

T-2345-86

T-2345-86

**Shalom Schachter (Plaintiff)**

v.

**The Queen and Canada Employment and Immigration Commission (Defendants)**

and

**Women's Legal Education and Action Fund (Intervenor)**

INDEXED AS: SCHACHTER v. CANADA

Trial Division, Strayer J.—Toronto, April 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20; Ottawa, June 7, 1988.

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Unemployment insurance — Applicable test under Charter s. 15(1) — Whether sufficient to establish effect of statutory provision pejorative, negative and not trivial or whether necessary to establish distinction imposed by law unreasonable or unfair — Both tests met herein — Discriminatory for natural parents of newborn children not to have same right to benefits as adoptive parents under Unemployment Insurance Act s. 32.*

*Unemployment insurance — Discriminatory and contrary to Charter s. 15 for natural parents of newborn children not to have same right to benefits as adoptive parents under Unemployment Insurance Act s. 32 — Act s. 30 relates to childbearing while Act s. 32 relates to child rearing — Natural mother should not be precluded from entitlement to child care benefits by reason of having received pregnancy benefits within same benefit period.*

The plaintiff's wife gave birth to a baby on July 28, 1985 and received maternity benefits from July 21 to November 1, 1985. The plaintiff took three weeks of leave without pay following the birth and on August 2, 1985, he applied for unemployment benefits under sections 30 (maternity benefits) and 32 (adoption benefits) of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. His application was denied and he appealed, first to a Board of Referees and then to an Umpire, invoking the equality rights guaranteed by section 15 of the Charter. The Board dismissed the appeal and the Chief Umpire suggested that the issue should go before the Federal Court.

This is an action for a declaration, in various forms, to the effect that unemployment insurance benefits should be payable to the natural fathers of newly-born children in respect of time taken off work by fathers to look after such children after their arrival at home, on the same basis as such benefits are now payable to adoptive parents under section 32 of the Act. One alternative form of relief seeks a declaration which would ensure that such entitlement would not affect existing maternity benefits under section 30 and another would involve a

**Shalom Schachter (demandeur)**

c.

a

**La Reine et Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada (défenderesses)**

et

b

**Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (intervenant)**

RÉPERTORIÉ: SCHACHTER c. CANADA

c

Division de première instance, juge Strayer—  
Toronto, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20; Ottawa, 7 juin 1988.

d

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Assurance-chômage — Critère applicable sous le régime de l'art. 15(1) de la Charte — Est-il suffisant d'établir que la conséquence d'une disposition législative est péjorative, négative et n'est pas insignifiante ou est-il nécessaire d'établir que la distinction imposée par la loi est abusive ou injuste? — En l'espèce, ces deux critères sont remplis — Discrimination à l'égard des parents naturels de nouveau-nés puisqu'ils n'ont pas droit à des prestations au même titre que les parents adoptifs sous le régime de l'art. 32 de la Loi sur l'assurance-chômage.*

e

*Assurance-chômage — Il est discriminatoire et contraire à l'art. 15 de la Charte de ne pas accorder aux parents naturels de nouveau-nés le droit à des prestations dont bénéficient les parents adoptifs sous le régime de l'art. 32 de la Loi sur l'assurance-chômage — L'art. 30 porte sur la maternité alors que l'art. 32 de la Loi sur la Loi sur le soin des enfants — On ne devrait pas priver la mère naturelle du droit aux prestations pour le soin des enfants parce qu'elle a reçu des prestations de grossesse au cours de la même période de prestations.*

g

L'épouse du demandeur a donné naissance à un bébé le 28 juillet 1985, et elle a reçu des prestations de maternité du 21 juillet au 1<sup>er</sup> novembre 1985. Le demandeur a pris trois semaines de congé sans rémunération à la suite de la naissance, et le 2 août 1985, il a demandé des prestations d'assurance-chômage en vertu de l'article 30 (prestations de maternité) et de l'article 32 (prestations d'adoption) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Sa demande a été rejetée, et il a fait appel tout d'abord devant un conseil arbitral, puis devant un juge-arbitre, invoquant les droits à l'égalité garantis par l'article 15 de la Charte. Le Conseil a rejeté l'appel, et le juge-arbitre en chef a suggéré de porter l'action devant la Cour fédérale.

i

Il s'agit d'une action en jugement déclaratoire, sous diverses formes, portant que des prestations d'assurance-chômage devraient être payables aux pères naturels de nouveau-nés à l'égard du congé qu'ils ont pris pour s'occuper de ces enfants après leur arrivée à la maison, tout comme ces prestations sont maintenant payables aux parents adoptifs en vertu de l'article 32 de la Loi. Une forme subsidiaire du jugement sollicité prévoirait que ce droit n'affecte en rien les prestations de maternité existantes prévues à l'article 30, et une autre prévoi-

j

sharing between the natural parents of benefits equivalent to those provided for adoptive parents under section 32. The plaintiff also seeks an order that he is entitled to benefits with respect to time spent by him with his newborn child in 1985.

*Held*, there should issue a declaration that the natural father or mother of a newborn child should be entitled to benefits under the Act on the same terms as adoptive parents, it being specified that the natural mother should not be precluded from entitlement to child care benefits by reason of having received pregnancy benefits within the same benefit period. The plaintiff's claim is referred back to the Commission for determination on the basis that if the plaintiff otherwise meets the requirements of the Act, he is entitled to benefits.

The issue of whether the validity of the distinction between adoptive and natural parents should be tested under section 15 or section 1 of the Charter—a determination with important practical and conceptual implications—does not arise herein as the defendants have not invoked section 1.

The plaintiff has the necessary standing. He has a direct personal interest and followed the proper procedure. The decision not to continue the umpire appeal was completely justified. Where important constitutional issues are to be determined, an action in this Court, with all its procedural means for defining and elaborating the facts and legal issues, is much to be preferred to an informal summary proceeding before an umpire.

The first test to be applied under section 15 is whether the legislature has used an impermissible categorization in its differential application of the law, so as in effect to treat persons who are similarly situated in a dissimilar fashion. The applicable factors to so determine are those recognized by the Federal Court of Appeal in *Smith, Kline & French Laboratories Ltd.* Once "inequality" is found, it must be considered whether this amounts to discrimination. Some courts—such as the Federal Court of Appeal in *Smith, Kline & French Laboratories Ltd.*—have applied a minimalist test for discrimination: they are prepared to find that discrimination is established if the effect is "pejorative", if it is negative and not trivial. Other courts—such as the British Columbia Court of Appeal in *Andrews v. Law Soc.*—hold that to establish discrimination, a party must demonstrate that the distinction imposed by law is "unreasonable or unfair". In the present case, the plaintiff has met the more rigorous requirements of the *Andrews* case.

There are distinctly different benefits available to adoptive parents on one hand and natural parents on the other. Section 32 provides benefits for up to fifteen weeks to one or the other of the eligible adoptive parents to stay home following the placement of a child in their home. Section 30 allows no option for the natural father to use or share such benefits to stay home to care for his newborn infant, and section 32.1 does so only in extraordinary situations. The mother may use some of her maternity benefits for child care after her confinement but the criteria and conditions of benefits under section 30 are substantially different from those of section 32. Section 30 is based on

rait un partage entre les parents naturels de prestations équivalentes aux prestations visées à l'article 32 pour les parents adoptifs. Le demandeur conclut également à une ordonnance portant qu'il a droit à des prestations pour le temps qu'il a consacré à son nouveau-né en 1985.

*a Jugement:* il devrait être rendu un jugement déclaratoire portant que le père naturel ou la mère naturelle d'un nouveau-né devrait avoir droit à des prestations sous le régime de la Loi, tout comme les parents adoptifs y ont droit, et précisant qu'on ne devrait pas priver la mère naturelle du droit aux prestations pour le soin des enfants parce qu'elle a reçu des prestations de grossesse dans la même période de prestations. L'action du demandeur est renvoyée à la Commission pour qu'elle décide en tenant pour acquis que si le demandeur satisfait, à d'autres égards, aux exigences de la Loi, il a droit à des prestations.

*c* La question de savoir si la validité de la distinction entre les parents adoptifs et les parents naturels devrait être examinée sous le régime de l'article 15 ou de l'article 1 de la Charte, une décision ayant des conséquences pratiques et conceptuelles importantes, ne se pose pas en l'espèce puisque les défendeurs n'ont pas invoqué l'article 1.

*d* Le demandeur a la qualité nécessaire pour agir. Il a un intérêt personnel direct et il a suivi la procédure appropriée. La décision de ne pas continuer l'appel devant le juge-arbitre était bien justifiée. Lorsqu'il faut trancher des questions constitutionnelles importantes, une action devant cette Cour avec tous ses moyens procéduraux pour la détermination des faits et des questions juridiques est de beaucoup préférable à une procédure sommaire informelle devant un juge-arbitre.

Le premier critère à appliquer sous le régime de l'article 15 consiste à savoir si la législature a recouru à une catégorisation interdite dans son application inégale de la loi afin de traiter de façon différente des personnes qui se trouvent dans la même situation. Les facteurs applicables permettant une telle détermination sont ceux reconnus par la Cour d'appel fédéral dans l'arrêt *Smith, Kline & French Laboratories Ltd.* Une fois l'existence d'une «inégalité» établie, il faut examiner si cette inégalité équivaut à une discrimination. Certaines cours, telles la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Smith, Kline & French Laboratories Ltd.*, ont appliqué un critère minimaliste de discrimination: elles sont disposées à conclure que la discrimination est établie si la conséquence est «pejorative», si elle est négative et si elle n'est pas insignifiante. D'autres cours, telles la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Andrews v. Law Soc.*, ont statué que pour établir la discrimination, il faut prouver que la distinction imposée par la loi est «abusives ou injuste». En l'espèce, le demandeur a rempli les exigences plus rigoureuses énoncées dans l'arrêt *Andrews*.

Il existe des prestations nettement différentes pour les parents adoptifs d'une part et pour les parents naturels d'autre part. L'article 32 prévoit jusqu'à quinze semaines de prestations pour que l'un ou l'autre des parents adoptifs admissibles reste à la maison à la suite du placement d'un enfant dans leur foyer. L'article 30 n'accorde pas au père naturel le choix d'utiliser ou de partager ces prestations aux fins de lui permettre de rester à la maison pour s'occuper du nouveau-né, et l'article 32.1 ne le fait que dans des situations exceptionnelles. La mère peut utiliser une partie de ses prestations de maternité pour le soin des enfants après son accouchement, mais les critères et les

the assumption that upon the birth of a baby, the natural mother is the natural and inevitable care-giver and that the father is the natural breadwinner. Thus section 30 does not give the natural parents the opportunity and choice afforded to adoptive parents by section 32 of letting the father be the principal care-giver and the mother return to work. This is discrimination based on sex within the meaning of subsection 15(1) of the Charter. It has its roots in sexual stereotyping of the respective roles of the father and mother generally, and specifically in relation to their natural newborn child.

It also appears from the evidence, taken with the wording of section 32, that the purpose and effect of that section is based on the social importance of parents being able to spend time at home with an adopted pre-school child, without regard to the sex of the parent claiming benefits. Such a rationale would equally apply to care-giving by natural parents in respect of their newborn child. Since there is no provision to that effect, there is an inequality of benefits. Furthermore, internationally adopted objectives and obligations reinforce the view that Canadian society is committed to equalizing the role of parents in the care of children as much as possible.

This inequality amounts to discrimination, whether applying the minimalist test adopted in *Smith, Kline & French Laboratories Ltd.* or the more onerous test used in the *Andrews* case. The distinctions cannot be explained by natural differences among the classes of people involved and work to the substantial disadvantage of those denied child-care benefits. Nor can the denial of benefits to natural parents under section 32 be considered offset by the maternity benefits available to the natural mother under section 30. This provision is structured to benefit pregnant women only, for childbearing and post-natal recovery. The failure to make benefits available to one group and not the other is unreasonable and unfair.

It would not be "appropriate and just in the circumstances" to resolve the issue by striking section 32, thereby depriving those persons qualified under section 32 of their benefits. It is preferable to declare that natural parents should have the same advantages as adoptive parents, subject to the same conditions.

Under Rule 341A, the present judgment is suspended in anticipation that in the interim, necessary consideration will be given to appropriate legislative action should an appeal be taken and not succeed. Benefits will therefore continue to be paid as now provided under the Act.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 59.2 (as added by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 17, s. 16; 1984, c. 39, s. 6).

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 15, 24(1).

*Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, s. 5.

conditions applicables aux prestations sous le régime de l'article 30 diffèrent substantiellement de ceux de l'article 32. L'article 30 repose sur l'idée que, à la naissance d'un bébé, la mère naturelle est naturellement et inéluctablement celle qui s'occupe de lui, et que le père naturel est le soutien naturel.

*a* L'article 30 ne donne donc pas aux parents naturels la possibilité et le choix qu'accorde aux parents adoptifs l'article 32 de laisser le père s'occuper principalement de l'enfant pour que la mère retourne au travail. Il s'agit là d'une discrimination fondée sur le sexe au sens du paragraphe 15(1) de la Charte. Elle est fondée sur le stéréotype sexuel des rôles respectifs du

*b* père et de la mère en général, et particulièrement en ce qui concerne leur nouveau-né naturel.

Il ressort également de la preuve, prise en corrélation avec le texte de l'article 32, que le but et l'effet de cet article recherchent leur justification dans l'importance que la société attache à la possibilité pour les parents de rester à la maison avec un enfant d'âge préscolaire, sans tenir compte du sexe du parent qui demande des prestations. Ce raisonnement s'appliquerait également au soin donné par les parents naturels à leur nouveau-né. Puisqu'il n'existe aucune disposition à cet égard, il y a inégalité dans les prestations. De plus, des objectifs et des obligations à l'échelle internationale renforcent l'idée que la société canadienne s'engage à égaliser autant que possible le rôle des parents dans le soin des enfants.

Cette inégalité équivaut à une discrimination, que l'on applique le critère minimaliste adopté dans l'affaire *Smith, Kline & French Laboratories Ltd.* ou le critère plus exigeant dégagé dans la décision *Andrews*. Ces distinctions ne sauraient s'expliquer par des différences naturelles qui touchent les catégories de gens en cause, et elles désavantagent substantiellement ceux à qui on refuse des prestations pour le soin des enfants. Les prestations qu'on refuse aux parents naturels sous le régime de l'article 32 ne peuvent pas non plus être compensées par les prestations de maternité dont bénéficie la mère naturelle sous le régime de l'article 30. Cette disposition est conçue de manière à avantager les femmes enceintes, et elles seules, pour la maternité et le rétablissement post-natal. Il est déraisonnable et injuste d'accorder des prestations à un groupe et non à l'autre.

Il ne serait pas «convenable et juste», eu égard aux circonstances, de résoudre la question en radiant l'article 32, privant ainsi les bénéficiaires visés à l'article 32 de leurs prestations. Il est préférable de déclarer que les parents naturels devraient avoir les mêmes avantages que ceux dont bénéficient les parents adoptifs, sous réserve des mêmes conditions.

En vertu de la Règle 341A, le présent jugement est suspendu dans l'espoir que, entre-temps, une mesure législative appropriée sera nécessairement envisagée si un appel était formé et rejeté. Les prestations prévues actuellement par la loi continueront d'être versées.

#### 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, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 15, 24(1).

*Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 59.2 (ajouté par S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 17, art. 16; 1984, chap. 39, art. 6).

*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Dec. 18, 1979, [1982] Can. T.S. No. 31, Preamble, Art. 11(2)(c).

*Declaration on the Elimination of Discrimination against Women*, G.A. Res. 2263, 22 U.N. GAOR (1967), Art. 6(2)(c).

*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 341A (as added by SOR/79-57, s. 8).

*The Employment Standards Act*, C.C.S.M., c. E110, ss. 34.2, 34.3.

*The Labour Standards Act*, R.S.S. 1978, c. L-1, ss. 23, 29.1, 29.2 (as am. by S.S. 1979-80, c. 84, s. 8).

*Unemployment Insurance Act*, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, ss. 22(3) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 3; 1988, c. 8, s. 2), 25, 30 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 4), 32 (as am. *idem*, s. 5), 32.1 (as added by S.C. 1988, c. 8, s. 3).

*Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, [1982] R.T. Can. n° 31, Préambule, Art. 11(2)c).

*Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, G.A. Res. 2263, 22 U.N. GAOR (1967), Art. 6(2)c).

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 5.

*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 22(3) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 150, art. 3; 1988, chap. 8, art. 2), 25, 30 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 150, art. 4), 32 (mod. *idem*, art. 5), 32.1 (ajouté par S.C. 1988, chap. 8, art. 3).

*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28.

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règle 341A (ajouté par DORS/79-57, art. 8).

*The Employment Standards Act*, C.C.S.M., chap. E110, art. 34.2, 34.3.

*The Labour Standards Act*, R.S.S. 1978, chap. L-1, art. 23, 29.1, 29.2 (mod. par S.S. 1979-80, chap. 84, art. 8).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359 (C.A.); *Califano v. Westcott*, 443 U.S. 76 (1979).

##### CONSIDERED:

*Andrews v. Law Soc. of B.C.* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 305 (C.A.); *McKinney v. University of Guelph et al.* (1988), 24 O.A.C. 241, leave to appeal granted [1988] 1 S.C.R. xi.

