

John O. Miron and Jocelyne Valliere *Appellants*

v.

Richard Trudel, William James McIsaac and the Economical Mutual Insurance Company *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec and the Attorney General of Manitoba *Intervenors*

INDEXED AS: MIRON v. TRUDEL

File No.: 22744.

1994: June 2; 1995: May 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Automobile insurance — Standard automobile policy prescribed by provincial legislation extending accident benefits to "spouse" of policy holder — Term "spouse" not including unmarried common law spouse — Whether limitation of benefits to married persons violates s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether violation justifiable under s. 1 of Charter — Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 218, ss. 231, 233, Schedule C.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Appropriate remedy — Standard automobile insurance policy prescribed by provincial legislation extending accident benefits to "spouse" of policy holder — Term "spouse" not including unmarried common law spouse — Limitation of benefits to married persons violating s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Violation not justifiable under s. 1 of Charter —

John O. Miron et Jocelyne Valliere *Appellants*

c.

Richard Trudel, William James McIsaac et Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec et le procureur général du Manitoba *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: MIRON c. TRUDEL

N° du greffe: 22744.

1994: 2 juin; 1995: 25 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Assurance-automobile — Police automobile type établie sous le régime d'une loi provinciale qui étend au «conjoint» du souscripteur les indemnités d'assurance en cas d'accident — Le terme «conjoint» n'inclut pas les conjoints de fait — La restriction des indemnités aux seules personnes mariées viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation peut-elle se justifier en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1980, ch. 218, art. 231, 233, Annexe C.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Exécution — Réparation appropriée — Police automobile type établie sous le régime d'une loi provinciale qui étend au «conjoint» du souscripteur les indemnités d'assurance en cas d'accident — Le terme «conjoint» n'inclut pas les conjoints de fait — Restriction des indemnités aux seules personnes mariées en contravention de l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Violation non justifiable au regard de l'article premier de la Charte — La Cour devrait-elle, par «interpréta-

Whether Court should retroactively "read in" more inclusive definition of "spouse" under s. 24 of Charter.

The appellants lived together with their children. While they were not married, their family functioned as an economic unit. In 1987, M was injured while a passenger in an uninsured motor vehicle driven by an uninsured driver. After the accident, the appellant M could no longer work and contribute to his family's support. He made a claim for accident benefits for loss of income and damages against V's insurance policy, which extended accident benefits to the "spouse" of the policy holder. The respondent insurer denied his claim on the ground that M was not legally married to V and hence not her "spouse". The appellants sued the insurer. The insurer brought a preliminary motion to determine whether the word "spouse", as used in the applicable portions of the policy, includes unmarried common law spouses. The motions court judge found that "spouse" meant a person who is legally married. The appellants appealed the decision to the Court of Appeal, arguing first that M is a spouse under the terms of the policy, and alternatively, that the policy terms, which are those of the standard automobile policy prescribed by the *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, discriminate against him in violation of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal dismissed their appeal.

Held (Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Major J.J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci J.J.: The analysis under s. 15(1) of the *Charter* involves two steps. First, the claimant must show a denial of "equal protection" or "equal benefit" of the law, as compared with some other person. Second, he or she must show that the denial constitutes discrimination. To establish discrimination, the claimant must show that the denial rests on one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground and that the unequal treatment is based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, although in rare cases distinctions made on enumerated or analogous grounds may prove to be, upon examination, non-discriminatory. Once a violation of s. 15(1) is established, the onus then shifts to the party seeking to uphold the law, usually the state, to justify the discrimination under s. 1 of the *Charter*. This division of the analysis between s. 15(1)

tion large» rétroactive donner une définition plus étendue au «conjoint», en vertu de l'art. 24 de la Charte?

Les appelants vivaient ensemble avec leurs enfants. Ils n'étaient pas mariés, mais leur famille fonctionnait comme une unité économique. En 1987, M a été blessé alors qu'il était passager à bord d'un véhicule à moteur non assuré conduit par un conducteur non assuré. À la suite de l'accident, M ne pouvait plus travailler et contribuer au soutien de sa famille. Il a présenté une réclamation d'indemnité d'assurance-accidents pour perte de revenu et dommages-intérêts fondée sur la police d'assurance de V, qui étendait au «conjoint» du souscripteur les indemnités d'assurance en cas d'accident. L'assureur intimé a rejeté sa réclamation parce que M n'était pas légalement marié à V et, partant, qu'il n'en était pas le «conjoint». Les appelants ont intenté une poursuite contre l'assureur, qui a déposé une requête préliminaire visant à faire déterminer si le terme «conjoint», utilisé dans les stipulations applicables de la police, comprend les conjoints de fait. Le juge des requêtes a conclu que le terme «conjoint» désignait une personne légalement mariée. Les appelants ont interjeté appel contre cette décision devant la Cour d'appel, en faisant valoir premièrement que M est un conjoint au sens de la police et, subsidiairement, que les modalités de la police, qui sont prévues dans la police automobile type, établie sous le régime de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, sont discriminatoires à son endroit et violent le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a rejeté leur demande.

Arrêt (Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci: L'analyse fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il y a eu négation de son droit «à la même protection» ou «au même bénéfice» de la loi qu'une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination. Pour établir qu'il y a une discrimination, le demandeur doit prouver que la négation repose sur l'un des motifs énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue et que le traitement inégal est fondé sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe, bien que, dans de rares cas, des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou des motifs analogues peuvent, à l'examen, se révéler non discriminatoires. Une fois que la violation du par. 15(1) est établie, il y a alors déplacement de la charge de la preuve et la partie qui cherche le maintien

and s. 1 accords with the injunction that courts should interpret the enumerated rights in a broad and generous fashion, leaving the task of narrowing the *prima facie* protection thus granted to conform to conflicting social and legislative interests to s. 1. At the same time, it does not trivialize s. 15(1) by calling all distinctions discrimination. Proof that the enumerated or analogous ground founding a denial of equality is relevant to a legislative goal is only one factor in determining whether a distinction is discriminatory in the social and political context of each case. Relevance as the ultimate indicator of non-discrimination suffers from the disadvantage that it may validate distinctions which violate the purpose of s. 15(1) and may lead to inquiries better pursued under s. 1.

