspect sexuel. Cet aspect n'a toutefois rien à voir avec les objectifs sociaux pour lesquels le législateur offre une mesure de soutien aux couples mariés et à ceux qui vivent en union de fait. La distinction établie par le législateur permet ici de décrire une unité sociale fondamentale qui jouit d'un certain soutien.

Si la disposition contestée avait violé l'art. 15, elle aurait été maintenue pour les considérations énoncées dans *McKinney c. Université de Guelph*, de même que pour celles dont il est fait état dans l'analyse de la discrimination en l'espèce.

Le juge Sopinka: La disposition législative contestée viole le par. 15(1) de la *Charte* pour les motifs exposés par le juge Cory. Cette violation est toutefois justifiée au regard de l'article premier. Le gouvernement doit pouvoir disposer d'une certaine souplesse dans la prestation des avantages sociaux et il n'est pas tenu d'adopter une attitude proactive pour ce qui est de la reconnaissance des nouvelles formes de relations dans la société. La Cour ferait preuve d'un manque de réalisme si elle présumait qu'il existe des ressources inépuisables pour répondre aux besoins de chacun. Si les tribunaux adoptaient une telle conception, les gouvernements pourraient hésiter à mettre sur pied de nouveaux régimes d'avantages sociaux puisqu'il faudrait, pour en connaître les paramètres, prévoir avec exactitude l'issue des procédures judiciaires instituées sous le régime du par. 15(1). La Cour a reconnu le droit du gouvernement de privilégier certains groupes désavantagés et de jouir d'une certaine marge de manœuvre à cet égard. Lorsqu'on évalue la définition de «conjoint» de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* en regard de l'objectif général d'atténuation de la pauvreté chez les conjoints âgés, on

tion that the means chosen does not have to be necessarily the solution for all time. Hence, since the impugned legislation can be regarded as a substantial step in an incremental approach to include all those who are shown to be in serious need of financial assistance due to the retirement or death of a supporting spouse, it is rationally connected to the objective. With respect to minimal impairment, the legislation represents the kind of socio-economic question in respect of which the government is required to mediate between competing groups rather than being the protagonist of an individual. In these circumstances, the Court will be more reluctant to second-guess the choice which Parliament has made. There is also proportionality between the effects of the legislation on the protected right and the legislative objective. The proper balance was struck by Parliament in providing financial assistance to those who were shown to be in the greatest need of assistance.

Per Cory and Iacobucci JJ. (dissenting): In determining whether a s. 15(1) right to equality has been violated, the first step is to determine whether, owing to a distinction created by the questioned law, a claimant's right to equality has been denied. During this first step, the inquiry should focus upon whether the challenged law has drawn a distinction between the claimant and others, based on personal characteristics. The second step is to determine whether the distinction created by the law results in discrimination. In order to make this determination, it is necessary to consider first, whether the equality right was denied on the basis of a personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or which is analogous to those enumerated, and second, whether that distinction has the effect on the claimant of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to benefits or advantages which are available to others. Any search for either equality or discrimination requires comparisons to be made between groups of people. Whether or not discrimination exists must be assessed in a larger social, political and legal context. The resolution of the question as to whether there is discrimination under s. 15(1) must be kept distinct from the determination as to whether or not there is justification for that discrimination under s. 1 of the *Charter*. This analytical separation between s. 15(1) and s. 1 is important since the *Charter* claimant must satisfy the onus of showing only that there exists in the legislation a distinction which is discriminatory. Only after the court

ne doit pas tenir pour inaltérable le choix du législateur. L'historique de la loi témoigne d'une constante évolution de la définition des personnes destinées à bénéficier de l'allocation. Le procureur général du Canada a fait valoir que les mesures choisies ne doivent pas nécessairement constituer une solution immuable. Par conséquent, puisque la disposition législative attaquée marque une étape importante vers l'intégration progressive de tous ceux qui sont jugés avoir un besoin impérieux d'aide financière, découlant de la retraite ou du décès du conjoint soutien de la famille, elle a un lien rationnel avec l'objectif. Quant à l'atteinte minimale, la disposition en question soulève le genre de question socio-économique relativement à laquelle le gouvernement doit faire office de médiateur entre groupes opposés plutôt que de défenseur d'un individu. Dans ces circonstances, la Cour sera d'autant plus réticente à se prononcer après coup sur le choix du législateur. Il y a également proportionnalité entre les effets de la disposition législative sur le droit garanti et son objectif. Le législateur a atteint un juste équilibre en apportant une aide financière à ceux qui ont été jugés en avoir le plus besoin.

Les juges Cory et Iacobucci (dissidents): Pour établir si le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) a été violé, la première étape consiste à déterminer si, en raison de la distinction créée par la disposition contestée, il y a eu violation du droit d'un plaignant à l'égalité. À cette étape de l'analyse, il s'agit principalement de vérifier si la disposition contestée engendre, entre le plaignant et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Il faut, à la seconde étape, déterminer si la distinction ainsi créée donne lieu à une discrimination. À cette fin, il faut se demander, d'une part, si le droit à l'égalité a été enfreint sur le fondement d'une caractéristique personnelle qui est soit énumérée au par. 15(1), soit analogue à celles qui y sont énumérées et, d'autre part, si la distinction a pour effet d'imposer au plaignant des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres. Pour juger s'il y a égalité ou discrimination, il faut établir des comparaisons entre différents groupes de personnes. L'existence de la discrimination doit être appréciée à la lumière de l'ensemble des contextes social, politique et juridique. Il est nécessaire de distinguer entre la question de savoir s'il y a discrimination au sens du par. 15(1) et celle de savoir si cette discrimination est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Cette distinction analytique entre le par. 15(1) et l'article premier est importante puisque le plaignant qui invoque la *Charte* a pour seul fardeau de prouver que la loi établit une distinction discriminatoire. Ce

finds a breach of s. 15(1) does the government bear the onus of justifying that discrimination.

Since the law challenged draws a clear distinction between opposite-sex couples and same-sex couples, this case presents a situation of direct discrimination. As a result of the definition of a common law spouse as a "person of the opposite sex", homosexual common law couples are denied the benefit of the spousal allowance which is available to heterosexual common law couples. This distinction amounts to a clear denial of equal benefit of the law. In addition to being denied an economic benefit, homosexual couples are denied the opportunity to make a choice as to whether they wish to be publicly recognized as a common law couple because of the definition of "spouse" set out in the *Old Age Security Act*. The public recognition and acceptance of homosexuals as a couple may be of tremendous importance to them and to the society in which they live. To deny homosexual couples the right to make that choice deprives them of the equal benefit of the law.

The distinction in the Act is based on a personal characteristic, namely sexual orientation. Sexual orientation is analogous to the grounds of discrimination enumerated in s. 15(1). The historic disadvantage suffered by homosexual persons has been widely recognized and documented. Sexual orientation is more than simply a "status" that an individual possesses: it is something that is demonstrated in an individual's conduct by the choice of a partner. Just as the *Charter* protects religious beliefs and religious practice as aspects of religious freedom, so too should it be recognized that sexual orientation encompasses aspects of "status" and "conduct" and that both should receive protection.

The distinction drawn by s. 2 of the *Old Age Security Act* on the basis of sexual orientation constitutes discrimination. The legislation denies homosexual couples equal benefit of the law not on the basis of merit or need, but solely on the basis of sexual orientation. The definition of "spouse" as someone of the opposite sex reinforces the stereotype that homosexuals cannot and do not form lasting, caring, mutually supportive relationships with economic interdependence in the same manner as heterosexual couples. The appellants' relationship vividly demonstrates the error of that approach. The discriminatory impact cannot be deemed to be triv-

n'est que si la cour conclut qu'il y a violation du par. 15(1) que le gouvernement doit justifier cette discrimination.

Puisque la disposition contestée établit une nette distinction entre les couples de sexe opposé et les couples de même sexe, il s'agit en l'espèce d'une discrimination directe. Comme la Loi définit le conjoint de fait comme une «personne de sexe opposé», les couples homosexuels qui vivent en union de fait sont privés du bénéfice de l'allocation de conjoint à laquelle sont admissibles les couples hétérosexuels qui vivent en union de fait. Cette distinction équivaut à une négation claire du droit au même bénéfice de la loi. Outre qu'ils sont privés d'un avantage économique, les couples homosexuels n'ont pas la possibilité de décider s'ils souhaitent être publiquement reconnus comme conjoints de fait en raison de la définition de «conjoint» énoncée dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. La reconnaissance et l'acceptation publiques des homosexuels en tant que couple peut se révéler d'une extrême importance pour eux et pour la société dans laquelle ils vivent. C'est porter atteinte à leur droit au même bénéfice de la loi que de nier aux couples homosexuels le droit de choisir.

La distinction établie dans la Loi est fondée sur une caractéristique personnelle, plus précisément l'orientation sexuelle. L'orientation sexuelle est un motif de discrimination analogue à ceux qui sont énumérés au par. 15(1). Le désavantage historique dont ont souffert les homosexuels est largement reconnu et abondamment étayé. L'orientation sexuelle est davantage que le simple «statut» d'un individu. C'est quelque chose qui se manifeste dans le comportement d'une personne par le choix de son partenaire. Tout comme la *Charte* protège les croyances et les pratiques religieuses en tant qu'aspects de la liberté de religion, on devrait également reconnaître que l'orientation sexuelle réunit des aspects du «statut» et du «comportement», et que tous deux devraient être protégés.

La distinction établie par l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* sur le fondement de l'orientation sexuelle est discriminatoire. La Loi nie aux couples homosexuels le droit au même bénéfice de la loi et elle ne fonde pas ce refus sur les mérites ou les besoins, mais uniquement sur l'orientation sexuelle. La définition de «conjoint» comme étant une personne de sexe opposé renforce le stéréotype selon lequel les homosexuels ne peuvent entretenir et, effectivement, n'entretiennent pas de relations durables où l'affection, le soutien et l'interdépendance financière se manifestent de la même façon que chez les couples hétérosexuels. La relation des

ial when the legislation reinforces prejudicial attitudes based on such faulty stereotypes.

The impugned legislation is not saved under s. 1 of the *Charter*. While the objective of the spousal allowance, which is geared toward the mitigation of poverty among "elderly households", is of pressing and substantial importance, the allowance in its present form is not rationally connected to its legislative goals. A program which included the appellants would better achieve the intended goal while respecting the *Charter* rights of gays and lesbians. Nor is the denial of the appellants' s. 15 rights through the ineligibility for receipt of the spousal allowance minimally impaired simply because the appellants' joint income would have roughly been the same because of N's receipt of provincial support supplementing his income for a completely unrelated reason. The provincial and federal programs are clearly not co-extensive, and even if they were part of the same overlapping legislative scheme, this is not sufficient to ground a s. 1 justification. Finally, the attainment of the legislative goal is outweighed by the abridgment of the right in this case. The importance of providing relief to some elderly couples does not justify an infringement of the equality rights of the elderly couples who do not benefit for constitutionally irrelevant reasons. The definition of "spouse" in s. 2 of the Act should be read down by deleting the words "of the opposite sex" and reading in the words "or as an analogous relationship" after the words "if the two persons publicly represented themselves as husband and wife".

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): A return to the fundamental purpose of s. 15 of the *Charter* is necessary in order to reconcile the divergent approaches taken by this Court in recent jurisprudence, as well as in the present case and in *Miron* and *Thibadeau*. At the heart of s. 15 is the protection of, and respect for, basic human dignity. "Discrimination" must therefore be at the forefront of the court's analysis. In order for discrimination to be addressed and identified in all of its varied contexts and forms, it is preferable to focus on impact (i.e. discriminatory effect) rather than on constituent elements (i.e. the grounds of the distinction). Discriminatory effects must, moreover, be evaluated from the point of view of the victim, rather than from that of the state. Considerations of relevance are more properly viewed

appellants démontre précisément l'erreur de cette position. On ne peut juger que l'effet discriminatoire est négligeable alors que la loi renforce des préjugés fondés sur ces stéréotypes injustes.

La disposition contestée n'est pas sauvegardée aux termes de l'article premier de la *Charte*. Si l'objectif de l'allocation au conjoint, qui vise à réduire la pauvreté chez les «couples âgés», se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles, l'allocation dans sa forme actuelle n'a pas de lien rationnel avec ses objectifs législatifs. Un programme intégrant les appelants serait mieux à même d'atteindre l'objectif visé tout en respectant les droits garantis par la *Charte* aux gais et lesbiennes. La violation des droits des appelants garantis par l'art. 15, engendrée par le refus de l'allocation de conjoint, n'est pas une atteinte minimale du seul fait que le revenu total des appelants aurait été à peu près le même parce que N recevait une aide provinciale de supplément du revenu pour une raison totalement étrangère. Les programmes provincial et fédéral n'ont manifestement pas la même portée et, même s'ils faisaient partie d'un régime législatif commun, il en faut davantage pour fonder une justification au regard de l'article premier. Enfin, l'atteinte au droit garanti en l'espèce l'emporte sur la réalisation de l'objectif législatif. L'importance de fournir une assistance à certains couples âgés ne justifie pas la violation des droits à l'égalité des couples âgés qui ne bénéficient pas de cette aide pour des raisons constitutionnelles non pertinentes. La définition de «conjoint» à l'art. 2 de la Loi devrait se lire comme si les mots «de sexe opposé» étaient supprimés et les mots «ou comme étant dans une union analogue» étaient ajoutés après le membre de phrase «pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme».

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Il est nécessaire de revoir l'objectif fondamental de l'art. 15 de la *Charte* afin de concilier les conceptions divergentes que notre Cour a adoptées dans des affaires récentes, ainsi que dans la présente affaire et dans *Miron* et *Thibadeau*. La protection et le respect de la dignité inhérente de la personne humaine est au cœur de l'art. 15. La cour doit donc accorder la première place à la «discrimination» dans son analyse. Pour que la discrimination soit appréciée ou reconnue dans tous ses contextes et sous toutes ses formes, il est préférable d'insister davantage sur l'impact (c'est-à-dire l'effet discriminatoire) que sur les éléments constitutifs (c'est-à-dire les motifs de la distinction). Les effets discriminatoires doivent, en outre, être considérés du point de vue de la victime plutôt que de celui de l'État. Il convient davantage d'examiner les questions relatives à la pertinence en tant que

as justifications under s. 1 than as factors integral to the identification of discrimination in the first place.

The following factors must be established by a rights claimant before the impugned distinction will be found to be discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*: (1) there must be a legislative distinction; (2) this distinction must result in a denial of one of the four equality rights on the basis of the rights claimant's membership in an identifiable group; and (3) this distinction must be "discriminatory" within the meaning of s. 15. A distinction is discriminatory within the meaning of s. 15 where it is capable of either promoting or perpetuating the view that the individual adversely affected by this distinction is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. The absence or presence of discriminatory impact should be assessed according to a subjective-objective standard — the reasonably held view of one who is possessed of similar characteristics, under similar circumstances, and who is dispassionate and fully apprised of the circumstances. This determination is arrived at by considering two categories of factors: (1) the nature of the group adversely affected by the impugned distinction, and (2) the nature of the interest adversely affected by the impugned distinction. With respect to the first category, groups that are more socially vulnerable will experience the adverse effects of a legislative distinction more vividly than if the same distinction were directed at a group which is not similarly vulnerable. In evaluating the nature of the group affected by the impugned distinction, it is relevant to inquire into many of the criteria traditionally employed in the *Andrews* analysis, such as whether the impugned distinction is based upon fundamental attributes that are generally considered to be essential to our popular conception of 'personhood' or 'humanness', whether the adversely affected group is already a victim of historical disadvantage, whether this distinction is reasonably capable of aggravating or perpetuating that disadvantage, whether group members are currently vulnerable to stereotyping, social prejudice and/or marginalization, and whether this distinction exposes them to the reasonable possibility of future vulnerability of this kind. Membership in a "discrete and insular minority", lacking in political power and thus vulnerable to having its interests overlooked, is another consideration that may be taken into account. The absence or presence of some of these factors will not, however, be determinative of the analysis. However, awareness of, and sensitivity to, the realities of those experiencing the distinction is an

justifications au regard de l'article premier que comme des facteurs inhérents à la reconnaissance de la discrimination en premier lieu.

La personne qui invoque les droits doit faire la preuve des facteurs suivants pour que la distinction attaquée puisse être considérée comme discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*: (1) la loi crée une distinction; (2) cette distinction entraîne une négation de l'un des quatre droits à l'égalité, fondée sur l'appartenance de la personne qui invoque le droit à un groupe identifiable, et (3) cette distinction est «discriminatoire» au sens de l'art. 15. Une distinction est discriminatoire au sens de l'art. 15 si elle est susceptible de favoriser ou de perpétuer l'opinion que les individus lésés par cette distinction sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. L'absence ou l'existence d'un effet discriminatoire doit être évaluée suivant une norme subjective-objective — l'opinion raisonnable d'une personne qui possède des caractéristiques semblables dans une situation semblable, et qui est objective et bien informée des circonstances. On en arrive à cette détermination en considérant deux catégories de facteurs: (1) la nature du groupe lésé par la distinction et (2) la nature du droit auquel la distinction porte atteinte. Pour ce qui est de la première catégorie, les groupes qui sont plus vulnérables sur le plan social ressentiront les effets préjudiciables d'une distinction d'origine législative plus vivement que les groupes qui ne sont pas aussi vulnérables. Dans l'analyse de la nature du groupe victime de la distinction contestée, il est pertinent de tenir compte d'un grand nombre des critères traditionnellement utilisés dans l'analyse fondée sur l'arrêt *Andrews* et, par exemple, de vérifier si la distinction contestée est fondée sur des attributs fondamentaux qui sont généralement considérés comme étant essentiels à la conception populaire de la «personnalité» ou de la «nature humaine», et de se poser des questions du genre suivant: Le groupe lésé est-il déjà victime d'un désavantage historique? La distinction est-elle raisonnablement susceptible d'aggraver ou de perpétuer ce désavantage? Les membres du groupe sont-ils actuellement exposés aux stéréotypes, aux préjugés sociaux ou à la marginalisation? Du fait de la distinction, risquent-ils d'être exposés dans l'avenir aux stéréotypes, aux préjugés sociaux ou à la marginalisation? L'appartenance à une «minorité discrète et isolée» dépourvue de tout pouvoir politique et, à ce titre, susceptible de voir ses droits négligés, est un facteur dont on peut également tenir compte. L'absence ou la présence de certains de ces facteurs ne sera cependant pas

important task that judges must undertake when evaluating the impact of the distinction on members of the affected group.

Similarly, the more fundamental the interest affected or the more serious the consequences of the distinction, the more likely that the impugned distinction will have a discriminatory impact even with respect to groups that occupy a position of advantage in our society. While the *Charter* is not a document of economic rights and freedoms, the nature, quantum and context of an economic prejudice or denial of such a benefit are important factors in determining whether the distinction from which the differing economic consequences flow is one which is discriminatory. The discriminatory calibre of a particular distinction cannot, however, be fully appreciated without also evaluating the constitutional and societal significance of the interests adversely affected. Tangible economic consequences are but one manifestation of the more intangible and invidious harms flowing from discrimination, which the *Charter* seeks to root out. In other cases, the prejudice will be to an important individual interest rather than to one that is economic in nature. Both categories of factors emphasize that it is no longer the "grounds" of the distinction that are dispositive of the question of whether discrimination exists, but rather the social context of the distinction that matters. An effects-based approach to discrimination is the logical next step in the evolution of s. 15 jurisprudence since *Andrews*.

Homosexual couples are denied the equal benefit of the law on the basis of the legislative distinction in s. 2 of the *Old Age Security Act*, which defines couples as relationships of "opposite sex". That the appellants are able to claim higher benefits as separate individuals does not alter the fact that they have been denied the benefits, both tangible and intangible, of filing for old age benefits as a couple. The impugned distinction excludes the rights claimants because they are homosexual. Consideration of both the nature of the group and the interest affected leads us to conclude that the distinction is discriminatory. Same-sex couples are a highly socially vulnerable group, in that they have suffered considerable historical disadvantage, stereotyping, marginalization and stigmatization within Canadian society. The distinction relates to a fundamental aspect of personhood and affects individuals who, in addition to being homosexuals, are also elderly and poor. Turning to the interest affected, the impugned legislation is a cornerstone in Canada's social security net, which is, in

déterminante à l'égard de l'analyse. Les juges doivent cependant se montrer sensibles aux réalités de ceux qui subissent la distinction lorsqu'ils en pèsent l'impact sur les membres du groupe touché.

De même, plus le droit touché est fondamental ou plus les conséquences de la distinction sont graves, plus il est probable que la distinction en cause aura un effet discriminatoire, même à l'égard des groupes qui occupent une position privilégiée dans la société. Bien que la *Charte* ne soit pas un document de droits et de libertés économiques, la nature, l'importance et le contexte du préjudice économique ou de la négation de ce bénéfice sont des facteurs importants pour déterminer si la distinction qui entraîne ces conséquences économiques différentes est discriminatoire. On ne peut toutefois évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une distinction donnée sans également mesurer l'importance, sur le plan de la constitution et de la société, du droit auquel il a été porté atteinte. Les conséquences économiques tangibles ne sont que l'une des manifestations des préjudices plus intangibles et insidieux que cause la discrimination et que tente d'enrayer la *Charte*. Il se peut également que le préjudice touche un droit individuel important plutôt qu'un droit de nature économique. Les deux catégories de facteurs font ressortir que ce qui importe ce ne sont plus tant les «motifs», mais plutôt le contexte social de la distinction. L'adoption d'une démarche fondée sur les effets pour l'étude de la discrimination est la prochaine étape logique dans l'évolution de la jurisprudence relative à l'art. 15 depuis l'arrêt *Andrews*.

Les couples homosexuels se voient nier le droit au même bénéfice de la loi sur le fondement d'une distinction créée par l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, qui définit les couples comme une union entre personnes «de sexe opposé». Que les appelants puissent individuellement se prévaloir de bénéfices plus avantageux ne change rien au fait qu'on leur a nié l'avantage, à la fois tangible et intangible, de demander des prestations de vieillesse en tant que couple. La distinction contestée exclut les demandeurs parce qu'ils sont homosexuels. Si l'on considère tant la nature du groupe touché que celle du droit touché, on doit conclure que la distinction est discriminatoire. Les couples de même sexe sont un groupe très vulnérable sur le plan social puisqu'ils ont été victimes de désavantages, de stéréotypes, de marginalisation et de stigmatisation historiques considérables dans la société canadienne. La distinction se rapporte à un aspect fondamental de la personnalité et touche des personnes que, outre le fait d'être homosexuelles, sont âgées et pauvres. Quant à la question du

turn, a cherished and fundamental institution in our society.

The violation of s. 15(1) of the *Charter* cannot be salvaged by s. 1, as it is not relevant to a proportionate extent to a pressing and substantial objective. While the objective of the legislation is pressing and substantial, the means chosen to achieve this objective fails all three branches of the proportionality test. The legislation excludes couples who would fill all of the other criteria in the Act except the requirement that they are of the opposite sex. To find that this distinction is rationally connected to the objective of the legislation requires us to conclude that same-sex couples are so different from married couples that it would be unreasonable to make the same benefits available to both. At best, the government has only demonstrated that this is its assumption. The presumption that same-sex relationships are somehow less interdependent than opposite-sex relationships is, itself, a fruit of stereotype rather than one of demonstrable, empirical reality. Nor is s. 15 minimally impaired. A reasonable alternative remedy is available: the discriminatory effect would be eliminated without prejudice to the rights or interests of any other group by extending coverage to same-sex couples who otherwise fulfil all of the other non-discriminatory criteria required in the Act. Deference under this branch of the s. 1 test is not appropriate when there is a reasonable alternative that is readily available, that is not the subject of conflicting social science views, and that could not result in a concomitant prejudice to another group. Finally, the deleterious effects of the impugned distinction outweigh its salutary effects.

Per McLachlin J. (dissenting): The reasons of Cory and Iacobucci JJ. were substantially agreed with. On the basis of the principles outlined in *Miron v. Trudel*, released concurrently, the impugned legislation infringes s. 15(1) of the *Charter* and the infringement is not saved under s. 1.

Cases Cited

By La Forest J.

Referred to: *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Big M*

droit touché, la loi contestée est une pierre angulaire de la protection sociale au Canada qui, elle, est une institution vénérée et fondamentale dans notre société.

La violation du par. 15(1) de la *Charte* ne peut être sauvegardée au regard de l'article premier puisqu'elle ne se rapporte pas dans une mesure proportionnelle à un objectif urgent et réel. Si l'objectif de la Loi est urgent et réel, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif échoue toutefois aux trois volets du critère de la proportionnalité. La disposition exclut les couples qui satisfont à tous les autres critères prévus dans la Loi, à l'exception de la condition d'être de sexe opposé. Pour trouver à cette distinction un lien rationnel avec l'objectif de la loi, il nous faut conclure que les couples de même sexe sont si différents des couples mariés qu'il serait déraisonnable de leur permettre à eux aussi d'obtenir les mêmes bénéfices. Au mieux, le gouvernement a uniquement démontré qu'il s'agit là d'une supposition. L'hypothèse suivant laquelle les personnes de même sexe entretiennent une union qui, d'une certaine façon, n'est pas aussi interdépendante que l'union de personnes de sexe opposé, est en soi le fruit d'un stéréotype et non d'une réalité démontrable et empirique. La violation de l'art. 15 n'est pas non plus une atteinte minimale. Il existe une autre solution raisonnable: l'effet discriminatoire serait éliminé sans préjudice aux droits de tout autre groupe si on élargissait la Loi pour l'appliquer aux couples de même sexe qui satisfont par ailleurs à tous les autres critères non discriminatoires qui y sont prévus. La retenue dans le cadre de cet aspect du critère de l'article premier n'est pas appropriée lorsqu'il existe une autre solution raisonnable, facilement exécutable, qui ne suscite pas d'opinions contradictoires sur le plan des sciences sociales et qui ne causerait de préjudice à aucun autre groupe. Enfin, les effets préjudiciables de la distinction contestée excèdent ses effets bénéfiques.

Le juge McLachlin (dissidente): L'opinion des juges Cory et Iacobucci est, pour l'essentiel, acceptée. Compte tenu des principes énoncés dans *Miron c. Trudel*, rendu simultanément, la disposition contestée viole le par. 15(1) de la *Charte* et cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Big*

1995 CanLII 98 (SCC)

Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Mahe v. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212.

By Sopinka J.

Referred to: *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

By Cory and Iacobucci JJ. (dissenting)

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Douglas v. Canada* (1992), 58 F.T.R. 147; *Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245 (Gen. Div.), aff'd (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.); *Vriend v. Alberta* (1994), 152 A.R. 1; *Veysey v. Canada (Correctional Service)* (1989), 44 C.R.R. 364; *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294; *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *Leshner v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *Schachtschneider v. Canada*, [1994] 1 F.C. 40; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Symes v.*

M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Mahe c. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212.

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

Citée par les juges Cory et Iacobucci (dissidents)

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Douglas c. Canada* (1992), 58 F.T.R. 147; *Haig c. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245 (Div. gén.), conf. par (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.); *Vriend c. Alberta* (1994), 152 A.R. 1; *Veysey c. Canada (Correctional Service)* (1989), 44 C.R.R. 364; *Brown c. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294; *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *Leshner c. Ontario (1992)*, 16 C.H.R.R. D/184; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Schachtschneider c. Canada*, [1994] 1 C.F. 40; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Symes c.*

Canada, [1993] 4 S.C.R. 695; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

By McLachlin J. (dissenting)

Miron v. Trudel, [1995] 2 S.C.R. 418.

Statutes and Regulations Cited

B.C. Reg. 479/76, ss. 3(2), 10.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Guaranteed Available Income for Need Act, R.S.B.C. 1979, c. 158, s. 8.
 N.B. Reg. 82-227.
Old Age Security Act, R.S.C. 1970, c. O-6, s. 2 [am. 1974-75-76, c. 58, s. 1].
Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, ss. 2 [am. c. 34 (1st Supp.), s. 1], 19.
Resolution on Equal Rights for Homosexuals and Lesbians in the European Community, European Parliament, A3-0028/94.
Saskatchewan Assistance Act, R.S.S. 1978, c. S-8.
 Sask. Reg. 78/66.
Social Welfare Act, R.S.N.B. 1973, c. S-11.
Welfare Assistance Act, R.S.P.E.I. 1988, c. W-3.
Welfare Assistance Act Regulations, EC746/84.

Authors Cited

Abella, Rosalie Silberman. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1984.
 Bayefsky, Anne F. "A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Andrews, Workers' Compensation Reference, Turpin" (1990), 1 *Supreme Court L.R.* (2d) 503.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, June 12, 1975, p. 25:7.
 Canada. House of Commons. Sub-Committee on Equality Rights. *Equality For All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*. Ottawa: Queen's Printer, 1985.
 Duclos, Nitya. "An Argument for Legal Recognition of Same Sex Marriage". In Carol Rogerson, *Family Law Cases and Materials* 1991-92, vol. I. Faculty of Law, University of Toronto.

Canada, [1993] 4 R.C.S. 695; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Miron c. Trudel, [1995] 2 R.C.S. 418.

Lois et règlements cités

B.C. Reg. 479/76, art. 3(2), 10.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.
Guaranteed Available Income for Need Act, R.S.B.C. 1979, ch. 158, art. 8.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 2 [mod. ch. 34 (1^{er} suppl.), art.1], 19.
Loi sur la sécurité de la vieillesse, S.R.C. 1970, ch. O-6, art. 2 [mod. 1974-75-76, ch. 58, art. 1].
Loi sur le bien-être social, L.R.N.-B. 1973, ch. S-11.
 Règl. du N.-B. 82-227.
Résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la communauté européenne, Parlement européen, A3-0028/94.
Saskatchewan Assistance Act, R.S.S. 1978, ch. S-8.
 Sask. Reg. 78/66.
Welfare Assistance Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. W-3.
Welfare Assistance Act Regulations, EC746/84.

Doctrine citée

Abella, Rosalie Silberman. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1984.
 Bayefsky, Anne F. «A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Andrews, Workers' Compensation Reference, Turpin» (1990), 1 *Supreme Court L.R.* (2d) 503.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales. *Procès-verbaux et témoignages*, 12 juin 1975, p. 25:7.
 Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur les droits à l'égalité. *Égalité pour tous: Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1985.
Débats de la Chambre des communes, vol. I, 1^{re} sess., 31^e lég., le 22 octobre 1979, p. 476.
 Duclos, Nitya. «An Argument for Legal Recognition of Same Sex Marriage». In Carol Rogerson, *Family Law*

- Eichler, Margrit. *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences*, 2nd ed. Toronto: Gage, 1988.
- Gibson, Dale. "Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772.
- Gibson, Dale. "Equality for Some" (1991), 40 *U.N.B.L.J.* 2.
- Gibson, Dale. *The Law of the Charter: Equality Rights*. Toronto: Carswell, 1990.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
- House of Commons Debates*, vol. I, 1st Sess., 31st Parl., October 22, 1979, p. 476.
- Iyer, Nitya. "Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity" (1993), 19 *Queen's L.J.* 179.
- Lepofsky, M. David. "The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Rollercoaster?" (1992), 1 *N.J.C.L.* 315.
- Petersen, Cynthia. "A Queer Response to Bashing: Legislating Against Hate" (1991), 16 *Queen's L.J.* 237.
- Québec. Commission des droits de la personne. Comité de consultation. *De l'illégalité à l'égalité: Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes*. Montréal: La Commission, 1994.
- Smith, C. Lynn. "Judicial Interpretation of Equality Rights Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Some Clear and Present Dangers" (1988), 23 *U.B.C. L. Rev.* 65.
- Smith, Carolyn Gibson. "Proud but Cautious": *Homophobic Abuse and Discrimination in Nova Scotia*. Nova Scotia Public Interest Research Group, July 1994.
- Vanier Institute of the Family. *Profiling Canada's Families*. Ottawa: Vanier Institute of the Family, 1994.
- Cases and Materials 1991-92*, vol. I. Faculty of Law, University of Toronto.
- Eichler, Margrit. *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences*, 2nd ed. Toronto: Gage, 1988.
- Gibson, Dale. «Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772.
- Gibson, Dale. «Equality for Some» (1991), 40 *R.D. U.N.-B.* 2.
- Gibson, Dale. *The Law of the Charter: Equality Rights*. Toronto: Carswell, 1990.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
- Institut Vanier de la famille. *Profil des familles canadiennes*. Ottawa: Institut Vanier de la famille, 1994.
- Iyer, Nitya. «Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity» (1993), 19 *Queen's L.J.* 179.
- Lepofsky, M. David. «The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Rollercoaster?» (1992), 1 *N.J.C.L.* 315.
- Petersen, Cynthia. «A Queer Response to Bashing: Legislating Against Hate» (1991), 16 *Queen's L.J.* 237.
- Québec. Commission des droits de la personne. Comité de consultation. *De l'illégalité à l'égalité: Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes*. Montréal: La Commission, 1994.
- Smith, C. Lynn. «Judicial Interpretation of Equality Rights Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Some Clear and Present Dangers» (1988), 23 *U.B.C. L. Rev.* 65.
- Smith, Carolyn Gibson. «Proud but Cautious»: *Homophobic Abuse and Discrimination in Nova Scotia*. Nova Scotia Public Interest Research Group, July 1994.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1993] 3 F.C. 401, 103 D.L.R. (4th) 336, 15 C.R.R. (2d) 310, 153 N.R. 161, affirming a judgment of the Federal Court, Trial Division, [1992] 1 F.C. 687, 87 D.L.R. (4th) 320, 38 R.F.L. (3d) 294, 47 F.T.R. 305, dismissing the appellants' claim. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. dissenting.

Joseph J. Arvay, Q.C., and Leah Greathead, for the appellants.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1993] 3 C.F. 401, 103 D.L.R. (4th) 336, 15 C.R.R. (2d) 310, 153 N.R. 161, qui a confirmé un arrêt de la Section de première instance de la Cour fédérale, [1992] 1 C.F. 687, 87 D.L.R. (4th) 320, 38 R.F.L. (3d) 294, 47 F.T.R. 305, qui avait rejeté la demande des appelants. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin et Iacobucci sont dissidents.

Joseph J. Arvay, c.r., et Leah Greathead, pour les appelants.

H. J. Wruck, Q.C., F. E. Campbell, Q.C., and L. M. Hitch, for the respondent.

Madeleine Aubé, for the intervener the Attorney General of Quebec.

William F. Pentney and J. Helen Beck, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Hélène Tessier, for the intervener the Commission des droits de la personne du Québec.

Cynthia Petersen, for the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere.

Charles M. Campbell and Susan Ursel, for the intervener Metropolitan Community Church of Toronto.

Peter R. Jervis and Iain T. Benson, for the intervener Inter-Faith Coalition on Marriage and the Family.

Steven Barrett and Vanessa Payne, for the intervener the Canadian Labour Congress.

The reasons of Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Major JJ. were delivered by

H. J. Wruck, c.r., F. E. Campbell, c.r., et L. M. Hitch, pour l'intimée.

Madeleine Aubé, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

William F. Pentney et J. Helen Beck, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Hélène Tessier, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne du Québec.

Cynthia Petersen, pour l'intervenante Égalité pour les gais et les lesbiennes.

Charles M. Campbell et Susan Ursel, pour l'intervenante la Metropolitan Community Church of Toronto.

Peter R. Jervis et Iain T. Benson, pour l'intervenante l'Inter-Faith Coalition on Marriage and the Family.

Steven Barrett et Vanessa Payne, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Gonthier et Major rendus par

1 LA FOREST J. — This appeal concerns the constitutionality of ss. 2 and 19(1) of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, which accord to spouses of pensioners under the Act whose income falls below a stipulated amount, an allowance when they reach the age of 60, payable until they themselves become pensioners at age 65. The appellants maintain these provisions violate s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as discriminating against persons living in a homosexual relationship because the effect of the definition of "spouse" in s. 2 is to restrict the allowances to spouses in a heterosexual union, i.e. those who are legally married or who live in a common law relationship.

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'art. 2 et du par. 19(1) de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, qui prévoit le versement d'une allocation aux conjoints des pensionnés lorsqu'ils atteignent 60 ans et que leur revenu est inférieur à un montant déterminé, allocation payable jusqu'à ce que ces conjoints deviennent eux-mêmes des pensionnés à l'âge de 65 ans. Les appelants maintiennent que ces dispositions violent l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elles créent une discrimination à l'endroit des personnes qui vivent une relation homosexuelle, la définition de «conjoint» à l'art. 2 ayant pour effet de restreindre l'allocation aux conjoints d'une union hétérosexuelle, c'est-à-dire qui sont mariés ou qui vivent en union de fait.

My colleague, Justice Cory, has set forth the facts and judicial history as well as the applicable constitutional and statutory provisions. It will be sufficient for me, then, to refer only to such of this material as may be essential to an understanding of what follows.

The provision providing for the payment of the allowance is s. 19(1), which reads as follows:

19. (1) Subject to this Act and the regulations, for each month in any fiscal year, a spouse's allowance may be paid to the spouse of a pensioner if the spouse

- (a) is not separated from the pensioner;
- (b) has attained sixty years of age but has not attained sixty-five years of age; and
- (c) has resided in Canada after attaining eighteen years of age and prior to the day on which the spouse's application is approved for an aggregate period of at least ten years and, where that aggregate period is less than twenty years, was resident in Canada on the day preceding the day on which the spouse's application is approved.

That provision, without more, would be confined — as the term “spouse” had been interpreted in the Act before the original enactment of s. 19(1) in 1975 — to spouses in a legal marriage. At the time of the enactment of s. 19(1), however, s. 2 of the Act was amended to define the term “spouse” for the purposes of the Act to include common law spouses described in the definition. The definition reads:

2. In this Act,

“spouse”, in relation to any person, includes a person of the opposite sex who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if the two persons have publicly represented themselves as husband and wife;

The effect of this new definition was to extend the allowances to spouses living in a common law relationship as well as those in a legal marriage.

Mon collègue le juge Cory a présenté les faits et un historique des procédures de même que les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes. Il ne me sera donc nécessaire d'y revenir que dans la mesure où cela est nécessaire pour la compréhension de mes propos.

C'est le par. 19(1) qui prévoit le paiement de l'allocation:

19. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et de ses règlements, il peut être versé une allocation mensuelle au conjoint qui réunit les conditions suivantes:

- a) il n'est pas séparé du pensionné;
- b) il a au moins soixante ans mais n'a pas encore soixante-cinq ans;
- c) il a, après l'âge de dix-huit ans, résidé en tout au Canada pendant au moins dix ans et, dans le cas où la période de résidence est inférieure à vingt ans, résidait au Canada le jour précédant celui de l'agrément de sa demande.

Cette disposition, sans plus, ne s'appliquerait — suivant la définition qu'on avait donnée à «conjoint» dans la Loi avant que le par. 19(1) soit adopté pour la première fois en 1975 — qu'aux conjoints d'une union légitime. À l'époque de l'adoption du par. 19(1), toutefois, l'art. 2 de la Loi a été modifié pour qu'aux fins de la Loi, le terme «conjoint» inclue les conjoints de fait tels qu'ils sont décrits dans la définition, laquelle est ainsi libellée:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«conjoint» Est assimilée au conjoint la personne de sexe opposé qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme.

Cette nouvelle définition avait pour effet d'étendre aux conjoints de fait le programme d'allocation prévu pour les conjoints mariés.

4 The appellants, James Egan and John Norris Nesbit, are homosexuals who have since 1948 lived together in a relationship marked by commitment and interdependence similar to that which one expects to find in a marriage. When Egan became 65 in 1986, he began to receive old age security and guaranteed income supplements under the Act. On reaching age 60, Nesbit applied for a spousal allowance under s. 19(1), which as I mentioned is available to spouses as defined in the Act between the ages of 60 and 65 whose combined income falls below a fixed level. His application was rejected because the relationship between Nesbit and Egan did not fall within the Act.

5 The appellants' claim before this Court is that the Act contravenes s. 15 of the *Charter* in that it discriminates on the basis of sexual orientation. To establish that claim, it must first be determined that s. 15's protection of equality without discrimination extends to sexual orientation as a ground analogous to those specifically mentioned in the section. This poses no great hurdle for the appellants; the respondent Attorney General of Canada conceded this point. While I ordinarily have reservations about concessions of constitutional issues, I have no difficulty accepting the appellants' contention that whether or not sexual orientation is based on biological or physiological factors, which may be a matter of some controversy, it is a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs, and so falls within the ambit of s. 15 protection as being analogous to the enumerated grounds. As the courts below observed, this is entirely consistent with a number of cases on the point. Indeed, there is a measure of support for this position in this Court. In *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, at pp. 737-39, speaking for my colleagues as well, I observed that the analogous grounds approach in s. 15 was appropriate to a consideration of the character of "social groups" subject to protection as Convention refugees. These, I continued, encompass groups defined by

Les appelants, James Egan et John Norris Nesbit, sont des homosexuels qui vivent depuis 1948 une union marquée par un engagement et une interdépendance qui s'apparentent à ceux qu'on attend d'un mariage. Lorsqu'en 1986 Egan a atteint l'âge de 65 ans, il a commencé à recevoir des prestations de sécurité de la vieillesse et un supplément de revenu garanti en application de la Loi. À 60 ans, Nesbit a demandé l'allocation de conjoint en vertu du par. 19(1), à laquelle, comme je l'ai mentionné, est admissible le conjoint qui a entre 60 et 65 ans, lorsque le revenu du couple est inférieur à un montant déterminé. Sa demande a été rejetée pour le motif que l'union entre Nesbit et Egan n'était pas visée par la Loi.

Dans leur pourvoi devant notre Cour, les appelants font valoir que la Loi contrevient à l'art. 15 de la *Charte* puisqu'elle établit une distinction sur le fondement de l'orientation sexuelle. Pour établir cette prétention, il faut d'abord démontrer que la garantie d'égalité qu'offre l'art. 15 indépendamment de toute discrimination couvre l'orientation sexuelle comme motif analogue à ceux qui y sont énumérés. Ce fardeau ne pose aucun ennui sérieux aux appelants; l'intimé le procureur général du Canada a concédé le point. Si j'ai habituellement des réserves quant aux concessions en matière de questions constitutionnelles, je n'ai toutefois aucune difficulté à accepter la prétention des appelants selon laquelle, qu'elle repose ou non sur des facteurs biologiques ou physiologiques, ce qui peut donner matière à controverse, l'orientation sexuelle est une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable et qui, partant, entre dans le champ de protection de l'art. 15 parce qu'elle est analogue aux motifs énumérés. Ainsi que l'ont signalé les juridictions inférieures, cela est tout à fait conforme à plusieurs décisions rendues sur ce point. En fait, dans une certaine mesure, notre Cour appuie cette position. Dans *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, aux pp. 737 à 739, m'exprimant également au nom de mes collègues, j'ai affirmé que la méthode des motifs analogues à ceux de l'art. 15 était adéquate pour analyser la

an innate or unchangeable characteristic which, I added, would include sexual orientation.

The only difficulty I have with the Crown's concession is that it would seem difficult in the absence of more precise argument to consider the point mentioned by Gonthier J. in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, regarding the need to consider the nature of a ground, be it enumerated in s. 15 or analogous, as a basis for discrimination and its necessary limitation where the distinction drawn by legislation merely reflects or is the expression of a fundamental reality or value. I need not pursue this, however, since I do not think that, in the circumstances of this case, the appellants have suffered discrimination under s. 15 as that term has been defined by this Court.

The nature of discrimination within the meaning of s. 15(1) of the *Charter* was first discussed by this Court in the seminal case of *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. In the principal reasons in that case, McIntyre J., at p. 175, underlined the importance in a constitutional document, which is not easily modified, of achieving a workable balance that permits government to perform effectively its function of making ongoing choices in the interests of society and the work of the courts in ensuring protection for the equality rights described in s. 15. As he stated, what we must do is "to provide a 'continuing framework for the legitimate exercise of governmental power' and, at the same time, for 'the unremitting protection' of equality rights". And he warned (see p. 168), as I did in my separate reasons, that not all distinctions resulting in disadvantage to a particular group will constitute discrimination. It would bring the legitimate work of our legislative bodies to a standstill if the courts were to question every distinction that had a disadvantageous effect on an enumerated or analogous group. This would open up a s. 1 inquiry in every case involving a protected group. As I put it in

nature des «groupes sociaux» qui bénéficient d'une protection à titre de réfugiés au sens de la Convention. Ces groupes, ai-je poursuivi, englobent ceux dont les caractéristiques sont innées ou immuables, ce qui comprend l'orientation sexuelle.

La seule difficulté que me pose la concession faite par le ministère public est qu'il semblerait difficile, en l'absence d'argument plus précis, de considérer le point mentionné par le juge Gonthier dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, concernant la nécessité d'apprécier la nature d'un motif, qu'il soit énuméré à l'art. 15 ou analogue, comme fondement d'une discrimination et sa restriction inévitable lorsque la distinction établie par la loi reflète simplement une réalité ou une valeur fondamentale ou qu'elle en est l'expression. Je n'ai toutefois pas à ajouter quoi que ce soit à cet égard puisque, à mon avis, compte tenu des circonstances de l'espèce, les appelants n'ont pas été victimes de discrimination au sens de l'art. 15 tel que ce terme a été défini par notre Cour.