##### REFERRED TO:

*R. v. Ertel* (1987), 20 O.A.C. 257; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Headley v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, [1987] 2 F.C. 235 (C.A.); *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Hoogbruin v. A.G.B.C.* (1985), 70 B.C.L.R. 1 (C.A.); *Attorney-General of Nova Scotia et al. v. Phillips* (1986), 34 D.L.R. (4th) 633 (N.S.C.A.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Taylor v. Canada*, T-2861-86, Strayer J., judgment dated 7/6/88, F.C.T.D., not yet reported.

#### AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. Sub-committee on Equality Rights. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 29 (Boyer Report) (1st Sess., 33rd Parl., 1984-85).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359 (C.A.); *Califano v. Westcott*, 433 U.S. 76 (1979).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Andrews v. Law Soc. of B.C.* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 305 (C.A.); *McKinney v. University of Guelph et al.* (1988), 24 O.A.C. 241, autorisation d'appel accordée [1988] 1 R.C.S. xi.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*R. v. Ertel* (1987), 20 O.A.C. 257; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Headley c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 2 C.F. 235 (C.A.); *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Hoogbruin v. A.G.B.C.* (1985), 70 B.C.L.R. 1 (C.A.); *Attorney-General of Nova Scotia et al. v. Phillips* (1986), 34 D.L.R. (4th) 633 (C.A.N.-É.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Taylor c. Canada*, T-2861-86, juge Strayer, jugement en date du 7-6-88, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédit.

#### DOCTRINE

Canada, Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. Sous-comité sur les droits à l'égalité. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 29 (Rapport Boyer) (1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> législ., 1984-85).

Canada. *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada*. Ottawa: Information Canada, 1970.

Canada. *Report of the Commission of Inquiry on Unemployment Insurance* (Forget Report). Ottawa: Minister of Supply and Services, 1986. <sup>a</sup>

Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*. Ottawa: Information Canada, 1970.

Canada. *Rapport de la Commission d'enquête sur l'assurance-chômage* (Rapport Forget). Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1986.

## COUNSEL:

*B. G. Morgan and D. Aleck Dadson* for plaintiff. <sup>b</sup>

*Roslyn J. Levine and Y. Côté* for defendants.

*Mary Eberts and Edward J. Babin* for intervenor. <sup>c</sup>

## AVOCATS:

*B. G. Morgan et D. Aleck Dadson* pour le demandeur.

*Roslyn J. Levine et Y. Côté* pour les défenderesses.

*Mary Eberts et Edward J. Babin* pour l'intervenant.

## SOLICITORS:

*Osler, Hoskin & Harcourt*, Toronto, for plaintiff. <sup>d</sup>

*Deputy Attorney General of Canada* for defendants.

*Tory, Tory, Deslauriers & Binnington*, Toronto, for intervenor. <sup>e</sup>

## PROCUREURS:

*Osler, Hoskin & Harcourt*, Toronto, pour le demandeur.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défenderesses.

*Tory, Tory, Deslauriers & Binnington*, Toronto, pour l'intervenant.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

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

Introduction

STRAYER J.: This is an action for a declaration, in various alternative forms, to the effect that benefits should be payable under the *Unemployment Insurance Act, 1971*<sup>1</sup> to the natural fathers of newly-born infant-children in respect of time taken off work by fathers to look after such children after their arrival at home, on the same basis as such benefits are now payable to adoptive parents under section 32 of the Act [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5]. Some suggested alternative forms of a declaration would expressly ensure that such entitlement would not affect existing maternity benefits for the natural mother under section 30 of the Act [as am. *idem*, s. 4], while one would involve a sharing between the

Introduction

LE JUGE STRAYER: Il s'agit d'une action en jugement déclaratoire, sous diverses formes subsidiaires, portant que des prestations devraient être payables sous le régime de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*<sup>1</sup> aux pères naturels de nouveau-nés à l'égard du congé qu'ils ont pris pour s'occuper de ces enfants après leur arrivée à la maison, tout comme ces prestations sont maintenant payables aux parents adoptifs en vertu de l'article 32 de la Loi [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 150, art. 5]. Certaines formes subsidiaires proposées du jugement sollicité prévoiraient expressément que ce droit n'affecte en rien les prestations de maternité existantes prévues pour la mère naturelle à l'article 30 de la Loi [mod. *idem*,

<sup>1</sup> S.C. 1970-71-72, c. 48.

<sup>1</sup> S.C. 1970-71-72, chap. 48.

natural parents of benefits equivalent to section 32 benefits provided for adoptive parents.

The plaintiff also seeks an order that he is entitled to benefits with respect to time so spent by him with his newly-born infant child in 1985.

These pleas are based on section 15 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.)]. The statement of claim also asks for a declaration that the refusal of the Commission to pay the plaintiff such benefits is a discriminatory practice contrary to section 5 of the *Canadian Human Rights Act*.<sup>2</sup> This request was abandoned at trial.

This case was tried consecutively with that of *Taylor v. Canada*, number T-2861-86 and the evidence in this case was applied, by agreement, to the *Taylor* case. The substantive issues are essentially the same and I will deal with the *Taylor* case in only brief separate reasons.

By orders of Joyal J. of June 30, 1987, the Women's Legal Education and Action Fund was given leave to intervene in these actions and to exercise all the rights of a party. Through its counsel it played a very helpful role during these proceedings.

### Statutory Background

It will be useful first to set out the principal current statutory provisions and their history.

The provision of the *Unemployment Insurance Act, 1971* which is said to create discrimination contrary to section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is the following:

32. (1) Notwithstanding section 25 but subject to this section, initial benefit is payable to a major attachment claimant who proves that it is reasonable for that claimant to remain at home by reason of the placement with that claimant of one or more children for the purpose of adoption pursuant to the laws governing adoption in the province in which that claimant resides.

<sup>2</sup> S.C. 1976-77, c. 33.

art. 4], et l'une de ces formes prévoirait un partage entre les parents naturels de prestations équivalentes aux prestations visées à l'article 32 pour les parents adoptifs.

<sup>a</sup> Le demandeur conclut également à une ordonnance portant qu'il a droit à des prestations pour le temps qu'il a consacré à son nouveau-né en 1985.

<sup>b</sup> Ces allégations reposent sur l'article 15 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, chap. 11 (R.-U.)]. Il est également demandé dans la déclaration un jugement portant que le refus par la Commission de verser au demandeur ces prestations constitue un acte discriminatoire contrairement à l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.<sup>2</sup> Cette requête a été abandonnée au procès.

<sup>d</sup> L'espèce a été jugée consécutivement à l'affaire *Taylor c. Canada*, numéro du greffe T-2861-86, et la preuve produite en l'espèce s'appliquait, par consentement, à l'affaire *Taylor*. Les questions de fond sont essentiellement les mêmes, et je vais statuer sur l'affaire *Taylor* en prononçant des motifs distincts mais brefs.

<sup>f</sup> Par ordonnance en date du 30 juin 1987 du juge Joyal, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes a été autorisé à intervenir dans ces actions et à exercer tous les droits d'une partie. Par l'entremise de son avocat, il a joué un rôle très utile au cours des présentes procédures.

### <sup>g</sup> Contexte législatif

Il est tout d'abord utile de reproduire les principales dispositions législatives qui sont en vigueur et d'en exposer l'historique.

<sup>h</sup> Voici la disposition de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* qui, prétend-on, crée une discrimination contrairement à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

<sup>i</sup> 32. (1) Nonobstant l'article 25 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations initiales sont payables à un prestataire de la première catégorie qui fait la preuve qu'il est raisonnable pour lui de demeurer à la maison à cause du placement auprès de lui, en conformité avec les lois régissant l'adoption dans la province où il réside, d'un ou plusieurs enfants en vue de leur adoption.

<sup>2</sup> S.C. 1976-77, chap. 33.

(2) Subject to subsection 22(3), initial benefit is payable under this section for each week of unemployment in the period

(a) that begins with the week in which the child or children are actually placed with the major attachment claimant; and

(b) that ends

(i) seventeen weeks after the week in which the child or children are so placed,

(ii) with the week in which it is no longer reasonable for that claimant to remain at home for the reason referred to in subsection (1), or

(iii) with the week immediately preceding the week for which benefit is claimed and payable pursuant to another section of this Part,

whichever is the earliest.

(3) Where benefits are payable to a major attachment claimant under this section and earnings are received by that claimant for any period that falls in a week in the period described in subsection (2), the provisions of subsection 26(2) do not apply and all such earnings shall be deducted from the benefit payable for that week.

(4) Benefits shall not be paid pursuant to this section to more than one major attachment claimant in respect of a single placement of a child or children for the purpose of adoption.

(5) Where, before any benefit has been paid to a major attachment claimant in respect of a single placement of a child or children for the purpose of adoption, two insured persons with whom the child or children are placed for the purpose of adoption claim benefit under this section, no benefit shall be paid under this section until one of such claims is withdrawn.

It will be noted that while this permits benefits to a claimant of either sex upon the occasion of the placing with that claimant of a child (including, of course, infant-children) it clearly is confined to the care of adopted children. By its nature this benefit is in respect of parental care and has nothing to do with the needs of a natural mother with respect to her own pre-natal or post-natal condition or the unique care which she can give to her natural infant such as by breast-feeding.

No similar provisions are made for benefits in respect of care by natural parents of infant-children upon their reception into the home. Section 30 provides for up to fifteen weeks of benefits for a "major attachment claimant who proves her pregnancy", and such benefits may be taken by the natural mother, as she chooses, within

(2) Sous réserve du paragraphe 22(3), les prestations initiales prévues au présent article sont payables pour chaque semaine de chômage comprise dans la période qui, en retenant la première en date des semaines en question,

a) commence avec la semaine au cours de laquelle le ou les enfants sont réellement placés auprès du prestataire de la première catégorie, et

b) se termine

(i) dix-sept semaines après la semaine au cours de laquelle le ou les enfants sont placés,

(ii) avec la semaine au cours de laquelle il n'est plus raisonnable pour ce prestataire de demeurer à la maison pour la raison visée au paragraphe (1), ou

(iii) avec la semaine qui précède immédiatement la semaine où les prestations sont demandées et payables en vertu d'un autre article de la présente Partie.

(3) Lorsque des prestations doivent être versées à un prestataire de la première catégorie en vertu du présent article et que celui-ci reçoit une rémunération pour une période tombant dans une semaine comprise dans la période visée au paragraphe (2), le paragraphe 26(2) ne s'applique pas et cette rémunération doit être déduite des prestations afférentes à cette semaine.

(4) Les prestations ne doivent pas être versées en vertu du présent article à plus d'un prestataire de la première catégorie relativement à un seul placement d'un ou plusieurs enfants en vue de leur adoption.

(5) Lorsque, avant que des prestations n'aient été versées à un prestataire de la première catégorie relativement à un seul placement d'un ou plusieurs enfants en vue de leur adoption, deux assurés auprès desquels le ou les enfants sont placés pour adoption, demandent des prestations en vertu du présent article, aucune prestation ne doit être versée en vertu du présent article avant l'abandon d'une de ces demandes.

Il faut souligner que bien que cette disposition permette des prestations à un prestataire de l'un ou de l'autre sexe à l'occasion du placement auprès de celui-ci d'un enfant (y compris, bien entendu, les enfants du premier âge), ces prestations sont destinées uniquement au soin des enfants adoptés. De par leur nature, ces prestations se rapportent aux soins prodigués aux enfants par leurs parents et n'ont rien à voir avec les besoins d'une mère naturelle pour ce qui est de sa propre condition prénatale ou post-natale ou du soin unique qu'elle peut prodiguer à son enfant, comme l'allaitement maternel.

Aucune disposition semblable n'a été prise pour prévoir des prestations pour les soins que les parents naturels prodiguent aux enfants du premier âge lorsque ceux-ci arrivent à la maison. L'article 30 prévoit jusqu'à quinze semaines de prestations pour une «prestataire de première catégorie qui fait la preuve de sa grossesse», et ces

a period commencing eight weeks before the week of expected birth and up to seventeen weeks after the week of birth. This clearly excludes any benefits for the natural father of the child, and for reasons which I will elaborate later, is not in its purpose and effect primarily in respect of parental care for infant-children. Section 32.1, very recently adopted by Parliament<sup>3</sup> now provides for a natural father of a newborn child to get benefits comparable to adoptive parents, but only in very limited circumstances specified therein: that is, where it is reasonable for him to stay home by reason of the death of the mother or her disability "rendering her incapable of caring for the child". Otherwise natural fathers are not entitled to any benefits in respect of time spent by them away from work in the care of their newborn child.

Originally the *Unemployment Insurance Act, 1971* made no provision for benefits for parents with respect to work time lost by reason of maternity or child-care. This was consistent with the general purpose of that Act, which is to compensate people who lose their employment involuntarily but who are available, and looking, for work. In the report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada<sup>4</sup> it was recommended that not only should employed pregnant women be given maternity leave<sup>5</sup> but also that they should get some compensation for loss of earnings during maternity leave. After looking at various means for providing such compensation the Royal Commission recommended that this be done under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, with benefits being payable for a period of up to eighteen weeks.<sup>6</sup> The following year this recommendation was implemented in a new section 30 of the revised *Unemployment Insurance Act, 1971*. Only fifteen weeks of benefits were provided. In its original

<sup>3</sup>S.C. 1988, c. 8 [s. 3], given Royal assent on March 29, 1988, deemed to have come into force one year prior to that date.

<sup>4</sup>Information Canada, Ottawa, 1970.

<sup>5</sup>*Ibid.*, para. 284.

<sup>6</sup>*Ibid.*, paras. 286-288.

prestations peuvent être prises par la mère naturelle, si tel est son choix, dans la période qui commence huit semaines avant la semaine présumée de l'accouchement et jusqu'à concurrence de dix-sept semaines après la semaine de l'accouchement. Il est donc clair que cette disposition ne prévoit pas de prestations pour le père naturel de l'enfant et, pour les raisons que je vais aborder plus tard, elle ne vise pas principalement, ni dans son objectif ni dans ses effets, les soins prodigués aux enfants du premier âge par leurs parents. En vertu de l'article 32.1 que le Parlement a tout récemment adopté<sup>3</sup>, le père d'un nouveau-né peut maintenant avoir droit à des prestations comparables à celles des parents adoptifs, mais uniquement dans les circonstances très limitées que précise l'article: savoir lorsqu'il est raisonnable pour lui de demeurer à la maison en raison du décès de la mère ou de son incapacité «telle qu'elle ne peut prendre soin de l'enfant». Autrement, les parents naturels n'ont pas droit à des prestations pour les congés qu'ils ont pris pour s'occuper de leur nouveau-né.

Au début, la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* ne prévoyait pas de prestations pour les parents à l'égard du temps de travail perdu en raison de la maternité ou du soin des enfants, ce qui correspondait à la fin générale de cette Loi, celle d'indemniser les gens qui perdent involontairement leur emploi mais qui sont disponibles pour travailler et cherchent du travail. Dans le Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada<sup>4</sup>, on a recommandé non seulement de donner un congé de maternité<sup>5</sup> aux femmes enceintes, mais aussi de les indemniser de la perte de salaire au cours du congé de maternité. Après avoir examiné divers moyens de fournir cette compensation, la Commission royale a recommandé de recourir à la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* pour prévoir des prestations payables pour une période d'au plus dix-huit semaines<sup>6</sup>. L'année suivante, on a donné suite à cette recommandation en adoptant un nouvel article 30 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*

<sup>3</sup>S.C. 1988, chap. 8 [art. 3], qui a reçu la sanction royale le 29 mars 1988, et est censé entrer en vigueur un an avant cette date.

<sup>4</sup>Information Canada, Ottawa, 1970.

<sup>5</sup>*Ibid.*, par. 284.

<sup>6</sup>*Ibid.*, par. 286-288.

form section 30 virtually obliged a pregnant woman to take more of her maternity benefits prior to the birth of the child: she could at most collect six weeks of benefits after the week of the birth. Thus the emphasis was more clearly on maternity benefits as assisting a pregnant mother in respect of any pre-natal disabilities or conditions which might require her absence from work. Less time was thus available for post-natal recovery and infant care. This provision was amended in 1977<sup>7</sup> to allow the mother in effect to take more or all of the weeks of benefits after the birth of the child, as she chooses.

In 1982 the present section 32 of the Act was added<sup>8</sup> by allowing benefits for adoptive parents with respect to the placement of an adopted child in their home. By subsection 32(1) the claimant must show that it is reasonable that he or she remain at home for this purpose. It will be noted by subsection 32(4) that only one of the adoptive parents can collect Unemployment Insurance benefits with respect to the placement of any one child, although by subsection 32(1) there is a possibility that if one parent were already at home to look after the child but was not collecting benefits, the other parent might be able to stay home also and collect benefits if in the circumstances it were "reasonable" that he or she remain at home.

Another important provision which bears on all of these benefits is subsection 22(3) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 3; 1988, c. 8, s. 2] which now provides as follows:

22. ...

(3) Notwithstanding subsection (2), the maximum number of weeks for which initial benefit may be paid to a claimant

(a) in any benefit period for reasons of pregnancy, placement of a child or children for the purpose of adoption, death or disability of a mother of a child, death or disability of a person with whom a child was, or children were, placed for the purpose of adoption, prescribed illness, injury or quarantine or any combination thereof, or

révisée. Seulement quinze semaines de prestations étaient prévues. Dans sa forme originale, l'article 30 obligeait pratiquement une femme enceinte à prendre davantage de ses prestations de maternité avant la naissance de l'enfant: elle pouvait tout au plus recevoir six semaines de prestations après la semaine de l'accouchement. Ainsi donc, les prestations de maternité visaient plus clairement à aider une femme enceinte, que les troubles éventuels de la grossesse pouvaient rendre inapte au travail. Moins de temps pouvait donc être consacré au rétablissement de la mère et au soin des enfants après la naissance. Cette disposition a été modifiée en 1977<sup>7</sup> pour permettre à la mère de prendre, selon son choix, une plus grande partie ou la totalité des semaines de prestations après la naissance de son enfant.