Exclusion of unmarried partners from accident benefits available to married partners under the policy violates s. 15(1) of the *Charter*. Denial of equal benefit on the basis of marital status is established in this case, and marital status is an analogous ground of discrimination for purposes of s. 15(1). First, discrimination on that basis touches the essential dignity and worth of the individual in the same way as other recognized grounds of discrimination violative of fundamental human rights norms. Second, marital status possesses characteristics often associated with recognized grounds of discrimination under s. 15(1). Persons involved in an unmarried relationship constitute an historically disadvantaged group, even though the disadvantage has greatly diminished in recent years. A third characteristic sometimes associated with analogous grounds, namely distinctions founded on personal, immutable characteristics, is also present, albeit in attenuated form. While in theory, the individual is free to choose whether to marry or not to marry, in practice the reality may be otherwise. Since the essential elements necessary to engage the overarching purpose of s. 15(1) — violation of dignity and freedom, an historical group disadvantage, and the danger of stereotypical group-based decision-making — are present, discrimination is made out.

de la loi, habituellement l'État, doit établir la justification de cette discrimination conformément à l'article premier de la *Charte*. Cette façon de départager l'analyse entre le par. 15(1) et l'article premier est compatible avec la directive selon laquelle les tribunaux devraient interpréter les droits qui y sont énumérés d'une façon large et libérale, et ce sera alors à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier qu'il faudra restreindre la protection *prima facie* ainsi accordée pour la rendre conforme aux intérêts opposés sur les plans social et législatif. Par ailleurs, l'analyse préconisée ne banalise pas le par. 15(1) en qualifiant toutes les distinctions de discriminatoires. Une preuve de la pertinence par rapport à un objectif législatif du motif énuméré ou du motif analogue qui sert de fondement à une négation d'égalité n'est qu'un facteur servant à déterminer si une distinction est discriminatoire dans le contexte social et politique de chaque cas. Considérer que la pertinence est l'indice ultime de l'absence de discrimination est problématique en ce que cela peut permettre de valider des distinctions qui iraient à l'encontre du but poursuivi par le par. 15(1), et de donner lieu à des examens qui devraient plutôt être effectués en fonction de l'article premier.

L'exclusion des partenaires non mariés comme bénéficiaires des indemnités d'assurance-accidents offertes aux partenaires mariés va à l'encontre du par. 15(1) de la *Charte*. En l'espèce, la négation du droit au même bénéfice fondée sur l'état matrimonial est établie, et l'état matrimonial est un motif de discrimination analogue au sens du par. 15(1). Premièrement, la discrimination fondée sur ce motif touche la dignité et le mérite essentiels de la personne de la même façon que d'autres motifs de discrimination reconnus vont à l'encontre de normes fondamentales en matière de droits de la personne. Deuxièmement, l'état matrimonial possède des caractéristiques souvent associées aux motifs de discrimination reconnus au par. 15(1). Les personnes qui vivent en union de fait constituent un groupe historiquement désavantagé, même si, au cours des dernières années, ce désavantage a grandement diminué. Une troisième caractéristique parfois associée à des motifs analogues — les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles immuables — existe aussi, mais sous une forme atténuée. En théorie, la personne est libre de choisir de se marier ou non, mais en pratique, la réalité pourrait bien être tout autre. Puisque l'on retrouve les éléments nécessaires à l'application de l'objectif général du par. 15(1) — la violation de la dignité et de la liberté, un désavantage historique de groupe et le risque de prise de décisions stéréotypées touchant le groupe —, la discrimination est établie.

The state has failed to demonstrate that the exclusion of unmarried members of family units from motor vehicle accident benefits is demonstrably justified in a free and democratic society. The goal or functional value of the legislation here at issue, which is to sustain families when one of their members is injured in an automobile accident, is of pressing and substantial importance. The legislative goal is not, however, rationally connected to the discriminatory distinction and the law impairs the right more than reasonably necessary to achieve that goal. Marital status is not a reasonably relevant marker of individuals who should receive benefits in the event of injury to a family member in an automobile accident, having regard to available alternative criteria and the need to minimize prejudice to anomalous cases within the group. If the issue had been viewed as a matter of defining who should receive benefits on a basis that is relevant to the goal or functional values underlying the legislation, rather than marriage equivalence, alternatives substantially less invasive of *Charter* rights might have been found. As an appropriate remedy, the new definition of "spouse" adopted in 1990, which includes heterosexual couples who have cohabited for three years or who have lived in a permanent relationship with a child, should be retroactively "read in" to the impugned legislation.

Per L'Heureux-Dubé J.: The following factors must be established by a rights claimant before the impugned distinction will be found to be discriminatory: (1) there must be a legislative distinction; (2) this distinction must result in a denial of one of the four equality rights on the basis of the rights claimant's membership in an identifiable group; and (3) this distinction must be "discriminatory" within the meaning of s. 15. Comparisons between different groups are necessary to discern the differential effect of the legislation and to assist the court in properly characterizing and identifying the groups that are relevant to the particular s. 15 inquiry at hand. The only appropriate comparison here is between married persons and unmarried persons who are in a relationship analogous to marriage, that is, a relationship of some degree of publicly acknowledged permanence and interdependence.

Here, assuming that the statutory interpretation of "spouse" as used in the relevant parts of the policy excludes unmarried couples who are cohabiting, this

Le ministère public n'a pas réussi à démontrer qu'exclure les partenaires non mariés membres d'unités familiales du droit aux indemnités d'assurance-accidents peut se justifier dans une société libre et démocratique. L'objet ou la valeur fonctionnelle de la loi en l'espèce, qui est le soutien des familles dont l'un des membres est blessé dans un accident d'automobile, est d'une importance urgente et réelle. Cependant, il n'y a pas de lien rationnel entre l'objectif de la loi et la discrimination, et la loi porte atteinte au droit plus qu'il est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre cet objectif. L'état matrimonial n'est pas une caractéristique raisonnablement pertinente permettant de déterminer qui devrait avoir droit aux indemnités dans le cas où un membre de la famille est blessé dans un accident d'automobile, compte tenu des autres critères existants et de la nécessité de réduire au minimum le préjudice causé aux cas d'anomalies au sein du groupe. Si l'on avait considéré qu'il s'agissait de déterminer quels devraient être les bénéficiaires des indemnités en fonction d'un critère pertinent relativement à l'objectif ou aux valeurs fonctionnelles sous-jacentes à la loi, plutôt que d'examiner la question du point de vue de l'équivalence du mariage, on aurait pu recourir à des solutions de rechange qui portaient beaucoup moins atteinte aux droits garantis par la *Charte*. Comme réparation appropriée, la nouvelle définition de «conjoint» adoptée en 1990, qui comprend un couple hétérosexuel dont les membres ont cohabité durant trois ans ou ont vécu dans une relation permanente avec un enfant, devrait, par «interprétation large» rétroactive, s'appliquer à la disposition attaquée.