La nature de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte* a été analysée pour la première fois par notre Cour dans l'arrêt de principe *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Dans les motifs principaux de cet arrêt, le juge McIntyre, à la p. 175, a souligné l'importance d'atteindre dans un document constitutionnel, qui ne peut être aisément modifié, un équilibre pratique permettant au gouvernement de s'acquitter avec efficacité de sa tâche qui consiste à effectuer continuellement des choix dans l'intérêt de la société et aux tribunaux d'assurer la protection des droits à l'égalité décrits à l'art. 15. Ainsi qu'il l'a affirmé, nous devons «fournir un «cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale» et, par la même occasion, à «la protection constante» des droits à l'égalité». Et il a prévenu (voir p. 168), tout comme je l'ai fait dans mes propres motifs, que ce ne sont pas toutes les distinctions causant un désavantage à un groupe particulier qui constituent de la discrimination. Si les tribunaux devaient remettre en question chaque distinction ayant un effet défavorable sur un groupe énuméré ou analogue, le travail légitime de nos organismes législatifs s'en trouverait paralysé.

Andrews, at p. 194, "it was never intended in enacting s. 15 that it become a tool for the wholesale subjection to judicial scrutiny of variegated legislative choices in no way infringing on values fundamental to a free and democratic society".

Il faudrait alors effectuer une analyse sous le régime de l'article premier dans tous les cas mettant en cause un groupe bénéficiant d'une protection. Ainsi que je l'ai mentionné dans *Andrews*, à la p. 194, «en adoptant l'art. 15 on n'a jamais voulu qu'il serve à assujettir systématiquement à l'examen judiciaire des choix législatifs disparates qui ne portent aucunement atteinte aux valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique».

8 What then is discrimination? There are several comments in the course of McIntyre J.'s remarks in *Andrews* that go a long way towards clarifying the concept. Thus, at p. 174, he stated:

Qu'est-ce donc que la discrimination? Plusieurs commentaires du juge McIntyre dans les motifs qu'il a prononcés dans *Andrews* permettent de préciser considérablement le concept. Ainsi, à la p. 174, il a dit:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

This statement cannot, however, be looked at in isolation. It must be read in conjunction with McIntyre J.'s earlier comment, at p. 165, as follows:

Ces propos ne peuvent toutefois être considérés de façon isolée. Il faut les lire en conjonction avec le commentaire que le juge McIntyre avait fait auparavant à la p. 165:

In other words, the admittedly unattainable ideal [of equality] should be that a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another.

En d'autres termes, selon cet idéal [d'égalité] qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre.

Similarly in my separate reasons, at p. 193, I observed that "the relevant question . . . is . . . whether the impugned provision amounts to discrimination in the sense in which my colleague has defined it, i.e. on the basis of 'irrelevant personal differences' such as those listed in s. 15 . . .".

De même, dans mes motifs distincts, à la p. 193, j'ai fait remarquer que «la question pertinente consiste [. . .] à savoir si la disposition contestée constitue de la discrimination au sens où l'a définie mon collègue, c.-à-d. de la discrimination fondée sur des (TRADUCTION) «différences personnelles non pertinentes» comme celles qui sont énumérées à l'art. 15 . . . ».

9 As Gonthier J. has noted in *Miron v. Trudel*, this involves a three-step analysis, which he puts this way (at p. 435):

Ainsi que le fait remarquer le juge Gonthier dans *Miron c. Trudel*, cette détermination implique une analyse en trois étapes, qu'il expose ainsi (à la p. 435):

The first step looks to whether the law has drawn a distinction between the claimant and others. The second step then questions whether the distinction results in disadvantage, and examines whether the impugned law imposes a burden, obligation or disadvantage on a group of persons to which the claimant belongs which is not imposed on others, or does not provide them with a benefit which it grants others (*Andrews, supra*). . . .

The third step assesses whether the distinction is based on an irrelevant personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or one analogous thereto.

There is no question that the first step is satisfied in this case. Parliament has clearly made a distinction between the claimant and others. This, of course, does not carry one very far. Parliament is in the business of making such distinctions in developing programs and policies which is the task assigned to it in our democratic system. Further ingredients must be added to warrant a distinction being discriminatory.

The second step will also, in general at least, not be of great assistance. Ordinarily decisions do result in advantages or disadvantages to individuals and groups, sometimes intentionally, sometimes unintentionally. Parliament, as I mentioned, is in the business of making choices, and this inevitably involves the distribution of benefits and burdens in our society.

In this case, however, the respondent contends that the appellants have suffered no prejudice because by being treated as individuals they have received considerably more in combined federal and provincial benefits than they would have received had they been treated as "spouses". I would simply dispose of this argument on the ground that, while this may be true in this specific instance, there is nothing to show that this is generally the case with homosexual couples, which is the point the respondent must establish. My colleague Cory J. also makes this point in his reasons.

Premièrement, il faut déterminer si la loi établit une distinction entre le demandeur et d'autres personnes. Deuxièmement, il faut se demander si la distinction donne lieu à un désavantage et examiner si le texte législatif attaqué impose à un groupe de personnes auquel appartient le demandeur des fardeaux, obligations ou désavantages non imposés à d'autres, ou le prive d'un bénéfice qu'il accorde à d'autres (*Andrews, précité*). . .

Troisièmement, il faut déterminer si la distinction est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente mentionnée au par. 15(1) ou sur une caractéristique analogue.

Nul doute que la présente affaire franchit avec succès la première étape. Le législateur a clairement établi une distinction entre le demandeur et les autres personnes. Ce qui, évidemment, ne nous avance guère. Le législateur a en effet pour fonction d'établir pareilles distinctions dans l'élaboration de programmes et de politiques, tâche qui lui revient dans notre régime démocratique. D'autres ingrédients doivent venir s'ajouter pour qu'une distinction soit discriminatoire.

La deuxième étape ne sera, elle non plus, guère utile, du moins en général. Normalement, les décisions donnent effectivement lieu à des avantages ou des désavantages pour les personnes et les groupes, parfois intentionnellement, parfois non intentionnellement. Le législateur, ainsi que je l'ai mentionné, se doit d'effectuer des choix qui entraînent inévitablement des avantages et des fardeaux dans notre société.

En l'espèce, toutefois, l'intimée soutient que les appelants n'ont été victimes d'aucun préjudice puisqu'en étant traités à titre individuel, ils ont reçu du fédéral et de la province des bénéfices combinés beaucoup plus élevés que ceux qu'ils auraient reçus s'ils avaient été considérés comme des «conjoints». Pour répondre à cet argument, je dirai simplement que, si c'est le cas dans la présente affaire, rien ne prouve que ce soit généralement le cas pour les couples homosexuels, ce dont l'intimée doit faire la preuve. Mon collègue le juge Cory soulève également ce point dans ses motifs.

I turn then to the third step of the analysis described by Gonthier J. Since it has already been accepted that "sexual orientation" is an analogous ground under s. 15(1), all that remains to be considered under this step is whether the distinction made by Parliament is relevant, what Gonthier J. describes in *Miron v. Trudel*, at p. 436, as the second aspect of this third step. He there notes that in assessing relevancy for this purpose one must look at "the nature of the personal characteristic and its relevancy to the functional values underlying the law". At this stage, he adds, one must necessarily undertake a form of comparative analysis to determine whether particular facts give rise to inequality; see also *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 754. This proposition, too, derives from McIntyre J.'s reasons in *Andrews*, *supra*, who, at p. 164, states:

It [equality] is a comparative concept, the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises. It must be recognized at once, however, that every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality and, as well, that identical treatment may frequently produce serious inequality.

Gonthier J. adds, citing Wilson J. in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1331-32, that this comparative analysis must be linked to an examination of the larger context, and in particular with an understanding that the *Charter* was, in Dickson J.'s words, "not enacted in a vacuum", but must "be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts" if we are to avoid mechanical and sterile categorization; see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; see also *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1490-91.

Je me pencherai maintenant sur la troisième étape de l'analyse exposée par le juge Gonthier. Puisqu'il a déjà été reconnu que l'«orientation sexuelle» est un motif analogue à ceux qui sont énumérés au par. 15(1), tout ce qui reste à déterminer à cette étape-ci est la pertinence de la distinction établie par le législateur, ce que le juge Gonthier décrit dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, à la p. 436, comme étant le second aspect de la troisième étape. Il y remarque que, dans l'examen de la pertinence à cette fin, il faut considérer «la nature de la caractéristique personnelle et sa pertinence quant aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi». À cette étape, ajoute-t-il, on doit nécessairement procéder à une forme d'analyse comparative pour déterminer si les faits donnés engendrent une inégalité; voir également *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 754. Cette proposition a également été formulée par le juge McIntyre dans *Andrews*, précité, à la p. 164:

[L'égalité] est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte sociopolitique où la question est soulevée. Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités.

Le juge Gonthier ajoute, reprenant les propos du juge Wilson dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, aux pp. 1331 et 1332, que cette analyse comparative doit se rattacher à l'examen de l'ensemble du contexte et qu'il faut surtout savoir, selon les termes du juge Dickson, que la *Charte* «n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte», mais doit «être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés» afin d'empêcher toute classification mécanique et stérile; voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344; voir également *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1490 et 1491.

In embarking upon this comparative analysis, I shall begin with an examination of the statute with a view to determining "the functional values underlying the law". I shall then examine the per-

Dans le cadre de cette analyse comparative, j'examinerai d'abord la loi en vue de déterminer quelles sont les «valeurs fonctionnelles qui [la] sous-tendent». Je considérerai ensuite la caractéris-

sonal characteristic here in issue to determine its relevancy to these functional values.

In undertaking an examination of the statute, it is now settled that one must not focus narrowly on a provision that has the effect of depriving a group of a benefit that others who initially appear to be in a similar position are accorded. This is the "similarly situated test" which has been categorically rejected by this Court; see *Andrews*; see also *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 279. Among the reasons for its rejection is that put forth by Kerans J.A. in *Mahe v. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212, at p. 244 (in a passage approved by McIntyre J. in *Andrews*, at p. 168), namely:

... the test accepts an idea of equality which is almost mechanical, with no scope for considering the reason for the distinction. In consequence, subtleties are found to justify a finding of dissimilarity which reduces the test to a categorization game. Moreover, the test is not helpful. After all, most laws are enacted for the specific purpose of offering a benefit or imposing a burden on some persons and not on others. The test catches every conceivable difference in legal treatment. [Emphasis added.]

Having quoted this passage, McIntyre J. in *Andrews* immediately stated that such a fixed rule or formula cannot be accepted, and then concluded by setting forth how the relevant statute must be approached in the following remarks, at p. 168:

Consideration must be given to the content of the law, to its purpose, and its impact upon those to whom it applies, and also upon those whom it excludes from its application. The issues which will arise from case to case are such that it would be wrong to confine these considerations within such a fixed and limited formula.

It is in that spirit that I propose to examine the *Old Age Security Act*.

Mahoney J.A. in the Court of Appeal has usefully described the broad structure of the Act in the following passage ([1993] 3 F.C. 401, at p. 411):

tique personnelle en cause en l'espèce pour déterminer sa pertinence relativement à ces valeurs fonctionnelles.

Il est maintenant établi que, lorsqu'on examine la loi, il ne faut pas s'intéresser exclusivement à une disposition ayant pour effet de priver un groupe d'un avantage accordé à d'autres groupes qui, à première vue, paraissent se trouver dans une situation semblable. C'est ce qu'on appelle le «critère de la situation analogue», que notre Cour a rejeté catégoriquement; voir *Andrews*; voir également *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 279. Une des raisons pour lesquelles il a été rejeté a été formulée par le juge Kerans de la Cour d'appel dans *Mahe c. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212, à la p. 244 (dans un passage approuvé par le juge McIntyre dans *Andrews*, à la p. 168):

[TRADUCTION] ... le critère adopte une idée d'égalité qui est presque automatique, sans aucune possibilité d'examiner la raison à l'origine de la distinction. Par conséquent, on recourt à des nuances pour justifier une constatation de différence, ce qui réduit le critère à un jeu de classement par catégories. De plus, le critère est sans utilité. Après tout, la plupart des lois sont adoptées dans le but précis de procurer un avantage ou d'imposer une contrainte à certaines personnes et non à d'autres. Le critère décèle toutes les différences imaginables de traitement par la loi. [Je souligne.]

Après avoir cité ce passage dans *Andrews*, le juge McIntyre a immédiatement ajouté qu'une telle règle ou formule figée ne saurait être acceptée, puis il a terminé en expliquant comment il convient de concevoir la loi pertinente (à la p. 168):

Il faut tenir compte du contenu de la loi, de son objet et de son effet sur ceux qu'elle vise, de même que sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application. Les questions qui seront soulevées d'un cas à l'autre sont telles que ce serait une erreur que de tenter de restreindre ces considérations à une formule limitée et figée.

C'est dans cet esprit que je me propose d'examiner la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*.

Le juge Mahoney de la Cour d'appel a bien décrit la structure générale de la Loi dans le passage suivant ([1993] 3 C.F. 401, à la p. 411):

Part I of the Act provides for the payment of a monthly pension at age 65 to Canadian citizens and permanent residents. That pension is payable on application regardless of need. Part II provides for an additional payment to a pensioner, called a guaranteed income supplement, on the basis of need. The income of the pensioner's spouse, if any, is taken into account in determining need. Part III provides for the payment of a monthly spouse's allowance, at age 60, to the spouse of a pensioner who is in receipt of a guaranteed income supplement.

As is evident from this description, Parliament, in addition to providing greater benefits to the elderly in need, long ago took special account of married couples in need; as I mentioned earlier, before 1975 the term "spouse" only applied to persons who were legally married. This special interest is clearly expressed by the Minister of National Health and Welfare, the Honourable Marc Lalonde, when testifying before the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs in relation to the amendment adding the spousal allowance in 1975. He stated:

Its objective is clear and singular in purpose. It is to ensure that when a couple is in a situation where one of the spouses has been forced to retire, and that couple has to live on the pension of a single person, that there should be a special provision, when the breadwinner has been forced to retire at or after 65, to make sure that particular couple will be able to rely upon an income which would be equivalent to both members of the couple being retired or 60 [*sic*] years of age and over. That is the purpose of this Bill, no more than that, no less than that.

See *Minutes of Proceedings and Evidence*, June 12, 1975, at p. 25:7.

I add that other evidence of Parliament's continuing concern for the needs of married couples is the benefits for widows and widowers. To complete the picture, I repeat that in 1975 Parliament, by defining spouse as above described, extended the benefits under the Act beyond those who were legally married to common law couples, and it is that definition that has formed the principal focus of the appellants' attack. As I earlier noted, however, it is dangerous to focus narrowly on a partic-

La Partie I de la Loi prévoit le versement d'une pension mensuelle aux citoyens et résidents permanents du Canada qui atteignent l'âge de 65 ans. Cette pension est payable sur demande, indépendamment des besoins de l'intéressé. La Partie II prévoit le versement au pensionné d'une prestation supplémentaire, appelée supplément de revenu garanti, en fonction de ses besoins. Ces besoins sont calculés compte tenu du revenu du conjoint. La Partie III prévoit le versement d'une allocation, à l'âge de 60 ans, au conjoint du pensionné qui a droit au supplément de revenu garanti.

Comme il ressort clairement de cette description, en plus d'accorder des bénéfices supérieurs aux personnes âgées qui sont démunies, le législateur prête depuis longtemps une attention toute particulière aux couples mariés qui sont dans le besoin; je le répète, avant 1975, le terme «conjoint» ne s'appliquait qu'aux couples qui étaient mariés. Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, l'honorable Marc Lalonde, a clairement exprimé cet intérêt spécial lorsqu'il a témoigné devant le Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales relativement à la modification qui créait l'allocation au conjoint en 1975. Il s'est exprimé ainsi:

Son objectif est simple et clair, il permet d'assurer à un couple dont l'un des conjoints est forcé de prendre sa retraite et qui doivent vivre de la pension d'une seule personne, et lorsque le soutien de famille doit prendre sa retraite à l'âge de 65 ans ou peu après, de pouvoir retirer un revenu qui sera l'équivalent de ce que retireraient les deux conjoints si elles (*sic*) étaient à la retraite ou âgées de 60 (*sic*) ans et plus. Voilà ni plus ni moins, l'objectif du bill.

Voir *Procès-verbaux et témoignages*, 12 juin 1975, à la p. 25:7.

J'ajouterai que les bénéfices accordés aux veufs et aux veuves sont une autre marque de l'intérêt constant du législateur quant aux besoins des couples mariés. Pour compléter le tableau, je répète qu'en 1975, en définissant le conjoint dans les termes reproduits précédemment, le législateur a étendu les bénéfices de la Loi au-delà des couples mariés pour couvrir les conjoints de fait, et c'est cette définition qui se trouve au centre de la contestation des appelants. Ainsi que je l'ai men-

ular provision. A more comprehensive contextual approach must be taken to determine the relevancy of the personal characteristic in question to the functional values underlying the law. That is how I propose to proceed.

The singling out of legally married and common law couples as the recipients of benefits necessarily excludes all sorts of other couples living together such as brothers and sisters or other relatives, regardless of sex, and others who are not related, whatever reasons these other couples may have for doing so and whatever their sexual orientation. Mahoney J.A., at p. 412 of his reasons in the Court of Appeal, lucidly describes these various couples in the following passage:

Many couples live together in relationships excluded from the definition. Cohabitation by siblings is a commonplace example; persons otherwise related by blood or marriage do so as well and so do persons not related. They do so for countless personal reasons and combinations thereof, for example: mere convenience, the advantage of pooling resources, shared interests, congeniality, friendship and affection not involving sexual attraction, to have someone with them in disability, failing health or in fear of it, or simply to avoid loneliness and seclusion. Unless subjective pressures are in play, sex, whether same or opposite, need not be a consideration in the choice of a live-in companion. There are those, like the appellants, whose sexual orientation is a determining factor in their choice of partner. Many, possibly most, of those couples do not publicly represent themselves as spouses so that they would benefit from the remedy the appellants seek.

What reason or purpose, then, can be assigned to the distinction made by Parliament? It seems to me that it is both obvious and deeply rooted in our fundamental values and traditions, values and traditions that could not have been lost on the framers of the *Charter*. Simply stated, what Parliament clearly had in mind was to accord support to married couples who were aged and elderly, and this for the advancement of public policy central to society. Moreover, in recognition of changing social realities, s. 2 was amended so that whenever

tionné précédemment toutefois, il y a un risque à ne s'attacher qu'à une seule disposition. Il faut plutôt tenir compte du contexte entier pour déterminer la pertinence de la caractéristique personnelle en question quant aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi. C'est ainsi que je procéderai.

Le fait de restreindre des bénéfices aux couples mariés et aux conjoints de fait exclut nécessairement toute autre forme de couple qui cohabite, comme les frères et sœurs ou autres parents, peu importe le sexe, et les couples qui ne sont pas liés par le sang, quelles que soient leurs raisons et peu importe leur orientation sexuelle. Le juge Mahoney décrit avec lucidité ces différents couples dans le passage suivant de ses motifs (aux pp. 412 et 413):

Un grand nombre de personnes cohabitent à deux, dont les relations sont exclues du champ d'application de la définition. Les frères et sœurs qui cohabitent en sont l'exemple courant; il en est de même des parents ou alliés, et des personnes qui ne sont pas apparentées. Ces gens cohabitent pour une multitude de raisons personnelles, lesquelles sont combinées ou non, par exemple des raisons de simple commodité, l'avantage de la mise en commun des ressources, l'identité d'intérêts, la sympathie, l'amitié et l'affection non sexuelle, l'avantage d'avoir un soutien pour quelqu'un qui est infirme ou malade ou qui craint de tomber malade, ou encore simplement pour éviter la solitude ou l'isolement. À moins de pressions subjectives, il n'est pas nécessaire que le sexe soit un élément à considérer dans le choix d'un ou d'une partenaire. Il y a ceux, comme les appelants, pour lesquels le sexe est le facteur déterminant dans le choix du partenaire. Un grand nombre de couples de ce genre, peut-être la plupart d'entre eux, ne se présentent pas publiquement comme conjoints de manière à bénéficier du redressement que recherchent les appelants.

Quelle raison ou quelle fin peut-on par conséquent prêter à la distinction établie par le législateur? Il me semble qu'elle est évidente et qu'elle a ses racines profondes dans nos valeurs et traditions fondamentales, lesquelles n'auraient pu échapper aux rédacteurs de la *Charte*. En termes simples, ce que le législateur désirait manifestement, c'était consentir un soutien aux couples mariés qui sont âgés afin de promouvoir une politique d'intérêt public primordiale pour la société. En outre, en reconnaissance de l'évolution des réalités sociales,

the term "spouse" was used in the Act it was to be construed to extend beyond legal married couples to couples in a common law marriage.

21 My colleague Gonthier J. in *Miron v. Trudel* has been at pains to discuss the fundamental importance of marriage as a social institution, and I need not repeat his analysis at length or refer to the authorities he cites. Suffice it to say that marriage has from time immemorial been firmly grounded in our legal tradition, one that is itself a reflection of long-standing philosophical and religious traditions. But its ultimate *raison d'être* transcends all of these and is firmly anchored in the biological and social realities that heterosexual couples have the unique ability to procreate, that most children are the product of these relationships, and that they are generally cared for and nurtured by those who live in that relationship. In this sense, marriage is by nature heterosexual. It would be possible to legally define marriage to include homosexual couples, but this would not change the biological and social realities that underlie the traditional marriage.

22 The marital relationship has special needs with which Parliament and the legislatures and indeed custom and judge-made law have long been concerned. The legal institution of marriage exists both for the protection of the relationship and for defining the obligations that flow from entering into a legal marriage. Because of its importance, legal marriage may properly be viewed as fundamental to the stability and well-being of the family and, as such, as Gonthier J. argued in *Miron v. Trudel*, Parliament may quite properly give special support to the institution of marriage. It is spouses in legal marriage who constitute the bulk of the beneficiaries of spousal allowances.

23 But many of the underlying concerns that justify Parliament's support and protection of legal marriage extend to heterosexual couples who are not legally married. Many of these couples live together indefinitely, bring forth children and care

le législateur a modifié l'art. 2 de façon à ce que, dans la Loi, le terme «conjoint» soit interprété comme visant non seulement les couples mariés, mais également les couples vivant en union de fait.

Dans *Miron c. Trudel*, mon collègue le juge Gonthier a pris grand soin d'analyser l'importance fondamentale du mariage comme institution sociale, et je n'ai pas à reprendre son analyse en longueur ni à renvoyer aux décisions qu'il a citées. Qu'il suffise de dire que le mariage est depuis des temps immémoriaux fermement enraciné dans notre tradition juridique, qui elle-même est le reflet de traditions philosophiques et religieuses anciennes. Mais la véritable raison d'être du mariage les transcende toutes et repose fermement sur la réalité biologique et sociale qui fait que seuls les couples hétérosexuels ont la capacité de procréer, que la plupart des enfants sont le fruit de ces unions et que ce sont ceux qui entretiennent ce genre d'union qui prennent généralement soin des enfants et qui les élèvent. Dans ce sens, le mariage est, de par sa nature, hétérosexuel. On pourrait le définir sur le plan juridique de façon à y inclure les couples homosexuels, mais cela ne changerait pas les réalités biologiques et sociales qui sous-tendent le mariage traditionnel.

L'union conjugale a des besoins particuliers auxquels s'intéressent depuis longtemps le Parlement, les législatures et, de fait, le droit coutumier et le droit prétorien. L'institution juridique qu'est le mariage existe à la fois pour protéger l'union et pour délimiter les obligations qui découlent du mariage. Du fait de son importance, le mariage peut à bon droit être considéré comme primordial pour la stabilité et le bien-être de la famille; à ce titre, comme le juge Gonthier le soutient dans *Miron c. Trudel*, le législateur peut fort bien accorder un soutien particulier à cette institution. Les conjoints unis par le mariage représentent la plus grande partie des bénéficiaires de l'allocation au conjoint.

Or, nombre des raisons qui sous-tendent l'appui et la protection qu'apporte le législateur au mariage se rapportent également aux couples hétérosexuels qui ne sont pas mariés. Un grand nombre de ces couples vivent ensemble indéfiniment, élè-

for them in response to familial instincts rooted in the human psyche. These couples have need for support just as legally married couples do in performing this critical task, which is of benefit to all society. Language has long captured the essence of this relationship by the expression "common law marriage".

Faced with the social reality that increasing numbers choose not to enter a legal marriage but live together in a common law relationship, Parliament has elected to support these relationships. The legal institution of marriage has long been viewed as the fundamental instrument to promote the underlying values I have referred to. But Parliament cannot force people to get married, and I see no reason why it should not take the necessary means to promote the basic social interests and policies that inform the institution of legal marriage through other instrumentalities. Support of common law relationships with a view to promoting their stability seems well devised to advance many of the underlying values for which the institution of marriage exists. For example, children brought up by single parents more often end up in poverty and impose greater burdens on society. Parliament, it seems to me, is wholly justified in extending support to heterosexual couples like this, which is not to say, however, that it is obligated to do so and may not treat married and unmarried couples differently (see the reasons of Gonthier J. in *Miron*).

Viewed in the larger context, then, there is nothing arbitrary about the distinction supportive of heterosexual family units. And for the reasons set forth by Gonthier J. in *Miron*, I am not troubled by the fact that not all these heterosexual couples in fact have children. It is the social unit that uniquely has the capacity to procreate children and generally cares for their upbringing, and as such warrants support by Parliament to meet its needs. This is the only unit in society that expends resources to care for children on a routine and sustained basis. As counsel for the intervenor the

vent des enfants et en prennent soin suivant des instincts familiaux qui prennent racine dans la psyché humaine. Dans l'exercice de cette tâche critique, dont bénéficie l'ensemble de la société, ces couples ont besoin de soutien tout autant que les couples mariés. La langue a depuis longtemps capturé l'essence de cette relation dans l'expression «union de fait».

Face à la réalité sociale du nombre croissant de personnes qui décident de ne pas se marier, mais de vivre ensemble en union de fait, le législateur a choisi d'aider ces personnes. L'institution légale du mariage est depuis longtemps considérée comme un instrument essentiel de promotion des valeurs fondamentales dont j'ai déjà parlé. Cependant, le législateur ne peut forcer les gens à se marier, et je ne vois aucune raison pour laquelle il ne devrait pas prendre les mesures nécessaires pour promouvoir par d'autres moyens les politiques et intérêts sociaux fondamentaux qui fondent l'institution du mariage. L'aide que l'on consacre aux conjoints de fait en vue de favoriser la stabilité de leur union semble être un bon moyen de promouvoir nombre des valeurs fondamentales pour lesquelles l'institution du mariage existe. Par exemple, les enfants élevés par un seul parent aboutissent plus souvent dans la pauvreté et représentent de lourds fardeaux pour la société. Le législateur, me semble-t-il, est parfaitement justifié d'étendre ainsi son aide aux couples hétérosexuels, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il est tenu de le faire et qu'il ne peut traiter les couples mariés et les couples non mariés différemment (voir les motifs du juge Gonthier dans *Miron*).

Vu dans un contexte élargi, donc, il n'y a rien d'arbitraire dans la distinction qui a pour objectif d'apporter un soutien aux unités familiales hétérosexuelles. Par ailleurs, pour les motifs exprimés par le juge Gonthier dans l'arrêt *Miron*, je ne suis pas troublé par le fait que ce ne sont pas tous ces couples hétérosexuels qui, en fait, ont des enfants. C'est l'unité sociale qui seule a la capacité de procréer et qui, en général, veille à l'éducation des enfants; à ce titre, elle mérite que le législateur lui offre son soutien de façon à ce qu'elle puisse satisfaire à ses besoins. C'est la seule unité dans la

Inter-Faith Coalition on Marriage and the Family put it, whether the mother or the father leaves the paid work force or whether both parents are paying after-tax dollars for daycare, this is the unit in society that fundamentally anchors other social relationships and other aspects of society. I add that I do not think the courts should attempt to require meticulous line drawing that would ensure that only couples that had children were included. This could impose on Parliament the burden of devising administrative procedures to ensure conformity that could be both unnecessarily intrusive and difficult to administer, thereby depriving Parliament of that "reasonable room to manoeuvre" which this Court has frequently recognized as necessary; see *United States of America v. Cotroni*, *supra*, at p. 1495, and the cases there cited. This I think is wholly consistent with the workable balance between Parliament and the courts sought to be achieved in *Andrews*, *supra*, to which I have earlier referred.

société qui consacre tous les jours et de façon constante des ressources au soin des enfants. Ainsi que l'ont dit les avocats de l'intervenant l'Inter-Faith Coalition on Marriage and the Family, peu importe que la mère ou le père quitte le marché du travail ou que les deux parents consacrent une partie de leur revenu après impôt pour les services de garde d'enfants, c'est l'unité dans laquelle sont enracinés d'autres relations sociales et d'autres aspects de la société. J'ajouterai que selon moi les tribunaux ne doivent pas tenter d'exiger une ligne de démarcation bien précise afin que seuls les couples qui ont des enfants soient inclus. Cela pourrait imposer au législateur, pour s'assurer qu'il y ait conformité, le fardeau d'élaborer des procédures administratives qui pourraient être à la fois inutilement envahissantes et difficiles à administrer, et qui le priveraient de ce fait de cette «marge de manœuvre raisonnable» que notre Cour a fréquemment jugée nécessaire; voir *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, précité, à la p. 1495, et les décisions qui y sont citées. À mon avis, cela est tout à fait conforme à l'équilibre pratique que l'on a tenté d'établir entre le législateur et les tribunaux dans *Andrews*, précité, et dont j'ai parlé précédemment.

26 Neither in its purpose or effect does the legislation constitute an infringement of the fundamental values sought to be protected by the *Charter*. None of the couples excluded from benefits under the Act are capable of meeting the fundamental social objectives thereby sought to be promoted by Parliament. These couples undoubtedly provide mutual support for one another, and that, no doubt, is of some benefit to society. They may, it is true, occasionally adopt or bring up children, but this is exceptional and in no way affects the general picture. I fail to see how homosexuals differ from other excluded couples in terms of the fundamental social reasons for which Parliament has sought to favour heterosexuals who live as married couples. Homosexual couples, it is true, differ from other excluded couples in that their relationships include a sexual aspect. But this sexual aspect has nothing to do with the social objectives for which Parliament affords a measure of support to married

Ni dans son objectif, ni dans son effet, la loi ne constitue-t-elle une violation des valeurs fondamentales que la *Charte* tente de protéger. Aucun des couples exclus des bénéfices prévus dans la Loi ne peut satisfaire aux objectifs sociaux fondamentaux que le législateur cherche ainsi à promouvoir. Les personnes qui forment ces couples s'apportent sans contredit un soutien mutuel, ce qui est sans aucun doute bénéfique pour la société. À l'occasion, elles peuvent, il est vrai, adopter ou élever des enfants, mais cela demeure exceptionnel et ne change d'aucune façon le portrait d'ensemble. Je ne vois pas comment les homosexuels diffèrent des autres couples exclus sur le plan des raisons sociales fondamentales pour lesquelles le législateur a tenté d'avantager les hétérosexuels qui vivent comme couples mariés. Certes, les couples homosexuels sont différents des autres couples exclus en ce que leur relation comporte un aspect sexuel. Cet aspect n'a toutefois rien à voir avec les

couples and those who live in a common law relationship.

In a word, the distinction made by Parliament is grounded in a social relationship, a social unit that is fundamental to society. That unit, as I have attempted to explain, is unique. It differs from all other couples, including homosexual couples. Other excluded couples, it is true, do not have to be described by reference to sex or sexual preferences, but this is of no moment. The distinction adopted by Parliament is relevant, indeed essential, to describe the relationship in the way the statute does so as to differentiate the couples described in the statute from all couples that do not serve the social purposes for which the legislature has made the distinction. Homosexual couples are not, therefore, discriminated against; they are simply included with these other couples.

I add that this distinction exists in a plethora of statutes, both federal and provincial, and, indeed, it directly or indirectly forms the substratum of an abundance of legal principles and rules at common law and under the civil law system. I realize, of course, that the distinction could in certain circumstances be used in a discriminatory manner, but that is not this case. It is relevant here to describe a fundamental social unit, indeed the fundamental unit in society, to which some measure of support is given. I add, interstitially, that this support does not exacerbate an historic disadvantage; rather it ameliorates an historic economic disadvantage, both for couples who are legally married and those who live in a common law relationship. If the distinction is thought to be irrelevant here, this would, in my view, mean that the courts would have to embark upon a *s. 1* justification every time a distinction was made on the basis of marriage, legal or common law. Moreover, it would interfere with the appropriate balance between legislative and judicial power described in *Andrews*, which I have discussed earlier in these reasons.

Had I concluded that the impugned legislation infringed *s. 15* of the *Charter*, I would still uphold

objectifs sociaux pour lesquels le législateur offre une mesure de soutien aux couples mariés et à ceux qui vivent en union de fait.

Bref, la distinction établie par le législateur est fondée sur une relation sociale, une unité sociale fondamentale pour la société. Cette unité, comme j'ai tenté de l'expliquer, est unique. Elle se distingue de tous les autres couples, y compris des couples homosexuels. D'autres groupes exclus, il est vrai, n'ont pas à être décrits par renvoi au sexe ou aux préférences sexuelles, mais cela n'a guère d'importance. La distinction qu'a adoptée le législateur est pertinente, voire essentielle, pour décrire la relation, comme le fait la loi, de façon à distinguer les couples qui y sont décrits de tous les couples qui ne servent pas les objectifs sociaux pour lesquels le législateur a établi la distinction. Aussi, les couples homosexuels ne sont-ils pas victimes de discrimination; ils sont simplement inclus avec ces autres couples.

J'ajouterai que cette distinction existe dans un grand nombre de lois, tant fédérales que provinciales et, de fait, elle forme directement ou indirectement l'assise de nombreux principes juridiques et règles de common law et de droit civil. Je me rends bien compte que la distinction pourrait dans certaines circonstances être utilisée d'une manière discriminatoire, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Il y a lieu ici de décrire une unité sociale fondamentale, en fait, l'unité fondamentale dans la société, qui jouit d'un certain soutien. J'ajouterai, entre parenthèses, que ce soutien n'amplifie pas un désavantage historique; il atténue plutôt un désavantage économique historique pour les couples mariés et pour ceux qui vivent en union de fait. Si la distinction était jugée non pertinente en l'espèce, cela signifierait, à mon avis, que les tribunaux doivent entreprendre une justification fondée sur l'article premier chaque fois qu'une distinction est établie sur le fondement du mariage ou de l'union de fait. Ce serait là une immixtion dans le juste équilibre entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire décrit dans *Andrews*, que j'ai analysé antérieurement dans les présents motifs.

Si j'avais conclu que la disposition contestée violait l'art. 15 de la *Charte*, je la maintiendrais en

it under s. 1 of the *Charter* for the considerations set forth in my reasons in *McKinney*, *supra*, especially at pp. 316-18, some of which are referred to in the reasons of my colleague Justice Sopinka, as well as for those mentioned in my discussion of discrimination in the present case.

I would dismiss the appeal and would answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Does the definition of "spouse" in s. 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, infringe or deny s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 2: If the answer to question 1 is yes, is the infringement or denial demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Assuming it is an infringement, it is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal raises the question of whether a legislative distinction that limits eligibility for a spousal supplement under the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, to "opposite sex" spouses is discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether it is saved by s. 1 of the *Charter*. Although I agree with much of what is said by my colleagues Justices Cory and Iacobucci, as well as with the result they reach, I have some concerns as to the proper approach to be taken to s. 15 of the *Charter*, which I shall outline below.

I. Analysis

There is no more important task in approaching any *Charter* right than that of characterizing prop-

vertu de l'article premier de la *Charte* pour les considérations que j'ai énoncées dans *McKinney*, précité, particulièrement aux pp. 316 à 318, auxquelles se reportent en partie mon collègue le juge Sopinka, de même que pour celles dont j'ai fait état dans mon analyse de la discrimination en l'espèce.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de donner les réponses suivantes aux questions constitutionnelles:

Question 1: La définition de «conjoint», à l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, porte-t-elle atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 2: Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: À supposer qu'il y ait violation, elle est justifiable au regard de l'article premier de la *Charte*.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — La question en litige dans ce pourvoi est de savoir si la distinction législative qui restreint aux conjoints «de sexe opposé» l'admissibilité à un supplément au conjoint sous le régime de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, est discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si elle est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Bien que je souscrive en grande partie aux propos de mes collègues les juges Cory et Iacobucci, de même qu'au résultat auquel ils en arrivent, j'ai toutefois quelques préoccupations quant à la façon appropriée d'aborder l'art. 15 de la *Charte*, dont je traiterai ci-après.

I. Analyse

La tâche la plus importante dans l'analyse d'un droit garanti par la *Charte* est de bien cerner son

erly its purpose: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. Defining with accuracy and sensitivity the purpose of a particular right is, in short, the starting point for rights analysis. By implication, a right is said to be violated when the purpose of that right is denied, undermined, or frustrated by legislative action. Disagreement, no matter how small, at the foundational level of establishing the right's purpose will only magnify over time in terms of how that right is applied. More difficult cases, quite naturally, will only make these differences more apparent. I believe that this phenomenon is beginning to manifest itself in the divergent approaches to s. 15 taken in recent cases before this Court, of which this case, *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, and *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627, are no exception. The emergence of these differences suggests to me that we may not necessarily be operating with the same underlying purpose in mind. For s. 15 jurisprudence to continue to develop along principled lines, I believe that two things are necessary: (1) we must revisit the fundamental purpose of s. 15; and (2) we must seek out a means by which to give full effect to this fundamental purpose. I set out below my efforts to begin this dialogue.

A. The Purpose of Section 15

Section 15 does not guarantee the complete absence of distinctions. Nor, for that matter, does it guarantee equality in the abstract. Indeed, as this Court recognized in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 169, "for the accommodation of differences, which is the essence of true equality, it will frequently be necessary to make distinctions". The key, then, is to define when those distinctions are constitutionally permissible, and when they are not.

As an important starting point to evaluating the purpose of s. 15(1), we need look no further than its text. It reads:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or

objectif: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Le point de départ de toute analyse en matière de droits est, en bref, de définir avec exactitude et sensibilité l'objectif d'un droit précis. Implicitement, on dit qu'un droit est violé lorsque l'objectif de ce droit est nié, miné ou contrecarré par une mesure législative. Un désaccord, aussi minime soit-il, à l'étape fondamentale de la définition de l'objectif du droit, ne peut que s'amplifier avec le temps sur le plan de l'application de ce droit. Naturellement, les cas plus complexes ne feront que rendre ces différences plus évidentes. Je crois que ce phénomène a déjà commencé à se manifester dans les conceptions divergentes que notre Cour a adoptées à l'égard de l'art. 15 dans des affaires récentes, et auxquelles la présente affaire, *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, et *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, ne font pas exception. L'émergence de ces différences me porte à croire que nous n'avons peut-être pas nécessairement le même objectif fondamental à l'esprit. Pour que la jurisprudence relative à l'art. 15 continue de se développer selon une méthode fondée sur des principes, il faut à mon avis deux choses: (1) revoir l'objectif fondamental de l'art. 15, et (2) concevoir un moyen de le rendre pleinement effectif. Ce qui suit explique comment je tente d'ouvrir ce dialogue.

A. L'objectif de l'art. 15

L'article 15 ne garantit pas l'absence totale de distinctions ni, quant à cela, l'égalité dans l'abs-trait. De fait, comme notre Cour l'a reconnu dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 169, «le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites». La clé consiste donc à tamiser les cas où de telles distinctions sont acceptables sur le plan constitutionnel et les cas où elles ne le sont pas.

Dès le départ il est important, afin de bien définir l'objectif du par. 15(1), de nous reporter à son texte:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations

ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability. [Emphasis added.]

It is plain from the language of s. 15 that its fundamental purpose is to guarantee to all individuals a certain kind of equality: equality without discrimination. By implication, where "discrimination" is not present, then the *Charter* guarantee of equality is satisfied. The nine "grounds" enumerated after this basic guarantee of freedom from discrimination are particular applications and illustrations of the ambit of s. 15. They are not the guarantee itself.

fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. [Je souligne.]

Il ressort clairement de ce texte que son objectif fondamental est de garantir à tous une certaine forme d'égalité: l'égalité indépendamment de toute discrimination. Implicite, en l'absence de «discrimination», la garantie d'égalité prévue par la *Charte* est respectée. Les neuf «motifs» énumérés à la suite de la garantie fondamentale de protection contre toute discrimination sont des applications et des illustrations particulières de la portée de l'art. 15. Ils ne sont pas la garantie elle-même.

35

If the fundamental purpose of s. 15 is to guarantee equality "without discrimination", then it follows that the pivotal question is, "How do we define 'discrimination'?" Under the approach set out in *Andrews*, this Court has sought to define "discrimination" by reference to the nine grounds enumerated in s. 15(1) as well as by reference to "analogous grounds", which embody characteristics seen to be held in common by the enumerated grounds. As several commentators have suggested, and as I shall argue shortly, this is an indirect means by which to define discrimination. A preferable approach would be to give independent content to the term "discrimination", and to develop s. 15 along the lines of that definition. In so doing, however, we must heed the warning sounded by Professor C. Lynn Smith in "Judicial Interpretation of Equality Rights Under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: Some Clear and Present Dangers" (1988), 23 *U.B.C. L. Rev.* 65, at p. 86:

Si l'article 15 a pour objectif fondamental de garantir l'égalité «indépendamment de toute discrimination», la question centrale est donc celle-ci: «Comment définir le terme «discrimination»? Suivant la conception énoncée dans l'arrêt *Andrews*, notre Cour a tenté de définir la «discrimination» en fonction des neuf motifs énumérés au par. 15(1) et des «motifs analogues» réunissant des caractéristiques jugées communes aux motifs énumérés. Comme nombre de commentateurs l'ont donné à entendre, et comme je le soutiendrai plus loin, c'est là une façon indirecte de définir la discrimination. Une approche qui me paraît préférable serait de donner un contenu indépendant au terme «discrimination» et d'élaborer l'analyse fondée sur l'art. 15 à partir de cette définition. Ce faisant, toutefois, nous devons prendre note de la mise en garde formulée par le professeur C. Lynn Smith dans «Judicial Interpretation of Equality Rights Under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: Some Clear and Present Dangers» (1988), 23 *U.B.C. L. Rev.* 65, à la p. 86:

... I think that there is a real risk that if the courts continue to review all claims which the ingenious legal mind can create, and if the courts decide that the standard of review will be the same no matter what the claim, then that standard will tend toward the lowest common denominator, or at least toward the standard appropriate to the bulk of the cases being brought. Such a standard will not be a high one — that is, it will be an easy one for government to pass. This tendency, if it occurs, will then result in a watered-down level of protection for all claims. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] ... à mon avis, si les tribunaux continuent d'examiner toutes les demandes qu'un esprit juridique ingénieux peut imaginer, et s'ils décident que la norme d'examen est la même quelle que soit la demande, alors cette norme risque véritablement de tendre vers le plus petit dénominateur commun, ou à tout le moins vers une norme qui sied à la plus grande partie des actions intentées. Une telle norme ne sera guère élevée — c'est-à-dire que le gouvernement pourra facilement y satisfaire. Si elle se réalise, cette tendance affaiblira le degré de protection relativement à toutes les demandes. [Je souligne.]

In short, the standard must not be so broad or vague as to risk undermining in practice the very purposes that s. 15 is intended to further.

This Court has recognized that inherent human dignity is at the heart of individual rights in a free and democratic society: *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 336 (*per* Dickson J. (as he then was)). More than any other right in the *Charter*, s. 15 gives effect to this notion. Building upon this foundation, I believe that the essence of "discrimination" was largely captured by McIntyre J., speaking for the majority of the Court on this point, in *Andrews*, *supra*, at p. 171:

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. [Emphasis added.]

Equality, as that concept is enshrined as a fundamental human right within s. 15 of the *Charter*, means nothing if it does not represent a commitment to recognizing each person's equal worth as a human being, regardless of individual differences. Equality means that our society cannot tolerate legislative distinctions that treat certain people as second-class citizens, that demean them, that treat them as less capable for no good reason, or that otherwise offend fundamental human dignity. In a similar vein, I refer to the words of Wilson J. in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 387 (dissenting, but not on this point):

It is, I think, now clearly established that what lies at the heart of s. 15(1) is the promise of equality in the sense of freedom from the burdens of stereotype and prejudice in all their subtle and ugly manifestations. However, the nature of discrimination is such that attitudes rather than laws or rules may be the source of the discrimination. [Emphasis added.]

En somme, la norme ne doit pas être générale et vague au point de risquer, en pratique, de saper les objectifs mêmes que l'art. 15 vise à promouvoir.