En 1982, l'actuel article 32 de la Loi a été ajouté<sup>8</sup> pour prévoir des prestations pour les parents adoptifs à l'égard du placement d'un enfant adoptif dans leur foyer. En vertu du paragraphe 32(1), le prestataire doit faire la preuve qu'il est raisonnable pour lui de demeurer à la maison pour cette fin. Il faut souligner que, en vertu du paragraphe 32(4), seulement l'un des parents adoptifs peut recevoir des prestations d'assurance-chômage relativement au placement d'un enfant; cependant, selon le paragraphe 32(1), même si un parent est déjà à la maison pour s'occuper d'un enfant sans toutefois toucher des prestations, il est possible pour son conjoint de rester également à la maison et de recevoir des prestations s'il est «raisonnable» pour lui de le faire.

Une autre disposition importante qui porte sur toutes ces prestations est le paragraphe 22(3) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 150, art. 3; 1988, chap. 8, art. 2] qui est ainsi rédigé:

22. ...

(3) Nonobstant le paragraphe (2), le nombre maximum de semaines pour lesquelles des prestations initiales peuvent être servies à un prestataire

a) au cours de toute période de prestations pour une ou plusieurs des raisons suivantes, à savoir maladie, blessure ou mise en quarantaine prévue par les règlements, grossesse, placement de un ou plusieurs enfants en vue de leur adoption, décès ou incapacité de la mère d'un enfant, décès ou incapacité d'une personne auprès de laquelle un ou plusieurs enfants ont été placés en vue de leur adoption;

<sup>7</sup> S.C. 1976-77, c. 54, s. 38(1).

<sup>8</sup> S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5(1).

<sup>7</sup> S.C. 1976-77, chap. 54, art. 38(1).

<sup>8</sup> S.C. 1980-81-82-83, chap. 150, art. 5(1).

(b) in respect of a single pregnancy or a single placement of a child or children for the purpose of adoption, is fifteen.

It will be seen that no claimant can within his or her total benefit period (normally lasting fifty-two weeks) cumulatively receive more than fifteen weeks of pregnancy, adoption, child-care (where the mother is dead or disabled), or sickness, benefits. Thus for example the natural mother of an infant-child, an adoptive parent, or the natural father of a newborn child whose mother is dead or disabled, will not be entitled to a full fifteen weeks of benefits if such person has already during his or her benefit period had sickness benefits. His or her entitlement would be reduced by the number of weeks of sickness benefits already taken or be denied entirely if those sickness benefits have already amounted to fifteen weeks or more. There are further restrictions on such benefits in subsection 32.1(2) into which I need not go.

#### Background Facts

The plaintiff is married to Marcia Gilbert who was expecting their second child in the summer of 1985. She applied for maternity benefits on July 9, 1985 and a benefit period was established commencing July 7, 1985. (As I understand it, Ms. Gilbert received benefits during the period July 21 to November 1, 1985). She and the plaintiff say, and I accept, that they had hoped to share in the care of the expected child during its first few weeks and more particularly hoped that as soon as possible after the birth Ms. Gilbert could return to work and the plaintiff could stay home with the child. They preferred this arrangement in order that the plaintiff could have an equal opportunity to establish a strong and positive relationship with the child at an early stage. Further, Ms. Gilbert's employment was such that it was more difficult for her to be absent for a long period during the summer than it was for the plaintiff. It should also be noted that there was a young child at home who would of course need special attention during and after the mother's confinement.

The baby was born on July 28, 1985. The plaintiff took the following three weeks off work, without pay. On August 2, 1985 he applied for

b) relativement à une seule grossesse ou à un seul placement d'un ou plusieurs enfants en vue de leur adoption, est de quinze.

On verra qu'aucun prestataire ne peut, dans sa période de prestations (qui dure normalement cinquante-deux semaines) recevoir cumulativement plus de quinze semaines de prestations de grossesse, d'adoption, de soin des enfants (lorsque la mère est morte ou est victime d'une incapacité) ou de maladie. C'est ainsi que par exemple, la mère naturelle d'un bébé, un parent adoptif, ou le père naturel d'un nouveau-né dont la mère est morte ou est victime d'une incapacité, n'aura pas droit à la totalité des quinze semaines de prestations si cette personne a déjà, au cours de sa période de prestations, reçu des prestations de maladie. Ces dernières devront être déduites des autres prestations, qu'elles réduiront à néant si elles se chiffrent déjà à quinze semaines ou plus. On trouve au paragraphe 32.1(2) d'autres restrictions apportées à ces prestations que je n'ai pas à examiner.

#### Les faits de base

Le demandeur est l'époux de Marcia Gilbert, qui attendait leur second enfant à l'été 1985. Elle a demandé des prestations de maternité le 9 juillet 1985, et sa période de prestations a débuté le 7 juillet 1985 (si je comprends bien, Mme Gilbert a reçu des prestations au cours de la période allant du 21 juillet au 1<sup>er</sup> novembre 1985). Je veux bien croire, comme le prétendent le demandeur et son épouse, qu'ils avaient espéré partager le soin de leur enfant au cours de ses quelques premières semaines, et qu'ils espéraient plus particulièrement que, après la naissance, Mme Gilbert pourrait, dès que possible, retourner au travail, et que le demandeur pourrait rester à la maison pour s'occuper de l'enfant. Ils préféreraient cet arrangement afin de permettre au demandeur d'établir lui-aussi des rapports solides et positifs avec l'enfant dès le début. De plus, en raison de l'emploi de Mme Gilbert, il lui était plus difficile qu'à son mari de s'absenter pendant une longue période durant l'été. Il faut souligner également qu'il y avait à la maison un enfant en bas âge qui avait, bien entendu, besoin d'une attention particulière pendant et après l'accouchement de la mère.

Le bébé est né le 28 juillet 1985. Le demandeur a pris pour les trois semaines suivantes un congé sans rémunération. Le 2 août 1985, il a demandé

benefits for "maternity leave". He explained on the application<sup>9</sup> that what he was seeking was a sharing with his wife of the fifteen weeks of benefits payable under section 30, and he invoked section 15 of the Charter in support of the right to share those benefits. With this application he filed a "Supplementary Application for Paternity Benefits", modifying for that purpose an application form designed for adoption benefits. On September 17, 1985 he was advised<sup>10</sup> that he was not entitled to benefits because he was not available for work. The notice refers to the fact that:

You have taken a leave of absence from your job to assume primary responsibility for childrearing.

He appealed this decision to a Board of Referees and at that hearing mainly argued that he should have been entitled to benefits under section 30 and that the denial of such benefits was a contravention of the *Canadian Human Rights Act* and the Charter. He did also refer to section 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* in arguing that he had been given unequal treatment. The Board dismissed the appeal on November 29, 1985 and the plaintiff then filed an appeal to an Umpire under the *Unemployment Insurance Act, 1971*. He alleged error in law because *inter alia* the denial of benefits to him under sections 30 and 32 contravened section 15 of the Charter. By letter<sup>11</sup> of October 22, 1986 from the Office of the Umpire he was advised that the Chief Umpire had doubts as to whether a constitutional question of this nature should be dealt with in an ordinary umpire hearing. The Chief Umpire suggested the possibility of proceedings being commenced in the Federal Court instead. On the same day this action was commenced.

The plaintiff has alleged that he was otherwise entitled to benefits under the Act had he been available for work. His non-availability was a bar because he did not come within the categories covered by sections 30 and 32, both of which permit non-available parents to collect benefits. It is common ground that had he been eligible for

<sup>9</sup> Exhibit P2-9.

<sup>10</sup> Exhibit P2-13.

<sup>11</sup> Exhibit P2-31.

des prestations pour «congé de maternité». Dans la demande<sup>9</sup>, il a expliqué qu'il voulait partager avec sa femme les quinze semaines de prestations payables en vertu de l'article 30, invoquant à cet égard l'article 15 de la Charte pour étayer son droit au partage de ces prestations. En même temps que cette demande, il a déposé une «Demande de prestations supplémentaires de paternité», modifiant pour cette fin une formule de demande conçue pour les prestations d'adoption. Le 17 septembre 1985, on l'a avisé<sup>10</sup> qu'il n'avait pas droit à des prestations parce qu'il n'était pas disponible pour travailler. Cet avis fait état du fait que:

[TRADUCTION] Vous avez pris un congé pour assumer la plus grande part des soins à votre enfant.

Il a interjeté appel de cette décision devant un conseil arbitral et, à l'audition, il a principalement prétendu qu'on aurait dû lui accorder les prestations prévues à l'article 30, et que le refus de les accorder constituait une violation de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et de la Charte. Il a également invoqué l'article 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* pour prétendre qu'il avait reçu un traitement injuste. Le conseil a rejeté l'appel le 29 novembre 1985, et le demandeur a alors interjeté appel devant un juge-arbitre en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Il a invoqué une erreur de droit parce que le fait de lui refuser des prestations sous le régime des articles 30 et 32 allait à l'encontre de l'article 15 de la Charte. Par lettre en date du 22 octobre 1986<sup>11</sup> provenant du bureau du juge-arbitre en chef, il a été avisé que ce dernier avait des doutes quant à la question de savoir si une question constitutionnelle de ce genre devrait être tranchée dans une audition ordinaire tenue devant le juge-arbitre. À la place, le juge-arbitre en chef a évoqué la possibilité d'une action devant la Cour fédérale. Le même jour la présente action a été intentée.

Selon le demandeur, il aurait par ailleurs droit à des prestations sous le régime de la Loi s'il avait été disponible pour travailler. Son manque de disponibilité constituait un obstacle parce qu'il ne relevait pas des catégories visées par les articles 30 et 32; ceux-ci permettent tous deux aux parents non disponibles de recevoir des prestations. Il est

<sup>9</sup> Pièce P2-9.

<sup>10</sup> Pièce P2-13.

<sup>11</sup> Pièce P2-31.

benefits they would have been payable at the rate of \$276 per week.

It is also of interest to note that after losing his appeal to the Board of Referees, the plaintiff filed a complaint on December 18, 1985 against the Canadian Employment and Immigration Commission with the Canadian Human Rights Commission. He alleged that the C.E.I.C. had contravened section 5 of the *Canadian Human Rights Act* which prohibits *inter alia* discrimination based on "family status". On September 24, 1987 he was advised by the Chairman of the Canadian Human Rights Commission<sup>12</sup> as follows:

The Commission ... decided to dismiss that part of the complaint based on the ground of family status because, although the policy complained of is discriminatory, a Tribunal is not warranted as no effective remedy can be provided through the Canadian Human Rights Act.

### Standing

The defendants did not object to the standing of the plaintiff to raise this constitutional issue, although they did challenge the standing of the plaintiff in the *Taylor* case which I will deal with separately. I am satisfied that the plaintiff has the necessary standing. In my view the above facts indicate that he had a direct personal interest as he alleges he was otherwise qualified as a beneficiary under the *Unemployment Insurance Act, 1971* but was denied benefits on a ground which he says is unconstitutional. He experienced an interruption of earnings, he applied for and was denied benefits, and he appealed that decision through normal channels. His decision not to continue the umpire appeal, but to come to this Court first in an action for a declaration, was in my view completely justified. Where important constitutional issues of this nature are to be determined, an action in the Court with all its procedural means for defining and elaborating the facts and legal issues is much to be preferred to an informal summary proceeding before an umpire.

<sup>12</sup> Exhibit P2-34.

constant que s'il avait été admissible aux prestations, celles-ci s'élèveraient à la somme hebdomadaire de 276 \$.

a Il est également intéressant de souligner que, après avoir été débouté de son appel par le conseil arbitral, le demandeur a, le 18 décembre 1985, saisi la Commission canadienne des droits de la personne d'une plainte formée contre la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada. Il a fait valoir que la C.E.I.C. avait violé l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui interdit notamment la discrimination fondée sur «l'état familial». Le 24 septembre 1987, le président de la Commission canadienne des droits de la personne<sup>12</sup> l'a informé de ce qui suit:

[TRADUCTION] La Commission ... a décidé de rejeter cette partie de la plainte fondée sur le motif d'état familial parce que, bien que la politique faisant l'objet de la plainte soit discriminatoire, le recours au tribunal n'est pas justifié, aucun redressement efficace ne pouvant être obtenu au moyen de la Loi canadienne sur les droits de la personne.

### La qualité pour agir

e Les défenderesses ne se sont pas opposées à la qualité qu'a le demandeur pour soulever cette question constitutionnelle, bien qu'elles aient contesté la qualité du demandeur dans l'affaire *Taylor* sur laquelle je vais statuer séparément. Je suis convaincu que le demandeur a la qualité nécessaire. Il ressort, à mon avis, des faits ci-dessus qu'il avait un intérêt personnel direct puisqu'il avait par ailleurs la qualité d'un bénéficiaire sous le régime de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, mais qu'on lui a refusé des prestations pour un motif qui, selon lui, est inconstitutionnel. Il a subi un arrêt de rémunération, il a demandé des prestations et on les lui a refusées, et il a interjeté appel de cette décision par voie de recours ordinaires. Sa décision de ne pas continuer l'appel devant le juge-arbitre, mais de saisir tout d'abord cette Cour d'une action en jugement déclaratoire était, à mon avis, bien justifiée. Lorsqu'il faut trancher des questions constitutionnelles importantes de ce genre, une action devant la Cour avec tous ses moyens procéduraux pour la détermination des faits et des questions juridiques est de beaucoup préférable à une procédure sommaire informelle devant un juge-arbitre.

<sup>12</sup> Pièce P2-34.

### Interpretation of subsection 15(1) of the Charter

The plaintiff relies on this subsection which provides 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.

In effect, he complains of a denial of the "equal benefit of the law".

Because this section was not proclaimed in force until April 17, 1985 the jurisprudence interpreting it is in a less developed state. Trial and intermediate appellate courts, including provincial courts of appeal and the Federal Court of Appeal, have applied a variety of tests in determining challenges to legislation for conflict with subsection 15(1). The first such decision appealed to the Supreme Court of Canada, *Andrews v. Law Soc. of B.C.*<sup>13</sup> was argued in 1987 and at the time of writing of the present judgment no decision had yet been issued.

The underlying issue in all of these cases has been the proper relationship between subsection 15(1) and section 1 of the Charter. Section 1, of course, provides that even where rights guaranteed by the Charter are limited by law such limitation may be valid if it can be demonstrated by those relying on such limitation that it is "reasonable" and is "demonstrably justified in a free and democratic society". Thus, in relation to any given distinction created by statute as between different individuals or categories of individuals the question is: to what extent should the validity of that distinction be tested under subsection 15(1), and to what extent should it be tested under section 1? There is an important conceptual difference: if it is to be tested under subsection 15(1) the Court is really thereby defining the scope of the rights guaranteed by that subsection; if the test is conducted under section 1, this means that a right has been infringed and one is then engaged in determining the validity of the infringement or limitation by the standards of section 1. There is also an important practical difference: he who alleges infringement of a subsection 15(1) right has the

<sup>13</sup> (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 305 (C.A.).

### L'interprétation du paragraphe 15(1) de la Charte

Le demandeur invoque ce paragraphe dont voici le libellé:

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 fait, il se plaint du refus du droit «au même bénéfice de la loi».

Cet article n'étant entré en vigueur que le 17 avril 1985, il fait l'objet d'une jurisprudence peu développée. Les tribunaux de première instance et les cours d'appel intermédiaires, dont les cours d'appel provinciales et la Cour d'appel fédérale, ont appliqué une variété de critères pour statuer sur les contestations des lois fondées sur un conflit avec le paragraphe 15(1). Le débat de la première décision de ce genre portée en pourvoi devant la Cour suprême du Canada, *Andrews v. Law Soc. of B.C.*<sup>13</sup>, a eu lieu en 1987, et au moment de la rédaction du présent jugement, aucune décision n'avait été rendue.

La question de base dans toutes ces affaires porte sur le rapport correct entre le paragraphe 15(1) et l'article 1 de la Charte. Bien entendu, l'article 1 prévoit que la restriction, dans une loi, des droits garantis par la Charte peut être valable si ceux qui l'invoquent peuvent prouver qu'il s'agit d'une limite «raisonnable et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Ainsi donc, voici la question à laquelle donne lieu une distinction donnée créée par la loi entre différents individus et différentes catégories d'individus: dans quelle mesure la validité de cette distinction devrait-elle être examinée sous le régime du paragraphe 15(1) et dans quelle mesure devrait-elle être examinée sous l'empire de l'article 1? Il existe une différence conceptuelle importante: si l'examen s'impose sous le régime du paragraphe 15(1), la Cour procède réellement de la sorte à la détermination de la portée des droits garantis par ce paragraphe; si l'examen se fait sous l'empire de l'article 1, c'est qu'un droit a été violé, et l'on tente alors de déterminer la validité de la violation ou de la restriction selon les normes de l'article 1. Il existe également une

<sup>13</sup> (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 305 (C.A.).

onus of showing by a balance of probabilities that such right exists and has been infringed; whereas once this infringement is established, it is the party who is nevertheless relying on the validity of the infringing law who has the burden of justifying it under section 1. There seems to be a fairly general consensus among appellate courts which have had to consider this issue that there are significant criteria which must first be satisfied by a plaintiff to show that the distinction of which he complains is *prima facie* an infringement of his right under subsection 15(1), e.g., to "equal benefit of the law without discrimination". Not every distinction made by law will amount to a *prima facie* infringement of equality rights. It is only when certain tests of "equality" and "discrimination" are applied and infringement is found that the onus may shift to the defendant if that party seeks to rely on section 1 to justify the infringement.