Le juge L'Heureux-Dubé: La personne qui invoque les droits doit faire la preuve des facteurs suivants pour que la distinction attaquée puisse être considérée comme discriminatoire: (1) la loi doit créer une distinction; (2) cette distinction doit entraîner une violation de l'un des quatre droits à l'égalité, fondée sur l'appartenance de la personne qui invoque le droit à un groupe identifiable, et (3) cette distinction doit être «discriminatoire» au sens de l'art. 15. Il est nécessaire de comparer des groupes différents pour être en état, d'une part, de discerner de quelle manière l'effet du texte législatif varie et, d'autre part, d'aider le tribunal à bien qualifier et identifier les groupes qui sont pertinents relativement à l'examen fondé sur l'art. 15. La seule comparaison appropriée en l'espèce est celle de personnes mariées et de personnes non mariées dont l'union est analogue au mariage, c.-à-d. comportant une certaine permanence et une certaine interdépendance publiquement reconnues.

En l'espèce, si l'on présume que l'interprétation législative du terme «conjoint» au sens où il est utilisé dans les parties pertinentes de la police exclut les couples non

distinction is reasonably capable of either promoting or perpetuating a view amongst persons in relationships analogous to marriage that they are less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration, and is therefore discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*. Discriminatory impact can be assessed by looking to the nature of both the interest and the group adversely affected by the impugned distinction. Persons in opposite-sex relationships analogous to marriage have suffered, and continue to suffer, some disadvantage, disapproval and marginalization in society, and are therefore somewhat sensitive to legislative distinctions having prejudicial effects. Nor is marriage simply a matter of individual choice. The decision of whether or not to marry can be one of the most personal decisions an individual will ever make over the course of his or her lifetime. Although certain rights and obligations follow from this choice, it does not do it justice to reduce it to a question of contract. Moreover, there are a significant number of couples in which one person wishes to be in a relationship of publicly acknowledged permanence and interdependence and the other does not. Both the courts and the legislatures have, in recent years, acknowledged and responded to the injustices that often flow from power imbalances of this type and have thereby given increasing recognition to non-traditional forms of relationships. The affected interest at issue here is the protection of family units from potentially disastrous financial consequences due to the injury of one of their members. Protection of "family" is, in turn, one of the most important interests imaginable in our society. While all injured persons are entitled to that part of their health care costs covered by their provincial medicare systems, actual health care costs may often represent only a small part of the total losses suffered as a result of injury in a motor vehicle accident when loss of income as well as pain and suffering are taken into account. Equally significant, although persons ineligible to claim from a private insurance company under the standard automobile policy may still claim for some compensation under the *Motor Vehicle Accident Claims Act*, the cost, time and difficulty of recovery by this means are significantly greater than if the person were insured by a private company. The financial consequences of these differences can be profound on a family unit, particularly if the injured party is an income-earner who has been disabled as a result of the accident. In addition, the impugned distinction categorically excludes from joint insurance cov-

mariés qui font vie commune, il est raisonnable de croire que cette distinction est susceptible de favoriser ou de perpétuer chez les personnes dont l'union est analogue au mariage l'opinion qu'elles méritent moins d'être reconnues ou valorisées en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne dignes du même intérêt, du même respect et de la même considération, et elle est en conséquence discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*. On peut évaluer l'incidence discriminatoire en scrutant la nature de l'intérêt en question et celle du groupe lésés par la distinction attaquée. Les personnes cohabitant dans une union hétérosexuelle analogue au mariage ont subi et continuent de subir un désavantage, une désapprobation et une marginalisation dans la société, et elles sont en conséquence assez sensibles aux distinctions législatives comportant des effets préjudiciables. Le mariage n'est pas simplement une question de choix personnel. La décision de se marier ou non peut être l'une des décisions les plus personnelles qu'une personne prendra au cours de sa vie. Bien que certains droits et obligations se rattachent à ce choix, on ne saurait en toute justice le réduire à une question de contrat. En outre, il y a beaucoup de couples dans lesquels un seul des deux conjoints désire s'engager dans une union d'une certaine permanence et interdépendance, qui soit publiquement reconnue comme telle. Au cours des dernières années, tant les tribunaux que les législatures ont reconnu les injustices qui résultent souvent du déséquilibre de pouvoir de cette nature et ont pris des mesures pour y remédier, accordant ainsi une reconnaissance accrue aux unions non traditionnelles. En l'espèce, l'intérêt touché est la protection des unités familiales contre les répercussions potentiellement désastreuses d'une blessure subie par un des membres d'une telle unité. La protection de la «famille» est, d'ailleurs, l'un des intérêts les plus importants qu'on puisse imaginer dans notre société. Toute personne blessée a droit à la partie des coûts de soins de santé assurée par son régime provincial d'assurance-maladie, mais lorsque l'on tient compte de la perte de revenu ainsi que des douleurs et des souffrances, les coûts de soins de santé réels peuvent souvent ne constituer qu'une infime fraction des pertes totales subies à la suite d'une blessure dans un accident de la route. Il importe également de préciser qu'une personne qui n'a pas le droit de présenter une réclamation à une compagnie d'assurances privée en vertu de la police automobile type peut quand même demander une indemnité en vertu de la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'accidents de véhicules automobiles*; cependant, les coûts, les délais et les difficultés de recouvrement dans ce dernier cas sont beaucoup plus élevés que dans le cas d'une personne assurée par une compagnie privée. Les conséquences financières

erage all couples in a relationship analogous to marriage.

The impugned distinction cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. The objective of the standard automobile policy, which is to protect stable family units by insuring against the economic consequences that may follow from the injury of one of the members of the family, is pressing and substantial. The government has not demonstrated, however, that the impugned distinction is rationally connected to the objective of the legislation. At the time of the accident, common law spouses in Ontario were bound by an obligation of mutual support yet were excluded from a standard automobile policy whose basic purpose was almost inextricably related to that mutual obligation and to the relationship of interdependency upon which that obligation is premised. The impugned distinction also fails the minimal impairment test, since the unit the legislator has decided to protect (i.e. married persons) is underinclusive of the purpose of the legislation. Although the unit deserving of protection can be defined by marriage, it can also be defined in a workable and acceptably certain way by reference to the length of the relationship or to the existence of children, as was done here when the definition of "spouse" was amended in 1990 to include common law spouses. This new definition should be retroactively "read in" to the legislation.

Per Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Major JJ. (dissenting): The *Charter* applies to the policy since the policy's terms are prescribed by the *Insurance Act*. A breach of s. 15(1) occurs when one of the four equality rights set out therein has been infringed in a discriminatory manner. The s. 15(1) analysis involves three steps. The first looks to whether the law has drawn a distinction between the claimant and others. The second questions whether the distinction results in disadvantage, and examines whether the impugned law imposes a burden, obligation or disadvantage on a group of persons to which the claimant belongs which is not imposed on others, or does not provide them with a benefit which it grants others. It is at this second step that the direct or indirect effect of the legislation is examined. The third step assesses whether the distinction is based on an irrelevant personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or one analogous thereto. This third step thus

que ces différences entraînent peuvent être profondes sur une famille, tout particulièrement si la partie blessée, rendue inhabile à la suite de l'accident, est le gagne-pain de cette famille. De plus, la distinction attaquée exclut, de manière catégorique, tous les couples dont l'union est analogue au mariage d'une couverture d'assurance conjointe.

