

A-1335-91

James Egan and John Norris Nesbit (*Appellants*)
(*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada
(*Respondent*) (*Defendant*)

INDEXED AS: EGAN v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Mahoney, Linden and Robertson
J.J.A.—Vancouver, December 9, 1992; Ottawa, April
29, 1993.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Appeal from F.C.T.D. decision denial of spousal benefit under Old Age Security Act not infringing appellant's rights under Charter, s. 15(1) — Appellants homosexual couple of long-standing — Application for spouse's allowance denied as appellant not "spouse" under Act, s. 2 — Sexual orientation analogous ground of discrimination under Charter, s. 15(1) — Case law on discrimination reviewed — Similarly situated test rejected by SCC in Andrews case — Discrimination under s. 15(1) requiring distinction based on irrelevant personal differences — Whether distinction based on spousal status as opposed to sexual orientation — Relevance of "other non-spousal relationships" — "Concrete" test more appropriate than "abstract" test to finding of discrimination — Impugned legislation not having disproportionate or more burdensome effect on same-sex couples.

Health and welfare — Application for spouse's allowance denied as appellant not "spouse" under Old Age Security Act, s. 2 — Whether exclusion of homosexual or same-sex couples from definition of "spouse" discriminatory under Charter, s. 15(1) — Purpose and objective of spouse's allowance program explained — Finding of discrimination must have regard to purposes and object of impugned legislation, impact on members of disadvantaged group and others excluded — Legislation not having disproportionate or more burdensome effect on same-sex couples.

This was an appeal from a decision of the Trial Division that the denial the of spousal allowance under the *Old Age Security Act* to one of the appellants did not infringe his equality rights under subsection 15(1) of the Charter. The appellants have resided together, in an homosexual relationship, since 1948. In September of 1986, the appellant Egan, who was then 65 years old, became entitled to receive old age security and guaranteed

A-1335-91

James Egan et John Norris Nesbit (*appelants*)
(*demandeurs*)

a c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*intimée*)
(*défenderesse*)

b *RÉPERTORIÉ: EGAN c. CANADA (C.A.)*

Cour d'appel, juges Mahoney, Linden et Robertson,
J.C.A.—Vancouver, 9 décembre 1992; Ottawa, 29
avril 1993.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel contre la décision par laquelle la Section de première instance a conclu que le refus d'accorder l'allocation de conjoint prévue à la Loi sur la sécurité de la vieillesse ne porte pas atteinte pas aux droits que l'art. 15(1) de la Charte garantit aux appelants — Les appelants forment une union homosexuelle de longue date — Demande d'allocation de conjoint rejetée par ce motif que l'appellant n'est pas un «conjoint» au sens de l'art. 2 de la Loi — Les tendances sexuelles constituent un motif analogue de discrimination au regard de l'art. 15(1) de la Charte — Revue de la jurisprudence en matière de discrimination — Le critère de la situation analogue a été rejeté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Andrews — Il y a con travention à l'art. 15(1) quand la discrimination est fondée sur des différences personnelles non pertinentes — Il échet d'examiner si la distinction en l'espèce est fondée sur la qualité de conjoint ou sur les tendances sexuelles — Pertinence des «autres relations non conjugales» — Le critère «concret» convient mieux que le critère «abstrait» lorsqu'il s'agit d'examiner s'il y a discrimination — Le texte de loi attaqué n'impose pas un fardeau disproportionné ou plus lourd aux couples d'homosexuels.

Santé et bien-être social — Demande d'allocation de conjoint rejetée par ce motif que l'appellant n'est pas un «conjoint» au sens de l'art. 2 de la Loi sur la sécurité de la vieillesse — Il échet d'examiner si l'exclusion des couples homosexuels ou de personnes du même sexe de la définition de «conjoint» est discriminatoire au sens de l'art. 15(1) de la Charte — Explication des objectifs du programme de l'allocation de conjoint — Pour parvenir à un verdict de discrimination, il faut tenir compte des buts de la loi attaquée, de son effet sur les membres du groupe défavorisé et sur les autres personnes exclues — La Loi attaquée n'impose pas un fardeau disproportionné ou plus lourd aux couples de même sexe.

Appel formé contre une décision de la Section de première instance qui a conclu que les droits à l'égalité garantis à l'un des appelants par le paragraphe 15(1) de la Charte n'ont pas été violés du fait que celui-ci s'était vu refuser l'allocation de conjoint prévue à la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Les appelants forment une union homosexuelle depuis 1948. En septembre 1986, l'appellant Egan atteint l'âge de 65 ans et a droit

income supplement benefits. The appellant Nesbit applied to the Department of National Health and Welfare for a spouse's allowance. His application, in which he described Egan as his spouse, was rejected on the basis that his relationship with the latter did not meet the definition of "spouse" in section 2 of the Act. In determining whether the appellants had been discriminated against on the basis of an analogous ground—sexual orientation—the Trial Judge concluded that there was nothing discriminatory in a law which restricts a benefit to opposite sex couples, and that the benefit which the appellants sought was denied because of their "non-spousal status" and not because of their "sexual orientation". The issue in this appeal was whether the exclusion of homosexual or same-sex couples from the definition of "spouse" contained in the Act is discriminatory within the meaning of subsection 15(1) of the Charter and if so, whether the impugned legislation can be demonstrably justified as a reasonable limit under section 1 of the Charter.

Held (Linden J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

Per Robertson J.A.: Although sexual orientation is not expressly referred to in subsection 15(1), it is trite law that the list of enumerated grounds is not finite and that the protections available under that section can be extended to those who establish that they are members of a disadvantaged group and can show discrimination on analogous grounds. Sexual orientation can be invoked as an analogous ground of discrimination under subsection 15(1). *Andrews v. Law Society of British Columbia* is the leading case on discrimination under section 15 of the Charter. This decision expressly rejected the similarly situated test, whereby people who are alike should be treated alike, while those who are unlike should be treated unlike, because that approach excluded any consideration of the nature of the law and could not be applied other than mechanically. Since the appellants' case was built on the "similarity" between same-sex and opposite-sex couples, the Supreme Court's decision in *Andrews* destroys the very premise on which their claim of discrimination rests. It was also held in *Andrews* that a person is not to be deprived of a benefit because of a distinction based on irrelevant personal differences. The significance of the legal requirement that a distinction be based on an irrelevant personal difference could not be ignored since it is basic to the law of discrimination under section 15 of the Charter. The appellants having identified the distinction in terms of differential treatment being accorded same-sex and opposite-sex couples and then deemed that irrelevant, sexual orientation remains highly relevant. To the extent that the *Andrews* decision defines discrimination in terms of a distinction based on an irrelevant personal difference, and has ruled out the application of the similarly situated test, the appellants' claim that the definition of "spouse" in section 2 of the Act is discriminatory must fail.

de ce fait à la pension de sécurité de la vieillesse et au supplément de revenu garanti. L'appellant Nesbit fait une demande d'allocation de conjoint au ministère de la Santé nationale et du Bien-être social. Sa demande, dans laquelle il présente Egan comme son conjoint, est rejetée par ce motif que ses relations avec ce dernier ne s'accordent pas avec la définition de «conjoint» à l'article 2 de la Loi. En examinant si les appelants faisaient l'objet d'une mesure discriminatoire fondée sur un motif analogue, savoir les tendances sexuelles, le juge de première instance a conclu qu'il n'y a rien de discriminatoire dans une loi qui limite une prestation aux couples de sexe opposé, et que l'allocation demandée par les appelants leur a été refusée en raison de leur «statut de non-conjoints» et non pas à cause de leurs «tendances sexuelles». Il échet d'examiner si l'exclusion des couples homosexuels ou de personnes du même sexe de la définition de «conjoint» contenue dans la Loi est discriminatoire au sens du paragraphe 15(1) de la Charte et, dans l'affirmative, si la restriction imposée par la loi contestée est raisonnable et justifiable au regard de l'article premier de la Charte.

Arrêt (le juge Linden, J.C.A., dissident): l'appel doit être rejeté.

Le juge Robertson, J.C.A.: Bien que les tendances sexuelles ne soient pas expressément visées au paragraphe 15(1), il est constant que la liste des motifs énumérés n'est pas limitative et que la protection découlant de cette disposition peut s'étendre à ceux qui prouvent qu'ils appartiennent à un groupe défavorisé et qu'il y a discrimination fondée sur des motifs analogues. Les tendances sexuelles peuvent être invoquées comme motif analogue de discrimination qu'interdit le paragraphe 15(1). L'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* fait jurisprudence en matière de discrimination visée par l'article 15 de la Charte. Ce précédent rejette expressément le critère de la situation analogue, selon lequel les gens qui se ressemblent doivent être traités de la même façon et les gens qui sont différents doivent être traités différemment, par ce motif que pareille approche exclut toute considération de la nature de la loi et ne pourrait être appliquée que de façon mécanique. L'argumentation des appelants étant fondée sur la «similitude» entre couples homosexuels et couples hétérosexuels, l'arrêt *Andrews* de la Cour suprême anéantit la prémisse même sur laquelle ils fondent leur plainte de discrimination. Il a été également jugé dans *Andrews* qu'il ne faut pas priver quelqu'un d'un avantage en raison d'une distinction fondée sur des différences personnelles non pertinentes. L'importance de l'impératif juridique, selon lequel la distinction illicite doit être fondée sur une différence personnelle non pertinente, ne peut pas être ignorée puisque cet impératif est fondamental pour notre compréhension des règles juridiques en matière de discrimination visée par l'article 15 de la Charte. Les appelants se plaignant de discrimination en termes de différence de traitement entre couples homosexuels et couples hétérosexuels, distinction qu'ils qualifient de non pertinente, les tendances sexuelles demeurent un élément hautement pertinent. À la lumière de l'arrêt *Andrews* qui définit la discrimination en termes de différence personnelle non pertinente et exclut l'application du critère de la situation analogue, l'argument des appelants que la définition de «conjoint» à l'article 2 est discriminatoire, doit être rejeté.

A finding of discrimination on the basis of sexual orientation is not automatically precluded because a criterion of entitlement is spousal status. Discrimination on the basis of spousal status will be ruled out provided the consequences of the impugned legislation are such that claimants satisfy the Supreme Court's adverse impact test. The definition of "spouse" found in the Act excludes a broad class of persons cohabiting with another in a non-conjugal relationship such as siblings, friends and relatives. Though same-sex couples are subjected to various forms of "invidious" discrimination, one should ask whether their rights should be determined in isolation of those also affected by the impugned legislation. Where the latter excludes persons other than those who are members of a particular disadvantaged group, proper consideration must be given to the significance of that reality when deciding whether the impact of a distinction is discriminatory. Legislation denying benefits to members of another group may detract from a finding of discrimination contrary to subsection 15(1) of the Charter. There are two different approaches as to what is sufficient to meet the adverse impact test stated in *Andrews*. The first one, which can be called the "abstract test", presumes discrimination once it has been found that a distinction is based on a prohibited ground, without regard to the purposes and objects of the impugned legislation, nor the fact that others may also have been denied the benefit. The second approach, which can be labelled the "concrete test" and is mandated by *Andrews*, is a contextual one and requires a full analysis of the immediate impact of the legislation on members of the disadvantaged group, as well as others who are excluded, as measured against the purposes and objects of the legislation. In view of the objective of the spouse's allowance program elaborated on by the then Minister of National Health and Welfare, it cannot be said that the legislative scheme has a disproportionate or more burdensome effect on same-sex couples. The denial of the spouse's allowance does not cross the line from "distinction" to "discrimination". The Trial Judge was right in holding that the appellants did not benefit because of their non-spousal status rather than because of their sexual orientation.

Per Mahoney J.A. (concurring in the result): The discrimination perceived in the definition of "spouse" is not discrimination directed to homosexuals generally nor to all homosexual couples but only those who have both established a ménage and proclaimed their relationship. The attack is, in substance, on the failure of the definition to comprehend the concept of common law marriage between persons of the same sex. As the definition pertains to the appellants and other homosexual couples who hold themselves out as spouses, the conclusion that the distinction made by the definition is discrimination can only be reached by mechanical application of the similarly situated test.

Per Linden J.A. (dissenting): There are two different levels of analysis in a subsection 15(1) inquiry, depending on whether a party seeks an individual remedy under subsection 24(1) of the Charter or a general remedy under subsection

Un verdict de discrimination pour cause de tendances sexuelles n'est pas automatiquement exclu du fait qu'une condition d'admissibilité est la qualité de conjoint. Il sera jugé qu'il n'y a pas discrimination fondée sur la qualité de conjoint, à condition que les conséquences de la loi contestée soient telles que les demandeurs satisfont au critère de l'effet défavorable défini par la Cour suprême. La définition de «conjoint» contenue dans la Loi exclut un groupe considérable de non-conjoints: frères, sœurs, amis, parents. Il est vrai que les couples homosexuels sont soumis à diverses formes de discrimination «blessante», mais il convient de se demander s'il faut juger de leurs droits séparément de ceux qui sont également touchés par la loi en cause. Dans les cas où celle-ci exclut des personnes autres que les membres d'un groupe défavorisé particulier, il faut peser l'importance de cette réalité lorsqu'il s'agit de juger si une distinction a un effet discriminatoire. Une loi refusant le bénéfice aux membres d'un autre groupe peut échapper à un verdict de discrimination au regard du paragraphe 15(1) de la Charte. Il y a deux vues opposées quant à ce qu'il faut prouver pour satisfaire au critère de l'effet défavorable établi par l'arrêt *Andrews*. La première méthode, qu'on peut appeler celle du «critère abstrait», consiste à présumer qu'il y a discrimination une fois prouvé qu'il y a distinction fondée sur un motif illicite, et ce sans avoir égard aux buts de la loi en cause, ni au fait que d'autres ont été peut-être privés aussi du bénéfice. La seconde méthode, qu'on peut appeler celle du «critère concret» et qui est adoptée dans l'arrêt *Andrews*, tient compte du contexte et prescrit l'analyse en règle de l'effet immédiat de la loi en cause sur les membres du groupe défavorisé, et aussi sur les autres qui sont exclus, par rapport aux buts de cette loi. Vu l'objectif du programme de l'allocation de conjoint tel qu'il a été expliqué par le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de l'époque, on ne peut dire que le régime mis en place par la loi impose un fardeau disproportionné ou plus lourd aux couples homosexuels. Le refus d'accorder l'allocation de conjoint ne franchit pas la ligne de démarcation entre «distinction» et «discrimination». Le juge de première instance a eu raison de conclure que les appelants ne peuvent bénéficier du programme en raison de leur statut de non-conjoints, et non pas à cause de leurs tendances sexuelles.

Le juge Mahoney, J.C.A. (motifs concordants quant au résultat): La discrimination que les appelants voient dans la définition de «conjoint» n'est pas dirigée contre les homosexuels comme tels ni contre tous les couples homosexuels, mais seulement contre ceux qui se sont mis en ménage et l'ont proclamé. Essentiellement, leur attaque vise la non-inclusion, dans la définition, du concept d'union conjugale de fait formée de deux personnes du même sexe. Dans la mesure où la définition en cause touche les appelants et d'autres couples d'homosexuels qui se présentent comme conjoints, on ne peut arriver à la conclusion que la distinction contenue dans cette définition est discriminatoire que par application mécanique du critère de la situation analogue.

Le juge Linden, J.C.A. (dissenting): L'analyse à la lumière du paragraphe 15(1) peut s'effectuer à deux niveaux; le niveau indiqué dépend de la question de savoir si le demandeur conclut à réparation individuelle sous le régime du paragraphe

52(1). A party seeking an individualized remedy under subsection 24(1) must prove that the impugned distinction has, directly or indirectly, compromised his equality rights personally, whereas in a remedy under subsection 52(1), it must be established that the relevant legislation violates the rights of the group. The appellants are seeking a subsection 52(1) remedy as a group—gay men and lesbians—rather than individually. In order to make out a claim under subsection 15(1) of the Charter, a party must establish that a law draws a distinction or has a separate impact which violates one of the four equalities (equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law) and which does so with discrimination. By virtue of the words “of the opposite sex” found in the definition of “spouse” in section 2 of the *Old Age Security Act*, gay and lesbian partners are specifically excluded from eligibility for spouse’s allowance benefits independent of the exclusion of other groups or individuals. The effect of that distinction is to deny otherwise qualified gay men and lesbians the equal benefit of the law. Subsection 15(1) prohibits discrimination not only on the listed grounds, but also on analogous grounds. The judicial recognition that sexual orientation is an analogous ground of discrimination prohibited under subsection 15(1) is buttressed by a similar legislative recognition that gay men and lesbians have historically suffered disadvantage and prejudice and should be protected against discrimination. Gay men and lesbians are legally, economically, socially and politically disadvantaged. The exclusion of other groups from benefits under the spouse’s allowance program cannot change the fact that lesbian and gay partners are excluded on the basis of their sexual orientation. Evidence that a group is independently disadvantaged is clearly important for determining whether this group is disadvantaged by a distinction and thereby discriminated against. Under the definition of “spouse” in section 2 of the *Old Age Security Act*, a distinction is drawn on the basis of sexual orientation with the effect that gay and lesbian partners are denied benefits in the form of spouse’s allowance. Since gay men and lesbians are generally disadvantaged as a group through stereotyping and prejudice, there was no requirement that the appellant, Nesbit, prove that he was personally discriminated against. And the fact that he received benefits under a different plan cannot cure the discriminatory impact of a denial of benefits under the spouse’s allowance program based on a personal characteristic related to an enumerated or analogous ground of discrimination. By excluding lesbian and gay partners from the ambit of that program, Parliament has acted in violation of subsection 15(1) of the Charter.

In order to demonstrate that a limit on a Charter right is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, it must first be established that the objective which the limitation is designed to promote is “of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom”. The appellants conceded that the objective of the

24(1) de la Charte ou à réparation générale sous le régime du paragraphe 52(1). Il incombe à la partie qui conclut à réparation individualisée sous le régime du paragraphe 24(1) de prouver que la distinction en cause a, directement ou indirectement, porté atteinte à ses propres droits à l'égalité, alors que celle qui invoque le paragraphe 52(1) doit prouver que la loi en cause porte atteinte aux droits du groupe. Les appelants concluent à réparation sous le régime du paragraphe 52(1) au nom du groupe—gais et lesbiennes—et non pas à titre individuel. Pour faire valoir une demande sous le régime du paragraphe 15(1), le demandeur doit prouver qu'une loi fait une distinction ou a un effet disparate qui viole l'un des quatre droits à l'égalité (égalité devant la loi, égalité dans la loi, même protection de la loi, même bénéfice de la loi), et ce de façon discriminatoire. Les mots «de sexe opposé» figurant à la définition de «conjoint» de l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* excluent expressément les gais et les lesbiennes de l'admissibilité à l'allocation de conjoint, et ce indépendamment de l'exclusion d'autres groupes ou individus. Cette distinction a pour effet de dénier le même bénéfice de la loi à des gais et des lesbiennes, qui sont qualifiés à tous autres égards. Le paragraphe 15(1) interdit la discrimination non seulement pour les motifs énumérés, mais aussi pour des motifs analogues. La conclusion par les tribunaux judiciaires que les tendances sexuelles constituent un motif analogue de discrimination au regard du paragraphe 15(1) est renforcée par des lois qui reconnaissent que les gais et les lesbiennes ont souffert de tout temps de désavantages et de préjugés et devraient être protégés contre la discrimination. Les gais et les lesbiennes sont défavorisés sur le plan juridique, économique, social et politique. Que d'autres groupes soient aussi exclus du programme de l'allocation de conjoint ne change rien au fait que les gais et les lesbiennes en sont exclus à cause de leurs tendances sexuelles. La preuve établissant qu'un groupe est défavorisé indépendamment de la loi en cause est indubitablement importante lorsqu'il s'agit de décider si ce groupe est désavantagé par une distinction et fait ainsi l'objet d'une mesure discriminatoire. La définition de «conjoint» à l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* fait une distinction fondée sur les tendances sexuelles, qui a pour effet de priver les membres d'unions de gais ou de lesbiennes du bénéfice de la loi qu'est l'allocation de conjoint. Les gais et les lesbiennes constituant un groupe généralement défavorisé par suite des préjugés et des stéréotypes, l'appelant Nesbit n'est pas tenu de prouver qu'il a été personnellement victime d'une mesure discriminatoire. Le fait qu'il ait reçu des prestations d'un autre régime ne peut remédier à l'effet discriminatoire de la privation de l'allocation de conjoint par suite d'une caractéristique correspondant à un motif énuméré de discrimination ou à un motif analogue. En excluant les membres des unions de gais et de lesbiennes du programme de l'allocation de conjoint, le législateur est allé à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte.

Afin de prouver que la restriction d'un droit garanti par la Charte est raisonnable et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut démontrer en premier lieu que l'objectif visé par la limitation est «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution». Les appelants concèdent que l'objectif du

spouse's allowance program under the *Old Age Security Act* is pressing and substantial so as to satisfy the first requirement under the *Oakes* test. The second requirement involves a proportionality test which includes three components. Only the first element of this test is met. It was agreed that the means employed under the spouse's allowance program are rationally connected to achieving the objective of that program. However, the latter does not impair the right guaranteed in subsection 15(1) as little as possible. Extending benefits to gay and lesbian partners in addition to heterosexual partners is a suitable alternative means for achieving the same objective just as effectively. Therefore, the Charter violation occasioned by section 2 of the *Old Age Security Act* cannot be said to be reasonable and the minimal impairment condition of the proportionality test is not satisfied. Moreover, this is not an instance in which a Charter right is marginally affected, the violation of that right being clear and direct. Since the effects of the measure on the right to receive benefits are not proportional to the objective of the legislation, the impugned provision cannot be saved under section 1 of the Charter.

Where a benefit conferring scheme is involved, the preferred course of action is to read down (that is to sever or strike out) or read in an inconsistent provision rather than striking down the program. The Supreme Court of Canada has identified a number of factors which support the assumption of legislative approval for both reading in and reading down rather than striking down the impugned legislation. The appropriate remedy to bring section 2 of the *Old Age Security Act* into compliance with subsection 15(1) of the Charter would be to read down (that is to sever or strike out) the words "of the opposite sex" of the definition of "spouse" and to read into the phrase "if the two persons publicly represent themselves as husband and wife" the words "or as in an analogous relationship".

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to Amend the Human Rights Act*, S.N.B. 1992, c. 30.
- An Act to amend the Old Age Security Act, to repeal the Old Age Assistance Act and to amend other Acts in consequence thereof*, S.C. 1974-75-76, c. 58.
- Bill C-108, *An Act to amend the Canadian Human Rights Act and other Acts in consequence thereof*, 3rd Sess., 34th Parl. 1992.
- Bill C-6, *An Act to amend the Old Age Security Act*, S.C. 1979, c. 4.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15, 24.
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 3.
- Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 10 (as am. by S.Q. 1992, c. 61, s. 3).

programme de l'allocation de conjoint institué par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est urgent et réel au point de satisfaire à la première condition du critère défini par l'arrêt *Oakes*. La seconde condition est l'application d'un critère de proportionnalité à trois volets. Il n'a été satisfait qu'au premier volet de ce critère. Les avocats de part et d'autre conviennent que le moyen employé dans le programme de l'allocation de conjoint a un lien rationnel avec l'objectif de ce programme. Cependant, celui-ci ne porte pas atteinte le moins possible au droit garanti par le paragraphe 15(1). L'extension de l'allocation aux membres de couples de gais ou de lesbiennes, en sus des membres d'unions hétérosexuelles, est un autre moyen approprié pour atteindre le même objectif de façon tout aussi efficace. On ne peut donc pas dire que la violation de la Charte du fait de l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* soit raisonnable; la condition de l'atteinte minimale du critère de proportionnalité n'est pas remplie. Qui plus est, 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. Les effets de la mesure en cause sur le droit de recevoir des prestations n'étant pas proportionnés à l'objectif de la loi, la disposition attaquée n'est pas justifiable au regard de l'article premier de la Charte.

Dans les affaires concernant un régime de prestations, il est préférable de donner une interprétation atténuée (c'est-à-dire dissociation ou suppression) ou une interprétation large d'une disposition incompatible, plutôt que d'invalider le programme tout entier. La Cour suprême a relevé certains facteurs qui permettent de présumer que le législateur approuverait et l'interprétation large et l'interprétation atténuée plutôt que l'invalidation de la loi en cause. La mesure de réparation qu'il convient d'adopter pour rendre l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* conforme au paragraphe 15(1) de la Charte consisterait à interpréter la définition de «conjoint» comme si les mots «de sexe opposé» en ont été supprimés et les mots «ou comme unies par des liens semblables» ont été ajoutés après le membre de phrase «pourvu que les deux se soient présent[e]s comme mari et femme».

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15, 24.
- Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 10 (mod. par L.Q. 1992, ch. 61, art. 3).
- Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 1, 2, 3, 5, 6.
- Code des droits de la personne*, S.M. 1987-88, ch. 45, art. 9(2).
- Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 158.
- Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 214, art. 12 (mod. par S.N.S. 1991, ch. 12, art. 1).
- Human Rights Act*, R.S.Y. 1986 (Suppl.), ch. 11.
- Loi C-6, *Loi modifiant la Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.C. 1979, ch. 4.

- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 24.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1). a
- Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, c. 158.
- Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 12 (as am. by S.N.S. 1991, c. 12, s. 1).
- Human Rights Act*, R.S.Y. 1986 (Suppl.), c. 11. b
- Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, ss. 1, 2, 3, 5, 6.
- Medical Services Act*, R.S.B.C., 1979, c. 255.
- Medical Services Act Regulations*, B.C. Reg. 144/68, s. 2.01 (as am. by B.C. Reg. 5/77).
- Old Age Pensions Act*, R.S.C. 1927, c. 156. c
- Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, ss. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 34, s. 1), 19(1),(2) (as am. *idem* s. 2).
- Old Age Security Act*, S.C. 1951, c. 18.
- The Government Annuities Act, 1908*, S.C. 1908, c. 5. d
- The Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45, s. 9(2).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 24.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).
- Loi des pensions de vieillesse*, S.R.C. 1927, ch. 156.
- Loi modifiant la Loi sur la sécurité de la vieillesse, abrogeant la Loi sur l'assistance-vieillesse et modifiant, en conséquence, certaines autres lois*, S.C. 1974-75-76, ch. 58.
- Loi modifiant la Loi sur les droits de la personne*, L.N.-B. 1992, ch. 30.
- Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 34, art. 1), 19(1),(2) (mod. *idem*, art. 2).
- Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.C. 1951, ch. 18.
- Loi sur les rentes viagères servies par l'État, 1908*, S.C. 1908, ch. 5.
- Medical Services Act*, R.S.B.C., 1979, ch. 255.
- Medical Services Act Regulations*, B.C. Reg. 144/68, art. 2.01 (mod. par B.C. Reg. 5/77).
- Projet de loi C-108, *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et d'autres lois en conséquence*, 3^e sess., 34^e Parl. 1992. e

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

- Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335. f

APPLIED:

- Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.); affg *Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245; 86 D.L.R. (4th) 617 (Gen. Div.). g

CONSIDERED:

- Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, [1993] O.J. 575 (QL); *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321; (1989), 39 Admin. L.R. 161; 44 C.R.R. 364; 29 F.T.R. 74. h

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

- Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335. i

DÉCISION APPLIQUÉE:

- Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.); confirmant *Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245; 86 D.L.R. (4th) 617 (Div. gén.). j

DÉCISIONS EXAMINÉES:

- Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, [1993] O.J. 575 (QL); *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321; (1989), 39 Admin. L.R. 161; 44 C.R.R. 364; 29 F.T.R. 74. k

(T.D.); *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444; 42 B.C.L.R. (2d) 294 (S.C.); *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728; 58 B.C.L.R. (2d) 356; 91 CLLC 17,023 (B.C.S.C.); *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258; 49 D.L.R. (4th) 584; 9 C.H.R.R. D/5089; 88 CLLC 17,023 (H.C.); *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; (1989), 59 D.L.R. (4th) 352; [1989] 4 W.W.R. 39; 58 Man.R. (2d) 1; 25 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6205; 89 CLLC 17,011; 47 C.R.R. 274; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; [1989] 4 W.W.R. 193; 58 Man. R. (2d) 161; 26 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6183; 89 CLLC 17,012; 94 N.R. 373; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 50 Admin. L.R. 1; 36 C.C.E.L. 117; 91 CLLC 14,023; 4 C.R.R. (2d) 12; 126 N.R. 1.

REFERRED TO:

United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938); *R. v. Hess*; *R. v. Nguyen*, [1990] 2 S.C.R. 906; [1990] 6 W.W.R. 289; 59 C.C.C. (3d) 161; 79 C.R. (3d) 332; 50 C.R.R. 71; 119 N.R. 353; 46 O.A.C. 13; *Veysey v. Canada (Correctional Service)* (1990), 43 Admin. L.R. 316; 34 F.T.R. 240; 109 N.R. 300 (F.C.A.); *Leshner v. Ontario* (No. 2) (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Ont. Bd. Inq.); *Douglas v. Canada*, [1993] 1 F.C. 264 (T.D.); *Reference re Meaning of the word "Persons" in s. 24 of the B.N.A. Act, 1867*, [1928] S.C.R. 276; [1928] 4 D.L.R. 98; *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] 1 D.L.R. 98; [1930] A.C. 124 (P.C.); *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 8 C.H.R.R. D/4210; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161; *Rudolf Wolff & Co. v. Canada*, [1990] 1 S.C.R. 695; (1990), 69 D.L.R. (4th) 329; 43 Admin. L.R. 1; 41 C.P.C. (2d) 1; 46 C.R.R. 263; 106 N.R. 1; 39 O.A.C. 1; *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 85 CLLC 14,023; 58 N.R. 81; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R.

(1^{re} inst.); *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444; 42 B.C.L.R. (2d) 294 (C.S.); *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728; 58 B.C.L.R. (2d) 356; 91 CLLC 17,023 (C.S.C.-B.); *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258; 49 D.L.R. (4th) 584; 9 C.H.R.R. D/5089; 88 CLLC 17,023 (H.C.); *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1856 U.S. S.Ct.); *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; (1989), 59 D.L.R. (4th) 352; [1989] 4 W.W.R. 39; 58 Man.R. (2d) 1; 25 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6205; 89 CLLC 17,011; 47 C.R.R. 274; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; [1989] 4 W.W.R. 193; 58 Man. R. (2d) 161; 26 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6183; 89 CLLC 17,012; 94 N.R. 373; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 50 Admin. L.R. 1; 36 C.C.E.L. 117; 91 CLLC 14,023; 4 C.R.R. (2d) 12; 126 N.R. 1.

DÉCISIONS CITÉES:

United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938); *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906; [1990] 6 W.W.R. 289; 59 C.C.C. (3d) 161; 79 C.R. (3d) 332; 50 C.R.R. 71; 119 N.R. 353; 46 O.A.C. 13; *Veysey v. Canada (Correctional Service)* (1990), 43 Admin. L.R. 316; 34 F.T.R. 240; 109 N.R. 300 (C.A.F.); *Leshner v. Ontario* (No. 2) (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Comm. enq. Ont.); *Douglas c. Canada*, [1993] 1 C.F. 264 (1^{re} inst.); *Reference re Meaning of the word «Persons» in s. 24 of the B.N.A. Act, 1867*, [1928] R.C.S. 276; [1928] 4 D.L.R. 98; *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] 1 D.L.R. 98; [1930] A.C. 124 (P.C.); *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 8 C.H.R.R. D/4210; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161; *Rudolf Wolff & Co. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695; (1990), 69 D.L.R. (4th) 329; 43 Admin. L.R. 1; 41 C.P.C. (2d) 1; 46 C.R.R. 263; 106 N.R. 1; 39 O.A.C. 1; *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 85 CLLC 14,023; 58 N.R. 81; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989),

167; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; [1991] 2 W.W.R. 385; (1990), 69 Man. R. (2d) 161; 62 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (4th) 1; 1 C.R.R. (2d) 1; 119 N.R. 161; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; 4 C.R.R. (2d) 60; 120 N.R. 241; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; (1991), 84 D.L.R. (4th) 161; 67 C.C.C. (3d) 193; 38 C.P.R. (3d) 451; 8 C.R. (4th) 145; 7 C.R.R. (2d) 36; 130 N.R. 1; 49 O.A.C. 161; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1991] 1 F.C. 18; (1990), 71 D.L.R. (4th) 661; 32 C.C.E.L. 276; 12 C.H.R.R. D/355; 90 CLLC 17,021 (C.A.); *Vogel v. Manitoba* (1992), 90 D.L.R. (4th) 84; [1992] 3 W.W.R. 131 (Man. Q.B.); *Bliss v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 183; (1978), 92 D.L.R. (3d) 417; [1978] 6 W.W.R. 711; 78 CLLC 14,175; 23 N.R. 527; *Meinhold v. U.S. (Department of Defense)*, [1993] W.L. 15899 (C.D. Cal.) (Westlaw).

58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; [1991] 2 W.W.R. 385; (1990), 69 Man. R. (2d) 161; 62 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (4th) 1; 1 C.R.R. (2d) 1; 119 N.R. 161; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; 4 C.R.R. (2d) 60; 120 N.R. 241; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; (1991), 84 D.L.R. (4th) 161; 67 C.C.C. (3d) 193; 38 C.P.R. (3d) 451; 8 C.R. (4th) 145; 7 C.R.R. (2d) 36; 130 N.R. 1; 49 O.A.C. 161; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1991] 1 C.F. 18; (1990), 71 D.L.R. (4th) 661; 32 C.C.E.L. 276; 12 C.H.R.R. D/355; 90 CLLC 17,021 (C.A.); *Vogel v. Manitoba* (1992), 90 D.L.R. (4th) 84; [1992] 3 W.W.R. 131 (C.B.R. Man.); *Bliss c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 183; (1978), 92 D.L.R. (3d) 417; [1978] 6 W.W.R. 711; 78 CLLC 14,175; 23 N.R. 527; *Meinhold v. U.S. (Department of Defense)*, [1993] W.L. 15899 (C.D. Cal.) (Westlaw).

AUTHORS CITED

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 S.C.L.R. (2d) 503. *d*

Beaudoin, Gérald-A. and Edward Ratushny, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed., Toronto: Carswell Co., 1989. (c. 14 "The Equality Rights" by William Black and Lynn Smith, at p. 563.). *e*

Canada. *House of Commons Debates*, vol. VI, 1st Sess., 30th Parl., 24 Eliz. II, 1975.

Canada. *House of Commons Debates*, vol. I, 1st Sess., 31st Parl., 29 Eliz. II, 1979.

Canada. House of Commons. *Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights: Equality for All*, Ottawa, Queen's Printer, 1985. *f*

Canada, House of Commons, Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 25 (June 12, 1975).

"Developments in the Law—Sexual Orientation and the Law" (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1509. *g*

Elliott, David W. "Comment on *Andrews v. Law Society of British Columbia* and section 15(1) of the *Charter*: the Emperor's New Clothes?" (1990), 35 *McGill L.J.* 235.

Gibson, Dale "Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772. *h*

Gibson, Dale "Equality for Some" (1991), 40 *UNBLJ* 2.

Wolfson, Evan "Civil Rights, Human Rights, Gay Rights: Minorities and the Humanity of Different" (1991), 14 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 21. *i*

APPEAL from a Trial Division decision ([1992] 1 F.C. 687; (1991), 87 D.L.R. (4th) 320; 1 C.E.B. & P.G.R. 8110; 47 F.T.R. 305; 38 R.F.L. (3d) 294 (T.D.)) holding that the denial to a partner in a homo-

DOCTRINE

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 S.C.L.R. (2d) 503.

Beaudoin, Gérald-A. et Edward Ratushny, *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd., Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1989. (ch. 14 «Les droits à l'égalité» par William Black et Lynn Smith, à la p. 629).

Canada. Chambre des communes, Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales, *Process-verbaux et témoignages*, fascicule n^o 25 (12 juin 1975).

Canada. Chambre des communes, *Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité: Égalité pour tous*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1985.

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 1^{re} sess., 30^e lég., 24 Eliz. II, 1975.

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. I, 1^{re} sess., 31^e lég., 29 Eliz. II, 1979.

«Developments in the Law—Sexual Orientation and the Law» (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1509.

Elliott, David W. «Comment on *Andrews v. Law Society of British Columbia* and section 15(1) of the *Charter*: the Emperor's New Clothes?» (1990), 35 *McGill L.J.* 235.

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 *UNBLJ* 2.

Wolfson, Evan «Civil Rights, Human Rights, Gay Rights: Minorities and the Humanity of Different» (1991), 14 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 21. *j*

APPEL contre la décision de la Section de première instance ([1992] 1 C.F. 687; (1991), 87 D.L.R. (4th) 320; 1 C.E.B. & P.G.R. 8110; 47 F.T.R. 305; 38 R.F.L. (3d) 294 (1^{re} inst.)), aux termes de laquelle le

sexual relationship of an *Old Age Security Act* spousal allowance equal to that payable to an opposite sex common law spouse did not infringe equality rights under subsection 15(1) of the Charter. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Joseph J. Arvay, Q.C. for appellants (plaintiffs). ^b

Harry J. Wruck, Q.C., Faye E. Campbell, Q.C. and *Lisa Hitch* for respondent (defendant).

SOLICITORS:

Arvay, Finlay, Vancouver, for appellants (plaintiffs).

Deputy Attorney General of Canada for respondent (defendant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.A.: I have had the opportunity to read in draft the comprehensive reasons for judgment proposed by my colleagues. They have canvassed the authorities and pertinent literature exhaustively thus sparing me extensive recitation. ^e

This is an appeal from a reported decision of the Trial Division,¹ which concluded that rights guaranteed the appellants by subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]² were not infringed by the denial to Nesbit of spousal benefit under the *Old Age Security Act*³ consequent upon the definition of "spouse" by that Act. ^h

¹ [1992] 1 F.C. 687.

² 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.

³ R.S.C., 1985, c. O-9, s. 2 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 34, s. 1].

refus d'octroyer au partenaire d'une union homosexuelle l'allocation de conjoint que la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* accorde au conjoint de fait de sexe opposé, ne porte pas atteinte aux droits à l'égalité prévus au paragraphe 15(1) de la Charte. Appel rejeté. ^a

AVOCATS:

Joseph J. Arvay, c.r. pour les appelants (demandeurs).

Harry J. Wruck, c.r., Faye E. Campbell, c.r., et Lisa Hitch pour l'intimée (défenderesse).

PROCUREURS:

Arvay, Finlay, Vancouver, pour les appelants (demandeurs).

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée (défenderesse). ^c

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: J'ai pu prendre connaissance, à l'état de projet, des motifs de jugement complets que mes collègues se proposent de prononcer. Ils ont passé en revue toute la jurisprudence et toute la doctrine en la matière, ce qui m'évite de faire de longues citations. ^d

Il s'agit en l'espèce de l'appel formé contre une décision publiée de la Section de première instance¹, qui a conclu que les droits garantis aux appelants par le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]² n'avaient pas été violés du fait que Nesbit s'était vu refuser l'allocation de conjoint sous le régime de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*³, en raison de la définition de «conjoint» dans la même Loi. ^f

¹ [1992] 1 C.F. 687.