Notre Cour a reconnu que la dignité inhérente à la personne humaine est au cœur des droits individuels dans une société libre et démocratique: *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 336 (le juge Dickson (plus tard Juge en chef)). Plus que tout autre droit garanti par la *Charte*, l'art. 15 affirme cette notion. À partir de cette prémisse, je crois que le juge McIntyre, qui s'exprimait au nom de la majorité de la Cour sur ce point dans l'arrêt *Andrews*, précité, à la p. 171, a saisi en grande partie l'essence de la «discrimination»:

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. [Je souligne.]

L'égalité, au sens où ce concept est consacré à titre de droit fondamental de la personne à l'art. 15 de la *Charte*, ne signifie rien s'il n'est pas l'expression d'un engagement à reconnaître la valeur égale de chacun en tant qu'être humain, indépendamment des différences individuelles. L'égalité signifie que notre société ne peut tolérer les distinctions législatives qui traitent certaines personnes comme des citoyens de second rang, qui les diminuent ou les traitent comme si elles étaient moins capables sans raison valable, ou qui par ailleurs offensent la dignité humaine fondamentale. Dans la même veine, je renvoie aux propos du juge Wilson dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 387 (dissidente, mais non sur ce point):

Je pense qu'il est maintenant clairement établi qu'au cœur du par. 15(1) se trouve la promesse d'une égalité au sens d'une libération du poids des stéréotypes et des préjugés sous toutes leurs formes subtiles et répugantes. Cependant, la nature de la discrimination est telle que des attitudes plutôt que des lois ou des règles peuvent être à l'origine de la discrimination. [Je souligne.]

37

We can further inform our understanding of the purpose of s. 15 by recognizing what it is not. The *Charter* is a document of civil, political and legal rights. It is not a charter of economic rights. This is not to say, however, that economic prejudices or benefits are irrelevant to determinations under s. 15 of the *Charter*. Quite the contrary. Economic benefits or prejudices are relevant to s. 15, but are more accurately regarded as symptomatic of the types of distinctions that are at the heart of s. 15: those that offend inherent human dignity.

38

Finally, we must bear in mind that it has been recognized by this Court that an important, though not necessarily exclusive, purpose of s. 15 is the prevention or reduction of distinctions that may worsen the circumstances of those who have already suffered marginalization or historical disadvantage in our society: *Andrews, supra*; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296. See also Lepofsky, "The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Rollercoaster?" (1992), 1 *N.J.C.L.* 315. In many ways, this recognition flows from the fact that discrimination is as much an effect as a purpose, and that those individuals and groups that are more vulnerable in society are also more likely to experience the effects of a distinction more severely. This important relationship was recognized in Judge Abella's groundbreaking *Report of the Commission on Equality in Employment* (1984), at p. 9:

The impact of behaviour is the essence of "systemic discrimination". It suggests that the inexorable, cumulative effect on individuals or groups of behaviour that has an arbitrarily negative impact on them is more significant than whether the behaviour flows from insensitivity or intentional discrimination. . . .

The effect of the system on the individual or group, rather than its attitudinal sources, governs whether or not a remedy is justified. [Emphasis added.]

As such, s. 15 requires that we place both the group and the particular distinction adversely affecting that group within the "social, political

Nous pouvons définir plus avant l'objectif de l'art. 15 en précisant ce qu'il n'est pas. La *Charte* est un document qui reconnaît des droits civils, politiques et juridiques. Ce n'est pas une charte de droits économiques. Ce qui ne signifie pas, toutefois, que les préjudices ou avantages économiques ne sont pas pertinents dans les décisions fondées sur l'art. 15 de la *Charte*, bien au contraire. Ils sont pertinents, mais sont plus justement considérés comme des symptômes des formes de distinctions qui sont au cœur de l'art. 15: celles qui offensent la dignité inhérente à la personne humaine.

Enfin, nous ne devons pas oublier que notre Cour a reconnu que la prévention ou la diminution du nombre de distinctions qui risquent d'aggraver la situation de ceux qui sont déjà victimes d'une marginalisation ou d'un désavantage historique dans notre société est un objectif important de l'art. 15, quoique non nécessairement exclusif: *Andrews*, précité; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296. Voir également Lepofsky, «The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Rollercoaster?» (1992), 1 *N.J.C.L.* 315. À beaucoup d'égards, cette constatation procède du fait que la discrimination est un effet tout autant qu'elle est un objectif et que les particuliers et les groupes qui sont plus vulnérables dans la société sont également davantage susceptibles de ressentir plus vivement les effets d'une distinction. Cette importante corrélation a été reconnue dans le rapport innovateur du juge Abella, le *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi* (1984), aux pp. 9 et 10:

Ce sont les conséquences qui constituent l'essentiel de la «discrimination systémique». Cette dernière suggère qu'il est plus important de se pencher sur l'incidence inexorable de la discrimination sur les particuliers ou les groupes que de chercher à savoir s'il s'agit de discrimination insouciance ou intentionnelle. . .

Ce sont les répercussions du système, plutôt que les attitudes qui sont à la source, qui justifient l'adoption de mesures correctives. [Je souligne.]

À ce titre, l'art. 15 requiert que l'on tienne compte de la place qu'occupent dans «les contextes social, politique et juridique de notre société» tant le

and legal fabric of our society”: *Andrews, supra*, at p. 152.

To summarize, at the heart of s. 15 is the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as equal human beings, equally capable, and equally deserving. A person or group of persons has been discriminated against within the meaning of s. 15 of the *Charter* when members of that group have been made to feel, by virtue of the impugned legislative distinction, that they are less capable, or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. These are the core elements of a definition of “discrimination” — a definition that focuses on impact (i.e. discriminatory effect) rather than on constituent elements (i.e. the grounds of the distinction).

Three clarifications should be made at this juncture. First, I acknowledge that the above definition essentially tries to put into words the notion of fundamental human dignity. Dignity being a notoriously elusive concept, however, it is clear that this definition cannot, by itself, bear the weight of s. 15’s task on its shoulders. It needs precision and elaboration. I shall attempt to demonstrate shortly how this approach to discrimination can find more concrete and principled expression using many of the criteria that have in the past proven themselves to be highly apposite under the approach taken by this Court in *Andrews*. As such, it will become evident that the approach I suggest is far less a departure from that developed in *Andrews* than may appear at first blush. I believe many of those analytical tools to be valid. The problem, in my mind, lies not with the tools but with the framework within which they have in the past been employed. In short, if the framework is not perfectly suited for the tools, then we do not use the tools to their full potential.

Second, I note that although the utopian ideal would be a society in which nobody is made to feel

groupe que la distinction qui lui cause préjudice: *Andrews*, précité, à la p. 152.

Bref, au cœur de l’art. 15 se situe la promotion d’une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît en tant qu’êtres humains égaux, tous aussi capables et méritants les uns que les autres. Une personne ou un groupe de personnes est victime de discrimination au sens de l’art. 15 de la *Charte* si, du fait de la distinction législative contestée, les membres de ce groupe ont l’impression d’être moins capables ou de moins mériter d’être reconnus ou valorisés en tant qu’êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. Ce sont là les éléments essentiels de la définition de la «discrimination» — une définition qui insiste davantage sur l’impact (c’est-à-dire l’effet discriminatoire) que sur les éléments constitutifs (c’est-à-dire les motifs de la distinction).

À ce moment-ci, il y a lieu d’apporter trois précisions. Premièrement, je reconnais que la définition qui précède tente essentiellement de traduire la notion de dignité humaine fondamentale. La dignité étant cependant un concept notoirement vague, il est évident que cette définition ne saurait, en soi, porter sur ses épaules le poids de la tâche qui relève de l’art. 15. Elle doit être précisée et approfondie. Je tenterai de démontrer comment cette conception de la discrimination peut se traduire de façon plus concrète et davantage fondée sur des principes en utilisant un bon nombre des critères qui se sont révélés dans le passé fort opportuns dans le contexte de la démarche suivie par notre Cour dans l’arrêt *Andrews*. À cet égard, il deviendra évident que l’approche que je suggère s’écarte beaucoup moins de celle qui a été élaborée dans l’arrêt *Andrews* qu’on pourrait le croire à première vue. Nombre de ces outils analytiques sont à mon avis valides. La difficulté, à mon sens, ne réside pas tant dans les outils que dans le cadre dans lequel ils ont été utilisés dans le passé. Bref, si le cadre ne convient pas parfaitement aux outils, alors on ne tire pas parti de leur plein potentiel.

Deuxièmement, je remarque que, bien qu’un idéal utopique consisterait en une société où per-

39

1995 CanLII 98 (SCC)

40

41

debased, devalued or denigrated as a result of legislative distinctions, such an ideal is clearly unrealistic. The guarantee against discrimination cannot possibly hold the state to a standard of conduct consistent with its most sensitive citizens. Clearly, a measure of objectivity must be incorporated into this determination. This being said, however, it would be ironic and, in large measure, self-defeating to the purposes of s. 15 to assess the absence or presence of discriminatory impact according to the standard of the "reasonable, secular, able-bodied, white male". A more appropriate standard is subjective-objective — the reasonably held view of one who is possessed of similar characteristics, under similar circumstances, and who is dispassionate and fully apprised of the circumstances. The important principle, however, which this Court has accepted, is that discriminatory effects must be evaluated from the point of view of the victim, rather than from the point of view of the state.

sonne ne se sentirait rabaissé, dévalorisé ou dénigré du fait de distinctions d'origine législative, cet idéal est nettement irréaliste. La garantie de protection contre toute discrimination ne peut absolument pas imposer à l'État une norme de conduite qui soit fonction de ses citoyens les plus fragiles. De toute évidence, on doit assortir cette détermination d'une dose d'objectivité. Cela étant dit, il serait en revanche paradoxal et, dans une grande mesure, néfaste pour les objectifs de l'art. 15 d'évaluer l'absence ou l'existence d'un effet discriminatoire suivant la norme de l'«homme blanc raisonnable, laïc et robuste». La norme subjective-objective est plus appropriée — l'opinion raisonnable d'une personne qui possède des caractéristiques semblables dans une situation semblable, et qui est objective et bien informée des circonstances. Le principe important que notre Cour a reconnu, cependant, est que les effets discriminatoires doivent être considérés du point de vue de la victime plutôt que de celui de l'État.

42

Third, I feel compelled to comment on the role of "relevance" in s. 15. Relevance has been advocated by commentators such as Professor Gibson as a means of rendering s. 15 more open-ended, so as to extend its ambit beyond that endorsed by this Court in *Andrews*. If I understand him correctly, he would treat "irrelevance" as an integral aspect of a finding of discrimination. See Gibson, "Equality for Some" (1991), 40 *U.N.B.L.J.* 2; "Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772; *The Law of the Charter: Equality Rights* (1990). Although I commend his efforts to ensure that s. 15 not be overly limited in its scope, I cannot agree with the means by which he seeks to achieve such open-endedness.

Troisièmement, je me sens tenue de commenter le rôle de la «pertinence» dans le cadre de l'art. 15. La pertinence a été invoquée par des auteurs comme le professeur Gibson en tant que moyen de rendre la portée de l'art. 15 encore moins limitative de façon à étendre son champ d'application au-delà de celui que notre Cour a approuvé dans l'arrêt *Andrews*. Si je le comprends bien, cet auteur traiterait la «non-pertinence» comme un aspect intégral de la conclusion portant qu'il y a discrimination. Voir Gibson, «Equality for Some» (1991), 40 *R.D. U.N.-B.* 2; «Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772; *The Law of the Charter: Equality Rights* (1990). Si je loue ses efforts pour faire en sorte que l'art. 15 ne soit pas d'une portée excessivement limitée, je ne saurais toutefois être d'accord avec le moyen par lequel il tente de lui attribuer cette nature non limitative.

43

Briefly put, my concern is that "relevance" is a double-edged sword. Although there will certainly be instances in which irrelevant distinctions will trigger s. 15 scrutiny where s. 15 might not otherwise have been engaged, I find it equally easy to

Brièvement, je crains que la «pertinence» ne soit un couteau à deux tranchants. Bien qu'il puisse certainement arriver que des distinctions non pertinentes déclenchent l'examen fondé sur l'art. 15 alors que celui-ci n'aurait pas été invoqué autre-

envisage situations where relevance will be used to deny protections under s. 15 to groups that are otherwise deserving of it. In particular, where a distinction is relevant to the purpose of the legislation, then it is not discriminatory for the purposes of s. 15. In my view, such an approach takes far too narrow a view of discrimination. Relevance can, by definition, only be evaluated as against the purpose of the impugned legislation. Consequently, it fails to take into account the possibility that a distinction that is relevant to the purpose of the legislation may nonetheless still have a discriminatory effect. If s. 15 is about recognizing the equal worth and dignity of each human being, it seems counter-productive to say that this sense of equal worth has not been impugned merely because the legislative distinction is relevant to some legitimate legislative purpose. Who are we, for instance, to say to persons over the age of 65 that, because mandatory retirement is relevant to several important social goals, those persons cannot reasonably feel demeaned as human beings by mandatory retirement legislation?

Using relevance to define the absence or presence of discrimination raises other difficulties. It is no good, for instance, for a distinction to be relevant to a legislative purpose if that purpose is, itself, discriminatory. Moreover, including a "relevance" test within a s. 15 determination would place the onus on the rights claimant to characterize properly the purpose of the legislation which it claims is irrelevant to the impugned distinction. This strikes me as undesirable, since between the rights claimant and the government, the government is clearly in the superior position to characterize properly the purpose of its own legislation. Moreover, it is unclear to me what standard of relevance would be appropriate for such a determination. To find a distinction to be discriminatory, it seems quite reasonable, for instance, to require a lesser degree of irrelevance where the consequences of the distinction on the affected individuals are severe than where they are minimal. Finally, a "relevancy" standard would appear to impose an internal limitation on s. 15 that does not

ment, j'estime tout aussi facile d'envisager des situations où on aura recours à la pertinence pour nier les protections prévues à l'art. 15 à des groupes qui par ailleurs les méritent. En particulier, lorsqu'une distinction est pertinente quant à l'objectif de la loi, elle n'est pas discriminatoire aux fins de l'art. 15. À mon avis, une telle conception épouse une perspective beaucoup trop étroite de la discrimination. Par définition, la pertinence ne peut être appréciée que par rapport à l'objectif de la loi contestée. Elle néglige donc la possibilité qu'une distinction, pertinente quant à l'objectif de la loi, ait néanmoins un effet discriminatoire. Si l'article 15 consacre l'égalité de la valeur et de la dignité des êtres humains, ce serait faire obstacle à ce sens d'égalité de valeur que de conclure qu'il n'a pas été attaqué pour la seule raison que la distinction créée par la loi a un rapport avec quelque fin législative légitime. Qui sommes-nous, par exemple, pour dire à des personnes de plus de 65 ans que, la retraite obligatoire étant pertinente pour de nombreux objectifs sociaux importants, elles ne peuvent raisonnablement se sentir diminuées en tant qu'êtres humains par la loi qui impose cette retraite obligatoire?

Le recours à la notion de pertinence pour se prononcer sur l'existence ou l'absence de discrimination soulève d'autres difficultés. Il ne sert à rien, par exemple, qu'une distinction soit pertinente relativement à un objectif législatif si celui-ci est en soi discriminatoire. En outre, inscrire un critère de «pertinence» dans le cadre d'une décision fondée sur l'art. 15 imposerait à celui qui fait valoir un droit le fardeau de qualifier avec justesse l'objectif législatif qui, à son avis, n'est pas pertinent dans le cas de la loi contestée. Cela me paraît peu souhaitable puisque, entre la personne qui se réclame d'un droit et le gouvernement, ce dernier est manifestement mieux à même de qualifier avec justesse l'objectif de sa propre loi. Du reste, je ne sais pas exactement quelle norme de pertinence serait appropriée dans le cadre d'une telle détermination. Pour conclure qu'une distinction est discriminatoire, il semble tout à fait raisonnable, par exemple, d'exiger une mesure de non-pertinence moins élevée lorsque les conséquences de la distinction sur les individus touchés sont graves, que

arise naturally from its plain language. Given that the decision to impose a limitation at the level of the right itself has consequences in terms of who must bear the onus of overcoming the limitation, this Court has consistently eschewed imposing internal limitations on rights wherever possible: *Andrews, supra*, at p. 178.

lorsque les conséquences sont négligeables. Enfin, une norme de «pertinence» paraît imposer à l'art. 15 une restriction interne qui ne découle pas naturellement de son sens manifeste. Étant donné que la décision d'imposer une restriction quant au droit lui-même a des conséquences sur la question de savoir à qui incombe la tâche de surmonter cette restriction, notre Cour a toujours évité, dans la mesure du possible, de fixer des limites internes aux droits: *Andrews*, précité, à la p. 178.

45 In sum, I believe that it is more accurate and more desirable to treat relevance as, in fact, a justification for distinctions that have a discriminatory impact on persons or groups, to be considered under s. 1 of the *Charter*. I shall elaborate upon this matter below.

Bref, je crois davantage exact et souhaitable de traiter la pertinence comme une justification des distinctions qui ont un effet discriminatoire sur des personnes ou sur des groupes, et de la considérer sous le régime de l'article premier de la *Charte*. Je traiterai de cette question plus en détail ci-après.

B. Giving Effect to the Purpose of Section 15

B. Réalisation de l'objectif de l'art. 15

46 I will first discuss why I believe that the current vehicle of choice for fulfilling the purposes of s. 15, the "grounds" approach, is incapable of giving full effect to this purpose. I will then elaborate upon an approach that I believe to be more capable of enabling s. 15 to realize its full potential.

Je discuterai d'abord de la raison pour laquelle je crois que l'outil couramment privilégié pour réaliser les objectifs de l'art. 15, la méthode des «motifs», est incapable de donner plein effet à ces objectifs. Je m'attarderai ensuite sur une démarche qui me semble davantage permettre à l'art. 15 de réaliser son plein potentiel.

(i) The Imperfect Vehicle of "Grounds"

(i) L'outil imparfait des «motifs»

47 In order to realize fully the purpose of *Charter* rights, it is necessary to look to the effects of impugned legislative actions. In the context of s. 15, no intention to discriminate need be demonstrated in order to render a particular distinction discriminatory. In *Andrews, supra*, in the course of his discussion on the nature of discrimination, McIntyre J. referred to the conclusions of this Court in the human rights case of *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536. I believe the following observation, at p. 173 of *Andrews*, to be at the core of this Court's philosophy regarding the notion of discrimination:

Pour réaliser pleinement l'objectif des droits garantis par la *Charte*, il faut considérer les effets des mesures législatives contestées. Dans le contexte de l'art. 15, il n'est pas nécessaire de démontrer une intention de discriminer pour qu'une distinction donnée soit jugée discriminatoire. Dans *Andrews*, précité, dans le cadre d'une analyse de la nature de la discrimination, le juge McIntyre a renvoyé aux conclusions de notre Cour dans l'affaire des droits de la personne, *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536. J'estime que le commentaire suivant, à la p. 173 de l'arrêt *Andrews*, se situe au cœur de la philosophie de notre Cour concernant la notion de discrimination:

... no intent was required as an element of discrimination, for it is in essence the impact of the discriminatory

... l'intention n'était pas requise comme élément de la discrimination puisque c'est essentiellement l'effet de la

act or provision upon the person affected which is decisive in considering any complaint. [Emphasis added.]

It is here, however, that the emphasis on grounds and, correspondingly, on “analogous grounds”, developed in *Andrews* runs into the greatest difficulty. Rather than focus on “discrimination” directly, the “grounds” approach focuses courts’ attentions on the types of grounds which may be a basis for a finding of discrimination. Because a finding that a ground is either enumerated or analogous is a necessary pre-condition for a finding of discrimination, most analysis is devoted toward characterizing the basis for the distinction and, if the basis is not an enumerated ground, deciding whether the ground is “analogous”. This approach inquires into whether the characteristics of the ground are sufficient to constitute a basis for discrimination, rather than into the absence or presence of discriminatory effects themselves.

We must remember that the grounds in s. 15, enumerated and analogous, are instruments for finding discrimination. They are a means to an end. By focusing almost entirely on the nature, content and context of the disputed ground, however, we have begun to approach it as an end, in and of itself. Such an approach, in effect, approaches s. 15 not by giving primacy to the word “discrimination”, but rather by giving primacy to the nine enumerated grounds. In essence, it defines the preconditions to when discrimination will be present exclusively by reference to qualities seen generally to reside in those grounds.

It is obvious that this Court could not have adopted an enumerated and analogous grounds approach if, instead of there being nine enumerated grounds in s. 15(1), there had been none. Would the absence of “particularities” in s. 15(1) have changed the basic guarantee of equality without discrimination? In the alternative, what would have happened under the “analogous grounds” approach if, instead of setting out nine enumerated grounds, s. 15(1) had set out only three or four? What if, furthermore, religion was not one of

disposition ou de la mesure discriminatoire sur la personne touchée qui est déterminant dans l’examen de toute plainte. [Je souligne.]

C’est ici, toutefois, que l’accent mis sur les motifs et, partant, sur les «motifs analogues», élaborés dans *Andrews*, se heurte à la plus vive difficulté. Plutôt que de s’intéresser directement à la «discrimination», la méthode des «motifs» fixe l’attention des tribunaux sur les catégories de motifs sur lesquels peut se fonder une conclusion de discrimination. Puisque cette conclusion doit nécessairement être précédée de la conclusion que le motif est énuméré ou analogue, on consacre la plus grande partie de l’analyse à qualifier le fondement de la distinction et, s’il ne s’agit pas d’un motif énuméré, à déterminer s’il est «analogue». Suivant cette méthode, on détermine si les caractéristiques du motif sont suffisantes pour constituer un fondement de la discrimination, plutôt que de s’en tenir à l’existence ou à l’inexistence d’effets discriminatoires.

Nous devons nous rappeler que les motifs énumérés à l’art. 15 et ceux qui y sont analogues sont des instruments à l’aide desquels on peut conclure à la discrimination. Ils sont un moyen d’atteindre une fin. Or, en nous limitant presque exclusivement à la nature, au contenu et au contexte du motif contesté, nous l’avons traité comme une fin en soi. Une telle conception de l’art. 15 donne, en fait, préséance non pas au terme «discrimination», mais plutôt aux neuf motifs qui y sont énumérés. Essentiellement, elle fixe les conditions préalables à l’existence d’une discrimination exclusivement par renvoi aux qualités considérées généralement comme inhérentes à ces motifs.

Il est évident que notre Cour n’aurait pu adopter la méthode des motifs énumérés et analogues si, au lieu de prévoir neuf motifs, le par. 15(1) n’en avait contenu aucun. L’absence de «particularités» au par. 15(1) aurait-elle modifié la garantie fondamentale d’égalité indépendamment de toute discrimination? Subsidiairement, que ce serait-il produit suivant la méthode des «motifs analogues» si, plutôt que d’énumérer neuf motifs, le par. 15(1) n’en avait énuméré que trois ou quatre? Et si, en outre, la religion n’en était pas un? La plupart des gens

them? Most would agree that the common characteristics of all of the enumerated grounds other than religion is that they involve so-called "immutable" characteristics. Religion, on the other hand, has been described as being premised on a "fundamental choice". Does this mean that s. 15, despite being consciously left open-ended by the drafters, could never have encompassed discrimination on the basis of religion, or any other characteristic which involves a "fundamental choice"? This result seems absurd, yet it seems to flow inevitably from an approach to "discrimination" that relies exclusively on drawing analogies from the essential characteristics of the enumerated grounds. It also demonstrates, in my mind, why reliance on characteristics "analogous" to those in the enumerated grounds is a potentially unsatisfactory means of giving effect to s. 15's open-ended character.

conviendrait qu'à l'exception de la religion, tous les motifs énumérés ont ceci de semblable qu'ils réunissent des caractéristiques que l'on dit «immuables». Par ailleurs, on a dit de la religion qu'elle repose sur un «choix fondamental». Cela signifie-t-il que l'art. 15, en dépit du fait que les rédacteurs lui ont sciemment donné une portée non limitative, n'aurait jamais pu couvrir la discrimination fondée sur la religion ou sur toute autre caractéristique faisant appel à un «choix fondamental»? Ce résultat semble absurde, pourtant il paraît découler inexorablement de la conception de la «discrimination» qui repose exclusivement sur le recours à l'analogie des caractéristiques essentielles des motifs énumérés. Il fait également ressortir, à mon avis, la raison pour laquelle le recours aux caractéristiques «analogues» à celles des motifs énumérés est un moyen potentiellement insatisfaisant de rendre effective la nature non limitative de l'art. 15.

50

Additional problems arise when certain grounds, particularly grounds based upon legal status (marital status, family status, citizenship, province of residence, etc.) may be said to give rise to discriminatory concerns in certain contexts but not in others. Are these grounds therefore sometimes analogous and sometimes not analogous? In these types of circumstances, the finding of "analogousness" will be driven by the result we want to reach. If we want to conclude that the impugned distinction is discriminatory, then we find the grounds to be analogous. If we want to conclude that a distinction is non-discriminatory, then we simply say that although the ground "may be analogous in some contexts", it is not in this case: see, e.g., *Turpin, supra, per Wilson J.*; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, *per Lamer C.J.*

D'autres difficultés se posent également lorsqu'on peut dire de certains motifs, particulièrement des motifs fondés sur le statut juridique (l'état matrimonial, la situation de famille, la citoyenneté, la province de résidence, etc.) qu'ils sont discriminatoires dans certains contextes, mais non dans d'autres. Ces motifs sont-ils donc parfois analogues et parfois non analogues? Dans ces circonstances, la conclusion qu'un motif est «analogue» sera motivée par le résultat auquel on souhaite en arriver. Si on souhaite conclure que la distinction reprochée est discriminatoire, on conclut que le motif est analogue. Si on souhaite conclure qu'une distinction n'est pas discriminatoire, on dit simplement que, bien qu'il «soit analogue dans certains contextes», le motif ne l'est pas dans le cas en cause: voir par exemple *Turpin*, précité, le juge Wilson; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, le juge en chef Lamer.

51

In addition to defining discrimination indirectly, a "grounds"-based approach suffers an additional shortcoming. Briefly put, "grounds" are, themselves, an imperfect means for discerning discriminatory conduct. This problem was underlined by Wilson J. in *McKinney, supra*, at pp. 392-93:

Outre le fait qu'elle définit la discrimination indirectement, la méthode fondée sur les «motifs» comporte une autre lacune. Brièvement, les «motifs» sont en soi un moyen imparfait de cerner le comportement discriminatoire. Le juge Wilson a relevé cette déficience dans *McKinney*, précité, aux pp. 392 et 393:

The grounds enumerated in s. 15 represent some blatant examples of discrimination which society has at last come to recognize as such The listing of sex, age and race, for example, is not meant to suggest that any distinction drawn on these grounds is *per se* discriminatory. Their enumeration is intended rather to assist in the recognition of prejudice when it exists. . . .

It follows, in my opinion, that the mere fact that the distinction drawn in this case has been drawn on the basis of age does not automatically lead to some kind of irrebuttable presumption of prejudice. Rather it compels one to ask the question: is there prejudice? Is the mandatory retirement policy a reflection of the stereotype of old age? Is there an element of human dignity at issue? [Emphasis added.]

If a finding of discrimination does not flow automatically from a finding that a distinction has been drawn on the basis of an enumerated or analogous ground (see *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906), then it follows that reliance on “grounds” may not contemplate the entire picture. An additional dimension of analysis is needed.

At this juncture, an important question must be asked. If the purpose of s. 15 is really to provide a broad guarantee of protection against discrimination in all of its forms, then why does it matter if the basis for distinction is abstractly “analogous” to the enumerated categories? The answer, I think, is that it does not matter. As this Court has frequently acknowledged, the essence of discrimination is its impact, not its intention. The enumerated or analogous nature of a given ground should not be a necessary precondition to a finding of discrimination. If anything, a finding of discrimination is a precondition to the recognition of an analogous ground. The effect of the “enumerated or analogous grounds” approach may be to narrow the ambit of s. 15, and to encourage too much analysis at the wrong level.

We will never address the problem of discrimination completely, or ferret it out in all its forms, if we continue to focus on abstract categories and generalizations rather than on specific effects. By

Les motifs énumérés à l’art. 15 sont des exemples flagrants de discrimination que la société a enfin reconnus comme tels. [. . .] L’énumération du sexe, de l’âge et de la race, par exemple, ne veut pas dire que toute distinction fondée sur ces motifs est en soi discriminatoire. Leur énumération a plutôt pour but de nous aider à reconnaître le préjugé lorsqu’il existe. . .

À mon avis, il s’ensuit que le simple fait qu’en l’espèce la distinction soit fondée sur l’âge ne donne pas automatiquement lieu à une quelconque présomption irréfutable de préjugé. Cette distinction nous force plutôt à nous poser la question suivante: Y a-t-il préjugé? La politique de retraite obligatoire reflète-t-elle le stéréotype de la vieillesse? Un élément de dignité humaine est-il en cause? [Je souligne.]

Si la conclusion qu’il existe une distinction fondée sur l’un des motifs énumérés ou sur un motif analogue n’emporte pas automatiquement une conclusion qu’il y a discrimination (voir *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906), il s’ensuit que le recours aux «motifs» risque de ne pas prendre en compte l’ensemble de la situation. L’analyse doit revêtir une dimension supplémentaire.

Il y a lieu à ce moment-ci de poser une question importante. Si l’objectif véritable de l’art. 15 est d’offrir une garantie générale de protection contre toute discrimination, pourquoi importe-t-il que le fondement de la distinction soit par abstraction «analogue» aux catégories énumérées? À mon avis, cela importe peu. Ainsi que notre Cour l’a fréquemment reconnu, l’essence de la discrimination est son impact, et non son intention. Le fait qu’un motif soit énuméré ou analogue ne devrait pas être une condition préalable nécessaire à la conclusion qu’il y a discrimination. Si elle y est pour quelque chose, cette conclusion est une condition préalable à la reconnaissance d’un motif analogue. La méthode des «motifs énumérés ou analogues» peut avoir pour effet de restreindre la portée de l’art. 15 et d’encourager un trop grand nombre d’analyses à s’engager sur une mauvaise voie.

Nous ne réglerons jamais complètement le problème de la discrimination et nous ne réussirons pas à la démasquer sous toutes ses formes si nous continuons d’insister sur des catégories abstraites

looking at the grounds for the distinction instead of at the impact of the distinction on particular groups, we risk undertaking an analysis that is distanced and desensitized from real people's real experiences. To make matters worse, in defining the appropriate categories upon which findings of discrimination may be based, we risk relying on conventions and stereotypes about individuals within these categories that, themselves, further entrench a discriminatory *status quo*. More often than not, disadvantage arises from the way in which society treats particular individuals, rather than from any characteristic inherent in those individuals.

et des généralisations plutôt que sur des effets précis. En considérant les motifs de la distinction plutôt que son impact sur des groupes particuliers, notre analyse risque d'être éloignée et déconnectée des véritables expériences que vivent les gens ordinaires. Pis encore, en définissant les catégories appropriées sur lesquelles peuvent reposer les conclusions de discrimination, nous risquons de nous fonder sur des conventions et des stéréotypes concernant les individus qui font partie de ces catégories qui, elles-mêmes, consacrent davantage un *statu quo* discriminatoire. Plus souvent qu'autrement, le désavantage naît de la façon dont la société traite les individus plutôt que de toute caractéristique qui leur est inhérente.

54 For all of these reasons, I am led inevitably to the conclusion that a truly purposive approach to s. 15 must place "discrimination" first and foremost in the Court's analysis. This is not to say that the essential characteristics of the nine enumerated grounds are irrelevant to our inquiry. They are, in fact, highly relevant. I turn now to a discussion of their important role in an approach that looks to groups rather than grounds, and discriminatory impact rather than discriminatory potential.

Pour tous ces motifs, j'en arrive inévitablement à la conclusion qu'une méthode qui tienne véritablement compte de l'objet de l'art. 15 doit placer la «discrimination» au tout premier plan de l'analyse de la Cour. Cela ne signifie pas que les caractéristiques essentielles des neuf motifs énumérés ne sont pas pertinents pour notre analyse. Ils sont en fait fort pertinents. J'analyserai maintenant le rôle important qu'ils jouent dans une démarche qui considère les groupes plutôt que les motifs, et l'effet discriminatoire plutôt que le potentiel discriminatoire.

(ii) Putting "Discrimination" First

(ii) La «discrimination» au premier plan

55 In my view, for an individual to make out a violation of their rights under s. 15(1) of the *Charter*, he or she must demonstrate the following three things:

À mon avis, pour établir que les droits qui lui sont garantis par le par. 15(1) de la *Charte* ont été violés, un particulier doit faire la preuve des trois éléments suivants:

- (1) that there is a legislative distinction;
- (2) that this distinction results in a denial of one of the four equality rights on the basis of the rights claimant's membership in an identifiable group;
- (3) that this distinction is "discriminatory" within the meaning of s. 15.

- (1) la loi crée une distinction;
- (2) cette distinction entraîne une négation de l'un des quatre droits à l'égalité, fondée sur l'appartenance de la personne qui invoque le droit à un groupe identifiable;
- (3) cette distinction est «discriminatoire» au sens de l'art. 15.

The following remarks are devoted to elaborating upon the last criterion.

Les remarques qui suivent sont consacrées à l'analyse du dernier critère.

56 A distinction is discriminatory within the meaning of s. 15 where it is capable of either promoting

Une distinction est discriminatoire au sens de l'art. 15 si elle est susceptible de favoriser ou de

or perpetuating the view that the individual adversely affected by this distinction is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. This examination should be undertaken from a subjective-objective perspective: i.e. from the point of view of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the group of which the rights claimant is a member.

The means by which courts may give principled expression to this notion is perhaps best illustrated by a simple analogy. If a projectile were thrown against a soft surface, then it would leave a larger scar than if it were thrown against a resilient surface. In fact, the depth of the scar inflicted will generally be a function of both the nature of the affected surface and the nature of the projectile used. In my view, assessing discriminatory impact is, in principle, no different. In order for a court to determine from a subjective-objective perspective whether the impugned distinction will leave a non-trivial discriminatory "scar" on the group affected, it is instructive to consider two categories of factors: (1) the nature of the group adversely affected by the distinction and (2) the nature of the interest adversely affected by the distinction. In my view, neither is completely meaningful without the other.

The nature of the group affected

No one would dispute that two identical projectiles, thrown at the same speed, may nonetheless leave a different scar on two different types of surfaces. Similarly, groups that are more socially vulnerable will experience the adverse effects of a legislative distinction more vividly than if the same distinction were directed at a group which is not similarly socially vulnerable. As such, a distinction may be discriminatory in its impact upon one group yet not discriminatory in its impact upon another group. While it may be discriminatory against women to prohibit female guards from searching male prisoners, it may not be discriminatory against men to prohibit male guards from

perpétuer l'opinion que les individus lésés par cette distinction sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. Cette analyse devrait être effectuée suivant une norme subjective-objective, c'est-à-dire du point de vue de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable au groupe auquel appartient la personne qui invoque le droit.

Pour mieux illustrer le moyen par lequel les tribunaux peuvent arriver à traduire cette notion en restant fidèles aux principes, on peut peut-être recourir à une simple analogie. Si on lance un projectile contre une surface molle, il laissera une marque plus profonde que si on le lançait contre une surface résistante. En fait, la profondeur de l'empreinte laissée sera généralement fonction de la nature tant de la surface touchée que du projectile utilisé. À mon avis, l'analyse de l'impact discriminatoire est, en principe, identique. Pour déterminer si, suivant la norme subjective-objective, la distinction contestée laissera une «marque» discriminatoire non négligeable sur le groupe touché, le tribunal doit considérer deux catégories de facteurs: (1) la nature du groupe lésé par la distinction et (2) la nature du droit auquel la distinction porte atteinte. À mon avis, aucun n'a de véritable sens sans l'autre.

La nature du groupe touché

Nul ne contesterait que deux projectiles identiques, lancés à la même vitesse, peuvent néanmoins laisser une marque différente selon le genre de surface atteinte. De la même manière, les groupes qui sont plus vulnérables sur le plan social ressentiront les effets préjudiciables d'une distinction d'origine législative plus vivement que les groupes qui ne sont pas aussi vulnérables. Pour cette raison, une distinction peut être discriminatoire quant à son effet à l'égard d'un groupe et ne pas l'être à l'égard d'un autre. Bien qu'il puisse être discriminatoire envers les femmes d'interdire aux gardiennes de prison de fouiller les prisonniers, il peut ne pas être discriminatoire à l'égard

searching female prisoners: *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, *supra*. While it may be discriminatory to define a particular criminal offence as only applying to women, it may not be discriminatory to restrict the applicability of the offence of sexual assault of a minor to men: *R. v. Hess*, *supra*. In the same way that it does not really matter why the affected surface is soft, it is not necessary that there be a formal nexus between the social vulnerability of the affected group and the prejudice flowing from the impugned distinction in order for that vulnerability to be relevant to determining whether the distinction is discriminatory. Put another way, it is merely admitting reality to acknowledge that members of advantaged groups are generally less sensitive to, and less likely to experience, discrimination than members of disadvantaged, socially vulnerable or marginalized groups. See, by analogy, *Schachtschneider v. Canada*, [1994] 1 F.C. 40 (C.A.), *per* Linden J.A.

des hommes d'interdire aux gardiens de prison de fouiller les prisonnières: *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, précité. Bien qu'il puisse être discriminatoire de définir une infraction criminelle particulière de façon à ce qu'elle s'applique exclusivement aux femmes, il peut ne pas être discriminatoire de restreindre aux hommes l'applicabilité d'une infraction d'agression sexuelle sur une personne mineure: *R. c. Hess*, précité. Tout autant qu'il importe peu de savoir pourquoi la surface visée est molle, il n'importe guère plus qu'il y ait un lien formel entre la vulnérabilité sociale du groupe lésé et le préjudice que cause la distinction contestée. Cette vulnérabilité demeure pertinente pour ce qui est de déterminer si la distinction est discriminatoire. En d'autres termes, c'est simplement admettre la réalité que de reconnaître que les membres des groupes avantagés sont en général moins sensibles à la discrimination et moins susceptibles d'en être victimes que les membres de groupes désavantagés, vulnérables ou marginalisés. Voir par analogie *Schachtschneider c. Canada*, [1994] 1 C.F. 40 (C.A.), le juge Linden.

59

Most of the factors identified in *Andrews* under the "analogous grounds" approach as characteristic of the enumerated grounds in s. 15 are, not surprisingly, integral to evaluating the nature of the group affected by the impugned distinction. It is highly relevant, for instance, to inquire into whether the impugned distinction is based upon fundamental attributes, such as those enumerated in s. 15, that are generally considered to be essential to our popular conception of 'personhood' or 'humanness'. Furthermore, it is important to ask ourselves questions such as "Is the adversely affected group already a victim of historical disadvantage?"; "Is this distinction reasonably capable of aggravating or perpetuating that disadvantage?"; "Are group members currently socially vulnerable to stereotyping, social prejudice and/or marginalization?"; and "Does this distinction expose them to the reasonable possibility of future social vulnerability to stereotyping, social prejudice and/or marginalization?" Membership in a "discrete and insular minority", lacking in political power and thus susceptible to having its interests overlooked, is yet

Il n'y a rien d'étonnant à ce que la plupart des facteurs identifiés dans l'arrêt *Andrews*, dans le cadre de la méthode des «motifs analogues» en tant que caractéristiques des motifs énumérés à l'art. 15, fassent partie intégrante de l'analyse de la nature du groupe victime de la distinction contestée. Il est tout à fait pertinent, par exemple, de vérifier si la distinction contestée est fondée sur des attributs fondamentaux, de la nature de ceux énumérés à l'art. 15, qui sont généralement considérés comme étant essentiels à la conception populaire de la «personnalité» ou de la «nature humaine». En outre, nous devons nous poser des questions du genre suivant: «Le groupe lésé est-il déjà victime d'un désavantage historique?» «La distinction est-elle raisonnablement susceptible d'aggraver ou de perpétuer ce désavantage?» «Les membres du groupe sont-ils actuellement exposés aux stéréotypes, aux préjugés sociaux ou à la marginalisation?» «Du fait de la distinction, risquent-ils d'être exposés dans l'avenir aux stéréotypes, aux préjugés sociaux ou à la marginalisation?» L'appartenance à une «minorité discrète et insulaire»

another consideration that may be taken into account.

Consideration of these factors involves the recognition that differently situated groups are starting on different levels of the s. 15 playing field. In my view, our approach to s. 15 must reflect that reality. Indeed, I reiterate McIntyre J.'s words in *Andrews, supra*, at p. 169, that "for the accommodation of differences, which is the essence of true equality, it will frequently be necessary to make distinctions". Treating historically vulnerable, disadvantaged or marginalized groups in the same manner as groups which do not generally suffer from such vulnerability may not accommodate, or even contemplate, those differences. In fact, ignoring such differences may compound them, by making access to s. 15 relief most difficult for those groups that are the most disempowered of all in Canadian society.

To summarize, the more socially vulnerable the affected group and the more fundamental to our popular conception of "personhood" the characteristic which forms the basis for the distinction, the more likely that this distinction will be discriminatory. Of course, these factors only provide half of the picture. We do not enjoy the full spectrum of colours and contexts until we have also turned our attention to a second set of considerations.

The nature of the affected interest

In the same way that a very dense projectile will impact upon a surface more sharply than a less dense projectile, an examination of the nature of the interest affected by the impugned distinction is helpful in determining whether that distinction is discriminatory. This examination requires an evaluation of both economic and non-economic elements.

As I noted earlier, the *Charter* is not a document of economic rights and freedoms. Rather, it only protects "economic rights" when such protection is

dépourvue de tout pouvoir politique et, à ce titre, susceptible de voir ses droits négligés, est un facteur dont on peut également tenir compte.

La considération de ces facteurs suppose que l'on reconnaisse que des groupes dont la situation est différente ne partent pas d'un même pied sur le terrain de l'art. 15. À mon avis, notre conception de l'art. 15 doit refléter cette réalité. De fait, je reprends les propos du juge McIntyre dans *Andrews*, précité, à la p. 169, suivant lequel «le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites». Si l'on traite les groupes historiquement vulnérables, désavantagés ou marginalisés comme on traite les groupes qui ne souffrent pas en général de cette vulnérabilité, ces différences ne sont pas prises en compte, ni même envisagées. En fait, négliger de telles différences peut avoir pour effet de les accroître en rendant la réparation fondée sur l'art. 15 moins accessible aux groupes qui sont les plus démunis dans la société canadienne.

En résumé, plus le groupe touché est vulnérable et plus la caractéristique qui fonde la distinction est fondamentale à notre conception populaire de la «personnalité», plus il est probable que cette distinction soit discriminatoire. Évidemment, ces facteurs n'offrent qu'un fragment du portrait d'ensemble. Nous ne bénéficions de la gamme complète des couleurs et des contextes que si nous considérons également la seconde catégorie de facteurs.

La nature du droit touché

De la même façon que l'impact d'un projectile très lourd sera plus marqué que celui d'un projectile plus léger, l'analyse de la nature du droit touché par la distinction contestée aide à déterminer si la distinction est discriminatoire. Cette analyse nécessite l'examen des aspects tant économiques que non économiques.

Ainsi que je l'ai signalé précédemment, la *Charte* n'est pas un document de droits et de libertés économiques. Elle ne protège les «droits

60

1995 CanLII 98 (SCC)

61

62

63

necessarily incidental to protection of the worth and dignity of the human person (i.e. necessary to the protection of a "human right"). Nonetheless, the nature, quantum and context of an economic prejudice or denial of such a benefit are important factors in determining whether the distinction from which the differing economic consequences flow is one which is discriminatory. If all other things are equal, the more severe and localized the economic consequences on the affected group, the more likely that the distinction responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*.

économiques» que lorsqu'il est nécessaire de le faire pour protéger la valeur et la dignité de la personne (c'est-à-dire pour protéger un «droit de la personne»). Toutefois, la nature, l'importance et le contexte du préjudice économique ou de la négation de ce bénéfice sont des facteurs importants pour déterminer si la distinction qui entraîne ces conséquences économiques différentes est discriminatoire. Toutes autres choses étant par ailleurs égales, plus les conséquences économiques ressenties par le groupe touché sont graves et localisées, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*.

64 Although a search for economic prejudice may be a convenient means to begin a s. 15 inquiry, a conscientious inquiry must not stop here. The discriminatory calibre of a particular distinction cannot be fully appreciated without also evaluating the constitutional and societal significance of the interest(s) adversely affected. Other important considerations involve determining whether the distinction somehow restricts access to a fundamental social institution, or affects a basic aspect of full membership in Canadian society (e.g. voting, mobility). Finally, does the distinction constitute a complete non-recognition of a particular group? It stands to reason that a group's interests will be more adversely affected in cases involving complete exclusion or non-recognition than in cases where the legislative distinction does recognize or accommodate the group, but does so in a manner that is simply more restrictive than some would like.

Bien que la recherche d'un préjudice économique puisse s'avérer un moyen commode d'entreprendre une analyse fondée sur l'art. 15, une analyse consciencieuse ne doit pas s'arrêter là. On ne peut évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une distinction donnée sans également mesurer l'importance, sur le plan de la constitution et de la société, du droit auquel il a été porté atteinte. D'autres facteurs importants permettent de déterminer si la distinction restreint de quelque façon l'accès à une institution sociale fondamentale ou compromet un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne (par exemple, le droit de vote et de libre circulation). Enfin, la distinction a-t-elle pour effet d'ignorer complètement un groupe particulier? On peut penser que les droits du groupe qui est complètement exclu ou ignoré seront touchés plus gravement que si la distinction législative reconnaît ou accommode effectivement le groupe, de façon cependant plus limitée que certains le souhaiteraient.