La distinction attaquée ne peut être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*. La police automobile type a un objectif urgent et réel, qui est de protéger la stabilité des unités familiales en offrant une protection contre les conséquences économiques susceptibles de découler des blessures subies par un des membres de la famille. Cependant, le gouvernement n'a pas établi que la distinction attaquée a un lien rationnel avec l'objectif de la loi. Au moment de l'accident, les conjoints de fait en Ontario étaient liés par une obligation alimentaire réciproque, mais se trouvaient exclus de la police automobile type dont l'objet fondamental était presque inévitablement lié à cette obligation réciproque et au rapport d'interdépendance sur lequel cette obligation est fondée. De plus, la distinction attaquée ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale puisque l'unité qu'a décidé de protéger le législateur (les personnes mariées) est trop limitative au regard de l'objet de la loi. Bien que l'unité que l'on désire protéger puisse être définie par rapport au mariage, elle peut également l'être d'une façon pratique et assez certaine en se référant à la durée de l'union ou à la présence d'enfants, comme le législateur l'a fait lorsqu'il a modifié la définition du terme «conjoint» en 1990 pour y inclure les conjoints de fait. Cette nouvelle définition devrait être insérée rétroactivement, par interprétation large, dans la loi.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Major (dissidents): La *Charte* s'applique à la police d'assurance puisque les conditions en sont établies par la *Loi sur les assurances*. Il y a violation du par. 15(1) si l'atteinte à l'un des quatre droits à l'égalité qui y sont mentionnés est discriminatoire. L'analyse à entreprendre selon le par. 15(1) comporte trois étapes: Premièrement, il faut déterminer si la loi établit une distinction entre le demandeur et d'autres personnes. Deuxièmement, il faut se demander si la distinction donne lieu à un désavantage et examiner si le texte législatif attaqué impose à un groupe de personnes auquel appartient le demandeur des fardeaux, obligations ou désavantages non imposés à d'autres, ou le prive d'un bénéfice qu'il accorde à d'autres. C'est à cette deuxième étape que l'on examine l'effet direct ou indirect de la loi. Troisièmement, il faut déterminer si la distinction est fondée sur une caractéristique personnelle

comprises two aspects: determining the personal characteristic shared by a group and then assessing its relevancy having regard to the functional values underlying the legislation. By its very nature the s. 15(1) review rests on a comparative analysis. Context has a vital part to play in identifying the appropriate groups to be compared, determining whether prejudice flows from the distinction, and assessing the nature and relevancy of the personal characteristic upon which the distinction is drawn. More specifically, an indispensable element of the contextual approach to s. 15(1) involves an inquiry into whether a distinction rests upon or is the expression of some objective physical or biological reality, or fundamental value. This inquiry crucially informs the assessment of whether the prejudicial distinction has been drawn on a relevant basis, and therefore, whether or not that distinction is discriminatory.

Under the approach adopted by this Court in *Andrews*, the analysis under s. 15 encompasses a determination as to whether the prejudicial distinction is attributable to or on the basis of an enumerated or analogous ground. Such a ground is identified as one that is commonly used to make distinctions which have little or no rational connection with the subject matter, generally reflecting a stereotype. With respect to those grounds listed or enumerated in s. 15, distinctions drawn on such a basis are often but not necessarily always discriminatory, since they may be relevant as merely reflecting a fundamental reality or value. Relevancy is also at the heart of the identification of an analogous ground. The proper identification of such a ground requires a sensitive, contextual examination of its nature in order to determine whether it qualifies as a basis for irrelevant distinctions, and hence is an analogous ground. Once the analogous ground is identified and defined in terms of its nature and scope, any further issues as to relevance are to be examined not under s. 15 but under s. 1 together with any other issues as to justification.

Marriage is both a basic social institution and a fundamental right which states can legitimately legislate to foster. Married status, at least in our society, can only be acquired by the expression of the individual's personal, free choice, regardless of the reason for which that status is assumed. Marriage rests upon a contractual basis, to which the law attaches certain rights and obligations. The decision to marry includes the acceptance of various legal consequences incident to the institution of

non pertinente mentionnée au par. 15(1) ou sur une caractéristique analogue. Cette troisième étape comporte deux aspects: la détermination des caractéristiques personnelles propres à un groupe et l'examen de leur pertinence par rapport aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi. Par sa nature même, l'examen du par. 15(1) repose sur une analyse comparative. Le contexte joue un rôle indispensable lorsqu'il s'agit de définir les groupes à comparer, de déterminer si la distinction donne lieu à un préjudice et d'examiner la nature et la pertinence des caractéristiques personnelles sur lesquelles la distinction est fondée. Plus particulièrement il est indispensable dans une analyse contextuelle du par. 15(1) de se demander si une distinction repose sur une certaine réalité objective, physique ou biologique, ou sur une valeur fondamentale, ou en est l'expression. Cet examen est d'importance cruciale pour déterminer si la distinction préjudiciable a été établie à partir d'un fondement pertinent et, par conséquent, si elle est discriminatoire ou non.

Selon la méthode adoptée par notre Cour dans *Andrews*, on détermine, dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 15, si la distinction préjudiciable est attribuable à un motif énuméré ou à un motif analogue. Un tel motif est défini comme un motif communément utilisé pour établir des distinctions qui ont peu ou pas de lien rationnel avec la matière traitée, traduisant généralement l'existence d'un stéréotype. En ce qui concerne les motifs énumérés à l'art. 15, les distinctions ainsi fondées sont souvent discriminatoires, mais ne le seront pas nécessairement dans tous les cas. Elles peuvent n'être que le reflet d'une réalité ou valeur fondamentales et donc pertinentes. La pertinence est également au cœur même de la détermination de l'existence d'un motif analogue. Cette détermination exige une analyse délicate, et contextuelle, de la nature du motif en question afin d'établir s'il est le fondement de distinctions non pertinentes et, en conséquence, s'il constitue un motif analogue. Une fois le motif analogue établi et défini quant à sa nature et à sa portée, toute autre question de pertinence doit être examinée non pas en vertu de l'art. 15, mais en vertu de l'article premier en même temps que toute autre question de justification.