² 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.

³ L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 2 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 34, art. 1].

2. ...

“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. [Underlining added.] a

The appellants seek, as a remedy under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], a declaration that, in the Act, b

... the definition of “spouse”, in relation to any person, includes a person of the same 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 spouses. c

Mr. Justice Linden has crafted a declaration that better meets the demands of *Schachter v. Canada*.⁴ The learned Trial Judge made the following finding:⁵ d

I think 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. e

That is an unassailable conclusion of fact based on the evidence.

The infringement alleged is discrimination based on sexual orientation. That was conceded to be a ground analogous to discrimination based on “sex”. The weight of authority supports that concession as a matter of law. Nesbit has, by reason of the definition, been denied a benefit under the law equal to that to which an opposite sex common law spouse is entitled. The appellants, as a couple, have likewise been denied that benefit. f g

As a criterion for determining whether different treatment of different persons prescribed by law is discrimination, the similarly situated test was mortally wounded by the Supreme Court of Canada in *Andrews v. Law Society of British Columbia*⁶ and laid to rest in *McKinney v. University of Guelph*.⁷ It was utterly rejected because, in the words of La Forest J.: h

⁴ [1992] 2 S.C.R. 679.

⁵ At p. 695.

⁶ [1989] 1 S.C.R. 143.

⁷ [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 279.

2. ...

«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. [Soulignements ajoutés.]

Les appelants concluent, par recours exercé en application du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], à jugement déclarant que, dans la Loi,

[TRADUCTION] ... «conjoint» s’entend également de la personne, même si elle du même sexe, qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement présentées comme conjoints.

Le juge Linden a façonné un jugement plus conforme aux règles prescrites par l’arrêt *Schachter c. Canada*⁴. Le juge de première instance a tiré la conclusion suivante⁵: d

Je pense qu’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. e

Il s’agit là d’une conclusion inattaquable sur les faits, tirée à la lumière des preuves produites.

La violation de droits invoquée en l’espèce est la discrimination pour cause de tendances sexuelles, laquelle a été reconnue comme étant analogue à la discrimination fondée sur le «sexe». Selon les magistrats applicables en la matière, cette reconnaissance est valide sur le plan juridique. En raison de la définition en cause, Nesbit n’a pas eu le même bénéfice de la loi qu’un conjoint de fait de sexe opposé. De même, les appelants, en tant que couple, ont été privés de ce bénéfice. f g

En tant que critère servant à déterminer si le traitement différent prévu par la loi pour différentes personnes est discriminatoire, celui de la situation analogue a été définitivement rejeté par la Cour suprême du Canada dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*⁶, ce qu’elle a confirmé dans *McKinney c. Université de Guelph*⁷. Il a été rejeté sans rémission h

⁴ [1992] 2 R.C.S. 679.

⁵ À la p. 695.

⁶ [1989] 1 R.C.S. 143.

⁷ [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 279.

Simply put, I do not believe that the similarly situated test can be applied other than mechanically. . . .

In rejecting the test, McIntyre J., in *Andrews*, had said:⁸

Recognizing that there will always be an infinite variety of personal characteristics, capacities, entitlements and merits among those subject to a law, there must be accorded, as nearly as may be possible, an equality of benefit and protection and no more of the restrictions, penalties or burdens imposed upon one than another. In other words, the admittedly unattainable ideal 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.

. . . .

The test as stated, however, is seriously deficient in that it excludes any consideration of the nature of the law.

. . . .

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.

In the present case, the content of the definition, its impact on those to whom it extends benefit and its impact on those excluded are all clear. What remains is the requirement that it be considered in its relation to its purpose in the context of the *Old Age Security Act*.

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.

⁸ At pp. 165 ff. The "test as stated" was the Aristotelian principle of formal equality—that "things that are alike should be treated alike, while things that are unlike should be treated unlike in proportion to their unlikeness".

parce que, pour reprendre la conclusion du juge La Forest:

a Tout simplement, je ne crois pas que le critère de la situation analogue puisse être appliqué autrement que d'une façon machinale . . .

En rejetant ce critère, le juge McIntyre s'était prononcé en ces termes dans *Andrews*⁸:

b Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal 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.

. . . .

d Le critère formulé comporte cependant un grave défaut en ce qu'il exclut toute considération de la nature de la loi.

. . . .

e 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.

f En l'espèce, le contenu de la définition, son effet sur ceux qu'elle embrasse et son effet sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application, sont fort clairs. Il reste à examiner cette définition en fonction de son objectif dans le contexte de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*.

g 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. *h* 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. *i* 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.

⁸ Aux p. 165 et s. Le «critère formulé» était le principe aristotélicien d'égalité formelle: il faut traiter de la même façon les choses qui se ressemblent, et de façon différente les choses qui sont différentes, en fonction de leur différence.

The spouse's allowance was enacted in 1975.⁹ In testifying before the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs, the then Minister of National Health and Welfare, Hon. Marc Lalonde, stated:¹⁰

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.

The legislation is consistent with that. It recognizes the obligation of a conjugal spouse to support his or her partner financially and treats pensioner and spouse as a couple entitled to benefit on the basis of need. The impact of the definition is to deny that benefit to otherwise qualified couples who are not married either pursuant to statute or at common law.

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.

⁹ S.C. 1974-75-76, c. 58, s. 5.

¹⁰ Minutes of Proceedings and Evidence, Issue No. 25, at p. 25:7.

L'allocation de conjoint fut instituée en 1975⁹. Témoignant devant le Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales, l'honorable Marc Lalonde, ministre de la Santé nationale et du Bien-être social à l'époque, a fait cette déclaration¹⁰:

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 étaient à la retraite ou âgées de 60 [*sic*] ans et plus. Voilà ni plus ni moins, l'objectif du bill.

La loi adoptée est conforme à cet objectif. Elle reconnaît l'obligation pour toute personne de pourvoir aux besoins de son conjoint et traite le pensionné (la pensionnée) et sa conjointe (son conjoint) comme un couple ayant droit à l'allocation en fonction de ses besoins. Cette définition a pour effet de dénier cette allocation aux couples qualifiés à d'autres égards mais qui ne forment pas une union conjugale légitime ou de fait.

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

⁹ S.C. 1974-75-76, ch. 58, art. 5.

¹⁰ Procès-verbaux et témoignages, fascicule n° 25, à la p. 25:7.

The discrimination perceived in the definition is not discrimination directed to homosexuals generally nor to all homosexual couples but only those who have both established a menage and proclaimed their relationship. The attack is, in substance, on the failure of the definition to comprehend the concept of common law marriage between persons of the same sex. It is precisely and only because Nesbit is similarly situated to the common law spouse of the opposite sex included in the definition that it can be rationally argued that his exclusion by the definition is discriminatory while leaving to another day the exclusion of other non-conjugal couples.

As I appreciate it, to reach the conclusion urged by the appellants, one must distinguish homosexual couples from the general class of non-conjugal couples denied spouse's allowance. The distinction is necessarily made on the basis of an irrelevant personal difference, sexual orientation; there is no other identifiable difference. One then accepts that, because they have maintained their relationship for at least a year and publicly represented themselves as spouses, they are not legitimately to be distinguished from common law spouses of the opposite sex for pension purposes. That seems to me to invert the teaching of *Andrews*. As the definition pertains to the appellants and other homosexual couples who hold themselves out as spouses, the conclusion that the distinction made by the definition is discrimination can, in my respectful opinion, only be reached by mechanical application of the similarly situated test.

The learned Trial Judge concluded:¹¹

When compared to the unit or group which benefits by the challenged law the plaintiffs fall into the general group of non-spouses and do not benefit because of their non-spousal status rather than because of their sexual orientation.

¹¹ At p. 704.

publiquement comme conjoints de manière à bénéficier du redressement que recherchent les appelants.

La discrimination que les appelants voient dans la définition en cause n'est pas dirigée contre les homosexuels comme tels ni contre tous les couples homosexuels, mais seulement contre ceux qui se sont mis en ménage puis l'ont proclamé. Essentiellement, l'attaque des appelants vise la non-inclusion dans la définition, du concept d'union conjugale de fait formée de deux personnes du même sexe. C'est précisément et uniquement parce que la situation de Nesbit est analogue à celle du conjoint de fait de sexe opposé, qui est inclus dans la définition, que les appelants peuvent soutenir rationnellement que son exclusion par application de la définition est discriminatoire, sans toucher à la question de l'exclusion des autres couples non conjugaux.

Je vois que pour arriver à la conclusion que proposent les appelants, on doit distinguer les couples homosexuels de la catégorie générale des couples non conjugaux qui n'ont pas droit à l'allocation de conjoint. Cette distinction doit être nécessairement fondée sur une différence personnelle non pertinente, savoir les tendances sexuelles, car il n'y a aucune autre différence identifiable en l'espèce. On devra alors accepter que, les appelants ayant vécu ensemble pendant un an au moins et s'étant publiquement présentés comme conjoints, on ne peut légitimement pas, pour ce qui est de la pension, les distinguer des conjoints de fait de sexe opposé. Pareille conclusion irait à l'encontre des principes définis par l'arrêt *Andrews*. Dans la mesure où la définition en cause touche les appelants et d'autres couples homosexuels qui se présentent comme conjoints, on ne peut, à mon avis, arriver à la conclusion que la distinction contenue dans cette définition est discriminatoire, que par application mécanique du critère de la situation analogue.

Le juge de première instance a tiré la conclusion suivante¹¹:

Par comparaison avec l'unité ou la catégorie qui bénéficie de la loi contestée, les demandeurs relèvent de la catégorie générale des non-conjoints, et ne peuvent en bénéficier en raison de leur statut de non-conjoints, et non pas à cause de leurs tendances sexuelles.

¹¹ À la p. 704.

I agree with that conclusion and, with respect, do not find the reasoning leading to it circular. In my view, the conclusion follows from a consideration of the nature of the *Old Age Security Act* and the purpose of the spouse's allowance, not mere acceptance of the definition.

I agree in the result with Mr. Justice Robertson and share his hope that the respondent will not pursue the costs to which she is entitled. I would dismiss the appeal with costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A. (*dissenting*): I am unable to agree.

The issue on this appeal is easy to state but difficult to resolve: does the definition of "spouse" in section 2 of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9 violate subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? Section 2 of that Act provides the following definition:

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;

This is a revised version of an earlier definition added to the *Old Age Security Act* in 1975 [S.C. 1974-75-76, c. 58, s. 1], which was meant to bring "common law spouses", who had not been included prior to that time, under the newly enacted spouse's allowance program. This definition sets out who may be eligible to receive spouse's allowance benefits paid under subsection 19(1) of the *Old Age Security Act*. The use of the words "a person of the opposite sex" in the definition clearly restricts eligibility to partners in heterosexual relationships and excludes gay men and lesbians from eligibility.

James Egan and John Nesbit challenge this definition, arguing that it discriminates against them and other gay men on the ground of sexual orientation

Je partage cette conclusion, et n'en trouve pas le raisonnement sophistiqué. À mon avis, elle découle d'un examen de la nature de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* et de l'objectif de l'allocation de conjoint, non pas d'une simple acceptation de la définition en cause.

Je partage la décision du juge Robertson, ainsi que son espoir que l'intimée ne demandera pas le remboursement des dépens auxquels elle a droit. Je me prononce pour le rejet de l'appel avec dépens.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par

LE JUGE LINDEN, J.C.A. (*dissident*): Je ne peux me ranger aux conclusions de mes collègues.

Cet appel est facile à exposer, mais difficile à résoudre; il soulève la question de savoir si la définition de «conjoint» à l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, va à l'encontre du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article 2 de la Loi comporte la définition suivante:

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.

Il s'agit là de la version révisée d'une définition antérieure et ajoutée en 1975 [S.C. 1974-75-76, ch. 58, art. 1] à la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, afin d'étendre le bénéfice du nouveau régime d'allocation de conjoint aux «conjoints de fait» qui n'en bénéficiaient pas auparavant. Cette définition délimite l'admissibilité à l'allocation de conjoint prévue au paragraphe 19(1) de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. L'emploi des mots «personne de sexe opposé» limite indubitablement l'admissibilité aux membres d'unions hétérosexuelles et exclut les gais et les lesbiennes.

James Egan et John Nesbit contestent cette définition, en soutenant qu'elle est discriminatoire à leur égard et à l'égard d'autres gais en raison de leurs ten-

contrary to subsection 15(1) of the Charter, which reads as follows:

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.

As a Charter challenge, and one based on sexual orientation, this case is very different from the judgment of the Supreme Court in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, because it was argued on the ground of discrimination based on family status, not on sexual orientation, as this case is. In fact, the Supreme Court rejected Brian Mossop's claim partly because it relied on family status rather than sexual orientation as the ground of discrimination. More importantly, *Mossop* was concerned basically with a narrow issue of statutory interpretation involving the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6], not a constitutional challenge; this case, on the other hand, involves a direct challenge to the constitutionality of a legislative provision (*Mossop, supra, per Lamer C.J.*, at page 578). The Supreme Court in *Mossop* mentioned this point repeatedly, indicating that the analysis might well have been different had the Charter been relied upon. Chief Justice Lamer, writing for the majority, referred to the narrow reach of the *Mossop* decision, explaining that "this decision [should not] be interpreted as meaning that homosexual couples cannot constitute a 'family' for the purposes of legislation other than the *CHRA*" (*Mossop, supra, per Lamer C.J.*, at page 582.) The case before us does not raise the issue of the definition of family.

Similarly, this case is also very different from *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, [1993] O.J. 575 (QL) in which the issue of marriage between gay and lesbian partners was considered. Indeed, in *Layland*, Justice Southey expressly stated (at page 23 (QL)):

Whether parties to homosexual unions should receive the same benefits as parties to a marriage, without discrimination because of the nature of their unions, is another question.

dances sexuelles et en violation du paragraphe 15(1) de la Charte, qui prévoit ce qui suit:

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.

En tant que recours fondé sur la Charte contre la discrimination pour cause de tendances sexuelles, l'affaire en instance est très différente de la cause *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, qui porte sur la discrimination pour cause de situation de famille. En fait, la Cour suprême a rejeté les prétentions de Brian Mossop en partie parce qu'il concluait à discrimination pour cause de situation de famille et non pour cause de tendances sexuelles. Ce qui est plus important encore, c'est que l'arrêt *Mossop* porte surtout sur la question restreinte de l'interprétation d'une loi, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6], et non sur sa constitutionnalité; par contre, nous sommes en présence en l'espèce d'une attaque directe contre la constitutionnalité d'un texte de loi (*Mossop, supra*, le juge en chef Lamer, à la page 578). Dans *Mossop*, la Cour suprême rappelle ce point à plusieurs reprises, en indiquant que l'analyse aurait pu être tout autre si la Charte avait été en jeu. Prononçant les motifs de la majorité, le juge en chef Lamer fait état du champ restreint de la décision *Mossop*, soulignant que «[c]ette décision ne doit pas non plus être interprétée comme signifiant que les couples homosexuels ne peuvent pas constituer une "famille" dans le contexte de lois autres que la *LCDP*». (*Mossop, supra*, le juge en chef Lamer, à la page 582). L'affaire dont nous sommes saisis ne soulève pas la question de la définition de famille.

De même, elle est aussi très différente de la cause *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, [1993] O.J. 575 (QL) qui porte sur le mariage entre gais ou entre lesbiennes. En effet, dans *Layland*, le juge Southey a expressément conclu ce qui suit, à la page 23 (QL):

[TRADUCTION] Que les partenaires unis par des relations homosexuelles soient admissibles ou non aux mêmes prestations que les gens unis par les liens du mariage, sans discrimination fondée sur la nature de leur union, voilà une autre question.

Thus, these two recent decisions are of little help in resolving this case which focusses on a rather different issue: Does the Charter permit the exclusion of gay and lesbian partners from the spouse's allowance program or does that amount to discrimination founded on sexual orientation? The majority, affirming the Trial Judge, holds that they may be excluded; I dissent from that view.

1. FACTS

James Egan and John Nesbit have lived together since 1948 in an openly gay relationship. Over the past 45 years, they have shared a long term commitment to each other, thoroughly intermingling their daily lives. They share joint bank accounts, credit cards and property ownership. By their wills, Egan and Nesbit appointed each other as their respective executors and beneficiaries. They also hold absolute power of attorney for each other. Egan and Nesbit publicly exchanged rings and, to their friends and family, they refer to themselves as partners.

On September 14, 1986, Egan reached 65 years of age. On October 1, 1986, Egan became eligible and began receiving old age security and guaranteed income supplement. By letter dated February 25, 1987, Egan applied on behalf of John Nesbit for a spouse's allowance, pursuant to section 19 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 34, s. 2] of the *Old Age Security Act*. The appellants were advised by letter from the Department of National Health and Welfare that Nesbit was ineligible for spouse's allowance.

On July 24, 1989, Nesbit applied for spouse's allowance pursuant to the provisions of Part III of the Act. In the application, Egan was described as Nesbit's spouse. On September 8, 1989, Nesbit's application was also denied by the Department of National Health and Welfare on the basis that he was not the spouse of Egan, as defined in section 2 of the Act. Egan and Nesbit appealed this determination to the Trial Division of this Court, which dismissed their appeal (*Egan v. Canada*, [1992] 1 F.C. 687 (T.D.)).

On voit donc que ces deux décisions récentes ne sont guère un secours pour la solution du litige en l'espèce, qui porte sur une question plutôt différente, savoir si la Charte permet l'exclusion des membres d'unions de gais ou de lesbiennes du programme de l'allocation de conjoint et si cette exclusion vaut discrimination pour cause de tendances sexuelles. La majorité de la Cour, confirmant le jugement de première instance, conclut que les gais et les lesbiennes peuvent être exclus du programme; je ne partage pas cette conclusion.

1. LES FAITS DE LA CAUSE

James Egan et John Nesbit forment depuis 1948 une union homosexuelle au grand jour. Ces 45 dernières années, ils ont vécu un engagement durable l'un envers l'autre, leur vie quotidienne étant intimement liée. Ils ont des comptes bancaires joints et partagent cartes de crédit et autres biens. Dans leurs testaments, Egan et Nesbit se sont désignés l'un et l'autre leurs exécuteurs testamentaires et légataires respectifs. Ils se donnent aussi l'un à l'autre pleine procuration générale. Ils ont publiquement échangé les anneaux de mariage et, à leurs parents et amis, se présentent comme partenaires.

Le 14 septembre 1986, Egan atteint l'âge de 65 ans. Le 1^{er} octobre 1986, il devient admissible à la pension de sécurité de la vieillesse et au supplément de revenu garanti, qu'il commence à recevoir. Par lettre en date du 25 février 1987, il demande pour John Nesbit l'allocation de conjoint visée à l'article 19 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 34, art. 2] de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social informe par lettre les appelants que Nesbit n'a pas droit à l'allocation de conjoint.

Le 24 juillet 1989, Nesbit demande l'allocation de conjoint sous le régime des dispositions de la Partie III de la Loi. Dans la demande, il indique que Egan est son conjoint. Le 8 septembre 1989, la demande de Nesbit est également rejetée par le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social par ce motif qu'il n'est pas le conjoint d'Egan, au sens de la définition à l'article 2 de la Loi. Egan et Nesbit saisissent la Section de première instance de cette Cour, qui rejette leur recours (*Egan c. Canada*, [1992] 1 C.F. 687 (1^{re} inst.)).

The Trial Judge concluded that the spouse's allowance program is not discriminatory. The Trial Judge acknowledged that the definition of spouse in section 2 of the Act creates a distinction, but determined that that distinction was not discriminatory. He explained at page 703:

The legislation denies the financial benefits, the spouse's allowance, to homosexual couples which benefits are accorded to heterosexual couples where one spouse has reached the age of 65 and the other is between the age of 60 and 65 but, in my view, that distinction is not made upon the basis of the sexual orientation of the plaintiffs and thus does not discriminate against them on that basis.

The Trial Judge then considered on what basis the distinction was drawn. After reviewing the submissions of counsel, the Trial Judge decided that the distinction created under the spouse's allowance program is between spouses and non-spouses. He concluded at pages 703-704:

The plaintiffs in this matter do not come within the definition assigned by Parliament to the group which it intended to benefit

When compared to the unit or group which benefits by the challenged law the plaintiffs fall into the general group of non-spouses and do not benefit because of their non-spousal status rather than because of their sexual orientation.

In my view, however, this analysis, which is largely adopted by the majority, is circular, returning us to the original issue without satisfactorily resolving it. The issue before this Court is whether the definition of spouse in the *Old Age Security Act* creates a distinction in the distribution of benefits which is discriminatory on the basis of sexual orientation. That issue cannot be resolved simply by stating that the distinction drawn by the Act is based on the definition of spouse rather than on sexual orientation. It is, after all, the definition of spouse that is being attacked as discriminatory. The question before us is whether the exclusion of gay and lesbian partners from the definition of spouse, and therefore from eligibility for spouse's allowance, contravenes subsection 15(1) of the Charter. Thus, in my view, this Court must subject the definition of spouse in the *Old Age Security Act* to a thorough subsection 15(1) analysis.

Le juge de première instance conclut que le programme de l'allocation de conjoint n'est pas discriminatoire. Tout en admettant que la définition de conjoint à l'article 2 de la Loi crée une distinction, il conclut cependant que cette distinction n'est pas discriminatoire, par cette explication à la page 703:

Cette loi refuse aux couples homosexuels des prestations financières, savoir l'allocation de conjoint, qui sont accordées aux couples hétérosexuels dont l'un des conjoints a 65 ans révolus et l'autre est âgé de 60 à 65 ans. Cependant, cette distinction n'est pas fondée sur les tendances sexuelles des demandeurs et ne constitue donc pas à leur égard une mesure discriminatoire fondée sur ce motif.

Le juge de première instance examine ensuite le fondement de cette distinction. Après avoir analysé les arguments des avocats de part et d'autre, il conclut que la distinction créée par le programme de l'allocation de conjoint sépare conjoints et non-conjoints. Il se prononce en ces termes aux pages 703 et 704:

En l'espèce, les demandeurs ne tombent pas dans le champ d'application de la définition donnée par le législateur à la catégorie de personnes auxquelles il entendait accorder l'allocation de conjoint.

Par comparaison avec l'unité ou la catégorie qui bénéficie de la loi contestée, les demandeurs relèvent de la catégorie générale des non-conjoints, et ne peuvent en bénéficier en raison de leur statut de non-conjoints, et non pas à cause de leurs tendances sexuelles.

À mon avis cependant, cette analyse, adoptée en grande partie par la majorité, est sophistiquée car elle nous ramène à la question initiale sans lui donner une solution satisfaisante. La question soumise à la décision de la Cour est de savoir si la définition de conjoint dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* crée, dans l'octroi de prestations, une distinction qui serait discriminatoire au chapitre des tendances sexuelles. On ne peut résoudre cette question en se contentant de dire que la distinction faite par la Loi est fondée sur la définition de conjoint et non pas sur les tendances sexuelles. C'est justement cette définition de conjoint qui est visée par la plainte de discrimination. La question qui se pose est de savoir si l'exclusion des gais et des lesbiennes de la définition de conjoint et, par conséquent, de l'admissibilité à l'allocation de conjoint, enfreint le paragraphe 15(1) de la Charte. Il s'ensuit qu'à mon avis, la Cour doit soumettre la définition de conjoint dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* à une analyse minutieuse à la lumière du paragraphe 15(1) de la Charte.

2. REMEDIES GENERALLY UNDER SUBSECTIONS 24(1) AND 52(1)

There are two different levels of analysis that may be employed in a subsection 15(1) inquiry. Which level should be used depends on whether a party is seeking an individual remedy under subsection 24(1) or whether the party is seeking a general remedy under subsection 52(1). Following the decision of the Supreme Court in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, it is now clear that subsections 24(1) and 52(1) serve distinct remedial functions. Subsection 24(1) empowers courts to devise individualized remedies. That subsection operates where a law is not by itself unconstitutional but where action taken under that law violates a person's Charter rights. In that situation, it is the impact or effect of the action on the individual which is relevant. Accordingly, when a party bringing a subsection 15(1) claim seeks an individualized remedy under subsection 24(1), they will have to show that the impugned distinction has, directly or indirectly, compromised their equality rights personally. Evidence that action undertaken pursuant to a particular law violates the equality rights of a group generally will be probative, but by itself it will not be determinative of whether the subsection 15(1) rights of an individual have been violated. Since subsection 24(1) provides individualized remedies, the ultimate focus of a Charter analysis leading to a subsection 24(1) remedy must be on the party personally.

Unlike subsection 24(1), subsection 52(1) applies to invalidate all or part of a law, when the law itself, not an act done under the law, is held to be unconstitutional. To establish that a law violates the Charter and is therefore unconstitutional, reference must be had to the purpose or effect of the law generally. The constitutionality of a law cannot be confirmed by establishing that it does not violate a particular individual's rights. You cannot prove that something is constitutional generally by showing that it is constitutional in one instance. Thus, where a party raising a subsection 15(1) claim contests the validity of a law under subsection 52(1), it must be established that the relevant legislation violates the rights of the group (*i.e.*, gay men, lesbians, women, African-Canadians,

2. RECOURS DÉCOULANT DES PARAGRAPHES 24(1) ET 52(1)

L'analyse à la lumière du paragraphe 15(1) peut s'effectuer à deux niveaux différents. Le niveau indiqué dépend de la question de savoir si le demandeur conclut à réparation individuelle sous le régime du paragraphe 24(1) ou à réparation générale sous le régime du paragraphe 52(1). À la suite de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, il est maintenant clair que les paragraphes 24(1) et 52(1) ont des fonctions correctives différentes. Le paragraphe 24(1) habilite les tribunaux à ordonner des réparations individualisées. Il entre en jeu lorsqu'une loi n'est pas inconstitutionnelle en soi, mais qu'un acte accompli sous son régime porte atteinte à des droits garantis par la Charte. Dans ce cas, ce qui importe, c'est l'effet de l'acte sur l'individu touché. En conséquence, il incombe à la partie qui se fonde sur le paragraphe 15(1) pour conclure à une réparation individualisée sous le régime du paragraphe 24(1), de prouver que la distinction en cause a, directement ou indirectement, porté atteinte à ses propres droits à l'égalité. La preuve que l'acte accompli en application d'une loi porte atteinte aux droits à l'égalité d'un groupe sera concluante, mais ne suffira pas à elle seule à établir que les droits garantis par le paragraphe 15(1) à un individu ont été violés. Étant donné que le paragraphe 24(1) porte réparation individualisée, l'analyse faite à la lumière de la Charte en vue de cette réparation doit être focalisée en dernière analyse sur la partie demanderesse elle-même.

À la différence du paragraphe 24(1), le paragraphe 52(1) s'applique pour invalider tout ou partie d'une loi, lorsqu'il est jugé que cette loi elle-même, et non pas un acte accompli sous son régime, est inconstitutionnelle. Pour prouver qu'une loi va à l'encontre de la Charte et est de ce fait inconstitutionnelle, il est nécessaire de prendre en considération son but ou son effet général. Il ne suffit pas de démontrer qu'une loi ne viole pas les droits d'un individu pour en confirmer la constitutionnalité. On ne peut pas prouver que quelque chose est constitutionnel sur le plan général en démontrant qu'il est constitutionnel dans un cas particulier. Il s'ensuit que la partie qui se fonde sur le paragraphe 15(1) pour contester la validité d'une loi sous le régime du paragraphe 52(1), doit prouver que

etc.). Of course, where relief is sought under subsection 52(1), the fact that the equality rights of the party raising the claim are violated personally may serve as evidence that the subsection 15(1) equality rights of the group have been violated. Where a provision contravenes the equality rights of an individual as a member of a group, it follows that the provision violates the equality rights of the group. This is not to suggest, however, that a member of a particular group cannot succeed in challenging the validity of a law where there is no indication that their equality rights have been personally infringed. A remedy under subsection 52(1) does not in any way depend upon proof that the subsection 15(1) rights of an individual bringing a claim have been violated.

The need to establish a violation of the equality rights of both the group and the individual will only arise where subsections 24(1) and 52(1) are both relied upon. However, as Chief Justice Lamer observed in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, a subsection 24(1) remedy will rarely be available in conjunction with the operation of section 52. In those exceptional circumstances in which both sections apply, both levels of analysis—individual and general—will be required. Where, as here, that is not the case, the appropriate level of analysis to be used throughout the subsection 15(1) inquiry will correspond to the remedy pursued.

In the case before us, the parties are essentially seeking a subsection 52(1) remedy. Accordingly, my subsection 15(1) analysis will focus on the group—gay men and lesbians—rather than on the parties personally. My concern will mainly be the effect of the spouse's allowance program on that group generally, rather than on the appellants individually.

3. SUBSECTION 15(1) OF THE CHARTER

Subsection 15(1) falls under the heading "Equality Rights" in the Charter. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at page 164,

celle-ci porte atteinte aux droits du groupe (c'est-à-dire les gais, les lesbiennes, les femmes, les Afro-Canadiens, etc.). Il va de soi qu'en cas de recours intenté en application du paragraphe 52(1), le fait que les propres droits à l'égalité de la partie demanderesse sont violés peut servir à prouver que les droits à l'égalité du groupe, garantis par le paragraphe 15(1), ont été violés. Si une disposition porte atteinte aux droits à l'égalité d'un individu en sa qualité de membre d'un groupe, elle porte atteinte également aux droits à l'égalité de ce groupe. Cela ne signifie cependant pas qu'un membre d'un groupe donné ne peut pas contester avec succès la validité d'une loi dans le cas où rien n'indique que ses propres droits à l'égalité ont été violés. La réparation fondée sur le paragraphe 52(1) n'est nullement subordonnée à la preuve qu'il y a eu violation des droits garantis par le paragraphe 15(1) à l'individu qui intente le recours.

Il n'est nécessaire de prouver la violation des droits à l'égalité à la fois du groupe et de l'individu que si les paragraphes 24(1) et 52(1) sont invoqués simultanément. Cependant, comme l'a fait observer le juge en chef Lamer dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, la réparation visée au paragraphe 24(1) sera rarement accordée en conjonction avec l'application de l'article 52. Dans les cas exceptionnels où les deux dispositions s'appliquent simultanément, l'analyse doit se faire aux deux niveaux, individuel et général. Dans le cas contraire, comme en l'espèce, le niveau d'analyse à observer tout au long du jugement à la lumière du paragraphe 15(1) correspondra à la réparation recherchée.

En l'espèce, les appelants concluent essentiellement à réparation sous le régime du paragraphe 52(1). En conséquence, mon analyse à la lumière du paragraphe 15(1) sera centrée sur le groupe—gais et lesbiennes—et non pas sur les appelants à titre individuel. Mon examen portera principalement sur l'effet du programme de l'allocation de conjoint sur le groupe en général, et non pas sur les appelants individuellement.

3. LE PARAGRAPHE 15(1) DE LA CHARTE

Le paragraphe 15(1) fait partie de l'article intitulé «Droits à l'égalité» de la Charte. Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S.

the first Supreme Court decision addressing subsection 15(1), Mr. Justice McIntyre observed:

The concept of equality has long been a feature of Western thought. As embodied in s. 15(1) of the *Charter*, it is an elusive concept and, more than any of the other rights and freedoms guaranteed in the *Charter*, it lacks precise definition.

Without attempting a precise definition, the Supreme Court has clearly outlined the purpose of subsection 15(1). In *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at page 994, Chief Justice Lamer proclaims that subsection 15(1) is aimed at “remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in Canadian society.” Similarly, in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at page 1333, Madam Justice Wilson, writing for the Court, declared again that the purposes of subsection 15(1) lie “in remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in our society.” It is with this laudable goal in mind that subsection 15(1) must be applied.

The purpose of section 15 enunciated by the Supreme Court is reflected in the “enumerated and analogous grounds” approach adopted by that Court. As Mr. Justice McIntyre explained in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, at page 182:

The ... “enumerated and analogous grounds” approach most closely accords with the purposes of s. 15 and the definition of discrimination outlined above and leaves questions of justification to s. 1. However, in assessing whether a complainant’s rights have been infringed under s. 15(1), it is not enough to focus only on the alleged ground of discrimination and decide whether or not it is an enumerated or analogous ground. The effect of the impugned distinction or classification on the complainant must be considered.

The point of this approach is to view the issues raised by a section 15 claim in light of the social, political and historical circumstances of the group raising the challenge. With an understanding of the circumstances of the group coming within the enumerated or analogous ground, a court is able to better appreciate the implications of a distinction that denies a benefit or imposes a burden on the group. This is cap-

143, qui est la première décision de la Cour suprême portant sur le paragraphe 15(1), le juge McIntyre a fait cette observation en page 164:

Le concept d’égalité fait partie de la pensée occidentale depuis longtemps. Enchâssé au par. 15(1) de la *Charte*, c’est un concept difficile à saisir qui, plus que tous les autres droits et libertés garantis dans la *Charte*, ne comporte pas de définition précise.

Sans essayer de formuler une définition précise, la Cour suprême a donné un clair exposé du but du paragraphe 15(1). Dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 994, le juge en chef Lamer proclame que cette disposition a pour objet «de corriger ou d’empêcher la discrimination contre des groupes victimes de désavantages sociaux, politiques et juridiques dans la société canadienne». De même, dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la page 1333, Madame le juge Wilson, rendant le jugement de la Cour, a réitéré en ces termes l’objectif du paragraphe 15(1): «remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou en les protégeant contre toute forme de discrimination». C’est à la lumière de cet objectif louable qu’il faut appliquer le paragraphe 15(1).

L’objectif de l’article 15, tel que l’énonce la Cour suprême, est illustré par la méthode des «motifs énumérés et analogues» qu’elle adopte. Ainsi que l’explique le juge McIntyre dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, à la page 182:

Le ... point de vue ... des «motifs énumérés et analogues», correspond davantage aux fins de l’art. 15 et à la définition de la discrimination exposée auparavant et renvoie à l’article premier les questions de justification. Cependant, pour vérifier s’il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, il ne suffit pas de se concentrer uniquement sur le motif allégué de discrimination et de décider s’il s’agit d’un motif énuméré ou analogue. L’examen doit également porter sur l’effet de la distinction ou de la classification attaquée sur le plaignant.

Cette méthode consiste à examiner les questions soulevées par le recours fondé sur l’article 15 à la lumière de la situation sociale, politique et historique du groupe plaignant. Une fois pénétrée de cette situation envisagée à la lumière d’un motif énuméré ou analogue, la juridiction compétente sera en mesure de mieux saisir les ramifications d’une distinction qui dénie un bénéfice ou impose un fardeau à ce groupe.

tured in the specific steps to be followed in an analysis under subsection 15(1).

An inquiry under subsection 15(1) of the Charter involves two stages of analysis: the first refers to equality rights and the second refers to freedom from discrimination. In order to make out a claim under subsection 15(1), a party must establish that a law draws a distinction or has a disparate impact which violates one of the four equalities and which does so with discrimination. Chief Justice Lamer recently summarized the basic framework for an inquiry under subsection 15(1) in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at page 992:

The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in "discrimination". This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Furthermore, in determining whether the claimant's s. 15(1) rights have been infringed, the court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits within the overall purpose of s. 15—namely, to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

This summary charts the direction of a subsection 15(1) inquiry. It requires some considerable elaboration.

(a) The four equalities

At the outset, as the Chief Justice explained, the Court must first determine whether a classification exists or a distinction has been drawn—intentionally or otherwise—which violates one of the four basic equality rights:

1. equality before the law;
2. equality under the law;
3. equal protection of the law; or,

Elle y parviendra par la démarche expressément prescrite pour l'analyse au regard du paragraphe 15(1).

L'examen à la lumière du paragraphe 15(1) de la Charte comporte deux phases d'analyse: la première porte sur les droits à l'égalité, la seconde sur la protection contre la discrimination. Pour faire valoir une demande sous le régime du paragraphe 15(1), le demandeur doit prouver qu'une loi fait une distinction ou a un effet disparate qui viole l'un des quatre droits à l'égalité, et ce de façon discriminatoire. Le juge en chef Lamer a récemment résumé ce que doit être le cadre fondamental de l'analyse à la lumière du paragraphe 15(1), dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 992:

La cour doit d'abord déterminer si le plaignant a démontré que l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité a été violé (i.e. l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d'autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d'imposer 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. De plus, pour déterminer s'il y a eu atteinte aux droits que l'art. 15(1) reconnaît au plaignant, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s'assurer que la plainte correspond à l'objectif général de l'art. 15, c'est-à-dire corriger et empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

Ce résumé trace la voie à suivre dans l'analyse au regard du paragraphe 15(1). Il appelle plusieurs éclaircissements.

a) Les quatre droits à l'égalité

Comme l'explique le juge en chef, la juridiction saisie doit examiner s'il existe une classification ou une distinction—intentionnelle ou non—qui porte atteinte à l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité suivants:

1. égalité devant la loi;
2. égalité dans la loi;
3. même protection de la loi;

4. equal benefit of the law.

At this stage, explanations, justifications and even questions of discrimination need not be addressed. Thus, a test which asks “whether a distinction is ‘unreasonable’, ‘invidious’, ‘unfair’ or ‘irrational’ imports limitations into s. 15 which are not there. . . . The equality rights must be given their full content divorced from justificatory factors properly considered under s. 1.” (See *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at page 1328, *per* Madam Justice Wilson). The inquiry at this stage, therefore, is intended to be straightforward, but, we must still determine which level of analysis is appropriate in the circumstances.

As explained above, the correct level of analysis depends on whether a party is pursuing an individual remedy under subsection 24(1), or whether the party is seeking a general remedy under subsection 52(1). Since the appellants in this case are relying mainly on subsection 52(1), we must determine whether, as a group, gay men and lesbians are denied one of the four equalities. Our inquiry is not limited to the individual circumstances of the appellants. The issue is whether the *Old Age Security Act*, and the definition of spouse in particular, violates one of the four equality rights of gay men and lesbians generally.

Subject to certain restrictions, a person between the ages of sixty and sixty-five who is the spouse of a pensioner is eligible to receive monthly spouse’s allowance payments under section 19 of the *Old Age Security Act*. As indicated above, the term “spouse” is defined in section 2 of the Act as follows:

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;

4. même bénéfice de la loi.

À ce stade de l’analyse, il n’est pas nécessaire de s’occuper des explications, des justifications ni même des questions de discrimination. Ainsi donc, un critère qui correspond à la question de savoir «si la distinction est “déraisonnable”, “odieuse”, “injuste” ou “irrationnelle”, a pour effet de prêter à l’art. 15 des restrictions qui ne s’y trouvent pas. . . Il faut donner aux droits à l’égalité leur plein sens, indépendamment des facteurs justificatifs qu’il convient d’examiner en vertu de l’article premier». (Voir *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la page 1328, motifs prononcés par Madame le juge Wilson.) Il s’ensuit qu’à ce stade, l’examen sera simple, mais il nous faut toujours décider quel niveau d’analyse est indiqué eu égard aux faits de la cause.