Going further, there seems to be a measure of consensus that the first test to be applied under section 15 is as to whether there is inequality in the sense that the legislature has used an impermissible categorization in its differential application of the law, so as in effect to treat persons who are similarly situated in a dissimilar fashion.<sup>14</sup> This question may be easily answered if the categorization employed is one of those expressly enumerated as prohibited grounds of discrimination in subsection 15(1). If the basis of categorization seems to be some other ground, then the Court must look to see if such a ground should be taken to be equally prohibited by subsection 15(1). While there are as yet no exhaustive tests for determining this, it appears to be acceptable to look at factors such as whether the ground of distinction in question is analogous to those specifically mentioned in subsection 15(1); whether it is rooted in historic stereotyping; whether it involves personal characteristics which are largely

<sup>14</sup> See e.g. *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359 (C.A.); *R. v. Ertel* (1987), 20 O.A.C. 257; *Andrews v. Law Soc. of B.C.*, *supra*, note 13.

différence importante sur le plan de la procédure: il incombe à celui qui allègue la violation d'un droit prévu au paragraphe 15(1) de prouver, par la prépondérance des probabilités, l'existence et la violation de ce droit, alors qu'une fois que cette violation est établie, il appartient à la partie qui invoque la validité de la loi qui porte atteinte au droit en question de le justifier sous le régime de l'article 1. Parmi les cours d'appel qui ont eu à examiner cette question, il semble qu'il y ait un consensus assez général selon lequel il existe d'importants critères qu'un demandeur doit respecter pour prouver que la distinction dont il se plaint est de prime abord une violation du droit qu'il tient du paragraphe 15(1), par exemple le droit «au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination». Les distinctions faites par la loi n'équivalent pas toutes à une violation *prima facie* des droits à l'égalité. C'est seulement lorsque certains critères d'«égalité» et de «discrimination» ont été appliqués et que la violation est établie que le fardeau de la preuve incombe cette fois au défendeur si cette partie cherche à invoquer l'article 1 pour justifier la violation.

De plus, il semble qu'il y ait un degré de consensus selon lequel le premier critère à appliquer sous le régime de l'article 15 consiste à savoir s'il y a une inégalité, c'est-à-dire si la législation a recouru à une catégorisation interdite dans son application inégale de la loi afin de traiter de façon différente les personnes qui se trouvent dans la même situation<sup>14</sup>. Il est peut-être facile de répondre à cette question si la catégorisation se situe parmi les motifs interdits de discrimination figurant au paragraphe 15(1). Si la catégorisation semble reposer sur un autre motif, la Cour doit alors examiner si ce motif devrait être considéré comme étant également interdit par le paragraphe 15(1). Certes, il n'existe pas encore, à cet égard, de critères exhaustifs, mais il semble acceptable d'examiner certains facteurs et de chercher à savoir, par exemple, si le motif de distinction en question est semblable à ceux expressément mentionnés au paragraphe 15(1), s'il est enraciné dans un stéréotype historique, s'il implique des caractéristiques personnelles

<sup>14</sup> Voir p. ex., *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359 (C.A.); *R. v. Ertel* (1987), 20 O.A.C. 257; *Andrews v. Law Soc. of B.C.*, susmentionné, renvoi 13.

beyond the control of the individual, similar to these characteristics specifically mentioned in subsection 15(1); whether those affected by the distinction are persons traditionally disadvantaged or the object of prejudice; and whether such a distinction is inconsistent with the purpose of the law itself or the values generally recognized in Canadian society. None of these criteria is necessarily determinative in deciding whether the distinction in question is one which creates inequality within the meaning of subsection 15(1). These are the types of factors recognized by the Federal Court of Appeal in *Smith, Kline & French*<sup>15</sup> a decision which is binding on me and which is apparently the only unanimous decision of a panel of that Court on the interpretation of subsection 15(1).<sup>16</sup> It is also notable that counsel for all parties in the present case relied on the *Smith, Kline & French* decision to varying degrees.

If it is initially found that the distinction in question creates "inequality" as contemplated by this subsection, the appellate courts have then generally considered whether this inequality of treatment by the law amounts to "discrimination". As subsection 15(1) only guarantees "equal benefit ... without discrimination" that right is abridged only where discrimination is shown. It is in the test of "discrimination" where the most divergence has appeared among the appellate courts. Some have applied a minimalist test for discrimination, being prepared to find that discrimination is established if the effect is "pejorative", that is negative, and it is not trivial. This was essentially the approach of the Federal Court of Appeal in *Smith, Kline & French*. The effect of such an approach is that infringement of subsection 15(1) will more readily be found and justification, if any, for the law must be demonstrated under section 1 by those relying on the law. In the view of Hugessen J., writing the opinion of the Court in *Smith, Kline & French*, such an approach is required for consistency with the decision of the Supreme Court of Canada in *The Queen v.*

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Cf. *Headley v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, [1987] 2 F.C. 235 (C.A.) in which another three-judge panel concurred in a result but did not agree on the rationale.

qui sont bien au-delà du contrôle de l'individu, semblables à ces caractéristiques expressément susmentionnées au paragraphe 15(1), si ceux que touche la distinction sont des personnes traditionnellement défavorisées ou qui font l'objet d'un préjudice, et si cette distinction est incompatible avec la fin de la loi elle-même ou les valeurs généralement reconnues dans la société canadienne. Aucun de ces critères n'est nécessairement déterminant pour décider si la distinction en question crée une inégalité au sens du paragraphe 15(1). Ce sont les types de facteurs que la Cour d'appel fédérale a reconnus dans son arrêt *Smith, Kline & French*<sup>15</sup> qui me lie et qui est apparemment la seule décision unanime d'une formation de cette Cour sur l'interprétation du paragraphe 15(1)<sup>16</sup>. Il convient également de souligner que les avocats de toutes les parties dans l'espèce présente se sont, à divers degrés, appuyés sur l'arrêt *Smith, Kline & French*.

Lorsqu'il est initialement établi que la distinction en question crée une «inégalité» au sens de ce paragraphe, les cours d'appel ont alors généralement examiné la question de savoir si cette inégalité de traitement par la loi équivaut à une «discrimination». Puisque le paragraphe 15(1) garantit seulement le «même bénéfice ... indépendamment de toute discrimination», ce droit ne se trouve réduit que si la discrimination est établie. Le critère de la «discrimination» a, semble-t-il, divisé le plus les cours d'appel. Certaines ont appliqué un critère minimaliste de discrimination et sont disposées à conclure que la discrimination est établie si la distinction a une conséquence «péjorative», c'est-à-dire négative, et si elle n'est pas insignifiante. Telle était essentiellement l'approche de la Cour d'appel fédérale dans son arrêt *Smith, Kline & French*. Une telle approche fait que la violation du paragraphe 15(1) peut être plus facilement établie et la justification, s'il en est, de la loi doit être démontrée sous le régime de l'article 1 par ceux qui invoquent celle-ci. Selon le juge Hugessen, qui rédigeait les motifs de la Cour dans l'arrêt *Smith, Kline & French*, une telle approche s'im-

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Cf. *Headley c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 2 C.F. 235 (C.A.), dans laquelle une autre formation de trois juges a prononcé des motifs concourant au résultat mais n'a pas été d'accord sur le raisonnement.

*Oakes*<sup>17</sup> where the Court elaborated the test applicable under section 1 in determining the validity of a limitation on rights where an infringement is already established. That test involves the consideration of both ends and means of the limitation in question. Hugessen J. considered it important that such qualitative tests not be applied in determining initially whether there had been infringement of subsection 15(1); otherwise the role of section 1 would be usurped.

Nevertheless, the Supreme Court of Canada has not hesitated to apply rather similar qualitative tests in determining whether there has been initial infringement of a Charter right.<sup>18</sup> That is, the Court has looked at the definition of each right to see whether it has qualifying words that must first be considered before a case of infringement is made out. This is logically prior to the application of section 1, which is not a test of rights *but rather a test of limits on rights*. Thus some other appellate courts have read more criteria into subsection 15(1) and have, in order to find discrimination, required something more than that the distinction in question be merely pejorative and substantial. Various panels of the Ontario Court of Appeal have formulated such tests in different ways. A survey of that Court's jurisprudence may perhaps best be seen in the recent decision of *McKinney v. University of Guelph et al.*<sup>19</sup> where it seems to have adopted a kind of middle approach. In its test of discrimination it appears to have gone beyond requiring only that the law's inequality have a substantial and pejorative effect, and has also resorted to adjectives such as "unfair", "invidious", and "irrational" to characterize laws that amount to prohibited discrimination. But the Court confirmed in the *McKinney* case that it had not, and would not in that case, require that a plaintiff show that a law is "unreasonable" before

<sup>17</sup> [1986] 1 S.C.R. 103.

<sup>18</sup> See for example, *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 where the Court balanced state and private interests in determining whether there had been an "unreasonable search or seizure" as prohibited by section 8 of the Charter.

<sup>19</sup> (1988), 24 O.A.C. 241, application for leave to appeal granted by the Supreme Court of Canada, April 21, 1988, [1988] 1 S.C.R. xi.

pose si l'on veut se conformer à l'arrêt de la Cour suprême du Canada *La Reine c. Oakes*<sup>17</sup>, où la Cour a élaboré le critère applicable sous l'empire de l'article 1 pour déterminer la validité d'une restriction de droits lorsqu'une violation est déjà établie. Ce critère nécessite l'examen des fins et des moyens de la restriction en question. Le juge Hugessen a considéré qu'il importait que ces critères qualitatifs ne s'appliquent pas pour déterminer initialement s'il y avait eu violation du paragraphe 15(1); autrement le rôle de l'article 1 serait usurpé.

Néanmoins, la Cour suprême du Canada n'a pas hésité à appliquer des critères qualitatifs plutôt semblables pour déterminer s'il y a initialement eu violation d'un droit prévu à la Charte<sup>18</sup>. À cette fin, la Cour a examiné la définition de chaque droit pour voir si elle contient des mots qualificatifs dont il faut tenir compte avant de conclure à la violation. Cette démarche précède logiquement l'application de l'article 1, qui n'est pas un critère applicable à des droits *mais plutôt un critère applicable à la restriction de droits*. C'est ainsi que d'autres cours d'appel ont dégagé du paragraphe 15(1) davantage de critères et ont, pour conclure à la discrimination, exigé plus que le caractère péjoratif et essentiel de la distinction. Diverses formations de la Cour d'appel de l'Ontario ont différemment formulé ces critères. L'arrêt de cette Cour dans l'affaire *McKinney v. University of Guelph et al.*<sup>19</sup>, où elle semble avoir adopté un type d'approche intermédiaire, illustre peut-être mieux une étude de sa jurisprudence à cet égard. Dans son critère de discrimination, elle semble être allée plus loin, ne se contentant pas de ce que l'inégalité de la loi doit avoir une conséquence importante et péjorative; elle a également recouru à des adjectifs tels que «inéquitable», «injuste» et «irrationnel» pour caractériser les lois qui créent une discrimination interdite. Mais la Cour a confirmé dans l'affaire *McKinney* qu'elle n'avait pas

<sup>17</sup> [1986] 1 R.C.S. 103.

<sup>18</sup> Voir, p. ex. *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 où la Cour a examiné les intérêts de l'État et les intérêts privés pour déterminer s'il y avait eu des «fouilles, perquisitions ou saisies abusives» interdites par l'article 8 de la Charte.

<sup>19</sup> (1988), 24 O.A.C. 241, demande d'autorisation de pourvoi accordée par la Cour suprême du Canada le 21 avril 1988, [1988] 1 R.S.C. xi.

it would find an infringement of subsection 15(1). It confirmed, as did the Federal Court of Appeal in the *Smith, Kline & French* case, that tests of "reasonableness" are to be resorted to only in applying section 1 once a *prima facie* case of infringement has been established.

Both the Federal Court of Appeal in *Smith, Kline & French* and the Ontario Court of Appeal in *McKinney* distinguished their positions from that of the B.C. Court of Appeal in *Andrews v. Law Soc. of B.C.*<sup>20</sup> In that case the Court held that to establish discrimination under subsection 15(1) a party must demonstrate that the distinction imposed by law is "unreasonable or unfair". This decision has been followed in several cases by the B.C. Court of Appeal and other courts of that province.

In the present case the defendant has not invoked section 1 and has expressly denied any reliance on it. Thus any criteria to be applied by me in determining whether there is a violation of the Charter must be found in section 15. I am assisted in this respect by the position taken by counsel for the defendants who did not contend that the plaintiff had to meet the heavier burden of proof which would be imposed on him by the test applied in *Andrews v. Law Soc. of B.C.* I shall therefore consider the evidence with particular regard to the less onerous criteria of the *Smith, Kline & French* decision which is, in any event, binding on me. Due to the present uncertainty in the jurisprudence, however, I will also consider whether the plaintiff has met the more rigorous requirements enunciated in *Andrews*.

#### Is there a Denial of "Equal Benefit of the Law"?

The prohibited grounds specified in subsection 15(1) of the Charter do not include proscribed criteria for distinction such as "natural parenthood", "reproductive ability", "family status" or any term which neatly covers this kind of distinction. It remains for me to determine whether a

<sup>20</sup> See *supra*, note 13.

exigé et n'exigerait pas dans ce cas qu'un demandeur rapporte la preuve que la loi est «abusive» avant qu'elle ne conclue à une violation du paragraphe 15(1). Elle a confirmé, comme l'a fait la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Smith, Kline & French*, qu'on doit recourir aux critères du «caractère raisonnable» seulement dans l'application de l'article 1 une fois qu'un cas *prima facie* de violation a été établi.

Tant la Cour d'appel fédérale dans son arrêt *Smith, Kline & French* que la Cour d'appel de l'Ontario dans son arrêt *McKinney* se distinguent par leurs positions qui diffèrent de celles de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans son arrêt *Andrews v. Law Soc. of B.C.*<sup>20</sup>. La Cour y a statué que pour établir une discrimination sous le régime du paragraphe 15(1), une partie doit rapporter la preuve que la distinction imposée par la loi est «abusive ou injuste». Cette décision a été suivie dans plusieurs affaires par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et d'autres tribunaux de cette province.

En l'espèce, les défenderesses n'ont pas invoqué l'article 1, et elles ont expressément nié tout recours à cette disposition. En conséquence, tout critère qu'il me faudra appliquer pour déterminer s'il y a violation de la Charte, doit se trouver à l'article 15. À cet égard, j'ai trouvé utile la position adoptée par l'avocat des défenderesses qui n'a pas prétendu que le demandeur devait s'acquitter du fardeau de preuve plus lourd qui lui serait imposé par le critère appliqué dans l'affaire *Andrews v. Law Soc. of B.C.* Je vais donc examiner la preuve en tenant compte particulièrement du critère moins exigeant de l'arrêt *Smith, Kline & French* qui, en tout état de cause, me lie. Étant donné l'incertitude actuelle de la jurisprudence, je dois toutefois examiner également la question de savoir si le demandeur a rempli les exigences plus rigoureuses énoncées dans l'arrêt *Andrews*.

#### Y a-t-il eu déni du «même bénéfice de la loi»?

Les motifs interdits précisés au paragraphe 15(1) de la Charte ne comprennent pas de critères de distinction interdits tels que «paternité ou maternité naturelle», «capacité de reproduction», «état familial» ou toute expression qui couvre bien ce type de distinction. Il me reste à examiner si

<sup>20</sup> Voir *supra*, renvoi 13.

distinction of this nature should nevertheless be regarded as *prima facie* prohibited by subsection 15(1). To do this I must consider some of the factors set out above.

The distinction in the *Unemployment Insurance Act, 1971* complained of by the plaintiff is that made between adoptive parents and natural fathers in respect of the arrival of their respective homes of infant-children. Section 32 as quoted above provides benefits for up to fifteen weeks to one or the other of the adoptive parents (assuming they are both otherwise eligible for Unemployment Insurance), as they may choose, for one of them to stay home following the placement of a child in their home. There is no comparable provision for natural fathers with respect to the arrival in their home of newborn children, except for the extraordinary situations covered by the new section 32.1. It is true that by section 30 the natural mother of a child may receive fifteen weeks of benefits commencing before or at birth of the child. It is also true that she may thus be in receipt of benefits for a certain period when she is home with the child after her confinement. But the criteria and conditions of benefits under section 30 are substantially different from those of section 32. For present purposes it is sufficient to note that section 30 allows no option for the natural father to use or share such benefits for the purpose of allowing him to stay home to care for his newborn infant. We therefore have distinctly different benefits available as between adoptive parents and natural parents.

I believe that a proper understanding of this distinction created by the Act requires that one consider the assumptions upon which it is based. These relate not only to the natural father such as the plaintiff, upon whom it immediately impacts, but also to the natural mother. Even if one accepts (and I do not, as will be indicated below) that section 30 benefits are mainly for child care purposes and are thus roughly the equivalent of section 32 benefits, this approach is predicated on the belief that, upon the birth of a baby, its natural mother is the natural and inevitable caregiver and that the father is the natural breadwinner. It assumes that not only is it unnecessary that the

une distinction de cette nature devrait néanmoins être considérée comme étant de prime abord interdite par le paragraphe 15(1). Pour ce faire, je dois examiner certains des facteurs énumérés ci-dessus.