Le mariage est à la fois une institution sociale de base et un droit fondamental que les États peuvent légitimement favoriser dans les lois qu'ils adoptent. Tout au moins dans notre société, on ne peut acquérir le statut de personne mariée que par l'expression d'un choix libre et personnel, quelle qu'en soit la raison. Le mariage repose sur un fondement contractuel auquel la loi rattache certains droits et obligations. La décision de se marier emporte acceptation de diverses conséquences juri-

marriage, including the obligation of mutual support between spouses and the support and raising of children of the marriage. Where individuals choose not to marry, it would undermine the choice they have made if the state were to impose upon them the very same burdens and benefits which it imposes upon married persons. An additional element distinguishing marriage from other relationships is the commitment towards permanence accepted by the parties to the marriage contract. While the decision to marry or not is a joint choice, it is a choice nonetheless.

The insurance policy's limitation of accident benefits to married couples does not infringe s. 15 of the *Charter*. The impugned legislation draws a distinction, in that it treats married and unmarried couples in a different manner. This distinction is not prejudicial, however, when considered in the larger context of the rights and obligations uniquely and appropriately attached to marriage. Further, since the functional values underlying the legislation are relevant to marital status, marital status is not a personal characteristic which qualifies as an analogous ground. Marital status has several unique characteristics which distinguish it from the grounds enumerated in s. 15(1). In addition to resting upon a consensual, contractual basis, marriage is a status to which the legislature, as a reflection of its social policy, attaches a bundle of rights and obligations. These characteristics are not found in any of the enumerated grounds. Moreover, in contemporary society unmarried couples do not constitute a distinct group suffering from stereotypes or prejudices, although they have been the subject of such prejudices in the past. In this respect, the fostering of marriage as a social institution does not stigmatize unmarried couples nor subject them to stereotypes.

Unmarried couples are not in a situation identical to married spouses with respect to mutual support obligations. While the insurance policy clearly is concerned with economic interdependence, such interdependence is only relevant in so far as it relates to the institution of marriage. The functional value of the benefits at issue here is not to provide support for all family units living in a state of financial interdependence but rather to assist those couples who are married or, as in subsequent legislation, to assist certain prescribed couples who are in a "marriage-like" relationship. The functional value identified in this legislation, namely the support of marriage, is not itself discriminatory. Distinctions as to the scope of the institution and the benefits

diques propres à l'institution du mariage, y compris l'obligation réciproque de soutien ainsi que les aliments et l'éducation des enfants issus du mariage. Lorsque des personnes choisissent de ne pas se marier, l'État écarterait ce choix s'il leur imposait les mêmes fardeaux et avantages qu'aux personnes mariées. Le mariage se distingue également d'autres relations du fait que les parties s'engagent par contrat à établir une relation permanente. La décision de se marier ou non est un choix conjoint, mais elle demeure néanmoins un choix.

La restriction du versement des indemnités d'assurance-accidents aux couples mariés ne porte pas atteinte à l'art. 15 de la *Charte*. La loi attaquée établit une distinction en ce qu'elle traite différemment les couples mariés et les couples non mariés. Cependant, on ne peut affirmer que cette distinction est préjudiciable dans le contexte général des droits et obligations qui se rattachent en propre et de façon appropriée au mariage. De plus, puisque les valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi sont pertinentes quant à l'état matrimonial, cet état ne constitue pas une caractéristique personnelle pouvant être qualifiée de motif analogue. L'état matrimonial possède des caractéristiques uniques qui le distinguent des motifs énumérés au par. 15(1). Outre son fondement à la fois consensuel et contractuel, le mariage est aussi un état auquel, comme en témoigne sa politique sociale, le législateur rattache un ensemble de droits et obligations. Ces caractéristiques ne se trouvent dans aucun des motifs énumérés. Par ailleurs, dans la société contemporaine, les couples non mariés ne constituent pas un groupe distinct victime de stéréotypes ou de préjugés, même si cela s'est produit dans le passé. Favoriser le mariage en tant qu'institution sociale ne stigmatise pas les couples non mariés ni ne les rend victimes de stéréotypes.

Les couples non mariés ne sont pas dans une situation identique à celle des conjoints mariés en ce qui concerne les obligations réciproques de soutien. Bien que la police d'assurance s'intéresse clairement à l'interdépendance économique, cette interdépendance n'est pertinente que dans la mesure où elle se rapporte à l'institution du mariage. La valeur fonctionnelle des avantages en cause n'est pas de venir en aide à toutes les unités familiales qui vivent dans un état d'interdépendance financière, mais d'aider les couples mariés ou, comme le prévoient des lois ultérieures, de venir en aide à certains couples identifiés se trouvant dans une «union du type du mariage». La valeur fonctionnelle identifiée dans cette loi, savoir le soutien du mariage, n'est pas en soi

which attach thereto are properly the objects of legislative definition.

Just as it is within the scope of legitimate social policy for the legislature to define the scope of "marriage-like" relationships, there is no obligation on the legislature to extend all the attributes of marriage to unmarried couples. A legislature may as a matter of social policy choose whether and under what circumstances to extend some or all of the attributes of marriage to unmarried couples without running afoul of s. 15(1) of the *Charter*. The courts must be wary of second-guessing legislative social policy choices relating to the status, rights and obligations of marriage, a basic institution of our society intimately related to its fundamental values. Barring evidence of a change in these values by a clear consensus that there should be a constitutional constraint on the powers of the state to legislate in relation to marriage, the matter must remain within the scope of legitimate legislative action.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, aff'g (1986), 27 D.L.R. (4th) 600; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *United States v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Boronovsky v. Chief Rabbis of Israel*, P.D. CH [25] (1), 7; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

discriminatoire. Les distinctions relatives à la portée de l'institution et aux avantages qui s'y rattachent peuvent faire l'objet d'une définition dans la loi.

La législature peut, dans le cadre de sa politique sociale légitime, définir l'étendue des «unions du type du mariage» et elle n'est pas tenue d'accorder tous les attributs du mariage à des couples non mariés. Une législature peut, dans le cadre de sa politique sociale, choisir si elle va conférer tout ou partie des attributs du mariage aux couples non mariés, et dans quelles circonstances, sans contrecarrer le par. 15(1) de la *Charte*. Les tribunaux doivent donc se garder de prêter des intentions au législateur dans ses choix de politique sociale en matière de statut, de droits et d'obligations du mariage, institution de base de notre société étroitement liée à ses valeurs fondamentales. En l'absence de preuve de modification de ces valeurs par un consensus clair reconnaissant que la Constitution devrait limiter les pouvoirs de l'État de légiférer relativement au mariage, c'est une question qu'il faut laisser au législateur le soin de trancher.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, conf. (1986), 27 D.L.R. (4th) 600; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Boronovsky c. Chief Rabbis of Israel*, P.D. CH [25] (1), 7; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

By L'Heureux-Dubé J.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Referred to: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Pettikus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554.

Arrêts mentionnés: *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Pettikus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.