Comme il a été expliqué *supra*, le niveau d’analyse indiqué dépend de la question de savoir si la partie demanderesse conclut à réparation individuelle sous le régime du paragraphe 24(1) ou à réparation générale sous le régime du paragraphe 52(1). Attendu qu’en l’espèce, les appelants invoquent principalement le paragraphe 52(1), il nous faut examiner si, en tant que groupe, les gais et les lesbiennes se sont vu dénier l’un des quatre droits à l’égalité. Notre examen n’est pas limité à la situation particulière des appelants. Il échet au contraire d’examiner si la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, en particulier la définition de conjoint qu’elle prévoit, porte atteinte à l’un des quatre droits à l’égalité des gais et des lesbiennes pris dans leur ensemble.

Sous réserve de certaines restrictions, toute personne âgée entre 60 et 65 ans, qui est la conjointe (ou le conjoint) d’un pensionné (ou pensionnée), a droit à une allocation mensuelle de conjoint en application de l’article 19 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Comme indiqué *supra*, le terme «conjoint» est défini à l’article 2 de la Loi comme suit:

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.

The word “includes” signifies that, in addition to the conventional definition of a spouse as a person legally married to another person, the Act also “includes” what are generally referred to as “common law spouses” (although the definition may not correspond precisely with the legal description of a common law spouse.). In contrast, the words “of the opposite sex” are used to create an exclusion. By virtue of those words, persons in same sex relationships are excluded from receiving spouse’s allowance. This definition specifically distinguishes between couples of the opposite sex and same sex couples, excluding the latter. Other types of relationships are also excluded by the definition of spouse under the Act, but that is not determinative of the question of whether a distinction has been drawn which violates one of the four equalities. In any event, it is obvious that gay and lesbian partners are specifically excluded from eligibility for spouse’s allowance benefits independent of the exclusion of other groups or individuals.

On this reading of the definition of the word spouse in section 2 of the Act, heterosexual partners are eligible to apply for and receive spouse’s allowance, subject to certain qualifications, while gay and lesbian partners are not eligible to receive such an allowance. This is an obvious example in which a distinction is drawn between partners in gay and lesbian relationships and partners in heterosexual relationships. The effect of that distinction is to deny spouse’s allowance to men and women in gay and lesbian relationships. Monthly spouse’s allowance payments are clearly a benefit of the law as that phrase is used in subsection 15(1) of the Charter. In fact, spouse’s allowance is specifically included in the definition of “benefit” in the *Old Age Security Act* (see section 2). One cannot escape the conclusion, then, that the effect of the distinction drawn in the definition of spouse in section 2 of the *Old Age Security Act* is to deny otherwise qualified gay men and lesbians the equal benefit of the law.

Le mot «assimilée» signifie qu’outre la définition conventionnelle de conjoint comme étant une personne légitimement mariée à une autre, la Loi y «assimile» ceux qu’on appelle communément «conjoint de fait» (bien qu’il soit possible que la définition en cause ne corresponde pas exactement à la qualification juridique de conjoint de fait). Par contraste, les mots «de sexe opposé» sont employés pour en exclure d’autres. En vertu de ces mots, les personnes unies par des relations homosexuelles sont exclues du régime de l’allocation de conjoint. Cette définition distingue expressément entre couples hétérosexuels et couples homosexuels, lesquels sont exclus de son champ d’application. D’autres types de relations sont également exclus par la définition de conjoint de la Loi, mais ce fait n’est pas un facteur déterminant de la solution de la question de savoir si une distinction a été faite qui porte atteinte à l’un des droits à l’égalité. Quoi qu’il en soit, il est manifeste que gais et lesbiennes sont expressément exclus de l’admissibilité à l’allocation de conjoint, et ce indépendamment de l’exclusion d’autres groupes ou individus.

Selon cette interprétation de la définition du mot conjoint à l’article 2 de la Loi, les partenaires hétérosexuels sont admissibles à demander et à recevoir l’allocation de conjoint sous réserve de certaines conditions, alors que les membres d’unions de gais ou de lesbiennes n’y sont pas admissibles. Voilà un parfait exemple de cas où une distinction est faite entre membres d’unions homosexuelles et membres d’unions hétérosexuelles. Cette distinction a pour effet de dénier l’allocation de conjoint aux hommes et aux femmes unis par des relations homosexuelles. L’allocation mensuelle de conjoint est indubitablement un bénéfice de la loi au sens du paragraphe 15(1) de la Charte. En fait, l’allocation de conjoint est expressément incluse dans la définition de «prestation» que donne la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* (voir l’article 2). Ainsi, on n’a pas d’autre choix que de conclure que la distinction faite par la définition de conjoint à l’article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* a pour effet de dénier le même bénéfice de la loi à des gais et des lesbiennes, qui sont qualifiés à tous autres égards.

(b) Discrimination under subsection 15(1)

After determining whether the impugned distinction violates one of the four equality rights, the Court must next consider whether the distinction in question constitutes discrimination for the purposes of subsection 15(1). This is the key component of the subsection 15(1) analysis. As Madam Justice Wilson explained in *Turpin, supra*, at page 1331:

The internal qualification in s. 15 that the differential treatment be “without discrimination” is determinative of whether or not there has been a violation of the section. It is only when one of the four equality rights has been denied with discrimination that the values protected by s. 15 are threatened and the court’s legitimate role as the protector of such values comes into play.

There are two elements necessary to a finding of discrimination under subsection 15(1). At the outset, a claim of discrimination must be brought within the ambit of subsection 15(1) by establishing that the relevant distinction is drawn on an “enumerated or analogous” ground of discrimination. If it can be established that a claim falls within an enumerated or analogous ground, the final issue is whether the impugned distinction leading to the claim has a discriminatory impact or effect. As the Supreme Court jurisprudence under section 15 makes clear, the approach to this last issue remains the same regardless of whether the claim falls within an enumerated ground or whether it falls within an analogous ground. The Court has always applied the same test whether the group raising the challenge relied on an enumerated or an analogous ground.

(i) Enumerated or analogous ground

The prohibited grounds listed in subsection 15(1) are representative rather than exhaustive. Accordingly, subsection 15(1) prohibits discrimination not only on the listed grounds, but also on grounds analogous to those expressly set out in the subsection (*Andrews v. Law Society of British Columbia, supra*, at page 182; *Turpin, supra*, at page 1332; *Swain, supra*). However, what counts as analogous cannot be decided simply by searching for similarities between a particular case and the listed grounds. To determine whether a group falls within a category analogous to those specifically enumerated in subsection 15(1), it is necessary to look beyond the circumstances of the

b) Discrimination au regard du paragraphe 15(1)

Après avoir décidé si la distinction contestée porte atteinte à l’un des quatre droits à l’égalité, la Cour doit examiner si cette distinction vaut discrimination au regard du paragraphe 15(1). Cet examen est l’élément clé de toute analyse à la lumière de cette disposition. Ainsi que l’a expliqué Madame le juge Wilson dans *Turpin, supra*, à la page 1331:

La réserve intrinsèque de l’art. 15 portant que la différence de traitement doit se faire «indépendamment de toute discrimination» est déterminante quant à savoir s’il y a eu violation de l’article. Ce n’est que si l’un des quatre droits à l’égalité a été violé de manière discriminatoire que les valeurs protégées par l’art. 15 sont menacées et que le rôle légitime de la cour à titre de protecteur de ces valeurs entre en jeu.

Deux éléments sont nécessaires en vue d’un verdict de discrimination au regard du paragraphe 15(1). Dès le début, la plainte de discrimination doit s’insérer dans le cadre du paragraphe 15(1) par la preuve que la distinction en cause est fondée sur un motif «énuméré ou analogue» de discrimination. Si le demandeur peut prouver que la plainte correspond à l’un des motifs énumérés ou analogues, la question finale à résoudre est de savoir si la distinction en cause a un effet discriminatoire. Il ressort de la jurisprudence établie par la Cour suprême au sujet de l’article 15 que la démarche à adopter pour résoudre cette dernière question demeure la même, peu importe que la plainte vise un motif énuméré ou un motif analogue. La Cour a toujours appliqué le même critère peu importe que la partie plaignante invoque un motif énuméré ou un motif analogue.

(i) Motif énuméré ou analogue

L’énumération des motifs illicites de discrimination au paragraphe 15(1) est représentative et non restrictive. En conséquence, cette disposition interdit la discrimination fondée non seulement sur les motifs énumérés, mais aussi sur des motifs analogues à ceux qui y figurent expressément (*Andrews c. Law Society of British Columbia, supra*, à la page 182; *Turpin, supra*, à la page 1332; *Swain, supra*). Cependant, pour décider s’il y a un ou des motifs analogues, il ne suffit pas de relever les similarités entre le cas d’espèce et les motifs énumérés. Pour décider si un groupe tombe dans une catégorie analogue à l’une des catégories expressément visées au paragraphe

particular case. As Madam Justice Wilson explained in *Andrews, supra* at page 152:

I emphasize, moreover, that this is a determination which is not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society.

In other words, the issue at this stage is not whether the group is disadvantaged by the distinction drawn in this particular case, but rather whether the group characteristic is one on which political and social prejudice, stereotyping or historical disadvantage has been, is, or may be based. (See *Turpin, supra*, at page 1333; *Swain, supra*, at page 992).

The Supreme Court of Canada has, in the past, on a number of occasions, referred to the “discrete and insular minority” approach embraced by the Supreme Court of the United States in the now famous footnote 4 in *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), at pages 152-153. Under that approach, a court inquires into whether a group is a discrete and insular minority by considering whether they are a disadvantaged group within society in the sense that they are politically disempowered. Such a group will undoubtedly fall within an enumerated or analogous ground of discrimination for the purposes of subsection 15(1). Nevertheless, the “discrete and insular minority” test is but one criterion to be considered in assessing whether a distinction is discriminatory. Certainly a discrete and insular minority will be defined by a characteristic associated with an enumerated or analogous ground of discrimination, but there may be other groups that fall within the enumerated or analogous grounds that do not constitute a discrete and insular minority. A group may be socially, legally, or historically disadvantaged without necessarily being politically disempowered. Indeed, recognizing the limitations of the “discrete and insular minority” approach, Madam Justice Wilson explained that finding a “discrete and insular minority” . . . is not an end in itself but merely one of the analytical tools which are of assistance in determining whether the interest advanced by a particular claimant is the kind of interest s. 15 of the *Charter* is

15(1), il est nécessaire de regarder au-delà des faits de la cause. Ainsi que l’a expliqué Madame le juge Wilson dans *Andrews, supra*, à la page 152:

a Je tiens en outre à souligner qu’il s’agit là d’une conclusion qui ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société.

b En d’autres termes, ce qu’il échet d’examiner à ce stade de l’analyse, ce n’est pas si le groupe concerné est désavantagé par la distinction faite en l’espèce, mais s’il est victime de préjugés politiques et sociaux, de stéréotypes, ou de désavantages de longue date en raison d’une caractéristique qui lui est propre. (Voir *Turpin, supra*, à la page 1333; *Swain, supra*, à la page 992.)

d La Cour suprême du Canada a évoqué à diverses reprises l’approche de la «minorité discrète et isolée», adoptée par la Cour suprême des États-Unis par la célèbre note de bas de page 4 dans son arrêt *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), aux pages 152 et 153. Par cette méthode, la juridiction saisie examine si un groupe est une minorité discrète et isolée en considérant s’il est un groupe défavorisé au sein de la société en ce qu’il est dénué de pouvoir politique. Pareil groupe tombera indubitablement dans une catégorie de discrimination énumérée au paragraphe 15(1) ou dans une catégorie analogue. N’empêche que le critère de la «minorité discrète et isolée» n’est que l’un des critères à appliquer pour décider si la distinction en cause est discriminatoire. Une minorité discrète et isolée se définit certes par une caractéristique correspondant à un motif énuméré ou analogue de discrimination, mais il peut y avoir d’autres groupes qui tombent dans les catégories énumérées ou analogues et qui ne constituent pas pour autant une minorité discrète et isolée. Un groupe peut être défavorisé sur le plan social, juridique ou historique, sans être pour autant dénué de pouvoir politique. C’est ainsi que, prenant note des limitations de l’approche de la «minorité discrète et isolée», Madame le juge Wilson explique qu’elle «est non pas une fin en soi, mais simplement un moyen analytique de déterminer si un droit qu’un requérant particulier fait valoir est un droit du genre de ceux que l’art. 15 de la *Charte* est destiné à proté-

designed to protect.” (*Turpin, supra*, at page 1333; *R. v. Hess*; *R. v. Nguyen*, [1990] 2 S.C.R. 906, at page 944.)

Thus, inquiring into whether a group is a discrete and insular minority may play a role in bringing a group within an enumerated or analogous ground of discrimination. Such an inquiry will not, however, preclude a group from coming within the ambit of the protection of subsection 15(1) since other criteria may also be taken into consideration. As explained below, whether a group constitutes a discrete and insular minority or is otherwise independently disadvantaged will also play an important role in the final stage of the analysis, informing the assessment of whether the impugned distinction is discriminatory.

Turning to the facts of this case, Egan and Nesbit claim that section 2 of the *Old Age Security Act* discriminates on the basis of sexual orientation; it is immediately evident, however, that sexual orientation is absent from the list of prohibited grounds of discrimination in subsection 15(1). This raises the question whether sexual orientation is an analogous ground for the purposes of subsection 15(1). Although not among the enumerated grounds of discrimination, a number of recent court decisions have treated sexual orientation as an analogous ground for the purposes of subsection 15(1) of the Charter. In *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321 (T.D.), at page 329 (appeal to the F.C.A. dismissed on other grounds [(1990), 43 Admin L.R. 316]), Dubé J. recognized sexual orientation as an analogous ground. Shortly afterwards, Mr. Justice Coultas ruled that discrimination based on sexual orientation contravenes the equality provisions of the Charter (*Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444 (B.C.S.C.)). In another British Columbia case, Madam Justice Rowles premised her decision on the view that sexual orientation is an analogous ground, a point that had been conceded by the parties (*Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728 (B.C.S.C.), at page 743). Earlier this year, in *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.), the Ontario Court of Appeal noted that counsel for the Attorney General of Canada conceded that sexual orientation is an analo-

ger». (*Turpin, supra*, à la page 1333; *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906, à la page 944.)

Ainsi donc, s’assurer si un groupe donné est une minorité discrète et isolée pourrait servir à le faire rentrer dans une catégorie énumérée ou analogue de discrimination. Le même examen ne pourra cependant pas avoir pour résultat d’exclure un groupe du champ de protection du paragraphe 15(1) puisque d’autres critères peuvent aussi entrer en ligne de compte. Comme nous le verrons plus loin, qu’un groupe constitue une minorité discrète et isolée ou soit défavorisé pour d’autres causes, jouera un rôle important au dernier stade de l’analyse en éclairant la question de savoir si la distinction attaquée est discriminatoire.

Pour en revenir aux faits de la cause en instance, Egan et Nesbit soutiennent que l’article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est discriminatoire au chapitre des tendances sexuelles; il ressort cependant à l’évidence que les tendances sexuelles ne figurent pas parmi les motifs illicites de discrimination qu’interdit le paragraphe 15(1). La question se pose ainsi de savoir si elles constituent une catégorie analogue à l’un des motifs qui y sont prévus. Bien que les tendances sexuelles ne figurent pas parmi les motifs énumérés de discrimination, certaines décisions récentes y ont vu un motif analogue pour l’application du paragraphe 15(1). Dans *Veysey c. Canada (Commissionnaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321 (1^{re} inst.), à la page 329 (appel rejeté par la Cour d’appel fédérale par d’autres motifs [(1990), 43 Admin. L.R. 316]), le juge Dubé a conclu que les tendances sexuelles constituaient un motif analogue. Peu de temps après, le juge Coultas a jugé que la discrimination pour cause de tendances sexuelles enfreignait les dispositions de la Charte sur les droits à l’égalité (*Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444 (C.S.C.-B.)). Dans une autre cause en Colombie-Britannique, Madame le juge Rowles a fondé sa décision sur le postulat que les tendances sexuelles représentent un motif analogue, ce que les parties en présence avaient reconnu (*Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728 (C.S.C.-B.), à la page 743). Au début de cette année, dans *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.),

gous ground. Mr. Justice Krever remarked (at page 501) "I agree and add that, as a matter of law, the concession is right." Similar findings have been made by human rights tribunals (*Leshner v. Ontario (No. 2)* (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Ont. Bd. Inq.), at page D/200) and have been authorized by a consent judgment of the Federal Court (*Douglas v. Canada*, [1993] 1 F.C. 264 (T.D.)). In fact, the Trial Judge in the case at bar accepted the defendant's concession that sexual orientation is an analogous ground of discrimination for the purposes of subsection 15(1). (*Egan v. Canada*, *supra*, at page 700). The only case in which a Court has ruled that sexual orientation is not covered by subsection 15(1) is *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258 (H.C.). However, that case relied on the similarly situated approach to subsection 15(1), which has since been rejected by the Supreme Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*.

This judicial recognition that sexual orientation is an analogous ground of discrimination prohibited under subsection 15(1) is buttressed by a similar legislative recognition that gay men and lesbians have historically suffered disadvantage and prejudice and should be protected against discrimination. Discrimination on the basis of sexual orientation is expressly prohibited under the human rights statutes in Manitoba, New Brunswick, Nova Scotia, Ontario, Quebec, and the Yukon Territory as well as in eight states of the United States of America: California, Connecticut, Hawaii, Massachusetts, Minnesota, New Jersey, Vermont and Wisconsin. In 1985, the House of Commons Parliamentary Committee on Equality Rights released a report entitled *Equality for All* (Ottawa: Queen's Printer) recommending the inclusion of sexual orientation among the prohibited grounds of discrimination in the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6. Following this report, a proposed amendment to the Act which reflects the Committee's recommendation (Bill C-108, 1992) has been introduced into Parliament.

la Cour d'appel de l'Ontario a noté que l'avocat représentant le procureur général du Canada concédait que les tendances sexuelles constituaient un motif analogue. Le juge Krever a fait cette observation (à la page 501): [TRADUCTION] «Je suis d'accord, et j'ajouterais que, sur le plan juridique, cette concession est fondée». La même conclusion a été tirée par des tribunaux des droits de la personne (*Leshner v. Ontario (No. 2)* (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Comm. eng. Ont.), à la page D/200) et sanctionnée dans un jugement d'expédient de la Cour fédérale (*Douglas c. Canada*, [1993] 1 C.F. 264 (1^{re} inst.)). En fait, le juge de première instance saisi de l'affaire en instance a accepté la concession faite par la défenderesse que les tendances sexuelles constituaient un motif analogue de discrimination au regard du paragraphe 15(1). (*Egan c. Canada*, *supra*, à la page 700.) La seule cause dans laquelle un tribunal eût conclu que les tendances sexuelles ne tombaient pas sous le coup du paragraphe 15(1) est *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258 (H.C.). Cette décision était cependant fondée, pour l'application du paragraphe 15(1), sur le critère de la situation analogue qui a été depuis rejeté par la Cour suprême dans *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*.

Cette conclusion par les tribunaux que les tendances sexuelles constituent un motif analogue de discrimination au regard du paragraphe 15(1) est renforcée par des lois qui reconnaissent que les gais et les lesbiennes ont souffert de tout temps de désavantages et de préjugés et devraient être protégés contre la discrimination. Ainsi la discrimination pour cause de tendances sexuelles est expressément interdite par les lois sur les droits de la personne du Manitoba, du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse, de l'Ontario, du Québec, et du territoire du Yukon, ainsi que de huit États des États-Unis d'Amérique: Californie, Connecticut, Hawaï, Massachusetts, Minnesota, New Jersey, Vermont et Wisconsin. En 1985, le Comité des droits à l'égalité de la Chambre des communes a rendu public un rapport intitulé *Égalité pour tous* (Ottawa: L'imprimeur de la Reine) par lequel il recommandait d'ajouter les tendances sexuelles aux motifs de discrimination interdits par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6. À la suite de ce rapport, un projet de modification de cette loi dans le sens de la recommandation

Consequently, as two historically disadvantaged groups, disadvantaged on the common ground of sexual orientation, lesbians and gay men are now entitled to the protection of subsection 15(1) of the Charter. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, at page 153, Madam Justice Wilson explained that "It is consistent with the constitutional status of s. 15 that it be interpreted with sufficient flexibility to ensure the 'unremitting protection' of equality rights in the years to come." Wilson J. reasoned that the range of disadvantaged groups in society has changed and will continue to change with changing political and social circumstances. A brief look back into legal history reveals shameful instances in which groups we now consider to be entitled to protection from discrimination have been excluded from constitutional recognition. For instance, in 1856 the United States Supreme Court ruled in *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1856 U.S. S.Ct.), at pages 404-405, that individuals whose ancestors were brought to the United States from Africa and sold as slaves were not citizens under the Constitution. Chief Justice Taney stated:

The words "people of the United States" and "citizens" are synonymous terms, and mean the same thing. . . . The question before us is, whether the class of persons described in the plea in abatement compose a portion of this people, and are constituent members of this sovereignty? We think they are not, and they are not included, and were not intended to be included, under the word "citizens" in the Constitution, and can therefore claim none of the rights and privileges which that instrument provides for and secures to citizens of the United States. On the contrary, they were at that time considered as a subordinate and inferior class of beings, who had been subjugated by the dominant race, and, whether emancipated or not, yet remained subject to their authority, and had no rights or privileges but such as those who held the power and the Government might choose to grant them.

Similarly, in 1928 the Supreme Court of Canada compared women to "criminals and lunatics and minors" when it ruled that women were not "qualified persons" within the meaning of section 24 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C.,

du comité (Projet de loi C-108, 1992) a été soumis au Parlement.

En conséquence, les lesbiennes et les gais, en tant que deux groupes traditionnellement défavorisés pour la même raison, leurs tendances sexuelles, ont maintenant droit à la protection du paragraphe 15(1) de la Charte. Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, à la page 153, Madame le juge Wilson a fait cette observation: «Il est conforme au statut constitutionnel de l'art. 15 qu'il soit interprété avec suffisamment de souplesse pour assurer la «protection constante» des droits à l'égalité dans les années à venir». À son avis, l'éventail des groupes défavorisés dans la société a changé et continuera de changer avec l'évolution du contexte politique et social. Un bref coup d'œil sur l'histoire du droit découvre des exemples honteux où des groupes que nous considérons aujourd'hui comme ayant droit à la protection n'ont pas été reconnus sur le plan constitutionnel. Par exemple, la Cour suprême des États-Unis a jugé en 1856 dans *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1856, U.S. S.Ct.), aux pages 404 et 405, que les individus dont les ancêtres avaient été amenés d'Afrique pour être vendus comme esclaves aux États-Unis n'étaient pas des citoyens au sens de la Constitution. Le juge en chef Taney s'est prononcé en ces termes:

[TRADUCTION] Les mots «le peuple des États-Unis» et «citoyens» sont synonymes et signifient la même chose. . . Il échet d'examiner si la catégorie de personnes visée dans la demande en nullité représente une partie de ce peuple et est un élément constitutif de cette souveraineté. À notre avis, elle ne l'est pas; elle n'est pas incluse, et n'a jamais été destinée à être incluse, dans le mot «citoyens» figurant dans la Constitution, et ne peut par conséquent prétendre à aucun des droits et privilèges que ce texte assure aux citoyens des États-Unis. Au contraire, elle était considérée à l'époque comme une catégorie d'êtres subordonnés et inférieurs, qui avaient été soumis par la race dominante et qui, qu'elle fût émancipée ou non, demeurerait soumise à leur autorité, et n'avait d'autres droits ou privilèges que ceux que les personnes qui détenaient le pouvoir et le gouvernement auraient pu choisir de lui accorder.

De même, en 1928, la Cour suprême du Canada assimilait les femmes aux «criminels, aliénés et mineurs» en concluant qu'elles n'étaient pas des «personnes ayant les qualifications voulues» au sens de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitution-*

1985, Appendix II, No. 5]] and therefore could not be appointed to the Senate (*Reference re Meaning of the word "Persons" in s. 24 of the B.N.A. Act, 1867*, [1928] S.C.R. 276, revd by *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] 1 D.L.R. 98 (P.C.)). Similar shameful examples of indefensible discrimination in the past can be found here and elsewhere in relation to race, religion, nationality, disability, gender, age, common law unions, divorced people, children born outside of marriage and many others.

One lesson to be learned from these cases is that a decision excluding a group from Charter protection cannot be justified by reference to the discriminatory treatment accorded that group in the past. We must be prepared to admit new grounds of discrimination; if we fail to do so, we perpetuate that discrimination. Certainly that was the view of the Privy Council when it overturned the Supreme Court's infamous ruling in the *Persons* case. In a passage which continues to guide the interpretation of our Constitution, Lord Sankey L.C. in *Re Section 24 of B.N.A. Act*, *supra*, at pages 106-107, issued the following statement:

The B.N.A. Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada.

Their Lordships do not conceive it to be the duty of this Board—it is certainly not their desire—to cut down the provisions of the Act by a narrow and technical construction, but rather to give it a large and liberal interpretation . . .

The living tree doctrine applies equally to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. (See *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at page 155.) We should, therefore, keep this metaphor clearly in mind when determining whether a ground of discrimination should be treated as an analogous ground for the purposes of subsection 15(1).

As with enumerated grounds such as race and sex, a person's sexual orientation has been a basis for discrimination and persecution throughout history. Gay men and lesbians are legally, economically, socially and politically disadvantaged. Lesbians and gay men endure the constant threat of verbal, physical, and

nelle de 1982, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] et, par conséquent, ne pouvaient être nommées au Sénat (*Reference re Meaning of the word «Persons» in s. 24 of the B.N.A. Act, 1867*, [1928] R.C.S. 276, infirmé par *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] 1 D.L.R. 98 (P.C.)). On peut trouver dans le passé de ce pays et d'ailleurs les mêmes exemples honteux de discrimination indéfendable fondée sur la race, la religion, la nationalité, l'infirmité, le sexe, l'âge, le concubinage, l'état de divorcé, l'état d'enfant naturel, pour ne citer que ces exemples.

Une leçon qu'on peut tirer de ces causes est qu'une décision qui exclut un groupe de la protection de la Charte ne peut se justifier par le traitement discriminatoire réservé par le passé au même groupe. Nous ne devons pas hésiter à reconnaître de nouveaux motifs de discrimination, faute de quoi nous perpétuerons cette discrimination. C'était certainement là la conclusion tirée par le Conseil privé lorsqu'il infirma l'abominable décision *Persons* de la Cour suprême. Dans un passage qui continue à guider l'interprétation de notre constitution, le lord chancelier Sankey s'est prononcé en ces termes dans *Re Section 24 of B.N.A. Act*, *supra*, aux pages 106 et 107:

[TRADUCTION] L'Acte de l'Amérique du Nord britannique a planté au Canada un arbre capable de croissance et de développement à l'intérieur de ses limites naturelles. Cet Acte visait à donner une constitution au Canada.

Leurs Seigneuries ne pensent pas, et ne tiennent pas à ce que ce comité ait pour fonction de diminuer les dispositions de cet Acte par une interprétation étroite et formaliste; il est par contre tenu d'en donner une interprétation large et libérale.

La doctrine de l'arbre vivant s'applique également à la *Charte canadienne des droits et libertés*. (Voir *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la page 155.) Il nous faut donc garder cette métaphore à l'esprit lorsqu'il s'agit d'examiner si un motif de discrimination doit être considéré comme analogue à l'un des motifs visés par le paragraphe 15(1).

À l'instar des motifs énumérés comme la race et le sexe, les tendances sexuelles ont été un motif de discrimination et de persécution tout au long de l'histoire. Les gais et les lesbiennes sont défavorisés sur le plan juridique, économique, social et politique. Ils sont constamment en butte aux insultes et aux

sexual abuse. Harassment is not uncommon. For most of this century, certain forms of gay male sexual expression have been criminalized. Indeed, lesbians and gay men have often felt that they must conceal their lifestyles because of these difficulties. Certainly, gay men and lesbians have been excluded from aspects of public life in the past, including participation in the Armed Forces (*Douglas, supra; Meinhold v. U.S. (Department of Defense)*, [1993] W.L. 15899 (C.D. Cal.) (Westlaw)). In short, lesbians and gay men suffer widespread stereotyping and prejudice in our society, as they have throughout history. Thus, both the weight of recent authority and simple justice leads me to the conclusion that sexual orientation is an analogous ground of discrimination for the purposes of subsection 15(1) of the Charter.

Accepting that sexual orientation is an analogous ground of discrimination, it remains to be determined whether the spouse's allowance program discriminates on that ground.

(ii) Discrimination

If, as here, the ground on which the impugned distinction is drawn falls within an enumerated or analogous ground of discrimination for the purposes of subsection 15(1), the final consideration is whether that distinction has a discriminatory impact or effect. The definition of discrimination for the purposes of subsection 15(1) was set out by Mr. Justice McIntyre in *Andrews, supra*, at page 174:

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.

According to this definition, a distinction may be discriminatory regardless of whether that distinction was drawn intentionally or unintentionally (*Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114). A dis-

menaces de violence physique et d'agression sexuelle. Le harcèlement est monnaie courante. Pendant la plus grande partie de ce siècle, certaines manifestations d'homosexualité ont été soumises à la loi pénale. En fait, lesbiennes et gais ont souvent senti qu'ils doivent dissimuler leur style de vie à cause de ces difficultés. Il est indéniable qu'ils ont été exclus par le passé de certaines manifestations de la vie publique, comme la participation aux Forces armées (*Douglas, supra; Meinhold v. U.S. (Department of Defense)*, [1993] W.L. 15899 (C.D. Cal.) (Westlaw)). En bref, lesbiennes et gais sont victimes de stéréotypes et de préjugés généralisés, comme ils l'ont été tout au long de l'histoire. C'est ainsi que l'autorité de la jurisprudence récente et la simple justice m'amènent à conclure que les tendances sexuelles constituent un motif analogue de discrimination au regard du paragraphe 15(1) de la Charte.

Les tendances sexuelles étant acceptées comme un motif analogue de discrimination, il reste à examiner si le programme de l'allocation de conjoint est discriminatoire par ce motif.

(ii) Discrimination

Si, comme en l'espèce, le motif imputé à la distinction attaquée correspond à un motif de discrimination énuméré au paragraphe 15(1) ou à un motif analogue, la question à examiner en dernière analyse est de savoir si cette distinction a un effet discriminatoire. La définition de discrimination au regard du paragraphe 15(1) a été donnée par le juge McIntyre dans *Andrews, supra*, à la page 174:

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.

Selon cette définition, une distinction peut être discriminatoire, qu'elle soit intentionnelle ou non (*Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114). Une

inction that is facially neutral will not survive subsection 15(1) scrutiny if it has a disparate impact on a particular group or an individual member of that group. Unintentional systemic discrimination will no more be tolerated under subsection 15(1) of the Charter than will direct intentional discrimination.

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 (*Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252, at page 1279; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219). For example, in the *Brooks* decision, the Supreme Court ruled that a distinction based on pregnancy but not based directly on gender constitutes sex discrimination. Chief Justice Dickson reasoned that distinctions based on pregnancy are, "at least, strongly, 'sex related'." (*Brooks, supra*, at page 1244.) Further, in *Janzen*, the Supreme Court held that sexual harassment is a form of sex discrimination even though gender may not be the only characteristic considered by a harasser. Dickson C.J. explained at pages 1288-1289 that:

The fallacy . . . is the belief that sex discrimination only exists where gender is the sole ingredient in the discriminatory action and where, therefore, all members of the affected gender are mistreated identically. While the concept of discrimination is rooted in the notion of treating an individual as part of a group rather than on the basis of the individual's personal characteristics, discrimination does not require uniform treatment of all members of a particular group. It is sufficient that ascribing to an individual a group characteristic is one factor in the treatment of that individual. If a finding of discrimination required that every individual in the affected group be treated identically, legislative protection against discrimination would be of little or no value.

In addition, the Court recognized that, while theoretically both men and women may be subject to sexual harassment, "in the present sex stratified labour market, those with the power to harass sexually will

distinction apparemment neutre ne résistera pas à l'examen à la lumière du paragraphe 15(1) si elle a un effet disparate sur un groupe donné ou sur un individu appartenant à ce groupe. La discrimination systémique non intentionnelle ne sera pas plus tolérée au regard du paragraphe 15(1) de la Charte que la discrimination directe, intentionnelle.

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 (*Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, à la page 1279; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219). Par exemple, par l'arrêt *Brooks*, la Cour suprême a jugé qu'une distinction fondée sur la grossesse et non pas directement sur le sexe valait quand même discrimination sexuelle. Le juge en chef Dickson y conclut que les distinctions fondées sur la grossesse sont «du moins, "très apparentées au sexe"» (*Brooks, supra*, à la page 1244). En outre, dans *Janzen*, la Cour suprême conclut que le harcèlement sexuel est une forme de discrimination sexuelle même si le sexe n'est peut-être pas la seule caractéristique prise en considération par celui qui s'y livre. Le juge en chef Dickson a donné cette explication aux pages 1288 et 1289:

L'erreur . . . réside dans la croyance qu'il y a discrimination sexuelle seulement lorsque le sexe est l'unique élément de l'acte discriminatoire et lorsque, par conséquent, toutes les personnes du sexe en cause sont également maltraitées. Bien que le concept de discrimination trouve sa source dans le traitement accordé à un particulier en raison de son appartenance à un groupe plutôt qu'en raison de ses caractéristiques personnelles, il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait discrimination, que tous les membres du groupe concerné soient traités de la même façon. Il suffit que l'attribution d'une caractéristique du groupe visé à un de ses membres en particulier constitue un facteur du traitement dont il fait l'objet. S'il fallait, pour conclure à la discrimination, que tous les membres du groupe visé soient traités de façon identique, la protection législative contre la discrimination aurait peu ou pas de valeur.

En outre, la Cour reconnaît que si théoriquement, les hommes comme les femmes peuvent être victimes de harcèlement sexuel, «dans la hiérarchie du marché actuel du travail, ceux qui disposent du pouvoir de

predominantly be male and those facing the greatest risk of harassment will tend to be female". (*Janzen, supra*, at page 1284). Thus, where a distinction impacts on a group because of a characteristic related to the group, but affects only a portion of that group, it may be found to be discriminatory even where the exclusion is not entirely restricted to that group. Where a distinction specifically or disproportionately impacts on a group, it may be found to be discriminatory even though the distinction impacts on other groups. For example, it is no answer to a charge of sex discrimination to say that people of colour are also excluded by a distinction. What matters is only that women are excluded as women (or as women of colour). This may be true regardless of whether the exclusion is direct or indirect, particularly where it is a disadvantaged group that is excluded by the distinction.

In the case before this Court, the impugned distinction is drawn on the basis of whether partners in a relationship are of the same sex or "of the opposite sex". Strictly speaking, it is true that this is not a distinction based directly on sexual orientation, since being in a same sex relationship is not necessarily the defining characteristic of being gay or lesbian. Obviously, many lesbians and gay men may not be involved in relationships. Nevertheless, the distinction in this case is based on a characteristic or matter related to sexual orientation, since it is lesbians and gay men who may enter into same sex relationships. The words "of the opposite sex" used in the definition of spouse are specifically aimed at excluding lesbian and gay partners from eligibility for spouse's allowance benefits. Those words are not directed towards excluding same sex relationships such as brother-brother or sister-sister relationships since those relationships are excluded on the same basis that opposite sex relationships such as brother-sister relationships are excluded. The observations of the Trial Judge in this case at page 695, are revealing on this point:

I think 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.

harceler les autres sexuellement sont en majorité les hommes, alors que les personnes les plus susceptibles d'être harcelées sont surtout les femmes» (*Janzen, supra*, à la page 1284). Ainsi donc, dans le cas où une distinction affecte un groupe à cause d'une caractéristique de ce dernier, mais ne concerne qu'une partie de ce groupe, cette distinction peut être jugée discriminatoire même si l'exclusion n'est pas entièrement limitée au groupe. Dans le cas où la distinction affecte un groupe spécifiquement ou de manière disproportionnée, elle peut être jugée discriminatoire même si elle porte aussi sur d'autres groupes. Par exemple, il ne suffit pas, pour réfuter une plainte de discrimination sexuelle, de dire que les gens de couleur sont aussi exclus par la distinction en cause. Ce qui importe, c'est que les femmes sont exclues en leur qualité de femmes (ou de femmes de couleur). Et il peut en être ainsi peu importe que l'exclusion soit directe ou indirecte, en particulier lorsque c'est un groupe défavorisé qui est exclu par la distinction.

En l'espèce, la distinction attaquée sépare couples du même sexe et couples «de sexe opposé». Il est vrai que, strictement parlant, ce n'est pas là une distinction fondée sur les tendances sexuelles, puisque l'appartenance à une union homosexuelle n'est pas nécessairement la caractéristique déterminante du gai ou de la lesbienne. Il est indéniable qu'un grand nombre de lesbiennes et de gais ne sont probablement pas liés par des relations de longue durée. N'empêche qu'en l'espèce, la distinction est fondée sur une caractéristique ou sur un aspect des tendances sexuelles, puisque ce sont les lesbiennes et les gais qui peuvent nouer des relations homosexuelles. Les mots «de sexe opposé» employés dans la définition de conjoint visent expressément à exclure les lesbiennes et les gais de l'admissibilité à l'allocation de conjoint. Ils ne visent pas à exclure les relations de même sexe comme les relations entre deux frères ou entre deux sœurs, puisque celles-ci sont exclues au même titre que les relations entre deux personnes de sexe opposé que forment un frère et une sœur par exemple. Les observations faites par le juge de première instance en page 695, sont révélatrices à cet égard:

Je pense qu'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.

Accordingly, it is clear that the only factor excluding Nesbit from eligibility for spouse's allowance was his being in a gay relationship rather than in a heterosexual relationship. Like Nesbit, gay men and lesbians generally are excluded from eligibility for benefits under the spouse's allowance program as gay men and lesbians, rather than on any other basis. And since being in a gay or lesbian relationship is a matter related to one's sexual orientation, it is apparent that gay men and lesbians are, therefore, excluded from the program based on a matter in relation to sexual orientation.

The fact that other groups may also be excluded from benefits under the spouse's allowance program cannot change the fact that gay men and lesbians are excluded from that program on the basis of a characteristic related to sexual orientation. There are three important reasons why the exclusion of others under the program is irrelevant and is no answer to the finding that lesbian and gay partners are excluded on the basis of their sexual orientation. First, the exclusion of others under the program is irrelevant because the claim here is a case of direct discrimination in which sexual orientation is singled out as a factor excluding gay and lesbian partners from eligibility for spouse's allowance independent of the factors excluding partners in other types of relationships. In other words, the Act itself specifically brings sexual orientation into issue. Gay men and lesbians do not have to distinguish themselves from other non-spouses because the Act already does that.