<sup>a</sup> La distinction dans la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* dont se plaint le demandeur est celle faite entre les parents adoptifs et les parents naturels à l'égard de l'arrivée dans leurs foyers respectifs d'enfants du premier âge. L'article 32 précité prévoit jusqu'à quinze semaines de prestations pour l'un ou l'autre des parents adoptifs (à supposer qu'ils soient tous les deux par ailleurs admissibles à l'assurance-chômage), selon leur choix, pour que l'un d'entre eux reste à la maison à la suite du placement d'un enfant dans leur foyer. Il n'existe pas de disposition semblable pour les pères naturels à l'égard de l'arrivée chez eux d'un nouveau-né, sauf les situations exceptionnelles visées par le nouvel article 32.1. Il est vrai que, en vertu de l'article 30, la mère naturelle d'un enfant peut recevoir quinze semaines de prestations commençant avant ou à la naissance de l'enfant. Il est également vrai qu'elle peut ainsi recevoir des prestations pendant une certaine période où elle demeure à la maison pour s'occuper de l'enfant après son accouchement. Mais les critères et les conditions applicables aux prestations sous le régime de l'article 30 diffèrent substantiellement de ceux de l'article 32. Pour les fins de l'espèce, il suffit de souligner que l'article 30 n'accorde pas au père naturel le choix d'utiliser ou de partager ces prestations aux fins de lui permettre de rester à la maison pour s'occuper du nouveau-né. Nous avons donc des prestations nettement différentes pour les parents adoptifs et les parents naturels.

<sup>b</sup> J'estime que pour bien comprendre cette distinction créée par la Loi, il faut examiner les hypothèses sur lesquelles elle repose. Celles-ci se rapportent non seulement au père naturel comme le demandeur, que la distinction touche immédiatement, mais aussi à la mère naturelle. Même si on accepte (et je ne le fais pas, comme on verra plus tard) que les prestations prévues à l'article 30 sont principalement destinées au soin des enfants et, en conséquence, équivalent à peu près aux prestations prévues à l'article 32, cette approche repose sur l'idée que, à la naissance d'un bébé, sa mère naturelle est naturellement et inéluctablement celle qui s'occupe de lui, et que le père est le

natural father have the opportunity to receive partial compensation in lieu of employment income in order to stay home and be the principal care giver, but also that the natural mother should not at least have the option, which his presence at home during this period would afford, to return to paid employment herself as a breadwinner if she is otherwise able to do so. It is this opportunity and choice denied to the natural parents which is afforded to adoptive parents by section 32.

Thus in part I am able to characterize this as discrimination based on "sex" which is one of the specified grounds in subsection 15(1). This is because it has its roots in sexual stereotyping of the respective roles of the father and the mother generally, and specifically in relation to their natural newborn child. As was said by the Supreme Court of the United States in *Califano v. Westcott*<sup>21</sup> in respect of an Act of Congress which provided financial assistance for families with dependent children where they lacked support because the *father* (but not the mother) was unemployed, such gender classification

... is ... part of the "baggage of sexual stereotypes," ... that presumes the father has the "primary responsibility to provide a home and its essentials," ... while the mother is the "center of home and family life."

A Parliamentary Committee has similarly asserted, in relation to the need for equal parental benefits under the *Unemployment Insurance Act, 1971*:<sup>22</sup>

There is no doubt in our minds that the traditional emphasis on the mother as the primary care-giver has played a part in holding women back from full participation in society.

In part this distinction may also be seen as a stereotyping of roles of natural parents as compared to those of adoptive parents, a distinction based on basic biological facts. These usually involve personal characteristics which inhere in the individual which are not dissimilar to the genetic factors which create such distinctions as race, colour, sex, or sometimes mental or physical disability, all as referred to in subsection 15(1). For

<sup>21</sup> 443 U. S. 76 (1979), at p. 89.

<sup>22</sup> Report of the Sub-committee on Equality Rights of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs (the "Boyer Report") (Ottawa, 1985), Issue 29, at p. 11.

soutien naturel. Cela suppose non seulement qu'il n'est pas nécessaire que le père naturel ait la possibilité de recevoir une indemnité partielle au lieu d'un revenu d'emploi pour rester à la maison et s'occuper principalement de l'enfant, mais aussi que la mère naturelle ne devrait pas avoir au moins le choix, grâce à la présence du père à la maison au cours de cette période, de reprendre elle-même son emploi payé en qualité de soutien si elle est par ailleurs en mesure de le faire. Ce sont cette possibilité et ce choix refusés aux parents naturels que l'article 32 offre aux parents adoptifs.

Je peux donc en partie considérer cette mesure comme une discrimination fondée sur le «sexe» qui est l'un des motifs précisés au paragraphe 15(1). La raison en est que cette discrimination prend racine dans le stéréotype sexuel des rôles respectifs du père et de la mère en général, et particulièrement en ce qui concerne leur nouveau-né. Ainsi que l'a statué la Cour suprême des États-Unis dans *Califano v. Westcott*<sup>21</sup> à l'égard d'une loi du Congrès qui prévoyait une aide financière aux familles ayant des enfants à charge privées de soutien parce que le *père* (et non la mère) était sans travail, cette classification fondée sur le sexe

[TRADUCTION] fait ... partie du «vieux fonds de stéréotypes sexuels» ... qui suppose qu'il «appartient principalement au père de fournir un foyer et le nécessaire» ... alors que la mère est le «centre du foyer et de la vie familiale».

De même, un comité parlementaire a tenu les propos suivants sur la nécessité des prestations égales pour le soin des enfants en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*<sup>22</sup>:

Il n'y a aucun doute dans nos esprits que la perpétuation du rôle traditionnel de la mère considérée comme principale responsable des soins à donner aux enfants a contribué à empêcher les femmes de participer plus activement à la vie de la société.

En partie, cette distinction peut être également considérée comme un stéréotype des rôles des parents naturels par comparaison avec ceux des parents adoptifs, une distinction fondée sur des faits biologiques fondamentaux. Ceux-ci impliquent habituellement des caractéristiques personnelles qui sont inhérentes à l'individu et qui ressemblent aux facteurs génétiques créant des distinctions telles que la race, la couleur, le sexe ou

<sup>21</sup> 433 U. S. 76 (1979), à la p. 89.

<sup>22</sup> Rapport du Sous-comité sur les droits à l'égalité du Comité permanent de la justice et des questions juridiques (le Rapport «Boyer») (Ottawa, 1985), fascicule n° 29, à la p. 11.

the most part it is such characteristics which distinguish adoptive parents from natural parents and which are generally beyond the control of the individual to change.

Section 32 also appears to create an inequality as between persons who are similarly situated if one has regard to the apparent purposes of the *Unemployment Insurance Act, 1971* in general and section 32 in particular. The general purpose of the Act is that of income replacement for those who are normally in the work force but are temporarily unable to work. Of course, as noted above, the original purpose of the Act was to provide benefits only to those who were not only out of work but were available for work. The maternity benefits in section 30 created in 1971 represent an exception to that general principle in that normally those entitled to such benefits are not available for work. Nevertheless it was thought to be socially important to provide natural mothers with income replacement during a period when they are engaged in giving birth to and nurturing an infant-child. Section 32 extended income replacement to adoptive parents, apparently on the basis that this too was socially important. Consistently with this, since section 32 has been in effect the Commission has issued a circular including guidelines for Insurance Officers to determine whether it is "reasonable" under section 32 for an adoptive parent to stay home during the first seventeen weeks after the placement of the child in his or her home. The circular states, and this was confirmed in evidence by a Commission officer, as representing Commission practice, that (other things being equal) it is generally considered to be reasonable for an adoptive parent to stay home with any child of pre-school age. It appears to me that this evidence, taken with the words of section 32 itself, indicate a purpose and effect of that section based on the social importance of a parent or parents being able to spend time at home at the time of introduction to that home of a pre-school child, without regard to the sex of the parent claiming benefits. Such a rationale would equally apply to care-giving by natural parents in respect of their newborn child. It is also obvious that the policy which supports section 32 has nothing to do with the particular pre-natal or post-natal needs and role of the natural mother herself: indeed, it is quite possible that

parfois l'incapacité physique ou mentale, qui sont toutes mentionnées au paragraphe 15(1). En général, ce sont ces caractéristiques qui distinguent les parents adoptifs des parents naturels et que l'individu ne saurait changer.

L'article 32 semble également créer une inégalité entre des personnes qui se trouvent dans la même situation si on tient compte des fins apparentes de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* en général et de l'article 32 en particulier. La Loi vise généralement à fournir un revenu de remplacement à ceux qui sont normalement sur le marché du travail mais qui sont temporairement incapables de travailler. Bien entendu, ainsi qu'il a été souligné ci-dessus, le but premier de la Loi était de fournir des prestations à ceux qui étaient non seulement sans travail mais qui étaient aussi disponibles pour travailler. Les prestations de maternité prévues à l'article 30 et créées en 1971 constituent une exception à ce principe général parce que, normalement, les personnes y ayant droit ne sont pas disponibles pour travailler. Néanmoins, on a pensé qu'il importait, sur le plan social, de fournir aux mères naturelles un revenu de remplacement pendant la période où elles donnent naissance à un enfant et le nourrissent. L'article 32 a étendu le bénéfice du revenu de remplacement aux parents adoptifs, apparemment parce qu'on a également pensé que cette mesure s'imposait socialement. Depuis l'entrée en vigueur de l'article 32, la Commission a, à cet égard, émis une circulaire comprenant des directives permettant à ses agents de l'admissibilité de déterminer s'il est «raisonnable» sous le régime de l'article 32 pour un parent adoptif de rester à la maison pendant les dix-sept premières semaines après le placement de l'enfant chez lui. La circulaire dit, et cela a été confirmé en preuve par un fonctionnaire de la Commission comme représentant la pratique de la Commission, que (toutes autres choses étant égales) il est généralement considéré comme raisonnable pour un parent adoptif de rester à la maison pour s'occuper d'un enfant d'âge préscolaire. À mon avis, ce témoignage, rapproché du texte de l'article 32 lui-même, indique que le but et l'effet de cet article recherchent leur justification dans l'importance que la société attache à la possibilité pour un ou des parents de rester à la maison au moment de l'arrivée d'un enfant d'âge préscolaire, sans tenir compte du sexe du parent qui demande des presta-

maternity benefits be paid to a natural mother under section 30, and that subsequently benefits be paid under section 32 to the adoptive parents who adopt her child in respect of the introduction of that child into their home.

Therefore a distinction made between adoptive parents and natural parents in respect of a period of child-care following introduction of a child into the home appears to create inequality of benefit in terms of the very purpose of the Act and the section itself.

Equality between parents with respect to responsibility, and opportunity, for care of a newborn child appears to be most consistent with the values of contemporary Canadian society. Evidence of this can be found in various expressions of public policy. Parliament itself in section 59.2 of the *Canada Labour Code*<sup>23</sup> requires employers to grant a leave of absence of up to twenty-four weeks "where an employee has or will have the actual care and custody of a new-born child". This does not of course require that such leave be given with pay but does guarantee that an employee of either sex may take off the time and resume his or her former position upon return to work. Manitoba legislation, while granting pregnant female employees seventeen weeks of leave, also provides for paternity leave for the natural father of up to six weeks.<sup>24</sup> It provides adoption leave of up to seventeen weeks for any employee, regardless of the sex of the employee.<sup>25</sup> Saskatchewan law provides for maternity leave of up to eighteen weeks as well as paternity leave for the natural father of up to six weeks and adoption leave for any adop-

<sup>23</sup> R.S.C. 1970, c. L-1 (as added by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 17, s. 16; 1984, c. 39, s. 6).

<sup>24</sup> *The Employment Standards Act*, C.C.S.M., c. E110, s. 34.2.

<sup>25</sup> *Ibid.*, s. 34.3.

tions. Ce raisonnement s'appliquerait également au soin donné par les parents naturels à leur nouveau-né. Il est également évident que la politique sur laquelle se fonde l'article 32 n'a rien à voir avec les besoins et le rôle prénatals et post-natals de la mère naturelle elle-même: en fait, il est tout à fait possible que des prestations de maternité soient versées à une mère naturelle en vertu de l'article 30 et que, subséquemment, des prestations soient versées sous le régime de l'article 32 aux parents adoptifs de ce même enfant relativement à son placement chez eux.

En conséquence, la distinction faite entre les parents adoptifs et les parents naturels à l'égard de la période de soins qu'ils accordent à l'enfant qui arrive dans leur foyer semble créer une inégalité dans les prestations selon la fin même de la Loi et de l'article lui-même.

L'égalité entre les parents quant à la responsabilité du soin d'un nouveau-né et à la possibilité de l'assumer semble correspondre aux valeurs de la société canadienne contemporaine. On en trouve la preuve dans diverses expressions de la politique gouvernementale. Dans l'article 59.2 du *Code canadien du travail*<sup>23</sup>, le législateur lui-même exige des employeurs qu'ils accordent un congé d'au plus vingt-quatre semaines à «l'employé qui est ou sera effectivement chargé des soins et de la garde d'un nouveau-né». Bien entendu, cela n'exige pas que ce congé soit donné avec rémunération, mais garantit effectivement qu'un employé de l'un ou de l'autre sexe peut prendre congé et reprendre son ancien poste à son retour au travail. La loi manitobaine, tout en accordant aux employées enceintes dix-sept semaines de congé, prévoit également un congé d'au plus six semaines de paternité pour le père naturel<sup>24</sup>. Elle prévoit un congé d'adoption d'au plus dix-sept semaines pour tout employé, quel que soit le sexe de l'employé<sup>25</sup>. La loi de la Saskatchewan prévoit un congé de maternité d'au plus dix-huit semaines et un congé de

<sup>23</sup> S.R.C. 1970, chap. L-1, (ajouté par S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 17, art. 16; 1984, chap. 39, art. 6).

<sup>24</sup> *The Employment Standards Act*, C.C.S.M., chap. E110, art. 34.2.

<sup>25</sup> *Ibid.*, art. 34.3.

tive parent of up to six weeks.<sup>26</sup>

Viewed in a wider context, Canada is part of an international community which has affirmed certain principles concerning the equality of parents. The *Declaration on the Elimination of Discrimination against Women*, proclaimed by the General Assembly of the United Nations on November 7, 1967<sup>27</sup> states in article 6, section 2, paragraph (c):

Article 6

2. ...

(c) Parents shall have equal rights and duties in matters relating to their children. In all cases the interest of the children shall be paramount.

More recently, the international *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*<sup>28</sup> was ratified by Canada in 1981. In its preamble it states that the parties to the Convention are:

*Aware that a change in the traditional role of men as well as the role of women in society and in the family is needed to achieve full equality between men and women,*

In Article 11, paragraph 2(c) it requires the parties to the Convention to take appropriate measures:

(c) To encourage the provision of the necessary supporting social services to enable parents to combine family obligations with work responsibilities and participation in public life, in particular through promoting the establishment and development of a network of child-care facilities;

These internationally adopted objectives, and in the latter case obligations, reinforce the view that Canadian society is committed to equalizing the role of parents in the care of children as much as possible, for the benefit of the family in general and in particular for the achievement of greater equality in the work place for women.

I am satisfied from the foregoing that the kind of distinction made by section 32 of the *Unem-*

<sup>26</sup> *The Labour Standards Act*, R.S.S. 1978, c. L-1, ss. 23, 29.1, 29.2 (as am. by S.S. 1979-80, c. 84, s. 8).

<sup>27</sup> G.A. Res. 2263, 22 U.N. GAOR (1967).

<sup>28</sup> G.A. Res. 34/180 (1979) (in force September 3, 1981); ratified by Canada, (December 10, 1981) [[1982] Can. T.S. No. 31].

paternité d'au plus six semaines pour le père naturel, ainsi qu'un congé d'adoption d'au plus six semaines pour tout parent adoptif<sup>26</sup>.

Dans un contexte plus grand, le Canada fait partie d'une communauté internationale qui a affirmé certains principes concernant l'égalité des parents. La *Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes* proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 7 novembre 1967<sup>27</sup> prévoit à l'alinéa 6(2)c):

Article 6

2. ...

c) Les parents auront des droits et devoirs égaux en ce qui concerne leurs enfants. L'intérêt des enfants sera la considération primordiale dans tous les cas.

Plus récemment, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*<sup>28</sup> a été ratifiée par le Canada en 1981. Dans son préambule, elle déclare que toutes les parties à la Convention sont:

*Conscient(e)s que le rôle traditionnel de l'homme dans la famille et dans la société doit évoluer autant que celui de la femme si on veut parvenir à une réelle égalité de l'homme et de la femme ...*

Dans son alinéa 11(2)c), elle exige des parties à la Convention qu'elles prennent les mesures appropriées afin:

(c) D'encourager la fourniture des services sociaux d'appui nécessaires pour permettre aux parents de combiner les obligations familiales avec les responsabilités professionnelles et la participation à la vie publique, en particulier en favorisant l'établissement et le développement d'un réseau de garderies d'enfants;

Ces objectifs, et si l'on se reporte à la dernière de ces dispositions, ces obligations adoptés à l'échelle internationale renforcent l'idée que la société canadienne s'engage à égaliser autant que possible le rôle des parents dans le soin des enfants, dans l'intérêt de la famille en général, et en particulier pour permettre aux femmes de parvenir à une plus grande égalité dans le monde du travail.