By Gonthier J. (dissenting)

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Leroux v. Co-operators General Insurance Co. (1991), 4 O.R. (3d) 609; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Gagné*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190 (1888); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971); *Cleveland Board of Education v. LaFleur*, 414 U.S. 632 (1974); *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977); *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978); *Marvin v. Marvin*, 557 P.2d 106 (1976); *Elden v. Sheldon*, 758 P.2d 582 (1988); *Beaty v. Truck Insurance Exchange*, 8 Cal.Rptr.2d 593 (1992); *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *Geiger v. London Monenco Consultants Ltd.* (1992), 43 C.C.E.L. 291; *Pettikus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *Norman v. Unemployment Insurance Appeals Board*, 663 P.2d 904 (1983); *Hendrix v. General Motors Corp.*, 193 Cal.Rptr. 922 (1983).

Leroux c. Co-operators General Insurance Co. (1991), 4 O.R. (3d) 609; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Gagné*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Maynard c. Hill*, 125 U.S. 190 (1888); *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Skinner c. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Loving c. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Boddie c. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971); *Cleveland Board of Education c. LaFleur*, 414 U.S. 632 (1974); *Moore c. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977); *Zablocki c. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978); *Marvin c. Marvin*, 557 P.2d 106 (1976); *Elden c. Sheldon*, 758 P.2d 582 (1988); *Beaty c. Truck Insurance Exchange*, 8 Cal.Rptr.2d 593 (1992); *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *Geiger c. London Monenco Consultants Ltd.* (1992), 43 C.C.E.L. 291; *Pettikus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *Norman c. Unemployment Insurance Appeals Board*, 663 P.2d 904 (1983); *Hendrix c. General Motors Corp.*, 193 Cal.Rptr. 922 (1983).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3, 8, 11(b), 15, 24(1).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3, 8, 11b), 15, 24(1).

Constitution Act, 1982, s. 52.

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, art. 12.

Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3 [formerly S.O. 1986, c. 4], ss. 30, Part III, 53.

Family Law Reform Act, S.O. 1978, c. 2, s. 14.

Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 9(j).

Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 218, ss. 231, 233, Schedule C.

Motor Vehicle Accident Claims Act, R.S.O. 1990, c. M.41.

R.R.O. 1980, Reg. 535.

Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 16.

Authors Cited

Freeman, Michael D. A., and Christina M. Lyon. *Cohabitation without Marriage*. Aldershot, Hants., England: Gower, 1983.

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

Hafen, Bruce C. "The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual Privacy — Balancing the Individual and Social Interests" (1983), 81 *Mich. L. Rev.* 463.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.

Holland, Winifred H. "Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap?". In *Family Law: Roles, Fairness and Equality*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993. Scarborough: Carswell, 1994, 369.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 4 O.R. (3d) 623, 83 D.L.R. (4th) 766, [1991] I.L.R. ¶ 1-2770, 7 C.C.L.I. (2d) 317, affirming a judgment of Chilcott J. (1990), 71 O.R. (2d) 662, 65 D.L.R. (4th) 670, [1990] I.L.R. ¶ 1-2551, 45 C.C.L.I. 296, dismissing the appellants' action. Appeal allowed, Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Major JJ. dissenting.

Giovanna Roccamo and Mark Edwards, for the appellants.

Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, ch. 53, art. 9j).

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 12.

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 16.

Family Law Reform Act, S.O. 1978, ch. 2, art. 14.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Loi sur l'indemnisation des victimes d'accidents de véhicules automobiles, L.R.O. 1990, ch. M.41.

Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3 [auparavant L.O. 1986, ch. 4], art. 30, partie III, 53.

Loi sur les assurances, L.R.O. 1980, ch. 218, art. 231, 233, annexe C.

R.R.O. 1980, Reg. 535.

Doctrine citée

Freeman, Michael D. A., and Christina M. Lyon. *Cohabitation without Marriage*. Aldershot, Hants., England: Gower, 1983.

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

Hafen, Bruce C. «The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual Privacy — Balancing the Individual and Social Interests» (1983), 81 *Mich. L. Rev.* 463.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.

Holland, Winifred H. «Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap?». In *Family Law: Roles, Fairness and Equality*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993. Scarborough: Carswell, 1994, 369.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 4 O.R. (3d) 623, 83 D.L.R. (4th) 766, [1991] I.L.R. ¶ 1-2770, 7 C.C.L.I. (2d) 317, qui a confirmé le jugement du juge Chilcott (1990), 71 O.R. (2d) 662, 65 D.L.R. (4th) 670, [1990] I.L.R. ¶ 1-2551, 45 C.C.L.I. 296, qui avait rejeté l'action des appelants. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Major sont dissidents.

Giovanna Roccamo et Mark Edwards, pour les appellants.

Catherine L. Jones and R. Cooligan, for the respondents.

Graham R. Garton, Q.C., and *James Hendry*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Rebecca Regenstreif, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Madeleine Aubé and Kathleen McNicoll, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Shawn Greenberg, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

W. Ian Binnie, Q.C., and *Lisa A. Clarkson*, counsel appearing as *amicus curiae*.

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

Catherine L. Jones et R. Cooligan, pour les intimés.

Graham R. Garton, c.r., et *James Hendry*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Rebecca Regenstreif, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

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

Shawn Greenberg, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

W. Ian Binnie, c.r., et *Lisa A. Clarkson*, avocats comparaisant en qualité d'*amicus curiae*.

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

GONTHIER J. (dissenting) — I have had the benefit of the reasons of Justice L'Heureux-Dubé and Justice McLachlin. I agree that the statutory interpretation of the word "spouse" in the insurance policy limits accident benefits to married couples and does not extend to unmarried couples living together. With regard to the question of whether this limitation infringes s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I respectfully disagree with their conclusion that these provisions are discriminatory. I would dismiss the appeal.