Second, the exclusion of lesbian and gay relationships is qualitatively different from the exclusion of other types of relationships. Lesbians and gay men are a disadvantaged group. Under the "enumerated and analogous grounds" approach to subsection 15(1), it is incumbent upon the Court to understand a distinction involving a disadvantaged group in light of their historical, social, or political disadvantage. The disadvantage endured by lesbians and gay men is particularly relevant to their exclusion from spouse's allowance benefits since the disadvantage they have suffered throughout history and which they continue to suffer in our society currently is premised, in part, on the view that gay and lesbian relationships are not legitimate or worthy. To treat lesbian and gay rela-

En conséquence, il est clair que le seul facteur de l'inadmissibilité de Nesbit à l'allocation de conjoint était son appartenance à une union homosexuelle, non pas hétérosexuelle. Tout comme Nesbit, les gais et les lesbiennes pris dans leur ensemble sont exclus du programme de l'allocation de conjoint du fait qu'ils sont gais et lesbiennes, et non pour quelque autre raison. Et étant donné que l'appartenance à une union homosexuelle est affaire de tendances sexuelles, il est manifeste que ceux-ci sont, de ce fait, exclus du programme en raison de leurs tendances sexuelles.

Que d'autres groupes puissent être aussi exclus du programme de l'allocation de conjoint ne change rien au fait que gais et lesbiennes en sont exclus à cause de leurs tendances sexuelles. Il y a trois raisons importantes qui expliquent que l'exclusion d'autres groupes du programme n'a aucun rapport et ne peut être citée en réfutation de la conclusion que lesbiennes et gais sont exclus à cause de leurs tendances sexuelles. En premier lieu, l'exclusion d'autres groupes du programme n'a aucun rapport parce que nous sommes en présence d'une plainte de discrimination directe, qui relève spécifiquement les tendances sexuelles comme facteur de l'exclusion des gais et des lesbiennes du programme de l'allocation de conjoint, indépendamment des facteurs qui excluent d'autres types de relations. En d'autres termes, la Loi elle-même met spécifiquement les tendances sexuelles en cause. Les gais et les lesbiennes n'ont pas à se démarquer des autres non-conjoints puisque c'est quelque chose que la Loi a déjà fait.

En deuxième lieu, l'exclusion des unions formées de gais ou de lesbiennes est différente du point de vue qualitatif de celle des autres types de relations. Les lesbiennes et les gais forment un groupe défavorisé. Si le paragraphe 15(1) doit être interprété à la lumière du critère des «motifs énumérés et analogues», il faut que la juridiction saisie comprenne la distinction affectant un groupe défavorisé à la lumière du désavantage de ce dernier sur le plan historique, social ou politique. Le désavantage dont souffrent lesbiennes et gais a un rapport particulièrement étroit avec leur exclusion du programme de l'allocation de conjoint puisque ce désavantage, dont ils ont souffert depuis toujours et continuent à souffrir dans notre société tient en partie à l'opinion que les

tionships simply like all other non-spousal relationships is to rely on and perpetuate the prejudiced view of the legitimacy and worth of those relationships. It would be paradoxical indeed if a decision under section 15 were itself to be based on prejudice and stereotyping.

Finally, whether or not other individuals or groups are excluded from benefits is irrelevant to this claim since what really matters is whether there is something about gay and lesbian relationships that justifies their exclusion. That others are also treated as non-spouses does not resolve whether gay and lesbian partners should be treated as spouses for the purposes of the spouse's allowance program. Referring to the exclusion of others under the definition of spouse results from a refusal to directly address the true reason for the exclusion of gay and lesbian partners. Another way of understanding this point is to recognize that the exclusion of gay and lesbian partners cannot be justified on the basis that they are defined by the Act as being non-spouses since the issue before the Court is whether defining and treating lesbian and gay partners as non-spouses is discriminatory where non-spouses are excluded from benefits. Accordingly, the Court must address the reason why gay and lesbian partners are not treated as spouses under the Act. That reason cannot be simply that others are also excluded by the definition of spouse. The exclusion of gay and lesbian partners cannot pass scrutiny unless there is a valid non-discriminatory reason for their exclusion. Thus, the claim that excluding gay and lesbian partners from eligibility for the spouse's allowance program is discriminatory cannot be answered by merely indicating that others are also excluded from eligibility. The exclusion of others is not, by itself, a reason for excluding lesbian and gay partners.

relations homosexuelles ne sont pas légitimes ou valables. Traiter les relations entre lesbiennes et entre gais au même titre que les autres relations entre non-conjoints revient à s'appuyer sur les préjugés concernant la légitimité et la valeur de ces relations, et à perpétuer ces préjugés. Ce serait vraiment paradoxal si une décision sous le régime de l'article 15 devait se fonder elle-même sur des préjugés et des stéréotypes.

b

Enfin, que des individus ou des groupes soient inadmissibles ou non aux allocations n'a aucun rapport avec le litige en instance, puisque la véritable question qui se pose en l'espèce, c'est de savoir si les relations entre gais et entre lesbiennes ont quelque chose de particulier qui justifie leur exclusion. Que d'autres soient traités à titre de non-conjoints ne résout pas la question de savoir si les membres d'unions de gais ou de lesbiennes devraient être traités comme conjoints pour ce qui est du régime de l'allocation de conjoint. Invoquer l'exclusion d'autres personnes par suite de la définition de conjoint signifie tout simplement qu'on refuse de s'attaquer directement à la véritable raison de l'exclusion des gais et des lesbiennes. Un autre moyen de saisir ce point consiste à reconnaître que l'exclusion des couples de gais ou de lesbiennes ne peut être justifiée par le fait que ces personnes ne sont pas des conjoints au regard de la Loi, puisque la question dont la Cour est saisie est de savoir si le fait de définir et de les traiter comme non-conjoints est discriminatoire dans les cas où les non-conjoints n'ont pas droit aux prestations. En conséquence, la Cour doit analyser la raison pour laquelle les membres d'unions de gais ou de lesbiennes ne sont pas considérés comme conjoints pour l'application de la Loi. Cette raison ne peut être tout simplement que d'autres sont aussi exclus de la définition de conjoint. L'exclusion des membres d'unions de gais ou de lesbiennes ne résistera pas à l'examen à moins qu'elle ne soit justifiée par de valides raisons non discriminatoires. Ainsi, l'argument que l'exclusion des membres d'unions de gais ou de lesbiennes du programme de l'allocation de conjoint est discriminatoire, ne peut être réfuté par la simple réponse que d'autres aussi en sont exclus. L'exclusion d'autres n'est pas en soi une raison pour exclure les membres d'unions de lesbiennes ou de gais.

In my view, it is no answer to a charge of discrimination to say that admitting one group to the benefits program would leave another unjustly excluded. To use the possibility that other persons may be discriminatorily excluded from benefits under the spouse's allowance program as a basis for denying the equality claim of gay men and lesbians would be, to quote the Supreme Court, "equality with a vengeance" (*Schachter, supra*, at page 702). The better solution is to address the claim before the Court, leaving other groups or individuals unjustly excluded under the spouse's allowance program to advance their own claims, if they wish, and to deal with them on their own merits in due course.

We are left, then, to determine whether the distinction, based on grounds relating to their personal characteristics, excluding gay and lesbian partners from eligibility for spouse's allowance benefits is discriminatory as that term was defined by Mr. Justice McIntyre in *Andrews v. Law Society of British Columbia, supra*.

In considering the impact of a distinction based on grounds relating to personal characteristics, Mr. Justice McIntyre in *Andrews, supra*, at page 174, instructs us to examine whether the distinction has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages. McIntyre J. also advises that a distinction is discriminatory if it withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society (*ibid.*, at page 174). It is at this stage, when assessing the impact or effect of a distinction, that the complexity of the analysis surfaces. This assessment must consider the setting in which a distinction is drawn, as well as the circumstances of the group or individual affected by the distinction. A formal analysis of the kind associated with the similarly situated test will not be sufficient; rather a contextualized approach is required, one which weighs prejudice and stereotyping.

The Supreme Court of Canada has unequivocally repudiated the similarly situated test. That test, which continues to flourish in the United States, requires that persons who are similarly situated be similarly treated and that persons who are differently situated

À mon avis, on ne réfute pas une plainte de discrimination en disant que d'admettre un groupe au programme de l'allocation de conjoint reviendrait à en exclure injustement un autre. Invoquer la possibilité que d'autres puissent être exclus de façon discriminatoire du programme de l'allocation de conjoint pour rejeter la prétention des gais et des lesbiennes à l'égalité signifierait, pour reprendre les termes employés par la Cour suprême, «l'égalité à outrance» (*Schachter, supra*, à la page 702). La meilleure solution serait d'instruire le recours soumis à la Cour, et de laisser aux autres groupes ou individus injustement exclus du programme de l'allocation de conjoint le soin d'intenter leurs propres recours s'ils le souhaitent, puis de juger ces recours au fond, le moment venu.

Il nous reste donc à examiner si la distinction qui, par des motifs tenant à leurs caractéristiques personnelles, exclut les membres d'unions de gais ou de lesbiennes du programme de l'allocation de conjoint est discriminatoire au sens où le juge McIntyre a défini ce terme dans *Andrews c. Law Society of British Columbia, supra*.

Pour analyser l'effet d'une distinction motivée par des caractéristiques personnelles, le juge McIntyre prescrit à la page 174 de l'arrêt *Andrews, supra*, d'examiner si cette distinction a pour effet d'imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages. Il fait aussi remarquer que la distinction est discriminatoire si elle empêche ou restreint l'accès aux possibilités, aux bénéfices ou aux avantages offerts à d'autres membres de la société (*ibid.*, à la page 174). C'est à ce stade, celui de l'examen de l'effet de la distinction, que la complexité de l'analyse se manifeste. Cet examen doit prendre en considération le contexte dans lequel la distinction est faite, ainsi que les circonstances propres au groupe ou à l'individu affecté par la distinction. Une analyse formelle semblable à celle qui se fonde sur le critère de la situation analogue ne suffira pas; ce qu'il faut faire au contraire, c'est une analyse en contexte qui tient compte des préjugés et des stéréotypes.

La Cour suprême du Canada a expressément rejeté le critère de la situation analogue. Ce critère, qui est toujours d'application étendue aux États-Unis, prescrit que les gens qui sont dans la même situation soient traités de la même façon et que les gens qui ne

be differently treated. However, the Supreme Court in this country has made it clear that, under section 15, a distinction cannot be assessed by means of a simple calculus which demands similar treatment for similarly situated individuals. To be sure, differential treatment is not necessarily discriminatory, while similar treatment may well be discriminatory. As Mr. Justice McIntyre explained in *Andrews, supra*, at page 164:

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.

Yet rejecting the similarly situated test does not entail the rejection of all comparative analysis under subsection 15(1). The Supreme Court's repudiation of the similarly situated test must be understood in light of Mr. Justice McIntyre's comments in *Andrews, supra*, at page 164, that equality, as that concept is used in subsection 15(1), 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." The Court rejected the similarly situated test because it was thought to provide too narrow a basis for assessing equality claims. The repudiation of that test should not, therefore, be used to restrict the breadth of the analysis under section 15 so as to impede claims raised by disadvantaged groups. Rather than repudiating comparison under section 15, the Supreme Court was rejecting a limited form of comparison that failed to address the broader social, historical and political circumstances of the group raising the claim independent of the legislation in question. Accordingly, comparison remains an acceptable feature of a subsection 15(1) analysis (e.g., *Andrews, supra*; *R. v. Hess*; *R. v. Nguyen, supra*; *Swain, supra*; and, *Rudolf Wolff & Co. v. Canada*, [1990] 1 S.C.R. 695). Indeed, a group raising a section 15 challenge to a benefit conferring scheme can legitimately compare itself to a group receiving benefits under the scheme in order to establish that the exclusion of the first group is discriminatory. That type of analysis is certainly appropriate; however, such comparison cannot take place solely within the four corners of the legislation. The development that has taken place is that the similarly situ-

sont pas dans la même situation soient traités différemment. Cependant, la Cour suprême de notre pays a jugé catégoriquement que dans le cadre de l'article 15, une distinction ne peut être jugée au moyen d'un simple calcul qui prescrit le même traitement pour les gens se trouvant dans la même situation. Certes, une différence de traitement n'est pas nécessairement discriminatoire, alors qu'un traitement analogue pourrait fort bien l'être. Ainsi que l'a expliqué le juge McIntyre dans *Andrews, supra*, à la page 164:

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 rejet du critère de la situation analogue ne signifie cependant pas le rejet de toute analyse comparative dans le cadre du paragraphe 15(1). Le rejet par la Cour suprême du critère de la situation analogue doit être compris à la lumière des observations faites par le juge McIntyre à la page 164 de l'arrêt *Andrews, supra*, savoir que le concept d'égalité, tel qu'il s'incarne dans le paragraphe 15(1), 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». La Cour suprême a rejeté le critère de la situation analogue par ce motif qu'il constitue une base trop étroite pour juger les griefs en matière d'égalité. Il ne faut donc pas invoquer le rejet de ce critère pour restreindre la portée de l'analyse au regard de l'article 15 de manière à faire obstacle aux recours exercés par les groupes défavorisés. La Cour suprême n'a pas rejeté à vrai dire toute comparaison dans le cadre de l'article 15, mais plutôt une forme limitée de comparaison qui ne prenait pas en considération la situation sociale, historique et politique du groupe qui exerce un recours indépendamment de la loi en cause. Il s'ensuit que la comparaison demeure un élément acceptable de l'analyse au regard du paragraphe 15(1) (par exemple *Andrews, supra*; *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen, supra*; *Swain, supra*; et *Rudolph Wolff & Co. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695). En effet, un groupe qui se fonde sur l'article 15 pour contester un programme de prestations peut légitimement se comparer à un autre groupe qui reçoit des prestations du programme, afin d'établir que sa propre exclusion est discriminatoire. Ce type d'analyse est certainement approprié; cependant pareille com-

ated test, which operates exclusively within the confines of the impugned legislation, has been replaced by the “enumerated and analogous grounds” approach which requires us to examine the broader social, political and historical circumstances of the group raising the challenge. Frequently those circumstances will only be understood through comparison to the circumstances of other groups in our society.

Having rejected the similarly situated test, Mr. Justice McIntyre endorsed a fuller analysis under subsection 15(1) [at page 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 attempt to confine these considerations within such a fixed and limited formula.

Under this more complex, contextualized analysis, a distinction must be reviewed by taking into consideration the circumstances of the affected group or the individual member of the group. As Mr. Justice McIntyre explained in *Andrews v. Law Society of British Columbia, supra*, at page 180:

The analysis of discrimination in this approach must take place within the context of the enumerated grounds and those analogous to them.

In applying this “enumerated and analogous” grounds approach, it is important to recognize that an independently disadvantaged group may be more easily disadvantaged by a distinction than an advantaged group in our society (*R. v. Turpin, supra*, at page 1333, *per* Madam Justice Wilson). As a result, evidence that a group is independently disadvantaged is clearly important for determining whether a group is disadvantaged by a distinction and thereby discriminated against. In *R. v. Turpin, supra*, at page 1332, Madam Justice Wilson stated:

If the larger context is not examined, the s. 15 analysis may become a mechanical and sterile categorization process conducted entirely within the four corners of the impugned legislation. A determination as to whether or not discrimination is taking place, if based exclusively on an analysis of the law under challenge is likely, in my view, to result in the same

paraison ne se fait pas que dans les limites de la loi en cause. Ce qui s’est passé c’est que le critère de la situation analogue, qui s’applique à l’intérieur des limites de la loi attaquée, a été remplacé par l’approche des «motifs énumérés ou analogues» qui exige d’examiner la situation sociale, politique et historique du groupe qui conteste cette loi. Il se trouve que dans bien des cas, on ne se pénètre de cette situation qu’en la comparant avec celle d’autres groupes de la société.

Ayant rejeté le critère de la situation analogue, le juge McIntyre recommande une analyse plus complète dans le cadre du paragraphe 15(1) [à la page 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.

Dans cette analyse plus complexe et en contexte, la distinction est disséquée compte tenu de la situation du groupe affecté ou de l’individu qui en fait partie. Ainsi que l’a expliqué le juge McIntyre dans *Andrews c. Law Society of British Columbia, supra*, à la page 180:

Selon ce point de vue, l’analyse de la discrimination doit se faire en fonction des motifs énumérés et de ceux qui leur sont analogues.

En appliquant ce critère des «motifs énumérés et analogues», il est important de noter qu’un groupe défavorisé indépendamment de la loi en cause est plus à même d’être désavantagé par une distinction qu’un groupe favorisé dans notre société (*R. c. Turpin, supra*, à la page 1333, motifs prononcés par Madame le juge Wilson). La preuve établissant qu’un groupe est défavorisé indépendamment de la loi en cause est donc indubitablement importante lorsqu’il s’agit de décider si un groupe est désavantagé par une distinction et fait ainsi l’objet d’une mesure discriminatoire. Dans *R. c. Turpin, supra*, à la page 1332, Madame le juge Wilson s’est prononcée en ces termes:

Si l’on ne tient pas compte du contexte général, l’analyse fondée sur l’art. 15 peut devenir un processus de classification mécanique et stérile qui dépendra exclusivement du texte de loi contesté. Si la décision quant à savoir s’il y a ou non discrimination se fonde exclusivement sur l’examen de la loi contestée, il est vraisemblable à mon avis qu’on arrivera à la même

kind of circularity which characterized the similarly situated similarly treated test clearly rejected by this Court in *Andrews*.

Upon considering the larger context, where there is an indication that a group is independently disadvantaged, the *indicia* of discrimination—prejudice and stereotyping—will be more readily discoverable and may have a more deleterious effect (*R. v. Turpin, supra*, at page 1333; *Andrews v. Law Society of British Columbia, supra*, at page 152, *per* Madam Justice Wilson). Moreover, while a disadvantaged group is not required to demonstrate that these *indicia* of discrimination are present, a finding of discrimination will be made more readily where stereotyping or prejudice is shown.

Turning to the case before us, I have already concluded that the definition of spouse in the *Old Age Security Act* draws a distinction that denies gay and lesbian partners the equal benefit of the law. The final consideration, then, is whether that distinction has a discriminatory impact or effect. Under the definition of discrimination offered by Mr. Justice McIntyre in *Andrews, supra*, this last consideration is virtually satisfied by definition once we have concluded that a distinction has been drawn on the basis of an analogous ground denying equal benefit of the law to a disadvantaged group or an individual member of the group. The definition of discrimination, set out by Mr. Justice McIntyre in *Andrews, supra*, at page 174, covers:

... a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group... which withholds or limits access to ... benefits ... available to other members of society.

Under the definition of spouse in section 2 of the *Old Age Security Act*, a distinction is drawn on the basis of sexual orientation with the effect that gay and lesbian partners are denied benefits in the form of spouse's allowance. Since this is primarily a claim for a section 52 remedy, there is no requirement that Nesbit prove that he was personally discriminated against. All of the requisite criteria for a finding of discrimination are, therefore, met.

sorte d'impasse qui caractérise le critère selon lequel les personnes qui se trouvent dans une situation analogue doivent être traitées de façon analogue, que cette Cour a nettement rejeté dans l'arrêt *Andrews*.

^a Une fois le contexte général pris en considération, il sera plus facile, dans le cas où il semble qu'un groupe est défavorisé indépendamment de la loi en cause, de découvrir les signes de discrimination—préjugé et stéréotype—lesquels peuvent avoir un effet plus néfaste (*R. c. Turpin, supra*, à la page 1333; *Andrews c. Law Society of British Columbia, supra*, à la page 152, motifs prononcés par Madame le juge Wilson). Par ailleurs, bien que le groupe défavorisé ne soit pas tenu de prouver que ces signes de discrimination sont présents, un verdict de discrimination sera plus facile à atteindre s'il y a la preuve de l'existence d'un stéréotype ou d'un préjugé.

^d En l'espèce, j'ai déjà conclu que la définition de conjoint dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* fait une distinction qui prive les membres d'unions de gais ou de lesbiennes du même bénéfice de la loi. La question ultime est donc de savoir si cette distinction a un effet discriminatoire. Par suite de la définition de discrimination donnée par le juge McIntyre dans *Andrews, supra*, cet examen est, pratiquement et par définition, réalisé une fois que nous avons conclu qu'il y a distinction fondée sur un motif analogue et privant du même bénéfice de la loi un groupe défavorisé ou un individu appartenant à ce groupe. La discrimination, telle que la définit le juge McIntyre dans *Andrews, supra*, à la page 174, s'entend de ce qui suit:

... 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'empêcher ou de restreindre l'accès aux ... bénéfices ... offerts à d'autres membres de la société.

La définition de conjoint à l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* fait une distinction fondée sur les tendances sexuelles, qui a pour effet de priver les membres d'unions de gais ou de lesbiennes du bénéfice de la loi qu'est l'allocation de conjoint. Attendu qu'il s'agit en l'espèce d'un recours fondé au premier chef sur l'article 52, Nesbit n'est pas tenu de prouver qu'il a été personnellement victime d'une mesure discriminatoire. Toutes les conditions nécessaires d'un verdict de discrimination sont donc réunies.

The respondent in this case argued that the impugned distinction in the spouse's allowance program is not motivated by stereotypical assumptions but rather is based upon sound economic, administrative and institutional considerations. This type of argument has been unsuccessfully raised in a number of similar cases before the Supreme Court. In *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, the Court expressly rejected the Government's contention that its decision was based on economic, administrative, and institutional considerations and was not motivated by stereotypical assumptions. Mr. Justice La Forest declared, "[t]his is all irrelevant, since as *Andrews v. Law Society of British Columbia* made clear . . . not only does the *Charter* protect from direct or intentional discrimination; it also protects from adverse impact discrimination, which is what is in issue here" (*supra*, at page 41). For this same reason, it is irrelevant whether lesbian and gay partners are specifically excluded under the spouse's allowance program or whether Parliament has simply failed to include them in the program. Even if gay and lesbian partners were simply left out of the definition of spouse so that the program was merely underinclusive, the program would still be discriminatory. This point was made clear in *Brooks, supra*, at page 1240, where Chief Justice Dickson stated that "[u]nderinclusion may be simply a backhanded way of permitting discrimination." Thus, regardless of the form or intent of the exclusion of gay and lesbian partners from the spouse's allowance program, that exclusion is discriminatory.

The finding that the spouse's allowance program is discriminatory is confirmed by reference to the supporting considerations which the Supreme Court identified as relevant to a subsection 15(1) analysis. I have already concluded that gay men and lesbians are generally disadvantaged as a group through stereotyping and prejudice. Those *indicia* of discrimination can be discerned in the circumstances of this case. The exclusion of gay and lesbian partners from eligibility for spouse's allowance under the *Old Age Security Act* relies on a stereotyped view of lesbian

L'intimée tient en l'espèce que la distinction en cause dans le programme de l'allocation de conjoint n'est pas motivée par des présomptions stéréotypées, mais par de saines considérations économiques, administratives et institutionnelles. Ce type d'argument a été rejeté dans certaines causes semblables devant la Cour suprême. Dans *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, la Cour a expressément rejeté l'argument du gouvernement selon lequel sa décision était motivée par des considérations économiques, administratives et institutionnelles, et non pas par des présomptions stéréotypées. Le juge La Forest a fait observer à cette occasion que «[r]ien de tout cela n'est pertinent, car il ressort clairement [. . .] de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* que non seulement la *Charte* confère une protection contre une discrimination directe ou intentionnelle, mais encore elle confère une protection contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, ce dont il est question en l'espèce» (*supra*, à la page 41). Pour cette même raison, il importe peu de savoir si les membres d'unions de gais ou de lesbiennes ont été expressément exclus du programme de l'allocation de conjoint ou si le législateur a tout bonnement omis de les y inclure. Quand bien même ils auraient été seulement omis de la définition de conjoint, de façon que le programme ne soit que d'application sélective, celui-ci serait toujours discriminatoire. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Brooks, supra*, à la page 1240, où le juge en chef Dickson a fait observer que «[l]a couverture sélective constitue peut-être simplement un moyen détourné de permettre la discrimination». Ainsi donc, peu importe la forme ou l'esprit de l'exclusion des membres d'unions de gais ou de lesbiennes du programme de l'allocation de conjoint, cette exclusion est discriminatoire.

La conclusion que le programme de l'allocation de conjoint est discriminatoire est confirmée par référence aux considérations que la Cour suprême a jugées pertinentes pour l'analyse sous le régime du paragraphe 15(1). J'ai déjà conclu que les gais et les lesbiennes constituent un groupe généralement défavorisé par suite des préjugés et des stéréotypes. On peut relever ces signes de discrimination dans les faits de la cause. L'exclusion des membres d'unions de gais ou de lesbiennes du programme de l'allocation de conjoint établi par la *Loi sur la sécurité de la*

and gay relationships. The Act, consequently, treats gay and lesbian relationships as less worthy than heterosexual ones. It fails to recognize that long-term affection and mutual support may characterize these relationships, much like heterosexual relationships. The definition of spouse in section 2 of the Act is premised on a negative, stereotyped view of lesbian and gay relationships, which is implicitly contrasted to an idealized view of the heterosexual family. Gay and lesbian relationships share certain attributes of heterosexual ones, but they may also be different, in some respects, from idealized heterosexual families. Nevertheless, they are deserving of respect and dignity. In reality, there are as many diverse gay and lesbian relationships as there are heterosexual relationships. There can be no single, immutable, correct norm for all human relationships.

As Madam Justice L'Heureux-Dubé (dissenting) explained in another context in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at page 634:

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.

In order to support stable family relationships, it is not necessary to oppose all non-traditional variations of those relationships. Quite the contrary, loving, continuous and worthy family relationships may be established in a variety of forms, all of which are deserving of respect and support.

This view fits well with the jurisprudence under subsection 15(1) of the Charter. In rejecting the similarly situated test, the Supreme Court has rejected the idea that groups must be the same as or substantially similar to an advantaged group in order to claim equal entitlement to benefits. It follows that, like heterosexual partners, gay and lesbian partners should be equally entitled to spouse's allowance regardless of whether their relationship corresponds to an idealized heterosexual relationship. Indeed, the altered definition of spouse in the *Old Age Security Act* was specifically designed to include common law spouses, who had been unfairly excluded before, in an effort to accommodate a new type of heterosexual

vieillesse est fondée sur une vue stéréotypée des relations homosexuelles. La Loi traite ainsi les unions homosexuelles comme moins méritoires que les relations hétérosexuelles. Elle omet de prendre en considération l'affection et le soutien mutuel, de longue durée, qui caractérisent ces unions au même titre que les unions hétérosexuelles. La définition de conjoint à son article 2 est fondée sur une vue négative, stéréotypée des relations entre gais et entre lesbiennes, lesquelles relations sont implicitement contrastées avec une vue idéalisée de l'union hétérosexuelle. L'union homosexuelle partage certains attributs de l'union hétérosexuelle, mais elle peut être aussi différente à certains égards de l'union hétérosexuelle idéalisée. N'empêche qu'elle est digne de respect. Dans les faits, les unions homosexuelles sont aussi variées que les unions hétérosexuelles. Il ne peut y avoir une seule norme correcte et immuable pour toutes les relations humaines.

Ainsi que l'a expliqué Madame le juge L'Heureux-Dubé (par motifs dissidents) dans un autre contexte, lors de la cause *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la page 634:

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 traditionnelles peuvent aussi véhiculer de véritables valeurs familiales.

Il n'est pas nécessaire, pour défendre la stabilité de la famille, de s'opposer à toutes ses variations non traditionnelles. Au contraire, des liens familiaux affectueux, continus et valables peuvent être établis sous une variété de formes, lesquelles sont toutes dignes de respect et de soutien.

Cette vue s'accorde parfaitement avec la jurisprudence touchant le paragraphe 15(1) de la Charte. En rejetant le critère de la situation analogue, la Cour suprême a rejeté l'idée que des groupes doivent être identiques ou réellement semblables à un groupe favorisé pour prétendre à la même admissibilité aux avantages. Il s'ensuit qu'au même titre que les partenaires hétérosexuels, gais et lesbiennes devraient être admissibles à l'allocation de conjoint, que leurs relations correspondent ou non à l'union hétérosexuelle idéalisée. En effet, la définition modifiée de conjoint dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* visait expressément à inclure les conjoints de fait, qui avaient été injustement exclus auparavant, afin de

relationship, that did not correspond to the idealized family at that time. I should emphasize, though, that the fact that gay and lesbian partners are not required to show that their relationship corresponds to an idealized heterosexual relationship does not preclude them from establishing that lesbian and gay relationships share certain attributes with heterosexual relationships in order to show that they come within the purpose of the spouse's allowance program. Moreover, as I indicated earlier, the Supreme Court's rejection of the similarly situated test does not foreclose this type of analysis so long as it is not undertaken in isolation of the broader circumstances of the group in question.

Lesbians and gay men are independently disadvantaged in that they have historically suffered legal, political and social prejudice and stereotyping. As a result, the denial of benefits such as spouse's allowance may be particularly damaging to lesbians and gay men because this perpetuates those stereotypes and prejudices. This is especially significant in this case since the refusal of spouse's allowance reflects negatively on the worth of lesbian and gay relationships, contributing to the stereotype that those relationships are without merit. As a result, the fact that similar benefits may be available to gay and lesbian partners under a different scheme—a provincial rather than a federal scheme—in this case—cannot remedy the discriminatory impact of denying benefits to gay and lesbian partners on the same footing as heterosexual partners. If at all relevant, the impact of other legislative benefit schemes should only be considered under the section 1 analysis, not under the section 15 equality guarantee. The Supreme Court has made it clear that any limitations on the promise of equality in subsection 15(1) must be addressed under section 1 (*Turpin, supra*, at page 1328). Restricting a group's eligibility for equal benefits (merely on the basis of a personal characteristic related to a ground of discrimination) so that those benefits are available only under a separate or different scheme places a limitation of separateness or difference on the promise of equality. Such a compromise is reminiscent of the now-discredited "separate but equal doctrine", developed by the United States Supreme Court in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), which supported discrimination against Afri-

prendre en compte un nouveau type d'union hétérosexuelle qui ne correspondait pas à la famille idéalisée de l'époque. Il y a lieu de souligner toutefois que s'il n'est pas nécessaire pour les gais et les lesbiennes de démontrer que leur union correspond à une union hétérosexuelle idéalisée, cela ne les empêche pas de prouver que l'union de gais ou de lesbiennes partage certains attributs de l'union hétérosexuelle, cela afin de démontrer qu'ils tombent dans le champ d'application du programme de l'allocation de conjoint. D'ailleurs, comme je l'ai indiqué *supra*, le rejet par la Cour suprême du critère de la situation analogue n'interdit pas ce type d'analyse tant qu'elle ne s'effectue pas abstraction faite de la situation générale du groupe en question.

Lesbiennes et gais sont défavorisés indépendamment de la loi en cause parce qu'ils ont été de tout temps victimes de préjugés et de stéréotypes juridiques, politiques et sociaux. Il s'ensuit que le refus d'accorder des prestations comme l'allocation de conjoint peut leur être particulièrement préjudiciable car il perpétue ces stéréotypes et préjugés. Cela est d'autant plus important en l'espèce que le refus d'accorder l'allocation de conjoint donne une fausse idée de la valeur des unions de gais ou de lesbiennes, ce qui contribue au stéréotype de leur manque de valeur. En conséquence, le fait que des prestations semblables puissent être à leur disposition sous un autre régime—un régime provincial et non pas fédéral comme en l'occurrence—ne peut remédier à l'effet discriminatoire du refus de leur accorder les prestations sur le même pied que les partenaires hétérosexuels. À supposer qu'il soit pertinent, l'effet des autres régimes légaux de prestations ne doit être pris en considération qu'au regard de l'article premier, et non au regard des droits à l'égalité que garantit l'article 15. La Cour suprême a prescrit que toute restriction de la promesse d'égalité contenue au paragraphe 15(1) doit être examinée à la lumière de l'article premier (*Turpin, supra*, à la page 1328). Restreindre l'admissibilité d'un groupe aux mêmes prestations (sur la base uniquement d'une caractéristique personnelle correspondant à un motif de discrimination) de manière que ces prestations ne soient disponibles que sous un régime séparé ou différent, revient à séparer ou à différencier ceux qui ont droit à cette promesse d'égalité. Pareil compromis rappelle la «doctrine de la communauté égale mais séparée» qui est mainte-

can-Americans and other people of colour. That doctrine was widely condemned and was officially rejected in the landmark case of *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). In this country, the separate but equal doctrine was rejected by the Supreme Court in *Andrews, supra*, at page 166, as a loathsome artifact of the similarly situated approach. One cannot avoid the conclusion that offering benefits to gay and lesbian partners under a different scheme from heterosexual partners is a version of the separate but equal doctrine. That appalling doctrine must not be resuscitated in Canada forty decades after its much-heralded death in the United States.

The Trial Judge recognized the irrelevance of an alternative benefit program to the issue of discrimination under subsection 15(1). It was acknowledged that, in the exceptional circumstances of this case, Nesbit may actually have received more under the British Columbia G.A.I.N. program as a single individual than he would have under the spouse's allowance program (*Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, c. 158, as amended). Nesbit, though, only received greater benefits under the *Guaranteed Available Income for Need Act* because of a disability which prevented him from working. The Trial Judge, at page 698 *supra*, effectively responded to these facts as follows:

Either the plaintiffs are entitled to claim the spouse's allowance or they are not. The fact that the plaintiffs 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 question is not whether the plaintiffs are getting equal or higher benefits by claiming as single individuals or as spouses but whether they have been deprived of benefits under the federal program for spouse's allowances to which they may have been legally entitled.

nant discréditée et qui a été élaborée par la Cour suprême des États-Unis dans *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), à l'appui de la discrimination contre les Afro-américains et autres non-blancs. Cette doctrine a été largement condamnée et officiellement rejetée par la jurisprudence *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Au Canada, la doctrine de l'égalité séparée a été rejetée par la Cour suprême qui, dans *Andrews, supra*, à la page 166, y voyait un artefact détestable de l'approche de la situation analogue. On ne peut échapper à la conclusion que l'octroi des prestations aux membres d'unions de gais ou de lesbiennes sous un régime différent de celui réservé aux partenaires hétérosexuels représente une version de la doctrine de l'égalité séparée. Il ne faut pas ressusciter cette doctrine épouvantable au Canada quarante ans après sa mort fort remarquée aux États-Unis.

Le juge de première instance prend note que l'existence d'un programme de prestations de substitution n'a aucun rapport avec la question de la discrimination au regard du paragraphe 15(1). Il constate que dans les circonstances exceptionnelles de l'affaire en instance, il se peut que Nesbit, en qualité de célibataire, ait effectivement reçu davantage du programme du revenu garanti pour les nécessiteux G.A.I.N. de la Colombie-Britannique qu'il n'aurait reçu du programme de l'allocation de conjoint (*Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 158, telle que modifiée). Il se trouve cependant que si Nesbit a reçu des prestations plus substantielles sous le régime de la loi dite *Guaranteed Available Income for Need Act*, c'était à cause d'une invalidité qui l'empêchait de travailler. Le juge de première instance, à la page 698 *supra*, a effectivement noté cette circonstance comme suit:

Ou les demandeurs sont fondés à réclamer l'allocation de conjoint ou ils ne le sont pas. Que les demandeurs 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. Il échet non pas d'examiner si les demandeurs reçoivent les mêmes prestations ou des prestations supérieures en qualité de célibataires ou en qualité de conjoints, mais d'examiner s'ils ont été privés de l'allocation de conjoint du régime fédéral, à laquelle ils avaient peut-être légalement droit.

The discriminatory impact of denying benefits to an individual or group based on their personal characteristics cannot be measured in dollars and cents. Discrimination is as much a psychological or emotional harm as it is a material injustice. In *Andrews, supra*,^a at page 171, Mr. Justice McIntyre explained:

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.^b

Thus, the fact that Nesbit received benefits under a different plan cannot cure the discriminatory impact of a denial of benefits under the spouse's allowance program based on a personal characteristic related to an enumerated or analogous ground of discrimination. It is no defence to the unconstitutional denial of benefits to say that other potential benefits may be available to those discriminated against under a different scheme.

In addition to the psychological or emotional harm of such a differentiation, there may be another non-economic disadvantage to receiving benefits under the provincial program rather than under the federal spouse's allowance program. Provincial benefits are not viewed in the same light as payments under the *Old Age Security Act* (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs, Hearings on Bill C-62 An Act to amend the Old Age Security Act, to repeal the Old Age Assistance Act and to amend other Acts in consequence thereof*, S.C. 1974-75-76, c. 58, June 12, 1975, at pages 25:11, 25:18, 25:21 and 25:28). In contrast to spouse's allowance, receiving "relief payments" under a provincial scheme may be demeaning for some. Whether or not this is the case, it is obvious that the federal Government recognized a need to institute a spouse's allowance program, notwithstanding the existence of provincial social benefits schemes.

Although the purpose of an Act may be found to be discriminatory, that is not the case here. On the

L'effet discriminatoire du refus d'accorder des prestations à un individu ou un groupe en raison de ses caractéristiques personnelles ne saurait se mesurer en termes monétaires. La discrimination est tout autant une atteinte psychologique ou affective qu'elle est une injustice matérielle. Dans *Andrews, supra*, à la page 171, le juge McIntyre s'est prononcé en ces termes:

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.^b

Ainsi, le fait que Nesbit ait reçu des prestations d'un autre régime ne peut remédier à l'effet discriminatoire de la privation de l'allocation de conjoint par suite d'une caractéristique correspondant à un motif énuméré de discrimination ou à un motif analogue.^d On ne peut défendre la privation inconstitutionnelle de prestations en disant qu'il y a un autre régime de prestations accessible à ceux qui font l'objet de ce traitement discriminatoire.^e

En sus du préjudice psychologique ou affectif causé par cette différence de traitement, il y a peut-être un autre désavantage non économique pour celui qui reçoit les prestations d'un programme provincial au lieu de l'allocation de conjoint du régime fédéral. Les prestations provinciales ne sont pas traitées sur le même pied que les allocations prévues par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Santé, du bien-être social et des affaires sociales, Audiences sur le Projet de loi C-62 Loi modifiant la Loi sur la sécurité de la vieillesse, abrogeant la Loi sur l'assistance-vieillesse et modifiant, en conséquence, certaines autres lois*, S.C. 1974-75-76, ch. 58, 12 juin 1975, aux pages 25:11, 25:18, 25:21 et 25:28). À la différence de l'allocation de conjoint, les «secours» d'un programme provincial peuvent paraître avilissants aux yeux de certains. Qu'il en soit ainsi ou non, il est manifeste que le gouvernement fédéral s'est aperçu de la nécessité d'instituer un programme d'allocation de conjoint, nonobstant l'existence de programmes provinciaux d'assistance sociale.^g

Bien que l'objet d'une loi puisse être jugé discriminatoire, tel n'est pas le cas en l'espèce. Il ressort

arguments before me, it is evident that partners in gay and lesbian relationships may face situations that fit within the overall purpose of the spouse's allowance program. The objective of that program was described by the Minister of National Health and Welfare, the Honourable Marc Lalonde as follows (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs, Hearings on Bill C-62, June 12, 1975, at page 25:7*):

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 years of age and over. That is the purpose of this Bill, no more than that, no less than that.