65 Referring back to our analogy once again, if the projectile is dense enough and thrown hard enough, then it will leave a mark on even the most resilient of surfaces. Similarly, the more fundamental the interest affected or the more serious the consequences of the distinction, the more likely that the impugned distinction will have a discriminatory impact even with respect to groups that occupy a position of advantage in society.

Pour en revenir à l'analogie exposée précédemment, si le projectile est suffisamment lourd et lancé avec suffisamment de force, il laissera une marque, même sur les surfaces les plus résistantes. De même, plus le droit touché est fondamental ou plus les conséquences de la distinction sont graves, plus il est probable que la distinction en cause aura un effet discriminatoire, même à l'égard des groupes qui occupent une position privilégiée dans la société.

To summarize, tangible economic consequences are but one manifestation of the more intangible and invidious harms flowing from discrimination, which the *Charter* seeks to root out. In other cases, the prejudice will be to an important individual interest rather than to one that is economic in nature. The nature of the interest affected is therefore highly relevant to whether the distinction that adversely affects that interest is discriminatory in nature. In all but the most extreme cases, this factor cannot be considered in isolation. It only assumes meaningful proportions when assessed in light of the nature of the group affected.

Frameworks vs. rigid legal tests

It must be emphasized that there are no absolute preconditions to, or preclusions from, a finding of discrimination. Although the presence of one or more of the aforementioned factors in either of these two categories may tend toward the conclusion that the impugned distinction is discriminatory, it does not inevitably lead that way. Conversely, the absence of one or more of these factors does not necessarily preclude there still being a finding of discrimination. Courts must treat these considerations as a matrix rather than as a single equation, and as the microscope rather than as the object being studied.

Equality and discrimination are notions that are as varied in form as they are complex in substance. Attempts to evaluate them according to legal formulas which incorporate rigid inclusionary and exclusionary criteria are doomed to become increasingly complex and convoluted over time as "hard" cases become the rule rather than the exception. I prefer to steer clear of those rocky shoals, if at all possible, and to adopt a pragmatic and functional approach to s. 15. I believe that an analysis that examines both sets of factors in the basic framework set out above will enable courts to arrive in a principled manner at an answer that reflects as closely as possible the experience of those in the affected group. If, after examining the nature of both the group and the interest affected, a court concludes that the impact of the impugned distinction is capable of inflicting a non-trivial dis-

Somme toute, les conséquences économiques tangibles ne sont que l'une des manifestations des préjudices plus intangibles et insidieux que cause la discrimination et que tente d'enrayer la *Charte*. Il se peut également que le préjudice touche un droit individuel important plutôt qu'un droit de nature économique. C'est pourquoi la nature du droit touché est fort pertinente quant à savoir si la distinction qui cause le préjudice est discriminatoire dans son essence. Sauf dans les cas les plus extrêmes, ce facteur ne peut être considéré de façon isolée. Il ne revêt de sens que lorsqu'il est analysé à la lumière de la nature du groupe touché.

Cadres d'analyse vs critères juridiques rigides

Il y a lieu de souligner que la conclusion comme quoi il y a discrimination n'est assujettie à aucune condition préalable ni interdiction absolue. Bien que la présence de l'un ou de plusieurs des facteurs mentionnés précédemment dans l'une ou l'autre de ces deux catégories puisse porter à conclure que la distinction contestée est discriminatoire, ce ne sera pas inévitablement le cas. Inversement, l'absence de l'un ou de plusieurs des facteurs n'empêchera pas nécessairement de conclure qu'il y a quand même discrimination. Les tribunaux doivent traiter ces facteurs comme une matrice plutôt que comme une équation unique, et comme un microscope plutôt que comme le sujet de l'étude.

Égalité et discrimination sont des notions aussi variées en forme qu'elles sont complexes en substance. Les tentatives de les évaluer à l'aide de formules juridiques qui incorporent des critères d'inclusion et d'exclusion rigides sont vouées à devenir de plus en plus complexes au fur et à mesure que les affaires «compliquées» deviennent la règle plutôt que l'exception. Je préfère donc, dans la mesure du possible, me tenir à l'écart de ces écueils et adopter une position pragmatique et fonctionnelle face à l'art. 15. J'estime qu'une analyse qui considère les deux catégories de facteurs dans les limites du cadre fondamental énoncé précédemment permettra aux tribunaux d'en arriver, d'une manière fondée sur des principes, à une réponse qui reflète aussi fidèlement que possible l'expérience que vivent les membres du groupe touché. Si, après avoir analysé la nature du groupe

criminatory “scar” on the affected group, then it must conclude that this distinction is discriminatory.

69

Once it is found that s. 15(1) of the *Charter* has been violated by a distinction which is discriminatory, examination must pass on to s. 1.

C. Section 1 of the Charter

70

Section 15 of the *Charter* only guarantees freedom from discrimination subject to reasonable limits, demonstrably justifiable in a free and democratic society. In my view, there is no possible justification for a discriminatory distinction other than that it is relevant to an important objective. As such, a distinction found to violate s. 15(1) may only be saved under s. 1 if it is found to be relevant to a proportionate extent to a pressing and substantial objective. This is accomplished by reference to the framework to s. 1 analysis set down in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and modified by the majority of this Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

(i) Pressing and substantial objective

71

In *Oakes*, it was held that the objective of the legislation, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. It therefore must relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society. Moreover, in *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, this Court held that a purpose may never, itself, be unconstitutional. By that same token, where the purpose of impugned legislation is, itself, discriminatory, it cannot be saved under s. 1. I would add, however, that where the court has available to it several possible, and equally likely, interpretations of the purpose of the legislation,

et du droit touchés, le tribunal conclut que la distinction contestée est susceptible d'infliger une «marque» discriminatoire non triviale sur le groupe touché, il doit conclure que la distinction est discriminatoire.

Une fois que l'on conclut qu'il y a eu violation du par. 15(1) de la *Charte* par suite d'une distinction discriminatoire, l'analyse doit passer à l'article premier.

C. Article premier de la Charte

L'article 15 de la *Charte* garantit seulement l'absence de toute discrimination sous réserve de limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. À mon avis, la distinction discriminatoire ne peut être justifiée que si elle est pertinente quant à un objectif important. Aussi, la distinction jugée contraire au par. 15(1) ne peut être sauvegardée au regard de l'article premier que si elle est jugée pertinente dans une mesure proportionnelle quant à un objectif urgent et réel. Cette décision passe par le cadre analytique de l'article premier énoncé dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et modifié par notre Cour à la majorité dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

(i) Objectif urgent et réel

Dans l'arrêt *Oakes*, on a conclu que l'objectif de la loi, que visent à servir les mesures ayant pour effet de restreindre une liberté ou un droit garantis par la *Charte*, doit être suffisamment important pour justifier que l'on passe outre à une liberté ou un droit protégé par la constitution. Il doit donc se rapporter à des préoccupations qui sont urgentes et réelles dans une société libre et démocratique. En outre, dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, notre Cour a conclu que l'objectif ne doit jamais être lui-même inconstitutionnel. Du même coup, lorsque l'objectif de la loi contestée est en lui-même discriminatoire, il ne saurait être sauvegardé sous le régime de l'article premier. Cependant, j'ajouterais que, s'il peut lui attribuer différentes interprétations toutes aussi plausibles les unes que

then it should prefer one that is consistent with *Charter* values over one that is not.

(ii) Relevant to a proportionate extent

Where the purpose of the legislation is found to be pressing and substantial and non-discriminatory, it then becomes necessary to decide whether there is a sufficient degree of proportionality between the impugned distinction (i.e. the means to achieve the purpose) and the rights violation.

As I noted earlier, an important concern with including relevance within the ambit of s. 15 analysis is that a court would have little guidance on how relevant/irrelevant a particular distinction need be to the purpose of the legislation in order for that distinction to be discriminatory. Professor Bayefsky, in "A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Andrews, Workers' Compensation Reference, Turpin" (1990), 1 *Supreme Court L.R.* (2d) 503, at p. 528, favours a sliding scale of scrutiny which recognizes that all trade-offs between furtherance of a pressing and substantial objective and a rights violation occur along a continuum rather than at a single point. To date, this Court has developed no better approach for evaluating whether this equilibrium has been appropriately respected than through the proportionality test in s. 1. Therefore, for a distinction that is discriminatory to be justified under s. 1, it must be shown to be relevant to a proportionate extent to the purpose of the legislation. This determination flows from the traditional three-part proportionality test set out in *Oakes* and modified in *Dagenais*.

First, the distinction must be rationally connected to the pressing and substantial objective of the legislation. This standard sets down a basic relevancy requirement. Where a distinction is, essentially, irrelevant to the purpose which the legislation seeks to advance, then the distinction cannot be saved under s. 1. Discrimination on the basis of

les autres, le tribunal doit préférer celle qui est conforme aux valeurs véhiculées par la *Charte* à celle qui ne l'est pas.

(ii) Pertinence dans une mesure proportionnelle

Si l'objectif de la loi est jugé être urgent et réel et qu'il n'est pas discriminatoire, il faut alors décider s'il existe un degré suffisant de proportionnalité entre la distinction contestée (soit, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif) et la violation des droits.

Comme je l'ai fait remarquer précédemment, une raison importante pour laquelle la pertinence ne devrait peut-être pas être incluse dans une analyse fondée sur l'art. 15 est que le tribunal aurait peu d'indications quant au degré de pertinence ou de non-pertinence relativement à l'objectif de la loi que doit avoir une distinction donnée pour qu'elle soit discriminatoire. Le professeur Bayefsky, dans «A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Andrews, Workers' Compensation Reference, Turpin» (1990), 1 *Supreme Court L.R.* (2d) 503, à la p. 528, privilégie une échelle d'analyse qui reconnaît que tous les compromis entre la promotion d'un objectif urgent et réel et la violation des droits se produisent dans un continuum plutôt qu'à un point précis. À ce jour, notre Cour n'a élaboré, pour déterminer si cet équilibre a été régulièrement respecté, aucune méthode meilleure que celle du critère de la proportionnalité dans l'analyse fondée sur l'article premier. Par conséquent, pour qu'une distinction discriminatoire soit justifiée au regard de l'article premier, on doit démontrer qu'elle est pertinente dans une mesure proportionnelle quant à l'objectif de la loi. Cette décision repose sur le traditionnel critère de proportionnalité tripartite énoncé dans l'arrêt *Oakes*, et modifié dans l'arrêt *Dagenais*.

Premièrement, la distinction doit avoir un lien rationnel avec l'objectif urgent et réel de la loi. Cette norme fixe une condition fondamentale de pertinence. Lorsqu'une distinction n'est essentiellement pas pertinente quant à l'objectif que la loi cherche à promouvoir, elle ne peut être sauvegardée sous le régime de l'article premier. La discri-

72

1995 CanLII 98 (SCC)

73

74

the legal status of the group affected (e.g. citizenship, province of residence, marital status) may raise special problems in this respect, since legal status always comes attached with specific rights and obligations. Because of the various rights and obligations which differing status-based groups may enjoy, part of the rational connection determination in such instances may require some inquiry into whether the distinction drawn in the impugned legislation is relevant to one or more of those rights and/or obligations. If the distinction does not relate rationally to either a right or an obligation which attaches to the affected status-based group, then I do not see how a distinction drawn on the basis of membership in that status-based group would not be irrelevant.

mination fondée sur le statut juridique du groupe touché (par exemple, sur la citoyenneté, la province de résidence ou l'état matrimonial) peut engendrer des difficultés particulières à cet égard puisque le statut juridique est invariablement assorti d'obligations et de droits précis. En raison des divers droits et obligations dont jouissent différents groupes constitués selon le statut des membres, une partie de la décision relative au lien rationnel peut alors exiger que l'on détermine si la distinction établie dans la loi contestée a un rapport avec un ou plusieurs de ces droits et obligations. Si la distinction n'a aucun lien rationnel avec l'un ou l'autre droit ou obligation du groupe touché, je ne vois pas comment la distinction établie sur le fondement de l'appartenance à ce groupe pourrait être pertinente.

75

The next stage of the proportionality analysis requires that the government demonstrate that the legislation impairs as little as reasonably possible the claimant's s. 15 rights. Depending on the circumstances, the difficulty or impossibility of finding a workable alternative basis of distinction may be a valid consideration under this branch of the proportionality test. So, too, may be the fact that the government has had to make a reasonable trade-off in a field where conflicting social science views, or conflicting rights and interests between groups, are at stake. The mere fact, however, that legislation is "social" in nature is not, by itself, a reason for increased deference. In fact, to defer to the legislative prerogative in circumstances where social science views do not substantially conflict, and where there is a reasonable, alternative means of fulfilling the legislative objective in a way that would materially lessen the magnitude of the rights violation, would frustrate the purpose of the *Charter*.

À l'étape suivante de l'analyse de la proportionnalité, le gouvernement doit démontrer que la loi porte atteinte le moins possible aux droits garantis au demandeur par l'art. 15. Selon les circonstances, la difficulté ou l'impossibilité de trouver un autre fondement réalisable de la distinction peut être un facteur valable dans ce volet du critère de la proportionnalité. Il se peut également que le gouvernement ait eu à accepter un compromis raisonnable dans un domaine où sont en jeu des opinions contradictoires en matière de sciences sociales ou des droits contradictoires entre différents groupes. Cependant, le simple fait que la loi soit «sociale» de par sa nature n'est pas, en soi, une raison pour faire preuve de plus grande retenue. En fait, ce serait contrecarrer l'objectif de la *Charte* que de s'en remettre à la prerogative législative lorsque les opinions en matière de sciences sociales ne sont pas substantiellement contradictoires et qu'il existe un autre moyen raisonnable de réaliser l'objectif législatif d'une façon qui atténuerait de beaucoup l'ampleur de la violation des droits.

76

Finally, there must be a proportionality between the discriminatory effects of the impugned distinction and the salutary effects of the distinction: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, *supra*. Factors such as the importance of the state interest, the extent to which it is furthered by the impugned

Enfin, il doit exister une proportionnalité entre les effets discriminatoires de la distinction contestée et ses effets bénéfiques: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, précité. Des facteurs comme l'importance de l'intérêt de l'État, la mesure dans laquelle celui-ci est favorisé par la distinction con-

distinction, the constitutional and societal significance of the interests adversely affected, the severity of the rights deprivation suffered by the individual, and the potential for entrenching marginalization or stigmatization of particular groups will all be relevant considerations to this branch of the s. 1 examination. The government must shoulder a heavier justificatory burden when the *Charter* infringement is severe: *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1190.

It should be noted, finally, that neither s. 1 nor s. 15 calls for a balance sheet approach to discrimination (i.e. summing up all direct and incidental economic benefits to a particular distinction and comparing them against the sum of the economic prejudices, in order to see if there is a net economic prejudice). Such an approach to discrimination loses the forest for the trees. In the context of s. 15, it must be recalled that actual economic prejudice is only one (albeit sometimes significant) ingredient in the more fundamental determination of whether a particular legislative distinction is discriminatory. Similarly, when conducting a s. 1 analysis, it must be recalled that the rights deprivation that triggered s. 15 is not economic. It is something which is fundamental to the person. As such, the mere fact that other economic benefits may flow from the same distinction does not necessarily render that rights violation any less severe, any less impairing, or any less worthy of condemnation.

D. Implications and "Adverse Effects"

Adopting an effects-based approach to s. 15 that looks to groups rather than grounds recognizes the importance of adverse effects discrimination in s. 15 without requiring us to resolve some of the intractable issues that have sprung up around that doctrine. A good example is that raised in Bayefsky, *supra*, at pp. 518-19:

testée, l'importance sur le plan de la constitution et de la société des droits touchés, la gravité de la négation des droits dont l'individu est victime, et le risque que soit constitutionnalisée la marginalisation ou la stigmatisation de groupes particuliers seront tous des facteurs pertinents quant à ce volet de l'analyse fondée sur l'article premier. Le gouvernement doit supporter un fardeau de justification plus lourd lorsque la violation de la *Charte* est grave: *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. 1190.

Il faudrait signaler, enfin, que ni l'article premier ni l'art. 15 n'exigent que l'on aborde la discrimination comme on aborde un bilan (c'est-à-dire en additionnant tous les avantages économiques directs et indirects d'une distinction donnée pour ensuite les comparer à la somme des préjudices économiques en vue de déterminer s'il en résulte un préjudice économique net). Une telle conception de la discrimination fait fi du portrait d'ensemble au profit de détails. Dans le contexte de l'art. 15, il faut se rappeler que le préjudice économique véritable n'est qu'un seul élément (bien que parfois important) de la tâche plus fondamentale qui consiste à déterminer si une distinction législative est discriminatoire. De même, dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier, il ne faut pas perdre de vue que la négation des droits qui a déclenché l'application de l'art. 15 n'est pas économique. C'est quelque chose qui est fondamental à la personne. Aussi, le simple fait que cette même distinction puisse engendrer d'autres avantages économiques ne rend pas nécessairement la violation des droits moins grave, moins attentatoire ni moins condamnable.

D. Implications et «effets préjudiciables»

Adopter à l'égard de l'art. 15 une démarche fondée sur les effets et axée sur les groupes plutôt que sur les motifs, c'est reconnaître l'importance de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable prévue à l'art. 15 sans exiger que soient résolues certaines questions insolubles qui se sont posées sous le régime de cette théorie. Bayefsky, *loc. cit.*, en donne un excellent exemple, aux pp. 518 et 519:

Restricting the possible grounds of discrimination puts litigants in the position of first having to prove that their distinguishing feature is caught. This marks the introduction of the same sort of counter-productive, formalistic and artificial debates that have been conducted under anti-discrimination legislation on such issues as the following: does "sex" include differentiation on the basis of "pregnancy" or does "sex" include distinctions made on the basis of "sexual orientation"? The Court, for example, will have to ask whether legislation involving differential treatment of domestic workers differentiates on the basis of sex because most domestic workers are women. In order to apply section 15 they will be required to find that a differential impact on women should be classified as sex discrimination, rather than facing squarely the issue of differential treatment of domestic workers. And if legislation discriminating against domestic workers can be caught by proving such differential impact upon an enumerated ground, what about similar legislation drawing distinctions that disadvantage farm workers? If one cannot prove that such legislation has a differential impact upon an enumerated or analogous ground, are farm workers excluded from making a section 15 argument, while domestic workers are covered? What logic can there be to this approach to interpreting section 15? [Emphasis added.]

See also N. Iyer, "Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity" (1993), 19 *Queen's L.J.* 179.

[TRANSLATION] Limiter les motifs possibles de discrimination a pour effet d'obliger la partie qui poursuit à démontrer d'abord que sa caractéristique est visée. Cela marque l'introduction du même genre de débats futiles, formalistes et artificiels qui ont entouré, dans le cadre des lois interdisant toute discrimination, des questions comme celles-ci: le terme «sexe» inclut-il la différenciation sur le fondement de la «grossesse» ou inclut-il les distinctions fondées sur «l'orientation sexuelle»? Les tribunaux devront, par exemple, déterminer si la loi qui a pour effet de traiter différemment les travailleurs domestiques établit cette différence sur le fondement du sexe parce que la plupart des travailleurs domestiques sont des femmes. Pour appliquer l'art. 15, ils seront contraints de conclure que l'impact différent à l'égard des femmes devrait être qualifié de discrimination fondée sur le sexe, plutôt que de s'attaquer directement à la question du traitement différent des travailleurs domestiques. Et si on peut démontrer que la loi qui crée une discrimination à l'égard des travailleurs domestiques est visée en établissant l'existence d'un impact différent à l'égard d'un groupe énuméré, qu'en est-il de la loi semblable qui établit une distinction au détriment des travailleurs agricoles? Si on ne peut prouver qu'une telle loi établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, empêche-t-on les travailleurs agricoles de faire valoir un argument fondé sur l'art. 15, tout en permettant aux travailleurs domestiques de le faire? Quelle peut bien être la logique derrière une telle interprétation de l'art. 15? [Je souligne.]

Voir également N. Iyer, «Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity» (1993), 19 *Queen's L.J.* 179.

To expand briefly upon the example of domestic workers, under traditional adverse effects doctrine, what percentage of the group would have to have been women in order to succeed in a sex-based discrimination claim? Fifty percent? Ninety percent? As this Court found in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, it is difficult to draw a principled distinction along such lines. I believe that it is both easier and more intellectually honest to examine the effect of the distinction on the group affected. In this case, that group would be domes-

Pour reprendre brièvement l'exemple des travailleurs domestiques, selon la théorie traditionnelle de l'effet préjudiciable, combien de femmes auraient dû faire partie du groupe pour qu'il obtienne gain de cause dans une demande invoquant la discrimination fondée sur le sexe? Cinquante pour cent? Quatre-vingt-dix pour cent? Ainsi que notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, il est difficile d'établir une distinction fondée sur des principes suivant un tel raisonnement. Il est à mon sens plus facile et plus honnête sur le plan intellectuel d'examiner l'effet de la distinction à l'égard du groupe concerné. Dans l'exemple donné, il s'agirait de tra-

tic workers, and the only decision is: does the distinction discriminate against domestic workers?

As I noted in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 645, categories of discrimination cannot be reduced to watertight compartments, but rather will often overlap in significant measure. When assessing the social context of the impugned distinction, it is therefore of relevance that a significant majority of domestic workers are immigrant women, a subgroup that has historically been both exploited and marginalized in our society. Awareness of, and sensitivity to, the realities of those experiencing the distinction is an important task that judges must undertake when evaluating the impact of the distinction on members of the affected group. Discrimination cannot be fully appreciated or addressed unless courts' analysis focuses directly on the issue of whether these workers are victims of discrimination, rather than becoming distracted by ancillary issues such as "grounds", be they enumerated or analogous.

In conclusion, the approach to s. 15 set out in *Andrews* was an extremely good start. The ensuing jurisprudence has contributed in diverse and important respects to giving content to s. 15 of the *Charter*. As cases become more and more difficult, however, I believe that it is becoming increasingly evident that we may have been putting the cart before the horse. Although s. 15 is a general guarantee of "equality without discrimination", we have failed to put "discrimination", itself, at the forefront of our analysis. Instead, we have begun to define ourselves into boxes by making "grounds" a precondition to discrimination. As such, we may be denying s. 15 relief to persons who are victims of legislatively sanctioned discrimination, but who are unable to fit themselves into an established or analogous "ground".

In this day and age, discrimination is rarely an explicit purpose, and all too frequently an effect. The shortcomings of relying upon "grounds of distinction" are becoming increasingly evident — we

vailleurs domestiques, et la seule question est la suivante: La distinction crée-t-elle une discrimination à l'égard des travailleurs domestiques?

Comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la p. 645, les formes de discrimination ne peuvent être réduites à des compartiments étanches; il arrive fréquemment qu'elles se chevauchent largement. Si l'on considère le contexte social de la distinction contestée, il est pertinent que la vaste majorité des travailleurs domestiques soient des femmes immigrantes, un sous-groupe qui a été traditionnellement exploité et marginalisé dans notre société. Les juges doivent se montrer sensibles aux réalités de ceux qui subissent la distinction lorsqu'ils en pèsent l'impact sur les membres du groupe touché. La discrimination ne peut être pleinement appréciée ou considérée que si les tribunaux font porter leurs analyses directement sur la question de savoir si ces travailleurs sont victimes de discrimination, plutôt que de se laisser distraire par des questions incidentes comme les «motifs», qu'ils soient énumérés ou analogues.

En conclusion, la démarche préconisée dans l'arrêt *Andrews* relativement à l'art. 15 était un excellent départ. La jurisprudence subséquente a contribué à différents et importants égards à donner du contenu à l'art. 15 de la *Charte*. Toutefois, au fur et à mesure que les affaires se compliquent, je crois qu'il est de plus en plus évident que nous avons peut-être mis la charrue devant les bœufs. Bien que l'art. 15 soit une garantie générale d'«égalité indépendamment de toute discrimination», nous n'avons pas accordé la première place dans notre analyse à la «discrimination» en soi. Nous nous sommes plutôt imposé des catégorisations en faisant des «motifs» une condition préalable à la discrimination. Il se peut donc que nous refusions ainsi une réparation fondée sur l'art. 15 à des personnes victimes d'une discrimination que la loi sanctionne, mais qui ne peuvent s'identifier à aucun «motif» établi ou analogue.

De nos jours, la discrimination est rarement un objectif explicite, et trop fréquemment un effet. Les inconvénients qu'entraîne le fait de se fonder sur les «motifs de distinction» sont de plus en plus

80

1995 CanLII 98 (SCC)

81

82

are coming to realize more and more that some "grounds" may give rise to discrimination in some contexts and not in others. In reality, it is no longer the "grounds" that are dispositive of the question of whether discrimination exists, but the social context of the distinction that matters. Given the growing reliance on "context", and the declining role of the "grounds of distinction", I believe that it is a natural next step in s. 15 jurisprudence to admit that, in fact, context is of primary importance and that abstract "grounds of distinction" are simply an indirect method to achieve a goal which could be achieved more simply and truthfully by asking the direct question: "Does this distinction discriminate against this group of people?" See Wilson J. in *McKinney*, *supra*, at pp. 392-93. There is no need to use the vehicle of "analogous grounds" to make s. 15 open-ended. An effects-based approach to the notion of "discrimination" will, itself, be open-ended. At the same time, as long as we view "discrimination" through a principled framework of analysis, the open-endedness will be constrained along reasonable and principled lines.

évidents — nous nous rendons compte de plus en plus que certains «motifs» peuvent créer une discrimination dans certains contextes et non dans d'autres. En réalité, ce qui importe ce ne sont plus tant les «motifs», mais plutôt le contexte social de la distinction. Étant donné que l'on se fonde de plus en plus sur le «contexte» et compte tenu du rôle de plus en plus ténue des «motifs de distinction», je crois qu'il convient ensuite naturellement, dans la jurisprudence relative à l'art. 15, d'admettre qu'en fait, le contexte est d'importance prépondérante et les «motifs de distinction» abstraits, sont simplement une méthode indirecte d'atteindre un but auquel on peut arriver plus simplement et plus honnêtement en se posant directement la question suivante: «La distinction crée-t-elle une discrimination à l'égard de ce groupe de personnes?» Voir les motifs du juge Wilson dans *McKinney*, précité, aux pp. 392 et 393. Nul besoin de recourir à l'outil des «motifs analogues» pour donner une portée non limitative à l'art. 15. Aborder la notion de «discrimination» en fonction des effets est, en soi, non limitatif. De même, tant que nous aborderons la «discrimination» à travers un cadre d'analyse fondé sur des principes, ce caractère non limitatif sera assujéti à des analyses raisonnables et fondées sur des principes.

83

This approach bears far greater similarity than difference to jurisprudence inspired by *Andrews*. It will not, for instance, apply very differently to the vast number of distinctions drawn according to place of residence, or between professionals, employees, or different types of occupations. It is not enough to demonstrate that one has been treated differently by the legislation, and that this differential treatment has been less advantageous than that accorded to other parties. The distinction must, itself, be shown somehow to impugn a basic right to equal human dignity and worth. This determination, as I discussed above, will largely be a function of the nature of both the group and the interest adversely affected by the impugned distinction. As a practical matter, all other things being equal, the greater the degree of unfettered choice involved in membership in the group that is adversely affected, the more difficult it will be to demonstrate that differential treatment undermines

Cette démarche se rapproche beaucoup plus de la jurisprudence qu'a inspirée l'arrêt *Andrews* qu'elle ne s'en écarte. Ainsi, elle ne s'appliquera pas très différemment au grand nombre de distinctions établies selon l'endroit de résidence, ou entre professionnels, employés ou différents genres d'occupations. Il ne suffit pas de démontrer que la loi traite une personne différemment d'une autre et que cette différence de traitement a conféré à une partie des avantages moindres que ceux dont jouissent d'autres parties. Il faut montrer que la distinction elle-même mine en quelque sorte un droit fondamental à une égale valeur et dignité humaine. Cette décision, comme je l'ai mentionné précédemment, dépendra en grande partie de la nature du groupe et du droit négativement touchés par la distinction contestée. En pratique, toutes choses étant par ailleurs égales, plus le libre choix qu'emporte l'appartenance à un groupe lésé est accru, plus il sera difficile de démontrer que le traitement

basic human rights. As well, in many such situations it will be fair to say that the nature of the interest being adversely affected by the distinction, as well as the constitutional and societal significance of that interest, will generally be comparatively low.

It is hoped that this approach offers to individuals and groups that may otherwise be denied the protections of s. 15 the opportunity to claim the fullest protections of our constitution. In my view, s. 15 will never realize its full potential until we adopt an approach that is truly effects-sensitive. The courts of this land must not rest until all individuals are able to enjoy the fundamental right to "equality without discrimination".

II. Application to the Facts

Our first task is to determine whether there is a legislative distinction between the rights claimants, Egan and Nesbit, and others, and whether this distinction results in the denial of one of the claimants' four basic equality rights (equality before the law, equality under the law, equal protection of the law, and equal benefit of the law) on the basis of their membership in an identifiable group.

For the reasons he sets out, I agree with Cory J. that it is clear that homosexual couples are denied the equal benefit of the law on the basis of the legislative distinction in s. 2 of the *Old Age Security Act*, which defines couples as relationships of "opposite sex". That Egan and Nesbit are able to claim higher benefits as separate individuals does not alter the fact that they have been denied the benefits, both tangible and intangible, of filing for old age benefits as a couple. It would take too narrow a view of the phrase "benefit of the law" to define it strictly in terms of economic interests. Official state recognition of the legitimacy and acceptance in society of a particular type of status or relationship may be of greater value and impor-

différent porte atteinte à des droits fondamentaux de la personne. De même, dans nombre de situations, il sera exact de dire que la nature du droit négativement touché par la distinction, de même que son importance sur le plan de la constitution et de la société, seront en général comparativement peu élevées.

Il est à espérer que cette démarche offre aux individus et aux groupes qui peuvent par ailleurs se voir nier la protection de l'art. 15 la possibilité de se prévaloir de la plus entière protection de notre constitution. À mon avis, l'art. 15 n'atteindra son plein potentiel que si nous adoptons une démarche véritablement axée sur les effets. Les tribunaux du pays n'auront de cesse que lorsque tous les individus pourront jouir du droit fondamental à l'«égalité indépendamment de toute discrimination».

II. Application aux faits

Notre première tâche consiste à déterminer si la loi crée une distinction entre les demandeurs Egan et Nesbit, et d'autres personnes, et si cette distinction entraîne la négation de l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité garantis aux demandeurs (égalité devant la loi, égalité dans la loi, même protection de la loi et même bénéfice de la loi) sur le fondement de leur appartenance à un groupe identifiable.

Je conviens avec le juge Cory, pour les motifs qu'il énonce, que les couples homosexuels se voient manifestement nier le droit au même bénéfice de la loi sur le fondement d'une distinction créée par l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, qui définit les couples comme une union entre personnes «de sexe opposé». Qu'Egan et Nesbit puissent individuellement se prévaloir de bénéfices plus avantageux ne change rien au fait qu'on leur a nié l'avantage, à la fois tangible et intangible, de demander des prestations de vieillesse en tant que couple. Ce serait adopter une interprétation trop restrictive de l'expression «bénéfice de la loi» que de la définir strictement sur le plan des intérêts économiques. La reconnaissance officielle par l'État de la légitimité et de l'acceptation dans la société d'une situation ou relation

tance to those affected than any pecuniary gain flowing from that recognition.

particulière peut revêtir plus de valeur et d'importance aux yeux de ceux qui sont touchés que tout gain pécuniaire découlant de cette reconnaissance.

87 Furthermore, I share my colleague's reasoning and analysis to the effect that the impugned distinction in s. 2 of the *Old Age Security Act* is made on the basis of sexual orientation. It would be inconsistent with an effects-oriented approach to the *Charter* to require as a precondition for protection on this basis that sexual orientation be directly identified in the impugned legislation. Rather, it is sufficient that the couple's sexual orientation cannot in any meaningful way be separated from the "opposite sex" requirement in the Act. This reasoning translates equally well into the framework that I have developed above. In short, the impugned distinction excludes the rights claimants because they are homosexual. To the extent that I frame the problem somewhat more narrowly than Cory J., it is because I prefer to analyze the problem from the point of view of the group actually affected by the distinction, rather than in light of the somewhat illusory neutrality afforded by speaking of the "ground" of "sexual orientation".

En outre, je partage le raisonnement et l'analyse de mon collègue quant au fait que la distinction contestée créée par l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est fondée sur l'orientation sexuelle. Il serait contraire à l'analyse de la *Charte* axée sur les effets que d'exiger, comme condition préalable à une protection sur ce fondement, que l'orientation sexuelle soit directement mentionnée dans la loi contestée. Il suffit plutôt que l'orientation sexuelle du couple ne puisse être distinguée de façon substantielle de l'exigence relative au «sex opposé» prévue dans la Loi. Ce raisonnement se traduit tout aussi bien dans le cadre que j'ai élaboré précédemment. Bref, la distinction contestée exclut les demandeurs parce qu'ils sont homosexuels. Dans la mesure où je pose le problème dans un cadre un peu plus étroit que ne le fait le juge Cory, je préfère l'analyser du point de vue du groupe véritablement touché par la distinction plutôt qu'à la lumière de la neutralité quelque peu illusoire qu'offre le «motif» d'«orientation sexuelle».

88 The last step within s. 15 is to ask ourselves if the distinction is one which is capable of either promoting or perpetuating a view that the appellants Egan and Nesbit are, by virtue of their homosexuality, less capable or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. This evaluation is accomplished by reference to both the nature of the group affected and the nature of the interest affected. These two factors constitute, in short, the all-important socio-economic context of the impugned distinction.

Il convient en dernier lieu, dans le cadre de l'art. 15, de se demander si la distinction est susceptible de promouvoir ou de perpétuer l'opinion suivant laquelle les appelants Egan et Nesbit sont, en raison de leur homosexualité, moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. On arrivera à résoudre cette question en examinant tant la nature du groupe touché que celle du droit touché. Ces deux facteurs forment, en fait, le très important contexte socio-économique de la distinction contestée.

89 In my view, consideration of these two factors leads inevitably to the conclusion that the impugned distinction is discriminatory. My colleague Cory J. cites extensive evidence that same-sex couples are a highly socially vulnerable group, in that they have suffered considerable historical disadvantage, stereotyping, marginalization and

À mon avis, si on considère ces deux facteurs, on doit inévitablement conclure que la distinction contestée est discriminatoire. Mon collègue le juge Cory cite une preuve abondante que les couples de même sexe sont un groupe très vulnérable sur le plan social puisqu'ils ont été victimes de désavantages, de stéréotypes, de marginalisation et de stig-

stigmatization within Canadian society. The distinction, moreover, is on the basis of an aspect of 'personhood' that is quite possibly biologically based and that is at the very least a fundamental choice. Finally, I cannot help but note that, in addition to being homosexuals, those individuals directly affected by the distinction are all, by definition, also elderly and poor. They are therefore at the margins of an already marginalized group within society.

I turn next to the nature of the interest adversely affected. The impugned legislation, the *Old Age Security Act*, is a cornerstone in Canada's social security net, which is, in turn, a cherished and fundamental institution in our society. It involves the guarantee of a minimum level of income for elderly couples in conjugal relationships. The interest affected is therefore quite a fundamental one, from both a societal and, quite possibly, a constitutional perspective. Although the claimants cannot be said to suffer any economic prejudice from the distinction since they are each entitled as individuals to a certain minimum income level, it cannot be overlooked that the rights claimants have been directly and completely excluded, as a couple, from any entitlement to a basic shared standard of living for elderly persons cohabiting in a relationship analogous to marriage. This interest is an important facet of full and equal membership in Canadian society. Given the marginalized position of homosexuals in society, the metamessage that flows almost inevitably from excluding same-sex couples from such an important social institution is essentially that society considers such relationships to be less worthy of respect, concern and consideration than relationships involving members of the opposite sex. This fundamental interest is therefore severely and palpably affected by the impugned distinction.

Blending my analysis of the nature of the interest together with my conclusions regarding the nature of the group affected by the impugned distinction, I am convinced that this distinction is reasonably capable of exacting a discriminatory toll upon the group affected. I would therefore find the

matiation historiques considérables dans la société canadienne. La distinction est du reste fondée sur un aspect de la «personnalité» qui relève fort probablement d'une question biologique et qui est à tout le moins un choix fondamental. Enfin, je ne peux m'empêcher de remarquer qu'outre le fait d'être homosexuelles, les personnes directement touchées par la distinction sont toutes par définition âgées et pauvres. Elles font donc partie d'un groupe déjà marginalisé au sein de la société.

Je me pencherai maintenant sur la nature du droit touché. La loi contestée, la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, est une pierre angulaire de la protection sociale au Canada qui, elle, est une institution vénérée et fondamentale dans notre société. Elle garantit un niveau de revenu minimum aux couples âgés qui vivent en union conjugale. Le droit touché est par conséquent des plus fondamentaux, à la fois du point de vue social et, fort probablement, du point de vue constitutionnel. Bien qu'on ne puisse dire que les demandeurs subissent un préjudice économique du fait de la distinction puisqu'ils ont tous deux droit, à titre individuel, à un revenu minimum, on ne peut négliger le fait qu'ils ont été directement et complètement exclus, en tant que couple, de tout droit à une qualité de vie de base partagée pour des personnes âgées dont l'union s'apparente au mariage. Ce droit est un élément important d'une appartenance pleine et égale à la société canadienne. Étant donné la position marginale qu'occupent les homosexuels dans la société, le message général qui découle presque inévitablement de l'exclusion des couples de même sexe d'une institution sociale si importante est essentiellement que la société considère que de telles unions ne méritent pas le même intérêt, le même respect et la même considération que les unions de personnes de sexe opposé. Ce droit fondamental est par conséquent touché gravement et de façon tangible par la distinction contestée.

Si je joins mon analyse de la nature du droit à mes conclusions sur la nature du groupe touché par la distinction contestée, je suis convaincue que celle-ci est raisonnablement susceptible d'imposer un fardeau discriminatoire au groupe qui en est victime. Je conclurais donc que la distinction en

impugned distinction to be discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*.

cause est discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

92 A violation of s. 15(1) of the *Charter* may be saved under s. 1 if the impugned distinction is demonstrably justifiable in our free and democratic society. I am of the opinion, however, that the instant violation cannot be salvaged by s. 1, as it is not relevant to a proportionate extent to a pressing and substantial objective.

Une violation du par. 15(1) de la *Charte* peut être sauvegardée au regard de l'article premier si la justification de la distinction peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je suis d'avis, toutefois, que dans le cas qui nous occupe, la violation ne peut être sauvegardée par l'article premier puisqu'elle ne se rapporte pas dans une mesure proportionnelle à un objectif urgent et réel.

93 Like Iacobucci J., I would characterize the purpose of the legislation, which s. 2 of the Act is intended to further, in the way it was framed by Linden J.A. ([1993] 3 F.C. 401, at p. 446):

À l'instar du juge Iacobucci, je reprendrais les termes utilisés par le juge Linden de la Cour d'appel fédéral pour qualifier l'objectif législatif que l'art. 2 de la Loi est destiné à promouvoir ([1993] 3 C.F. 401, à la p. 446):

In general terms . . . to ensure that when one partner in a couple retires, that couple will continue to receive income equivalent to the amount that would be earned if both members of the couple were retired.

En termes généraux [. . .] faire en sorte que quand l'un des deux membres du couple prend sa retraite, ce couple continue à recevoir un revenu équivalent à celui qu'auraient gagné les deux s'ils avaient pris leur retraite tous les deux.

I believe that this objective is pressing and substantial and that it is not, itself, animated by a discriminatory purpose. I find, however, that the impugned distinction (i.e. the impugned means to achieve this objective) fails all three branches of the proportionality test.

À mon avis, il s'agit là d'un objectif urgent et réel et il n'est pas, en soi, guidé par un but discriminatoire. Par contre, la distinction contestée (c'est-à-dire le moyen utilisé pour atteindre l'objectif) échoue aux trois volets du critère de la proportionnalité.

94 With respect to the first branch of the proportionality test set out in *Oakes*, I have a great deal of difficulty even concluding that the exclusion of same-sex couples is rationally connected to the objective cited above. The legislation excludes couples who would fill all of the other criteria in the Act except the requirement that they are of the opposite sex. To find that this distinction is rationally connected to the objective of the legislation requires us to conclude that same-sex couples are so different from married couples that it would be unreasonable to make the same benefits available to both. At best, the government has only demonstrated that this is its assumption. I am in entire

En ce qui concerne le premier volet du critère de la proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*, j'éprouve énormément de difficulté même à conclure que l'exclusion des couples de même sexe a un lien rationnel avec l'objectif énoncé précédemment. La disposition exclut les couples qui satisfont à tous les autres critères prévus dans la Loi, à l'exception de la condition d'être de sexe opposé. Pour trouver à cette distinction un lien rationnel avec l'objectif de la loi, il nous faut conclure que les couples de même sexe sont si différents des couples mariés qu'il serait déraisonnable de leur permettre à eux aussi d'obtenir les mêmes bénéfices. Au mieux, le gouvernement a uniquement

1995 CanLII 98 (SCC)

agreement with Iacobucci J.'s observation that the presumption that same-sex relationships are somehow less interdependent than opposite-sex relationships is, itself, a fruit of stereotype rather than one of demonstrable, empirical reality. See *Mossop*, *supra*, at pp. 630-31, *per* L'Heureux-Dubé J. It would be strange, indeed, to permit the government to justify a discriminatory distinction on the basis of presumptions which are, themselves, discriminatory. This would defeat the very purpose which s. 15(1) is intended to further.

In this context, I would also reject any argument that homosexual relationships have a distinct biological reality — namely that homosexuality is non-procreative — as dangerously reminiscent of the type of biologically based arguments that this Court has now firmly rejected. Compare *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, at p. 190, with *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at pp. 1243-44. Moreover, as Iacobucci J. points out, it is evident that the absence or presence of children has nothing whatsoever to do with eligibility for the old age spousal supplement under the Act. I therefore find that the impugned distinction fails the rational connection branch of the proportionality test. Though it is not necessary to address the remaining branches of the *Oakes* test, I shall do so briefly to demonstrate that I would reach the same result in any event.

I agree with Iacobucci J.'s application of the minimal impairment branch of the test. To this, I would add that it cannot be argued that the fact that greater economic benefits may be available to Nesbit, as a single person, under the provincial *Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, c. 158, is evidence that the infringement of s. 15 is minimally impairing. As I have already noted elsewhere, a balance sheet approach to economic benefits and prejudices trivializes and, in many

démontré qu'il s'agit là d'une supposition. Je souscris sans réserve au commentaire du juge Iacobucci lorsqu'il dit que l'hypothèse suivant laquelle les personnes de même sexe entretiennent une union qui, d'une certaine façon, n'est pas aussi interdépendante que l'union de personnes de sexe opposé, est en soi le fruit d'un stéréotype et non d'une réalité démontrable et empirique. Voir mes motifs dans *Mossop*, précité, aux pp. 630 et 631. Il serait effectivement étrange de permettre au gouvernement de justifier une distinction discriminatoire sur le fondement de présomptions qui sont elles-mêmes discriminatoires. On viendrait ainsi contrecarrer l'objectif même que le par. 15(1) est destiné à promouvoir.

Dans ce contexte, j'écarterais également tout argument portant que les unions homosexuelles ont une réalité biologique distincte — soit que l'homosexualité n'est pas procréatrice — puisqu'il rappelle dangereusement le type d'arguments fondés sur un aspect biologique que notre Cour a maintenant fermement rejetés. Comparer *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, à la p. 190, et *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, aux pp. 1243 et 1244. Du reste, comme le signale le juge Iacobucci, il est évident que l'absence ou la présence d'enfants n'a absolument rien à voir avec l'admissibilité au supplément de conjoint en vertu de la Loi. Je conclus, par conséquent, que la distinction contestée échoue au volet du lien rationnel du critère de la proportionnalité. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de traiter des autres volets du critère énoncé dans *Oakes*, je le ferai brièvement pour démontrer que j'arriverais au même résultat de toute façon.

Je souscris à l'application que fait le juge Iacobucci du volet du test portant sur l'atteinte minimale. À cela, j'ajouterais qu'on ne saurait soutenir que le fait que Nesbit puisse obtenir des avantages économiques accrus à titre de personne seule en vertu de la *Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 158, de la province prouve que la violation de l'art. 15 est une atteinte minimale. Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, aborder les avantages et les préjudices écono-

ways, misconstrues the nature of the human rights violation at issue.

miques du point de vue d'un bilan banalise la nature de la violation des droits de la personne en cause et, à maints égards, en constitue une interprétation erronée.