Ce qui précède me convainc que le genre de distinction fait à l'article 32 de la *Loi de 1971 sur*

<sup>26</sup> *The Labour Standards Act*, R.S.S. 1978, chap. L-1, art. 23, 29.1, 29.2 (mod. par S.S. 1979-80, chap. 84, art. 8).

<sup>27</sup> G.A. Res. 2263, 22 U.N. GAOR (1967).

<sup>28</sup> G.A. Res. 34/180 (1979) (en vigueur le 3 septembre 1981); ratifié par le Canada (le 10 décembre 1981) [[1982] R.T. Can. n° 31].

*ployment Insurance Act, 1971* as between adoptive parents and natural parents, resulting in a disincentive for natural fathers to accept an equal role and responsibility with respect to the care of their newborn children, does create an inequality of benefit within the contemplation of subsection 15(1) of the Charter.

Is there "discrimination"?

Closely related to this question is that of whether the inequality amounts to "discrimination". Consistently with my analysis above of the dominant jurisprudence on this question, I must consider at least whether the unequal treatment is pejorative, i.e. negative or disadvantageous, in nature and whether it is substantial. These issues can be dealt with together. As the Act now stands, section 32 makes it possible for either one of the adoptive parents, if he or she is otherwise entitled to unemployment insurance benefits, to collect up to fifteen weeks of benefits after the placement of the child if it is reasonable for him or her to stay home with the child. This means that in principle at least the father has an equal opportunity, and implicitly an equal responsibility, to take time off his work where both parents are employed. If one of them is not employed in insurable employment it is at least possible that that parent could stay home and the other, employed, parent could also stay home and claim benefits if he or she could show that this was "reasonable" in the circumstances. Admittedly, according to the evidence of Joseph Verbruggen, Director General of Insurance Policy of the Commission, it would be only rarely that the Commission would regard it as reasonable for the parent employed in insurable employment to stay home if his spouse were already home to look after the adopted child. But it could happen, for example, if there were also an older child at home with whom the parents were having behavioural problems which might in fact be aggravated by the placement of a new child. In none of these situations would natural parents have such a choice as to who might receive unemployment insurance benefits; indeed in none of them would the natural father have any right whatsoever to benefits arising out of the introduction of his infant-child into his home. So on its face, the statute appears to deny an opportunity for natural fathers, and a choice both for him and the mother

*l'assurance-chômage* entre les parents adoptifs et les parents naturels, qui a pour effet de décourager les pères naturels d'assumer un rôle et une responsabilité égaux dans le soin de leur nouveau-né, crée effectivement une inégalité de prestations aux termes du paragraphe 15(1) de la Charte.

Y a-t-il «discrimination»?

À cette question est intimement liée celle de savoir si l'inégalité équivaut à une «discrimination». Compte tenu de mon analyse précédente de la jurisprudence dominante sur cette question, je dois pour le moins examiner si le traitement inégal revêt un caractère péjoratif, c'est-à-dire négatif ou désavantageux, et s'il est important. On peut statuer sur ces questions ensemble. Dans l'état actuel de la Loi, l'article 32 permet à l'un ou à l'autre des parents adoptifs qui est par ailleurs admissible au service des prestations d'assurance-chômage, de recevoir jusqu'à quinze semaines de prestations après le placement de l'enfant s'il est raisonnable pour lui ou pour elle de rester à la maison avec l'enfant. Cela signifie qu'au moins en principe le père a la possibilité égale et implicitement l'obligation égale de prendre un congé lorsque les deux parents travaillent. Si l'un des parents n'occupe pas un emploi assurable alors que l'autre en a un, il est à tout le moins possible que tous deux restent à la maison et que le second reçoive des prestations s'il peut rapporter la preuve que sa présence chez lui était «raisonnable» dans les circonstances. De l'aveu de tous, selon le témoignage de Joseph Verbruggen, directeur général de la politique d'assurance de la Commission, la Commission considérerait rarement raisonnable qu'un parent occupant un emploi assurable reste à la maison si son conjoint y était déjà pour s'occuper de l'enfant adopté. Cela pourrait cependant arriver, par exemple, s'il y avait également à la maison un enfant plus âgé qui présentait des difficultés de comportement, susceptibles d'être aggravées par le placement d'un nouvel enfant. Les parents naturels n'ont dans aucune de ces situations un tel choix quant à leur admissibilité au service des prestations d'assurance-chômage; en fait, le parent naturel n'a nullement le droit, dans ces situations, de recevoir des prestations par suite de l'arrivée de son nouveau-né dans son foyer. Ainsi donc, d'après sa formulation, la Loi semble refuser une possibilité aux pères

of his child, which are available to adoptive parents.

The evidence indicates that such distinctions cannot be explained by natural differences among the classes of people involved and work to the substantial disadvantage of those denied child-care benefits. Evidence on this point was provided by Dr. George Awad, Associate Professor of Psychiatry at the University of Toronto and Director of the Family Court Clinic, Clarke Institute of Psychiatry, Toronto. In the latter role he deals with referrals of children by the Family Court to advise, *inter alia*, on matters of custody. In this process he has to examine and assess past and future relationships developed between children and parents and he has dealt with over one thousand such referrals. According to his evidence a close, positive, parent-child relationship is important in child development generally; and that an early involvement of the parent with the child will likely have a long-term good effect on such a relationship. In his view there is no difference between mothers and fathers in this respect, and that fathers are equally capable of caring for infant children in this sense. Fathers will be encouraged to know that he finds no basis for the theory that infants are "monotropically matricentric" in orientation (i.e. having an affinity only for their mother). Thus from his experience he concludes that "the more a father is involved with the life of a child, the better it is for the father-child relationship, and for child development". He sees this improved father-child relationship as having benefits for the father as well as the child and also strengthening the relationship between the parents. In respect to none of these matters could he see why there should be any distinction made between adoptive parents and natural parents. He believes from a psychological standpoint there is no justification for distinguishing between natural fathers and adoptive fathers in this respect.

On the latter point the defendants called as an expert Professor Joyce Cohen of the faculty of Social Work at the University of Toronto who is an expert in adoption matters. She demonstrated

naturels et un choix à ceux-ci et à la mère de leur enfant, dont bénéficient les parents adoptifs.

Il ressort de la preuve que ces distinctions ne sauraient s'expliquer par des différences naturelles qui touchent les catégories de gens en cause, et elles désavantagent substantiellement ceux à qui on refuse des prestations pour le soin des enfants. À cet égard, nous avons la déposition du Dr George Awad, professeur adjoint de psychiatrie à l'University of Toronto et directeur de la Family Court Clinic (Clinique du Tribunal de la famille), au Clarke Institute of Psychiatry à Toronto. C'est en cette dernière qualité qu'il s'occupe des enfants que lui envoie le Tribunal de la famille, pour conseiller ce dernier notamment sur des questions de garde. À cette fin il doit examiner et évaluer les rapports passés et futurs entre enfants et parents, et il s'est occupé de plus de 1 000 enfants qui lui ont été envoyés de la sorte. Selon son témoignage, des rapports étroits et positifs entre les parents et leur enfant contribuent énormément au développement de ce dernier en général, et l'intérêt que portent les parents à l'enfant dès le début aura probablement une influence durable sur leurs relations. À son avis, il n'existe aucune différence entre mères et pères à cet égard, et les pères sont également capables de s'occuper d'enfants du premier âge. Les pères seront heureux d'apprendre qu'il ne trouve aucun fondement dans la théorie selon laquelle les nouveau-nés sont «matricentriques» en matière d'orientation (c'est-à-dire qu'ils ont une affinité seulement avec leur mère). Il conclut de son expérience que [TRADUCTION] «plus le père participe à la vie d'un enfant, mieux s'en trouvent les rapports entre le père et l'enfant ainsi que l'épanouissement de ce dernier». D'après lui, les liens plus étroits entre le père et l'enfant profitent à l'un et à l'autre, tout en renforçant les rapports entre les parents. Il ne voit, à l'égard d'aucune de ces questions, la raison pour laquelle il faudrait faire une distinction entre les parents adoptifs et les parents naturels. Sur le plan psychologique, rien ne justifie, selon lui, de faire une distinction entre les pères naturels et les pères adoptifs à cet égard.

Sur ce dernier point, les défenderesses ont cité comme témoin le professeur Joyce Cohen de la faculté de travail social (Social Work) du University of Toronto, qui est expert dans le domaine de

that in Ontario only some 20% of children adopted are under one year of age at the time of adoption (although the proportion seems to be growing). She stressed the "special needs", essentially arising out of psychological problems, which most children adopted over this age have, and perhaps half of those adopted under the age of one have, and which typically require more parental attention than does a typical child growing up with its natural parents. I do not find this evidence compelling support for the distinctions made in the present *Unemployment Insurance Act, 1971*. In the first place the statistical evidence, and Professor Cohen's evidence, pertain only to the Province of Ontario whereas the people affected by this Act, it will be noted, include many well beyond the borders of that province. Secondly, while there may be many adoptive parents faced with situations which are not comparable to any thing confronted by natural parents in dealing with their infant-child, nevertheless there remains a substantial number of placements of infant-children comparable to the reception into their home by natural parents of their newborn infant. The many variations from this standard, comparable, situation which no doubt are experienced by adoptive parents, depending on the age, cultural background, psychological history, etc. of the adopted child and the present circumstances of the adoptive parent or parents, can be taken into account in the application of section 32 which provides benefits for an adoptive parent when it is "reasonable" for him or her to stay home after the placement of the child. If parental benefits were available to natural parents where it was "reasonable" for him, or her, or them to stay home the practical application of this section with respect to the two different kinds of parents might well be different in many cases. But that is not a justification for a blanket denial of child-care benefits to natural parents, or the denial of choice between them as to who is to stay home.

Nor in my view can the denial of benefits to natural parents under section 32 be considered

l'adoption. Elle a démontré que, en Ontario, seulement quelque 20 % des enfants adoptés sont âgés de moins d'un an au moment de l'adoption (bien que cette proportion semble augmenter). Elle a insisté sur les [TRADUCTION] «besoins particuliers», imputables essentiellement aux problèmes psychologiques, qu'éprouvent la plupart des enfants adoptés au-dessus d'un an ainsi que, peut-être, la moitié des enfants adoptés au-dessous de cet âge, et qui exigent évidemment de la part des parents plus d'attention qu'ils ne doivent prodiguer à un enfant typique grandissant au sein de son foyer naturel. À mon avis, ce témoignage n'étaye pas forcément les distinctions faites dans la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* en vigueur. En premier lieu, la preuve statistique et le témoignage du professeur Cohen se rapportent uniquement à la province d'Ontario, alors que cette Loi, il faut le souligner, touche nombre de personnes qui se trouvent en dehors de cette province. En deuxième lieu, bien qu'il existe peut-être beaucoup de parents adoptifs qui se trouvent dans des situations qui ne sont en rien comparables à celles qui connaissent les parents naturels dans leurs rapports avec leur enfant du premier âge, il reste néanmoins un nombre substantiel de placements d'enfants du premier âge qui s'apparente à l'arrivée d'un nouveau-né dans son foyer naturel. Les diverses variantes de cette situation type comparable, indubitablement vécues par des parents adoptifs, selon l'âge, la situation culturelle, psychologique etc. de l'enfant adopté, et les situations actuelles du parent ou des parents adoptifs peuvent entrer en ligne de compte dans l'application de l'article 32 qui prévoit des prestations pour un parent adoptif lorsqu'il est «raisonnable» pour lui de rester à la maison après le placement de l'enfant. Si les parents naturels avaient droit à des prestations pour le soin des enfants lorsqu'il est «raisonnable» pour le père, ou pour la mère, ou pour l'un et l'autre de rester à la maison, l'application pratique de cet article à l'égard des deux types différents de parents pourrait bien être différente dans beaucoup de cas. Mais cela ne justifie pas un refus général de prestations pour le soin des enfants pour les parents naturels, ni le refus de permettre aux parents de décider lequel des deux va rester à la maison.

Je ne pense pas non plus que les prestations qu'on refuse aux parents naturels en vertu de

offset by the maternity benefits available to the natural mother under section 30. The purpose and principal effects of section 30 are quite different. Section 30 is structured to benefit pregnant women and pregnant women only. What a claimant must prove for entitlement to benefits is the fact that she is expecting. Once that is established, benefits are payable to her even if she experiences a still birth. If instead she has a baby, the benefits incidentally assist her in whatever care of the baby she is able to provide after birth until the fifteen weeks of benefits expire. Expert evidence presented before me underlined the physical demands put on pregnant women and new mothers, which demands of themselves justify a period of at least fifteen weeks free from outside paid employment. Dr. Karyn Kaufman, an Associate Professor in the School of Nursing, Faculty of Health Sciences, McMaster University and Dr. Murray Enkin, Professor of Obstetrics and Gynecology, Faculty of Health Sciences, McMaster University, testified in this respect. They stressed the special demands on, and needs of, the pregnant woman and mother of a newborn including the possibilities of difficult labour (approximately 20% of the deliveries in Canada today are by caesarean section), physical and hormonal changes, loss of sleep, and the special role of breast-feeding. In this latter connection it is a national health goal to increase the proportion of babies who are breast-fed for the first six to nine months. These witnesses noted that such maternity leave as is available to women usually sets the outward limit of the breast-feeding period as this becomes much more difficult upon return to outside employment. These two experts expressed the opinion that, while it is impossible to fix a length of maternity leave that will universally meet the physiological needs of pregnant women, they felt that fifteen weeks was essential, to be set aside for this purpose alone, so as to accommodate the differing needs of such women. The evidence of Julie Davis, Executive Vice President of the Ontario Federation of Labour was generally supportive of this conclusion.

l'article 32 puissent être compensées par les prestations de maternité dont bénéficie la mère naturelle sous le régime de l'article 30. La fin de l'article 30 et ses effets sont tout à fait différents. L'article 30 est conçu de manière à avantager les femmes enceintes, et elles seules. Pour y avoir droit, une prestataire doit prouver qu'elle attend un enfant. Une fois ce fait établi, des prestations lui sont payables même si son enfant est mort-né. Par contre si elle a un bébé, les prestations l'aident incidemment dans le soin qu'elle est en mesure de donner à l'enfant après sa naissance et ce, jusqu'à l'expiration de la période de quinze semaines de prestations. Le témoignage d'expert présenté devant moi a souligné le fardeau physique imposé aux femmes enceintes et aux nouvelles mères, lequel à lui seul justifie une période d'au moins quinze semaines libres de tout emploi extérieur rémunéré. Le Dr Karyn Kaufman, professeur adjoint du School of Nursing (L'école des sciences infirmières), Faculté des sciences de la santé, McMaster University, et le Dr Murray Enkin, professeur d'obstétrique et de gynécologie, Faculté des sciences de la santé, MacMaster University, ont témoigné à cet égard. Ils insistent sur le fardeau et les besoins particuliers de la femme enceinte et de la mère d'un nouveau-né, notamment les possibilités d'un accouchement difficile (environ 20 % des accouchements au Canada s'effectuent par césarienne), les changements physiques et hormonaux, la perte du sommeil, et le rôle spécial que constitue l'allaitement maternel. À cet égard, c'est un objectif national d'augmenter, pour des raisons de santé, le pourcentage de bébés qui sont allaités pendant les six à neuf premiers mois. Ces témoins ont souligné que ce congé de maternité dont bénéficient les femmes établit habituellement l'ultime limite de la période d'allaitement maternel parce que cette fonction devient beaucoup plus difficile dès le retour à l'emploi extérieur. Selon eux, bien qu'il soit impossible de fixer la durée du congé de maternité qui correspondrait universellement aux besoins physiologiques des femmes enceintes, ils ont estimé que quinze semaines étaient essentielles, et devaient être réservées à cette fin seule, de manière à satisfaire aux différents besoins de ces femmes. Le témoignage de Julie Davis, vice-présidente administrative de la Fédération du travail de l'Ontario, étayait généralement cette conclusion.

Notwithstanding the views of a 1981 Commission Task Force<sup>29</sup> that maternity leave is viewed now more as child-care leave, a survey taken in February, 1985 by Statistics Canada of women who stopped working as the result of maternity leave shows that most women take substantial amounts of time off work prior to childbirth. 49.6% of such women claimed unemployment insurance benefits before childbirth and took an average of seven weeks off work prior to birth for which they received on the average 4.4 weeks of benefits. Another 15.7%, while not claiming any benefits during maternity absence, took on the average 8.8 weeks off work prior to birth. Another 34.6% who claimed benefits only after childbirth nevertheless took off on the average 2.7 weeks prior to birth. All three categories of women took substantially more than fifteen weeks off work in connection with a birth (on average, from 21.8 to 25.1 weeks)<sup>30</sup> all of which suggests that fifteen weeks are not sufficient for both maternity and infant care. Time taken off prior to childbirth is unmistakably related to childbearing and not child-rearing. Other evidence suggested that many women deferred going on maternity leave until the last possible moment because the benefit period is so limited that they wish to save it as much as possible for postnatal recovery and to some extent for child-rearing. If there were other options for parental care such as the father taking a few weeks of paternity leave with benefits, this would enable such women to take more time off work prior to childbirth which, the evidence suggests, would be more responsive to their physiological needs.