The particular circumstances of Nesbit and his partner Egan are evidence that gay men and lesbians may find themselves in precisely the circumstances that the spouse's allowance program was fashioned to address. Undoubtedly other gay and lesbian partners find themselves in similar circumstances. To engage in a further analysis of the purpose of the spouse's allowance program at this stage of the analysis would be to pre-empt section 1 of the Charter. However, for clarity, I should point out that the spouse's allowance program was not one designed to benefit women exclusively, although they may be the main beneficiaries. It is not an affirmative action program, so that others cannot be excluded from benefits on that basis.

Thus, I must conclude that, by excluding lesbian and gay partners from the ambit of the spouse's allowance program, while obviously considering it necessary to have such a program for heterosexual partners, Parliament has acted in violation of subsection 15(1) of the Charter. In my view, the definition of spouse in section 2 of the *Old Age Security Act*, therefore, discriminates against gay men and lesbians, contrary to subsection 15(1) of the Charter. It remains to be seen, however, whether that violation may be justified under section 1 of the Charter.

des arguments proposés devant la Cour que les membres d'unions de gais ou de lesbiennes peuvent se retrouver dans des situations qui correspondent à l'objectif général du programme de l'allocation de conjoint. L'objectif de ce programme a été exposé par l'honorable Marc Lalonde, ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, comme suit (*Procès-verbaux et témoignages* du Comité permanent de la Santé, du bien-être social et des affaires sociales, Audiences sur le Projet de loi C-62, 12 juin 1975, à la page 25:7):

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 étaient à la retraite ou âgées de 60 ans et plus. Voilà ni plus ni moins, l'objectif du bill.

Le cas particulier de Nesbit et de son partenaire Egan apporte la preuve que des gais et des lesbiennes peuvent se retrouver précisément dans la situation que le programme de l'allocation de conjoint a été conçu pour redresser. Nul doute que d'autres gais et lesbiennes se trouvent dans la même situation. De procéder, à ce stade de l'analyse, à un examen plus poussé du programme de l'allocation de conjoint reviendrait à le substituer à l'examen sous le régime de l'article premier de la Charte. Pour plus de clarté cependant, je dois souligner que le programme de l'allocation de conjoint n'était pas conçu pour profiter exclusivement aux femmes, bien qu'elles en soient peut-être les principales bénéficiaires. Il ne s'agit pas d'un programme de promotion sociale; les autres ne peuvent en être exclus sur cette base.

Force m'est donc de conclure qu'en excluant les membres des unions de gais et de lesbiennes du programme de l'allocation de conjoint, tout en jugeant ce dernier nécessaire pour des partenaires hétérosexuels, le législateur est allé à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte. En conséquence, la définition de conjoint à l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est discriminatoire à l'égard des gais et des lesbiennes, en violation du paragraphe 15(1) de la Charte. Il reste cependant à examiner si cette violation est justifiable au regard de l'article premier de la Charte.

4. SECTION 1 OF THE CHARTER GENERALLY

The basic framework for handling section 1 of the Charter enunciated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 remains in place, but it has been clarified by subsequent decisions. As described in *Oakes*, *supra*, the civil standard of proof—proof by a preponderance of probability—governs the entire section 1 analysis. But, while the civil standard of proof admits of some flexibility, it is clear that the degree of probability must be commensurate with the circumstances.

In order to demonstrate that a limit on a Charter right is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, the party seeking to uphold the limitation must satisfy two requirements. First, it must be established that the objective which the limitation is designed to promote is “of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom” (*R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at page 352). At a minimum, an objective must be “pressing and substantial in a free and democratic society” to qualify as sufficiently important (*R. v. Oakes*, *supra*, at pages 138-139).

If this requirement is met, the second requirement involves a proportionality test. The proportionality test includes three components. First, the measure limiting the Charter right must be rationally connected to the intended objective. In other words, the measure must be carefully designed to achieve its objective without being arbitrary, unfair, or based on irrational considerations. Second, the limiting measures must impair the Charter right as little as possible. This condition has been modified by decisions subsequent to *Oakes*, *supra* (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; and, *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139). The issue of when the modified version of the minimal impairment branch of the proportionality test is applicable and when, or if, the conventional *Oakes* version should be relied upon may not yet be settled (see *McKinney v. University of Guelph*,

4. L'ARTICLE PREMIER DE LA CHARTE

Le cadre de l'analyse par rapport à l'article premier de la Charte, énoncé dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, demeure en place, mais il a été clarifié par des décisions subséquentes. Selon l'arrêt *Oakes*, *supra*, la norme civile de la preuve—preuve par prépondérance des probabilités—régit l'ensemble de l'analyse au regard de l'article premier. Mais si la norme civile de la preuve tolère une certaine souplesse, il est clair que le degré de probabilité doit être fonction des circonstances.

Afin de démontrer que la restriction d'un droit garanti par la Charte est raisonnable et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique, la partie qui cherche à justifier cette restriction doit satisfaire au préalable à deux conditions. En premier lieu, elle doit démontrer que l'objectif visé par la restriction est «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (*R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la page 352). À tout le moins, il faut que l'objectif «se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique» pour être considéré comme suffisamment important (*R. c. Oakes*, *supra*, à la page 139).

Si cette condition est remplie, la seconde condition est l'application d'un critère de proportionnalité à trois volets. En premier lieu, la mesure portant restriction du droit garanti par la Charte doit avoir un lien rationnel avec l'objectif visé. En d'autres termes, elle doit être soigneusement conçue pour atteindre l'objectif sans être arbitraire, inique, ou fondée sur des considérations irrationnelles. En deuxième lieu, la mesure de restriction doit porter atteinte le moins possible au droit garanti par la Charte. Cette condition a été modifiée par des décisions postérieures à l'arrêt *Oakes*, *supra* (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; et *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139). Il se peut que la question de savoir dans quel cas la version modifiée du volet de l'atteinte minimale du critère de proportionnalité est applicable, et quand ou si la version conventionnelle *Oakes* est pré-

supra, at pages 398-405; *R. v. Chaulk*, *supra*, at pages 1388-1393, *per* Madam Justice Wilson; and *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at page 260, *per* Madam Justice McLachlin). Under the modified approach, the minimal impairment condition depends on whether Parliament could “reasonably have chosen an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively” (*Chaulk*, *supra*, at page 1341, *per* Lamer C.J.). Third, the effects of the measures must be proportional to the significance of the objective which is to be achieved. An objective that is no more than pressing and substantial should not override a Charter right, if the effect of the means used to accomplish that objective severely compromise the rights of an individual or group. A provision limiting a Charter right that fails to satisfy any one of these criteria will not be saved under section 1.

(a) Applying Section 1 of the Charter

The appellants in this action concede that the objective of the spouse’s allowance program under the *Old Age Security Act* is pressing and substantial so as to satisfy the first requirement under the *Oakes* test. At least for the purposes of this appeal, I am prepared to accept the appellants’ concession on this point. In general terms, the objective of the spouse’s allowance program 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 if both members of the couple were retired. On its face, that objective is sufficiently pressing and substantial to justify the limitation of subsection 15(1) of the Charter. As Chief Justice Lamer remarked, “It will be a rare occasion when a benefit conferring scheme is found to have an unconstitutional purpose” (*Schachter*, *supra*, at page 721). As this does not appear to be one of those rare occasions, the first part of the section 1 test is satisfied.

Proceeding to the proportionality branch of the test, counsel for the parties agree that the means

féritable, ne soit pas encore réglée. (Voir *McKinney c. Université de Guelph*, *supra*, aux pages 398 à 405; *R. c. Chaulk*, *supra*, aux pages 1388 à 1393, motifs prononcés par Madame le juge Wilson; et *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la page 260, motifs prononcés par Madame le juge McLachlin.) Sous l’angle de l’approche modifiée, la condition de l’atteinte minimale dépend de la question de savoir si le législateur aurait pu «raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d’atteindre de façon aussi efficace l’objectif identifié» (*Chaulk*, *supra*, à la page 1341, motifs prononcés par le juge en chef Lamer). En troisième lieu, les effets de la mesure en cause doivent être proportionnés à l’importance de l’objectif visé. Un objectif qui est juste urgent et réel ne doit pas l’emporter sur un droit garanti par la Charte, si l’effet du moyen employé pour atteindre cet objectif compromet gravement les droits de l’individu ou du groupe. Une disposition portant restriction d’un droit garanti par la Charte et qui ne satisfasse pas à chacun de ces critères ne saura être maintenue à la lumière de l’article premier.

e) Application de l’article premier de la Charte

Les appelants concèdent en l’espèce que l’objectif du programme de l’allocation de conjoint institué par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est urgent et réel au point de satisfaire à la première condition du critère défini par l’arrêt *Oakes*. Dans le cadre tout au moins de cet appel, je veux bien accepter la concession des appelants sur ce point. En termes généraux, le programme de l’allocation de conjoint vise à 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. Selon toute apparence, cet objectif est suffisamment urgent et réel pour justifier une restriction des droits garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte. Comme l’a fait observer le juge en chef Lamer, «[o]n considérera rarement que l’objectif d’un régime de bénéficiaires est inconstitutionnel» (*Schachter*, *supra*, à la page 721). Comme il ne s’agit pas en l’espèce de l’une de ces rares occasions, la première condition de la justification par l’article premier est remplie.

En ce qui concerne le volet proportionnalité du critère, les avocats de part et d’autre conviennent que le

employed under the spouse's allowance program are rationally connected to achieving the objective of that program. No useful purpose would be served by going behind that agreement. In any event, the spouse's allowance program fails to pass muster under the last two elements of the proportionality test.

As a result of the definition of spouse in the *Old Age Security Act*, the spouse's allowance program does not impair the right guaranteed in subsection 15(1) as little as possible. Even applying the modified minimum impairment test, it is clear that Parliament could "reasonably have chosen an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively." In this case, the alternative method is readily apparent. Parliament could have achieved the objective of the spouse's allowance program equally as effectively without violating subsection 15(1) on the basis of sexual orientation by including lesbian and gay partners in the program. I should point out that any impact on the effectiveness of the spouse's allowance program of the increased costs resulting from extending benefits to gay and lesbian partners is not relevant at any stage under a section 1 inquiry (see *Schachter, supra*, at page 709). Therefore, setting aside all budgetary considerations at this stage, providing benefits to lesbian and gay partners under this program would not in any way undermine the effectiveness of the program or compromise the realization of the program's objective. Extending benefits to gay and lesbian partners in addition to heterosexual partners is a suitable alternative means for achieving the same objective just as effectively.

In their submissions, counsel for the respondent argued that the spouse's allowance program impairs the rights of gay men and lesbians as little as possible because other programs are intended to address their financial needs. The respondent claimed that the spouse's allowance program is part of an interconnected social benefits network of both provincial and federal programs. This same argument was earlier rejected as an answer to the charge of discrimination

moyen employé dans le programme de l'allocation de conjoint a un lien rationnel avec l'objectif de ce programme. Il ne servirait à rien de disséquer les raisons de cet accord. Quoi qu'il en soit, le programme de l'allocation de conjoint ne résiste pas à l'examen fondé sur les deux derniers éléments du critère de proportionnalité.

Par suite de la définition de conjoint dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, le programme de l'allocation de conjoint ne porte pas atteinte le moins possible au droit garanti par le paragraphe 15(1). Même si on applique la version modifiée du critère de l'atteinte minimale, il est clair que le législateur aurait pu «raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d'atteindre de façon aussi efficace l'objectif identifié». En l'espèce, l'autre moyen est éminemment manifeste. Le législateur aurait pu atteindre l'objectif du programme de l'allocation de conjoint de façon tout aussi efficace sans avoir à enfreindre le paragraphe 15(1) au chapitre des tendances sexuelles, en y incluant les lesbiennes et les gais. Il y a lieu de noter que l'effet causé par l'accroissement des coûts par suite de son extension aux membres d'unions de gais et de lesbiennes, sur l'efficacité du programme de l'allocation de conjoint, n'est pas un facteur à quelque stade que ce soit de l'analyse à la lumière de l'article premier. (Voir *Schachter, supra*, à la page 709.) Il s'ensuit, toutes considérations budgétaires écartées à ce stade de l'examen, que l'octroi de l'allocation aux membres d'unions de lesbiennes et de gais dans le cadre de ce programme ne compromettrait d'aucune façon ni l'efficacité du programme ni la poursuite de son objectif. L'extension de l'allocation aux membres de couples de gais ou de lesbiennes, en sus des membres d'unions hétérosexuelles, est un autre moyen approprié pour atteindre le même objectif de façon tout aussi efficace.

Dans leur argumentation, les avocats de l'intimée soutiennent que le programme de l'allocation de conjoint porte atteinte le moins possible aux droits des gais et des lesbiennes parce qu'il y a d'autres programmes destinés à pourvoir à leurs besoins financiers. Et que ce programme est intégré dans un réseau, fédéral et provincial, d'avantages sociaux. Ce même argument a été rejeté, *supra*, à titre de réfutation de la plainte de discrimination, mais peut être

but may be properly considered here as a justification for the limitation of the subsection 15(1) right. However, upon careful scrutiny, it becomes apparent that the benefits available to people in Nesbit's circumstances under the provincial scheme are not substantially similar to benefits paid under the spouse's allowance program. The objectives of other social benefits legislation are not co-extensive with the objectives of the spouse's allowance program. Indeed, if it were true that other programs accomplished precisely the same objectives as the spouse's allowance program, the latter program would be entirely redundant and therefore unnecessary. That is not the case. In so far as section 19 of the *Old Age Security Act* responds to the particular circumstances of elderly partners in a dependent relationship, that section is distinct from other social benefits legislation. The provincial program under which Nesbit received benefits provides income for people in need (*Guaranteed Available Income for Need Act, supra*). The G.A.I.N. program is not integrated with the spouse's allowance program and does not provide equivalent benefits as compared with individuals between the ages of 60 and 65 under the spouse's allowance program. It cannot be said that the *Guaranteed Available Income for Need Act* or any other legislation "attempts to fill the gap" created by the denial of spouse's allowance benefits to lesbian and gay partners (*Tétreault-Gadoury, supra*).

I am not persuaded that the *Guaranteed Available Income for Need Act* was developed with the limitations of the spouse's allowance program in mind nor even that repairing those limitations was one of the objectives of that Act. As a result, the claim that the needs of gay and lesbian partners were meant to be looked after by provision for subsistence benefits under provincial programs is not convincing. That is not a reasonable alternative to extending eligibility to lesbian and gay partners under the spouse's allowance program. There is no compelling reason for adopting a discriminatory method of distributing benefits when, as here, a suitable alternative means for achieving the objective of the program is readily available. In order for a discriminatory method of distribution to be reasonable, it must be necessary to use that method rather than a non-discriminatory

examiné à ce stade comme justification de la restriction du droit garanti par le paragraphe 15(1). Cependant, il ressort d'un examen attentif que les prestations accordées par le programme provincial aux personnes se trouvant dans la même situation que Nesbit ne sont pas très semblables aux prestations du programme de l'allocation de conjoint. L'objectif poursuivi par les autres lois en matière de prestations sociales ne se confond pas avec celui du programme de l'allocation de conjoint. En effet, s'il était vrai que les autres programmes réalisaient précisément les mêmes objectifs que le programme de l'allocation de conjoint, celui-ci serait parfaitement redondant, donc inutile. Il n'en est rien. Dans la mesure où l'article 19 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* vise la situation particulière des membres âgés d'une union caractérisée par des relations de dépendance, il est distinct des autres lois en matière de prestations sociales. Le programme provincial, sous le régime duquel Nesbit recevait des prestations, assurait un revenu aux nécessiteux (*Guaranteed Available Income for Need Act, supra*). Le programme G.A.I.N. n'est pas intégré au programme de l'allocation de conjoint et ne prévoit pas des prestations équivalentes à celles que reçoivent les personnes âgées entre 60 et 65 ans sous le régime de ce dernier. On ne peut pas dire que la loi *Guaranteed Available Income for Need Act* ou n'importe quelle autre loi «vise à combler le vide» laissé par le refus d'octroyer l'allocation de conjoint aux membres d'unions de lesbiennes ou de gais (*Tétreault-Gadoury, supra*).

Je ne pense pas que la loi *Guaranteed Available Income for Need Act* ait été conçue compte tenu des restrictions du programme de l'allocation de conjoint, ni même qu'elle ait pour but entre autres de pallier ces restrictions. En conséquence, l'argument que les secours provenant de programmes provinciaux pourvoient aux besoins des membres d'unions de gais ou de lesbiennes n'est pas convaincant. Il ne s'agit pas là d'un autre moyen raisonnable pouvant se substituer à l'extension du programme de l'allocation de conjoint aux membres d'unions de gais ou de lesbiennes. Il n'y a aucune raison impérieuse qui justifie l'adoption d'une méthode discriminatoire d'octroi des prestations alors qu'un autre moyen d'atteindre l'objectif du programme est déjà disponible, comme c'est le cas en l'espèce. Une méthode de distribution discriminatoire ne peut être considérée comme raisonnable

method. This point was made by Madam Justice McLachlin who explained, "It follows from the fact that the right in question is constitutionally guaranteed as fundamental in our society that it should be entrenched on no more than is clearly necessary and justified" (*Committee for the Commonwealth of Canada, supra*, at page 246).

In this case, the discriminatory method of distribution is not necessary since extending eligibility for spouse's allowance to gay and lesbian partners is a reasonable alternative. In light of the existence of a suitable alternative means for achieving the same objective equally effectively, the Charter violation occasioned by section 2 of the *Old Age Security Act* cannot be said to be reasonable. Accordingly, the minimal impairment condition of the proportionality test is not satisfied, even if we apply the modified approach to minimal impairment. The violation of subsection 15(1) brought about by section 2 of the *Old Age Security Act* is not, therefore, permitted under section 1 of the Charter.

Having said that the impugned provision fails the minimal impairment condition of the proportionality requirement under section 1, there is no need to continue to the final stage of the analysis. Nevertheless, were that analysis required, I would conclude that the effect of the measure on the guaranteed Charter right is not proportional to the objective of the program. 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 to receive benefits are not proportional to the objective of the legislation. The impugned provision cannot, therefore, be saved under section 1 of the Charter.

que s'il est nécessaire de l'employer de préférence à une méthode non discriminatoire. C'est ce qu'a souligné Madame le juge McLachlin qui a donné cette explication: «Puisque le droit en cause est garanti par la Constitution comme un droit fondamental dans notre société, on ne devrait pouvoir y déroger que dans la mesure où cela est nettement nécessaire et justifié» (*Comité pour la République du Canada, supra*, à la page 246).

En l'espèce, la méthode de distribution discriminatoire n'est pas nécessaire, puisque l'extension du programme de l'allocation de conjoint aux membres d'unions de gais ou de lesbiennes est un autre moyen raisonnable. Étant donné qu'il existe un autre moyen approprié pour atteindre le même objectif de façon tout aussi efficace, on ne peut pas dire que la violation de la Charte du fait de l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* soit raisonnable. En conséquence, la condition de l'atteinte minimale du critère de proportionnalité n'est pas remplie, même si nous en appliquons la version modifiée. Il s'ensuit que la violation du paragraphe 15(1) du fait de l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* n'est pas justifiable au regard de l'article premier de la Charte.

Ayant conclu que la disposition attaquée ne satisfait pas à la condition de l'atteinte minimale de l'impératif de proportionnalité découlant de l'article premier, il est inutile que je poursuive jusqu'au dernier stade de l'analyse. Néanmoins, à supposer que cette analyse soit nécessaire, je conclurais que l'effet de la mesure attaquée sur le droit garanti par la Charte n'est pas proportionné à l'objectif du programme. 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 attaquée sur le droit de recevoir des prestations ne sont pas proportionnés à l'objectif de la loi. Il s'ensuit que la disposition attaquée

n'est pas justifiable au regard de l'article premier de la Charte.

5. WHAT REMEDY IS APPROPRIATE IN THIS CASE?

Having found a contravention of subsection 15(1) of the Charter which is not saved by section 1, I must now determine what remedial options would be appropriate in this case. The range of available options is limited by the fact that the appellants are relying primarily on subsection 52(1) of the Constitution. Subsection 52(1) reads as follows:

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.

There are two issues which must be addressed under this subsection: (1) what is the "extent of the inconsistency"?; and (2) what is of "no force or effect"? Resolving the first issue involves determining the extent to which the impugned provision is inconsistent with subsection 15(1) of the Charter. Answering the second issue requires us to consider whether that inconsistency may be resolved through reading down (which the Supreme Court describes in *Schachter* as being the same thing as severing or striking out part of a provision), reading in, or a combination of reading down and reading in, or whether the provision must be struck down in its entirety. There is also the possibility, in appropriate cases, of temporarily suspending whichever of these remedial options is selected. However, as Chief Justice Lamer makes clear, the issue of whether to temporarily suspend a remedial declaration "is an entirely separate question from whether reading in or [reading down (i.e., severance or striking out) or striking down] is the appropriate route under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*" (*Schachter, supra*, at page 716).

In defining the extent to which the impugned provision is inconsistent with the Constitution, we may take some guidance from our section 1 analysis (*Schachter, supra*). A word of caution may be wise in this regard since it must be recognized that the Court's analysis under section 1 is determined in part by the evidence that is brought before the Court and by the arguments submitted by the parties. However,

5. QUELLE EST LA RÉPARATION APPROPRIÉE?

Ayant conclu à la violation du paragraphe 15(1) de la Charte, laquelle violation n'est pas justifiable au regard de l'article premier, je dois maintenant décider quelle réparation est indiquée en l'espèce. La gamme des options est limitée par le fait que les appelants se fondent principalement sur le paragraphe 52(1) de la Constitution, qui porte:

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

Deux questions doivent être résolues qui découlent de ce paragraphe: (1) quel est le degré d'incompatibilité qui déclenche son application? et (2) qu'est-ce qui est inopérant? Pour répondre à la première question, il faut examiner dans quelle mesure la disposition attaquée est incompatible avec le paragraphe 15(1) de la Charte. Pour répondre à la seconde, il nous faut examiner si cette incompatibilité peut être résolue par l'interprétation atténuée (laquelle, selon l'arrêt *Schachter* de la Cour suprême, est la même chose que la dissociation ou la suppression d'une disposition du texte), par l'interprétation large, ou par une combinaison des deux, ou s'il faut invalider la disposition dans sa totalité. Il y a aussi la possibilité, le cas échéant, de surseoir à la mesure de redressement choisie. Cependant, le juge en chef Lamer a jugé que la question de la suspension de l'effet d'une mesure de réparation «diffère totalement de celle de savoir si l'interprétation large [ou l'interprétation atténuée (c'est-à-dire dissociation ou suppression)] ou l'annulation . . . est la solution appropriée en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*» (*Schachter, supra*, à la page 716).

Pour examiner le degré d'incompatibilité de la disposition attaquée avec la Constitution, nous pouvons nous guider dans une certaine mesure sur notre analyse au regard de l'article premier (*Schachter, supra*). Un avertissement s'impose à ce propos: l'analyse qu'effectue la Cour au regard de l'article premier est déterminée en partie par les preuves et témoignages produits et par les arguments proposés par les parties.

in this case the extent of the inconsistency with the Charter is obvious. The issue before us on this appeal does not focus on a problem fundamental to the spouse's allowance program; rather, we are concerned exclusively with the definition of spouse in section 2 of the *Old Age Security Act*. That definition fails the minimal impairment stage as well as the final proportionality component of the *Oakes* test. The definition in section 2 is inconsistent with the Charter to the extent that it excludes gay and lesbian partners from eligibility for spouse's allowance benefits. That exclusion specifically results from the wording of the definition of spouse in the Act. In particular, the requirements that partners be "of the opposite" sex and that couples "represent themselves as husband and wife" inevitably exclude lesbian and gay partners from eligibility. Those two requirements written into the definition of spouse create the inconsistency with the Charter.

Having defined the extent of the inconsistency, we are now faced with the question of whether the entire program should be struck down or whether we should employ the techniques of reading down (i.e., severance or striking out) or reading in (as described in *Schachter*) or both of these techniques. In circumstances where a benefit conferring scheme is involved, the preferred course of action is to read down or read in an inconsistent provision rather than striking down the program. This is pertinent to the case before us which plainly involves a benefit conferring scheme. In this case, the right under subsection 15(1) which has been violated is a positive right: the right to equal benefit of the law. Referring to just such a situation, Chief Justice Lamer (*Schachter*, *supra*, at page 721) observed:

Positive rights by their very nature tend to carry with them special considerations in the remedial context. It will be a rare occasion when a benefit conferring scheme is found to have an unconstitutional purpose. Cases involving positive rights are more likely to fall into the remedial classifications of reading down/reading in or striking down and suspending the operation of the declaration of invalidity than to mandate an immediate striking down.

En l'espèce cependant, l'incompatibilité avec la Charte est évidente. La question que nous avons à résoudre dans le cadre de cet appel n'est pas centrée sur un problème fondamental pour le programme de l'allocation de conjoint; ce qui nous préoccupe exclusivement en l'espèce, c'est la définition de conjoint à l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Cette définition ne résiste à l'examen ni au stade de l'analyse de l'atteinte minimale ni au stade final de l'analyse de la proportionnalité selon le critère défini par l'arrêt *Oakes*. Elle est incompatible avec la Charte du fait qu'elle prive de l'allocation de conjoint les membres d'unions de gais ou de lesbiennes. Cette exclusion tient expressément au libellé de la définition de conjoint dans la Loi. En particulier, la condition que les partenaires soient de «sexes opposés» et que les membres du couple «se présentent comme mari et femme» signifie que les membres d'unions de lesbiennes ou de gais sont irrémédiablement exclus. Cette double condition incluse dans la définition de conjoint est la cause de l'incompatibilité avec la Charte.

Ayant défini le degré d'incompatibilité, il échet maintenant d'examiner s'il faut invalider le programme tout entier ou s'il faut recourir à la technique de l'interprétation atténuée (c'est-à-dire dissociation ou suppression) ou à celle de l'interprétation large (telle qu'elle est expliquée dans l'arrêt *Schachter*), ou à une combinaison des deux. Dans les affaires concernant un régime de prestations, il est préférable de donner une interprétation atténuée ou une interprétation large de la disposition incompatible, plutôt que d'invalider le programme tout entier. C'est précisément le cas en l'espèce, qui porte sur un régime de prestations. Dans l'affaire en instance, le droit que garantit le paragraphe 15(1) et qui a été violé est un droit positif, c'est celui au même bénéficiaire de la loi. C'est à propos d'un cas de ce genre que le juge en chef Lamer a fait l'observation suivante (*Schachter*, *supra*, à la page 721):

De par leur nature, les droits positifs sont habituellement assortis de considérations spéciales dans le contexte des mesures correctives. On considérera rarement que l'objectif d'un régime de bénéfices est inconstitutionnel. La violation de droits positifs donnera plus probablement lieu aux mesures correctives de l'interprétation atténuée ou large, ou de l'annulation et de la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité plutôt qu'à une annulation immédiate du texte législatif.

The Chief Justice also stated at page 716, however, that:

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*.

Thus, it follows from these two passages that, where appropriate, reading down (i.e., severance or striking out) or reading in are the preferred remedial options when a benefit conferring scheme is underinclusive.

The Supreme Court has suggested a number of touchstones for determining whether reading in or reading down (i.e., severance or striking out) are, indeed, appropriate. The factors which the Court identified as relevant to this consideration include: remedial precision; interference with the legislative objective; the effect on the significance of the remaining portion; and the significance of the remaining portion.

The first factor, remedial precision, refers to whether the question of how the statute should be extended in order to comply with the Constitution can be answered with a sufficient degree of precision. In this case, the appropriate method for extending spouse's allowance benefits is relatively straightforward. The two references to heterosexual relationships in the definition of spouse—"of the opposite sex" and "as husband and wife"—must be read down (i.e., severed or struck out) or in some way modified through reading in so as to bring gay and lesbian partners within that definition.

But while it is clear that the words "of the opposite sex" must be read down (i.e., severed or struck out), it might be argued that the words "as husband and wife" do not necessarily exclude gay and lesbian partners. The definition of spouse does not require a couple to be husband and wife; they are merely required to represent themselves as husband and wife

Cependant, le juge en chef a tiré aussi cette conclusion à la page 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*.

Il découle de ces deux passages que, quand les conditions s'y prêtent, l'interprétation atténuée (c'est-à-dire dissociation ou suppression) ou l'interprétation large constituent les remèdes à préférer dans les cas où le régime de bénéfices est d'application sélective.

La Cour suprême a prescrit un certain nombre de repères qui nous permettent de décider quand il y a lieu à interprétation large ou à interprétation atténuée (c'est-à-dire dissociation ou suppression). Les facteurs relevés par la Cour suprême à ce propos sont les suivants: précision corrective; interférence avec l'objectif de la loi; effet sur le sens des dispositions restantes; et importance des dispositions restantes.

Le premier facteur, la précision corrective, s'entend de la question de savoir si un degré suffisant de précision permettrait d'étendre l'application de la loi en cause afin qu'elle soit conforme à la Constitution. En l'espèce, la méthode appropriée pour étendre le bénéfice de l'allocation de conjoint est relativement simple. Les deux références aux relations hétérosexuelles dans la définition de conjoint—«du sexe opposé» et «comme mari et femme»—doivent faire l'objet d'une interprétation atténuée (c'est-à-dire qu'elles doivent être dissociées ou supprimées du texte) ou être modifiées d'une façon ou d'une autre par une interprétation large afin d'y inclure les membres d'unions de gais et de lesbiennes.

Mais s'il est manifeste que les mots «de sexe opposé» doivent faire l'objet d'une interprétation atténuée (c'est-à-dire être dissociés ou supprimés du texte), on pourrait soutenir que les mots «comme mari et femme» n'excluent pas nécessairement les membres d'unions de gais ou de lesbiennes. La définition de conjoint ne prévoit pas que les deux

(*Knodel, supra*, at page 745). Nevertheless, it may be offensive and demeaning for a lesbian or gay couple to be compelled to represent their relationship in that way and to represent themselves in those roles. In our society, the terms husband and wife are gendered concepts which may not accurately describe roles within gay and lesbian relationships. Accordingly, requiring lesbian and gay partners to represent themselves as husband and wife in order to be eligible for spouse's allowance benefits imposes an unfair burden upon them not faced by heterosexual partners. If this burden were imposed as a condition for eligibility, gay and lesbian partners would not be treated equally and might still be discriminatorily excluded from receiving spouse's allowance benefits. It goes without saying that a remedy for a subsection 15(1) violation should not have inegalitarian implications. Thus, rather than requiring gay and lesbian couples to represent themselves as husband and wife, they should instead be allowed to establish that they are in an analogous relationship to husbands and wives.

Having found that we can say with a relatively high degree of precision what remedial action is required to bring the spouse's allowance program in line with the Charter, we can move on to consider the implications of ordering such a remedy. In considering the remedies of reading in and reading down (i.e., severance or striking out), a court should be mindful of the degree to which a particular remedy intrudes into the legislative sphere. A subsection 52(1) remedy should avoid trenching unduly upon the legislative objective of a program or the means chosen by the legislature to achieve that objective. The objective of the spouse's allowance program is to ensure that, when one partner in a couple retires, the couple will continue to receive income equivalent to the amount that would be earned if both members of the couple were retired. Extending spouse's allowance benefits to lesbian and gay partners does not compromise the objective of the program and may be seen as furthering that objective by making the coverage of the program more thorough. In addition, including gay and lesbian partners within the ambit of the program does not alter the basic means selected for

membres du couple doivent être mari et femme; ils doivent simplement se présenter comme mari et femme (*Knodel, supra*, à la page 745). N'empêche qu'il peut être insultant ou dégradant pour un couple de lesbiennes ou de gais d'être obligé de présenter leurs relations sous cet éclairage ou de se présenter dans ces rôles. Dans notre société, les termes mari et femme sont des concepts sexués qui ne représentent peut-être pas fidèlement les rôles dans les unions de gais ou de lesbiennes. En conséquence, obliger les membres d'unions de lesbiennes ou de gais à se présenter comme mari et femme afin d'avoir droit à l'allocation de conjoint revient à leur imposer un fardeau dont sont épargnés les couples hétérosexuels. Si ce fardeau était imposé comme condition d'admissibilité, les membres d'unions de gais ou de lesbiennes ne seraient pas traités sur un pied d'égalité et seraient toujours exclus de façon discriminatoire du programme de l'allocation de conjoint. Il va sans dire qu'une réparation fondée sur le paragraphe 15(1) ne devrait pas avoir des implications inégalitaires. Ainsi donc, au lieu d'obliger les couples de gais et de lesbiennes à se présenter comme mari et femme, il faudrait leur permettre de prouver que leur union est analogue à l'union conjugale.

Ayant conclu que nous pouvons dire avec un degré relativement élevé de précision quelle mesure corrective est nécessaire pour rendre le programme de l'allocation de conjoint conforme à la Charte, nous pouvons maintenant examiner les répercussions de pareille mesure quand nous l'aurons ordonnée. En décidant s'il y a lieu de donner une interprétation large ou une interprétation atténuée (c'est-à-dire dissociation ou suppression du texte), la juridiction saisie doit se demander dans quelle mesure une réparation donnée peut empiéter sur le domaine législatif. La réparation accordée en application du paragraphe 52(1) ne doit pas empiéter indûment sur l'objectif législatif d'un programme ou sur le moyen choisi par le législateur pour atteindre cet objectif. L'objectif du programme de l'allocation de conjoint est de faire en sorte que, à la retraite d'un membre du couple, celui-ci continue à avoir un revenu équivalent à la somme qu'il aurait reçue si tous les deux étaient à la retraite. Étendre l'application du programme de l'allocation de conjoint aux membres d'unions de lesbiennes ou de gais n'en compromet pas l'objectif, et on peut même soutenir que pareille mesure contribue à cet

achieving the program's objective. However, this does not end our inquiry into the degree to which reading in/reading down may intrude into the legislative sphere. In *Schachter*, Chief Justice Lamer, at pages 709-710 explained:

Even where extension by way of reading in can be used to further the legislative objective through the very means the legislature has chosen, to do so may, in some cases, involve an intrusion into budgetary decisions which cannot be supported.

Any remedy granted by a court will have some budgetary repercussions whether it be a saving of money or an expenditure of money. . . . In determining whether reading in is appropriate then, the question is not whether courts can make decisions that impact on budgetary policy; it is to what degree they can appropriately do so. A remedy which entails an intrusion into this sphere so substantial as to change the nature of the legislative scheme in question is clearly inappropriate.

As proposed, extending the spouse's allowance program to include lesbian and gay partners requires a combination of reading in and reading down (i.e., severance or striking out). In this case, since the combination of these remedies results in the extension of monetary benefits, it is proper to point out that the extension of those benefits cannot be said to be so substantial as to change the nature of the legislative scheme. 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. As compared to the current budgetary outlay for the spouse's allowance program, the cost of bringing gay men and lesbians into the program would not, to use the language of Chief Justice Lamer in *Schachter*, *supra*, be "so substantial as to change the nature of the legislative scheme."

objectif en rendant l'application du programme plus complète. D'ailleurs, leur inclusion dans le programme ne change pas le moyen fondamental choisi pour atteindre l'objectif de ce dernier. Cette conclusion ne met cependant pas fin à notre examen de la question de savoir dans quelle mesure l'interprétation large ou atténuée peut empiéter sur le domaine législatif. Dans *Schachter*, à la page 709, le juge en chef Lamer a donné l'explication suivante:

Même si l'élargissement de la portée d'une loi par interprétation large peut servir à atteindre l'objectif législatif par le moyen même choisi par le législateur, il risque, dans certains cas, de constituer un empiétement indéfendable sur des décisions financières.

Toute réparation accordée par un tribunal entraînera des répercussions financières, que ce soit une économie ou une dépense. . . . Lorsqu'on détermine s'il faut donner une interprétation large à un texte législatif, la question n'est donc pas de savoir si les tribunaux peuvent prendre des décisions qui entraînent des répercussions de nature financière, mais bien jusqu'à quel point il est de circonstance de le faire. De toute évidence, il ne conviendrait pas d'accorder une réparation qui entraîne un empiétement tellement important sur ce domaine qu'il modifie la nature du régime législatif en question.

Comme indiqué plus haut, l'extension du programme de l'allocation de conjoint aux membres d'unions de lesbiennes ou de gais nécessite une combinaison d'interprétation large et d'interprétation atténuée (c'est-à-dire dissociation ou suppression). Comme la combinaison de ces deux mesures de réparation résulte en l'espèce en l'extension de prestations monétaires, il convient de souligner qu'on ne peut pas dire que celle-ci est si importante qu'elle change la nature du régime établi par la Loi. 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 empiétement notable sur le pouvoir de décision financière du Parlement. Par comparaison avec les fonds prévus à l'heure actuelle pour le programme de l'allocation de conjoint, le coût de l'inclusion des gais et des lesbiennes ne serait pas, pour reprendre les termes employés par le juge en chef Lamer dans

This leads us directly to our next consideration, the effect of the proposed remedy on the remaining portion of the legislation. Is the significance of the remaining portion changed so markedly, without the inconsistent portion, that the assumption that the legislature would have enacted it is unsafe? In explaining the proper approach to answering this question, Chief Justice Lamer in *Schachter, supra*, at page 711, remarked:

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 benefits to heterosexual spouses since the group to be added was much smaller than the group already benefited.

The same analysis applies in this case as was used by Madam Justice Rowles in *Knodel*. As in *Knodel*, this case involves extending benefits to a group—eligible gay and lesbian partners—which is much smaller than the group receiving benefits—eligible heterosexual partners. This supports the assumption that Parliament would likely have enacted the spouse's allowance program without the language excluding lesbians and gay men (*Schachter, supra*, at page 712).

The final consideration is the significance or long standing nature of the remaining portion of the Act. As was outlined by Chief Justice Lamer in *Schachter, supra*, at page 713:

It is sensible to consider the significance of the remaining portion when asking whether the assumption that the legislature would have enacted the remaining portion is a safe one. If the remaining portion is very significant, or of a long standing nature, it strengthens the assumption that it would have been enacted with the impermissible portion.

The legislation involved in this case can properly be described as being of a long standing nature. The *Old Age Security Act* has its origins in the *The Government Annuities Act, 1908, S.C. 1908, c. 5*. The *Old*

Schachter, supra, «tellement important sur ce domaine qu'il modifie la nature du régime législatif».

Ce qui nous amène à la question suivante, celle de savoir quel est l'effet de la réparation envisagée sur les dispositions restantes de la Loi. Il échet d'examiner si, une fois la partie incompatible supprimée, le sens des dispositions restantes est tellement changé qu'on ne peut plus présumer que le législateur les aurait quand même adoptées. En expliquant l'approche à adopter pour répondre à cette question, le juge en chef Lamer a fait cette observation dans *Schachter, supra*, à la page 711:

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.