97 The Attorney General of Canada argues that the impugned legislation is social, not punitive, and should thereby enjoy a somewhat more deferential standard of review by this Court. As I have already noted, I do not believe that such deference is appropriate when there is a reasonable alternative, readily available, that is not the subject of conflicting social science views, that would materially lessen the effect of the rights violation to the affected group, and that would not result in a concomitant prejudice to another group. To accord deference merely because the issue is a "social" one would be to issue a licence to discriminate in favour of the *status quo*. In the present case, I believe that a reasonable alternative remedy is, indeed, available. The discriminatory effect would, in fact, be eliminated without prejudice to the rights or interests of any other group, by extending coverage to same-sex couples who otherwise fulfil all of the other non-discriminatory criteria required in the Act.

Le procureur général du Canada soutient que la loi contestée est sociale et non punitive et que, de ce fait, notre Cour devrait faire preuve d'une plus grande retenue dans son examen. Je le répète, je ne crois pas qu'une telle retenue soit appropriée lorsqu'il existe une autre solution raisonnable, facilement exécutable, qui ne suscite pas d'opinions contradictoires sur le plan des sciences sociales, qui atténuerait considérablement l'effet de la violation des droits du groupe concerné, et qui ne causerait de préjudice à aucun autre groupe. Faire preuve de retenue simplement parce que la question est «sociale» reviendrait à permettre la discrimination en faveur du statu quo. Dans l'affaire qui nous occupe, je crois qu'il existe effectivement une autre solution qui soit raisonnable. L'effet discriminatoire serait, en fait, éliminé sans préjudice aux droits de tout autre groupe si on élargissait la Loi pour l'appliquer aux couples de même sexe qui satisfont par ailleurs à tous les autres critères non discriminatoires qui y sont prévus.

98 Finally, the third branch of the test requires that there be a proportionality between the discriminatory and salutary effects of the distinction. At this stage, it is appropriate to recall that the *Charter* breach (i.e. the discriminatory effect) is quite severe. The discrimination against homosexuals arises on the face of the legislation and flows inevitably from the "opposite sex" requirement in s. 2 of the Act. In addition, the impugned distinction is in an Act that plays an important role in a very important Canadian social institution. The interest at issue is a fundamental one — the right to a basic level of income for the elderly — and the non-recognition is complete, rather than partial. Although the claimants are not necessarily economically worse off as a result of their exclusion from the *Old Age Security Act*, the complete exclusion from the program of same-sex couples has a significant discriminatory impact in terms of perpetuating prejudice, stereotyping, and marginalization of

Enfin, le troisième volet du critère requiert qu'il y ait proportionnalité entre les effets discriminatoires et les effets bénéfiques de la distinction. À cette étape-ci, il y a lieu de rappeler que la violation de la *Charte* (c'est-à-dire l'effet discriminatoire) est très grave. La discrimination à l'égard des homosexuels ressort du texte de la loi et découle inévitablement de l'exigence relative au «sexe opposé» prévue à l'art. 2. En outre, la distinction contestée se trouve dans une loi qui joue un rôle capital dans une institution sociale canadienne fort importante. Le droit en cause est fondamental — le droit à un niveau minimum de revenu pour les personnes âgées — et la non-reconnaissance est complète, pas seulement partielle. Bien que les demandeurs ne soient pas nécessairement plus désavantagés sur le plan économique du fait qu'ils sont exclus de la portée de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, l'exclusion complète du programme des couples de même sexe a un effet

same-sex couples, and homosexuals and lesbians individually.

It can be argued that the primary salutary effect of the distinction, on the other hand, is the savings it ostensibly entails to the public purse. The government's expert estimates this saving as ranging between \$12 million and \$37 million. The appellants' cross-examination at trial of that expert suggests that this figure may be considerably less. I would nonetheless make three observations in relation to this argument. First, by the government's own account, these sums account for only between two and four percent of the total cost of the old age supplement program. Second, I have referred to these savings as "ostensible" because if the affected persons had been in heterosexual relationships instead of homosexual relationships, the government would have to have paid out this money anyway. Finally, I note that the majority of this Court recognized in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 709, that budgetary considerations should not be determinative of a s. 1 analysis, and should more properly be considered when attempting to formulate an appropriate remedy. On this basis, I conclude that the deleterious effects of the impugned distinction outweigh its salutary effects.

It goes without saying that I cannot agree with the novel approach to s. 1 taken by Sopinka J. in this case, particularly in light of the following remarks by Dickson C.J. in *Oakes*, *supra*, at p. 136:

A second contextual element of interpretation of s. 1 is provided by the words "free and democratic society". Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person,

discriminatoire important en ce qu'elle perpétue un préjudice, un stéréotype et une marginalisation à l'égard des couples de même sexe, et des gais et lesbiennes individuellement.

On pourrait soutenir que, d'autre part, la distinction a manifestement pour effet bénéfique premier de permettre au trésor public de réaliser des économies. L'expert du gouvernement estime que ces économies se situent entre 12 et 37 millions de dollars. Le contre-interrogatoire de cet expert mené par les appelants au procès donne à entendre que ces chiffres pourraient être beaucoup plus bas. Je ferais néanmoins trois commentaires relativement à cet argument. Premièrement, suivant le gouvernement lui-même, ces sommes représentent de deux à quatre pour cent seulement du coût total du programme d'allocation pour personnes âgées. Deuxièmement, j'ai parlé d'économies «manifestes» parce que, si les personnes touchées avaient entretenu une relation hétérosexuelle plutôt qu'homosexuelle, le gouvernement aurait eu à verser cet argent de toute façon. Enfin, je remarque que notre Cour à la majorité a reconnu dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 709, que les considérations d'ordre budgétaire ne devaient pas être déterminantes à l'égard de l'analyse effectuée dans le cadre de l'article premier, et devaient être plus justement considérées à l'étape de l'élaboration d'une réparation appropriée. Sur ce fondement, j'estime que les effets préjudiciables de la distinction contestée excèdent ses effets bénéfiques.

Il va sans dire que je ne saurais être d'accord avec l'approche nouvelle qu'adopte le juge Sopinka relativement à l'article premier, particulièrement compte tenu des remarques du juge en chef Dickson dans *Oakes*, précité, à la p. 136:

Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression «société libre et démocratique». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchaînement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhé-

commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the Charter and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified. [Emphasis added.]

There is a first time to every discrimination claim. To permit the novelty of the appellants' claim to be a basis for justifying discrimination in a free and democratic society undermines the very values which our *Charter*, including s. 1, seeks to preserve.

101 I therefore conclude that the impugned distinction violates s. 15 of the *Charter* and cannot be saved by s. 1.

III. Disposition

102 I would allow the appeal with costs throughout, and adopt the remedy proposed by Iacobucci J.

The following are the reasons delivered by

103 SOPINKA J. — I have read the reasons of my colleagues, Justices La Forest, L'Heureux-Dubé and Cory and Iacobucci, and while I agree with Cory J. that the impugned legislation infringes s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in my opinion such infringement is saved under s. 1.

104 I agree with the respondent the Attorney General of Canada that government must be accorded some flexibility in extending social benefits and does not have to be pro-active in recognizing new social relationships. It is not realistic for the Court to assume that there are unlimited funds to address the needs of all. A judicial approach on this basis would tend to make a government reluctant to create any new social benefit schemes because their limits would depend on an accurate prediction of

rente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer. [Je souligne.]

Il y a une première fois pour chaque plainte de discrimination. Permettre de se fonder sur la nouveauté de la demande des appelants pour justifier une discrimination dans une société libre et démocratique mine les valeurs mêmes que notre *Charte*, y compris l'article premier, cherche à préserver.

Je conclus, par conséquent, que la distinction contestée viole l'art. 15 de la *Charte* et ne peut être justifiée sous le régime de l'article premier.

III. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et d'adopter la réparation que propose le juge Iacobucci.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs de mes collègues les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory et Iacobucci. Si je conviens avec le juge Cory que la disposition législative contestée viole le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, à mon avis cette violation est justifiée au regard de l'article premier.

Tout comme le procureur général du Canada intimé, je suis d'avis que le gouvernement doit pouvoir disposer d'une certaine souplesse dans la prestation des avantages sociaux et qu'il n'est pas tenu d'adopter une attitude proactive pour ce qui est de la reconnaissance des nouvelles formes de relations dans la société. La Cour ferait preuve d'un manque de réalisme si elle présumait qu'il existe des ressources inépuisables pour répondre aux besoins de chacun. Si les tribunaux adoptaient

the outcome of court proceedings under s. 15(1) of the *Charter*. The problem is identified by Professor Hogg in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at pp. 911-12, where he states:

It seems likely that virtually any benefit programme could be held to be under-inclusive in some respect. The effect of *Schachter* [[1990] 2 F.C. 129 (C.A.)] and *Tétreault-Gadoury* [[1991] 2 S.C.R. 22] is to subject benefit programmes to unpredictable potential liabilities. These decisions by-pass the normal processes by which a government sets its priorities and obtains parliamentary approval of its estimates.

This Court has recognized that it is legitimate for the government to make choices between disadvantaged groups and that it must be provided with some leeway to do so. In *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, La Forest J., in the course of his reasons which found that s. 9(a) of the Ontario *Human Rights Code, 1981* violated s. 15(1) but was justified under s. 1, stated at pp. 317-18:

In looking at this type of issue, it is important to remember that a Legislature should not be obliged to deal with all aspects of a problem at once. It must surely be permitted to take incremental measures. It must be given reasonable leeway to deal with problems one step at a time, to balance possible inequalities under the law against other inequalities resulting from the adoption of a course of action, and to take account of the difficulties, whether social, economic or budgetary, that would arise if it attempted to deal with social and economic problems in their entirety, assuming such problems can ever be perceived in their entirety. This Court has had occasion to advert to possibilities of this kind. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [[1986] 2 S.C.R. 713], Dickson C.J., there dealing with the regulation of business and industry, had this to say, at p. 772:

I might add that in regulating industry or business it is open to the legislature to restrict its legislative reforms to sectors in which there appear to be particularly urgent concerns or to constituencies that seem especially needy. In this context, I agree with the

une telle conception, les gouvernements pourraient hésiter à mettre sur pied de nouveaux régimes d'avantages sociaux puisqu'il faudrait, pour en connaître les paramètres, prévoir avec exactitude l'issue des procédures judiciaires instituées sous le régime du par. 15(1) de la *Charte*. Dans *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), aux pp. 911 et 912, le professeur Hogg cerne le problème:

[TRADUCTION] Pour ainsi dire tous les programmes de prestations seraient susceptibles d'être jugés insuffisants à certains égards. Les arrêts *Schachter* [[1990] 2 C.F. 129 (C.A.)] et *Tétreault-Gadoury* [[1991] 2 R.C.S. 22] ont pour effet d'exposer les programmes de prestations à des obligations potentielles imprévisibles. Ces décisions contournent les voies normales par lesquelles le gouvernement établit ses priorités et obtient l'approbation parlementaire pour ses budgets.

Notre Cour a reconnu le droit du gouvernement de privilégier certains groupes désavantagés et de jouir d'une certaine marge de manœuvre à cet égard. Dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, où il a conclu que, bien qu'il viole le par. 15(1), l'al. 9a) du *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario était justifié au regard de l'article premier, le juge La Forest écrit, aux pp. 317 et 318:

Dans l'examen de ce genre de questions, il est important de se rappeler qu'un législateur ne peut être tenu de traiter tous les aspects d'un problème à la fois. Il doit certainement pouvoir adopter des mesures progressives. Il doit avoir une marge de manœuvre raisonnable pour traiter des problèmes étape par étape, pour soupeser les inégalités qui peuvent découler de la loi en fonction des autres inégalités qui résultent de l'adoption d'une ligne de conduite, et pour tenir compte des difficultés, qu'elles soient de nature sociale, économique ou budgétaire, qui se présenteraient s'il tentait de traiter des problèmes socio-économiques dans leur ensemble, en supposant qu'il soit possible de les saisir dans leur ensemble. Notre Cour a eu l'occasion de discuter de possibilités de ce genre. Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [[1986] 2 R.C.S. 713] le juge en chef Dickson, traitant de la réglementation du commerce et de l'industrie, dit, à la p. 772:

Je pourrais ajouter qu'en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particu-

opinion expressed by the United States Supreme Court in *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955), at p. 489:

Evils in the same field may be of different dimensions and proportions, requiring different remedies. Or so the legislature may think. . . . Or the reform may take one step at a time, addressing itself to the phase of the problem which seems most acute to the legislative mind. . . . The legislature may select one phase if one field and apply a remedy there, neglecting the others.

The question becomes whether the cut-off point can be reasonably supported.

At pages 318-19 he added:

But generally, the courts should not lightly use the *Charter* to second-guess legislative judgment as to just how quickly it should proceed in moving forward towards the ideal of equality. The courts should adopt a stance that encourages legislative advances in the protection of human rights. Some of the steps adopted may well fall short of perfection, but as earlier mentioned, the recognition of human rights emerges slowly out of the human condition, and short or incremental steps may at times be a harbinger of a developing right, a further step in the long journey towards full and ungrudging recognition of the dignity of the human person.

It is in this context that the s. 1 criteria must be considered. When s. 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, is measured against overall objectives of alleviation of poverty of elderly spouses, it should not be judged on the basis that Parliament has made this choice for all time. The history of the legislation shows an evolving expansion of the definition of the intended recipients of the benefits. Successive amendments expanded the group entitled to these benefits on the basis of current information as to those in the greatest need of financial assistance resulting from the retirement or death of the "breadwinner". As La Forest J. points out, prior to 1975 the interpretation of "spouse" would not have extended to common law spouses. By virtue of S.C. 1974-75-76, c. 58, s. 1,

lièrement nécessaire. À cet égard, je partage l'opinion exprimée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955), à la p. 489:

[TRADUCTION] Les maux que l'on trouve dans un même domaine peuvent avoir des dimensions et des proportions différentes, et exiger des redressements différents. Du moins, le législateur peut le croire. . . . Ou la réforme peut se faire étape par étape, en ne s'attaquant qu'à la phase du problème que le législateur estime la plus critique. . . . Le législateur peut sélectionner une phase dans un domaine et y apporter un redressement, tout en négligeant les autres.

La question est donc de savoir si la ligne de démarcation peut être raisonnablement justifiée.

Puis il ajoute aux pp. 318 et 319:

Mais de façon générale, les tribunaux ne devraient pas se servir à la légère de la *Charte* pour se prononcer après coup sur le jugement du législateur afin de déterminer le rythme qu'il devrait emprunter pour parvenir à l'idéal de l'égalité. Les tribunaux devraient adopter une attitude qui encourage les progrès législatifs en matière de protection des droits de la personne. Certaines des mesures adoptées ne sont peut-être pas parfaites, mais comme je l'ai déjà mentionné, la reconnaissance des droits de la personne émerge lentement de l'expérience humaine et le fait d'avancer à petits pas ou progressivement peut parfois laisser présager la naissance d'un droit et constituer un autre jalon dans le long processus vers une reconnaissance pleine et entière de la dignité de la personne humaine.

C'est dans ce contexte qu'il faut examiner le critère de l'article premier. Lorsqu'on évalue l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, en regard de l'objectif général d'atténuation de la pauvreté chez les conjoints âgés, on ne doit pas tenir pour inaltérable le choix du législateur. L'historique de la loi témoigne d'une constante évolution de la définition des personnes destinées à bénéficier de l'allocation. Une série de modifications ont élargi le groupe des bénéficiaires en fonction de renseignements obtenus sur ceux que la retraite ou le décès du «soutien de la famille» a rendu le plus indigents. Ainsi que le souligne le juge La Forest, avant 1975, l'interprétation de «conjoint» aurait exclu les conjoints de fait. En vertu de l'art. 1 des S.C. 1974-75-76,

a definition of "spouse" was added to include common law spouses. In 1979 provisions were added for certain widowed spouses, and in 1985 these benefits were extended to include all widows and widowers aged 60 to 65 who had not remarried. During the second reading of the 1979 amendment to the *Old Age Security Act*, the Honourable Flora MacDonald stated:

Statistics have shown that in 90 per cent of marriages, the younger spouse is female and that females live longer than males. These women, who in their younger years remained in the home looking after children, with no access to continuing income or pension plans, are the same women who in their later years too often become the victims of a society which has not yet come to terms with equality in the work place.

(*House of Commons Debates*, vol. I, 1st Sess., 31st Parl., October 22, 1979, at p. 476.)

With respect to the 1985 amendment, the trial judge found as follows:

The government at the time, in 1985, recognized that the measures introduced did not solve all of the problems of all citizens but, to the Minister of National Health and Welfare, the Honourable Jake Epp, the legislation was addressing itself to those in greatest need. [Emphasis added.]

([1992] 1 F.C. 687, at p. 693.)

The Attorney General of Canada has taken the position in his factum that "the means chosen does not have to be necessarily the solution for all time. Rather, there may always be a possibility that more acceptable arrangements can be worked out over time". Viewed in this light, the impugned legislation can be regarded as a substantial step in an incremental approach to include all those who are shown to be in serious need of financial assistance due to the retirement or death of a supporting spouse. It is therefore rationally connected to the objective.

With respect to minimal impairment, the legislation in question represents the kind of socio-economic question in respect of which the government is required to mediate between competing groups rather than being the protagonist of an individual.

ch. 58, la définition de «conjoint» a été ajoutée de façon à inclure les conjoints de fait. En 1979, des dispositions ont été ajoutées relativement à certains conjoints veufs et, en 1985, les bénéficiaires ont été étendus aux veuves et veufs de 60 à 65 ans qui ne s'étaient pas remariés. Au cours de la deuxième lecture de la modification de 1979 à la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, l'honorable Flora MacDonald a déclaré:

D'après les statistiques, la femme est le plus jeune des conjoints dans 90 p. 100 des ménages, et les femmes vivent plus longtemps que les hommes. Ces femmes qui, dans leur jeunesse, sont restées au foyer sans salaire permanent ni caisse de retraite pour s'occuper des enfants, ce sont celles qui, par la suite, ont trop souvent à se plaindre d'une société qui n'a pas encore appris à respecter l'égalité au travail.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. I, 1^{re} sess., 31^e lég., le 22 octobre 1979, à la p. 476.)

Au sujet de la modification adoptée en 1985, le juge de première instance a dit:

Le gouvernement en place en 1985 admettait que les mesures adoptées ne réglaient pas tous les problèmes de tous les citoyens, mais selon le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de l'époque, l'honorable Jake Epp, la législation visait ceux et celles qui avaient le plus grand besoin d'aide. [Je souligne.]

([1992] 1 C.F. 687, à la p. 693.)

Le procureur général du Canada fait valoir dans son mémoire que [TRADUCTION] «les mesures choisies ne doivent pas nécessairement constituer une solution immuable. Il doit plutôt toujours y avoir une possibilité d'adopter des modalités plus acceptables avec le temps». Vue sous cet angle, la disposition législative attaquée marque une étape importante vers l'intégration progressive de tous ceux qui sont jugés avoir un besoin impérieux d'aide financière, découlant de la retraite ou du décès du conjoint soutien de la famille. Elle a donc un lien rationnel avec l'objectif.

Quant à l'atteinte minimale, la disposition en question soulève le genre de question socio-économique relativement à laquelle le gouvernement doit faire office de médiateur entre groupes opposés plutôt que de défenseur d'un individu. Dans

In these circumstances, the Court will be more reluctant to second-guess the choice which Parliament has made. See *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. I would conclude, as La Forest J. did in *McKinney*, that I am “not prepared to say that the course adopted by the Legislature, in the social and historical context through which we are now passing, is not one that reasonably balances the competing social demands which our society must address” (p. 314).

110 It follows that there is proportionality between the effects of the legislation on the protected right and the legislative objective. The proper balance was struck by Parliament in providing financial assistance to those who were shown to be in the greatest need of financial assistance.

111 It may be suggested that the time has expired for the government to proceed to extend the benefits to same-sex couples and that it cannot justify a delay since 1975 to include same-sex couples. While there is some force in this suggestion, it is necessary to keep in mind that only in recent years have lower courts recognized sexual orientation as an analogous ground, and this Court will have done so for the first time in this case. While it is true, as Cory J. observes, that many provincial legislatures have amended human rights legislation to prohibit discrimination on the basis of sexual orientation, these amendments are of recent origin. Moreover, human rights legislation operates in the field of employment, housing, use of public facilities and the like. This can hardly be equated with the problems faced by the federal government which must assess the impact of extending the benefits contained in some 50 federal statutes. Given the fact that equating same-sex couples with heterosexual spouses, either married or common law, is still generally regarded as a novel concept, I am not prepared to say that by its inaction to date the government has disentitled itself to rely on s. 1 of the *Charter*.

ces circonstances, la Cour sera d'autant plus réticente à se prononcer après coup sur le choix du législateur. Voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. À l'instar du juge La Forest dans l'arrêt *McKinney*, je ne suis pas «prêt à dire que la ligne de conduite adoptée par le législateur, dans le contexte social et historique que nous connaissons actuellement, n'établit pas un équilibre raisonnable entre les revendications sociales concurrentes auxquelles doit s'attacher notre société» (p. 314).

Il s'ensuit donc qu'il y a proportionnalité entre les effets de la disposition législative sur le droit garanti et l'objectif qu'il poursuit. Le législateur a atteint un juste équilibre en apportant une aide financière à ceux qui ont été jugés en avoir le plus besoin.

On pourrait prétendre que le gouvernement a épuisé le temps dont il disposait pour étendre les bénéfices aux couples de même sexe et qu'il ne peut justifier le retard qu'il a mis depuis 1975 à le faire. Si cette prétention a une certaine valeur, nous ne pouvons toutefois oublier que ce n'est que récemment que les tribunaux d'instance inférieure ont reconnu l'orientation sexuelle au nombre des motifs analogues, et notre Cour aura conclu dans ce sens pour la première fois dans la présente affaire. S'il est vrai, ainsi que le signale le juge Cory, que beaucoup de législatures provinciales ont modifié leurs lois sur les droits de la personne pour interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, ces modifications sont récentes. En outre, les domaines visés par les lois sur les droits de la personne sont l'emploi, l'habitation, l'utilisation d'installations publiques et autres domaines semblables. On ne saurait comparer cela aux problèmes du gouvernement fédéral, qui doit évaluer l'impact de l'élargissement des bénéfices prévus dans quelque 50 lois fédérales. Puisque l'assimilation des couples de même sexe aux conjoints hétérosexuels, mariés ou en union de fait, est encore perçue en général comme un concept nouveau, je ne suis pas prêt à dire que, par son inaction jusqu'ici, le gouvernement s'est privé du droit d'invoquer l'article premier de la *Charte*.

In the result, I would dismiss the appeal. I would answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Does the definition of "spouse" in s. 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, infringe or deny s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

Question 2: If the answer to question 1 is yes, is the infringement or denial demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

The following are the reasons delivered by

CORY AND IACOBUCCI JJ. (dissenting) — The issue raised by this appeal is whether the definition of "spouse" in s. 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, violates s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In these joint reasons Cory J. has dealt with the issues pertaining to the breach of s. 15(1) of the *Charter* while Iacobucci J. has considered the applicability of s. 1 of the *Charter* and the appropriate remedy.

CORY J.

The appellants James Egan and John Norris Nesbit are a homosexual couple. They have lived together since 1948 in what is obviously an intimate, caring, mutually supportive relationship. They have shared and continue to share bank accounts, credit cards and property ownership. By their wills they have appointed each other their respective executors and beneficiaries. To their families and friends they refer to themselves as partners.

On October 1, 1986, some 38 years after the relationship began, Egan, having reached age 65, became eligible to receive old age security and a guaranteed income supplement, pursuant to the provisions of the *Old Age Security Act*, R.S.C.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de donner les réponses suivantes aux questions constitutionnelles:

Question 1: La définition de «conjoint», à l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, porte-t-elle atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

Question 2: Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI (dissidents) — Il s'agit en l'espèce de déterminer si la définition de «conjoint» à l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, viole le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans ces motifs conjoints, le juge Cory traite des questions portant sur la violation du par. 15(1) de la *Charte*, alors que le juge Iacobucci se penche sur l'applicabilité de l'article premier de la *Charte* et sur la réparation qu'il convient d'accorder.

LE JUGE CORY

Les appelants James Egan et John Norris Nesbit forment un couple homosexuel. Ils vivent ensemble depuis 1948 une union de toute évidence intime, marquée par le soutien et l'affection mutuels. Ils partagent comptes bancaires, cartes de crédit et autres biens. Dans leurs testaments, chacun a désigné l'autre comme son exécuteur testamentaire et son bénéficiaire et, à leurs familles et amis, ils se présentent comme des partenaires.

Le 1^{er} octobre 1986, quelque 38 ans après le début de l'union, Egan a atteint 65 ans. Il avait donc droit à la pension de sécurité de la vieillesse et au supplément de revenu garanti, en application de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.R.C.

112

1995 CanLII 98 (SCC)

113

114

115

1970, c. O-6 (later R.S.C., 1985, c. O-9). The same Act provides for a spousal allowance to be paid to the spouse of a pensioner when that spouse is between 60 and 65 years of age and the couple's combined income falls below a fixed level. Upon reaching age 60, Nesbit applied for a spousal allowance describing Egan as his spouse. The application was rejected by the Department of National Health and Welfare solely on the basis that the relationship between Nesbit and Egan was of a homosexual nature and thus did not meet the definition of spouse set out in s. 2 of the Act.

1970, ch. O-6 (devenu L.R.C. (1985), ch. O-9). Celle-ci prévoit le versement d'une allocation au conjoint du pensionné si le conjoint a entre 60 et 65 ans et que le revenu total du couple n'atteint pas un seuil prescrit. À 60 ans, Nesbit a donc fait une demande d'allocation de conjoint, indiquant qu'Egan était son conjoint. Le ministère de la Santé nationale et du Bien-Être social a rejeté sa demande pour le seul motif que l'union entre Nesbit et Egan était de nature homosexuelle et, partant, ne répondait pas à la définition de conjoint énoncée à l'art. 2 de la Loi.

116 The appellants brought an action in the Federal Court seeking a declaration that the definition of "spouse" in s. 2 of the *Old Age Security Act* contravenes s. 15(1) of the *Charter* on the grounds that it discriminates on the basis of sexual orientation. They also sought a declaration that the definition of "spouse" should be extended to include "partners in same sex relationships otherwise akin to conjugal relationships". On December 2, 1991, the Trial Division dismissed the appellants' claim: [1992] 1 F.C. 687, 87 D.L.R. (4th) 320, 38 R.F.L. (3d) 294, 47 F.T.R. 305. On April 29, 1993, a majority of the Federal Court of Appeal dismissed the appeal: [1993] 3 F.C. 401, 103 D.L.R. (4th) 336, 15 C.R.R. (2d) 310, 153 N.R. 161. Linden J.A., dissenting, found that s. 2 of the Act did infringe s. 15(1) of the *Charter* and was not justified under s. 1.

Les appelants ont intenté une action en Cour fédérale en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la définition de «conjoint» à l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* contrevient au par. 15(1) de la *Charte* pour le motif qu'elle établit une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ils ont également demandé un jugement déclarant que la définition de «conjoint» doit être élargie pour inclure les [TRADUCTION] «partenaires engagés dans une union de personnes de même sexe mais ayant à tous autres égards les mêmes caractéristiques qu'une union conjugale». Le 2 décembre 1991, la Section de première instance a débouté les appelants: [1992] 1 C.F. 687, 87 D.L.R. (4th) 320, 38 R.F.L. (3d) 294, 47 F.T.R. 305. Le 29 avril 1993, la Cour d'appel fédérale à la majorité a rejeté l'appel: [1993] 3 C.F. 401, 103 D.L.R. (4th) 336, 15 C.R.R. (2d) 310, 153 N.R. 161. Le juge Linden, dissident, a conclu que l'art. 2 de la Loi viole effectivement le par. 15(1) de la *Charte* et n'est pas justifié au regard de l'article premier.

Relevant Statutory and Constitutional Provisions

Old Age Security Act, R.S.C. 1985, c. O-9

2. In this Act,

"spouse", in relation to any person, includes a person of the opposite sex who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if

Dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«allocation» L'allocation payable au titre du conjoint

the two persons have publicly represented themselves as husband and wife;

...

“spouse’s allowance” means the spouse’s allowance authorized to be paid under Part III;

19. (1) Subject to this Act and the regulations, for each month in any fiscal year, a spouse’s allowance may be paid to the spouse of a pensioner if the spouse

(a) is not separated from the pensioner;

(b) has attained sixty years of age but has not attained sixty-five years of age; and

(c) has resided in Canada after attaining eighteen years of age and prior to the day on which the spouse’s application is approved for an aggregate period of at least ten years and, where that aggregate period is less than twenty years, was resident in Canada on the day preceding the day on which the spouse’s application is approved.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Constitution Act, 1982

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

sous le régime de la partie III.

...

«conjoint» Est assimilée au conjoint la personne de sexe opposé qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme.

19. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et de ses règlements, il peut être versé une allocation mensuelle au conjoint qui réunit les conditions suivantes:

a) il n’est pas séparé du pensionné;

b) il a au moins soixante ans mais n’a pas encore soixante-cinq ans;

c) il a, après l’âge de dix-huit ans, résidé en tout au Canada pendant au moins dix ans et, dans le cas où la période de résidence est inférieure à vingt ans, résidait au Canada le jour précédant celui de l’agrément de sa demande.

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Loi constitutionnelle de 1982

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Judgments Below

(a) *Federal Court, Trial Division*, [1992] 1 F.C. 687

117 The trial court judge determined that the spousal allowance had been directed "to alleviating the financial plight of elderly married couples, primarily women who were younger than their spouses and who generally did not enter the work force" (p. 693). He found as a fact (at p. 695) that:

... had Nesbit been a woman cohabiting with Egan substantially on the same terms as he in fact cohabited with Egan he would have been eligible for the spouse's allowance.

118 The trial court judge decided that the definition of "spouse" created a distinction between heterosexual couples and homosexual couples. However, he was of the view that "that distinction is not made upon the basis of the sexual orientation of the [appellants] and thus does not discriminate against them on that basis". Rather, he held that the distinction was between "spouses" and "non-spouses". He concluded (at pp. 703-4) that:

The [appellants] do not fall within the meaning of the word "spouse" any more than heterosexual couples who live together and do not publicly represent themselves as man and wife such as a brother and sister, brother and brother, sister and sister, two relatives, two friends, or parent and child. The single sex couple fall into the same category as those, i.e. the non spousal couple category.

Therefore, the trial judge concluded that the *Old Age Security Act* did not infringe the appellants' s. 15(1) rights on the basis of either their sex or their sexual orientation.

(b) *Federal Court of Appeal*, [1993] 3 F.C. 401

(i) Robertson and Mahoney JJ.A. for the majority

119 Robertson J.A. stated that the issue on appeal was whether the exclusion of homosexual couples from the definition of "spouse" contained in the *Old Age Security Act* was discriminatory within

Décisions des juridictions inférieures

a) *La Cour fédérale, Section de première instance*, [1992] 1 C.F. 687

Le juge de première instance a indiqué que l'allocation de conjoint visait à «pallier les difficultés financières des couples mariés âgés, en particulier des femmes qui étaient plus jeunes que leurs conjoints et qui généralement n'avaient pas un travail rémunérateur à l'extérieur» (p. 693). Il a tiré la conclusion de fait suivante (à la p. 695):

... Nesbit eût-il été une femme cohabitant avec Egan dans les mêmes conditions, il aurait eu droit à l'allocation de conjoint.

Il a conclu que la définition de «conjoint» créait une distinction entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels. Il s'est toutefois dit d'avis que «cette distinction n'est pas fondée sur les tendances sexuelles des [appelants] et ne constitue donc pas à leur égard une mesure discriminatoire fondée sur ce motif». À son avis, au contraire, la distinction tenait entre les «conjoints» et les «non-conjoints» (aux pp. 703 et 704):

Les [appelants] ne se qualifient pas plus pour la définition du mot «conjoint» que n'importe quel couple d'hétérosexuels qui vivent ensemble mais qui ne se présentent pas en public comme mari et femme, tels un frère et sa sœur, deux frères, deux parents, deux amis, ou le père ou la mère et son enfant. Le couple de même sexe tombe dans la même catégorie, c'est-à-dire celle des non-conjoints.

Le juge de première instance a donc conclu que la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* ne contrevenait pas aux droits des appelants garantis par le par. 15(1) du fait de leur sexe ou de leur orientation sexuelle.

b) *La Cour d'appel fédérale*, [1993] 3 C.F. 401

(i) Les juges Robertson et Mahoney pour la majorité

Le juge Robertson a indiqué que la question en appel était de savoir si l'exclusion des couples homosexuels de la définition de «conjoint» énoncée dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* était

the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. Mahoney J.A. stated (at p. 410) that it was an “unassailable conclusion of fact based on the evidence” that had Nesbit been a woman cohabiting with Egan, he would have been entitled to the spousal allowance. Robertson J.A. further stated (at p. 461) that:

... I take it to be settled law that sexual orientation can be invoked as an analogous ground of discrimination under subsection 15(1). The respondent conceded this point and, in my opinion, rightly so.

The majority reasons held, however, that the impugned legislation did not draw a distinction on the basis of sexual orientation. Rather, they found that “the criterion of entitlement is expressed in terms of spousal status” (p. 478, *per* Robertson J.A.). They observed that the definition of “spouse” excluded a broad class of non-spouses. In order to show that there was discrimination on the basis of sexual orientation, the appellants would have to show that homosexual couples were adversely affected by the law as compared to other “non-spousal” couples. They concluded that because homosexual couples were not affected more adversely than other “non-spousal” couples, there was no discrimination under s. 15(1) of the *Charter*.

(ii) The dissenting reasons

Linden J.A. was of the view that the court had to subject the definition of “spouse” in the *Old Age Security Act* to a thorough s. 15(1) *Charter* analysis. He also found that, since the parties were seeking a remedy under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the analysis should focus on the group, namely homosexuals, rather than on the parties personally.

Linden J.A. concluded that the spousal allowance was a benefit of the law under s. 15(1) of the *Charter*. After reviewing the history of discrimination suffered by homosexuals, Linden J.A. concluded that sexual orientation should be recognized as an analogous ground.

discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Le juge Mahoney a souligné que la conclusion suivant laquelle, si Nesbit eût été une femme cohabitante avec Egan il aurait eu droit à l'allocation de conjoint, était une «conclusion inattaquable sur les faits, tirée à la lumière des preuves produites» (p. 410). Le juge Robertson a en outre conclu (à la p. 461):

... je pense qu'il est maintenant de droit constant que les tendances sexuelles peuvent être invoquées comme motif analogue de discrimination qu'interdit le paragraphe 15(1). L'intimée concède ce point, et à juste titre à mon avis.

Cependant, suivant les motifs de la majorité, la disposition législative attaquée n'établit aucune distinction fondée sur l'orientation sexuelle. On y conclut qu'au contraire, «l'admissibilité est subordonnée à la qualité de conjoint» (p. 478, le juge Robertson). En outre, ont-ils signalé, la définition de «conjoint» exclut un vaste éventail de non-conjoints. Pour établir une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, les appelants devaient donc prouver que, comparativement à d'autres couples de «non-conjoints», les couples homosexuels sont lésés par la disposition. Les juges ont finalement conclu que, puisque les couples homosexuels ne subissent pas davantage de préjudice que d'autres couples de «non-conjoints», il n'y a pas discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

(ii) Les motifs de dissidence

Le juge Linden s'est dit d'avis que la cour devait soumettre la définition de «conjoint» dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* à une analyse minutieuse à la lumière du par. 15(1) de la *Charte*. Il a également conclu que, puisque les parties demandaient une réparation sous le régime du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'analyse devait être axée sur le groupe, soit les homosexuels, plutôt que sur les parties à titre individuel.

Le juge Linden a déterminé que l'allocation de conjoint était un bénéfice de la loi au sens du par. 15(1). Après avoir passé en revue l'historique de la discrimination dont ont été victimes les homosexuels, il a conclu que l'orientation sexuelle devait être reconnue comme motif analogue.

123 Linden J.A. observed that the legislative distinction was explicitly drawn on the basis of whether partners in a relationship were of the same sex or of the opposite sex. Although "being in a same sex relationship is not necessarily the defining characteristic of being gay or lesbian", he found that the distinction was based on a characteristic or matter related to sexual orientation, "since it is lesbians and gay men who may enter into same sex relationships" (p. 432). He found that the exclusion of homosexuals from the spousal allowance constituted discrimination on the basis of sexual orientation.

124 With respect to s. 1 of the *Charter*, Linden J.A. applied the test in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and found that the objective of the spousal allowance program was pressing and substantial and that the means employed under the program were rationally connected to achieving the objective. However, as a result of the definition of "spouse", the program did not impair the right guaranteed in s. 15(1) as little as possible. Therefore, the violation could not be saved under s. 1.

125 By way of remedy, Linden J.A. would have read down the definition of spouse to exclude the words "of the opposite sex". In addition, after the words "if the two persons publicly represented themselves as husband and wife" in s. 2, he would have read in the words "or as in an analogous relationship". Further, he would have declared that homosexual couples could not be denied the spousal allowance so long as they met the usual eligibility requirements.

Issues

126 The constitutional questions which have been stated by this Court are:

1. Does the definition of "spouse" in s. 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, infringe or deny s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Il a fait remarquer que la distinction législative tenait explicitement dans le fait que les partenaires qui vivent une union sont soit de même sexe, soit de sexe opposé. Si «l'appartenance à une union homosexuelle n'est pas nécessairement la caractéristique déterminante du gai ou de la lesbienne», la distinction, a-t-il conclu, est fondée sur une caractéristique ou sur un aspect de l'orientation sexuelle «puisque ce sont les lesbiennes et les gais qui peuvent nouer des relations homosexuelles» (p. 432). Il a conclu que l'exclusion des homosexuels du programme d'allocation au conjoint constituait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Quant à l'article premier de la *Charte*, le juge Linden a appliqué le critère établi dans l'arrêt *R. v. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et conclu que l'objectif du programme d'allocation au conjoint se rapportait à des préoccupations urgentes et réelles et que les moyens utilisés dans le cadre du programme avaient un lien rationnel avec la réalisation de l'objectif poursuivi. Cependant, du fait de la définition de «conjoint», le programme ne portait pas le moins possible atteinte au droit garanti par le par. 15(1). Aussi, la violation ne pouvait-elle être justifiée aux termes de l'article premier.

Le juge Linden aurait opté pour une interprétation atténuée de la définition de «conjoint» en y supprimant les mots «de sexe opposé». Puis il aurait eu recours à l'interprétation large pour ajouter à l'art. 2 «ou comme étant dans une union analogue», après «pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme». Par ailleurs, il aurait interdit que l'on refuse aux couples homosexuels le bénéfice de l'allocation de conjoint s'ils réunissent les autres conditions d'admissibilité.

Questions en litige

La Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. La définition de «conjoint», à l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, porte-t-elle atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. If the answer to question 1 is yes, is the infringement or denial demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Analysis

Preliminary Issue

One submission must be dealt with at the outset. The respondent contends that by this action the appellants are requesting the Court "to change fundamentally the essential meaning of the societal concept of marriage". I cannot accept that submission. It appears to me to be inaccurate and misleading. This case cannot be taken as constituting a challenge to either the traditional common law or statutory concepts of marriage. Rather, the sole issue presented is whether the state can define a "common law spouse" in a manner which explicitly excludes homosexual couples. Eligibility for payment of the spousal allowance under the *Old Age Security Act* is not in any way contingent upon being married. Rather, the spousal allowance is specifically made available to common law couples. The only aspect of the Act which is being challenged is the definition of a common law spouse. Thus, any contention that this appeal will affect the societal concept of marriage can be set aside.

How Should Section 15(1) Be Applied?

Section 15(1) of the *Charter* is of fundamental importance to Canadian society. The praiseworthy object of the section is the prevention of discrimination and the promotion of a "society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component": *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171. It has been recognized that the purpose of s. 15(1) is "to advance the value that all persons be subject to the equal demands and burdens of the law and not suffer any greater disability in the substance and application of the law than others": *R. v. Turpin*,

Analyse

Question préliminaire

Il y a d'abord lieu d'examiner une première prétention. L'intimée soutient que, par leur recours, les appelants demandent à la Cour [TRADUCTION] «de modifier radicalement le sens fondamental de la notion de mariage dans la société». Je ne puis faire droit à cette prétention, qui me semble être inexacte et trompeuse. On ne peut dire de la présente affaire qu'elle est une attaque dirigée contre le concept du mariage dans la common law traditionnelle ou dans les lois. Au contraire, l'unique question est de savoir si l'État peut définir «conjoint de fait» d'une manière qui exclut explicitement les couples homosexuels. L'admissibilité à l'allocation de conjoint en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* n'est en rien subordonnée à la condition d'être marié. En fait, l'allocation de conjoint est expressément offerte aux conjoints de fait. Le seul aspect de la Loi qui fasse l'objet d'une attaque est la définition de conjoint de fait, si bien que peut être écartée toute prétention suivant laquelle le présent pourvoi transformera le concept de mariage dans la société.

Application du par. 15(1)

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* revêt une importance fondamentale pour la société canadienne. L'article a pour objet louable de prévenir la discrimination et de favoriser «l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important»: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 171. Il est reconnu que le par. 15(1) vise à «promouvoir la valeur selon laquelle toutes les personnes sont sujettes aux mêmes exigences et aux mêmes obligations de la loi et nul ne doit subir un désavantage plus grand

[1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1329. It is this section of the *Charter*, more than any other, which recognizes and cherishes the innate human dignity of every individual. It is this section which recognizes that no legislation should treat individuals unfairly simply on the basis of personal characteristics which bear no relationship to their merit, capacity or need.

que les autres en raison du fond ou de l'application de la loi»: *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1329. C'est cette disposition de la *Charte*, plus que toute autre, qui reconnaît et défend la dignité humaine innée de chacun. C'est également elle qui reconnaît qu'aucune loi ne doit traiter les particuliers injustement en raison de simples caractéristiques personnelles non pertinentes qui n'ont aucun rapport avec leurs mérites, leurs capacités ou leurs besoins.

129 With this background in mind, it is appropriate to consider the principles which should guide a court in an interpretation of s. 15(1) and then to apply those principles to the situation presented in this case.

Dans ce contexte, il convient de considérer les principes qui doivent éclairer un tribunal dans l'interprétation du par. 15(1), puis de les appliquer à la situation présente.

130 In *Andrews*, *supra*, and *Turpin*, *supra*, a two-step analysis was formulated to determine whether a s. 15(1) right to equality had been violated. The first step is to determine whether, due to a distinction created by the questioned law, a claimant's right to equality before the law, equality under the law, equal protection of the law or equal benefit of the law has been denied. During this first step, the inquiry should focus upon whether the challenged law has drawn a distinction between the claimant and others, based on personal characteristics.

Dans les arrêts *Andrews* et *Turpin*, précités, on a formulé une analyse en deux étapes permettant d'établir si le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) avait été violé. La première consiste à déterminer si, en raison de la distinction créée par la disposition contestée, il y a eu violation du droit d'un plaignant à l'égalité devant la loi, à l'égalité dans la loi, à la même protection de la loi et au même bénéfice de la loi. À cette étape de l'analyse, il s'agit principalement de vérifier si la disposition contestée engendre, entre le plaignant et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles.

131 Not every distinction created by legislation gives rise to discrimination. Therefore, the second step must be to determine whether the distinction created by the law results in discrimination. In order to make this determination, it is necessary to consider first, whether the equality right was denied on the basis of a personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or which is analogous to those enumerated, and second, whether that distinction has the effect on the claimant of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to benefits or advantages which are available to others.

Les distinctions créées par les lois n'emportent pas toutes discrimination. C'est pourquoi il faut, à la seconde étape, déterminer si la distinction ainsi créée donne lieu à une discrimination. À cette fin, il faut se demander, d'une part, si le droit à l'égalité a été enfreint sur le fondement d'une caractéristique personnelle qui est soit énumérée au par. 15(1), soit analogue à celles qui y sont énumérées et, d'autre part, si la distinction a pour effet d'imposer au plaignant des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres.

132 In *Andrews*, *supra*, it was recognized that any search for either equality or discrimination

Dans l'arrêt *Andrews*, précité, on a reconnu que, pour juger s'il y a égalité ou discrimination, il faut

requires comparisons to be made between groups of people. At page 164, McIntyre J. stated:

It [equality] is a comparative concept, the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises.

It is true that, in that same case, the so-called "similarly situated test" was rejected on the grounds that its reasoning was unduly formalistic and circular: it uncritically accepted the distinction drawn by the questioned statute and then proceeded to rely upon that same categorization in order to justify the distinction drawn. Nonetheless, any discussion of equality or discrimination requires an element of comparison. The fact that a comparison must be made does not mean that courts will be returning to the similarly situated test, as suggested by the respondent. Rather, making the comparison recognizes that discrimination cannot be identified in a vacuum. For example, in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 754, the following appears in the reasons of Iacobucci J.:

... it is important to realize that, in order to determine whether particular facts demonstrate equality or inequality, one must necessarily undertake a form of comparative analysis.