Even if section 30 were seen as a sufficient equivalent for the natural mother of the child-care benefits given to adoptive parents under section 32, it would still not be possible to find in this system any equivalence of benefits for the natural father:

<sup>29</sup> Exhibit 49, at pp. 67-68.

<sup>30</sup> Exhibit P2-52, at p. 20.

Malgré le point de vue d'un groupe de travail de 1981 de la Commission<sup>29</sup> selon lequel le congé de maternité est considéré maintenant davantage comme congé pour le soin des enfants, il ressort d'une étude réalisée par Statistique Canada en février 1985 sur les femmes qui ont cessé de travailler pour des raisons de maternité, que la plupart des femmes prennent de nombreux jours de congé avant l'accouchement. 49,6 % de ces femmes ont demandé des prestations d'assurance-chômage avant l'accouchement et ont pris en moyenne sept semaines de congé avant l'accouchement pour lesquelles elles ont reçu en moyenne 4,4 semaines de prestations. 15,7 % des femmes, bien qu'elles n'aient pas réclamé de prestations durant leur congé de maternité, ont pris en moyenne 8,8 semaines de congé avant l'accouchement. 34,6 % des femmes qui n'ont réclamé des prestations qu'après l'accouchement ont néanmoins pris en moyenne 2,7 semaines avant l'accouchement. Les trois catégories de femmes ont pris considérablement plus de quinze semaines de congé relativement à l'accouchement (en moyenne, de 21,8 à 25,1 semaines)<sup>30</sup>, ce qui laisse entendre que quinze semaines ne suffisent pas pour la maternité et le soin des enfants. Le congé pris avant l'accouchement se rapporte manifestement à la maternité et non au soin des enfants. Il ressort d'autres éléments de preuve que de nombreuses femmes ont différé leur congé de maternité jusqu'au dernier moment possible parce que la période de prestations est si restreinte qu'elles désirent la réserver autant que possible pour le rétablissement postnatal, et dans une certaine mesure pour le soin des enfants. S'il existait d'autres options pour le soin des enfants, comme par exemple la faculté pour le père de prendre quelques semaines de congé de paternité avec prestations, cela permettrait à la mère de prendre davantage de congé avant l'accouchement, ce qui, d'après le témoignage, répondrait davantage à leurs besoins physiologiques.

Même si l'article 30 était considéré comme l'équivalent suffisant pour la mère naturelle des prestations pour le soin des enfants données aux parents adoptifs en vertu de l'article 32, il serait tout de même impossible de trouver dans ce système une équivalence de prestations pour le père naturel: il n'est pas acceptable de «faire la

<sup>29</sup> Pièce 49, aux p. 67-68.

<sup>30</sup> Pièce P2-52, à la p. 20.

it is not acceptable to "average out" the benefits as between the respective family units.

Finally, it is relevant that various public bodies which have considered the matter have also concluded that the present system is discriminatory as between adoptive parents and natural parents. As noted earlier the Canadian Human Rights Commission advised the plaintiff on September 24, 1987 that it considered this law discriminatory. In 1985 the Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights, a subcommittee of the House of Commons Committee on Justice and Legal Affairs established to consider what changes might be required in federal statutes to make them comply with section 15 of the Charter, recommended that natural parents should be entitled to benefits equivalent to those provided to adoptive parents. This approach, rather than allowing the natural father to share part of the benefits under section 30, was chosen by the Committee<sup>31</sup>

... because it is the most appropriate way of meeting the equality concerns that have been raised.

The Royal Commission of Inquiry on Unemployment Insurance (Forget Commission) in its 1986 report agreed with the conclusions of the Parliamentary Committee in this respect and recommended the creation of a "two-tier" system of benefits with a distinct provision for maternity benefits and then a provision for parental benefits equally available to natural or adoptive parents.<sup>32</sup>

In the light of this evidence I am satisfied that the distinction which excludes natural parents from the opportunity of receiving unemployment insurance benefits in respect of a period for child-care of an infant is pejorative or of negative effect. Further, it is a substantial disadvantage which the natural parents suffer in this way. This meets the test for infringement of subsection 15(1) of the Charter in accordance with jurisprudence such as the *Smith, Kline & French* case<sup>33</sup> which is binding on me. Because of the tenuous nature of the

<sup>31</sup> *Supra*, note 22, at p. 12.

<sup>32</sup> Exhibit P2-53 at pp. 123-124.

<sup>33</sup> *Supra*, note 14.

moyenne des prestations» entre les unités familiales respectives.

En dernier lieu, il convient de souligner que les divers organismes qui ont examiné la question ont également conclu que le système actuel crée une discrimination entre les parents adoptifs et les parents naturels. Ainsi qu'il a été souligné ci-dessus, la Commission canadienne des droits de la personne a informé le demandeur le 24 septembre 1987 qu'elle jugeait cette loi discriminatoire. En 1985, le rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité, un sous-comité du Comité de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes établi pour examiner quels changements pourraient être apportés aux lois fédérales pour les rendre conformes à l'article 15 de la Charte, a recommandé que les parents naturels aient droit à des prestations équivalant à celles prévues pour les parents adoptifs. Plutôt que de permettre au père naturel de partager les prestations prévues à l'article 30, le Comité<sup>31</sup> a adopté cette approche

... parce que c'est, à notre avis, le meilleur moyen de résoudre les questions d'égalité qui ont été soulevées.

Dans son rapport de 1986, la Commission d'enquête sur l'assurance-chômage (Commission Forget) s'est montrée d'accord avec les conclusions du Comité parlementaire à ce sujet, et elle a recommandé la création d'un système à «deux paliers» de prestations, avec une disposition distincte pour les prestations de maternité, et en plus une disposition pour les prestations pour le soin des enfants dont pourraient bénéficier tant les parents naturels que les parents adoptifs<sup>32</sup>.

Ces éléments de preuve me convainquent que la distinction qui prive les parents naturels de la possibilité de recevoir des prestations d'assurance-chômage à l'égard de la période qu'ils consacrent au soin d'un nouveau-né est pejorative ou est d'un effet négatif. De plus, cette distinction cause aux parents naturels un désavantage considérable. Se trouve donc rempli le critère de la violation du paragraphe 15(1) de la Charte, critère établi par la jurisprudence tel l'arrêt *Smith, Kline & French*<sup>33</sup>, par lequel je me trouve lié. Étant donné

<sup>31</sup> *Supra*, renvoi 22, à la p. 13.

<sup>32</sup> Pièce P2-53, aux p. 123 et 124.

<sup>33</sup> *Supra*, renvoi 14.

jurisprudence on this subject, however, and the impending decision of the Supreme Court of Canada in the *Andrews*<sup>34</sup> case where a more stringent test was applied to establish infringement of subsection 15(1), I will make a finding also that the distinctions in question here constitute discrimination even when measured by those more rigorous tests. The *Andrews* line of cases requires that for there to be infringement of subsection 15(1) the distinction in question must be "unreasonable or unfair". As I have already indicated, on the face of it this distinction between adoptive and natural parents has nothing to commend it. While the evidence does suggest that section 32 is inclusive of situations which are not comparable to those of natural parents, I am satisfied that there is still a substantial area of comparability where benefits are significantly different. Such distinctions as may exist between natural and adoptive parents can be accommodated within the test that benefits are payable where it is "reasonable" for the parent to stay home with the child. I find the failure to make benefits on this basis available to one group and not the other is unreasonable and unfair.

### Remedies

Having concluded that section 32 creates unequal benefit of the law by discrimination, there are two possible kinds of declarations I could make. I could either declare section 32 to be invalid in its present form, thus denying benefits to those already within it, or I could simply declare the entitlement of natural parents to benefits equal to those now provided to adoptive parents under section 32. Counsel for the plaintiff and for the intervenor argued for the latter approach, while counsel for the defendants argued that I must, if I concluded there was unequal benefit of the law, strike down the existing benefits in section 32.

<sup>34</sup> *Supra*, note 13.

le caractère tenu de la jurisprudence à ce sujet, et la décision imminente de la Cour suprême dans l'affaire *Andrews*<sup>34</sup>, où un critère plus strict a été appliqué pour établir la violation du paragraphe 15(1), je statuerai également que les distinctions contestées en l'espèce constituent une discrimination même lorsqu'on les mesure à l'aune des critères plus rigoureux. Selon les décisions du même type que l'arrêt *Andrews*, pour qu'il y ait violation du paragraphe 15(1), la distinction en question doit être «déraisonnable ou injuste». Ainsi que je l'ai indiqué, cette distinction entre les parents adoptifs et les parents naturels, si on s'en tient à celle-ci, n'a rien qui milite en sa faveur. Même si la preuve laisse entendre que l'article 32 vise sans doute des situations qui ne sont pas comparables à celles que vivent les parents naturels, je suis convaincu qu'il vise néanmoins nombre de situations comparables à celles que connaissent les parents naturels et qui ouvrent tout de même droit à des prestations considérablement différentes de celles qui sont versées à ces derniers. Le critère selon lequel des prestations sont payables lorsqu'il est «raisonnable» pour un parent de rester à la maison avec l'enfant est susceptible de réconcilier les distinctions qui peuvent exister entre les parents naturels et les parents adoptifs. Cela étant, j'estime déraisonnable et injuste d'accorder des prestations aux seconds et non aux premiers.

### Redressements

Ayant conclu que l'article 32 déroge au principe du même bénéfice de la loi par voie de discrimination, je peux me prononcer sur la question de deux façons. Ou bien je pourrais déclarer que l'article 32 est invalide dans sa forme actuelle, refusant ainsi des prestations à ceux qui y ont déjà droit, ou bien je pourrais déclarer que les parents naturels ont droit à des prestations égales à celles dont les parents adoptifs bénéficient sous le régime de l'article 32. Les avocats du demandeur et de l'intervenant ont penché pour la dernière solution, alors que celui des défenderesses a fait valoir que si je concluais qu'il n'y avait pas même bénéfice de la loi, je devrais déclarer invalides les prestations actuelles prévues à l'article 32.

<sup>34</sup> *Supra*, renvoi 13.

In framing a remedy under the Charter, it is important to keep in mind that subsection 24(1) authorizes me in these circumstances to grant

24. (1) ... such remedy as the Court considers appropriate and just in the circumstances.

Section 32 is defective, not because the benefits it provides are prohibited by the Charter, but rather because neither it nor any other part of the Act goes far enough in equally providing benefits to others similarly situated: that is, it is "under-inclusive". I would not consider it "appropriate and just in the circumstances" to deprive those persons qualified under section 32 of their benefits. I doubt that such an approach is "appropriate and just" in any case involving under-inclusive provisions for social services or income insurance.<sup>35</sup> Instead I consider it appropriate and just to make a declaration as to the entitlement of others to the same benefits and leave it to Parliament to remedy the situation in accordance with the Charter, either by extending similar benefits to natural parents, or by eliminating the benefits given to adoptive parents, or by some provision of more limited benefits on an equal basis to both adoptive and natural parents in respect of child-care. I am not in effect telling Parliament that it must follow one route or the other: all I am determining is that if it is going to provide such benefits it must provide them on a non-discriminatory basis. I am prepared to assume at this stage that Parliament will take the necessary action to render equal a system of benefits found by this Court to be unequal.<sup>36</sup>

I will therefore issue a declaration that, as long as section 32 remains in its present form, a major attachment claimant who is the natural father or mother of a newborn child should be entitled to benefits under the *Unemployment Insurance Act, 1971* in respect of periods taken off work to care for that child on the same terms as adoptive parents are so entitled. As I interpret it the criteria

<sup>35</sup> *Califano* case, *supra*, note 21. But cf. *Attorney-General of Nova Scotia et al. v. Phillips* (1986), 34 D.L.R. (4th) 633 (N.S.C.A.).

<sup>36</sup> See *Hoogbruin v. A.G.B.C.* (1985), 70 B.C.L.R. 1 (C.A.).

Dans la détermination d'un redressement sous l'empire de la Charte, il importe de se rappeler que le paragraphe 24(1) m'autorise dans les circonstances à accorder

24. (1) ... la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

L'article 32 est entaché de vice, non pas parce que les prestations qu'il prévoit sont interdites par la Charte, mais parce que ni cet article ni aucune autre partie de la Loi ne veulent aller suffisamment loin lorsqu'il s'agit de prévoir de façon égale des prestations pour ceux qui se trouvent dans la même situation: dans ce sens, «il ne couvre pas toutes les situations». À mon avis, il n'est pas «convenable et juste eu égard aux circonstances» de priver les bénéficiaires visés à l'article 32 de leurs prestations. Je doute qu'une telle approche soit jamais «convenable et juste» lorsqu'il s'agit de dispositions portant sur les services sociaux ou sur l'assurance en matière de revenu et qui ne couvrent pas toutes les situations<sup>35</sup>. J'estime plutôt convenable et juste de me prononcer sur le droit des autres aux mêmes prestations et de laisser au législateur le soin de remédier à la situation conformément à la Charte, soit en étendant de semblables prestations aux parents naturels, soit en éliminant les prestations accordées aux parents adoptifs, soit en prévoyant des prestations plus restreintes dont bénéficieraient également les parents tant adoptifs que naturels à l'égard du soin des enfants. Je n'entends pas imposer au législateur une solution ou une autre: je dis simplement que s'il veut prévoir des prestations, il doit les prévoir de façon non discriminatoire. Je suis disposé à présumer, à ce stade, que le législateur va prendre la mesure nécessaire pour égaliser un système de prestations que cette Cour juge injuste<sup>36</sup>.

Je vais donc rendre un jugement déclaratoire portant que, tant que l'article 32 revêt sa forme actuelle, le prestataire de la première catégorie qui est le père naturel ou la mère naturelle d'un nouveau-né devrait avoir droit à des prestations sous le régime de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* à l'égard du congé pris pour s'occuper de cet enfant, tout comme les parents adoptifs y ont

<sup>35</sup> *Affaire Califano*, *supra*, renvoi 21. Mais cf. *Attorney-General of Nova Scotia et al. v. Phillips* (1986), 34 D.L.R. (4th) 633 (C.A.N.-É.).

<sup>36</sup> Voir *Hoogbruin v. A.G.B.C.* (1985), 70 B.C.L.R. 1 (C.A.).

and conditions of benefits under section 32 are the following:

- (1) Fifteen weeks of benefits are provided for either parent to stay home during the seventeen week period after the child arrives in the claimant's home, subject to the limit in paragraph 22(3)(a) to a total of fifteen weeks of the special benefits referred to therein (those paid by reason of pregnancy, placement for adoption, or illness) during any benefit period. Such benefits are payable even though the claimant is not available for work.
- (2) Either parent if otherwise a qualified claimant can receive these benefits if it is "reasonable" for that claimant to remain at home by reason of the arrival in the home of the child, but only so long as it remains "reasonable" to do so.
- (3) Not more than one parent can receive benefits with respect to the arrival in the home of one child.
- (4) Such benefits are paid in respect of child-care and not in respect of maternity.

The extension of an equal benefit under the law to natural parents would mean providing them with benefits on these same terms and conditions. As I have indicated earlier, section 30 cannot be seen as at least a partial equivalent of the section 32 benefits because by its own criteria it is related to childbirth and its effects are predominantly in relation to child-bearing rather than child-care.

It will be noted that if paragraph 22(3)(a) of the Act were to be modified to cover all child-care benefits in a manner similar to the present treatment of section 32 placement benefits, this would still preclude the natural mother from any additional weeks of benefits beyond fifteen. An adoptive parent is not entitled to some or all of the section 32 benefits if he or she has already, within the same benefit period, had other special benefits such as sickness benefits, as described in para-

droit. Selon mon interprétation, les critères et les conditions de prestations sous le régime de l'article 32 sont les suivantes:

- (1) Quinze semaines de prestations sont prévues pour que l'un ou l'autre parent demeure à la maison durant la période de dix-sept semaines après l'arrivée de l'enfant à la maison du prestataire sous réserve de la limite prévue à l'alinéa 22(3)a, c'est-à-dire jusqu'à un total de quinze semaines des prestations spéciales y mentionnées (celles versées en raison d'une grossesse, d'un placement pour adoption ou d'une maladie) au cours d'une période de prestations. Ces prestations sont payables même si le prestataire n'est pas disponible pour travailler.
- (2) L'un ou l'autre parent, s'il est par ailleurs un prestataire qualifié, peut recevoir ces prestations s'il est «raisonnable» pour ce prestataire de demeurer à la maison à la suite de l'arrivée de l'enfant, mais seulement tant qu'il est «raisonnable» de le faire.
- (3) Un seul parent peut recevoir des prestations relativement à l'arrivée à la maison d'un enfant.
- (4) Ces prestations sont versées à l'égard du soin des enfants et non de la maternité.

Étendre le même bénéfice de la loi aux parents naturels reviendrait à leur fournir des prestations selon les conditions susmentionnées. Ainsi que je l'ai indiqué ci-dessus, les prestations prévues à l'article 30 ne sauraient être considérées comme au moins un équivalent partiel des prestations de l'article 32 parce que, selon les propres critères de l'article 30, celui-ci se rapporte à l'accouchement et ses effets portent principalement sur la maternité plutôt que sur le soin des enfants.