Le raisonnement tenu par Madame le juge Rowles dans *Knodel* s'applique dans l'affaire en instance, qui porte aussi sur l'extension des prestations à un groupe—les membres admissibles d'unions de gais et de lesbiennes—qui est bien moins nombreux que le groupe des bénéficiaires actuels de ces prestations, c'est-à-dire des partenaires hétérosexuels admissibles. Cette conclusion permet de supposer que le législateur aurait quand même institué le régime de l'allocation de conjoint même en l'absence du libellé qui en exclut les lesbiennes et les gais (*Schachter, supra*, à la page 712).

La dernière question qu'il échet d'examiner porte sur l'importance ou la longue existence de la partie restante de la Loi. Le principe a été défini par le juge en chef Lamer dans *Schachter, supra*, à la page 713:

Il est raisonnable d'examiner le sens de la partie qui reste lorsqu'on se demande si la supposition que le législateur l'aurait quand même adoptée est fondée. Si la partie qui reste a une très grande importance ou existe depuis longtemps, ce fait vient renforcer la supposition que cette partie aurait été adoptée sans la portion inacceptable.

On peut dire à juste titre que la Loi en cause existe depuis longtemps. La *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, qui a son origine dans la *Loi des rentes viagères servies par l'État, 1908, S.C. 1908, ch. 5*, a

Age Security Act officially came into existence in 1951 [S.C. 1951, c. 18] when it replaced the *Old Age Pensions Act*, R.S.C. 1927, c. 156. The particular program in question, the spouse's allowance program, was introduced in 1975 [S.C. 1974-75-76, c. 58, s. 5]. For eighteen years, this program has played an integral role in providing benefits to dependent heterosexual partners. Both the *Old Age Security Act* generally, and the spouse's allowance program in particular, are a significant and durable aspect of Canadian society. The long history and obvious importance of the legislation in question lends credence to the assumption that Parliament would have enacted the spouse's allowance program in any event, if there had been no language excluding gay and lesbian partners.

Indeed, all of the factors considered support the assumption of legislative approval for both reading in and reading down (i.e., severance or striking out) rather than striking down in this case. In my view, the appropriate remedy to bring section 2 into compliance with subsection 15(1), therefore, would be to order the words "of the opposite sex" read down (i.e., severed or struck out) of the definition of spouse in section 2 of the *Old Age Security Act* and to read into the phrase "if the two persons publicly represent themselves as husband and wife" the words "or as in an analogous relationship". Hence, to avoid violating subsection 15(1), the definition of spouse in section 2 of the Act should read:

2. . . .

"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;

Under this definition, I am of the view that lesbian and gay partners would be eligible to apply for spouse's allowance benefits. Whether they receive those benefits should, of course, depend upon whether they meet the age, income and other requirements, but in no way should it depend upon their sexual orientation.

officiellement vu le jour en 1951 [S.C. 1951, ch. 18], année où elle remplaça la *Loi des pensions de vieillesse*, S.R.C. 1927, ch. 156. Le programme en cause, celui de l'allocation de conjoint, a été institué en 1975 [S.C. 1974-75-76, ch. 58, art. 5]. Pendant 18 ans, il a joué un rôle clé dans l'octroi de prestations aux partenaires hétérosexuels. La *Loi sur la sécurité de la vieillesse* en général et le programme de l'allocation de conjoint en particulier représentent un trait important et durable de la société canadienne. La longue histoire et l'importance manifeste de la Loi en cause viennent renforcer la présomption que le législateur aurait adopté le programme de l'allocation de conjoint même sans le libellé portant exclusion des membres d'unions de gais et de lesbiennes.

En fait, tous les facteurs que nous avons examinés viennent renforcer la présomption que le législateur approuverait et l'interprétation large et l'interprétation atténuée (c'est-à-dire dissociation ou suppression) plutôt que l'invalidation de la Loi en cause. À mon avis, la mesure de réparation qu'il convient d'adopter pour rendre l'article 2 conforme au paragraphe 15(1) consisterait donc à ordonner que la définition de conjoint à l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* se lise comme si les mots «de sexe opposé» étaient supprimés et les mots «ou comme unies par des liens semblables», ajoutés après le membre de phrase «pourvu que les deux se soient publiquement présenté[s] comme mari et femme». En conséquence, pour ne pas enfreindre le paragraphe 15(1), la définition de conjoint à l'article 2 de la Loi devrait s'entendre comme suit:

2. . . .

«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 présentées comme mari et femme, ou comme unies par des liens semblables.

Je pense qu'avec cette définition, les membres d'unions de lesbiennes et de gais seraient admissibles à demander l'allocation de conjoint. Qu'ils la reçoivent ou non dépend bien entendu de leur âge, de leur revenu et d'autres conditions, mais non pas de leurs tendances sexuelles.

I would, therefore, have allowed this appeal with costs both here and at trial. The words “of the opposite sex” should be read out and the words “or as in an analogous relationship” should be read in. I would also have issued a declaration to the effect that gay men and lesbians cannot be denied old age security spouse’s allowance benefits so long as they meet the usual eligibility requirements.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROBERTSON J.A.: This appeal stems from the refusal of the respondent to pay the appellant, John Nesbit, a spouse’s allowance under the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9 (hereinafter the “Act”). The refusal was based on the fact that the person Mr. Nesbit identified as his spouse is not a person of the opposite sex as required by the Act. That other person is the appellant James Egan. The question we must address is whether the exclusion of homosexual or same-sex couples from the definition of “spouse” contained in the Act is discriminatory within the meaning of subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (hereinafter the “Charter”). If the response is positive, then it is incumbent to determine whether the impugned legislation can be demonstrably justified as a reasonable limit under section 1 of the Charter. The relevant facts and legislation are relatively straightforward.

BACKGROUND

In September of 1986, the appellant Egan reached 65 years of age and became entitled to receive old age security and guaranteed income supplement benefits. The Act also provides for a spouse’s allowance to be paid to the spouse of a pensioner where the former is between 60 and 65 years of age and their combined income falls below a fixed amount. Following an exchange of correspondence with the Department of National Health and Welfare, the appellant Nesbit (the only litigant that would be entitled to receive payments) applied for a spouse’s allowance. In that application, he described the appellant Egan as his spouse. It was rejected solely on the basis that the

Par ces motifs, je me prononce pour l’accueil de l’appel avec dépens devant notre Cour et en première instance. La définition en cause doit s’entendre comme si les mots «de sexe opposé» étaient supprimés et les mots «ou comme unies par des liens semblables», ajoutés. Je me prononce pour un jugement déclarant qu’on ne saurait refuser aux gais et aux lesbiennes le bénéfice de l’allocation de conjoint s’ils remplissent les autres conditions d’admissibilité.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Cet appel a son origine dans le refus de l’intimée de verser à l’appelant John Nesbit l’allocation de conjoint prévue à la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9 (appelée ci-après la «Loi»). Ce refus s’explique par le fait que la personne dont M. Nesbit disait qu’elle était son conjoint n’est pas une personne de sexe opposé comme le prévoit la Loi. Cette autre personne est l’appelant James Egan. Il échet d’examiner si l’exclusion des couples homosexuels ou de personnes du même sexe de la définition de «conjoint» contenue dans la Loi est discriminatoire au sens du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (appelée ci-après la «Charte»). Si la réponse à cette question est affirmative, il faudra examiner si la restriction imposée par la Loi contestée est raisonnable et justifiable au regard de l’article premier de la Charte. Les faits de la cause et la Loi en jeu sont relativement simples.

LES FAITS DE LA CAUSE

En septembre 1986, l’appelant Egan atteint l’âge de 65 ans et a droit de ce fait à la pension de sécurité de la vieillesse et au supplément de revenu garanti. La Loi prévoit aussi le versement d’une allocation au conjoint du pensionné, si ce conjoint est âgé entre 60 et 65 ans et que le revenu total des deux est inférieur à une certaine somme. À la suite d’une correspondance avec le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social, l’appelant Nesbit (le seul des deux qui eût pu y prétendre) fait une demande d’allocation de conjoint. Dans cette demande, il indique que l’appelant Egan est son conjoint. La demande est rejetée par ce seul motif que les relations entre M. Nesbit et

relationship of Mr. Nesbit with Mr. Egan did not meet the definition of "spouse" prescribed by section 2 of the Act:

2. ...

"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 appellants have resided together, in an intimate relationship, since 1948. The Trial Judge found that they share bank accounts, credit cards and property ownership and, by their wills, had appointed each other as their respective executors and beneficiaries. To their families and friends, they refer to themselves as partners and at one point publicly exchanged rings. A brief comment on this aspect of the evidence is warranted.

The purpose of the kind of evidence adduced by the appellants is to establish that same-sex relationships can be similar to opposite-sex ones, both in their diversity and interaction.¹² The appellants' relationship can be characterized in terms of commitment, duration and interdependency—attributes found in the ideal opposite sex spousal relationship. However, this Court has not been requested to adjudicate in terms of stereotypical relationships, the degree of required intimacy or such other considerations that the terms "spousal status" or "spouse" might entail. Rather, we have been asked to determine whether the refusal to extend to the appellants, and such otherwise qualified same-sex couples, a benefit available to opposite sex couples violated their guarantee of equal benefit of the law without discrimination.¹³ That determination must be based on the Trial Judge's finding that: "had [the appellant] Nesbit been a woman cohabiting with Egan substantially on the

¹² See generally E. Wolfson, "Civil Rights, Human Rights, Gay Rights: Minorities and the Humanity of Different", (1991), 14 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 21, at p. 31 and *Leshmer v. Ontario (No. 2)* (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Ont. Bd. Inq.), at p. D/188.

¹³ However, the personal circumstances of the appellants are such that they are in a much better financial position if the appellant Nesbit is not entitled to claim the spouse's allowance. The basis of this apparent paradox is found in the rea-

(Continued on next page)

M. Egan ne s'accordent pas avec la définition de «conjoint» à l'article 2 de la Loi:

2. ...

«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.

a

Les appelants forment une union intime depuis 1948. Le juge de première instance constate qu'ils ont des comptes bancaires joints, partagent cartes de crédit et autres biens et, dans leurs testaments, se désignent l'un l'autre leurs exécuteurs testamentaires et légataires respectifs. À leurs parents et amis, ils se présentent comme partenaires et, à un moment donné, ont publiquement échangé les anneaux de mariage. Il y a lieu de faire une brève observation sur cet aspect des témoignages en la matière.

c

d

Les témoignages du genre produit par les appelants visent à établir que l'union de personnes du même sexe peut être semblable à celle de deux personnes de sexe opposé, du point de vue à la fois de la diversité et de l'interaction¹². On peut dire que les relations entre les appelants sont caractérisées par l'engagement, la longue durée et l'interdépendance, autant d'attributs qu'on trouve dans l'union conjugale idéale. Cependant, il n'a pas été demandé à la Cour de juger sous l'angle des relations stéréotypées, du degré d'intimité requise ou d'autres considérations qu'impliquent les termes «état de personne mariée» ou «conjoint». Au contraire, il nous a été demandé de juger si le refus d'accorder aux appelants, et aux couples du même sexe qui rempliraient les conditions à d'autres égards, les prestations offertes aux couples de sexe opposé, porte atteinte à leur droit garanti au même bénéfice de la loi, sans discrimination aucune¹³. Ce jugement doit se fonder sur la conclu-

e

f

g

h

¹² Voir E. Wolfson, «Civil Rights, Human Rights, Gay Rights: Minorities and the Humanity of Different» (1991), 14 *Harv. J. L. & Pub Pol'y* 21, à la p. 31 et *Leshmer v. Ontario (No. 2)* (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Comm. eng. Ont.), à la p. D/188.

¹³ Il se trouve cependant que dans leur cas particulier, les appelants sont en bien meilleure posture financière si l'appellant Nesbit n'a pas droit à l'allocation de conjoint. Ce paradoxe apparent est expliqué dans les motifs du jugement de première

(Suite à la page suivante)

same terms as he in fact cohabited with Egan he would have been eligible for the spouse's allowance."¹⁴

At trial, the appellants maintained that, as a matter of statutory construction, the term "spouse" as defined in section 2 of the Act "includes" persons living in a same-sex relationship with a pensioner. The Trial Judge rejected that construction. In this regard, his decision is consistent with cases of similar import.¹⁵ The Trial Judge then rejected the argument that the appellants were discriminated against on the basis of "sex". This conclusion is also consistent with existing authorities.¹⁶ (Both arguments were abandoned on appeal.) Hence, it remained to be determined whether the appellants had been discriminated against on the basis of an analogous ground—sexual orientation. In pursuing that question the Trial Judge concluded: (1) that there was nothing discriminatory in a law which restricts a benefit to opposite sex couples; and (2) that the benefit which the appellants sought was denied because of their "non-spousal status" and not because of their "sexual orientation". At page 704, he stated:

Parliament has chosen to address the needs of persons of the opposite sex who live together in a conjugal state, either statutory or common law, as husband and wife. This unit has traditionally been treated as the basic unit of society upon which society depends for its continued existence. I can see nothing discriminatory against the plaintiffs in a law which provides certain benefits to this group and which law does not provide the same benefits to a homosexual couple in the position of the plaintiffs. The plaintiffs as an homosexual couple, just as a bachelor and a spinster who live together or other types of couples who live together, do not fall within the traditional meaning of the conjugal unit or spouses. When compared to

(Continued from previous page)

sons of the Trial Judge (see *Egan v. Canada*, [1992] 1 F.C. 687 (T.D.), at p. 697). Though the appellants are not financially disadvantaged by the denial of benefits, that fact does not affect their standing to seek an appropriate Charter remedy (see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679).

¹⁴ *Egan*, *supra*, at p. 695.

¹⁵ See *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728 (B.C.S.C.); and *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1991] 1 F.C. 18 (F.C.); *affd* [1993] 1 S.C.R. 554. See also *Veysey v. Canada (Correctional Service)* (1990), 43 Admin. L.R. 316 (F.C.A.).

¹⁶ *Eg.*, *Knodel*, *supra*.

sion suivante du juge de première instance: «[l'appellant] Nesbit eût-il été une femme cohabitant avec Egan dans les mêmes conditions, il aurait eu droit à l'allocation de conjoint»¹⁴.

^a En première instance, les appelants interprètent le terme «conjoint» tel que le définit l'article 2 de la Loi, comme «s'entendant également» de la personne vivant dans une union du même sexe avec un pensionné. Le juge de première instance a rejeté cette interprétation. À cet égard, sa décision est dans le droit fil de la jurisprudence en la matière¹⁵. Il a ensuite rejeté l'argument que les appelants étaient victimes de discrimination fondée sur le «sexe». Cette conclusion est également conforme à la jurisprudence applicable¹⁶. (L'un et l'autre arguments ont été abandonnés en appel.) Il restait donc à examiner si les appelants faisaient l'objet d'une mesure discriminatoire fondée sur un motif analogue, savoir les tendances sexuelles. Sur ce point, le juge de première instance a conclu: (1) qu'il n'y a rien de discriminatoire dans une loi qui limite une prestation aux couples de sexe opposé; et (2) que l'allocation demandée par les appelants leur a été refusée en raison de leur «statut de non-conjoints» et non pas à cause de leurs «tendances sexuelles». Il s'est prononcé en ces termes, à la page 704:

^f Le législateur a choisi de pourvoir aux besoins de personnes de sexe opposé qui vivent dans une union conjugale, qu'elle soit légale ou de fait, en qualité de mari et femme. Cette unité a toujours été considérée comme l'unité fondamentale de la société, qui en dépend pour sa survie. Je ne peux voir rien de discriminatoire contre les demandeurs dans une loi qui ne prévoit pas les mêmes prestations pour les couples d'homosexuels tels les demandeurs. Ceux-ci, en leur qualité de couple d'homosexuels, tout comme un homme célibataire et une femme célibataire qui vivent ensemble, ne présentent pas les caractéristiques de l'unité conjugale ou de conjoints au sens traditionnel. Par comparaison avec l'unité ou la catégorie qui bénéficie

(Suite de la page précédente)

instance (voir *Egan c. Canada*, [1992] 1 C.F. 687 (1^{re} inst.), à la p. 697). Bien que les appelants ne soient pas financièrement désavantagés par le refus de verser l'allocation, ce fait n'affecte pas leur qualité pour exercer un recours fondé sur la Charte (voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679).

¹⁴ *Egan*, *supra*, à la p. 695.

¹⁵ Voir *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728 (C.S.C.-B.); et *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1991] 1 C.F. 18 (C.A.); *conf. par* [1993] 1 R.C.S. 554. Voir aussi *Veysey c. Canada (Service correctionnel)* (1990), 43 Admin. L.R. 316 (C.A.F.).

¹⁶ Par exemple *Knodel*, *supra*.

the unit or group which benefits by the challenged law the plaintiffs fall into the general group of non-spouses and do not benefit because of their non-spousal status rather than because of their sexual orientation. [Emphasis is mine.]

To the Trial Judge, the appellants are being treated “just like” all other non-spousal couples whose relationship is marked by commitment, duration and interdependency (hereinafter “other non-spousal relationships”). The appellants maintain that that comparison is misdirected. They argue that they are “just like” and “no less deserving” than opposite-sex partners who qualify for the spouse’s allowance.

At the outset, I think it is important to recognize that these conflicting views of “likeness” have been expressed, in one form or another, in all of the cases involving spousal benefits. That is true despite the fact that the similarly situated test had been rejected earlier by the Supreme Court. This is but one of the issues that must be acknowledged and addressed herein.

THE CHARTER—DISCRIMINATION DEFINED

Subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides:

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.

In order for the appellants to succeed, they must demonstrate that the restrictive definition of “spouse” as found in the Act is discriminatory within the meaning of subsection 15(1) of the Charter on the basis of sexual orientation.¹⁷ Although sexual orien-

¹⁷ Sexual orientation is regarded as including heterosexuality as well as homosexuality and bisexuality. As sexual orientation only becomes an issue for members of a minority, the literature concentrates on same-sex sexual orientation; for a comprehensive examination see “Developments in the Law—Sexual Orientation and the Law” (1989) 102 *Harv. L. Rev.* 1509; and also *Leshner, supra*, at p. D/197. It has also been defined as:

de la loi contestée, les demandeurs relèvent de la catégorie générale des non-conjoints, et ne peuvent en bénéficier en raison de leur statut de non-conjoints, et non pas à cause de leurs tendances sexuelles. [C’est moi qui souligne.]

a Aux yeux du juge de première instance, les appelants sont traités «tout comme» tous les autres couples de non-conjoints, dont les relations sont marquées par l’engagement, la longue durée et l’interdépendance (appelées ci-après «autres relations non conjugales»). Les appelants soutiennent que cette comparaison est erronée étant donné qu’ils sont «tout comme» les partenaires de sexe opposé qui ont droit à l’allocation de conjoint, et qu’ils ne sont «pas moins méritoires».

d Il y a lieu de noter en tout premier lieu que ces vues divergentes sur la «similarité» ont été exprimées, sous une forme ou une autre, dans toutes les affaires concernant les prestations offertes aux conjoints. Cette divergence de vues s’est poursuivie bien que le critère de la situation analogue eût été rejeté auparavant par la Cour suprême. Ce n’est là que l’une des questions qu’il faut relever et trancher en l’es-

LA CHARTE—DÉFINITION DE DISCRIMINATION

Le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* porte:

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.

h Pour obtenir gain de cause, les appelants doivent démontrer que la définition restrictive de «conjoint» figurant dans la Loi fait une distinction fondée sur les tendances sexuelles¹⁷ et est de ce fait discriminatoire au sens du paragraphe 15(1) de la Charte. Bien que

¹⁷ Les tendances sexuelles peuvent être hétérosexuelles, homosexuelles ou bisexuelles. Comme elles ne constituent un problème que pour une minorité, les auteurs se sont concentrés sur les tendances homosexuelles; pour une analyse détaillée de la question, voir «Developments in the Law—Sexual Orientation and the Law» (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1509; et aussi *Leshner, supra*, à la p. D/197. L’homosexualité a été également définie comme suit:

tation is not expressly referred to in subsection 15(1), it is trite law that the list of enumerated grounds is not finite and that the protections available under that section can be extended to those who establish that they are members of a disadvantaged group and can show discrimination on analogous grounds. The classic test is found in the reasons of Madam Justice Wilson, first articulated in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, and restated in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at page 1332:

... the determination of whether a group falls into an analogous category to those specifically enumerated in s. 15 is "not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society" (p. 152). If the larger context is not examined, the s. 15 analysis may become a mechanical and sterile categorization process conducted entirely within the four corners of the impugned legislation. A determination as to whether or not discrimination is taking place, if based exclusively on an analysis of the law under challenge is likely, in my view, to result in the same kind of circularity which characterized the similarly situated similarly treated test clearly rejected by this Court in *Andrews*.

Though the Supreme Court has yet to adjudicate on whether homosexuals constitute a disadvantaged group entitled to Charter protection, I take it to be settled law that sexual orientation can be invoked as an analogous ground of discrimination under subsection 15(1).¹⁸ The respondent conceded this point and, in my opinion, rightly so.

(Continued from previous page)

... being attracted to members of one's own sex, as opposed to heterosexuality which is the attraction to members of the opposite sex. Homosexuality can also refer to one's erotic fantasies, thoughts, feelings, and desires, to one's sexual activity with others; to one's sense of identity; and to one's social role. (See *Knodel, supra*, at p. 735).

¹⁸ See *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444 (B.C.S.C.); *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728 (B.C.S.C.); *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321 (T.D.); affd on other grounds (1990), 43 Admin. L.R. 316 (F.C.A.); *Leshner, supra*; and *Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245 (Gen. Div.); affd (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).

les tendances sexuelles ne soient pas expressément visées au paragraphe 15(1), il est constant que la liste des motifs énumérés n'est pas limitative et que la protection découlant de cette disposition peut s'étendre à ceux qui prouvent qu'ils appartiennent à un groupe défavorisé et qu'il y a une discrimination fondée sur des motifs analogues. Le critère classique est défini dans les motifs de jugement prononcés par Madame le juge Wilson dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, et repris dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la page 1332:

... la conclusion relative à la question de savoir si un groupe relève d'une catégorie analogue à celles qui sont expressément énumérées à l'art. 15 «ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société» (p. 152). Si l'on ne tient pas compte du contexte général, l'analyse fondée sur l'art. 15 peut devenir un processus de classification mécanique et stérile qui dépendra exclusivement du texte de loi contesté. Si la décision quant à savoir s'il y a ou non discrimination se fonde exclusivement sur l'examen de la loi contestée, il est vraisemblable à mon avis qu'on arrivera à la même sorte d'impasse qui caractérise le critère selon lequel les personnes qui se trouvent dans une situation analogue doivent être traitées de façon analogue, que cette Cour a nettement rejeté dans l'arrêt *Andrews*.

Bien que la Cour suprême n'ait jamais prononcé sur la question de savoir si les homosexuels constituent un groupe défavorisé ayant droit à la protection de la Charte, 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)¹⁸. L'intimée concède ce point, et à juste titre à mon avis.

(Suite de la page précédente)

[TRADUCTION] ... le fait d'être attiré par les personnes de son propre sexe, au contraire de l'hétérosexualité qui est le fait d'être attiré par les personnes du sexe opposé. L'homosexualité peut aussi se définir par les fantasmes, pensées, sentiments et désirs érotiques, par l'activité sexuelle vis-à-vis d'autrui, par le sens d'identité et par le rôle social du sujet. (V. *Knodel, supra*, à la p. 735.)

¹⁸ Voir *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444 (C.S.C.-B.); *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728 (C.S.C.-B.); *Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321 (1^{re} inst.); conf. par d'autres motifs (1990), 43 Admin. L.R. 316 (C.A.F.); *Leshner, supra*; et *Haig v. Canada* (1991), 5 O.R. (3d) 245, (Gen. Div.); conf. par (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.).

It can be readily accepted that the definition of "spouse" in section 2 has a differential impact on same-sex couples. The critical issue is whether that distinction is based on sexual orientation and is discriminatory within the meaning ascribed to that term by the existing jurisprudence. Since not every distinction drawn between individuals or groups violates section 15, the difficulty in discerning these situations where the impugned legislation is discriminatory remains.

The leading decision on the law of discrimination under section 15 of the Charter lies in the reasons of the Supreme Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*. In fact, it is the only decision of that Court in which a law has been declared discriminatory based on an unenumerated ground (citizenship).¹⁹ I propose to reproduce what are now regarded as the critical passages found in the reasons for judgment of McIntyre J. (speaking for the Court on this issue). Together, they provide the analytical framework on which we are required to resolve the issue before us:

Concept of Equality

Section 15(1) of the *Charter* provides for every individual a guarantee of equality before and under the law, as well as the equal protection and equal benefit of the law without discrimination. This is not a general guarantee of equality; it does not provide for equality between individuals or groups within society in a general or abstract sense, nor does it impose on individuals or groups an obligation to accord equal treatment to others. It is concerned with the application of the law. (*Per McIntyre J.*, at pages 163-164.)

Purpose

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. It has a large remedial component. (*Per McIntyre J.*, at page 171.)

Discrimination Defined

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 dis-

¹⁹ In *Schachter v. Canada*, *supra*, the government conceded the discrimination issue.

On peut convenir sans peine que la définition de «conjoint» à l'article 2 a un effet particulier sur les couples du même sexe. La question cruciale qui se pose est de savoir si cette distinction est fondée sur les tendances sexuelles et si elle est discriminatoire au sens de la jurisprudence en la matière. Étant donné que les distinctions faites entre des individus ou des groupes n'enfreignent pas toutes l'article 15, il demeure difficile de discerner les cas où la Loi en cause est discriminatoire.

La jurisprudence relative à la discrimination visée par l'article 15 de la Charte est établie par les motifs de jugement prononcés par la Cour suprême dans la cause *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*. En fait, il s'agit là de sa seule décision où une loi ait été déclarée discriminatoire par référence à un motif non énuméré (citoyenneté)¹⁹. Je me propose de reproduire ci-dessous les passages reconnus comme les plus importants des motifs prononcés par le juge McIntyre au nom de la Cour sur cette question, et qui forment le cadre dans lequel nous devons entreprendre l'analyse afin de trancher le litige en l'espèce:

Concept d'égalité

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* prévoit que la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et que tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination. Il ne s'agit pas d'une garantie générale d'égalité; la disposition ne prescrit pas l'égalité entre les individus ou les groupes d'une société dans un sens général ou abstrait, pas plus qu'elle n'impose à ceux-ci l'obligation de traiter les autres également. Elle porte sur l'application de la loi. (Le juge McIntyre, aux pages 163 et 164.)

Objet

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. Il comporte un aspect réparateur important. (Le juge McIntyre, à la page 171.)

Définition de discrimination

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

¹⁹ Dans *Schachter c. Canada*, *supra*, le gouvernement ne conteste pas la question de la discrimination.

advantages 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. (*Per McIntyre J.*, at pages 174-175.)

Distinctions Based on Irrelevant Personal Differences

Recognizing that there will always be an infinite variety of personal characteristics, capacities, entitlements and merits among those subject to a law, there must be accorded, as nearly as may be possible, an equality of benefit and protection and no more of the restrictions, penalties or burdens imposed upon one than another. In other words, the admittedly unattainable ideal 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. (*Per McIntyre J.*, at page 165; and see also *La Forest J.*, at page 193.)

Contextual Approach

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 attempt to confine these considerations within such a fixed and limited formula. (*Per McIntyre J.*, at page 168.)

Burden of Proof

A complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory. (*Per McIntyre J.*, at page 182.)

Unfortunately, the ease with which one may extrapolate the various tenets of the Supreme Court's test for determining discrimination is matched only by the difficulty encountered in applying it to the facts of a particular case.

In view of the fact that the Supreme Court has not had the opportunity to express any opinion on the Charter in the context of gay and lesbian rights, it is instructive to review the limited jurisprudence emanating from Canada's other superior courts. At worst, the decisions reveal diversity in judicial opinion. At best, they provide a better understanding of the issues that must be confronted.

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. (*Le juge McIntyre*, aux pages 174 et 175.)

Distinctions fondées sur des différences personnelles non pertinentes

Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal 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. (*Le juge McIntyre*, à la page 165; voir aussi le juge *La Forest*, à la page 193.)

Analyse en contexte

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. (*Le juge McIntyre*, à la page 168.)

Charge de la preuve

Un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif. (*Le juge McIntyre*, à la page 182.)

Malheureusement, s'il est facile d'extrapoler les divers principes contenus dans le critère de la Cour suprême pour décider s'il y a discrimination, il est par contre difficile d'appliquer ce critère aux cas d'espèce.

Étant donné que la Cour suprême n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur les droits des gais et des lesbiennes dans le contexte de la Charte, il convient de passer en revue la jurisprudence limitée en la matière des autres cours supérieures du Canada. Au pire, ces décisions font ressortir la diversité des opinions des juges. Au mieux, elles permettent de bien saisir les questions qui doivent être résolues.

THE JURISPRUDENCE

To date the cases in which gay and lesbian rights have been advanced fall into one of two categories. First, there are those in which an individual has been denied access or become disentitled to a "benefit". The second category is comprised of cases in which one of the criteria of entitlement is spousal status; that is to say the benefit is restricted to those legally married and, when recognized by statute, partners to a common law marriage. In both categories, the discrimination complained of can be either direct (intentional) or indirect (unintentional).

Cases falling within the first category can be decided against the backdrop of provincial and federal human rights legislation. So-called benefits of general entitlement, whether they be classified as private or public law benefits, inevitably involve matters of employment,²⁰ accommodation and services and have been made the subject of anti-discrimination laws. With respect to human rights legislation, five provinces and one territory ban discrimination based on sexual orientation; they are Ontario, Quebec, Nova Scotia, New Brunswick, Manitoba and Yukon.²¹ Until recently, the *Canadian Human Rights Act* did not include sexual orientation as a prohibited ground of discrimination (presently in Bill form; see Bill C-108, 1992). Prior to the legislative amendment, it had been determined in *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.), that that omission

²⁰ Two cases which I shall not be dealing with are *Vogel v. Manitoba* (1992), 90 D.L.R. (4th) 84 (Man. Q.B.); and *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1991] 1 F.C. 18 (C.A.); aff'd [1993] 1 S.C.R. 554. Both cases turned on discrimination based on "family status" as opposed to "sexual orientation".

²¹ See *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, ss. 1, 2, 3, 5, 6; *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 10 [as am. by S.Q. 1982, c. 61, s. 3]; *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 12, as am. by S.N.S. 1991, c. 12, s. 1; *An Act to Amend the Human Rights Act*, S.N.B. 1992, c. 30; *The Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45, s. 9(2); and *Human Rights Act*, R.S.Y. 1986 (Suppl.), c. 11.

LA JURISPRUDENCE

Les causes où il est question des droits des gais ou des lesbiennes tombent jusqu'ici dans deux catégories. En premier lieu, il y a celles où un individu s'est vu refuser ou enlever l'accès à un «bénéfice». En second lieu, il y a les cas où l'une des conditions d'admissibilité est l'état de personne mariée, c'est-à-dire que le bénéfice est réservé à ceux qui sont légalement mariés et, s'ils sont reconnus par la loi, aux conjoints de fait. Dans l'une et l'autre catégories, la discrimination en cause peut être soit directe (intentionnelle) soit indirecte (involontaire).

Les causes tombant dans la première catégorie peuvent être tranchées dans le cadre de la législation provinciale et fédérale en matière de droits de la personne. Les soi-disant bénéfices universels, qu'ils soient classés comme bénéfices de droit privé ou public, concernent inévitablement les questions d'emploi²⁰, d'hébergement et de services, et ont fait l'objet de lois antidiscriminatoires. Pour ce qui est de la législation en matière de droits de la personne, cinq provinces et un territoire interdisent la discrimination pour cause de tendances sexuelles; il s'agit de l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba et du Yukon²¹. Jusqu'à tout récemment, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne faisait pas des tendances sexuelles un motif illégal de discrimination (actuellement sous forme de projet de loi, le projet de loi C-108, 1992). Avant cette modification législative, il a été jugé dans *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (C.A.) que

²⁰ Deux causes que je n'évoquerai pas sont *Vogel v. Manitoba* (1992), 90 D.L.R. (4th) 84 (Man. Q.B.); et *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1991] 1 C.F. 18 (C.A.); conf. par [1993] 1 R.C.S. 554. Ces deux causes portent sur la discrimination pour cause de «situation de famille» et non pas de «tendances sexuelles».

²¹ Voir *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H. 19, art. 1, 2, 3, 5, 6; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 10 [mod. par L.Q. 1982, ch. 61, art. 3]; *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 214, art. 12, mod. par S.N.S. 1991, ch. 12, art. 1; *Loi modifiant la Loi sur les droits de la personne*, L.N.-B. 1992, ch. 30; *Code des droits de la personne*, L.M. 1987-88, ch. 45, art. 9(2); et *Loi sur les droits de la personne*, L.R.Y. 1986, (suppl.), ch. 11.

constituted discrimination offending subsection 15(1) of the Charter.²²

The decision of the Ontario Court of Appeal in *Haig* is instructive and represents one of two cases in which a court has had the opportunity to deal with the issue of discrimination, in the context of sexual orientation, and the aggrieved party has been successful.²³

In *Haig*, the respondent Birch, a captain in the Canadian Armed Forces, decided to inform his commanding officer that he was gay. In response, Captain Birch was informed that he was subject to a policy directive relating to “homosexuals” which rendered him ineligible for promotions, postings or further military training. Ultimately, he was released from the Forces on medical grounds which included the fact that he was unable to continue working under the career restrictions imposed on him by the policy directive and therefore he was unfit for further service. Eventually, Captain Birch sought a declaration that the absence of sexual orientation from the list of prescribed grounds of discrimination in section 3 of the *Canadian Human Rights Act* was itself discriminatory. Both the Trial Judge [(1991), 5 O.R. (3d) 245] and the Court of Appeal agreed. The latter Court had no difficulty in concluding that (*per* Krever J.A., at page 498): “It is difficult to imagine a clearer case of invidious discrimination in employment by reason only of sexual preference than the experience of the respondent Birch.”

The discrimination found in *Haig* illustrates the irrelevancy of a personal characteristic—sexual orientation—in determining one’s entitlement or dis-entitlement to employment. However, in some instances, discriminatory practices are not as transparent as that which arose in *Haig* and, hence, careful

²² In *Douglas v. Canada*, [1993] 1 F.C. 264 (T.D.), a consent judgment issued on the basis that a member of the Armed Forces had been discriminated against because of her sexual orientation. The same policy directive outlined in *Haig* was operative in this case.

²³ The other case is *Knodel, supra*, which is also discussed below. Surprisingly, in *Leshner, supra*, the issue of discrimination was conceded.

cette omission valait discrimination au regard du paragraphe 15(1) de la Charte²².

La décision *Haig* de la Cour d’appel de l’Ontario, qui est instructive, représente l’un des deux cas où un tribunal judiciaire a été saisi d’une plainte de discrimination pour cause de tendances sexuelles, et où la partie demanderesse a eu gain de cause²³.

b

Dans *Haig*, l’intimé Birch, capitaine des Forces armées canadiennes, décida d’informer son commandant qu’il était gai, après quoi il a été informé en retour que son cas relevait d’une directive générale relative aux «homosexuels», par application de laquelle il ne serait plus considéré pour les promotions, les affectations et la formation militaire plus poussée. Finalement, il a été libéré pour raisons médicales, dont le fait qu’il n’était pas capable de continuer à travailler à cause des restrictions de carrière imposées par la directive générale et que, par conséquent, il n’était plus apte au service armé. Par la suite, le capitaine Birch s’est pourvu en justice pour demander un jugement déclarant que l’absence des tendances sexuelles de la liste des motifs illégaux de discrimination à l’article 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* était elle-même discriminatoire. Cet argument a été accueilli par le juge de première instance [(1991), 5 O.R. (3d) 245] comme par la Cour d’appel. Celle-ci n’a eu aucune difficulté à conclure (par la voix du juge Krever, J.C.A., à la page 498) que [TRADUCTION] «Il est difficile d’imaginer exemple plus flagrant de discrimination blessante dans l’emploi pour cause uniquement de tendances sexuelles, que ce qui est arrivé à l’intimé Birch.»

g

Le verdict de discrimination prononcé dans *Haig* montre bien qu’une caractéristique personnelle, en l’occurrence les tendances sexuelles, ne doit avoir aucun rapport avec l’admissibilité ou l’inadmissibilité à un emploi. Il est cependant des cas où la discrimination n’est pas aussi manifeste que dans *Haig*; il

²² Voir *Douglas c. Canada*, [1993] 1 C.F. 264 (1^{re} inst.), jugement d’expédient portant qu’un membre des Forces armées a été victime de discrimination en raison de ses tendances sexuelles. La directive attaquée dans *Haig* était aussi en cause dans cette cause.

²³ L’autre cause est *Knodel, supra*, sur laquelle nous reviendrons plus loin. Chose étonnante, l’intimée dans *Leshner, supra*, n’a pas contesté la question de la discrimination.

scrutiny is required when determining whether the intent or effect of an impugned law is discriminatory within the meaning of the Charter. In this respect, the decision of the British Columbia Supreme Court in *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444, is illustrative. In *Brown*, the issue did not centre on access to employment, but rather access to a costly drug believed helpful in the treatment of a potentially fatal disease.

The allegation of discrimination arose from the decision of the provincial government to place the drug AZT, the only drug which at that time proved effective in treating AIDS, under the provincial drug plan. The effect of that decision was to require all AIDS patients, other than those on welfare or in long-term care facilities, to pay a portion of the cost of the drug. That funding policy affected an identifiable group, of which 90% were "homosexual" or "bisexual" males. The majority of these men did not qualify for the exemption and were faced with drug payments in excess of \$2,000 per year, which the Court held was likely to cause a "serious financial burden" (at page 457). However, this funding decision was not challenged until the government decided subsequently to fully fund another equally expensive drug, cyclosporin, required by other seriously ill persons: transplant patients and those suffering from cancer. Nonetheless, the Court found no discrimination within the meaning of subsection 15(1) of the Charter.

While it is not my intent to review critically the decision in *Brown*, it can be a matter of personal judgment whether the reasons proffered by the government, and accepted by the Court, to explain the differential approach to funding drugs, for cancer and transplant patients and those suffering from AIDS, are persuasive.²⁴ For our purposes, it is important to recognize that this is precisely the type of case where a "distinction" can exacerbate conditions of prejudice for members of a disadvantaged minority by restricting access to a basic and needed benefit. To the

²⁴ Even after a fair reading of the decision, one cannot help but wonder whether the funding policy would have been different had 90% of the AIDS sufferers been children.

faut donc examiner attentivement si le but ou l'effet de la loi contestée est discriminatoire au sens de la Charte. Une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, *Brown v. British Columbia (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444, peut servir d'exemple à cet égard. Cette affaire ne portait pas sur l'accès à l'emploi, mais sur l'accès à un médicament coûteux qu'on disait efficace dans le traitement d'une maladie potentiellement mortelle.