In *Andrews*, *supra*, the basic definition of discrimination was set out in these words (at pp. 174-75):

... discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

établir des comparaisons entre différents groupes de personnes. Voici ce que dit le juge McIntyre à la p. 164:

[L'égalité] est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée.

Il est vrai que, dans ce même arrêt, ce qu'on appelle le «critère de la situation analogue» a été écarté pour le motif que son raisonnement était indûment formaliste et circulaire: il admettait sans discernement la distinction établie par la loi en cause et se fondait ensuite sur cette même catégorisation pour justifier la distinction établie. Quoi qu'il en soit, toute analyse portant sur l'égalité ou la discrimination suppose un élément de comparaison. Cela ne signifie toutefois pas que les tribunaux reviendront au critère de la situation analogue, comme le prétend l'intimée. Au contraire, effectuer une analyse comparative, c'est reconnaître qu'une discrimination ne peut être établie dans l'abstrait. Par exemple, dans l'arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 754, le juge Iacobucci s'est exprimé ainsi:

... il est important de comprendre que, pour déterminer si des faits donnés établissent l'égalité ou l'inégalité, on doit nécessairement procéder à une forme d'analyse comparative.

Dans *Andrews*, précité, la définition fondamentale de la discrimination a été énoncée ainsi, aux pp. 174 et 175:

... la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

135 In *Turpin, supra*, it was noted that whether or not discrimination exists must be assessed in a larger social, political and legal context. At pages 1331-32, Wilson J. wrote:

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context. . . . A finding that there is discrimination will, I think, in most but perhaps not all cases, necessarily entail a search for disadvantage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged.

136 Finally, in *Turpin* it was emphasized that the resolution of the question as to whether there is discrimination under s. 15(1) must be kept distinct from the determination as to whether or not there is justification for that discrimination under s. 1 of the *Charter*. At page 1325, Wilson J. stated:

In defining the scope of the four basic equality rights it is important to ensure that each right be given its full independent content divorced from any justificatory factors applicable under s. 1 of the *Charter*.

This analytical separation between s. 15(1) and s. 1 is important since the *Charter* claimant must satisfy the onus of showing only that there exists in the legislation a distinction which is discriminatory. Only after the court finds a breach of s. 15(1) does the government bear the onus of justifying that discrimination.

Adverse Effect Discrimination or Direct Discrimination

137 The respondent contends that the majority of the Court of Appeal was correct when it found that this was a case of adverse effect discrimination. I cannot agree with that argument.

138 Direct discrimination involves a law, rule or practice which on its face discriminates on a prohibited ground. Adverse effect discrimination occurs when a law, rule or practice is facially neu-

Dans l'arrêt *Turpin*, précité, on a signalé que l'existence de la discrimination doit être appréciée à la lumière de l'ensemble des contextes social, politique et juridique. Le juge Wilson a écrit aux pp. 1331 et 1332:

Pour déterminer s'il y a une discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique. [. . .] À mon avis, la constatation d'une discrimination nécessitera le plus souvent, mais peut-être pas toujours, de rechercher le désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée.

Enfin, dans l'arrêt *Turpin*, on a souligné la nécessité de distinguer entre la question de savoir s'il y a une discrimination au sens du par. 15(1) et celle de savoir si cette discrimination est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Comme l'a dit le juge Wilson à la p. 1325:

Pour déterminer l'étendue des quatre principaux droits à l'égalité, il importe de s'assurer que chacun de ces droits se voie attribuer son plein sens indépendamment de tout facteur justificatif applicable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Cette distinction analytique entre le par. 15(1) et l'article premier est importante puisque le plaignant qui invoque la *Charte* a pour seul fardeau de prouver que la loi établit une distinction discriminatoire. Ce n'est que si la cour conclut qu'il y a violation du par. 15(1) que le gouvernement doit justifier cette discrimination.

Discrimination par suite d'un effet préjudiciable ou discrimination directe

L'intimée fait valoir que la Cour d'appel à la majorité a conclu à juste titre qu'il s'agit en l'espèce d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Je ne suis pas d'accord.

La discrimination directe met en cause une loi, une règle ou une pratique qui, à première vue, établit une discrimination fondée sur un motif illicite. La discrimination par suite d'un effet préjudiciable

tral but has a disproportionate impact on a group because of a particular characteristic of that group. The distinction between direct discrimination and adverse effect discrimination was set out in *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 551, in these words:

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." . . . It [adverse effect discrimination] arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force.

Although that case dealt with the *Ontario Human Rights Code*, the same definition has been adopted in s. 15(1) cases: see *Andrews*, *supra*, at p. 165.

The law challenged in this case is, quite simply, not facially neutral. Section 2 of the Act defines "spouse" as being "a person of the opposite sex". It thereby draws a clear distinction between opposite-sex couples and same-sex couples. Thus, this case presents a situation of direct discrimination.

The Application of Section 15(1) to the Situation Presented in this Case

1. Denial of Equal Benefit of the Law

The appellants submit that they have been denied the right to equal benefit of the law. The issue at this threshold stage of the s. 15(1) inquiry,

existe lorsque la loi, la règle ou la pratique, apparemment neutre, produit toutefois un résultat disproportionné à l'endroit d'un groupe en raison d'une caractéristique qui lui est propre. La distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable a été exposée dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 551, dans les termes suivants:

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir». [. . .] Ce genre de discrimination [par suite d'un effet préjudiciable] se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés.

Bien que cette affaire ait porté sur le *Code ontarien des droits de la personne*, la même définition a été adoptée dans les affaires mettant en cause le par. 15(1): voir *Andrews*, précité, à la p. 165.

La disposition contestée en l'espèce n'est tout simplement pas neutre à première vue. L'article 2 de la Loi définit «conjoint» comme étant une «personne de sexe opposé». Elle établit de ce fait une nette distinction entre les couples de sexe opposé et les couples de même sexe. Il s'agit donc en l'espèce d'une discrimination directe.

L'application du par. 15(1) à la présente situation

1. Négation du même bénéfice de la loi

Les appelants soutiennent qu'on leur a refusé le même bénéfice de la loi. La question, à cette étape préliminaire de l'analyse fondée sur le par. 15(1),

then, is whether the definition of "spouse" draws a distinction which confers a benefit on some while denying that same benefit to others. It is important to remember that this stage of the inquiry is not concerned with whether or not that basis of distinction was either an enumerated or analogous ground or whether there has been discrimination. Nor is the inquiry at this stage concerned with any possible justification for the distinction.

(a) *Whom Does the Act Seek to Benefit?*

141 Looking at the plain wording of the Act, as opposed to any proposed objective of the legislation, it is clear that, in circumstances where the combined income of the pensioner and the opposite-sex spouse falls below a certain level, the Act confers a spousal benefit upon the opposite-sex spouse who is between the ages of 60 and 64. It is not necessary that the spouses be married. The only two requirements for eligibility are that the spouses have lived together for one year and that their combined income falls below the fixed level.

142 The respondent seems to contend that the Act was not one of general application. It is argued that the appellants were not denied equal benefit of the law because the legislation was only intended to confer a benefit upon either heterosexual couples who have raised children or upon dependent female spouses. These submissions cannot be accepted.

143 The Act makes no reference to children. Further, the minimal requirements pertaining to common law couples make it apparent that it would apply to heterosexual couples who have never had children or those who have had children in relationships other than their present one. It is clear, then, that the Act is not concerned with benefiting those who have raised and nurtured children.

144 Similarly, it cannot be said that the Act was designed to benefit only women. A concern about dependent female spouses may have motivated the creation of the spousal allowance. However, from its inception, the spousal allowance has been available equally to male and female spouses. Moreover, the contention that the allowance is for women

est donc de savoir si la définition de «conjoint» établit une distinction qui confère un bénéfice à certains tout en le niant à d'autres. Il importe de ne pas perdre de vue que cette étape-ci de l'analyse ne vise pas à déterminer si la distinction est fondée sur un motif énuméré ou analogue ou s'il y a eu discrimination, ni ne se rapporte-t-elle à une justification possible de la distinction.

a) *À qui la Loi devrait-elle profiter?*

Si l'on examine le libellé même de la Loi, par opposition à tout objectif proposé, il est évident que, lorsque le pensionné et son conjoint de sexe opposé ont un revenu total inférieur à un montant déterminé, la Loi confère un avantage au conjoint de sexe opposé âgé entre 60 et 64 ans. Il n'est pas nécessaire que les conjoints soient mariés. Pour être admissibles, ils doivent avoir vécu ensemble depuis au moins un an et leur revenu total doit être inférieur à la somme prescrite.

L'intimée semble prétendre que la Loi n'est pas d'application générale. Elle fait valoir que les appelants n'ont pas été privés du même bénéfice de la loi puisque celle-ci ne vise qu'à profiter aux couples hétérosexuels qui ont élevé des enfants ou aux femmes qui sont à la charge de leur conjoint. Ces prétentions ne sauraient être admises.

La Loi ne mentionne pas les enfants. En outre, les exigences minimales relatives aux conjoints de fait montrent qu'elle s'appliquerait aux couples hétérosexuels qui n'ont jamais eu d'enfants ou à ceux dont les enfants sont nés d'unions antérieures. Il est donc évident que la Loi ne cherche pas à profiter à ceux qui ont élevé et éduqué des enfants.

De même, on ne saurait dire que la Loi a été conçue pour ne bénéficier qu'aux femmes. Il se peut que le désir de venir en aide aux femmes à charge ait motivé la création de l'allocation de conjoint. Toutefois, depuis son avènement, l'allocation de conjoint est offerte également aux conjoints et aux conjointes. En outre, la prétention

only does not accord with current demographics. In today's society, the situation in which both spouses are working can no longer be looked upon as rare. Rather, a study by the Vanier Institute of the Family reveals that this tends to be the rule and not the exception: *Profiling Canada's Families* (1994).

The Institute records that in 1975, 42 percent of married women and 59 percent of single women worked in the paid labour force. In 1992, 61 percent of married women and 65 percent of single women worked in the paid labour force. Today, most women work in the paid labour force before, during and after marriage: *Profiling Canada's Families*, at p. 67.

In 1970, in 30 percent of married couples with children under the age of 19, both spouses worked in the paid labour force. In 1990, in 70 percent of such married couples both spouses worked in the paid labour force. In 1990, both parents were full-time employees in 51 percent of such families. Overall, only 15 percent of families followed the "conventional" heterosexual pattern of financial interdependence with a full-time male breadwinner and an unpaid female spouse working in the home: *Profiling Canada's Families*, at pp. 71 and 74.

In bar admission courses and chartered accounting courses, women have made up almost half the graduates in recent years. The figures for medical graduates are not far different. All this indicates that the earnings of women in those professions, as in all fields, may soon equal those of men. Professional women may not be members of the segment of society that would ordinarily benefit from the Act. Yet, the advance of women in these areas serves to indicate that it can no longer be automatically assumed that the male spouse will always earn more than the female, or that the female spouse will always be in greater need of a spousal allowance than the male. This very situation seems to have been foreseen by the legislation which does not distinguish between the entitlement of

portant que l'allocation est destinée aux femmes seulement fait fi des statistiques démographiques actuelles. Dans la société moderne, les cas où les deux conjoints travaillent ne sont plus considérés comme exceptionnels. Au contraire, ainsi que le révèle une étude menée par l'Institut Vanier de la famille, c'est maintenant la règle, et non l'exception: *Profil des familles canadiennes* (1994).

L'Institut rapporte qu'en 1975, 42 p. 100 des femmes mariées et 59 p. 100 des femmes célibataires faisaient partie de la main-d'œuvre. En 1992, 61 p. 100 des femmes mariées et 65 p. 100 des femmes célibataires étaient sur le marché du travail. Aujourd'hui, la plupart des femmes travaillent avant, pendant et après leur mariage: *Profil des familles canadiennes*, à la p. 67.

En 1970, 30 p. 100 des couples mariés ayant des enfants de moins de 19 ans comptaient sur deux salaires alors qu'en 1990, les deux conjoints travaillaient dans 70 p. 100 des cas. En 1990, les deux parents travaillaient à temps plein dans 51 p. 100 de ces familles. Dans l'ensemble, seulement 15 p. 100 des familles adhéraient au modèle hétérosexuel «conventionnel» de l'interdépendance financière, au sein duquel l'homme occupe un emploi rémunérateur à temps plein et la femme travaille sans rémunération à la maison: *Profil des familles canadiennes*, aux pp. 71 et 74.

Ces dernières années, les femmes ont compté pour près de la moitié des diplômés aux cours d'admission au Barreau et aux cours menant au titre de comptable agréé. Les données sont à peu près identiques pour les diplômés de médecine. Ces chiffres laissent voir que le revenu des femmes dans ces professions, comme dans tous les domaines, seront bientôt peut-être égaux à ceux des hommes. Les femmes professionnelles ne font probablement pas partie de la couche de la société qui bénéficierait normalement de la Loi. Toutefois, les progrès effectués par les femmes dans ces domaines permettent de constater qu'on ne peut plus d'emblée tenir pour acquis que les conjoints mâles tireront toujours un revenu supérieur à celui des femmes ou que les femmes auront toujours davantage besoin de l'allocation de conjoint que

male and female spouses. Rather, either spouse may receive the spousal allowance.

les hommes. Cette situation semble avoir été prévue par la loi, qui n'établit aucune distinction entre l'admissibilité des hommes et celle des femmes. L'un ou l'autre conjoint a le droit de recevoir l'allocation de conjoint.

148 Thus, it can be seen that the Act is designed to benefit either the male or female member of a heterosexual common law couple who have lived together for a period of one year and have a net income which is below the fixed level. Payment of the spousal allowance has nothing to do with the recognition of the contribution made by the couple in raising children nor has it anything to do with the gender of the spouse.

On peut donc constater que la Loi est conçue pour bénéficier au conjoint ou à la conjointe de fait hétérosexuel qui a vécu avec son conjoint pendant au moins un an et qui, avec son conjoint, a un revenu net inférieur au montant prescrit. Le paiement de l'allocation de conjoint n'a rien à voir avec la reconnaissance de la contribution apportée par le couple à l'éducation des enfants ni avec le sexe du conjoint.

149 Does the Act, by its provisions, make a distinction between different groups of people? The answer to that question must be derived from and based upon a review of the challenged legislation. In this case, the challenged Act specifically defines a common law spouse as a "person of the opposite sex" and requires the couple to publicly represent themselves as husband and wife. Linden J.A. observed in his reasons that the very expression "husband and wife" is based upon notions of gender and that the words may not be separable from their heterosexual origins. It is clear, then, that as a result of this definition of "spouse", homosexual common law couples are denied the benefit of the spousal allowance which is available to heterosexual common law couples. It must now be considered whether this distinction amounts to a denial of equal benefit of the law.

La Loi, par ses dispositions, crée-t-elle une distinction entre différents groupes de personnes? Une analyse de la disposition contestée permettra de répondre à cette question. En l'espèce, la Loi définit expressément le conjoint de fait comme une «personne de sexe opposé» et exige que les deux conjoints se soient publiquement présentés comme mari et femme. Le juge Linden a fait remarquer dans ses motifs que l'expression «mari et femme» est fondée sur des notions de sexe et que les mots ne peuvent être dissociés de leurs origines hétérosexuelles. Il est donc évident qu'en raison de cette définition de «conjoint», les couples homosexuels qui vivent en union de fait sont privés du bénéfice de l'allocation de conjoint à laquelle sont admissibles les couples hétérosexuels qui vivent en union de fait. Il s'agit maintenant de déterminer si cette distinction équivaut à une négation du droit au même bénéfice de la loi.

(b) *Does the Distinction Constitute a Denial of Equal Benefit of the Law?*

b) *Y a-t-il négation du droit au même bénéfice de la loi?*

150 In order to reach a decision in this case, it is not necessary to define precisely what constitutes equal benefit of the law. In *Turpin, supra*, the caution was expressed (at p. 1326) that:

Pour résoudre la question, il n'est pas nécessaire de définir exactement ce en quoi consiste le même bénéfice de la loi. Dans l'arrêt *Turpin*, précité, on a fait la mise en garde suivante, à la p. 1326:

... it would be unwise, if not foolhardy, to attempt to provide exhaustive definitions of phrases which by their nature are not susceptible of easy definition and which are intended to provide a framework for the "unremitting protection" of equality rights in the years to come.

... nous serions mal avisés et peut-être même téméraires d'essayer de définir de manière exhaustive des expressions qui, de par leur nature même, se prêtent difficilement à une définition et qui visent à fournir un cadre à la «protection constante» des droits à l'égalité pour les années à venir.

Yet, it seems clear that the denial of the spousal allowance to homosexual couples constitutes a clear denial of equal benefit of the law. The spousal allowance confers an economic benefit which, as a result of the statute's definition of spouse, is denied to homosexual common law couples. Thus, they have been denied equal benefit of the law.

The respondent argues that the appellants were not denied a benefit and put forward two grounds in support of that position. First, it is alleged that Nesbit had access to a government subsidy provided by a provincial statute, the *Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, c. 158, as amended ("GAIN"). Second, it was contended that Egan and Nesbit could receive more government income support payments by claiming separately as individuals under the *Old Age Security Act* and GAIN than they could receive as a couple receiving a pension and a spousal allowance under the *Old Age Security Act*. There are three reasons for rejecting these submissions of the respondent.

First, the relief sought in this action is a finding pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* that a portion of the Act is unconstitutional. Section 52(1) operates to invalidate all or a part of any Act when it is found to be inconsistent with the Constitution. The appellants are not alleging that the discrimination is unique or particular to their personal situation but, rather, that the Act discriminates against all homosexual common law couples who are living in a state which is comparable to heterosexual common law couples. It follows that the appellants must demonstrate that homosexual couples in general are denied equal benefit of the law, not that they themselves are suffering a particular or unique denial of a benefit. The precise mathematical calculation of benefits which could be paid to couples either as individuals or as a couple is of little assistance as it will inevitably vary from case to case depending upon the particular economic circumstances of each couple and each member of that couple. Rather, a reading of the legislation reveals that it denies the spousal

Cependant, il semble évident que le refus de l'allocation de conjoint aux couples homosexuels constitue une négation claire de leur droit au même bénéfice de la loi. L'allocation de conjoint confère un avantage économique qui, en raison de la définition de conjoint donnée dans la loi, est refusé aux couples homosexuels qui vivent en union de fait. On leur a donc nié le même bénéfice de la loi.

À l'appui de sa position que les appelants n'ont pas été privés du même bénéfice de la loi, l'intimée invoque deux moyens. D'une part, Nesbit avait accès à une subvention de l'État prévue par une loi provinciale, la *Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 158, modifiée («GAIN»). D'autre part, s'ils en faisaient la demande séparément et à titre individuel sous le régime de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* et de la GAIN, Egan et Nesbit pourraient recevoir des gouvernements des paiements de soutien au revenu supérieurs aux sommes auxquelles ils auraient droit en tant que couple recevant une pension et une allocation de conjoint en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Je rejette ces prétentions de l'intimée pour trois raisons.

Premièrement, les appelants demandent en l'espèce une déclaration, fondée sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, suivant laquelle une partie de la Loi est inconstitutionnelle. Le paragraphe 52(1) a pour effet de rendre inopérante la totalité ou une partie de toute loi jugée incompatible avec la Constitution. Les appelants n'allèguent pas que la discrimination est unique ou propre à leur situation personnelle, mais que la Loi établit une discrimination à l'égard de tous les couples homosexuels qui vivent en union de fait d'une manière semblable aux couples hétérosexuels. D'où l'obligation pour les appelants de démontrer que les couples homosexuels, en général, sont privés du même bénéfice de la loi, et non qu'ils sont eux-mêmes privés d'un bénéfice à titre particulier. Le calcul mathématique précis des avantages qui pourraient être accordés aux couples en tant qu'individus ou en tant que couple n'est guère utile puisqu'il est appelé à varier d'un cas à l'autre selon la situation économique particulière de chaque couple et de chaque membre de ce couple.

151

1995 CanLII 98 (SCC)

153

allowance to all homosexual common law couples and thus, it is established that the Act has denied equal benefit of the law.

154 Second, in seeking the answer as to whether or not there has been a denial of equal benefit of the law, it is of course appropriate to have regard to the entire statute which has been called into question. Obviously a benefit which is denied in one portion of an Act may be replaced by compensation provided for in another portion of the same Act. It may, as well, be appropriate and indeed necessary to look at other legislation from the same jurisdiction to determine the issue. Clearly a benefit denied in one federal statute may be replaced by compensation or a benefit provided in another federal statute.

155 However, it is inappropriate to look to provincial legislation to correct or rectify the denial of a benefit set out in a federal Act. Provincial legislatures have exclusive control over matters within their jurisdiction. It follows that the benefits which are enacted by those legislatures may well vary from province to province. Thus, it would only be appropriate to have regard to provincial legislation if the federal Act in question explicitly stated that the provincial law was incorporated into its provisions or that the benefits conferred under the federal and provincial statutes were to be coordinated.

156 Most importantly, the question as to how federal and provincial statutes interact should not be considered in a s. 15(1) analysis. It is a question which goes to the possible justification for an act which can only be addressed under s. 1 of the *Charter*: see *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 42; and *Symes v. Canada*, *supra*, at pp. 773-74. Postponing this inquiry to s. 1 is appropriate because, if a claimant has established that the challenged legislation has denied an equal benefit of the law, then the government would, under s. 1 of the *Charter*, bear the onus of demonstrating that the denial was offset and justified by benefits provided under other provincial legislation.

Une lecture de la loi révèle plutôt qu'elle refuse l'allocation de conjoint à tous les conjoints de fait homosexuels. Il est donc établi que la Loi porte atteinte à leur droit au même bénéfice de la loi.

Deuxièmement, pour tenter de déterminer s'il y a eu négation du même bénéfice de la loi, il va sans dire qu'il y a lieu de considérer dans son ensemble la loi mise en cause. Bien entendu, il peut être suppléé à un avantage refusé dans une partie de la Loi par une compensation prévue dans une autre partie de la même loi. Il peut aussi être approprié, voire nécessaire, de prendre en compte d'autres lois du même palier de gouvernement pour trancher la question. Il est évident qu'un avantage nié dans une loi fédérale peut être compensé par un avantage accordé par une autre loi fédérale.

Par contre, il ne convient pas d'examiner les lois provinciales pour corriger ou pallier l'avantage refusé dans une loi fédérale. Les législatures provinciales ont le contrôle exclusif des affaires qui relèvent de leur compétence. D'où la forte possibilité que les avantages accordés par ces législatures varient d'une province à l'autre. Il ne serait donc approprié de considérer la loi provinciale que si la loi fédérale concernée précisait clairement que la loi provinciale fait partie intégrante de ses dispositions ou que les avantages conférés dans les lois fédérale et provinciale doivent être coordonnés.

Qui plus est, on ne devrait pas s'intéresser à la question de l'interaction des lois fédérales et provinciales dans le cadre d'une analyse fondée sur le par. 15(1). Cette question concerne la justification possible d'une loi, et ne peut être examinée que sous l'angle de l'article premier de la *Charte*: voir *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la p. 42; et *Symes c. Canada*, précité, aux pp. 773 et 774. Il est donc judicieux de retarder cet examen jusqu'à l'analyse fondée sur l'article premier puisque, si un plaignant établit que la loi contestée a porté atteinte à son droit au même bénéfice de la loi, alors le gouvernement doit, en application de l'article premier de la *Charte*, démontrer que cette atteinte a été compensée et justifiée par des avantages conférés par une autre loi provinciale.

In any event, it would appear that the figures upon which the respondent bases its contention that the appellants are better off when treated individually are highly speculative and may well be incorrect. Certainly, if the calculations were made now on the basis of the present provincial policy, which considers the combined income of homosexual spouses when assessing the quantum of benefits due, the appellants would receive less than they would if they had received a spousal allowance.

Third, the concept of equal benefit of the law should not be restricted to a simple calculation of economic profit or loss. The equality right set out in s. 15(1) is not phrased as guaranteeing an equal right to a benefit but, rather, it is expressed as guaranteeing equal benefit of the law. The manner of expression is significant and furthers the aim of this section to foster respect for the innate dignity of every individual.

A law may well confer a benefit by providing individuals with the opportunity to make a significant choice. In *Turpin, supra*, this very issue was considered. The *Criminal Code* provided that in certain situations an accused could choose to be tried by a judge and jury or before a judge alone. The sections of the *Code* providing this choice had not been proclaimed in Alberta and this failure was alleged to infringe s. 15 by denying an equal benefit of the law. In her reasons, Wilson J. observed that the word "benefit" should be interpreted so as to recognize that the benefit provided by the section was the opportunity to the accused to choose the form of trial. It was pointed out that to force the accused to be tried by a judge and jury because the court had determined that it was better for an accused to do so would be "to imprison a man in his privileges and call it the Constitution" (p. 1313).

That same analysis should be undertaken and applied in this case. To force homosexual common law couples to claim federal and provincial support as individuals because they would get more money

Quoi qu'il en soit, il semble que les chiffres sur lesquels l'intimée fonde sa prétention qu'il vaut mieux pour les appelants être traités individuellement reposent sur de pures conjectures et risquent fort d'être inexacts. Si les calculs étaient effectués aujourd'hui conformément à la politique provinciale actuelle, qui prend en compte le revenu total des conjoints homosexuels pour déterminer le montant des bénéfices à accorder, les appelants recevraient certainement moins d'argent que s'ils avaient reçu une allocation de conjoint.

Troisièmement, on ne devrait pas réduire le concept du même bénéfice de la loi à un simple calcul de profit ou de perte économique. Le droit à l'égalité énoncé au par. 15(1) n'est pas formulé de manière qu'il garantisse un même droit à un bénéfice, mais plutôt de manière qu'il garantisse un même bénéfice de la loi. Cette formulation est révélatrice et favorise l'objectif de cette disposition, qui consiste à maintenir le respect de la dignité innée de chacun.

Il se peut fort bien que l'avantage conféré par une loi tienne dans la possibilité pour les personnes d'exercer un choix fondamental. Dans l'arrêt *Turpin*, précité, cette question même a été examinée. Le *Code criminel* prévoyait que, dans certains cas, l'accusé pouvait choisir d'être jugé par un juge et un jury ou par un juge seul. Les articles du *Code* permettant ce choix n'avaient pas été promulguées en Alberta, et on alléguait que cette omission contrevient à l'art. 15 parce qu'elle portait atteinte au droit au même bénéfice de la loi. Dans ses motifs, le juge Wilson a signalé que le mot «bénéfice» devait être interprété de façon à ce qu'il soit reconnu que l'avantage conféré par la loi est la possibilité pour l'accusé de choisir la forme de son procès. On a souligné que contraindre l'accusé à subir un procès avec juge et jury parce que la cour a déterminé qu'il était préférable pour l'accusé de le faire reviendrait [TRADUCTION] «à enchaîner un homme à ses privilèges et (à) qualifier cela de Constitution» (p. 1313).

Il y aurait lieu d'appliquer la même analyse en l'espèce. Contraindre des conjoints de fait homosexuels à demander l'aide des gouvernements fédéral et provincial à titre individuel pour le motif

157

1995 CanLII 98 (SCC)

158

159

160

would be to imprison them in their privileges. Heterosexual couples might also be better off financially if they claimed government subsidies as individuals rather than as a couple. Yet, cohabiting heterosexual persons have the right to make a choice as to whether they wish to be publicly recognized as a common law couple. Homosexual couples, on the other hand, are denied the opportunity because of the definition of "spouse" set out in the challenged Act. The public recognition and acceptance of homosexuals as a couple may be of tremendous importance to them and to the society in which they live. To deny homosexual couples the right to make that choice deprives them of the equal benefit of the law.

qu'ils pourraient ainsi obtenir un montant supérieur reviendrait à les enchaîner à leurs privilèges. Les couples hétérosexuels pourraient peut-être eux aussi retirer de meilleurs avantages financiers s'ils demandaient l'aide du gouvernement à titre individuel plutôt que comme couple. Or, les hétérosexuels qui cohabitent ont le droit de décider s'ils souhaitent être publiquement reconnus comme conjoints de fait. Les couples homosexuels, quant à eux, n'ont pas ce choix en raison de la définition de «conjoint» énoncée dans la loi contestée. La reconnaissance et l'acceptation publiques des homosexuels en tant que couple peut se révéler d'une extrême importance pour eux et pour la société dans laquelle ils vivent. C'est porter atteinte à leur droit au même bénéfice de la loi que de nier aux couples homosexuels le droit de choisir.

161

The law confers a significant benefit by providing state recognition of the legitimacy of a particular status. The denial of that recognition may have a serious detrimental effect upon the sense of self-worth and dignity of members of a group because it stigmatizes them even though no economic loss is occasioned. This principle has been recognized in the cases of the U.S. Supreme Court dealing with the segregation of races. See, for example, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). In equality cases, "the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned": see *Andrews, supra*, at p. 165. The choice of a spouse is a matter of great importance to the individuals involved. A very real benefit which is derived from the payment of the spousal allowance is the recognition by the state of the societal benefits which flow from supporting a couple who, for at least a year, have established a stable relationship which involves cohabitation, commitment, intimacy and economic interdependence. This benefit of the law is very significant. Its importance can be seen by considering what the result might be if, for example, the benefit were to be denied to couples because the individuals were of different races or different religions. The public outcry would, I think, be immediate and well merited. Such legislation would clearly infringe s. 15(1) because its provisions

La loi confère un avantage considérable en attribuant la reconnaissance de l'État à la légitimité d'un statut particulier. Le refus d'une telle reconnaissance risque d'avoir un effet gravement préjudiciable sur le sentiment de valeur personnelle et de dignité des membres d'un groupe car, même s'ils ne subissent aucune perte financière, ils s'en trouvent stigmatisés. Ce principe a été reconnu dans les affaires soumises à la Cour suprême des États-Unis où il était question de la ségrégation des races. Voir par exemple *Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Dans les affaires concernant le droit à l'égalité, «la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné»: voir *Andrews*, précité, à la p. 165. Le choix d'un conjoint revêt une grande importance aux yeux des personnes concernées. Le paiement de l'allocation de conjoint constitue un avantage très réel puisqu'il s'agit de la reconnaissance par l'État des avantages, sur le plan de la société, qui découlent de l'appui apporté au couple qui, depuis au moins un an, a établi une relation stable caractérisée par la cohabitation, l'engagement, l'intimité et l'interdépendance financière. Ce bénéfice de la loi est fort important. On peut le constater en songeant à ce qui adviendrait si, par exemple, le bénéfice était refusé à certains couples parce que les personnes qui le forment sont de races ou de religions différentes.

would indicate that the excluded groups were inferior and less deserving of benefits. Similarly, an Act which denies equal benefits to homosexual couples who live in a loving and stable common law relationship as a result of their sexual orientation would appear to equally infringe s. 15(1) of the *Charter*.

In our democratic society, every individual is recognized as important and deserving of respect. Each individual is unique and distinct. Because of the uniqueness of individuals, their tastes will vary infinitely from matters as prosaic as food and clothing to matters as fundamental as religious belief. Religious belief and the form of worship are personal characteristics. These characteristics may seem extremely peculiar and vastly perplexing to the majority. Yet, so long as the form of worship is not unlawful, it must be not only tolerated but also protected by the *Charter*. Similarly, individuals, because of their uniqueness, are bound to vary in those personal characteristics which may be manifested by their sexual preferences whether heterosexual or homosexual. So long as those preferences do not infringe any laws, they should be tolerated. In its attempt to prohibit discrimination, the *Charter* seeks to reinforce the concept that all human beings, however different they may appear to be to the majority, are all equally deserving of concern, respect and consideration.

It follows that, in my view, s. 2 of the *Old Age Security Act* denies equal benefit of the law to homosexual couples. It does so by denying them an economic benefit and by denying them the right to make a choice in a matter which affects them deeply and personally in a manner that denies their inherent dignity. With the denial of the benefit established, it is now necessary to determine whether that denial is discriminatory.

Je crois que l'indignation publique se ferait sentir immédiatement, et à bon droit. Une telle loi porterait clairement atteinte au par. 15(1) parce que ses dispositions feraient croire que les groupes exclus sont inférieurs et ne sont pas aussi dignes que les autres de bénéficier des avantages. Au même titre, la loi qui refuse des avantages égaux du fait de leur orientation sexuelle aux conjoints de fait homosexuels qui vivent une union affectueuse et stable paraîtrait porter atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

Dans notre société démocratique, on reconnaît l'importance de chacun et son droit d'être respecté. Chaque individu est unique et distinct. Du fait de cette unicité, les individus expriment une gamme infinie de préférences dans des domaines aussi prosaïques que la nourriture et les vêtements et des domaines aussi fondamentaux que la religion. Les croyances religieuses et la forme du culte sont des caractéristiques personnelles. Ces caractéristiques peuvent sembler extrêmement étranges et très difficiles à comprendre pour la majorité. Pourtant, dans la mesure où la forme du culte n'est pas illégale, elle doit non seulement être tolérée, mais également protégée par la *Charte*. En outre, du fait de leur unicité, les individus sont appelés à avoir des caractéristiques personnelles différentes, lesquelles peuvent se manifester par leurs préférences sexuelles, qu'elles soient hétérosexuelles ou homosexuelles. Tant que ces préférences ne portent atteinte à aucune loi, elles doivent être tolérées. Dans sa tentative d'éliminer toute discrimination, la *Charte* cherche à renforcer le concept suivant lequel tous les êtres humains, aussi différents puissent-ils paraître aux yeux de la majorité, méritent tous le même intérêt, le même respect et la même considération.

Il s'ensuit, à mon avis, que l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* nie aux couples homosexuels le même bénéfice de la loi. En effet, il leur refuse un avantage économique et enfreint leur droit d'effectuer un choix dans un domaine qui les touche profondément et personnellement, d'une manière qui offense leur dignité inhérente. Ce déni étant établi, il faut maintenant voir s'il est discriminatoire.

2. Does the Distinction Result in Discrimination?

(a) *Distinction on the Basis of a Personal Characteristic*

2. La distinction emporte-t-elle discrimination?

a) *La distinction fondée sur une caractéristique personnelle*

164 In *Andrews, supra*, at p. 174, McIntyre J. observed that one of the prime characteristics of discrimination is that it involves a "distinction . . . based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group". The first question to be resolved, then, is whether the distinction set out in s. 2 of the *Old Age Security Act* is one "based on" personal characteristics. It is my view that the distinction in the Act is indeed based on a personal characteristic, specifically, sexual orientation.

Dans l'arrêt *Andrews*, précité, à la p. 174, le juge McIntyre a indiqué que l'une des principales caractéristiques de la discrimination est qu'elle consiste en une «distinction [. . .] fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus». La première question à résoudre est de savoir si la distinction établie à l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est «fondée» sur des caractéristiques personnelles. À mon avis, cette distinction est effectivement fondée sur une caractéristique personnelle, plus précisément l'orientation sexuelle.

165 The respondent argues that the distinction was not drawn in reliance upon a personal characteristic but rather on the basis of "spousal" as opposed to "non-spousal" status. The respondent submits that homosexual common law couples are non-spousal couples just as are siblings, parent-child relationships, roommates or any other non-spousal household excluded from the Act. This position was adopted by the Trial Division and the majority of the Court of Appeal. With respect, I cannot accept that position. To say that the distinction is between "spouses" and "non-spouses" is to avoid the very issue which is presented by the legislation in this case, namely the definition of a "spouse".

L'intimée fait valoir que la distinction n'est pas fondée sur une caractéristique personnelle, mais plutôt sur la qualité de «conjoint» par opposition à la qualité de «non-conjoint». Elle soutient que les homosexuels qui vivent en couple ne sont pas des conjoints, au même titre que ne le sont le frère et la sœur, le parent et son enfant, les colocataires ou tout autre ménage non composé de conjoints exclu de l'application de la Loi. Cette position a été adoptée par la Section de première instance et la Cour d'appel à la majorité. En toute déférence, je ne puis y souscrire. Affirmer que la distinction se situe entre les «conjoints» et les «non-conjoints», c'est contourner la véritable question que soulève la disposition législative en cause, soit la définition de «conjoint».

166 Section 2 of the Act provides that an allowance is available to "spouses". It is worth repeating that the appellants are not challenging the Parliamentary decision to confer benefits on spousal as opposed to non-spousal households. What is in dispute is whether, having decided to confer a benefit on common law spouses, the legislation may then employ a definition of spouse which discriminates on the basis of sexual orientation. It is clear that Parliament does not have any constitutional obligation to provide benefits. However, once the decision has been made to confer a benefit, it cannot be applied in a discriminatory manner. See

L'article 2 de la Loi prévoit que les «conjoints» sont admissibles à une allocation. Je le répète, les appelants ne contestent pas la décision parlementaire de conférer des avantages aux conjoints par opposition aux non-conjoints. Ils contestent plutôt que, une fois prise la décision de conférer un avantage aux conjoints de fait, la loi puisse ensuite avoir recours à une définition de conjoint qui établit une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le législateur n'a bien sûr aucune obligation constitutionnelle d'accorder des avantages. Toutefois, s'il décide de conférer un avantage, celui-ci ne peut être accordé de façon discrimina-

Brooks v. Canada Safeway Ltd., [1989] 1 S.C.R. 1219, at p. 1240; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 721-22. The fact that, in the past, the term "spouse" had only a heterosexual connotation must not serve to prevent an inquiry into whether the statutory definition limiting "spouse" only to heterosexual couples violates s. 15(1) of the *Charter*. This principle was emphasized in *Turpin* where at p. 1328 Wilson J. wrote:

The argument that s. 15 is not violated because departures from its principles have been widely condoned in the past and that the consequences of finding a violation would be novel and disturbing is not, in my respectful view, an acceptable approach to the interpretation of *Charter* provisions.

The words of the statutory definition are clear and can have but one meaning. The legislation defines spouse as "a person of the opposite sex". To treat persons of the same sex who represent themselves as a common law couple differently from persons of the opposite sex representing themselves as a common law couple is a differentiation which must be based upon sexual orientation. I would add that, although the statute appears to do so, it is not necessary for the challenged legislation to directly identify sexual orientation as a criterion for eligibility. For example, it has been held that a distinction made on the basis of pregnancy constitutes discrimination on the basis of sex. Similarly, differential treatment in the form of sexual harassment constitutes discrimination on the basis of sex: see *Brooks, supra*; and *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252. What is relevant in resolving the issue is whether the difference in treatment affects the individual or group in a manner which is related to their personal characteristics. To put it another way, the question is whether the difference in treatment is closely related to a personal characteristic of a group to which the claimant belongs. On this issue, I think the reasoning of Linden J.A. was appropriate and bears repetition. He stated (at p. 431):

toire. Voir *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, à la p. 1240, et *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, aux pp. 721 et 722. Il est vrai que, dans le passé, le terme «conjoint» n'avait qu'un sens hétérosexuel, mais cela ne doit pas nous empêcher de vérifier si la définition de la loi qui limite «conjoint» aux seuls couples hétérosexuels viole le par. 15(1) de la *Charte*. Le juge Wilson a souligné cette règle dans l'arrêt *Turpin*, à la p. 1328:

L'argument selon lequel il n'y a pas de violation de l'art. 15 parce que, dans le passé, on a toléré la transgression de ses principes et parce qu'une conclusion qu'il y a eu violation aurait des conséquences nouvelles et troublantes, me paraît, quant à moi, une façon inacceptable d'aborder l'interprétation des dispositions de la *Charte*.

Le libellé de la définition dans la loi est limpide et ne peut revêtir qu'un sens. Aux termes de la loi, le conjoint désigne une «personne de sexe opposé». Traiter les personnes de même sexe qui se présentent comme des conjoints de fait différemment des personnes de sexe opposé qui se présentent comme des conjoints de fait revient à établir une distinction qui ne peut qu'être fondée sur l'orientation sexuelle. J'ajouterais que, bien qu'elle paraisse le faire en l'espèce, il n'est pas nécessaire que la loi contestée mentionne expressément l'orientation sexuelle comme critère d'admissibilité. Par exemple, il a été jugé que la distinction fondée sur la grossesse constitue une discrimination fondée sur le sexe. De même, le traitement dont la différence se manifeste sous la forme d'un harcèlement sexuel constitue une discrimination fondée sur le sexe: voir *Brooks*, précité, et *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252. Il importe de savoir, pour trancher la question, si la différence de traitement touche la personne ou le groupe d'une manière qui est liée à ses caractéristiques personnelles. En d'autres termes, si la différence de traitement est étroitement liée à une caractéristique personnelle d'un groupe auquel le plaignant appartient. Sur cette question, j'estime que le raisonnement du juge Linden de la Cour d'appel est juste et mérite d'être répété. Voici ce qu'il a dit à la p. 431:

While a distinction must be based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group in order to be discriminatory, the words "based on" do not mean that the distinction must be designed with reference to those grounds. Rather, the relevant consideration is whether the distinction affects the individual or group in a manner related to their personal characteristics . . .

Si une distinction doit être fondée sur des motifs tenant aux caractéristiques personnelles de l'individu ou du groupe pour être discriminatoire, les mots «fondée sur» ne signifient pas que la distinction doit avoir été conçue par référence à ces motifs. Au contraire, ce qu'il faut examiner, c'est si la manière dont cette distinction affecte l'individu ou le groupe a un rapport avec leurs caractéristiques personnelles . . .

168

In this case, there can be no doubt that the distinction is related to the personal characteristic of sexual orientation. It may be correct to say that being in a same-sex relationship is not necessarily the defining characteristic of being homosexual. Yet, only homosexual individuals will form a part of a same-sex common law couple. It is the sexual orientation of the individuals involved which leads to the formation of the homosexual couple. The sexual orientation of the individual members cannot be divorced from the homosexual couple. To find otherwise would be as wrong as saying that being pregnant had nothing to do with being female. The words "of the opposite sex" in the definition of "spouse" specifically exclude homosexual couples from claiming a spousal allowance. It is not without significance that, when it rejected the appellants' application for a spousal allowance, Health and Welfare Canada's Old Age Security department specifically stated that the reason for ineligibility was the definition of spouse. Indeed on this point the trial judge found (at p. 695) that:

En l'espèce, il ne fait pas de doute que la distinction tient dans la caractéristique personnelle qu'est l'orientation sexuelle. Il est peut-être juste de dire que le fait d'entretenir une relation avec une personne du même sexe n'est pas nécessairement la caractéristique déterminante de l'homosexualité, si ce n'est que seuls les homosexuels feront partie d'un couple de même sexe qui vit en union de fait. C'est l'orientation sexuelle des personnes concernées qui entraîne la formation d'un couple homosexuel. Cette orientation ne peut être dissociée du couple homosexuel. Conclure autrement serait tout aussi erroné que de faire valoir que la grossesse n'a rien à voir avec le fait d'être une femme. Les mots «de sexe opposé» dans la définition de «conjoint» empêchent explicitement les couples homosexuels de demander l'allocation de conjoint. Il importe de souligner que, lorsqu'elle a rejeté la demande des appelants pour l'allocation de conjoint, la section Sécurité de la vieillesse de Santé et Bien-être social Canada a indiqué expressément que l'inadmissibilité était justifiée par la définition de conjoint. En fait, sur ce point, le juge de première instance a dit, à la p. 695:

... it is fair to say that had Nesbit been a woman cohabiting with Egan substantially on the same terms as he in fact cohabited with Egan he would have been eligible for the spouse's allowance.

... on peut présumer que, Nesbit eût-il été une femme cohabitant avec Egan dans les mêmes conditions, il aurait eu droit à l'allocation de conjoint.

Similarly, Mahoney J.A. held that this finding was "an unassailable conclusion of fact based on the evidence" (p. 410).

De même, le juge Mahoney a conclu qu'il s'agissait là d'une «conclusion inattaquable sur les faits, tirée à la lumière des preuves produites» (p. 410).

169

In this case, a great deal of time was spent demonstrating the nature of the warm, compassionate, caring relationship that very evidently existed between the appellants. In passing, it is, I think, worth mentioning that this need not be done in every case. It is not necessary that the evidence demonstrate that a homosexual relationship bears

En l'espèce, on a consacré beaucoup de temps à démontrer la nature des liens tendres, affectueux et aimants qui unissent de toute évidence les appelants. J'estime à propos de mentionner en passant que cela n'est pas nécessaire dans tous les cas. Il n'est pas obligatoire que la preuve démontre que l'union homosexuelle revêt toutes les caractéris-

all the features of an ideal heterosexual relationship for the relationship of many heterosexual couples is sometimes far from ideal. The relationships between heterosexuals must vary as infinitely as do the personalities of the individuals involved. In this case, it would have sufficed to prove that the homosexual relationship had existed for more than one year during which time the partners had publicly indicated their relationship and that their combined income was below the statutory limit. This is the same evidence that would be sufficient to qualify a heterosexual common law couple for the spousal allowance.

It is therefore evident that the ground of distinction between the appellants and heterosexual couples who qualify for the spousal allowance is their sexual orientation. Since sexual orientation is not an enumerated ground in s. 15(1), it must be determined whether it is analogous to those which are enumerated in the section.