Il faut souligner que si l'alinéa 22(3)a) de la Loi devait être modifié pour englober toutes les prestations pour le soin des enfants d'une manière semblable au régime actuel de prestations de placement de l'article 32, la mère naturelle ne pourrait toujours pas avoir droit à des semaines additionnelles de prestations au-delà de quinze. Un parent adoptif n'a pas droit à une partie ou à la totalité des prestations prévues à l'article 32 s'il a déjà eu, dans la même période de prestations, d'autres pres-

graph 22(3)(a). Such restrictions might in one sense equally be applied to natural parents. But the practical effect of this in the normal case would be that the natural mother, having taken fifteen weeks of pregnancy benefits, would not be able to take advantage of child-care benefits. While perhaps amounting to formal equality, such a regime could not produce equality of result as the natural mother would virtually never have the choice of taking child-care benefits in addition to pregnancy benefits. Put another way, the natural parents would not have the same freedom of choice concerning child-care arrangements as do adoptive parents. Therefore in any amended regime designed to achieve equality for natural parents, the natural mother should not be precluded from entitlement to child-care benefits, in whole or in part, by reason of having received pregnancy benefits within the same benefit period. This conclusion is predicated on my finding that section 30 benefits are essentially for pregnancy and cannot be regarded as of more than incidental use for child-care purposes. There will always be a question, however, as to whether it is reasonable for the natural mother to take all or part of a further fifteen weeks of child-care benefits.

Such a declaration does not conform precisely to any of the alternatives requested by the plaintiff. It is closest to the prayer for relief in paragraph 20(a) of the statement of claim which requests a declaration of this nature but only in favour of natural fathers and not both natural parents. However in paragraph 20(a.1) of the statement of claim as amended at trial it was proposed to give child-care benefits to either natural parent as they might choose, and this issue was canvassed fully in argument. I am giving the declaration in the form described above because I believe it is the one which is most consistent with subsection 15(1) of the Charter and which does not create new inequalities as between natural parents and adoptive parents.

tations spéciales telles que des prestations de maladie, aux termes de l'alinéa 22(3)a). Ces restrictions pourraient, dans un sens, s'appliquer également aux parents naturels. Dans le cas normal, la conséquence pratique en serait que la mère naturelle, ayant pris quinze semaines de prestations de grossesse, ne pourrait se prévaloir des prestations pour le soin des enfants. Bien qu'équivalent en pratique à une égalité formelle, un tel régime ne pourrait donner lieu à une égalité de conséquence puisque la mère naturelle n'aurait pratiquement jamais le choix des prestations pour le soin des enfants en plus des prestations de grossesse. Autrement dit, les parents naturels n'auraient pas la même liberté de choix que les parents adoptifs à l'égard des mesures visant le soin de leurs enfants. En conséquence, dans un régime modifié destiné à accorder l'égalité aux parents naturels, on ne devrait pas priver la mère naturelle du droit aux prestations pour le soin des enfants, en tout ou en partie, parce qu'elle a reçu des prestations de grossesse dans la même période de prestations. Cette conclusion repose sur ma conclusion que les prestations de l'article 30 sont essentiellement pour la grossesse et ne sauraient être considérées comme étant d'un usage plus qu'accessoire pour le soin des enfants. Toutefois, il se posera toujours la question de savoir s'il est raisonnable pour la mère naturelle de prendre la totalité ou une partie d'une autre période de quinze semaines de prestations pour le soin des enfants.

Une telle déclaration ne correspond précisément à aucune des solutions de rechange demandées par le demandeur. Elle se rapproche le plus de la demande de redressement figurant à l'alinéa 20a) de la déclaration, qui tend à un jugement déclaratoire de ce genre mais seulement en faveur des pères naturels et non des deux parents naturels. Toutefois, à l'alinéa 20(a.1) de la déclaration telle qu'elle a été modifiée au procès, on a proposé de donner des prestations pour le soin des enfants à l'un ou à l'autre des parents naturels, selon leur choix, et cette question a été examinée à fond au débat. Je vais rendre le jugement déclaratoire sous la forme décrite ci-dessus parce que je crois qu'il est le plus conforme au paragraphe 15(1) de la Charte et qu'il ne crée pas de nouvelles inégalités entre les parents naturels et les parents adoptifs.

I have rejected the alternative forms of declaration requested by the plaintiff. That requested in paragraph 20(a.1) of the statement of claim would have converted section 32 into a general parental benefit section by striking out any references to adoption in it and in subsection 22(3). While it would be possible for me to render valid a statutory provision by striking out words which cause it to have an invalid effect<sup>37</sup> that would not have been sufficient to extend section 32 benefits to natural parents. Associated with this requested relief was a request for a declaration that the term "placement", as used in section 32 and in subsection 22(3), means both placement of an adopted child and the arrival in the home of its natural parents of a newborn infant. I think it would be only rarely that a court would attempt to provide a definition for a term which Parliament has not defined<sup>38</sup> as this really involves a form of legislation.<sup>39</sup> Further, I am not prepared to declare that the word "placement" has a meaning which it is not capable of bearing. Placement refers to the act of placing. I do not think it can be said, except in a most figurative or metaphorical sense, that a newborn child is "placed" with its natural parents.

As another alternative it was requested in paragraph 20(a.2) that words could be struck out of the new section 32.1 so as to eliminate the conditions there for payment to a natural father, such conditions being that the mother of the child be either dead or unable to care for it. The result would be that the natural father could claim benefits in any case where it was reasonable for him to remain at home in order to care for the child. This would provide no potential benefit to natural mothers whatever. For reasons already stated, I believe that in principle benefits should be available to the natural mother as well as natural father, as they may choose, on the same terms as for adoptive parents.

<sup>37</sup> See e.g. *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

<sup>38</sup> See e.g. *Califano* case *supra*, note 21, at p. 92.

<sup>39</sup> See *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169.

J'ai rejeté les formes subsidiaires de déclaration demandées par le demandeur. Celle qui est proposée à l'alinéa 20(a.1) de la déclaration aurait fait de l'article 32 un article général prévoyant des prestations pour le soin des enfants en supprimant toute mention d'adoption aussi bien dans cette disposition qu'au paragraphe 22(3). Même s'il m'est possible de rendre valide une disposition législative en radiant le passage qui la rend invalide<sup>37</sup>, cela n'aurait pas suffi pour étendre les prestations prévues à l'article 32 aux parents naturels. À ce redressement demandé s'est greffée une demande de jugement déclaratoire portant que le terme «placement» employé à l'article 32 et au paragraphe 22(3) s'entend à la fois du placement d'un enfant adopté et de l'arrivée à la maison de ses parents naturels d'un nouveau-né. À mon avis, il est rare qu'un tribunal tente de donner la définition d'un terme que le législateur n'a pas défini<sup>38</sup>, car il s'agit là en réalité d'une forme de législation<sup>39</sup>. De plus, je ne suis pas disposé à déclarer que le mot «placement» a un sens qu'il ne saurait avoir. Le terme «placement» s'entend de l'acte de placer. Je ne pense pas qu'on puisse dire, sauf dans un sens très figuré ou métaphorique, qu'un nouveau-né est «placé» chez ses parents naturels.

À titre subsidiaire encore, à l'alinéa 20(a.2), on a demandé la radiation de certains mots du nouvel article 32.1 de manière à éliminer les conditions applicables au service des prestations à un parent naturel, savoir le décès de la mère de l'enfant ou son incapacité qui l'empêche de s'occuper de son enfant. Il en résulterait que le père naturel pourrait demander des prestations dans tous les cas où il était raisonnable pour lui de demeurer à la maison pour s'occuper de son enfant. Les mères naturelles n'obtiendraient éventuellement pas de prestations quelles qu'elles soient. Pour les motifs déjà invoqués, j'estime que, en principe, tant la mère naturelle que le père naturel devraient bénéficier de prestations, selon leur choix, et selon les mêmes conditions qui sont faites aux parents adoptifs.

<sup>37</sup> Voir p. ex. *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

<sup>38</sup> Voir p. ex. l'affaire *Califano*, *supra*, renvoi 21, à la p. 92.

<sup>39</sup> Voir *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 169.

I have rejected the alternative relief, sought in paragraph 20(b) of the statement of claim. This was for a declaration in effect entitling a natural father to share fifteen weeks benefits with the mother, on the birth of their child, the time to be divided in accordance with their mutual wishes. By this proposal any child-care time gained by the father would be at the expense of the mother's section 30 benefits. As I have said earlier, those section 30 benefits are essentially distinct in purpose and effect from parental benefits and the position of the father cannot be "equalized" by depriving the natural mother of benefits the rationale for which can only apply to her.

Professor S.A. Rae, Jr., of the Institute for Policy Analysis of the University of Toronto testified as to the estimated additional costs of various regimes for child-care benefits for natural parents. These were calculated on the basis of the estimated cost for the existing system of fifteen weeks pregnancy benefits being \$502 million in 1986. I have not taken his estimates into account in reaching my decision as to the appropriate declaration. While cost implications might have been relevant had section 1 been invoked by the defendants, I do not think they can be relevant to the question of whether a section 15 right has been infringed. Further, although Professor Rae's evidence was highly credible I do not believe that he provided a calculation of possible costs for a regime with the combination of criteria which I have found to be necessary to provide benefit of the law equal to that in section 32.

Similarly I have concluded that the evidence given by Dr. Marsden Wagner of Copenhagen, Regional Officer for maternal and child health of the World Health Organization is not directly relevant to this matter. His evidence mostly pertained to the regimes of maternity and child-care benefits in the countries of eastern and western Europe. Again, though highly interesting in comparing benefits available in Canada to those in other countries, such evidence cannot by its nature

J'ai rejeté le redressement subsidiaire demandé à l'alinéa 20b) de la déclaration. Ce redressement consistait dans un jugement déclarant que le père naturel a le droit de partager les prestations de quinze semaines avec la mère, à la naissance de leur enfant, le temps que l'un et l'autre passent à la maison devant être partagé selon leur désir commun. D'après cette proposition, le temps que le père obtiendrait de consacrer au soin de son enfant serait au détriment des prestations prévues pour la mère à l'article 30. Comme je l'ai dit ci-dessus, les prestations de l'article 30 diffèrent essentiellement, quant à leur but et à leur effet, des prestations pour le soin des enfants, et la situation du père ne saurait être «égalisée» en privant la mère naturelle de prestations dont la justification ne peut que s'appliquer à celle-ci.

Le professeur S.A. Rae, fils, de l'Institute for Policy Analysis, University of Toronto, a déposé sur les coûts additionnels estimatifs de divers régimes de prestations aux parents naturels pour le soin de leurs enfants. Le calcul a été effectué en plaçant le coût estimé du système actuel de prestations de grossesse de quinze semaines à 502 \$ millions en 1986. Je n'ai pas tenu compte des estimations de M. Rae en décidant de rendre le jugement déclaratoire approprié. Bien que les coûts additionnels auraient pu être pertinents si l'article 1 avait été invoqué par les défenderesses, je ne pense pas qu'ils se rapportaient à la question de savoir si un droit prévu à l'article 15 a été violé. De plus, bien que le témoignage du professeur Rae soit hautement crédible, je ne crois pas qu'il ait calculé les coûts possibles d'un régime doté des caractéristiques que j'ai trouvées nécessaires pour qu'il y ait bénéfice de la loi égal à celui qu'on trouve à l'article 32.

De même j'ai conclu que le témoignage rendu par le Dr Marsden Wagner de Copenhague, fonctionnaire régional chargé de la santé maternelle et infantile de l'Organisation mondiale de la santé, ne se rapportait pas directement à l'espèce. Son témoignage portait surtout sur les régimes de prestations de maternité et de prestations pour le soin des enfants dans les pays de l'Europe orientale et occidentale. Encore une fois, bien qu'il soit intéressant de comparer les prestations disponibles au Canada avec celles des autres pays, ce témoignage, de par sa nature, n'aide pas à trancher la question

be of help in determining whether there is an infringement of a section 15 right.

The plaintiff in paragraph 20(c) has asked for an order requiring the defendants to pay to him the benefits to which he was entitled in accordance with any declaration which I might issue. It follows from what I have said that the Commission erred in law in holding that he was not available for work during the three week period when he stayed at home to care for his newborn child. By virtue of the Charter he was entitled to be treated on the same basis as an adoptive parent in similar circumstances, and such a person would, by section 32, be exempted from the requirement in section 25 of the Act that a claimant to be eligible for benefits must be available for work. The Charter requires that the plaintiff have the advantage of a similar exception from the availability requirement. Consistently with the provisions for benefits for adoptive parents, the plaintiff would have had to serve a two week waiting period during the three weeks he stayed home, and then would have been entitled to benefits for the last week if it had been reasonable for him to remain at home during that period. It is agreed that had he received benefits they would have been in the amount of \$276 per week. I do not think I should order the payment of this amount. Parliament has provided a procedure for the determination of entitlement of specific claims. This involves a decision by the Commission, with rights of appeal to a Board of Referees, to an Umpire, and ultimately by way of judicial review under section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], to the Federal Court of Appeal. While there is a duty on the Commission to conduct itself consistently with the decision which I am rendering in this case, the better procedure will be for the Commission to review the plaintiff's claim and determine it on the basis that, if he otherwise meets the requirements of the Act, he is entitled to benefits. The Commission will have to determine, *inter alia*, if it was reasonable for him to stay home when his wife was already there, as that is a requirement of section 32.

de savoir s'il y a violation d'un droit prévu à l'article 15.

À l'alinéa 20c), le demandeur a conclu à une ordonnance exigeant des défenderesses qu'elles lui versent les prestations auxquelles il a droit en vertu du jugement déclaratoire que je pourrais rendre. Il découle de ce que j'ai dit que la Commission avait commis une erreur de droit en statuant que le demandeur n'était pas disponible pour travailler au cours de la période de trois semaines où il est resté à la maison pour prendre soin de nouveau-né. En vertu de la Charte, il était en droit de recevoir le même traitement que celui réservé à un parent adoptif dans des circonstances semblables, et ce dernier serait, en vertu de l'article 32, exempté de l'exigence posée par l'article 25 de la Loi selon laquelle un prestataire, pour être admissible, doit être disponible pour travailler. La Charte veut que le demandeur échappe également à l'exigence de disponibilité. Conformément aux dispositions relatives aux prestations pour les parents adoptifs, le demandeur aurait eu à attendre que se soit écoulé le délai de carence de deux semaines à déduire des trois semaines où il est resté à la maison, et il aurait eu droit à des prestations pour la dernière semaine s'il avait été raisonnable pour lui de rester à la maison durant cette période. Il est convenu que s'il avait reçu des prestations, celles-ci se seraient élevées à la somme de 276 \$ par semaine. Je ne pense pas que je doive ordonner le versement de cette somme. Le législateur a prévu une procédure de détermination du droit à des revendications particulières, c'est-à-dire une décision de la Commission, avec droit d'appel à un conseil arbitral, puis à un juge-arbitre et en dernier lieu, un contrôle judiciaire sous le régime de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10] devant la Cour d'appel fédérale. Bien que la Commission soit tenue de se conformer à la décision que je vais rendre en l'espèce, la meilleure procédure à suivre par la Commission consiste à examiner la demande du demandeur et à la trancher en tenant pour acquis que, s'il remplit par ailleurs les exigences de la Loi, il a droit à des prestations. Elle devra déterminer notamment s'il était raisonnable pour lui de rester à la maison lorsque sa femme y était déjà, ainsi que l'exige l'article 32.

The plaintiff also asked in paragraph 20(d) that I declare section 32 invalid but also declare that such section should continue to have the same force and effect until a time specified by the Court deemed sufficient for the legislation to be amended consistently with the Charter. Instead of taking this approach, I canvassed with counsel the possibility of using my power under Rule 341A [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663; SOR/79-57, s. 8] to suspend my judgment pending appeal, should I be making a declaration which would imply the need for legislative amendments. Counsel agreed that this would be an appropriate step. I will therefore so suspend my judgment in the anticipation that in the interim necessary consideration will be given to appropriate legislative action should an appeal be taken and not succeed. This will also permit the continuing payment of benefits as now provided under the Act.

While the plaintiff asked for interest on any moneys found to be owing to him, as I have not adjudicated that question I need not consider the matter of interest.

#### Costs

It was agreed that counsel would have a further opportunity to address the question of costs after reasons were issued. I will therefore defer the determination of costs and the entry of formal judgment until counsel have spoken to this matter.

Le demandeur a également demandé à l'alinéa 20d) que je déclare invalide l'article 32, et que je déclare également que cet article devrait continuer d'avoir le même effet jusqu'à un moment précisé par la Cour et jugé suffisant pour permettre la modification de la loi conformément à la Charte. Au lieu d'adopter cette solution, j'ai discuté avec les avocats de la possibilité de faire usage du pouvoir que je tiens de la Règle 341A [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663; DORS/79-57, art. 8] pour suspendre mon jugement jusqu'à l'issue de l'appel, au cas où je rendrais un jugement déclaratoire qui impliquerait la nécessité de modifications législatives. Les avocats ont convenu que ce serait une mesure appropriée. Je vais donc suspendre mon jugement dans la pensée qu'entretemps, une mesure législative appropriée sera nécessairement envisagée si un appel était formé et rejeté. Cela permettra également de continuer le versement des prestations prévues actuellement par la Loi.

Bien que le demandeur ait réclamé des intérêts sur toute somme dont je pouvais juger qu'elle lui est due, comme je ne me suis pas prononcé sur cette question, je n'ai pas à examiner celles des intérêts.

#### Les dépens

Il a été convenu que les avocats auraient encore la possibilité d'aborder la question des dépens une fois les motifs prononcés. Je vais donc ajourner la détermination des dépens et l'inscription du jugement formel jusqu'à ce que les avocats aient abordé cette question.