La plainte de discrimination faisait suite à la décision prise par le gouvernement de la province d'inclure dans le régime provincial d'assurance-médicaments le médicament AZT, le seul à se révéler efficace à l'époque dans le traitement du sida. Par suite de cette décision, les sidéens, sauf ceux qui touchaient l'assistance sociale ou qui étaient hospitalisés à titre de malades incurables, étaient obligés de payer une partie du prix du médicament. Cette politique de subvention affectait un groupe identifiable, dont 90 p. 100 étaient des hommes «homosexuels» ou «bisexuels». La plupart de ces derniers n'étaient pas admissibles à l'exemption et devaient faire face à des dépenses en médicaments dépassant les 2 000 \$ par an, dont la Cour a conclu qu'elles constituaient en toute probabilité un «lourd fardeau financier» (à la page 457). Cependant, cette politique de subvention ne fut contestée qu'après que le gouvernement eut décidé de prendre entièrement en charge un médicament tout aussi coûteux, la cyclosporine, destiné à d'autres malades graves, ceux qui ont subi une transplantation et ceux qui souffrent du cancer. La Cour a néanmoins conclu qu'il n'y avait pas discrimination au sens du paragraphe 15(1) de la Charte.

Bien qu'il ne soit pas dans mes intentions de critiquer la décision *Brown*, le bien-fondé des motifs avancés par le gouvernement et acceptés par la justice, pour expliquer la différence dans la subvention à l'achat entre les médicaments destinés aux cancéreux et à ceux qui ont subi une transplantation d'une part, et les médicaments destinés aux sidéens d'autre part, peut être affaire de jugement personnel²⁴. Pour notre propos, il est important de noter qu'il s'agit justement là du type de cas où une «distinction» peut exacerber les préjugés contre les membres d'une minorité défa-

²⁴ Même si on penche pour cette décision, on ne peut s'empêcher de se demander si la politique de subvention aurait été différente si 90 p. 100 des sidéens étaient des enfants.

extent that a policy decision (having the force of law) has both a disproportionate and burdensome impact on such a group, a finding of discrimination should not, in my opinion, be easily displaced.

The following discussion focuses on two conflicting decisions involving Charter challenges falling into the second category—benefits based on spousal status. In both cases, the claimants sought to show that they had been denied a benefit because of their sexual orientation. As will be explained, the true complaint was not denial of a benefit, but rather denial of a benefit on the same terms available to opposite-sex couples.

In *Andrews v. Ontario (Minister of Health)*, *supra*, the provincial health insurance legislation denied dependant coverage to the same-sex partner of the plaintiff. “Dependant” was defined to include the spouse of an insured person which the provincial authorities interpreted as meaning a person of the opposite sex. The Trial Judge concluded that the legislation was not discriminatory and hence did not violate subsection 15(1) of the Charter. First, he concluded that “homosexual” couples are not like “heterosexual” couples because the former do not procreate nor raise children. Second, the Trial Judge ruled out discrimination because the plaintiff was being treated in exactly the same manner as all unmarried cohabiting persons. Finally, he was swayed by the fact that the premium being paid by an opposite-sex couple equalled the combined premiums paid by partners to a same-sex relationship.

By itself the latter determination would seem sufficient to dispose of the matter. It is difficult, in the circumstances, to argue convincingly that the plaintiff was denied equal benefit of the law. Medical coverage was available to all and on identical financial terms. For our purposes, what is relevant is that the litigation focused on whether a same-sex couple is

vorisée en limitant l'accès à un bénéfice fondamental dont ils ont besoin. Dans la mesure où une décision de principe (ayant force de loi) a un effet à la fois disproportionné et défavorable sur un groupe de ce genre, un verdict de discrimination est, à mon avis, pratiquement inévitable.

L'analyse qui suit porte sur deux décisions contradictoires rendues à la suite de contestations fondées sur la Charte et relevant de la seconde catégorie, celle des bénéfices réservés aux conjoints. Dans les deux affaires, les demandeurs se disaient privés d'un bénéfice en raison de leurs tendances sexuelles. Comme nous le verrons, la plainte ne visait pas vraiment le refus d'accorder le bénéfice, mais le refus de l'accorder dans les mêmes conditions qu'aux couples de sexe opposé.

Dans *Andrews v. Ontario (Minister of Health)*, *supra*, la loi provinciale sur l'assurance-maladie fait que la partenaire de même sexe de la demanderesse n'a pas droit à la couverture à titre de personne à charge. «Personne à charge» est définie comme s'entendant également du conjoint de la personne assurée, ce qui signifie aux yeux des autorités provinciales une personne de sexe opposé. Le juge de première instance conclut que cette loi n'est pas discriminatoire et, par conséquent, ne va pas à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte. En premier lieu, il juge que les couples homosexuels ne sont pas semblables aux couples hétérosexuels parce que les premiers ne procréent ni n'élèvent des enfants. En deuxième lieu, il écarte l'argument de discrimination par ce motif que la demanderesse est traitée exactement sur le même pied que toutes les personnes qui cohabitent sans être mariées l'une à l'autre. Enfin, il note que la prime payée par un couple de sexe opposé est égale au total des primes payées par les deux partenaires d'une union de même sexe.

Cette dernière conclusion semblerait suffire à elle seule à régler la question. Il est difficile dans ce contexte de faire valoir que la demanderesse s'est vu refuser le même bénéfice de la loi. L'assurance-maladie était accessible à tous aux mêmes conditions financières. Ce qui nous intéresse, c'est que le litige portait sur la question de savoir si un couple homo-

“like” an opposite-sex one or whether a same-sex couple is “like” other non-spousal relationships.

The reasoning employed in *Andrews v. Ontario* did not find its way into the decision rendered in *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, *supra*. However, the facts of these two cases are virtually identical. In *Knodel*, the definition of “spouse” contained in the *Medical Services Act Regulations* [B.C. Reg. 144/68, s. 2.01 (as am. by B.C. Reg. 5/77)] under the *Medical Services Act* [R.S.B.C. 1979, c. 255] of British Columbia did not extend benefits to same-sex couples and thus the petitioner’s application to include his partner as a dependant spouse under the health care plan was rejected. The Trial Judge held that the Regulations had the effect of treating same-sex couples differently than opposite-sex couples. In fact, her entire reasoning is premised implicitly on the understanding that one is “just like” the other. She went on to hold that the Regulations discriminated against the petitioner on the ground of sexual orientation by imposing an economic penalty arising from the refusal to extend a benefit available to opposite-sex couples. (I shall deal with that particular finding shortly.) She also held that the Regulations had a further impact. They affected the plaintiff’s dignity and self esteem and reinforced the “homophobia” expressed by certain members of society.

Unlike the approach pursued in *Andrews v. Ontario*, the Trial Judge in *Knodel* was of the view that the underinclusiveness of the legislation was, in the words of Dickson C.J. in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at page 1240, “simply a backhanded way of permitting discrimination.” Her analysis portrays the issue in terms of a distinction affecting two classes of individuals (at page 756):

Where the state makes a distinction between two classes of individuals, A and B, that has the effect of imposing a greater burden on individuals within class B, and if the individuals within class B fall within the class of individuals protected by s. 15(1) of the *Charter*, the manner in which the legislative provision or law is drafted is irrelevant for constitutional purposes; i.e., it is immaterial whether the subject law states: (1) A

sexuel est «semblable» à un couple hétérosexuel ou s’il est «semblable» aux autres relations non conjugales.

Le raisonnement tenu dans *Andrews v. Ontario* n’a pas été adopté dans la cause *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, *supra*, dont les faits étaient pourtant pratiquement identiques. Dans *Knodel*, la définition de «spouse» (conjoint) dans le règlement d’application [B.C. Reg. 144/68, art. 2.01 (mod. par B.C. Reg. 5/77)] de la loi dite *Medical Services Act* [R.S.B.C. 1979, ch. 255] de la Colombie-Britannique n’étendait pas le bénéfice aux couples de même sexe; c’est ainsi que la demande faite par le demandeur afin que son partenaire fût reconnu comme conjoint par le régime d’assurance-maladie avait été rejetée. Le juge de première instance conclut que ce Règlement a pour effet de réserver aux couples homosexuels un traitement différent par rapport aux couples hétérosexuels. En fait, son raisonnement tout entier est implicitement fondé sur le postulat que les uns sont «tout comme» les autres. Elle en conclut que le Règlement est discriminatoire à l’égard du demandeur à cause de ses tendances sexuelles, en lui imposant une sanction économique par le refus de lui accorder un bénéfice offert aux couples hétérosexuels. (Je reviendrai sur cette conclusion un peu plus loin.) Et que le Règlement a encore un autre effet, en ce qu’il porte atteinte à la dignité et au respect de soi du demandeur, et renforce l’«homophobie» exhibée par certains individus.

À l’opposé de l’approche adoptée dans *Andrews v. Ontario*, le juge de première instance dans *Knodel* estime que la couverture sélective de la législation en cause était, pour reprendre les termes employés par le juge en chef Dickson dans *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, à la page 1240, «simple-ment un moyen détourné de permettre la discrimination». Son analyse aborde la question litigieuse sous l’angle de la distinction entre deux catégories d’individus (à la page 756):

[TRADUCTION] Lorsque l’État distingue entre deux catégories d’individus, A et B, de façon à imposer un fardeau plus lourd aux individus de la catégorie B, et si ceux-ci appartiennent à une catégorie protégée par le paragraphe 15(1) de la *Charte*, le libellé du texte de loi ne présente aucune importance du point de vue de l’analyse constitutionnelle, c’est-à-dire qu’il importe peu que la loi en question prévoie que: (1) A en bénéficie; ou

benefits; or (2) Everyone benefits except B. In both cases, the impact upon the individual within group B is the same.

Based on the reasoning in *Andrews v. Ontario*, and of the Trial Judge in the present case, the above analysis is flawed to the extent that it fails to acknowledge and deal with the fact that class "B" is composed not only of same-sex couples, but also others whose dependant relationship lacks spousal status. In effect, the exclusion from class "A" extends *de facto* to classes "B" (same-sex couples) and "C" (other non-spousal relationships).²⁵

As noted earlier, the Trial Judge in *Knodel* concluded that same-sex couples were denied a benefit available to opposite-sex couples. It should not be presumed, however, that these same-sex partners had been denied medical coverage. Under the relevant regulations, the combined annual premiums paid by a same-sex couple was \$84 greater than that paid by an opposite-sex couple. Technically speaking, the petitioner (and his partner) was denied equal benefit of the law. But it would be misleading to state that the regulations had the effect of denying a benefit to a same-sex couple otherwise available to an opposite-sex one. On the contrary, the same-sex partner was granted medical coverage but had to pay \$42 more per year because he did not fall within the definition of "spouse".²⁶ In this respect, the facts of *Knodel* resemble more closely those found in *Andrews v. Ontario* than those found in *Brown*.

In *Brown*, the government's differential funding policy raised the inference of an intent to exclude gay men from the obvious financial benefit derived from the government's decision to limit full funding to other seriously ill patients. Alternatively, it could be argued that that funding policy had a direct and more burdensome impact on this disadvantaged group. As well, the fact that the majority of these men faced a "serious financial burden" could have had the effect of denying access to a needed drug. By comparison,

²⁵ See *Leshner, supra*, where the distinction is also ignored.

²⁶ In fact, his premium was ultimately waived because of an exemption accorded those receiving financial assistance from the Ministry of Social Services.

(2) tout le monde en bénéficie sauf B. Dans les deux cas, l'effet sur l'individu appartenant au groupe B est le même.

À la lumière du raisonnement tenu dans *Andrews v. Ontario* et de celui tenu par le juge de première instance en l'espèce, l'analyse ci-dessus est défectueuse en ce qu'elle passe sous silence le fait que la catégorie «B» comprend non seulement les couples homosexuels, mais encore d'autres dont les relations d'interdépendance ne sont pas des relations conjugales. En effet, la non-inclusion dans la catégorie «A» vaut en fait pour les deux catégories «B» (couples homosexuels) et «C» (autres relations non conjugales)²⁵.

Comme noté *supra*, le juge de première instance dans *Knodel* a conclu que les couples homosexuels se voyaient refuser un bénéfice offert aux couples hétérosexuels. Il ne faut cependant pas présumer que ces partenaires homosexuels étaient privés du bénéfice de l'assurance-maladie. Sous le régime du règlement applicable, le total des primes annuelles versées par les deux membres d'un couple homosexuel dépassait de 84 \$ les primes que payait un couple hétérosexuel. Techniquement parlant, le demandeur (et son partenaire) se sont vu dénier le même bénéfice de la loi. Mais il serait faux de dire que le règlement avait pour effet de dénier à un couple homosexuel un bénéfice offert aux couples hétérosexuels. Au contraire, le partenaire de même sexe avait droit à l'assurance-maladie mais devait payer 42 \$ de plus par an, parce que sa situation ne s'accordait pas avec la définition de «conjoint»²⁶. À cet égard, les faits de la cause *Knodel* ressemblent davantage aux faits de la cause *Andrews v. Ontario* qu'à ceux de *Brown*.

Dans *Brown*, la politique de subvention différentielle du gouvernement portait à conclure à l'intention de refuser aux gais un avantage financier évident, du fait de la décision du gouvernement de limiter la subvention intégrale à d'autres malades graves. Subsidiairement, on pourrait soutenir que cette politique de subvention avait un effet direct et plus onéreux sur ce groupe défavorisé. De même, le fait que la majorité de ces hommes devait faire face à un «lourd fardeau financier» aurait pu avoir pour

²⁵ Voir *Leshner, supra*, où cette distinction est également passée sous silence.

²⁶ En fait, il était finalement exempté de la prime à titre d'assisté social.

both *Andrews v. Ontario* and *Knodel* involved a legislative scheme in which a benefit—health coverage—was available to all. In *Andrews v. Ontario* the cost was the same regardless of spousal status. In *Knodel* the cost differential could not reasonably be regarded as impeding access to the health care system. I think it fair to conclude that in these two cases the real objection to the legislation stemmed from the distinction that had been drawn between opposite-sex and same-sex couples. What the claimants truly sought was not a benefit *per se*, but rather legal recognition that their conjugal relationship is no different than an opposite-sex one which qualifies for a spousal benefit.

In summary, an examination of the extant jurisprudence un.masks at least three unresolved issues.

First, is the relationship of a same-sex couple “just like” or the “same as” an opposite-sex one? Correlatively, is the relationship of a same-sex couple any different from other non-spousal relationships? As noted earlier, and discussed below, such an analytical approach remains unavailable. Thus, it is only natural to ask why it is that litigants and the courts have continued to approach the issue from such a perspective.

Second, of what significance, if any, is the fact that the non-spousal category consists not only of same-sex couples but, as well, other non-spousal relationships? The answer to that question is not dependent on a comparison between perceived groups in the excluded category. What is relevant is that members of the disadvantaged group are not the only ones denied the benefit.

Third, is not the true complaint grounded in the failure of Parliament to recognize that same-sex relationships are no different than opposite-sex ones, including those which fall into the spousal category? If that is so, then what we are confronted with is an indirect challenge to the common law and statutory

effet de leur interdire l'accès à un médicament essentiel. Par comparaison, les causes *Andrews v. Ontario* et *Knodel* portaient toutes deux sur un régime instauré par la loi et sous lequel un bénéficiaire—l'assurance-maladie—était à la disposition de tous. Dans *Andrews v. Ontario*, le coût était le même, peu importait la situation de famille. Dans *Knodel*, on ne peut raisonnablement dire que la différence dans le coût interdisait l'accès au régime d'assurance-maladie. Je pense qu'on peut conclure que dans ces deux causes, le véritable reproche adressé à la législation en cause visait la distinction entre couples hétérosexuels et couples homosexuels. Ce que voulaient vraiment les demandeurs, ce n'était pas le bénéfice en soi, mais la reconnaissance en droit que leur union conjugale n'était nullement différente des unions hétérosexuelles admissibles aux bénéfices réservés aux conjoints.

En bref, l'examen de la jurisprudence existante fait ressortir au moins trois questions non résolues.

En premier lieu, une union homosexuelle est-elle «semblable» ou «identique» à un couple hétérosexuel? Dans la même veine, une union homosexuelle est-elle différente d'autres relations non conjugales? Comme nous l'avons vu et comme nous le verrons encore plus loin, pareille approche analytique n'est pas encore à notre disposition. Donc, il est tout naturel de se demander pourquoi les plaignants et les tribunaux continuent à envisager la question sous cet angle.

En deuxième lieu, le fait que la catégorie des non-conjoints comprend non seulement les couples homosexuels, mais aussi d'autres relations non conjugales, a-t-il une importance quelconque? La réponse à cette question n'est pas subordonnée à une comparaison entre les groupes relevés dans la catégorie exclue. Ce qui est pertinent, c'est que les membres du groupe défavorisé ne sont pas les seuls à se voir priver du bénéfice.

En troisième lieu, la plainte ne vise-t-elle pas en réalité le défaut de la part du législateur de reconnaître que les relations homosexuelles ne sont nullement différentes des relations hétérosexuelles, y compris l'union conjugale? S'il en est ainsi, il s'agit d'une contestation indirecte du concept du mariage

concept of marriage, as reflected in legislation which offers a restricted definition of “spouse”.

ANALYSIS

The appellants’ objection to the judgment below lies in the way in which the Trial Judge characterized the distinction drawn by Parliament. In their view, the comparison is not as between “spouses” and “non-spouses”, but rather as between “heterosexual” and “homosexual” couples. They maintain that: “Homosexual men and women whose partners have retired at 65 are no different from, and no less deserving of the spousal allowance than, heterosexual men and women.” (Appellants’ factum, at page 10.) Discrimination is said to arise because the impugned legislation has the effect of reinforcing the disadvantage endured by a group which, throughout history, has been both “marginalized” and “stigmatized”. Finally, they argue that the proper way to rectify the inequality is to extend the definition of “spouse” to include same-sex couples.

I propose to examine the appellants’ arguments by looking first at the issue of “sameness” which they have deemed to be of fundamental significance. Equally important is the application of the test for determining whether in law a distinction based on a prohibited ground is discriminatory. As will become evident, the positions that the appellants have adopted herein represent a fundamental shift in the direction of gay and lesbian rights in Canada. The question which remains is whether they are in accord with the law as found in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*.

1. SAMENESS

(a) The Similarly Situated Test

The argument that same-sex couples are the “same” as opposite-sex ones and, therefore, both should be treated alike is grounded in the Aristotelian principle of formal equality restated in the similarly situated test—people that are alike should be treated alike, while people that are unlike should be treated

de la common law et de la loi écrite, tel qu’il s’exprime dans la loi qui donne une définition restrictive de «conjoint».

a ANALYSE

L’objection des appelants au jugement de l’instance inférieure vise la manière dont le juge de première instance a caractérisé la distinction faite par le législateur. À leur avis, la comparaison n’est pas entre «conjoints» et «non-conjoints», mais entre couples «hétérosexuels» et couples «homosexuels». Ils soutiennent que [TRADUCTION] «L’homme homosexuel ou la femme homosexuelle dont le partenaire a pris sa retraite à l’âge de 65 ans n’est en rien différent de l’homme hétérosexuel ou de la femme hétérosexuelle, et mérite tout autant l’allocation de conjoint» (mémoire des appelants, à la page 10). Et qu’il y a discrimination du fait que la loi contestée a pour effet d’ajouter au désavantage d’un groupe qui a toujours été «marginalisé» et «stigmatisé». Et, enfin, que le meilleur moyen de redresser cette iniquité est d’étendre la définition de «conjoint» aux couples homosexuels.

Je vais examiner les arguments des appelants en me penchant en premier lieu sur la question du «caractère identique» qui, à leur avis, est d’importance fondamentale. Également importante est l’application du critère qui permet de dire quand, juridiquement parlant, une distinction fondée sur un motif interdit est discriminatoire. Comme il ressortira de l’analyse, la position adoptée par les appelants en l’espèce représente un changement fondamental dans la conception des droits des gais et des lesbiennes au Canada. La question qu’il reste à trancher est de savoir si ces droits revendiqués s’accordent avec la règle de droit définie dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*.

1. LE CARACTÈRE IDENTIQUE

a) Le critère de la situation analogue

L’argument que les couples homosexuels sont «identiques» aux couples hétérosexuels et que, par conséquent, ils doivent être traités de la même façon, est fondé sur le principe aristotélicien d’égalité formelle que reprend le critère de la situation analogue: les gens qui se ressemblent doivent être traités de la

unalike. However, the proper legal response to that argument is a matter of settled law. The test was expressly rejected by the Supreme Court in *Andrews*. Of course, the response is equally applicable to the argument that the appellants are being treated in exactly the same manner as persons in other non-spousal relationships. Hence, in strict legal theory, neither party to this action is permitted to dwell on whether one type of couple is “like” or “unlike” any other.

At the same time, it is understandable why one is attracted to the notion of formal equality—it accords with common sense.²⁷ Yet the similarly situated test was rejected in *Andrews* because if applied literally, and without exception, it would inevitably work a clear injustice.²⁸ At page 166, McIntyre J. stated:

The [similarly situated] test as stated, however, is seriously deficient in that it excludes any consideration of the nature of the law. If it were to be applied literally, it could be used to justify the Nuremberg laws of Adolf Hitler. Similar treatment was contemplated for all Jews. [Emphasis is mine.]

Any hope that the test would survive *Andrews*, so long as it was not being applied mechanically, was summarily quashed in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. Writing for the majority, La Forest J. stated (at page 279): “Simply put, I do not believe that the similarly situated test can be applied other than mechanically, and I do not believe that it survived *Andrews v. Law Society of British Columbia*.”

The decision of the Supreme Court to reject the similarly situated test has had only a limited effect on eliminating formal comparisons between perceived groups. Interestingly enough, when the test has been

²⁷ Though the Supreme Court has chosen to avoid the difficulties inherent in the application of the similarly situated test, it has been argued that: “An element of comparison is central to any equality theory” (see William Black and Lynn Smith, “The Equality Rights” in G. Beaudoin and E. Ratushny, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, at p. 563).

²⁸ See *Bliss v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 183, overruled in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, *supra*.

même façon, les gens qui sont différents doivent être traités différemment. Cependant, la suite réservée à cet argument est maintenant affaire réglée: le critère a été expressément rejeté par la Cour suprême dans son arrêt *Andrews*. Il va sans dire que ce résultat est également applicable à l’argument que les appelants sont traités exactement de la même façon que les personnes liées par des relations non conjugales. Il s’ensuit que sur le plan de la stricte théorie juridique, ni l’une ni l’autre partie à cette action ne peut invoquer la question de savoir si un type de couple est «semblable» à un autre ou en est «différent».

Dans le même temps, on comprend fort bien la séduction qu’exerce le concept d’égalité formelle, qui rejoint le bon sens²⁷. Pourtant le critère de la situation analogue a été rejeté dans *Andrews*, puisque, appliqué littéralement et sans exception, il donnerait inévitablement lieu à une injustice flagrante²⁸. En page 166, le juge McIntyre s’est prononcé en ces termes:

Le critère [de la situation analogue] formulé comporte cependant un grave défaut en ce qu’il exclut toute considération de la nature de la loi. Appliqué au pied de la lettre, il pourrait servir à justifier les lois de Nuremberg d’Adolf Hitler. Un traitement analogue était prévu pour tous les Juifs. [C’est moi qui souligne.]

Tout espoir que ce critère survivrait à l’arrêt *Andrews*, dans la mesure où il ne s’appliquerait pas de façon mécanique, a été sommairement anéanti dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Rendant le jugement de la majorité, le juge La Forest a conclu en page 279: «Tout simplement, je ne crois pas que le critère de la situation analogue puisse être appliqué autrement que d’une façon machinale et je ne crois pas qu’il ait survécu à l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*.»

La décision de la Cour suprême de rejeter le critère de la situation analogue n’a eu qu’un effet limité pour ce qui est d’éliminer les comparaisons formelles entre des groupes perçus comme tels. Il y a lieu de

²⁷ Bien que la Cour suprême ait choisi d’éviter les difficultés inhérentes à l’application du critère de la situation analogue, il a été soutenu qu’«un élément de comparaison est au cœur de toute théorie de l’égalité» (Voir William Black et Lynn Smith, «Les droits à l’égalité» dans G. Beaudoin et E. Ratushny, *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd.), Toronto: Carswell, 1989 à la p. 629).

²⁸ Voir *Bliss c. Procureur (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 183, rejeté dans *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, *supra*.

applied expressly it was for the purpose of refuting the argument that same-sex couples are no different than other non-spousal relationships (see *Knodel, supra*). Yet, counsel seem prepared to argue cases, and courts decide them, on the presupposition that same-sex couples are either “like” or “unlike” opposite-sex ones, as the case may be. In so doing, they effectively sidestep the similarly situated test.

It is naive to pretend that the “sameness” issue disappeared with the Supreme Court’s rejection of the similarly situated test. Nor should it have been expected that the issue would disappear completely. So long as discrimination is defined in terms of a distinction based on “personal characteristics”, there will always be a temptation to make a comparison between those who do and do not possess that difference or characteristic.

In virtually every discrimination case involving spousal benefits, the claimants have introduced evidence focussing on just how similar the lifestyles of same-sex couples are when compared with opposite-sex ones.²⁹ This case is no exception. It differs from others only to the extent that the evidence before us is limited and pales in comparison with the testimony of academics, sociologists and health care professionals documented in the case reports.³⁰ Such evidence has but one obvious purpose—to establish the “similarity” between the two kinds of relationships. The evidence given by a clinical psychiatrist in *Knodel* is on point (at page 735):

Dr. Myers reports 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 are different.”

Nonetheless, it must be formally recognized that the appellants’ case is built on the “similarity” between same-sex and opposite-sex couples. The Supreme Court’s decision in *Andrews* destroys the very premise on which their claim of discrimination rests. Moreover, the inapplicability of the similarly

remarquer que dans les cas où ce critère a été expressément appliqué, c’était justement pour réfuter l’argument que les couples homosexuels n’étaient nullement différents des autres relations non conjugales (voir *Knodel, supra*). Pourtant, des avocats semblent enclins à plaider leur cause, et les tribunaux à prononcer, en présupposant que les couples homosexuels sont soit «semblables» aux couples hétérosexuels soit «différents», selon le cas. Ce faisant, ils esquivent le problème du critère de la situation analogue.

Il serait naïf de prétendre que la question du «caractère identique» a disparu après que la Cour suprême eut rejeté le critère de la situation analogue. On n’aurait pu s’attendre non plus à ce qu’elle disparaisse complètement. Tant que la discrimination se définit en termes de distinction fondée sur une «caractéristique personnelle», on sera toujours tenté de comparer ceux qui ont ce trait distinctif ou cette caractéristique et ceux qui ne l’ont pas.

Dans presque toutes les affaires de discrimination portant sur les bénéfiques réservés aux conjoints, les demandeurs ont produit les preuves et témoignages sur la similitude entre le style de vie des couples homosexuels et celui des couples hétérosexuels²⁹. Il en est de même de l’affaire en instance. Elle n’est différente des autres que dans la mesure où les témoignages produits devant la Cour sont limités et faibles par comparaison avec le témoignage de professeurs d’université, sociologues et hommes de l’art, cité dans les causes publiées³⁰. Ces témoignages ne visent qu’un but évident: établir la «similitude» entre les deux types d’unions. On en trouve l’illustration dans le témoignage donné par un psychiatre clinique dans *Knodel* (à la page 735):

[TRADUCTION] Le Dr Myers fait savoir qu’il y a «un haut degré de similitude entre les partenaires à vie homosexuels et les partenaires à vie hétérosexuels, et qu’ils sont bien plus semblables pour ce qui est de leur attitude, de leur espoirs et de leurs valeurs qu’ils ne sont différents à ces égards».

Néanmoins, il faut prendre acte que l’argumentation des appelants est fondée sur la «similitude» entre couples homosexuels et couples hétérosexuels. L’arrêt *Andrews* de la Cour suprême anéantit la prémisse même sur laquelle ils fondent leur plainte de discrimination. D’ailleurs, l’inapplicabilité du critère de la

²⁹ See *Leshner, supra*, at p. D/188.

³⁰ Eg., *Vogel, supra*, at pp. 98-100.

²⁹ V. *Leshner, supra*, à la p. D/188.

³⁰ Par exemple *Vogel, supra*, aux p. 98 à 100.

situated test is not the only legal impediment to the success of this appeal. Correlatively, by arguing similarity of relationships the appellants run afoul of the “irrelevancy” component of the discrimination test set out in *Andrews*. In rejecting the similarly situated test, the Supreme Court has defined inequality in terms of differential treatment based on “irrelevant personal differences”.³¹

(b) Irrelevant Personal Differences

It will be recalled that in *Andrews*, McIntyre J. held (at page 165) that a person is not to be deprived of a benefit because of a distinction based on irrelevant personal differences.³² On reflection, it is evident that sexual orientation is both relevant and essential to the appellants’ argument. It is the characteristic which makes them similar to an opposite-sex (common law) couple and distinguishes them from other non-spousal relationships.

The significance of the legal requirement that a distinction be based on an irrelevant personal difference cannot be ignored or dispensed with summarily.³³ In my view, it is basic to our present understanding of the law of discrimination under section 15 of the Charter.

The appellants have not argued discrimination because of a distinction based on an irrelevancy.

³¹ See Dale Gibson, “Equality for Some” (1991), 40 *UNB LJ* 2, at p. 13.

³² McIntyre J. also employs the phrase “personal characteristics” at pp. 174-175. La Forest J. refers to “irrelevant personal differences” at p. 193, while utilizing the terms “personal characteristics” and “immutable” at p. 195.

³³ See Dale Gibson, “Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772, at pp. 780-781 & 790; Dale Gibson, “Equality for Some” (1991), 40 *UNB LJ* 2, at p. 13; David W. Elliott, “Comment on *Andrews v. Law Society of British Columbia*: and Section 15(1) of the *Charter*: the Emperor’s New Clothes?”, (1990), 35 *McGill L.J.* 235, at pp. 238, 241, 243, 246; and *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, a decision of the Ontario Court of Justice dated March 17, 1993, not reported, in Southey J., majority judgment, at p. 13 [[1993] O.J. 575 (QL)].

situation analogue n’est pas le seul obstacle juridique au succès de cet appel. Il se trouve qu’en faisant valoir la similitude entre les deux types d’unions, les appelants se sont heurtés à l’élément «non-pertinence» du critère de discrimination établi par l’arrêt *Andrews*. En rejetant le critère de la situation analogue, la Cour suprême a défini l’inégalité en termes de différence de traitement pour cause de «différences personnelles non pertinentes»³¹.

b) Différences personnelles non pertinentes

Il faut se rappeler que dans *Andrews*, le juge McIntyre a jugé (à la page 165), qu’il ne faut pas priver quelqu’un d’un avantage en raison d’une distinction fondée sur des différences personnelles non pertinentes.³² Réflexion faite, il est évident que les tendances sexuelles sont un élément à la fois pertinent et essentiel de l’argumentation des appelants. Elles constituent la caractéristique qui les apparente à un couple de conjoints de fait hétérosexuels et les distingue des autres relations non conjugales.

L’importance de l’impératif juridique, selon lequel la distinction illicite doit être fondée sur une différence personnelle non pertinente, ne peut pas être ignorée ou écartée sommairement³³. À mon avis, cet impératif est fondamental pour notre compréhension actuelle des règles juridiques en matière de discrimination visée par l’article 15 de la Charte.

Les appelants ne se plaignent pas de discrimination par suite de distinction fondée sur une différence non

³¹ Voir Dale Gibson, «Equality for Some» (1991), 40 *UNB LJ* 2, à la p. 13.

³² Le juge McIntyre emploie aussi l’expression «caractéristiques personnelles» à la p. 174 et 175. Le juge La Forest parle de «différences personnelles non pertinentes» à la p. 193, mais emploie les mots «caractéristique personnelle» et «immuable» à la p. 195.

³³ Voir Dale Gibson, «Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772, aux p. 780 à 781, et 790; Dale Gibson, «Equality for Some» (1991), 40 *UNB LJ* 2, à la p. 13; David W. Elliott, «Comment on *Andrews v. Law Society of British Columbia*: Section 15(1) of the *Charter*: the Emperor’s New Clothes?», (1990), 35 *McGill L.J.* 235, aux p. 238, 241, 243, 246; et *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, décision en date du 17 mars 1993 de la Cour de justice de l’Ontario, non publiée, jugement majoritaire prononcé par le juge Southey, à la p. 13 [[1993] O.J. 575 (QL)].

Rather, they have identified the distinction in terms of differential treatment being accorded same-sex and opposite-sex couples and then deemed that irrelevant. Consequently, sexual orientation remains highly relevant. Homosexuality does not distinguish a same-sex couple from an opposite-sex one. It is the basis on which the two can be deemed "alike" and, at the same time, the basis on which other non-spousal relationships can be distinguished. If, however, sexual orientation were to remain an irrelevant consideration or criterion, the situation of same-sex couples could be viewed no differently than other non-spousal relationships. Hence, it is apparent that the appellants' claim for spousal benefits represents a fundamental shift in the nature of the rationale underscoring gay and lesbian rights in Canada.

Cases such as *Haig*, discussed *supra*, illustrate that the pursuit of gay and lesbian rights has, until recently, been based on the understanding that sexual orientation must remain an irrelevant consideration when determining access to benefits of general entitlement. The guarantee of equality and freedom from discrimination is clearly tied to the belief that certain personal differences cannot be regarded as a valid criterion of disentitlement.

Indeed, the decriminalization in Canada in 1967 of "homosexual" sexual activity between consenting adults and the decision of a number of provincial legislatures to ban discrimination based on sexual orientation (there are exceptions) was premised on an unarticulated right to privacy and on the belief that it is an irrelevant factor. The legislatures and courts were to remain outside "the bedrooms of the nation". Today, however, we are being invited to adjudicate on evidence solely for the purpose of establishing the similarity between same-sex households and opposite-sex ones.

When placed in this perspective, it is apparent that the Charter, as interpreted in *Andrews*, reflects the rationale originally proffered in support of recogniz-

pertinente, mais de distinction en termes de différence de traitement entre couples homosexuels et couples hétérosexuels, et qu'ils qualifient de non pertinente. En conséquence, les tendances sexuelles demeurent un élément hautement pertinent. L'homosexualité ne distingue pas un couple homosexuel d'un couple hétérosexuel. Elle constitue la base sur laquelle on peut conclure que les deux sont «semblables» et sur laquelle on peut les distinguer des autres relations non conjugales. Si cependant les tendances sexuelles devaient demeurer une considération ou un critère non pertinent, la situation des couples homosexuels ne saurait être distinguée des autres relations non conjugales. Par conséquent, il est manifeste que la prétention des appelants à l'allocation de conjoint représente un changement fondamental dans la conception des droits des gais et des lesbiennes au Canada.

Les causes comme *Haig*, *supra*, montrent que l'affirmation des droits des gais et des lesbiennes est, jusqu'à une date récente, fondée sur le postulat que les tendances sexuelles doivent demeurer une considération non pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer le droit aux bénéfices d'accessibilité générale. La garantie d'égalité et la protection contre la discrimination sont manifestement liées à la conviction que certaines différences personnelles ne peuvent être considérées comme un critère valide d'inadmissibilité.

En effet, la décriminalisation en 1967 au Canada des rapports «homosexuels» entre adultes consentants et la décision prise par certaines assemblées législatives provinciales d'interdire la discrimination fondée sur les tendances sexuelles (il y a des exceptions) étaient fondées sur un droit non déclaré à la protection de la vie privée et sur la conviction que les tendances sexuelles ne sont pas un facteur à prendre en considération. Les assemblées législatives et les tribunaux devaient rester en dehors des «chambres à coucher de la nation». Aujourd'hui cependant, on nous demande de juger sur la foi de témoignages visant exclusivement à établir la similitude entre ménages homosexuels et ménages hétérosexuels.

Il appert que vue sous cet angle et telle qu'elle est interprétée par l'arrêt *Andrews*, la Charte sous-tend la justification avancée à l'origine à l'appui de la recon-

ing gay and lesbian rights in this country.³⁴ That earlier rationale is also compatible with the decision to reject the similarly situated test. One commentator explains the competing views of homosexuality in terms which, in my view, reveal an incisive appreciation of the reasons underlying wide ranging and deeply held differences of opinion and, as well, the varying rationales on which gay and lesbian rights may be premised:³⁵

Views toward those labelled homosexual range from condemnation to pity to indifference to respect. This range also appears in the legal community. Although some courts and commentators are very sympathetic to claims by lesbians and gay men for equal treatment, a substantial portion of the legal community retains negative views of those with minority sexual orientations.

Differing views along these two dimensions—whether sexual orientation is part of identity and whether gay men and lesbians are viewed positively, negatively or neutrally—combine to create four competing conceptions of homosexuality. The “sin” conception views homosexual acts as immoral and wrong; it generally does not ascribe to the view of homosexuality as an intrinsic part of identity. The “illness” viewpoint similarly sees homosexuality negatively; this framework, however, sees it as part of the affected individual’s personality, albeit a potentially curable component. The “neutral difference” approach, like the illness approach, embraces the concept of sexual orientation as identity but views it merely as a difference that should not be a basis for discriminatory treatment. Finally, the “social construct” conception rejects categorizing individuals by sexual orientation and views same-sex acts and relationships as not materially different from opposite-sex ones.

There is little doubt that the “neutral difference” model, outlined above, is reflected in the Supreme Court’s interpretation of the Charter adopted in *Andrews*. In effect, the appellants argue that the Charter should mirror the “social construct” model, which is at some distance from the reasoning of the Supreme Court in *Andrews*. There it was held that non-citizens constitute a “discrete and insular” minority not to be denied access to employment solely because of an irrelevant personal difference—

³⁴ Parliament decided against express Charter protection for gays and lesbians and thus we witness the continuing litigation under s. 15.

³⁵ “Developments in the Law—Sexual Orientation and the Law” (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1509, at pp. 1511-1512.

naissance des droits des gais et des lesbiennes dans ce pays³⁴. Cette justification des débuts est aussi compatible avec la décision de rejeter le critère de la situation analogue. Un auteur commente les vues opposées sur l’homosexualité en ces termes qui, à mon avis, révèlent une parfaite compréhension des raisons qui expliquent le large éventail d’opinions profondément ressenties ainsi que les différentes justifications sur lesquelles on peut fonder les droits des gais et des lesbiennes³⁵:

[TRADUCTION] L’attitude des gens envers les homosexuels va de la condamnation au respect, en passant par la pitié et l’indifférence. Cette gamme d’attitudes se retrouve aussi chez la basoche. Bien que certains tribunaux et auteurs manifestent une grande sympathie pour la prétention des lesbiennes et des gais à l’égalité de traitement, une partie non négligeable de la basoche nourrit encore des vues négatives à l’égard de ceux dont les tendances sexuelles ne sont pas celles de la majorité.