(b) *Is Sexual Orientation an Analogous Ground?*

The reasons in *Andrews*, *supra*, and *Turpin*, *supra*, indicate that in order to determine whether the basis of distinction is analogous to the enumerated grounds, it is first necessary to identify the group which is affected. It is true that in some cases it may be useful to determine whether or not the affected group forms a "discrete and insular minority" which is lacking in political power and, thus, vulnerable to having its interests overlooked or its rights to equal concern and respect violated. Yet, that search is not really an end in itself. While historical disadvantage or a group's position as a discrete and insular minority may serve as indicators of an analogous ground, they are not prerequisites for finding an analogous ground. They may simply be of assistance in determining whether the interest advanced by a claimant is the sort of interest that s. 15(1) was designed to protect. The fundamental consideration underlying the analogous grounds analysis is whether the basis of distinction may serve to deny the essential human dignity of the *Charter* claimant. Since one of the aims of s. 15(1) is to prevent discrimination against groups which suffer from a social or political disadvan-

tiques d'une union hétérosexuelle idéale puisque de nombreux couples hétérosexuels vivent une union souvent loin d'être idéale. Les unions entre hétérosexuels varient autant que les personnalités des personnes concernées. En l'espèce, il aurait suffi d'établir que l'union homosexuelle existait depuis plus d'un an, que les personnes concernées s'étaient publiquement présentées comme cohabitantes et que leur revenu total était inférieur à la limite prescrite. C'est exactement ce que doivent établir les conjoints de fait hétérosexuels pour recevoir l'allocation de conjoint.

Il est par conséquent évident que la distinction entre les appelants et les couples hétérosexuels admissibles à l'allocation de conjoint est fondée sur leur orientation sexuelle. Puisqu'il ne s'agit pas là d'un motif énuméré au par. 15(1), il faut déterminer s'il est analogue à ceux qui le sont.

b) *L'orientation sexuelle est-elle un motif analogue?*

Les motifs prononcés dans les arrêts *Andrews* et *Turpin*, précités, permettent de constater que, pour déterminer si le fondement de la distinction est analogue aux motifs énumérés, il est d'abord essentiel de cerner le groupe touché. Certes, il est parfois utile de déterminer si le groupe touché forme une «minorité discrète et isolée» qui ne jouit d'aucun pouvoir politique et dont, par conséquent, les droits risquent d'être négligés, ou les droits à un même intérêt ou à un même respect, violés. Cette recherche n'est toutefois pas vraiment une fin en soi. Si le désavantage historique ou la situation d'un groupe en tant que minorité discrète et isolée peuvent servir d'indices de l'existence d'un motif analogue, ils ne sont toutefois pas des conditions préalables à une conclusion à cet effet. Ils peuvent simplement se révéler utiles pour déterminer si le droit que fait valoir le plaignant est de ceux que le par. 15(1) a été conçu pour protéger. La considération fondamentale qui sous-tend l'analyse relative aux motifs analogues est celle de savoir si le fondement de la distinction peut servir à priver le requérant de sa dignité humaine essentielle. Puisque l'un des objectifs du par. 15(1) est

tage it follows that it may be helpful to see if there is any indication that the group in question has suffered discrimination arising from stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice.

172 The respondent argued that sexual orientation should only be considered an analogous ground if the appellants could show that homosexuals suffered a specific form of economic disadvantage which was exacerbated by the legislation in question. This argument cannot succeed. It would fragment our concept of discrimination and would seem to be illogical since discrimination, whether it is based on historical, political or societal disadvantage, will almost always have adverse economic consequences. Conversely, economic discrimination is inherently connected to discriminatory social and political attitudes which have prevailed in the past. Yet, the basic issue to be resolved is whether the challenged Act has made a distinction on the basis of an analogous ground. The resolution of that issue must be made "in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society": see *Andrews, supra*, at p. 152; *Turpin, supra*, at p. 1332; and *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 991.

173 The historic disadvantage suffered by homosexual persons has been widely recognized and documented. Public harassment and verbal abuse of homosexual individuals is not uncommon. Homosexual women and men have been the victims of crimes of violence directed at them specifically because of their sexual orientation: *Equality For All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights* (1985), at p. 26; Cynthia Petersen, "A Queer Response to Bashing: Legislating Against Hate" (1991), 16 *Queen's L.J.* 237; Nova Scotia Public Interest Research Group, "Proud but Cautious": *Homophobic Abuse and Discrimination in Nova Scotia* (1994); Bill C-41 (1994). They have been discriminated against in their employment and their access to services. They have been

de mettre un frein à la discrimination contre les groupes qui souffrent d'un désavantage social ou politique, il peut être bon de chercher toute indication que le groupe en question a été victime de discrimination découlant de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux.

L'intimée fait valoir que l'orientation sexuelle ne devrait être considérée comme un motif analogue que si les appelants peuvent établir que les homosexuels ont été victimes d'un désavantage économique que la loi en cause a aggravé. Cet argument ne saurait être retenu. Il aurait pour effet de fragmenter notre concept de discrimination et semble être illogique puisque la discrimination, qu'elle soit fondée sur des désavantages historiques, politiques ou sociaux, entraînera presque toujours des conséquences économiques préjudiciables. Réciproquement, la discrimination économique est intrinsèquement liée aux attitudes sociales et politiques discriminatoires qui ont existé dans le passé. Or, la question fondamentale est de savoir si la loi contestée a établi une distinction fondée sur un motif analogue. On doit répondre à cette question «en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société»: voir *Andrews*, précité, à la p. 152; *Turpin*, précité, à la p. 1332; et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 991.

Le désavantage historique dont ont souffert les homosexuels est largement reconnu et abondamment étayé. Le harcèlement et l'abus verbal publics sont fréquemment le lot des homosexuels. Les gais et les lesbiennes ont été victimes de crimes de violence précisément en raison de leur orientation sexuelle: *Égalité pour tous: Rapport du comité parlementaire sur les droits à l'égalité* (1985), à la p. 30; Cynthia Petersen, «A Queer Response to Bashing: Legislating Against Hate» (1991), 16 *Queen's L.J.* 237; Nova Scotia Public Interest Research Group, «Proud but Cautious»: *Homophobic Abuse and Discrimination in Nova Scotia* (1994); projet de loi C-41 (1994). Ils ont été victimes de discrimination en milieu de travail et au niveau de l'accès aux services. Ils ont été

excluded from some aspects of public life solely because of their sexual orientation: *Equality For All*, *supra*, at pp. 30-32; *Douglas v. Canada* (1992), 58 F.T.R. 147. The stigmatization of homosexual persons and the hatred which some members of the public have expressed towards them has forced many homosexuals to conceal their orientation. This imposes its own associated costs in the work place, the community and in private life.

For example, a study by the Quebec Human Rights Commission has indicated that the isolation, harassment and violence imposed by the public and the rejection by their families has caused young homosexuals to have a higher rate of attempted and successful suicide than heterosexual youths: *De l'illégalité à l'égalité: Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes* (Commission des droits de la personne du Québec, May 1994), at p. 125. Until 1969, certain forms of homosexual sexual intercourse were criminal offences. Until 1973, the American Psychiatric Association labelled homosexuality a psychiatric disorder and the World Health Organization considered it a psychiatric disorder until as recently as 1993.

Homosexual couples as well as homosexual individuals have suffered greatly as a result of discrimination. Sexual orientation is more than simply a "status" that an individual possesses. It is something that is demonstrated in an individual's conduct by the choice of a partner. The *Charter* protects religious beliefs and religious practice as aspects of religious freedom. So, too, should it be recognized that sexual orientation encompasses aspects of "status" and "conduct" and that both should receive protection. Sexual orientation is demonstrated in a person's choice of a life partner, whether heterosexual or homosexual. It follows that a lawful relationship which flows from sexual orientation should also be protected. The European Parliament, in its legislation prohibiting discrimination on the basis of sexual orientation, specifically sought to address the discrimination faced by

écartés de certains aspects de la vie publique uniquement en raison de leur orientation sexuelle: *Égalité pour tous*, *op. cit.*, aux pp. 35 à 37, et *Douglas c. Canada* (1992), 58 F.T.R. 147. L'opprobre dont les homosexuels sont l'objet et la haine que certains membres de la société ont exprimée envers eux ont contraint de nombreux homosexuels à cacher leur orientation. Cette situation entraîne ses propres séquelles dans le milieu de travail, dans la collectivité et dans la vie privée.

Par exemple, une étude menée par la Commission des droits de la personne du Québec a indiqué que l'isolement, le harcèlement et la violence imposés par le public et le rejet par la famille se sont traduits chez les jeunes homosexuels par un taux de suicide et de tentatives de suicide supérieur à celui des adolescents hétérosexuels: *De l'illégalité à l'égalité: Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes* (Commission des droits de la personne du Québec, mai 1994), à la p. 125. Avant 1969, certaines formes de relations sexuelles homosexuelles étaient des actes criminels. Jusqu'en 1973, l'American Psychiatric Association a collé à l'homosexualité l'étiquette de trouble mental, et l'Organisation mondiale de la santé ne considère plus l'homosexualité comme un trouble mental que depuis 1993.

Les homosexuels, en couples ou individuellement, ont grandement souffert de discrimination. L'orientation sexuelle est davantage que le simple «statut» d'un individu. C'est quelque chose qui se manifeste dans le comportement d'une personne par le choix de son partenaire. La *Charte* protège les croyances et les pratiques religieuses en tant qu'aspects de la liberté de religion. On devrait reconnaître également que l'orientation sexuelle réunit des aspects du «statut» et du «comportement», et que tous deux devraient être protégés. L'orientation sexuelle se manifeste par le choix du partenaire de vie, qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel. Il s'ensuit donc qu'une union légitime qui naît de l'orientation sexuelle devrait elle aussi être protégée. Le Parlement européen, par sa loi interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, a tenté précisément de s'attaquer au pro-

homosexuals not only as individuals but as couples: *Resolution on Equal Rights for Homosexuals and Lesbians in the European Community* (A3-0028/94). These studies serve to confirm overwhelmingly that homosexuals, whether as individuals or couples, form an identifiable minority who have suffered and continue to suffer serious social, political and economic disadvantage.

blème de la discrimination dont sont victimes les homosexuels tant à titre individuel que comme couples: *Résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la communauté européenne* (A3-0028/94). Ces études permettent de confirmer sans le moindre doute que les homosexuels, à titre individuel ou comme couples, forment une minorité identifiable, victime encore aujourd'hui de désavantages sociaux, politiques et économiques graves.

176 Quite apart from the evidence of historical social, political and economic disadvantage suffered by homosexuals, it is apparent that a legislative consensus is emerging which recognizes that sexual orientation is an analogous and prohibited ground of discrimination. The human rights legislation in New Brunswick, Nova Scotia, Quebec, Ontario, Manitoba and the Yukon all prohibit discrimination on the basis of sexual orientation. As a result of *Charter* challenges, protection against discrimination on the basis of sexual orientation is also available in Alberta and in the federal jurisdiction. The Ontario Court of Appeal in *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495, found that sexual orientation was an analogous ground to those enumerated in s. 15 of the *Charter* and held that the *Canadian Human Rights Act* violated s. 15 because it failed to prohibit discrimination on the basis of sexual orientation. The Alberta human rights legislation was similarly found to infringe the *Charter* in *Vriend v. Alberta* (1994), 152 A.R. 1 (Q.B.), at p. 14. In both cases, the courts read sexual orientation into the respective Acts.

Tout à fait indépendamment de la preuve relative à ces désavantages dont souffrent les homosexuels, on peut constater l'émergence d'un consensus législatif où l'on reconnaît que l'orientation sexuelle est un motif analogue et illicite de discrimination. Les lois sur les droits de la personne adoptées au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, au Québec, en Ontario, au Manitoba et au Yukon interdisent toutes la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Sous l'influence des contestations fondées sur la *Charte*, l'Alberta et le gouvernement fédéral offrent également une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La Cour d'appel de l'Ontario dans *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495, a conclu que l'orientation sexuelle était un motif analogue à ceux énumérés à l'art. 15 de la *Charte* et que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* violait l'art. 15 parce qu'elle n'interdisait pas la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La loi de l'Alberta sur les droits de la personne a elle aussi été jugée contraire à la *Charte* dans *Vriend c. Alberta* (1994), 152 A.R. 1 (B.R.), à la p. 14. Dans ces deux affaires, les tribunaux ont ajouté l'orientation sexuelle dans les lois respectives au moyen de l'interprétation large.

177 It is significant that a number of courts have, in my view correctly, concluded that sexual orientation is an analogous ground of discrimination in the context both of discrimination against homosexual individuals and of discrimination against homosexual couples. See for example *Veysey v. Canada (Correctional Service)* (1989), 44 C.R.R. 364; *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (S.C.); *Knodel v. British Columbia (Medical Services Com-*

Il est révélateur que de nombreux tribunaux aient conclu, à mon avis à juste titre, que l'orientation sexuelle est un motif analogue dans le contexte de la discrimination contre les homosexuels tant à titre individuel que comme couples. Voir par exemple *Veysey c. Canada (Correctional Service)* (1989), 44 C.R.R. 364; *Brown c. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 42 B.C.L.R. (2d) 294 (S.C.); *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356

mission) (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (S.C.); *Leshner v. Ontario* (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Bd. of Inq.). Nor can it be forgotten that all three members of the Federal Court of Appeal in this case recognized sexual orientation as an analogous ground and held that the respondent had acted correctly in conceding this point.

From the foregoing review, it can be seen that many legislators have recognized sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. Similarly, judicial opinion has overwhelmingly recognized that sexual orientation is an analogous ground to those set out in s. 15(1). In my view, there can be no doubt that sexual orientation is indeed a ground of discrimination analogous to those enumerated in s. 15(1). It now remains to be seen whether the distinction on the basis of this analogous ground constitutes discrimination.

(c) *Is There Discrimination?*

In my opinion, the distinction drawn by s. 2 of the *Old Age Security Act* on the basis of sexual orientation does constitute discrimination. The principle was stated with simple clarity by McIntyre J. in *Andrews* at pp. 174-75:

Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

However, cases such as *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, and *R. v. Hess*, [1990], 2 S.C.R. 906, make it clear that it is not simply the fact that a distinction is drawn on the basis of either an enumerated or an analogous ground which gives rise to discrimination. Rather, the existence of discrimination is determined by assessing the prejudicial effect of the distinction against s. 15(1)'s fundamental purpose of preventing the infringement of essential human dignity. The legislature's reliance upon stereotypical reasoning may very well be an extremely significant factor in determining whether discrimination exists. However, in light of the facts presented in this appeal, it is not necessary to elaborate upon other considerations which may also give rise to

(C.S.); *Leshner c. Ontario* (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Comm. d'enquête). Il ne faut pas oublier non plus que les trois juges de la Cour d'appel fédérale en l'espèce ont admis que l'orientation sexuelle était un motif analogue et conclu que l'intimée avait concédé ce point à juste titre.

De l'examen qui précède, on peut voir que plusieurs législateurs ont reconnu l'orientation sexuelle au nombre des motifs de discrimination prohibés. De même, les juges ont en grande majorité reconnu que l'orientation sexuelle était un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1). À mon avis, il n'y a aucun doute à ce sujet. Reste maintenant à déterminer si la distinction fondée sur ce motif analogue constitue une discrimination.

(c) *Y a-t-il discrimination?*

À mon sens, la distinction établie par l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* sur le fondement de l'orientation sexuelle est discriminatoire. Le principe a été formulé en termes simples par le juge McIntyre dans *Andrews*, aux pp. 174 et 175:

Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Cependant, des arrêts comme *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, et *R. c. Hess*, [1990], 2 R.C.S. 906, indiquent clairement que ce n'est pas le simple fait qu'une distinction soit fondée sur un motif énuméré ou analogue qui entraîne la discrimination. L'existence d'une discrimination est plutôt établie par l'appréciation de l'effet préjudiciable de la distinction par rapport à l'objectif fondamental du par. 15(1), qui est d'empêcher toute atteinte à la dignité humaine essentielle. Le fait que le législateur ait fondé son raisonnement sur des stéréotypes peut fort bien constituer un facteur extrêmement important pour déterminer s'il y a distinction. Toutefois, compte tenu des faits présentés en l'espèce, nul n'est besoin de s'attarder sur d'autres considérations

discrimination. Ultimately, it must be remembered that the question as to whether or not there is discrimination should be addressed from the perspective of the person claiming a *Charter* violation.

180 In the present appeal, looking at the Act from the perspective of the appellants, it can be seen that the legislation denies homosexual couples equal benefit of the law. The Act does this not on the basis of merit or need, but solely on the basis of sexual orientation. The definition of "spouse" as someone of the opposite sex reinforces the stereotype that homosexuals cannot and do not form lasting, caring, mutually supportive relationships with economic interdependence in the same manner as heterosexual couples. The appellants' relationship vividly demonstrates the error of that approach. The discriminatory impact can hardly be deemed to be trivial when the legislation reinforces prejudicial attitudes based on such faulty stereotypes. The effect of the impugned provision is clearly contrary to s. 15's aim of protecting human dignity, and therefore the distinction amounts to discrimination on the basis of sexual orientation.

Conclusion with Regard to Section 15(1)

181 The Act denies common law homosexual couples equal benefit of the law based upon the analogous ground of sexual orientation. The effect of this is discriminatory and so infringes the appellants' rights provided by s. 15(1) of the *Charter*. It follows that the first constitutional question should be answered as follows:

Question 1: Does the definition of "spouse" in s. 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, infringe or deny s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

It remains now to be determined whether the discrimination can be justified under s. 1 of the *Charter*.

également susceptibles d'entraîner une discrimination. Finalement, il ne faut pas oublier que la question de savoir s'il y a discrimination devrait être examinée du point de vue de la personne qui allègue une violation de la *Charte*.

En l'espèce, si on examine la Loi du point de vue des appelants, on s'aperçoit qu'elle nie aux couples homosexuels le droit au même bénéfice de la loi. La Loi ne fonde pas ce refus sur les mérites ou les besoins des personnes concernées, mais uniquement sur leur orientation sexuelle. La définition de «conjoint» comme étant une personne de sexe opposé renforce le stéréotype selon lequel les homosexuels ne peuvent entretenir et, effectivement, n'entretiennent pas de relations durables ou l'affection, le soutien et l'interdépendance financière se manifestent de la même façon que chez les couples hétérosexuels. La relation des appelants démontre précisément l'erreur de cette position. On peut difficilement juger que l'effet discriminatoire est négligeable alors que la loi renforce des préjugés fondés sur ces stéréotypes injustes. L'effet de la disposition contestée est manifestement contraire au but de l'art. 15 de protéger la dignité humaine et, par conséquent, la distinction équivaut à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Conclusion sur le par. 15(1)

La Loi refuse aux conjoints de fait homosexuels le droit au même bénéfice de la loi sur le fondement du motif analogue de l'orientation sexuelle. Ce refus a un effet discriminatoire et porte donc atteinte aux droits des appelants garantis par le par. 15(1) de la *Charte*. Par conséquent, je suis d'avis de répondre ainsi à la première question constitutionnelle:

Question 1: La définition de «conjoint», à l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, porte-t-elle atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

Il reste maintenant à déterminer si la discrimination est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

IACOBUCCI J.Section 1 of the Charter

Section 1 allows *Charter* violations to be upheld if these violations are reasonably justifiable in a free and democratic society. The test to establish whether a statutory provision constitutes a "reasonable limit" was first advanced by former Chief Justice Dickson in *R. v. Oakes*, *supra*, at pp. 138-39. A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right. In all s. 1 cases the burden of proof is with the government to show on a balance of probabilities that the violation is justifiable.

(a) *The First Element of the Oakes Test: Is the Legislative Goal Pressing and Substantial?*

(i) What is the Goal of the Old Age Security Act?

As noted by Cory J., there appears to be some confusion as to the objective of the impugned legislation. In fact, both of the parties to the dispute ascribe different goals to the Act; so, too, do some of the interveners.

I am of the view, as was Linden J.A. in the court below, that the objective of the spousal allowance is to ensure that, when one partner in a couple retires, that couple will continue to receive income equivalent to the amount that would be earned were both members of the couple to be retired,

LE JUGE IACOBUCCIL'article premier de la Charte

L'article premier permet que des violations de la *Charte* soient entérinées si elles sont raisonnables et justifiables dans une société libre et démocratique. Le critère qui permet d'établir si une règle de droit constitue une «limite raisonnable» a pour la première fois été formulé par l'ancien juge en chef Dickson dans *R. c. Oakes*, précité, aux pp. 138 et 139. L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif. Dans le contexte de l'article premier, il incombe toujours au gouvernement de prouver selon la prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier.

a) *Le premier élément du critère énoncé dans Oakes: L'objectif législatif est-il urgent et réel?*

(i) Quel est l'objectif de la Loi sur la sécurité de la vieillesse?

Comme l'a signalé le juge Cory, une certaine ambiguïté paraît entourer l'objectif de la loi contestée. En fait, les deux parties au litige, ainsi que certains intervenants, prêtent différents objectifs à la Loi.

Je suis d'avis, à l'instar du juge Linden de la Cour d'appel fédérale, que le programme d'allocation de conjoint vise à faire en sorte qu'au moment de la retraite d'un conjoint le couple continue à recevoir un revenu égal à ce qu'il recevrait si les deux conjoints étaient à la retraite, pour autant bien

182

1995 CanLII 98 (SCC)

183

184

provided, of course, that the non-retired spouse be between the ages of 60 and 64. To this end, the Act is geared towards the mitigation of poverty among "elderly households". I reach this conclusion after reviewing the design of the legislation, as well as the legislative debates and policy statements accompanying the introduction of the spousal allowance.

185 For example, when the spousal allowance was first enacted in 1975, the then Minister of National Health and Welfare, the Honourable Marc Lalonde, described its *raison d'être* as follows:

Its objective is clear and singular in purpose. It is to ensure that when a couple is in a situation where one of the spouses has been forced to retire, and that couple has to live on the pension of a single person, that there should be a special provision, when the breadwinner has been forced to retire at or after 65, to make sure that particular couple will be able to rely upon an income which would be equivalent to both members of the couple being retired or 60 [sic] years of age and over. That is the purpose of this Bill, no more than that, no less than that.

(*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs*, June 12, 1975, at p. 25:7.)

186 Similarly, in a news release dated June 3, 1975, the federal government identified the purpose of the allowance in the following manner:

The purpose of this amendment is to provide relief in situations where two persons would otherwise have to live on the pension of one.

187 I note that, owing to the traditional dynamic of heterosexual spousal relationships in which the woman would generally withdraw from the labour market for purposes of raising children, 87 percent of those receiving the spousal allowance are women. This stems from the fact that the retiring "breadwinner" would usually be the husband; the wife would generally be younger than her spouse and would tend to have little, if any, income of her own since she would not be eligible for the old age pension for a few years. The end result would be that the income of the family unit would drop dras-

sûr que le conjoint qui n'est pas à la retraite ait entre 60 et 64 ans. À cette fin, la Loi est conçue de façon à réduire la pauvreté chez les «couples âgés». J'en suis venu à cette conclusion après avoir examiné l'intention de la loi ainsi que les débats et les énoncés de principe qui ont entouré l'introduction du programme d'allocation de conjoint.

Ainsi, lorsque l'allocation de conjoint a été adoptée en 1975, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social d'alors, l'honorable Marc Lalonde, a décrit sa raison d'être dans les termes suivants:

Son objectif est simple et clair, il permet d'assurer à un couple dont l'un des conjoints est forcé de prendre sa retraite et qui doivent vivre de la pension d'une seule personne, et lorsque le soutien de famille doit prendre sa retraite à l'âge de 65 ans ou peu après, de pouvoir retirer un revenu qui sera l'équivalent de ce que retireraient les deux conjoints si elles (*sic*) étaient à la retraite ou âgées de 60 (*sic*) ans et plus. Voilà ni plus ni moins, l'objectif du bill.

(*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales*, 12 juin 1975, à la p. 25:7.)

De même, dans un communiqué de presse du 3 juin 1975, le gouvernement fédéral exposait ainsi l'objectif de l'allocation:

[TRADUCTION] Cette modification a pour but d'apporter une assistance à deux personnes qui devraient par ailleurs vivre de la pension d'une seule d'entre elles.

Je remarque qu'en raison de la dynamique traditionnelle des relations conjugales hétérosexuelles où, en général, la femme quittait le marché du travail pour élever les enfants, 87 p. 100 des prestataires de l'allocation de conjoint sont des femmes. En effet, le «soutien de la famille» qui prenait sa retraite était en général le mari, et la femme, qui était en général plus jeune que son mari, tendait à n'avoir qu'un faible revenu, sinon aucun, puisqu'elle n'était pas admissible à la pension de vieillesse avant quelques années. Il en résultait que le revenu familial était considérablement réduit jus-

tically until the wife reached 65 and was awarded her pension. However, the fact that a disproportionately large percentage of the recipients are women does not, in my mind, establish, as submitted by the respondent, that the goal of the Act is the reduction of poverty among elderly women in spousal relationships. I arrive at this conclusion for a number of reasons, most of which have already been alluded to by Cory J.

First, both men and women can apply for the allowance. Second, there is no requirement for the couple to have raised children in order to trigger eligibility for the spousal benefit and it is not a prerequisite that the female spouse had to have been a homemaker or out of the paid labour force. Third, the distribution of the benefit is contingent upon the joint family income of the household falling below a certain level. Fourth, the growing presence of women in the labour market is such that the traditional "mother spouse in the house" is becoming less common. Fifth, the legislation makes no reference to the position of women, or to women at all: it is a spouse's pension, not a woman's pension. Finally, given that the allowance is available after simply one year of cohabitation, it does not appear tailored to remedying the disempowered position of women flowing from the dynamic of long-term traditional heterosexual relationships since a woman need not be in such a relationship in order to qualify for the benefit: a woman may be single until the age of 60, then enter a relationship with a man receiving the old age security pension, cohabit for one year, and thereby become eligible to receive the spousal allowance.

(ii) Is This Goal Pressing and Substantial?

The appellants concede that the alleviation of poverty in elderly households is a goal of pressing and substantial importance. I agree. Moreover, as noted by Lamer C.J. in *Schachter v. Canada*, *supra*, at p. 721, "[i]t will be a rare occasion when a benefit conferring scheme is found to have an

qu'à ce que la femme atteigne 65 ans et devienne admissible à la pension. Cependant, le fait qu'une large majorité de prestataires soient des femmes n'établit pas, à mon avis, comme le soutient l'intimée, que la Loi a pour objectif d'endiguer la pauvreté chez les femmes âgées vivant en union conjugale. Je conclus ainsi pour différentes raisons, à la plupart desquelles le juge Cory a déjà fait allusion.

Premièrement, tant les hommes que les femmes peuvent demander l'allocation. Deuxièmement, il n'est pas nécessaire que le couple ait élevé des enfants pour être admissible à l'allocation de conjoint, ni que la conjointe ait pris soin du ménage ou qu'elle n'ait pas travaillé à l'extérieur du foyer. Troisièmement, l'allocation n'est accordée que si le revenu total de la famille est inférieur à un certain montant. Quatrièmement, la présence accrue des femmes sur le marché du travail est telle que la notion traditionnelle d'«épouse et mère au foyer» est aujourd'hui moins courante. Cinquièmement, la loi ne mentionne ni la situation de la femme, ni même les femmes comme telles: c'est une allocation de conjoint, et non une allocation destinée expressément à la femme. Enfin, étant donné que l'allocation est offerte simplement après un an de vie commune, elle ne paraît pas être conçue pour parer à l'état démuné dans lequel se trouvent les femmes en raison de la dynamique de la relation hétérosexuelle traditionnelle de longue durée puisque, pour être admissible à l'allocation, la femme n'est pas tenue d'entretenir une telle relation: elle peut être célibataire jusqu'à l'âge de 60 ans, puis entreprendre une relation avec un homme qui reçoit une pension de sécurité de la vieillesse, cohabiter avec lui pendant un an et, de ce fait, être admissible à l'allocation de conjoint.

(ii) S'agit-il d'un objectif urgent et réel?

Les appelants concèdent que la lutte à la pauvreté chez les couples âgés est un objectif qui se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles. Je suis d'accord. En outre, comme l'a fait remarquer le juge en chef Lamer dans *Schachter c. Canada*, précité, à la p. 721, «[o]n considérera

unconstitutional purpose". The legislation thus satisfies the first component of the *Oakes* test.

(b) *The Second Element of Oakes: Proportionality Analysis*

190 I conclude that the underinclusiveness of the Act is not a reasonable limit. Although the purpose of the legislation is laudable, it has been implemented in a discriminatory manner in that an equally deserving group meeting the criteria established by the law is denied benefits based on an irrelevant personal characteristic.

(i) The Legislation Is Not Rationally Connected to Its Objective

191 If the goal of the legislation is the alleviation of poverty among cohabiting elderly "spouses", then how can this be but incompletely attained by denying otherwise eligible households the spousal allowance merely because of discrimination based on sexual orientation? The exclusion of same-sex partners is simply not rationally connected to the goal of alleviating poverty among elderly couples. If there is an intention to ameliorate the position of a group, it cannot be considered entirely rational to assist only a portion of that group. A more rationally connected means to the end would be to assist the entire group, as that is the very objective which is sought.

192 It is unfortunate that decades of endemic discrimination have resulted in little information being available regarding the numbers of same-sex households in Canada, let alone the numbers of same-sex households that would be eligible for the allowance. Estimates vary widely. The expert for the Crown, Mr. Melvin Hagglund, determined that the number of same-sex couples across Canada that would be entitled to the allowance is somewhere in the range of 15,000 to 30,000. However, upon cross-examination, he conceded that the 1986 Canadian census indicated that there were only 2,700 two-person households across Canada con-

rarement que l'objectif d'un régime de bénéfices est inconstitutionnel». La loi satisfait donc au premier élément du critère énoncé dans *Oakes*.

b) *Le deuxième élément du critère énoncé dans Oakes: La proportionnalité*

À mon sens, du fait qu'elle est trop limitative, la Loi ne crée pas une limite raisonnable. Bien que l'objectif de la loi soit louable, sa mise en œuvre est discriminatoire puisqu'un groupe qui, lui aussi, satisfait aux critères établis par la loi s'en voit refuser les bénéfices sur le fondement d'une caractéristique personnelle non pertinente.

(i) La loi n'a pas de lien rationnel avec son objectif

Si la loi a pour objectif d'atténuer la pauvreté chez les «conjoints» âgés qui vivent ensemble, alors comment cet objectif peut-il être atteint autrement que partiellement si l'on nie à certains couples par ailleurs admissibles l'allocation de conjoint du seul fait d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle? Il n'existe simplement aucun lien rationnel entre l'exclusion de partenaires de même sexe et l'objectif de la lutte à la pauvreté chez les couples âgés. Si la loi cherche à améliorer la situation d'un groupe, on ne peut considérer la décision d'aider une partie seulement de ce groupe comme étant entièrement rationnelle. Une mesure consistant à assister l'ensemble du groupe serait un moyen plus rationnel d'arriver à cette fin, d'autant plus que c'est là l'objectif même que l'on cherche à atteindre.

Malheureusement, des décennies de discrimination endémique ont fait en sorte qu'il n'existe guère d'information sur le nombre de couples de même sexe au Canada, encore moins sur le nombre de couples de même sexe susceptibles d'avoir droit à l'allocation. Les chiffres varient considérablement. L'expert appelé par le ministère public, M. Melvin Hagglund, a indiqué que le nombre de couples de même sexe au Canada admissibles à l'allocation se situe entre 15 000 et 30 000. Il a cependant reconnu lors du contre-interrogatoire que le recensement effectué au Canada en 1986 indiquait qu'il n'y avait au Canada que 2 700

sisting of one person aged 60 to 64 and one person aged 65 or older where the individuals in the household were neither married nor common law spouses.

The respondent Crown submits the cost of such an extension of benefits constitutes grounds for upholding the s. 15 limitation. Mr. Hagglund has estimated the cost of including same-sex spousal cohabitants as ranging from \$12 million to \$37 million per annum (see Case on Appeal, at p. 123). This evidence is highly speculative and statistically weak and thus accordingly incorporates guesswork. For example, it is based on his generous estimates of the number of eligible same-sex couples and fails to take into account the fact that many of these households will be ineligible because they surpass the maximum income criteria. However, assuming *arguendo* that Mr. Hagglund's figures are valid, I find, as a question of law, that they do not justify the denial of the appellants' right to equality.

The jurisprudence of this Court reveals, as a general matter, a reluctance to accord much weight to financial considerations under a s. 1 analysis. In *Schachter, supra*, at p. 709, the Chief Justice noted that "[t]his Court has held, and rightly so, that budgetary considerations cannot be used to justify a violation under s. 1". This is certainly the case when the financial motivations are not, as in the case at bar, supported by more persuasive arguments as to why the infringement amounts to a reasonable limit.

Despite bearing the onus of proof, the respondent has not supplied evidence demonstrating why the patterns of economic interdependence among same-sex couples are sufficiently different from those in heterosexual relationships to indicate why excluding same-sex couples from the scheme would still enable the legislation to be rationally connected to its goal of mitigating poverty among elderly households. In fact, much of the evidence that exists attests to the fact that same-sex relation-

foyers formés d'une personne ayant entre 60 et 64 ans et d'une autre de 65 ans ou plus, où les personnes ne vivaient pas en union de fait ou n'étaient pas mariés.

Le ministère public intimé fait valoir que le coût d'une telle extension des bénéfices justifie le maintien de la restriction du droit garanti par l'art. 15. Monsieur Hagglund a estimé entre 12 et 37 millions de dollars le coût annuel de l'inclusion des couples de même sexe qui font vie commune (voir le dossier conjoint à la p. 123). Cette preuve n'est que pure hypothèse, faible sur le plan statistique et fait donc appel à des conjectures. Par exemple, elle est fondée sur des évaluations généreuses quant au nombre de couples de même sexe qui sont admissibles et ne tient pas compte du fait que bon nombre de ces couples n'auraient pas droit à l'allocation parce qu'ils ne satisfont pas à l'exigence relative au revenu maximum. Toutefois, si l'on tient pour acquis, aux fins de la discussion, que les chiffres soumis par M. Hagglund sont exacts, je conclus en droit qu'ils ne justifient pas que l'on viole le droit des appelants à l'égalité.

La jurisprudence de notre Cour témoigne dans l'ensemble d'une répugnance à accorder beaucoup de poids aux considérations financières dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier. Dans l'arrêt *Schachter*, précité, à la p. 709, le Juge en chef a indiqué que «[n]otre Cour a statué à juste titre que les considérations financières ne pouvaient servir à justifier une violation dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier». Cela vaut certainement lorsque, comme en l'espèce, les motivations financières sont appuyées d'arguments si peu convaincants quant à la raison pour laquelle la violation est une limite raisonnable.

Malgré le fardeau de la preuve qui lui incombe, l'intimé n'a produit aucun élément de preuve qui démontre que les modèles d'interdépendance économique au sein des couples de même sexe sont suffisamment différents de ceux qui caractérisent les couples hétérosexuels pour expliquer pourquoi l'exclusion des couples de même sexe du régime n'éliminerait pas le lien rationnel entre la loi et son objectif d'atténuer la pauvreté chez les couples âgés. En fait, la plus grande partie de la preuve

193

1995 CanLII 98 (SCC)

194

195

ships involve similar levels of economic dependence, mutual responsibilities and emotional commitment to heterosexual relationships. For example, in *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, *supra*, at p. 363, expert testimony was led that "there is a high degree of similarity between homosexual and heterosexual life partners and that they are much more the same in their attitudes, expectations, and values than [they] are different".

produite confirme que les unions entre personnes de même sexe font appel à un même degré de dépendance économique, de responsabilités mutuelles et d'engagement affectif que les unions hétérosexuelles. Par exemple, dans *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)*, précité, à la p. 363, selon la preuve d'expert présentée, [TRADUCTION] «il existe de grandes similarités entre les partenaires de vie homosexuels et hétérosexuels, et ils sont beaucoup plus semblables dans leurs attitudes, leurs attentes et leurs valeurs qu'ils ne sont différents».

196 In *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 630-31, L'Heureux-Dubé J., in dissent, canvasses much of this expert and academic authority and agrees with the conclusion that it is in the nature of humankind to form family bonds, this desire not being dependent upon heterosexual orientation. She also approvingly refers to some comments made by the Human Rights Tribunal regarding Mr. Mossop's discrimination claim, holding at p. 630 that "it is to be bound by myth to assume that only heterosexual couples are capable of forming loving caring stable relationships".

Dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pp. 630 et 631, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente, examine minutieusement les propos des experts et des auteurs et fait sienne la conclusion suivant laquelle il est dans la nature humaine de former des liens familiaux, ce désir n'étant pas relié à l'orientation hétérosexuelle. Elle renvoie également avec approbation à certains commentaires exprimés par le Tribunal des droits de la personne sur la plainte de discrimination déposée par M. Mossop, concluant à la p. 630 que «c'est un mythe de croire que seuls les couples hétérosexuels peuvent établir des relations amoureuses stables».

197 I note that the simple fact that, in the case at bar, there is such a focus on the level of commitment in homosexual relationships is in and of itself indicative of the extent to which such couples suffer discrimination. The spousal allowance is provided to heterosexual couples regardless of the existence of a dependency pattern in their relationships while all same-sex couples, including all those sharing economic interdependence, are excluded. Whereas there is a presumption of interdependence in heterosexual relationships, there is a presumption against interdependence in same-sex relationships. The latter presumption is not only incorrect, but it is also the fruit of stigmatizing stereotype.

Le simple fait qu'en l'espèce on attache autant d'importance à la profondeur de l'engagement dans les unions entre personnes de même sexe est en soi un indice de la mesure dans laquelle ces couples sont victimes de discrimination. L'allocation de conjoint est offerte aux couples hétérosexuels indépendamment de l'existence d'une forme de dépendance dans leur union, alors que sont exclus tous les couples de même sexe, dont ceux qui partagent une interdépendance économique. On présume l'interdépendance dans les unions entre personnes de sexe opposé, alors qu'on présume le contraire à l'égard des unions entre personnes de même sexe. Cette dernière présomption est non seulement fausse, mais elle est le fruit d'un stéréotype qui a pour effet de stigmatiser ceux qu'elle vise.

198 Just as the law has come to acknowledge that differential treatment between married and common law spouses is constitutionally suspect, so too

Tout autant que le droit en est venu à reconnaître qu'une différence de traitement entre conjoints mariés et conjoints de fait est suspecte sur le plan

is differential treatment of relationships based on sexual orientation. In sum, the spousal allowance in its present form is not rationally connected to its legislative goals. A program which included the appellants would better achieve the intended goal while respecting the *Charter* rights of gays and lesbians. Moreover, the financial consequences thereof are certainly not by themselves sufficient to justify the discriminatory legislation.

(ii) There is No Minimal Impairment

The respondent suggests that the appellants' s. 15 rights are minimally impaired since Nesbit has received financial assistance through the provincial GAIN program enacted under the auspices of the *Guaranteed Available Income for Need Act*. This argument was raised earlier in terms of ascertaining whether there was in fact a discriminatory denial of a benefit, and Cory J. dismissed the argument. Similarly, I conclude that the denial of the appellants' s. 15 rights through the ineligibility for receipt of the spousal allowance is not minimally impaired by the fact that Nesbit had been receiving disability income assistance owing to a degenerative back condition which had precluded him from working.

In Egan and Nesbit's case, the receipt of the disability insurance has nothing to do with their status as a couple nor with their sexual orientation. The grant is simply designed to allay the hardship inflicted upon persons when they are no longer employable because of a disability. Further, whereas the spousal allowance flows from the federal treasury, the disability benefit is supplied by the British Columbia government. In my mind, the discriminatory effect of the legislation should not be considered to be a reasonable limit simply because the appellants' joint income would have roughly been the same because of Nesbit's receipt of provincial support supplementing his income for a completely unrelated reason. There is no evidence that the provincial GAIN legislation was even designed with the federal spousal allowance in mind. Nor is there any evidence that the aggre-

constitutionnel, il en est de même de la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle. Bref, l'allocation de conjoint dans sa forme actuelle n'a pas de lien rationnel avec ses objectifs législatifs. Un programme intégrant les appelants serait mieux à même d'atteindre l'objectif visé tout en respectant les droits garantis par la *Charte* aux gais et lesbiennes. Par ailleurs, les conséquences économiques du programme ne sont certainement pas en soi suffisantes pour justifier la disposition législative discriminatoire.

(ii) L'atteinte n'est pas minimale

Selon l'intimée, il y a atteinte minimale aux droits garantis aux appelants par l'art. 15 puisque Nesbit a obtenu une aide financière par l'entremise du programme GAIN adopté sous les auspices de la *Guaranteed Available Income for Need Act*. Cet argument a été soulevé précédemment en vue de déterminer si le refus d'un bénéfice était en fait discriminatoire, et le juge Cory a écarté l'argument. Je conclus moi aussi qu'on ne peut invoquer le fait que Nesbit recevait une aide sous forme de prestations d'assurance-invalidité, en raison d'un problème dégénératif au dos qui l'avait empêché de travailler, pour soutenir que la violation des droits des appelants garantis par l'art. 15 engendrée par le refus de l'allocation de conjoint est une atteinte minimale.

Dans le cas d'Egan et de Nesbit, le droit à l'assurance-invalidité n'a rien à voir avec leur qualité de couple, ni avec leur orientation sexuelle. L'aide est simplement conçue pour alléger les difficultés que vivent les personnes qui ne sont plus aptes au travail en raison d'une invalidité. En outre, alors que l'allocation de conjoint provient de la caisse fédérale, la prestation pour invalidité est versée par le gouvernement de la Colombie-Britannique. À mon sens, l'effet discriminatoire de la loi ne devrait pas être considéré comme étant une limite raisonnable du seul fait que le revenu total des appelants aurait été à peu près le même parce que Nesbit recevait une aide provinciale de supplément du revenu pour une raison totalement étrangère. Il n'y a pas de preuve que la loi provinciale créant le programme GAIN ait même été conçue en tenant compte de l'allocation de conjoint fédérale. Il n'y a

gate intent of the legislatures was to have denial of the spousal allowance for same-sex couples offset by the disability assistance. As pointed out by Linden J.A., the objectives of the GAIN disability income supplement are simply not co-extensive with those of the spousal allowance; in fact the benefits paid out under GAIN are not “substantially similar” to benefits paid under the spouse’s allowance program. It cannot be said that the *Guaranteed Available Income for Need Act* either attempts to or succeeds in “filling the gap” created by the denial of the spouse’s allowance benefits to lesbian and gay partners.

pas non plus de preuve que les législatures avaient pour objectif commun de contrebalancer l’inadmissibilité des couples de même sexe à l’allocation de conjoint par l’aide apportée aux personnes souffrant d’une invalidité. Ainsi que l’a souligné le juge Linden de la Cour d’appel fédérale, les objectifs des prestations d’invalidité en supplément du revenu versées sous le régime du GAIN n’ont simplement pas la même portée que ceux de l’allocation de conjoint; en fait, les prestations versées sous le régime du GAIN ne sont pas «très semblables» aux prestations versées en application du programme d’allocation de conjoint. On ne saurait dire que la *Guaranteed Available Income for Need Act* cherche ou même réussit à «combler le vide» laissé par le refus d’octroyer les allocations de conjoint aux partenaires gais et lesbiennes.

1995 CanLII 9600

201

If anything, as submitted by the Canadian Labour Congress, a recent series of modifications to provincial social assistance eligibility criteria is such that a large gap is being created in this supposedly co-extensive system. In many provinces, persons involved in same-sex cohabitations are no longer treated as “individuals” under social assistance legislation. However, the federal spousal allowance remains limited to opposite sex heterosexual couples. For the purposes of social assistance legislation such as GAIN, ss. 3(2) and 10 of the GAIN Regulations, B.C. Reg. 479/76, as amended, provide that the income of all “dependents” will be taken into account in determining eligibility for and the amount of assistance. “Dependents” include, as per s. 2(d), an individual who resides with another individual, sharing with that person income and household responsibilities associated with family living. This includes same-sex couples. Both the appellants and the respondent agreed, at the hearing of the appeal, as to the nature and timing (as of July 1992) of these changes in British Columbia. See also Sask. Reg. 78/66, as amended, under *The Saskatchewan Assistance Act*, R.S.S. 1978, c. S-8, as amended; N.B. Reg. 82-227, as amended, under the *Social Welfare Act*, R.S.N.B. 1973, c. S-11, as amended; Prince Edward Island *Welfare Assistance Act Regulations*,

Somme toute, comme le soutient le Congrès du travail du Canada, de récentes modifications aux critères d’admissibilité à l’aide sociale provinciale ont eu pour effet de former une grande brèche dans ce système qui a supposément la même portée. Dans beaucoup de provinces, les personnes qui vivent avec une personne de même sexe ne sont plus traitées comme des «particuliers» sous le régime de la loi sur l’aide sociale. En revanche, l’allocation de conjoint prévue par le gouvernement fédéral demeure limitée aux couples hétérosexuels. Aux fins d’une loi sur l’aide sociale comme GAIN, le par. 3(2) et l’art. 10 de son règlement d’application, B.C. Reg. 479/76, modifié, prévoient que le revenu de toutes les «personnes à charge» sera pris en compte pour déterminer l’admissibilité et le montant de l’aide fournie. Les «personnes à charge» comprennent, aux termes de l’al. 2d), la personne qui réside avec une autre personne et qui partage avec elle un revenu et des responsabilités liées à la vie familiale. Cela inclut les couples de même sexe. Les appelants et l’intimée se sont entendus, à l’audition du pourvoi, sur la nature et la date (juillet 1992) des modifications apportées en Colombie-Britannique. Voir également Sask. Reg. 78/66, modifié, pris sous le régime de la *Saskatchewan Assistance Act*, R.S.S. 1978, ch. S-8, modifiée; Règl. du N.-B. 82-227, modifié, pris sous le régime de la *Loi sur le bien-être social*, L.R.N.-B. 1973, ch. S-11, modifiée; les

EC746/84, under the *Welfare Assistance Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. W-3, as amended.