Les vues divergentes dans ces deux sens—savoir si les tendances sexuelles font partie intégrante de l’identité et si l’attitude envers les gais et les lesbiennes est positive, négative ou neutre—se combinent pour donner lieu à quatre conceptions divergentes de l’homosexualité. Ceux qui y voient un «péché» considèrent les rapports homosexuels comme immoraux et répréhensibles; dans l’ensemble ils ne souscrivent pas à la vue que l’homosexualité est un élément intrinsèque de l’identité. De même, ceux qui y voient une «maladie» ont une vue négative de l’homosexualité; ils la considèrent cependant comme un élément de la personnalité du sujet, encore qu’elle soit un élément guérissable. La théorie de la «différence neutre», tout comme la théorie de la maladie, considère les tendances sexuelles comme un élément de la personnalité, mais n’y voit qu’une différence qui ne devrait pas faire l’objet d’un traitement discriminatoire. Enfin, les tenants de la théorie de la «convention sociale» rejettent la catégorisation des gens par les tendances sexuelles et ne voient guère de différence entre relations et rapports homosexuels et hétérosexuels.

Il n’y a guère de doute que la théorie de la «différence neutre» ci-dessus se retrouve dans l’interprétation que la Cour suprême a donnée de la Charte dans *Andrews*. Pour leur part, les appelants tiennent que la Charte devrait incorporer la théorie de la «convention sociale», ce qui s’écarte plutôt du raisonnement tenu par la Cour suprême dans *Andrews*. Il y a été jugé que les non-citoyens constituent une minorité «discrete et isolée» qui ne devrait pas se voir refuser l’accès aux emplois en raison d’une différence personnelle non

³⁴ Le législateur a décidé de ne pas prévoir expressément dans la Charte la protection des gais et des lesbiennes, ce qui fait que nous continuons à voir des litiges concernant l’art. 15.

³⁵ «Developments in the Law—Sexual Orientation and the Law» (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1509, aux p. 1511 et 1512.

citizenship. The present law, as I understand it, dictates that sexual orientation is neither a valid criterion of disentanglement, nor a valid criterion of entitlement. It is not a criterion of any sort. Rather, it must be regarded as an irrelevant personal difference.

To the extent that the *Andrews v. Law Society of British Columbia* decision defines discrimination in terms of a distinction based on an irrelevant personal difference, and has ruled out the application of the similarly situated test, the appellants' claim that the definition of "spouse" in section 2 of the Act is discriminatory must fail.

Despite the foregoing conclusion, I propose to deal with the general issue of discrimination. It may well be that my understanding of *Andrews* is mistaken. Moreover, the fact that spousal status is a condition precedent to receipt of a benefit does not preclude a finding of discrimination on the basis of sexual orientation *simpliciter*. As is well known, discrimination can occur either directly (intentional) or indirectly (unintentional) and is to be measured in terms of the adverse impact which the legislation has on those affected by the impugned legislation.

2. DISCRIMINATION

Subject to considerations outlined below, the discrimination test in *Andrews* is as follows (at page 165):

... the admittedly unattainable ideal 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. [Emphasis is mine.]

The immediate task is to assess the unintended impact of the failure of Parliament to extend the spouse's allowance program to same-sex couples and to determine whether the consequences constitute discrimination. Before pursuing that part of the analysis, there are two outstanding issues to be addressed. One is to determine the relevance, if any, of the fact that members of the disadvantaged group are not the only persons denied a benefit. The other is concerned with the basis on which we resolve whether a distinction is based on spousal status as opposed to sexual orientation. As noted above, it is extremely important

pertinente, la citoyenneté. La règle de droit en vigueur prescrit, si je ne m'abuse, que les tendances sexuelles ne sont un critère valide ni d'admissibilité ni d'inadmissibilité. Elles ne sont un critère de quoi que ce soit. Il faut plutôt y voir une différence personnelle non pertinente.

À la lumière de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* qui définit la discrimination en termes de distinction fondée sur une différence personnelle non pertinente et exclut l'application du critère de la situation analogue, l'argument des appelants que la définition de «conjoint» à l'article 2 de la Loi est discriminatoire, doit être rejeté.

Malgré cette conclusion, je me propose d'examiner la question de la discrimination en général. Il se peut que j'interprète mal l'arrêt *Andrews*. D'ailleurs, le fait que le statut de conjoint est une condition nécessaire pour l'obtention d'un bénéfice n'exclut pas un verdict de discrimination pour cause de tendances sexuelles en soi. Comme chacun sait, la discrimination peut être soit directe (intentionnelle) soit indirecte (involontaire); elle doit se mesurer en fonction de l'effet négatif de la loi contestée sur ceux qui sont soumis à son application.

2. DISCRIMINATION

Sous réserve des considérations exposées ci-après, le critère de la discrimination est défini par l'arrêt *Andrews* comme suit (à la page 165):

... selon cet idéal 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. [C'est moi qui souligne.]

Il échet donc d'examiner l'effet non intentionnel du défaut du législateur d'étendre le programme de l'allocation de conjoint aux couples homosexuels et de décider si les conséquences en sont discriminatoires. Avant de passer à cette phase de l'analyse, il faut cependant régler deux autres questions. Il s'agit en premier lieu de déterminer la pertinence, si pertinence il y a, du fait que les membres du groupe défavorisé ne sont pas les seules personnes privées du bénéfice. La seconde question qui se pose est de savoir sur quelle base nous devons décider si une distinction est fondée sur le statut de conjoint et non pas

to recognize that a finding of discrimination on the basis of sexual orientation is not automatically precluded because a criterion of entitlement is spousal status. There can be instances where the claimant will not be asserting the relevance of his or her sexual orientation as a basis of entitlement. I shall deal with this issue first.

(a) Spousal Status v. Sexual Orientation

I take it for granted that discriminatory laws cannot be rendered immune from challenge merely because legislators have chosen to limit access to a benefit by prescribing conditions precedent (e.g., spousal status) which on their face are benign.³⁶ The following hypothetical, albeit an extreme one, illustrates my point.

Assume that a drug effective in the treatment of AIDS is discovered, but that it can only be produced in small quantities such that there is an immediate shortage. Assume also that the drug is extremely expensive and, thus, the state is required to intervene. It does so by establishing a drug program in which all married persons, as well as common law spouses, and their children are entitled to receive the drug at no cost. All others must pay the full cost.

In such circumstances, I cannot imagine a court preempting a challenge under subsection 15(1) of the Charter simply because the criterion of entitlement is expressed in terms of spousal status. Hence, attention would have to focus on whether the intent and/or effect of the legislation is to discriminate against homosexuals on the basis of sexual orientation. As a claimant's personal relationship with another, homosexual or otherwise, is irrelevant to that determination neither the similarly situated test, nor the relevancy component of the definition of discrimination, are applicable. Discrimination on the basis of spousal

³⁶ The notion that sexual orientation and spousal status are somehow linked does have a legal basis (see *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1991] 1 F.C. 18 (C.A.), per Marceau J.A., at p. 37, aff'd [1993] 1 S.C.R. 554, per Lamer C.J., at p. 581, where the link between family status and sexual orientation is established).

sur les tendances sexuelles. Comme noté *supra*, il est extrêmement important de noter qu'un verdict de discrimination pour cause de tendances sexuelles n'est pas automatiquement exclu du fait qu'une condition d'admissibilité est la qualité de conjoint. Il peut y avoir des cas où la partie demanderesse ne fait pas valoir ses tendances sexuelles comme fondement de son admissibilité. Je vais examiner tout d'abord cette question.

a) Statut de conjoint et tendances sexuelles

Je pars du principe que les lois discriminatoires ne peuvent être rendues inattaquables du seul fait que le législateur a choisi de limiter l'admissibilité à un bénéficiaire en prescrivant des conditions préalables (par exemple le statut de conjoint) qui sont en soi bénignes³⁶. Le cas de figure suivant, bien qu'il soit poussé à l'extrême, peut servir d'illustration.

Supposons qu'un médicament efficace contre le sida soit découvert, mais qu'il ne puisse être produit qu'en petite quantité et qu'il y ait donc une pénurie dans l'immédiat. Supposons aussi que ce médicament soit extrêmement coûteux et que, de ce fait, l'État soit obligé d'intervenir. Il le fait en mettant sur pied un programme de subvention à l'achat du médicament, par lequel tous les gens mariés, les conjoints de fait et leurs enfants reçoivent le médicament gratis. Tous les autres doivent en payer intégralement le prix.

Dans ces conditions, je ne peux imaginer qu'un tribunal déclare irrecevable une contestation fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte, par ce seul motif que l'admissibilité est subordonnée à la qualité de conjoint. Il s'ensuit qu'il faut focaliser l'attention sur la question de savoir si la loi en cause a pour but ou pour effet de distinguer les homosexuels en raison de leurs tendances sexuelles. Étant donné que les relations personnelles entre le demandeur (ou la demanderesse) avec une autre personne, qu'elles soient homosexuelles ou non, n'ont rien à voir avec la solution de la question, ni le critère de la situation ana-

³⁶ L'idée qu'il y a un certain lien entre les tendances sexuelles et les relations conjugales a effectivement un fondement juridique (Voir *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1991] 1 C.F. 18 (C.A.), le juge Marceau, à la p. 37, conf. par [1993] 1 R.C.S. 554, motifs prononcés par le juge en chef Lamer, en p. 581, où le lien entre la situation de famille et les tendances sexuelles est établi).

status will be ruled out provided the consequences of the impugned legislation are such that claimants satisfy the Supreme Court's adverse impact test.

(b) The Relevance of "Other Non-Spousal Relationships"

The above hypothetical brings into question the legal position of those not members of a recognized disadvantaged minority (e.g., those who acquired AIDS through blood transfusions), but who nevertheless would also be denied the benefit. In the instant case, one cannot ignore the fact that the definition of "spouse" found in the Act excludes a broad class of non-spouses. Also excluded are persons cohabiting with another in a non-conjugal relationship. Within this group can be found siblings, friends and relatives. Their relationships are similar to others within the excluded category, both in terms of diversity and interdependency.

Though same-sex couples are subjected to various forms of "invidious" discrimination, it is only proper to ask whether their rights should be determined in isolation of those also affected by the impugned legislation. Certainly, no one would suggest that same-sex couples are more deserving of the spouse's allowance than those whose financial needs may be just as substantial as the appellants, but who fall into another non-spousal category. Hence, we are forced to ask whether the issue of entitlement can be restricted to a particular group (same-sex couples) within the excluded category. The appellants' response to this question is brief (appellants' factum, at page 20):

Whether Parliament would be required to extend the benefit beyond homosexual couples to others such as siblings or parent or child is not before the Court and may depend in part on whether family status is a prohibited ground of discrimination and if so what it means.

I do not find this response persuasive for two reasons. The first is a matter of precedent. In *Andrews*,

logue ni l'élément non-pertinence de la définition de discrimination n'est applicable. Il sera jugé qu'il n'y a pas discrimination fondée sur la qualité de conjoint, à condition que les conséquences de la loi contestée soient telles que les demandeurs satisfont au critère de l'effet défavorable que définit la Cour suprême.

(b) La pertinence des «autres relations non conjugales»

Le cas de figure ci-dessus jette la lumière sur le statut juridique de ceux qui n'appartiennent pas à une minorité reconnue comme défavorisée (par exemple ceux qui ont contracté le sida par suite de transfusions sanguines), mais qui n'en sont pas moins privés du bénéfice. En l'espèce, on ne peut ignorer le fait que la définition de «conjoint» dans la Loi exclut un groupe considérable de non-conjoints. Sont également exclues les personnes dont la cohabitation avec d'autres n'a rien de conjugal: frères, sœurs, amis et parents. Leurs relations sont semblables à d'autres dans la catégorie exclue, pour ce qui est à la fois de la diversité et de l'interdépendance.

Il est vrai que les couples homosexuels sont soumis à diverses formes de discrimination «blessante», mais il convient de se demander s'il faut juger de leurs droits séparément de ceux qui sont également touchés par la loi en cause. Certainement, personne ne pourrait dire que les couples homosexuels méritent davantage de recevoir l'allocation de conjoint que ceux dont les besoins financiers sont peut-être tout aussi pressants que ceux des appelants, mais qui appartiennent à une autre catégorie de non-conjoints. Il s'ensuit que nous sommes obligés de nous demander si la question de l'admissibilité peut être limitée à un groupe donné (celui des couples homosexuels) à l'intérieur de la catégorie exclue. La réponse des appelants à cette question est brève (mémoire des appelants, à la page 20):

[TRADUCTION] Cette action ne porte pas sur la question de savoir si le législateur devrait étendre l'allocation, au-delà des couples homosexuels, aux personnes comme les frères et sœurs ou les parents ou les enfants, laquelle question peut dépendre de celle de savoir si la situation de famille est un motif illicite de discrimination et, dans l'affirmative, de savoir ce qu'elle signifie.

Je ne trouve pas cette réponse convaincante pour deux raisons. La première tient à la jurisprudence.

McIntyre J. stated: "Consideration must be given to the content of the law . . . and its impact . . . upon those whom it excludes from its application" (at page 168). My second reason raises what I consider to be a fundamental issue.

To accede to the appellants' argument could, in my opinion, generate an inequality on the basis of sexual orientation. Those disentitled to the benefit, and unable to allege discrimination on that ground, would have no recourse unless able to successfully raise another unenumerated ground of challenge, be it expressed in terms of "family", "spousal" or "marital" status. In the instant case, it is extremely difficult to characterize other non-spousal (relationships) persons as members of a group warranting Charter protection.

If legislation is to be challenged in circumstances where there is more than one group which is denied the benefit, then should not the ground of discrimination be one common to all who come within the excluded category? While I need not answer that question, the response offered by the appellants raises fundamental and unanswered concerns for me. In my view, if differential treatment between the members of two excluded "subgroups" is to be sustained, it is because compelling reasons are offered for extending a benefit to one and not the other. Such compelling reasons must lie in the extent to which the distinction has a disparate and more burdensome impact on one excluded group than another. To me it is axiomatic that courts cannot ignore the fact that others have been excluded and, as well, the effect which the impugned legislation may have on their equality rights. For example, in the drug funding hypothetical I cannot imagine the grounds on which one could ignore the plight of all AIDS sufferers who would be denied the benefit under the legislative scheme.³⁷

³⁷ It may well be that all persons with AIDS could be considered a disadvantaged group, but such a determination would require a reappraisal of the test formulated in *Andrews* and *Turpin*; on this point see Anne F. Bayefsky, "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 *S.C.L.R.* (2d) 503, at pp. 518-519.

Dans *Andrews*, le juge McIntyre a tiré la conclusion suivante: «Il faut tenir compte du contenu de la loi . . . et de son effet . . . sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application» (à la page 168). La seconde a tient à ce que je considère comme une question fondamentale.

Accueillir l'argument des appelants pourrait, à mon avis, donner lieu à une inégalité tenant aux ten- b dances sexuelles. Ceux qui n'ont pas droit à l'allocation et qui ne peuvent faire valoir la discrimination par ce motif, n'auraient aucun recours à moins qu'ils ne réussissent à faire valoir un autre motif non énuméré, que ce soit en termes de «situation de famille» c ou de «statut de conjoint». En l'espèce, il est extrêmement difficile de caractériser les personnes liées par d'autres relations non conjugales comme membres d'un groupe ayant besoin de la protection d de la Charte.

À supposer que la loi dont il s'agit soit contestée dans un cas où plus d'un groupe sont privés de l'allocation, le motif de discrimination ne devrait-il pas être le même pour tous ceux qui appartiennent à la catégorie exclue? Bien qu'il ne soit pas nécessaire de répondre à cette question, la réponse proposée par les appelants met au jour des questions fondamentales et non résolues. À mon avis, si on doit maintenir la différence de traitement entre les membres de deux «sous-groupes» exclus, c'est parce qu'il y a des raisons impérieuses pour accorder l'allocation à un groupe et non pas à l'autre. Ces raisons impérieuses doivent justifier que la distinction ait un effet disparate et plus onéreux sur un groupe exclu que sur un autre. Il est à mon sens axiomatique que la justice ne peut ignorer ni le fait que d'autres ont été exclus, ni l'effet que la loi contestée peut avoir sur leurs droits à l'égalité. Par exemple, dans l'hypothèse de la subvention du prix des médicaments *supra*, je ne peux ignorer les motifs qu'on pourrait invoquer pour ignorer le triste sort de tous les sidéens qui seraient privés de la subvention sous le régime établi par la loi³⁷.

³⁷ Il se peut que tous les sidéens puissent être considérés comme appartenant à un groupe défavorisé, mais pareille décision nécessiterait un nouvel examen du critère défini par les arrêts *Andrews* et *Turpin*; voir à ce sujet Anne F. Bayefsky, «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 *S.C.L.R.* (2d) 503, aux p. 518 et 519.

In my opinion, where the impugned legislation excludes persons other than those who are members of a particular disadvantaged group, proper consideration must be given to the significance of that reality when deciding whether the impact of a distinction is discriminatory. Legislation denying benefits to members of another group may detract from a finding of discrimination contrary to subsection 15(1) of the Charter. It may reveal that one is not dealing with a benefit freely accorded all others in society and, hence, the impact of the legislation might not necessarily have the effect of reinforcing disadvantage or reinforcing disadvantage to the degree necessary to invite judicial intervention.

(c) The Adverse Impact Test

What is the threshold of disadvantage that must be demonstrated before the impugned legislation can be declared discriminatory? It is apparent that there are two conflicting views as to what is sufficient to meet the adverse impact test stated in *Andrews*. In my opinion, only one is consistent with the reasoning in that case.

One approach effectively presumes discrimination once it has been found that a distinction is based on a prohibited ground. The consequences of the denial are not measured, for example, in economic or material terms, but in light of the effect which the denial has in reinforcing existing prejudices suffered by members of an historically disadvantaged group. Most recently, this approach was alluded to in *Knodel*, discussed *supra*, and now by the appellants. In *Knodel* the impact of the legislation was assessed in terms of affecting the claimants' dignity and self-esteem, as well as reinforcing "homophobic" views held by some members of society. What distinguishes this approach from the other is that a finding of discrimination is made without regard to the purposes and objects of the impugned legislation, nor the fact that others may also have been denied the benefit. This approach can be labelled the "abstract" test.

The other approach is a contextual one and requires a full analysis of the immediate impact of the legislation on members of the disadvantaged group, as well as others who are excluded, as measured against the purposes and objects of the legislation. In

À mon avis, dans les cas où la loi en cause exclut des personnes autres que les membres d'un groupe défavorisé particulier, il faut peser l'importance de cette réalité lorsqu'il s'agit de juger si une distinction a un effet discriminatoire. Une loi refusant le bénéfice aux membres d'un autre groupe peut échapper à un verdict de discrimination au regard du paragraphe 15(1) de la Charte. Elle peut montrer qu'il ne s'agit pas d'un bénéfice accordé à tous les autres membres de la collectivité; par conséquent, la loi n'aurait pas nécessairement pour effet d'aggraver le désavantage ou de l'aggraver à un point tel que la justice doit intervenir.

c) Le critère de l'effet défavorable

Quel est le minimum de désavantage qu'il faut démontrer afin que la loi contestée soit jugée discriminatoire? Il appert qu'il y a deux vues opposées quant à ce qu'il faut prouver pour satisfaire au critère de l'effet défavorable, qu'établit l'arrêt *Andrews*. À mon avis, une seule d'entre elles est compatible avec le raisonnement tenu dans cet arrêt.

L'une des deux méthodes consiste à présumer qu'il y a discrimination une fois prouvé qu'il y a distinction fondée sur un motif illicite. Les conséquences de l'exclusion ne sont pas mesurées, par exemple, en termes économiques ou matériels, mais en fonction de son effet pour ce qui est d'aggraver les préjugés dont souffrent déjà les membres d'un groupe traditionnellement défavorisé. Plus récemment, il a été question de cette méthode dans l'arrêt *Knodel, supra*, et elle est maintenant invoquée par les appelants. Dans *Knodel*, l'effet de la loi en cause a été examiné sous l'angle de l'atteinte à la dignité et au respect de soi des demandeurs, ainsi que du renforcement des vues «homophobes» que nourrissent certains individus. Ce qui distingue cette méthode de l'autre, c'est qu'on arrive à un verdict de discrimination sans avoir égard aux buts de la loi en cause, ni au fait que d'autres ont été peut-être privés aussi du bénéfice. On peut qualifier cette approche de critère «abstrait».

L'autre méthode tient compte du contexte et prescrit l'analyse en règle de l'effet immédiat de la loi en cause sur les membres du groupe défavorisé, et aussi sur les autres qui sont exclus, par rapport aux buts de cette loi. En effet, ce que la Cour cherche à détermi-

effect, what the Court is looking for is disadvantage independent of that arising from membership in the group. This interpretation can be labelled the “concrete” test. In my opinion, this is the one mandated by *Andrews*. There it was held that the Charter does not provide for a general guarantee of equality between individuals and groups in a “general or abstract sense” (at pages 163-164) [underlining added]. Moreover, consideration must be “given to the content of the law, to its purpose and impact upon those to whom it applies” (at page 168) [underlining added]. The fairest way of evaluating this conclusion is to examine critically the position advocated by the appellants. It is consistent with the “abstract” test.

(d) The Abstract Test

As I understand the appellants’ argument, the denial of the spousal allowance is discriminatory because it has the effect of reinforcing prejudice endured by a group which historically has been subjected to discriminatory practices. While I can accept readily the latter proposition, there are several legal impediments to this Court arriving at the desired conclusion.

First, this is the very test stated by Madam Justice Wilson in *Andrews*, and restated in *R. v. Turpin* (outlined earlier in these reasons), for establishing whether the protections available under subsection 15(1) of the Charter can be extended to those who show discrimination on analogous grounds. Thus, the appellants’ test has the effect of making the term “discrimination” synonymous with “distinction”. In effect, the appellants ask that we declare those provisions of approximately fifty federal statutes which define rights and obligations on the basis of spousal status as being a violation of subsection 15(1) of the Charter (see respondent’s factum, Appendix C, at pages 34-35). Consequently, whenever a benefit is based on spousal status the legal analysis would have to focus on the reasonableness of the impugned legislation pursuant to section 1 of the Charter. Without question, that result is antithetical to the reasoning advanced in *Andrews*.

Second, and a corollary of the first, the test has the effect of ignoring altogether the content of the law subject to challenge and once again the reasoning adopted by the Supreme Court in *Andrews*. By com-

ner, c’est le désavantage indépendant de l’appartenance au groupe. On peut qualifier cette interprétation de critère «concret». À mon avis, c’est le critère prescrit par l’arrêt *Andrews*. Il y a été jugé que la Charte ne prévoit pas une garantie générale d’égalité entre les individus et entre les groupes dans un «sens général ou abstrait» (aux pages 163 et 164) [soulignement ajouté]. En outre, il faut «tenir compte du contenu de la loi, de son objet et de son effet sur ceux qu’elle vise» (à la page 168) [soulignement ajouté]. Le meilleur moyen d’apprécier cette conclusion est de faire la critique de l’argument proposé par les appelants. Ce moyen est conforme au critère «abstrait».

d) Le critère abstrait

Selon l’argument des appelants tel que je le comprends, le refus d’accorder l’allocation de conjoint est discriminatoire parce qu’il a pour effet de renforcer les préjugés dont est victime un groupe qui a été traditionnellement en butte à la discrimination. Si je n’ai aucun mal à accueillir cet argument, plusieurs obstacles juridiques s’opposent à pareille conclusion de la part de la Cour.

En premier lieu, il s’agit là du critère même défini dans *Andrews* et repris dans *R. c. Turpin* (rappelé *supra*) par Madame le juge Wilson, pour décider si la protection découlant du paragraphe 15(1) peut s’étendre à ceux qui prouvent qu’il y a discrimination fondée sur des motifs analogues. Donc pour les appelants, ce critère revient à faire du terme «discrimination» un synonyme de «distinction». En effet, ils nous demandent de déclarer les dispositions d’une cinquantaine de lois fédérales, qui définissent des droits et obligations en fonction de la qualité de conjoint, contraires au paragraphe 15(1) de la Charte (mémoire de l’intimée, Annexe C, aux pages 34 et 35). En conséquence, dans tous les cas où un bénéfice est fondé sur la qualité de conjoint, l’analyse juridique devrait porter sur le caractère raisonnable de la loi contestée au regard de l’article premier de la Charte. Il est hors de doute que pareil résultat est à l’opposé du raisonnement tenu dans *Andrews*.

En second lieu et comme corollaire de ce qui précède, ce critère a pour effet d’ignorer le contenu de la loi contestée et, partant, le raisonnement tenu par la Cour suprême dans *Andrews*. Par comparaison,

parison, Madam Justice Wilson in *Turpin, supra*, was concerned with the possibility that a determination regarding discrimination based on an unenumerated ground would be based exclusively on an analysis of the impugned legislation. The appellants are asking that the pendulum be moved to the other extreme. Finally, the interpretation of the adverse impact test being offered brings into play the distinct possibility that an inequality between the disadvantaged group and those also excluded by the legislation will be sanctioned.

I turn now to the alternative approach.

(e) The Concrete Test

Arguably, the disadvantage experienced by Captain Birch (see *Haig, supra*, involving constructive dismissal from employment on the ground of sexual orientation) may be said to represent the extreme and, therefore, should not be viewed as establishing the threshold test to be met in all cases. The issue we must face is whether the impact of the impugned legislation can in any reasonable sense meet the test contemplated in *Andrews*. That assessment cannot be made without first examining the reasons underlying Parliament's decision to establish the spouse's allowance program.

I should emphasize that it is not my purpose to engage in a section 1 Charter analysis as to the reasonableness of the legislation. In my view, what we are trying to fathom is whether the Act has a more burdensome impact on same-sex couples having proper regard to the objects of the legislation under consideration.

The Trial judgment offers a concise introduction to the legislative scheme (at page 692):

Provision for the allowance was first enacted by Parliament in 1975 [S.C. 1974-75-76, c. 58]. At that time Parliament addressed the problem frequently faced by aging married couples who found themselves in the position in which one spouse, generally the husband, who was usually the breadwinner in the family unit and who was usually older than his spouse, retired at age 65. The problem was caused by the fact that his wife, who frequently had been the unpaid homemaker, had no income and would not be eligible for the old age pension for a few years, being younger than her retired husband. The unfortunate result was that the income of the two-spouse

Madame le juge Wilson s'est inquiétée dans *Turpin, supra*, de la possibilité qu'une décision en matière de discrimination pour un motif non énuméré soit exclusivement fondée sur une analyse de la loi contestée. Les appelants demandent maintenant qu'on renvoie le pendule à l'autre extrême. Enfin, l'interprétation proposée du critère de l'effet défavorable débouche sur une forte possibilité de consécration judiciaire d'une inégalité entre le groupe défavorisé et ceux qui sont aussi exclus par la loi.

J'en viens maintenant à la méthode opposée.

e) Le critère concret

On peut soutenir que le désavantage subi par le capitaine Birch (voir *Haig, supra*, libération assimilée au renvoi pour cause de tendances sexuelles) représente un cas extrême et ne devrait donc pas définir le critère minimum auquel il faut satisfaire dans tous les cas. La question que nous devons résoudre est de savoir si l'effet de la loi contestée peut raisonnablement satisfaire au critère défini par *Andrews*. On ne peut procéder à cette analyse sans examiner au préalable les motifs qui ont présidé à la décision du législateur d'instituer le programme de l'allocation de conjoint.

Je dois souligner qu'il n'est pas dans mes intentions de me livrer à une analyse du caractère raisonnable de la loi en cause au regard de l'article premier de la Charte. Ce que nous essayons de vérifier, à mon avis, c'est si, eu égard à son but, la Loi impose un fardeau plus lourd aux couples homosexuels.

Le juge de première instance donne un aperçu concis du régime établi par la loi (à la page 692):

Cette allocation a vu le jour par un texte de loi fédéral en 1975 [S.C. 1974-75-76, chap. 58]. À l'époque, le législateur a voulu s'attaquer au problème auquel étaient souvent en proie les couples mariés vieillissants et dont l'un des conjoints, généralement le mari, qui habituellement était le soutien de la famille et était plus âgé que sa femme, prenait sa retraite à l'âge de 65 ans. Le problème tenait à ce que son épouse, qui dans la plupart des cas s'était occupée du ménage, n'avait aucun revenu et n'était pas admissible à la pension de sécurité de la vieillesse pendant quelques années encore, puisqu'elle était plus jeune que son mari retraité. Le triste résultat en était

family unit dropped drastically until the wife reached 65 years of age and became eligible for the old age pension.

que le revenu de la famille se trouvait considérablement réduit jusqu'à ce que la femme atteignît 65 ans et devînt admissible à la pension de sécurité de la vieillesse.

The objective of the spouse's allowance program was elaborated on by the then Minister of National Health and Welfare, the Honourable Marc Lalonde, who made it clear that this target class of married elderly and near-elderly women, who had jeopardized their own earning potential in order to raise a family, is but one part of the larger class of needy elderly and near-elderly. The spouse's allowance program was never intended to address, by itself, the needs of all elderly and near-elderly persons.³⁸ During the second reading of the 1979 amendment to the *Old Age Security Act* [Bill C-6 (*An Act to amend the Old Age Security Act*, S.C. 1979, c. 4)], the Honourable Flora MacDonald remarked (see Trial judgment at page 692):

^a L'objectif du programme de l'allocation de conjoint a été expliqué en détail par le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de l'époque, l'honorable Marc Lalonde, qui a souligné que cette catégorie cible de femmes mariées âgées qui avaient sacrifié leurs propres possibilités d'emploi pour élever une famille, n'était qu'une composante d'une catégorie plus large de personnes âgées nécessiteuses. ^b Le programme de l'allocation de conjoint n'a jamais visé à pourvoir seul aux besoins de toutes les personnes âgées³⁸. ^c Au cours de la deuxième lecture du texte modificatif de 1979 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* [P.L. C-6 (*Loi modifiant la Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.C. 1979, ch. 4)], l'honorable Flora MacDonald a fait cette déclaration (voir ^d le jugement de première instance, à la page 692):

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 became the victims of a society which has not yet come to terms with equality in the work place. [*House of Commons Debate*, October 22, 1979, at p. 476].

^e D'après les statistiques, la femme est la 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*, 22 octobre 1979, à la p. 476] ^f

Against this backdrop can it be said that the legislative scheme has a disproportionate or more burdensome effect on same-sex couples? I think not. Before us is a case in which a benefit has been conferred on a narrow class of persons who can be readily identified and who are in financial need because of a pattern of financial interdependency, characteristic of heterosexual couples, and which cannot in any reasonable way be deemed relevant to same-sex couples or, for that matter, other non-spousal relationships. Moreover, while it might have been argued that the impugned legislation has a more burdensome impact on same-sex couples because it denies a benefit to an economically disadvantaged group *per se*, the appellants led no evidence on this point. In any event, I suspect that such a characterization would be found inapt. It is widely recognized that gay men and lesbi-

^g Peut-on, dans ce contexte, dire que le régime mis en place par la loi impose un fardeau disproportionné ou plus lourd aux couples homosexuels? Je ne le pense pas. En l'espèce, un bénéfice est accordé à une catégorie limitée de gens qui peuvent être facilement identifiés et qui sont dans le besoin en raison d'une vie d'interdépendance financière, qui est la caractéristique des couples hétérosexuels et qui ne peut raisonnablement être réputée celle des couples homosexuels ou, en fait, des autres relations non conjugales. Qui plus est, à supposer qu'on puisse soutenir que la loi contestée impose un fardeau plus ^h lourd aux couples homosexuels du fait qu'elle refuse un avantage à un groupe économiquement faible en soi, les appelants n'ont produit aucun témoignage ou ⁱ preuve à ce sujet. Quoi qu'il en soit, je pense que pareille caractérisation serait jugée non fondée. Il est

³⁸ *House of Commons Debates*, June 6, 1975, at pp. 6542-6543.

³⁸ *Débats de la Chambre des communes*, 6 juin 1975, aux p. 6542 et 6543.

ans “are found in all geographical areas, social classes, education levels, races, and religions.”³⁹

Can it be said that the restricted scope of the spouse’s allowance program has the effect of perpetuating or reinforcing homophobic views, or of inflicting emotional or psychological harm on same-sex couples, as was contemplated in *Knodel, supra*? Or does the real objection lie in the restricted definition of “spouse” found throughout provincial and federal statutes of which section 2 of the Act is but an example? If the latter question reflects the true source of the controversy then in reality we are confronted with an indirect challenge to the common law and statutory concept of marriage, as reflected in the definition of spouse prescribed by the Act. In my opinion, this is the case before us.

I hasten to add that this appeal does not turn on whether same-sex couples should be legally recognized or whether otherwise qualified same-sex couples should be entitled to benefits available to opposite-sex ones. Undoubtedly, there are those whose expectations exceed the jurisdiction of this Court because they continue to perceive the issue in terms of whether we are prepared to recognize that same-sex couples are no different than opposite-sex ones; that is to say the former deserve equal dignity and therefore equal treatment with the latter. But once again that is not an issue which this Court can address.

In the instant case, it is clear that this Court must limit its inquiry to determining whether the appellants’ equality guarantee under section 15 of the Charter was breached. That inquiry is not to be conducted in a factual vacuum. It is necessarily confined

³⁹ “Development in the Law—Sexual Orientation and the Law” (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1509, at p. 1511, note 1. See also *Brown v. British Columbia (Minister of Health), supra*, where it was found that the majority of gay men did not qualify for social assistance payments and therefore unable to obtain an exemption from paying a portion of the cost of the drug AZT.

universellement reconnu que les gais et les lesbiennes [TRADUCTION] «se trouvent dans toutes les régions géographiques, toutes les couches sociales, tous les niveaux d’instruction, toutes les races et toutes les religions»³⁹.

Peut-on dire que le champ d’application restreint du programme de l’allocation de conjoint a pour effet de perpétuer ou de renforcer les vues homophobes, ou de causer un préjudice affectif ou psychologique aux couples homosexuels, comme la question s’est posée dans *Knodel, supra*? Ou la véritable contestation vise-t-elle la définition restrictive de «conjoint» qu’on trouve dans toutes les lois provinciales et fédérales, dont l’article 2 de la Loi n’est qu’un exemple? Si cette dernière question trahit le sens véritable du litige, cela veut dire qu’en réalité nous sommes en présence d’une contestation indirecte de la conception du mariage de la common law et de la loi écrite, telle qu’elle s’exprime par la définition de conjoint dans la Loi. À mon avis, tel est le sens de l’affaire en instance.

Je m’empresse d’ajouter que cet appel ne porte pas sur la question de savoir s’il faut reconnaître légalement les couples homosexuels ou si ces couples, qualifiés à tous autres égards, doivent être admissibles aux bénéfices réservés aux couples hétérosexuels. Sans aucun doute, il y a des gens dont les attentes échappent à la compétence de la Cour parce qu’à leurs yeux, il s’agit toujours de savoir si nous sommes disposés à reconnaître que les couples homosexuels ne sont nullement différents des couples hétérosexuels, c’est-à-dire s’ils ont droit à la même dignité et au même traitement que ces derniers. Mais il s’agit là encore d’une question que la Cour ne peut résoudre.

En l’espèce, il est clair que la Cour doit limiter son examen à la question de savoir s’il y a eu violation de l’égalité que garantit l’article 15 de la Charte aux appelants. Cet examen ne doit pas se faire dans le vide. Il est par la force des choses limité à la question

³⁹ «Development in the Law—Sexual Orientation and the Law» (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1509, à la p. 1511 note 1. Voir aussi *Brown v. British Columbia (Minister of Health), supra*, où il été jugé que la majorité des gais n’étaient pas admissibles à l’assistance sociale, donc qu’ils n’avaient pas droit à la subvention du médicament AZT.

to the question of entitlement under the spouse's allowance program and in accordance with the law stated in *Andrews v. Law Society of British Columbia*.

In my opinion, the denial of the spouse's allowance does not cross the line from "distinction" to "discrimination". The adverse impact test articulated in *Andrews* cannot be unilaterally reformulated by this Court, nor can the applicability of the similarly situated test and the "irrelevancy" criterion be conveniently forgotten. In the words of the Trial Judge: "the [appellants] do not benefit because of their non-spousal status rather than because of their sexual orientation" (at page 704). I agree. In this regard, this case shares much in common with those which have preceded it.⁴⁰ What we are confronted with is an indirect challenge to the common law and statutory concept of marriage. A direct challenge to that legal concept (spousal status) and the discrimination model outlined in *Andrews* would bring the issue to a head.⁴¹

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal. Given the unique history of this litigation, which I need not detail, I have every confidence that the respondent will not pursue the costs to which she is entitled.

de l'admissibilité au bénéficiaire du programme de l'allocation de conjoint, conformément à la règle de droit établie par la jurisprudence *Andrews c. Law Society of British Columbia*.

^a À mon avis, le refus d'accorder l'allocation de conjoint ne franchit pas la ligne de démarcation entre «distinction» et «discrimination». Cette Cour ne saurait modifier unilatéralement le critère de l'effet défavorable qu'a défini l'arrêt *Andrews*; elle ne peut pas non plus écarter l'applicabilité du critère de la situation analogue et celui de la différence «non pertinente». Pour reprendre la conclusion du juge de première instance, «[les appelants] ne peuvent . . . bénéficier en raison de leur statut de non-conjoints, et non pas à cause de leurs tendances sexuelles» (à la page 704). Je partage cette conclusion. À cet égard, l'affaire en instance a beaucoup de choses en commun avec celles qui l'ont précédée⁴⁰. Ce dont nous sommes saisis en l'espèce, c'est une contestation indirecte de la conception du mariage de la common law et de la loi écrite. Une contestation directe de ce concept juridique (l'état de personne mariée) et le modèle de discrimination évoqué dans *Andrews* permettraient de résoudre la question une fois pour toutes⁴¹.

^f Par ces motifs, je me prononce pour le rejet de l'appel. Étant donné l'histoire unique de cette affaire, qu'il n'est pas nécessaire de rappeler en détail, j'ai confiance que l'intimée ne demandera pas les dépens auxquels elle a droit.

⁴⁰ See *Andrews v. Ontario (Minister of Health)*, *supra*; *Knodel*, *supra*; *Leshner*, *supra*; and *Vogel*, *supra*.

⁴¹ See *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, *supra*, which held by a majority that the common law limitations of marriage to persons of the opposite sex does not constitute discrimination contrary to s. 15 of the Charter.

⁴⁰ Voir *Andrews v. Ontario (Minister of Health)*, *supra*; *Knodel*, *supra*; *Leshner*, *supra*; et *Vogel*, *supra*.

⁴¹ Voir *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, *supra*, où il a été jugé à la majorité que la limitation en common law du mariage aux personnes de sexe opposé ne constitue pas une discrimination au regard de l'art. 15 de la Charte.