The following situation is created by all of this legislation: if Egan or Nesbit had been treated as dependents under GAIN (they were actually treated as single persons, since the dependent provision was not in force at the time Nesbit was between 60 and 64), they would have been economically worse off by being deprived of the spousal allowance. This is because Egan's income (i.e. old age pension) would be taken into account in determining Nesbit's eligibility for the GAIN payments. As a result, like a heterosexual spouse in the same position, Nesbit would not have received any GAIN payment but, unlike a heterosexual spouse, he would be deprived of the economic benefit of the spousal allowance. The Canadian Labour Congress also points out that, under s. 8 of the GAIN Regulations, an individual's assets could reduce entitlement to GAIN benefits in circumstances where the person, as long as she was involved in a heterosexual relationship, would still qualify for the spousal allowance. The co-extensive interrelationship of these pieces of legislation thus appears to be somewhat illusory. In my view, they are more disjointed than interconnected.

Furthermore, even if the provincial GAIN and the federal *Old Age Security Act* were part of the same overlapping legislative "scheme", this is not sufficient to ground a s. 1 justification. As held by La Forest J. in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, *supra*, at p. 42:

It is fair to take into account the possibility that a group deprived of benefits under one Act may be receiving equal, or even greater, benefits under another. . . . Still, I doubt whether the objective of fitting the Act within the government's particular legislative scheme of

Welfare Assistance Act Regulations, EC746/84, de l'Île-du-Prince-Édouard, pris sous le régime de la *Welfare Assistance Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. W-3, modifiée.

Toutes ces lois engendrent la situation suivante: si Egan ou Nesbit avaient été considérés comme étant une personne à charge sous le régime du GAIN (ils ont en fait été considérés comme étant des célibataires puisque la disposition relative aux personnes à charge n'était pas en vigueur à l'époque où Nesbit avait entre 60 et 64 ans), ils auraient été économiquement désavantagés du fait de leur inadmissibilité à l'allocation de conjoint. En effet, il serait tenu compte du revenu d'Egan (sa pension de sécurité de la vieillesse) pour déterminer l'admissibilité de Nesbit aux prestations versées sous le régime du GAIN. De ce fait, comme un conjoint hétérosexuel dans la même situation, Nesbit n'aurait reçu aucune prestation du GAIN mais, contrairement au conjoint hétérosexuel, il aurait été privé du bénéfice économique de l'allocation de conjoint. Le Congrès du travail du Canada souligne également qu'en application de l'art. 8 du Règlement d'application du GAIN, le droit aux bénéfices du GAIN d'une personne peut être réduit en fonction de ses avoirs dans des cas où pourvu qu'elle fasse partie d'une union hétérosexuelle, elle serait quand même admissible à l'allocation de conjoint. La portée commune de ces textes législatifs paraît donc être quelque peu illusoire. À mon avis, les programmes sont plus disjointes qu'ils sont liés.

En outre, même si le programme provincial GAIN et la *Loi (fédérale) sur la sécurité de la vieillesse* faisaient partie d'un «régime» législatif commun, il en faut davantage pour fonder une justification au regard de l'article premier. Ainsi que l'a conclu le juge La Forest dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, précité, à la p. 42:

Il est certes juste de tenir compte de la possibilité qu'un groupe privé de prestations en vertu d'une loi reçoive des prestations égales, ou même supérieures, en vertu d'une autre [. . .] Cependant, je ne suis pas certain que l'objectif d'harmoniser la loi avec le régime gouver-

202

1995 CanLII 98 (SCC)

203

social programs could, in itself, be sufficiently important to justify the infringement of a *Charter* right.

nemental de programmes sociaux puisse, en soi, suffire à justifier l'atteinte à un droit reconnu par la *Charte*.

204 In a manner similar to that noted by Cory J. in his reasons, I find myself uncomfortable with basing the constitutionality of federal legislation upon the actions of a provincial legislature over which Parliament has no control. The possibility arises that a federal initiative might be constitutional in certain provinces yet not in others. Such an approach undermines the effectiveness and uniformity of the *Charter*. Although there might be cases in which provincial legislation or law could be relied upon in preserving the constitutionality of federal legislation, this would only be in a situation where all of the provinces have specifically ensured that the discriminatory effect of federal legislation be eliminated through provincial enactments or law. Such is clearly not the situation in the case at bar.

Dans le même sens que ce qu'a signalé le juge Cory dans ses motifs, j'hésite à fonder la constitutionnalité d'une loi fédérale sur les actions d'un gouvernement provincial sur lesquelles le Parlement n'a aucune emprise. Il se peut qu'un programme fédéral soit constitutionnel dans certaines provinces tout en ne l'étant pas dans d'autres. Une telle démarche attaque l'efficacité et l'uniformité de la *Charte*. Si l'on peut parfois invoquer la législation ou le droit provincial pour maintenir la constitutionnalité d'une loi fédérale, cela ne peut se produire que lorsque toutes les provinces ont explicitement garanti que l'effet discriminatoire de la loi fédérale est éliminé par le droit ou des textes de lois provinciaux. Ce n'est manifestement pas le cas en l'espèce.

205 Furthermore, given the fact that the GAIN and spousal allowance programs are clearly not, in intent or by effect, co-extensive, the present case can be distinguished from the majority's comments in *Symes*, *supra*. In *Symes* (at p. 773), it was noted that, under a s. 1 analysis, it is important to consider the operation of the impugned legislation (i.e. the *Income Tax Act's* refusal to permit child-care expenses to be deducted as business expenses) in light of the operation of other governmental systems relating to child care. In the case at bar, the GAIN disability or other provincial social assistance legislation has no relation to the spousal allowance. There is no dovetailing, nor any incorporation by the impugned federal law of the provincial scheme or, for that matter, vice versa.

De plus, étant donné que le programme GAIN et le programme d'allocation de conjoint n'ont manifestement pas, ni dans l'intention, ni dans la pratique, la même portée, on peut distinguer la présente affaire des commentaires de la majorité dans l'arrêt *Symes*, précité. Dans cette affaire (à la p. 773), on a indiqué que, dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier, il est important de considérer l'application de la loi contestée (c'est-à-dire l'interdiction, prévue dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de déduire les frais de garde d'enfants comme dépenses d'entreprise) à la lumière de l'application d'autres régimes gouvernementaux liés à la garde d'enfants. En l'espèce, l'aide apportée en matière d'invalidité sous le régime du GAIN ou d'autres lois provinciales relatives à l'aide sociale n'a aucun lien avec l'allocation de conjoint. Le régime provincial ne se rattache pas à la loi fédérale contestée et n'y est pas incorporé et, quant à cela, l'inverse est également vrai.

206 At this point, it is important to emphasize that, although the appellants may have financially benefited from governmental generosity because of Nesbit's unfortunate health situation, not all same-sex couples discriminatorily denied the spousal allowance are in a similar position. As between a heterosexual and homosexual couple without any

À ce stade-ci, il importe de souligner que, bien que les appelants aient pu financièrement bénéficier de la générosité gouvernementale en raison du mauvais état de santé de Nesbit, les couples de même sexe auxquels, de façon discriminatoire, est niée l'allocation de conjoint, ne sont pas tous dans une situation semblable. Si on prend le couple

other governmental assistance sufficient to increase their incomes past the eligibility criteria of the spousal allowance, the homosexual couple, based on the irrelevancy of their sexual orientation, would be denied the benefit the heterosexual couple would receive. It is important to keep this broader perspective in mind.

In conclusion, I repeat the following passage from the judgment of Martin J. at trial (at p. 698):

Either the [appellants] are entitled to claim the spouse's allowance or they are not. The fact that the [appellants] have claimed under a provincial social assistance plan and have received payments in excess of those which they would have received under the federal spouse's allowance had they been treated as spouses under that latter program is not relevant to the question of their entitlement.

The fact that Nesbit may by default claim support because of a physical disability is not a reasonable alternative minimizing the infringement of the appellants' s. 15 rights.

(iii) The Attainment of the Legislative Goal Is Not Outweighed by the Abridgement of the Right

The importance of providing relief to some elderly couples does not justify an infringement of the equality rights of the elderly couples who do not benefit for constitutionally irrelevant reasons. I echo the finding of Linden J.A. in dissent in the court below (at p. 449):

The effect of section 2 of the *Old Age Security Act* is to deny equal benefit of the law to gay and lesbian partners by denying them spouse's allowance benefits completely. This is not an instance in which a Charter right is marginally affected. The violation in this case is clear and direct. And, as important as providing these benefits to heterosexual partners may be, the denial of those benefits to gay and lesbian partners can be no less significant. Thus, the effects of the measure on the right

hétérosexuel et le couple homosexuel ne recevant aucune autre aide gouvernementale permettant d'accroître ses revenus au-delà du montant qui forme le critère d'admissibilité à l'allocation de conjoint, le couple homosexuel se verrait refuser le bénéfice accordé au couple hétérosexuel pour le motif non pertinent de son orientation sexuelle. Il est important de ne pas perdre de vue cette perspective d'ensemble.

Pour conclure, je reprends le passage suivant des motifs du juge Martin au procès (à la p. 698):

Ou les [appelants] sont fondés à réclamer l'allocation de conjoint ou ils ne le sont pas. Que les [appelants] se soient prévalus du régime provincial d'assistance sociale et qu'ils aient reçu des prestations supérieures à celles qu'ils auraient touchées au titre de l'allocation de conjoint s'ils avaient été considérés comme «conjoints» au regard de ce régime n'a rien à voir avec la question de leur droit en la matière.

Le fait que Nesbit puisse par défaut se prévaloir d'un régime d'assistance en raison d'une incapacité physique ne constitue pas une solution de rechange raisonnable qui minimise l'atteinte aux droits garantis aux appelants par l'art. 15.

(iii) L'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif

L'importance de fournir une assistance à certains couples âgés ne justifie pas la violation des droits à l'égalité des couples âgés qui ne bénéficieraient pas de cette aide pour des raisons constitutionnelles non pertinentes. Je fais miens les propos du juge Linden, dissident en Cour d'appel (à la p. 449):

L'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* a pour effet de dénier le même bénéfice de la loi aux membres d'unions de gais ou de lesbiennes en leur refusant complètement l'allocation de conjoint. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où un droit garanti par la Charte n'est que marginalement affecté. La violation est claire et directe en l'espèce. Et, aussi important que soit l'octroi de l'allocation aux membres d'unions hétérosexuelles, le refus d'accorder la même allocation aux membres d'unions de gais ou de lesbiennes n'en est pas moins important. Ainsi donc, les effets de la mesure

to receive benefits are not proportional to the objective of the legislation.

attaquée sur le droit de recevoir des prestations ne sont pas proportionnés à l'objectif de la loi.

210

The only way that, at a conceptual level, this aspect of the *Oakes* test might be satisfied in the appeal at bar is if the purpose of the legislation would be construed as ameliorating the situation and fostering the existence of elderly heterosexual couples only. Neither the appellants nor the respondent suggest that this amounts to the purpose of the legislation. The interveners Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE), however, do offer such a suggestion. It is clear that, were this to be the goal of the legislation, such a goal would itself be discriminatory. The law in this area is unequivocal: a constitutionally impermissible purpose will not save a law under s. 1 of the *Charter*: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. Such a goal simply cannot be construed as pressing or substantial.

Au niveau conceptuel, ce volet du critère formulé dans *Oakes* ne pourrait être respecté en l'espèce que si l'objectif de la loi était interprété de manière à améliorer la situation et à favoriser l'existence des couples hétérosexuels âgés seulement. Ni les appelants ni l'intimée n'affirment qu'il s'agit là de l'objectif de la loi. C'est toutefois ce que l'intervenant Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE) soutient. Il est évident que, si c'était là l'objectif de la loi, il serait en lui-même discriminatoire. Le droit en cette matière est sans équivoque: l'objectif inconstitutionnel ne pourra pas sauvegarder une loi au regard de l'article premier de la *Charte*: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. On ne peut tout simplement pas considérer un tel objectif comme se rapportant à des préoccupations urgentes ou réelles.

211

On a broader note, it eludes me how according same-sex couples the benefits flowing to opposite-sex couples in any way inhibits, dissuades or impedes the formation of heterosexual unions. Where is the threat? In the absence of such a threat, the denial of the s. 15 rights of same-sex couples is anything but proportional to the policy objective of fostering heterosexual relationships. In dissenting reasons in *Mossop*, *supra*, at p. 634, L'Heureux-Dubé J. made the following observation, which I believe to be on point:

Plus généralement, je n'arrive pas à comprendre comment l'octroi aux couples de même sexe de bénéfices auxquels ont droit les couples de sexe opposé gêne, dissuade ou empêche de quelque façon la formation d'unions hétérosexuelles. Où se trouve la menace? En l'absence de pareille menace, la restriction des droits garantis par l'art. 15 aux couples de même sexe est tout, sauf proportionnelle à l'objectif de la politique qui consiste à protéger les unions hétérosexuelles. Dissidente dans l'arrêt *Mossop*, précité, le juge L'Heureux-Dubé a exprimé à la p. 634 l'opinion suivante, qui, à mon avis, est à propos:

It is possible to be pro-family without rejecting less traditional family forms. It is not anti-family to support protection for non-traditional families. The traditional family is not the only family form, and non-traditional family forms may equally advance true family values.

On peut être en faveur de la famille sans rejeter pour autant les types de familles moins traditionnels. Ce n'est pas attaquer la famille que d'appuyer la protection des familles non traditionnelles. La famille traditionnelle n'est pas le seul type de famille, et les types de familles non traditionnels peuvent aussi véhiculer de véritables valeurs familiales.

See also Nitya Duclos, "An Argument for Legal Recognition of Same Sex Marriage", in Carol Rogerson, *Family Law Cases and Materials 1991-92*, Faculty of Law, University of Toronto, vol. I, at p. 194; Margrit Eichler, *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences* (2nd ed. 1988).

Voir également Nitya Duclos, «An Argument for Legal Recognition of Same Sex Marriage», dans Carol Rogerson, *Family Law Cases and Materials 1991-92*, Faculté de droit, Université de Toronto, vol. I, à la p. 194; Margrit Eichler, *Families in Canada Today: Recent Changes and Their Policy Consequences* (2^e éd. 1988).

I also note, as does Cory J. in his reasons in the present case, that the issue before us is whether the *Charter* mandates that same-sex couples be accorded the benefit of the spousal allowance. Despite suggestions by the respondent and the interveners the Attorney General of Quebec and the Inter-Faith Coalition on Marriage and the Family, the facts of this case do not require us to explore whether same-sex couples ought to be constitutionally entitled to adopt children or get married, or whether benefits given to heterosexual families in recognition of having children violate the *Charter*. Nor do I have to consider whether other cohabitation arrangements (brother-sister, two friends, uncle-nephew) ought to be entitled to state benefits. These issues are not raised by this appeal. Should such claims arise in the future, they will be evaluated on their own merits, both in terms of s. 15 as well as s. 1 analysis.

Since preparing these reasons, I have read the reasons of my colleague, Justice Sopinka. I note that, although he finds the impugned statute to violate the appellants' equality rights, he finds this violation to be justifiable in a free and democratic society under s. 1. In reaching this conclusion, he relies heavily on select passages from this Court's judgment in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at pp. 317-19, *per* La Forest J. *McKinney* involved a s. 15 challenge launched by several professors to a university's mandatory retirement policy and a provision in the Ontario *Human Rights Code* which limited the protection of the *Code* in the area of employment to those under 65. These passages from *McKinney* may seem to support the extremely deferential approach to s. 1 adopted by Sopinka J. However, a close examination of the *McKinney* decision reveals that La Forest J.'s comments therein can be said to be limited to *Charter* review of provincial human rights legislation governing private relations only. At page 318 of *McKinney*, immediately before one

Je remarque également, comme le fait le juge Cory, qu'il s'agit en l'espèce de savoir si la *Charte* rend obligatoire l'octroi de l'allocation de conjoint aux couples de même sexe. En dépit des prétentions de l'intimée et des intervenants le procureur général du Québec et l'Inter-Faith Coalition on Marriage and the Family, les faits de la présente affaire ne nous obligent pas à déterminer si les couples de même sexe doivent avoir le droit constitutionnel d'adopter des enfants ou de se marier, ou si les bénéfices accordés aux familles hétérosexuelles en reconnaissance du fait qu'ils ont des enfants, viole la *Charte*. Je n'ai pas non plus à considérer si d'autres personnes vivant ensemble (un frère et sa sœur, deux amis, un oncle et son neveu) doivent pouvoir jouir des bénéfices offerts par l'État. Ces questions ne sont pas soulevées dans le présent pourvoi, et si elles se posaient dans l'avenir, elles seraient jugées selon leur mérite, dans le cadre tant de l'art. 15 que de l'analyse fondée sur l'article premier.

Depuis la rédaction de mes motifs, j'ai lu ceux de mon collègue le juge Sopinka. Je remarque que, bien qu'il conclue que la loi contestée viole les droits à l'égalité des appelants, il estime que, dans une société libre et démocratique, cette violation est justifiée au regard de l'article premier. Pour tirer cette conclusion, il s'appuie fortement sur certains passages des motifs du juge La Forest dans l'arrêt de notre Cour *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, aux pp. 317 à 319. Dans cette affaire, des professeurs ont invoqué l'art. 15 pour contester la politique de retraite obligatoire alors en vigueur à l'université et une disposition du *Code des droits de la personne* de l'Ontario qui restreignait la protection du *Code* dans le domaine de l'emploi aux personnes âgées de moins de 65 ans. Ces passages de l'arrêt *McKinney* peuvent sembler justifier la retenue extrême dont le juge Sopinka fait preuve à l'égard de l'article premier. Toutefois, un examen attentif de *McKinney* révèle que les commentaires du juge La Forest dans cette affaire s'appliquent uniquement à l'examen fondé sur la *Charte* de lois provinciales sur les droits de la personne qui régissent des rapports à caractère privé seulement. À la page 318 de l'arrêt *McKinney*, immédiatement avant l'un des

of the passages cited by Sopinka J., the following appears:

The *Charter*, we saw earlier, was expressly framed so as not to apply to private conduct. It left the task of regulating and advancing the cause of human rights in the private sector to the legislative branch. This invites a measure of deference for legislative choice. As counsel for the Attorney General for Saskatchewan colourfully put it, this "should lead us to ensure that the Charter doesn't do through the back door what it clearly can't do through the front door".

passages qu'a cités le juge Sopinka, le juge La Forest écrit:

Nous avons vu déjà que la *Charte* a été expressément conçue de façon à ne pas s'appliquer aux actions privées. Elle remet entre les mains du pouvoir législatif la tâche de réglementer et de promouvoir la cause des droits de la personne dans le secteur privé. Cela incite à faire preuve d'une certaine retenue à l'égard du choix du législateur. Comme le substitut du procureur général de la Saskatchewan l'a dit, [TRADUCTION] «cela devrait nous inciter à veiller à ce que la Charte ne fasse indirectement ce qui lui est clairement interdit de faire directement».

214 Furthermore, I find that the context of *McKinney* is wholly distinguishable from the present appeal. This appeal involves a closely held personal characteristic (potentially only shared by a minority) upon which a distinction is drawn without the array of competing interests that animated the s. 1 analysis in *McKinney*. The only competing interest in the case at bar is budgetary in nature. The abolition of a mandatory retirement age, on the other hand, affects many factors, including: the entire composition of the workforce; the ability of younger people to secure jobs; access to university resources; promotion of academic freedom, excellence and renewal; collective bargaining rights; and the structure of pension plans.

Par ailleurs, le contexte de l'arrêt *McKinney* est à mon avis, complètement différent du présent pourvoi. En l'espèce, il est question d'une caractéristique des plus personnelle (susceptible de n'être partagée que par une minorité) sur le fondement de laquelle est établie une distinction, sans les nombreux intérêts opposés qui, dans *McKinney*, ont dû être considérés dans l'analyse fondée sur l'article premier. Le seul intérêt opposé dans l'affaire qui nous occupe est de nature budgétaire, alors que l'abolition de l'âge de la retraite obligatoire a des répercussions sur de nombreux facteurs, notamment, toute la composition de la main-d'œuvre, la capacité des jeunes d'obtenir un emploi, l'accès aux ressources universitaires, la promotion de la liberté académique, l'excellence et le renouvellement, la négociation collective des droits et la structure des régimes de pension.

215 However, what causes me greater concern is my colleague's position that, because the prohibition of discrimination against gays and lesbians is "of recent origin" and "generally regarded as a novel concept" (p. 576), the government can be justified in discriminatorily denying same-sex couples a benefit enuring to opposite-sex couples. Another argument he raises is that the government can justify discriminatory legislation because of the possibility that it can take an incremental approach in providing state benefits.

Je suis cependant davantage préoccupé par la position de mon collègue, qui soutient que, parce que l'interdiction de discrimination à l'égard des gais et lesbiennes est «récente» et «est encore perçue en général comme un concept nouveau» (p. 576), le gouvernement est justifié de nier de façon discriminatoire aux couples de même sexe un bénéfice qu'il accorde aux couples de sexe opposé. Il fait également valoir que le gouvernement peut justifier une loi discriminatoire en raison de son pouvoir d'accorder des bénéfices de façon progressive.

216 With respect, I find both of these approaches to be undesirable. Permitting discrimination to be justified on account of the "novelty" of its prohibi-

En toute déférence, ces deux arguments ne sauraient être retenus. Permettre que la discrimination soit justifiée du fait de la «nouveau» de son inter-

tion or on account of the need for governmental “incrementalism” introduces two unprecedented and potentially undefinable criteria into s. 1 analysis. It also permits s. 1 to be used in an unduly differential manner well beyond anything found in the prior jurisprudence of this Court. The very real possibility emerges that the government will always be able to uphold legislation that selectively and discriminatorily allocates resources. This would undercut the values of the *Charter* and belittle its purpose. I also find that many of the concerns raised by Sopinka J. — such as according the legislature some time to amend discriminatory legislation — ought to inform the remedy, and should not serve to uphold or legitimize discriminatory conduct: *Schachter*, *supra*.

Remedy

Having found s. 2 of the *Old Age Security Act* to be unconstitutional, I now turn to the issue of remedy under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The decision of this Court in *Schachter*, *supra*, leaves the Court with several options: (1) the Court may strike down the legislation, thereby scuttling the spousal allowance; or (2) the Court may strike down yet suspend that declaration for a specific period of time so that the government may enact a constitutionally legitimate spousal allowance program; or (3) given the discretion to intervene only “to the extent of the inconsistency”, the Court may “read in” or “read out/read down” the impugned legislation, either immediately or under a suspensive declaration.

The appellants request a remedy akin to the third option above. They pray this Court to:

declar[e] that for the purpose of section 2 of the *Act* the definition of “spouse” should be read down by deleting the words “of the opposite sex” and reading in the words “or as an analogous relationship” after the words

diction ou de la nécessité pour le gouvernement d’agir «progressivement» introduit dans l’analyse relative à l’article premier deux critères sans précédent qui risquent d’être impossibles à circonscrire. En outre, cela permet de faire preuve à l’égard de l’article premier d’une retenue excessive qui va bien au-delà de ce que l’on peut constater dans la jurisprudence de notre Cour. Il en découle le risque très réel que le gouvernement soit toujours en mesure de maintenir une loi qui prévoit une allocation sélective et discriminatoire des ressources, ce qui aurait pour effet de miner les valeurs de la *Charte* et son objectif. J’estime également que nombre des considérations exprimées par le juge Sopinka — comme le fait d’accorder à la législature le temps de modifier ses lois discriminatoires — doivent inspirer la réparation sans permettre qu’un comportement discriminatoire soit maintenu ou légitimé: *Schachter*, précité.

Réparation

Puisque l’art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est à mon avis inconstitutionnel, je dois maintenant me pencher sur la réparation qui convient en application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La décision de notre Cour dans *Schachter*, précité, ouvre la porte à plusieurs options: (1) la Cour peut annuler la loi, en mettant ainsi fin à l’allocation de conjoint; (2) elle peut annuler la loi et suspendre temporairement l’effet de la déclaration d’invalidité afin que le gouvernement puisse adopter un programme d’allocation de conjoint constitutionnel; (3) étant donné son pouvoir discrétionnaire de n’intervenir que relativement aux «dispositions incompatibles», la Cour peut appliquer à la loi contestée les techniques d’«interprétation large» ou d’«interprétation atténuée» soit immédiatement, soit dans le cadre d’une suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité.

Les appelants demandent une réparation qui s’apparente à la troisième option. Ils demandent à notre Cour de rendre une ordonnance:

[TRADUCTION] déclarant qu’aux fins de l’article 2 de la *Loi*, la définition de «conjoint» se lise comme si les mots «de sexe opposé» étaient supprimés et les mots «ou comme étant dans une union analogue» étaient

“if the two persons publicly represent themselves as husband and wife”;

ajoutés après le membre de phrase «pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme»;

The reading out of the “opposite sex” requirement would ensure that same-sex couples are entitled to benefit from the legislation and reading in “or as an analogous relationship” means they can demonstrate their eligibility without having to misrepresent their relationship as being “of husband and wife”.

La suppression de l'exigence relative au «sexe opposé» permettrait que les couples de même sexe aient droit au bénéfice de la loi, et l'ajout des mots «ou comme étant dans une union analogue» leur permettrait de démontrer leur admissibilité sans avoir à faire de fausses déclarations quant à leur union en se disant «mari et femme».

Although the appellants' request is ambitious, I would grant it. The only proviso is that the remedy be temporarily suspended for one year so that Parliament can itself attend to ensuring that the spousal allowance be distributed to same-sex couples. Should Parliament not do so in a constitutionally satisfactory manner within this time frame, the appellants' construction of s. 2 shall be read into the Act. The granting of the appellants' request for remedy is consonant with the principles of “reading in” developed by this Court in *Schachter*.

Bien que la demande des appelants soit ambitieuse, je suis d'avis d'y faire droit. La seule réserve tient en ce que l'effet de la réparation soit suspendu pendant un an afin que le législateur puisse lui-même voir à ce que l'allocation de conjoint soit accordée aux couples de même sexe. Si le législateur ne le fait pas d'une manière satisfaisante sur le plan constitutionnel dans ce délai, l'interprétation de l'art. 2 avancée par les appelants sera intégrée à la Loi. La réponse favorable à la demande de réparation des appelants est conforme aux principes d'«interprétation large» élaborés par notre Cour dans *Schachter*.

In *Schachter*, Lamer C.J. noted that the first step in choosing a remedial course under s. 52 is to define the extent of the inconsistency which must be struck down. In the case at bar, I am faced with a situation where the purpose of the legislation is valid. Its inability to pass constitutional muster stems from the fact that it is underinclusive, and this underinclusiveness emanates from an exclusionary distinction based on the irrelevant ground of sexual orientation.

Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer a fait remarquer que, pour déterminer une mesure de réparation sous le régime de l'art. 52, la première étape consiste à circonscrire l'étendue de l'incompatibilité qui doit être éliminée. En l'espèce, l'objectif de la loi est valide. Son échec au test constitutionnel est dû au fait qu'elle est trop limitative, et cette trop grande limitation est le résultat d'une distinction qui a pour effet d'exclure certaines personnes sur le fondement non pertinent de leur orientation sexuelle.

Having isolated the nub of the constitutional inconsistency, I must determine whether it is appropriate to apply the “reading in” approach. Totally invalidating the spousal allowance simply because it is underinclusive legislation would make little sense. In fact, to borrow the Chief Justice's language from *Schachter*, it would be “absurd” (p. 721), nothing short of “equality with a vengeance” (p. 702). Instead, this appears to be a case in which the offending portion of the statute (the “opposite-sex requirement”) can be defined in

Ayant cerné le nœud de l'incompatibilité constitutionnelle, je dois déterminer s'il convient d'appliquer la méthode de l'«interprétation large». Invalidier entièrement l'allocation de conjoint simplement parce que la loi est trop limitative ne serait guère logique. En fait, pour emprunter les termes du Juge en chef dans *Schachter*, ce serait «absurde» (p. 721), et il s'agirait de rien de moins qu'une «égalité avec vengeance» (p. 702). Il paraît plutôt s'agir en l'espèce d'un cas où la partie fautive de la loi (l'«exigence relative au sexe

a limited manner and, consequently, it is consistent with legal principles to declare inoperative only that limited portion. After all, as noted by the Chief Justice at p. 721 of the *Schachter* decision:

Cases involving positive rights [i.e. the conferral of benefits] are more likely to fall into the remedial classification of reading down/reading in. . . .

Upon closer perusal of the criteria established by *Schachter*, it becomes apparent that there is no reason to deny the appellants' request to both read in and read out:

- (i) There is "remedial precision" in so far as the insertion of a handful of words can ensure the validity of the legislation and remedy the constitutional wrong.
- (ii) Reading same-sex couples into the statutory definition would not trench upon the goal of the spousal allowance nor interfere with the legislative objective; in fact, it would better promote the attainment of this goal.
- (iii) There would be no deleterious effect whatsoever on the thrust of the legislation; in other words, heterosexual couples would still acquire the same benefits in the same way that they had before the reading in. Thus, it can be concluded that Parliament, if faced with the choice of not having a spousal allowance program or one that extends to same-sex couples, would have chosen the latter. The legislation has not been changed so markedly that it cannot be assumed that the legislature would not have enacted it. On this point, Linden J.A. noted in the court below that old age security and the spousal allowance were significant and durable aspects of Canadian society. According to the *Schachter* test, such a finding strengthens the assumption that the legislation would have been enacted without the impermissible omission (at p. 712).
- (iv) I would dispel the concerns regarding the budgetary considerations that may arise by

opposé») peut être isolée, si bien qu'il est permis, suivant les principes juridiques, de déclarer inopérante cette seule partie. Après tout, comme l'a fait remarquer le Juge en chef à la p. 721 de *Schachter*:

La violation de droits positifs [c'est-à-dire l'octroi de bénéfices] donnera plus probablement lieu aux mesures correctives de l'interprétation atténuée ou large . . .

Si on examine de plus près les critères formulés dans *Schachter*, on peut se rendre compte qu'il n'y a pas de raison de rejeter la demande des appelants de recourir à l'interprétation atténuée et à l'interprétation large:

- (i) La mesure corrective est précise dans la mesure où l'insertion d'une poignée de mots peut garantir la validité de la loi et remédier au tort constitutionnel.
- (ii) Ajouter les couples de même sexe dans la définition législative n'empiéterait pas sur l'objectif de l'allocation de conjoint ni ne porterait atteinte à l'objectif législatif; en fait, cela contribuerait davantage à réaliser cet objectif.
- (iii) Il n'y aurait aucun effet préjudiciable sur la vocation de la loi; en d'autres termes, les couples hétérosexuels obtiendraient encore les mêmes bénéfices de la même façon qu'ils les obtenaient avant l'ajout des mots. Aussi peut-on conclure que, s'il avait eu à choisir de n'avoir aucun programme d'allocation de conjoint ou d'en avoir un qui s'étende aux couples de même sexe, le législateur aurait opté pour cette dernière solution. La loi n'a pas été modifiée de façon si importante que l'on ne puisse présumer que le législateur ne l'aurait pas adoptée. À cet égard, le juge Linden de la Cour d'appel fédérale a indiqué que la sécurité de la vieillesse et l'allocation de conjoint étaient des éléments importants et durables de la société canadienne. Suivant le critère établi dans *Schachter*, pareille conclusion renforce l'hypothèse que la loi aurait été adoptée sans l'omission inacceptable (à la p. 712).
- (iv) J'écarterais les préoccupations relatives aux considérations économiques que peut susciter

“reading in” in the instant case by affirming the reasons of Linden J.A. (at p. 454):

l’interprétation large en l’espèce en confirmant les motifs du juge Linden (à la p. 454):

The evidence submitted to the Court regarding the cost of extending benefits to eligible gay and lesbian partners was equivocal at best. Information about the number of interdependent gay and lesbian relationships and the financial circumstances of those relationships is lacking. There is, however, enough information to allow us to conclude that extending benefits to eligible lesbian and gay partners would not involve a significant intrusion into Parliament’s budgetary decision-making.

Les preuves et témoignages produits au sujet du coût de l’extension des prestations aux membres d’unions de gais et de lesbiennes étaient, au mieux, équivoques. On manque d’information sur le nombre des unions interdépendantes de gais et de lesbiennes, ainsi que sur leur situation financière. Il y a cependant suffisamment d’informations pour nous permettre de conclure qu’étendre le bénéfice de l’allocation aux membres d’unions de lesbiennes ou de gais ne signifierait pas un empiètement notable sur le pouvoir de décision financière du Parlement.

224

On a final note, I am buttressed in my conclusion by the fact that the “reading in” approach has already been used in Canada to remedy underinclusive opposite-sex definitions of “spouse” in benefit-conferring legislation. In *Knodel, supra*, Rowles J. (as she then was) was faced with a remedial question identical to that before us (involving the underinclusiveness of s. 2.01 of the *Medical Services Act Regulations*, B.C. Reg. 144/68, as amended). She elected not to strike down under s. 52(1). Her remedy was to use s. 52(1) to insert same-sex couples into the statutory definition. It is also interesting to note that in *Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245 (Gen. Div.), aff’d (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.), and *Vriend v. Alberta, supra*, courts read “sexual orientation” into human rights legislation. In fact, in *Haig* the Ontario Court of Appeal remarked (at p. 508) that it was

Enfin, ma conclusion est confortée par le fait que la méthode d’«interprétation large» a déjà été utilisée au Canada pour corriger, dans des lois conférant des bénéfices, des définitions de «conjoint» qui se limitaient au sexe opposé. Dans *Knodel*, précité, le juge Rowles (maintenant juge de la Cour d’appel) était saisie d’une demande de réparation identique à celle qui nous est soumise (mettant en cause la nature limitative de l’art. 2.01 de la *Medical Services Act Regulations*, B.C. Reg. 144/68, modifiée). Elle a choisi de ne pas annuler la disposition en application du par. 52(1). Elle a plutôt utilisé cette disposition pour inclure les couples de même sexe dans la définition législative. Il est également intéressant de remarquer que, dans *Haig c. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245 (Div. gén.), conf. par (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.), et *Vriend c. Alberta*, précité, les tribunaux ont ajouté «orientation sexuelle» dans les lois relatives aux droits de la personne. En fait, dans *Haig*, la Cour d’appel de l’Ontario a signalé qu’il était (à la p. 508):

inconceivable . . . that Parliament would have preferred no human rights Act over one that included sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. To believe otherwise would be a gratuitous insult to Parliament.

[TRADUCTION] . . . inconcevable que le législateur aurait préféré qu’il n’y ait pas de loi sur les droits de la personne plutôt que d’en avoir une qui ajoute l’orientation sexuelle à la liste des motifs de discrimination illicites. Conclure autrement serait un affront gratuit au législateur.

225

Given this judicial authority, I do not hesitate to follow Rowles J.’s approach to read same-sex couples into a statutory definition according benefits to spouses. Nor did Lamer C.J. in *Schachter* hesitate to look approvingly upon the *Knodel* decision, as is demonstrated from the following pas-

Compte tenu de cette jurisprudence, je n’hésite pas à suivre la solution du juge Rowles et d’ajouter les couples de même sexe à la définition législative qui accorde des bénéfices aux conjoints. Le juge en chef Lamer n’a pas hésité non plus dans *Schachter*, précité, à approuver la décision rendue

sage, which is directly applicable to the case at bar, at pp. 711-12:

In cases where the issue is whether to extend benefits to a group not included in the statute, the question of the change in significance of the remaining portion sometimes focuses on the relative size of the two relevant groups. For instance, in *Knodel*, *supra*, Rowles J. extended the provision of benefits to spouses to include same-sex spouses. She considered this course to be far less intrusive to the intention of the legislature than striking down the benefits to heterosexual spouses since the group to be added was much smaller than the group already benefitted (at p. 391):

In the present case, it would clearly be far more intrusive to strike the legislation and deny the benefits to the individuals receiving them than it would be to extend the benefits to the small minority who demonstrated their entitlement to them.

...

Where the group to be added is smaller than the group originally benefitted, this is an indication that the assumption that the legislature would have enacted the benefit in any case is a sound one.

The grant of the one-year suspension flows from the fact that the extension of the spousal allowance, while certainly a legal issue, is also a concern of public policy. In this respect, some latitude ought to be given to Parliament to address the issue and devise its own approach to ensuring that the spousal allowance be distributed in a manner that conforms with the equality guarantees of the *Charter*. I am particularly concerned by the fact that, as mentioned in the earlier discussion regarding the GAIN legislation, the clash between federal and provincial approaches to same-sex eligibility for programs can result (and presently results) in many gay and lesbian households "falling through the cracks". Making incremental changes to the allocation of benefits to same-sex spouses without any effort at co-ordinating the responses of all governments to these changes can result in the

dans *Knodel*, comme en fait foi le passage suivant, qui s'applique directement à l'espèce (aux pp. 711 et 712):

Lorsqu'il s'agit de savoir si l'on doit accorder des bénéfices à un groupe non inclus dans la loi, la question du changement de sens du reste de la loi tourne parfois autour de la taille relative des deux groupes pertinents. Par exemple, dans l'arrêt *Knodel*, précité, le juge Rowles a élargi la prestation de bénéfices aux conjoints pour inclure les conjoints du même sexe. À son avis, cette mesure empiétait moins sur l'intention législative que l'annulation des bénéfices accordés aux conjoints hétérosexuels puisque le groupe à ajouter était beaucoup moins important que le groupe existant de bénéficiaires (à la p. 391):

[TRADUCTION] En l'espèce, annuler la loi et refuser les prestations aux personnes qui les reçoivent déjà constituerait un empiètement beaucoup plus important qu'octroyer ces bénéfices à la faible minorité de personnes qui ont établi qu'elles y avaient droit.

...

Si le groupe à ajouter est numériquement moins important que le groupe initial de bénéficiaires, c'est une indication que la supposition que le législateur aurait de toute façon adopté le bénéfice est fondée.

La suspension d'un an est nécessaire parce que, s'il pose certainement une question juridique, l'élargissement de la portée de l'allocation de conjoint est également une question d'intérêt public. À cet égard, il y a lieu de laisser au législateur une certaine latitude afin qu'il se penche sur la question et conçoive sa propre méthode pour permettre que l'allocation de conjoint soit distribuée d'une manière compatible avec les droits à l'égalité garantis par la *Charte*. Je suis particulièrement préoccupé par le fait que, comme on l'a mentionné dans l'analyse précédente sur la loi relative au GAIN, la discordance des positions fédérale et provinciale quant à l'admissibilité des couples de même sexe aux programmes puisse faire en sorte (et fait effectivement en sorte) que de nombreux couples de gais ou de lesbiennes ne sont couverts par aucun régime. Ouvrir l'allocation de bénéfices aux conjoints de même sexe en l'absence de tout effort pour concerter la réponse de tous les gouvernements à ces changements peut engendrer la

very real possibility of economic loss befalling such couples.

possibilité très réelle que ces couples subissent une perte économique.

227

To this end, according the federal government a one-year period in which to amend the legislation will give both levels of government time to co-ordinate and harmonize their approaches to same-sex benefits, bearing in mind the reality that distinctions based on sexual orientation run the very real risk of offending the *Charter*. This "grace period" can ensure that a consistent approach to same-sex benefits be developed. However, in specifying this outer limit to the suspensive declaration, I draw once again from the words of the Chief Justice in *Schachter*, at p. 716:

A delayed declaration is a serious matter from the point of view of the enforcement of the *Charter*. A delayed declaration allows a state of affairs which has been found to violate standards embodied in the *Charter* to persist for a time despite the violation. There may be good pragmatic reasons to allow this in particular cases. However, reading in is much preferable where it is appropriate, since it immediately reconciles the legislation in question with the requirements of the *Charter*.

À cette fin, le délai d'un an accordé au gouvernement fédéral pour modifier la loi laissera aux deux paliers de gouvernement le temps de coordonner et d'harmoniser leurs positions quant aux bénéfices accordés aux couples de même sexe, tout en ayant à l'esprit le fait que les distinctions fondées sur l'orientation sexuelle risquent fort de porter atteinte à la *Charte*. Ce «délai de grâce» permettra l'élaboration d'une politique uniforme relativement aux bénéfices accordés aux couples de même sexe. Toutefois, en assortissant la déclaration suspensive de ce délai, je m'inspire encore une fois des propos du Juge en chef dans *Schachter*, à la p. 716:

Une suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité est une question sérieuse du point de vue de l'application de la *Charte*, car on se trouve alors à permettre que se perpétue pendant un certain temps une situation qui a été jugée contraire aux principes consacrés dans la *Charte*. Il peut exister de bonnes raisons pragmatiques d'autoriser cet état de choses dans des cas particuliers. Toutefois, l'interprétation large est de beaucoup préférable dans les cas appropriés puisqu'elle permet d'harmoniser immédiatement la loi en question avec les exigences de la *Charte*.

228

The appellants also seek an individual remedy, namely the retroactive receipt of the spousal allowance. I would not grant this relief. Under the circumstances, the appropriate remedy is to grant the suspensive declaration as outlined above.

Les appelants demandent également une réparation individuelle, soit le versement rétroactif de l'allocation de conjoint. Je suis d'avis de refuser cette demande. Dans les circonstances, la réparation qui convient est de suspendre l'effet de la déclaration comme je l'ai exposé précédemment.

Conclusions and Disposition

Conclusions et dispositif

229

For the reasons set out by Cory J., I find that the exclusion of same-sex couples from eligibility for the spousal allowance amounts to a violation of s. 15 of the *Charter* because the denial of the benefit is rooted in an irrelevant distinction based upon sexual orientation, which is an analogous ground of discrimination. Further, for the reasons outlined above, the impugned legislation is not saved under s. 1 of the *Charter*. I would allow the appeal and

Pour les motifs formulés par le juge Cory, je conclus que l'exclusion des couples de même sexe de l'admissibilité à l'allocation de conjoint viole l'art. 15 de la *Charte*, puisque la négation du bénéfice est fondée sur une distinction non pertinente elle-même fondée sur l'orientation sexuelle, qui constitue un motif analogue de discrimination. En outre, pour les motifs déjà énoncés, la loi contestée n'est pas sauvegardée aux termes de l'article pre-

set aside the judgment of the Federal Court of Appeal with costs throughout.

I would thus answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Does the definition of "spouse" in s. 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, infringe or deny s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

Question 2: If the answer to question 1 is yes, is the infringement or denial demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

One year from now, barring Parliamentary activity to ensure the constitutionality of s. 2 of the *Old Age Security Act*, the following definition of the term "spouse" will be inserted into the legislation by this Court:

"spouse", in relation to any person, includes a person who is living with that person, having lived with that person for at least one year, if the two persons have publicly represented themselves as husband and wife or as in an analogous relationship.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — I am in substantial agreement with the reasons of Justices Cory and Iacobucci. Applying the principles which I discuss in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418. I would allow the appeal.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, CORY, MCLACHLIN and IACOBUCCI JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Arvay Finlay, Victoria.

mier de la *Charte*. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmar l'arrêt de la Cour d'appel fédérale avec dépens dans toutes les cours.

Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

Question 1: La définition de «conjoint», à l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, porte-t-elle atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

Question 2: Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Dans un an, à moins que le législateur n'ait pris une mesure ayant pour effet de rendre constitutionnel l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, la définition suivante du terme «conjoint» sera insérée dans la loi par notre Cour:

«conjoint» Est assimilée au conjoint la personne qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme ou comme étant dans une union analogue.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Je souscris, pour l'essentiel, aux motifs des juges Cory et Iacobucci. Compte tenu des principes que j'ai analysés dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, rendu simultanément, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, CORY, MCLACHLIN et IACOBUCCI sont dissidents.

Procureurs des appelants: Arvay Finlay, Victoria.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Madeleine Aubé, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: William F. Pentney, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Commission des droits de la personne du Québec: Hélène Tessier, Montreal.

Solicitor for the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere: Cynthia Petersen, Ottawa.

Solicitors for the intervener Metropolitan Community Church of Toronto: Iler, Campbell, Toronto.

Solicitors for the intervener Inter-Faith Coalition on Marriage and the Family: Lerner & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Madeleine Aubé, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne: William F. Pentney, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne du Québec: Hélène Tessier, Montréal.

Procureur de l'intervenante Égalité pour les gais et les lesbiennes: Cynthia Petersen, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Metropolitan Community Church of Toronto: Iler, Campbell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Inter-Faith Coalition on Marriage and the Family: Lerner & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.