It is my position that marital status may constitute an analogous ground of discrimination under s. 15 of the *Charter*. However, in examining whether a law conforms to s. 15 in any given case, regard must be had to the nature of the analogous ground and its relevancy to the distinction that is being drawn by the legislation. Marriage is an institution entered into by choice which carries with it certain benefits and burdens. Among these is the obligation of mutual support. As I will explain below, the benefits at issue in this case are most appropriately characterized as coming within the scope of the support obligations which the law

LE JUGE GONTHIER (dissident) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge L'Heureux-Dubé et ceux du juge McLachlin. Comme elles, je suis d'avis que l'interprétation du terme «conjoint» utilisé dans la police d'assurance restreint le versement des indemnités d'assurance-accidents aux couples mariés et ne vise pas les couples non mariés qui vivent ensemble. Pour ce qui est de savoir si cette restriction porte atteinte à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en toute déférence, je suis en désaccord avec leur conclusion que ces dispositions sont discriminatoires. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

À mon avis, l'état matrimonial peut constituer un motif analogue de discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte*. Cependant, pour déterminer si une loi est conforme à l'art. 15 dans un cas donné, il faut tenir compte de la nature du motif analogue et de sa pertinence relativement à la distinction établie par la loi. Le mariage est une institution dans laquelle on s'engage par choix et qui comporte certains avantages et fardeaux, dont l'obligation réciproque de soutien. Comme je l'expliquerai plus loin, les avantages en cause relèvent des obligations de soutien que la loi rattache au mariage et il y a lieu de les qualifier ainsi. Lors-

attaches to marriage. Where the legislature draws a distinction premised on a characteristic relevant to the institution of marriage, such as these support obligations, then the distinction is not discriminatory and is therefore permissible. In the case at bar, I find that the distinction drawn by the impugned provisions of the *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, is relevant to the institution of marriage. Accordingly, the legislation does not infringe s. 15(1) of the *Charter*, and s. 1 need not be addressed.

I — Facts and Proceedings

At the outset, it should be noted that the merits of this case have not yet been heard by the lower court. The issue in this appeal as to the meaning of “spouse” under the *Insurance Act*, was raised by preliminary motion on an agreed statement of facts.

The appellants John Miron and Jocelyne Valliere have resided together in a common law relationship since May 1983. Miron is the father of two of the three children who have been born to Valliere. These children were born in 1981 and 1984. The respondent, the Economical Mutual Insurance Company, issued a policy of motor vehicle insurance to Valliere for the period December 12, 1986 to December 12, 1987. The terms of this policy were set by the Ontario Standard Automobile Policy as provided by the *Insurance Act*, ss. 231, 233, Schedule C, and R.R.O. 1980, Reg. 535.

In August 1987, Miron sustained injuries while a passenger in a motor vehicle owned by the respondent William James McIsaac, and which was driven by the respondent Richard Trudel. Neither McIsaac nor Trudel was insured. As a result, Miron claimed accident benefits for loss of income pursuant to Section B, Subsection 2, Part II of the Ontario Standard Automobile Policy incorporated in the policy issued by the respondent to Valliere. He also claimed damages pursuant to the Uninsured Motorist coverage under Section B, Subsection 3 of the same policy.

qu’une loi établit une distinction fondée sur une caractéristique propre à l’institution du mariage, telles les obligations de soutien, la distinction n’est pas discriminatoire et est en conséquence autorisée. En l’espèce, je suis d’avis que la distinction établie par les dispositions attaquées de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, est pertinente à l’institution du mariage. En conséquence, la loi ne viole pas le par. 15(1) de la *Charte* et il n’est pas nécessaire de procéder à une analyse fondée sur l’article premier.

I — Les faits et les décisions

Signalons tout d’abord que l’affaire n’a pas encore été entendue au fond en première instance. La question visée par le pourvoi — le sens du terme «conjoint» dans la *Loi sur les assurances* — a été soulevée par requête préliminaire sur exposé conjoint des faits.

Les appelants John Miron et Jocelyne Valliere résident ensemble comme conjoints de fait depuis mai 1983. Miron est le père de deux des trois enfants de Valliere, nés en 1981 et 1984. L’intimée, Economical, Compagnie Mutuelle d’Assurance, a délivré une police d’assurance automobile à Valliere pour la période commençant le 12 décembre 1986 et se terminant le 12 décembre 1987. Les conditions de cette police sont celles de l’Ontario Standard Automobile Policy, conformément à la *Loi sur les assurances*, aux art. 231 et 233, et à l’annexe C, et à son règlement d’application, R.R.O. 1980, Reg. 535.

En août 1987, Miron a subi des blessures alors qu’il était passager à bord d’un véhicule à moteur appartenant à l’intimé William James McIsaac et conduit par l’intimé Richard Trudel. Ni McIsaac ni Trudel n’étaient assurés. Miron a de ce fait réclamé une indemnité d’assurance-accidents pour perte de revenu conformément à la Section B, paragraphe 2, partie II de l’Ontario Standard Automobile Policy incorporée dans la police délivrée à Valliere par l’intimée. Il a aussi réclamé des dommages-intérêts conformément à la protection pour automobiliste non assuré prévue au chapitre B, division 3 de la police.

The respondent, the Economical Mutual Insurance Company, brought a motion to determine a question of law prior to trial, namely whether Miron was the "spouse" of Valliere for the purposes of the Section B, Subsection 2, Part II or Section B, Subsection 3 of the Ontario Standard Automobile Policy. Chilcott J., the motion judge, found that, for the purposes of the applicable portions of the policy, "spouse" meant a person who is legally married. Accordingly, Miron was found not to be a "spouse" within the meaning of those provisions of the policy, and therefore not insured under the policy.

The appellants appealed the decision to the Ontario Court of Appeal and based their argument solely upon s. 15 of the *Charter*. That argument had not been raised before the motion judge. The Court of Appeal dismissed the appeal for reasons given by the court on the same day in *Leroux v. Co-operators General Insurance Co.* (1991), 4 O.R. (3d) 609. In *Leroux*, the Court of Appeal held that there was no violation of s. 15 of the *Charter*, as marital status was not a ground of discrimination analogous to those specifically enumerated in s. 15. The Court of Appeal concluded that unmarried couples were not members of a "disadvantaged group", nor did they constitute a "discrete and insular minority" which had suffered "social, political and legal disadvantage in our society". The Court of Appeal also stated that the characteristic of being an "unmarried partner" did not constitute an "immutable" characteristic (pp. 620-21).

II — Relevant Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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.

L'intimée, Economical, Compagnie Mutuelle d'Assurance, a demandé par requête que soit tranchée au préalable une question de droit avant procès, savoir si Miron était le «conjoint» de Valliere au sens du chapitre B, division 2, subdivision II ou du chapitre B, division 3, de l'Ontario Standard Automobile Policy. Le juge Chilcott, qui a entendu la requête, a conclu que le terme «conjoint» signifiait une personne légalement mariée pour les fins des dispositions pertinentes de la police. En conséquence, Miron n'était pas un «conjoint» au sens de la police, et n'était pas assuré en vertu de celle-ci.

Dans leur appel en Cour d'appel de l'Ontario, les appelants ont fondé leur plaidoirie uniquement sur l'art. 15 de la *Charte*. Ce moyen n'avait pas été soulevé devant le juge des requêtes. La Cour d'appel a rejeté l'appel pour les motifs rendus le même jour dans l'arrêt *Leroux c. Co-operators General Insurance Co.* (1991), 4 O.R. (3d) 609. Dans l'arrêt *Leroux*, la Cour d'appel a statué qu'il n'y avait pas violation de l'art. 15 de la *Charte*, puisque l'état matrimonial n'était pas un motif de discrimination analogue aux motifs expressément énumérés à l'art. 15. La Cour d'appel a conclu que les couples non mariés ne faisaient pas partie d'un «groupe défavorisé», et ne constituaient pas «une minorité discrète et isolée» qui avait été désavantagée «sur les plans social, politique ou juridique dans notre société». La Cour d'appel a déclaré en outre que la caractéristique de «partenaire non marié» n'était pas une caractéristique «immuable» (aux pp. 620 et 621).

II — Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

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.

*Ontario Standard Automobile Policy (S.P.F. No. 1)**Ontario Standard Automobile Policy (S.P.F. No. 1)*

[TRADUCTION]

Section B, Subsection 2, Part II — Loss of Income

Subject to the provisions of this Part, a weekly payment for the loss of income from employment for the period during which the insured person suffers substantial inability to perform the essential duties of his occupation or employment

Chapitre B, division 2, subdivision II — Perte de revenu

Sous réserve des dispositions de la présente subdivision, en cas d'empêchement sérieux de la personne assurée d'accomplir les tâches essentielles à l'exercice de sa profession ou de son emploi, la présente subdivision garantit, pendant la durée de l'invalidité, le paiement d'une indemnité hebdomadaire de perte de revenu, . . .

Section B, Special Provisions, Definitions, and Exclusions of Section BChapitre B, dispositions spéciales, définitions et exclusions du chapitre B

(1) "INSURED PERSON" DEFINED

(1) DÉFINITION DE L'EXPRESSION «PERSONNE ASSURÉE»

In this section, the words "insured person" mean,

Dans le présent chapitre, l'expression «personne assurée» s'entend:

(b) the insured and, if residing in the same dwelling premises as the insured, his or her spouse and any dependent relative of either while an occupant of any other automobile; provided that,

b) de l'assuré et, s'ils résident dans le même local d'habitation que lui, son conjoint et les parents à la charge de l'assuré ou de son conjoint dans les cas où ils sont transportés par une autre automobile, si:

(i) the insured is an individual or are husband and wife;

(i) l'assuré est un particulier ou un couple mari et femme,

Section B, Subsection 3 — Uninsured Motorist CoverChapitre B, division 3 — Couverture de l'automobiliste non assuré

All sums that

Le paiement de toutes les sommes:

(a) a person insured under the contract is legally entitled to recover from the owner or driver of an uninsured automobile or unidentified automobile as damages for bodily injuries resulting from an accident involving an automobile;

a) qu'une personne assurée aux termes du contrat a le droit de recouvrer du propriétaire ou du conducteur d'une automobile non assurée ou non identifiée, à titre de dommages-intérêts à l'égard de lésions corporelles résultant d'un accident impliquant une automobile;

(b) any person is legally entitled to recover from the owner or driver of an uninsured automobile or unidentified automobile as damages for bodily injury to or the death of a person insured under the contract resulting from an accident involving an automobile; and

b) qu'une personne a le droit de recouvrer du propriétaire ou du conducteur d'une automobile non assurée ou non identifiée, à titre de dommages-intérêts à l'égard de lésions corporelles subies par une personne assurée aux termes du contrat ou à l'égard du décès de celle-ci, résultant d'un accident impliquant une automobile;

(c) a person insured under the contract is legally entitled to recover from the identified owner or driver of an uninsured automobile as damages for accidental damage to the insured automobile or its contents, or

c) qu'une personne assurée aux termes du contrat a le droit de recouvrer du propriétaire ou du conducteur identifié d'une automobile non assurée, à titre de dommages-intérêts à l'égard de dommages acciden-

to both the insured automobile and its contents, resulting from an accident involving an automobile.

1. Definitions:

For the purposes of this subsection,

(b) "person insured under the contract" means,

(iii) in respect of a claim for bodily injuries or death,

b. the insured and, if residing in the same dwelling premises as the insured, his or her spouse and any dependent relative of either,

(1) while an occupant of an uninsured automobile . . . [Emphasis added.]

III — Issues

Two issues are presented in this appeal.

1. Is Miron, as a person living in a conjugal relationship outside of marriage, a "spouse" of Valliere and therefore an insured person within the meaning of Section B, Subsection 2, Part II or Section B, Subsection 3 of the Ontario Standard Automobile Policy?

2. In the alternative, do the provisions of Section B, Subsection 2, Part II or Section B, Subsection 3 of the Ontario Standard Automobile Policy infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, are the provisions justified under s. 1 of the *Charter*?

As I indicated above, I agree with my colleague McLachlin J.'s reasons with regard to the statutory interpretation of the word "spouse" as being limited to married couples. Therefore, my analysis will focus on the second question.

The application of the *Charter* to this private contract is not contested by the parties. It is com-

tels causés à l'automobile assurée ou à son contenu, résultant d'un accident impliquant une automobile.

1. Définitions:

Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente division:

b) «personne assurée aux termes du contrat» S'entend:

(iii) dans le cas d'une demande relative à des lésions corporelles ou à un décès:

b. de l'assuré et, s'ils résident dans le même local d'habitation que l'assuré, de son conjoint et de leurs parents à charge:

(1) soit pendant qu'ils se trouvent dans une automobile non assurée, . . . [Je souligne.]

III — Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions.

1. En tant que personne vivant en union conjugale hors mariage, Miron est-il le «conjoint» de Valliere et, en conséquence, une personne assurée au sens du chapitre B, division 2 ou du chapitre B, division 3 de l'Ontario Standard Automobile Policy?

2. Subsidiairement, les dispositions du chapitre B, division 2, subdivision II ou du chapitre B, division 3 de l'Ontario Standard Automobile Policy vont-elles à l'encontre de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, ces dispositions se justifient-elles en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Comme je l'ai indiqué, je suis d'accord avec ma collègue le juge McLachlin pour dire qu'aux fins de l'interprétation législative, le terme «conjoint» ne vise que les couples mariés. En conséquence, mon analyse portera sur la seconde question.

Les parties ne contestent pas l'application de la *Charte* à ce contrat privé. Il est constant que la

mon ground that the *Charter* applies to the insurance policy since the terms of the policy are prescribed by the *Insurance Act*, ss. 231 and 233 and Schedule C.

Charte s'applique à la police d'assurance puisque les conditions en sont établies par la *Loi sur les assurances*, art. 231 et 233, et annexe C.

11 Needless to say, the interpretation that will be given to s. 15 of the *Charter* by this Court will not simply add judicial gloss to what is the equivalent of ordinary legislation subject to amendment by the Legislature, but rather, will establish what the Legislature can or must do under the Constitution thereby constraining its powers. As McIntyre J. stated in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 175:

Il va sans dire que l'interprétation que notre Cour donnera à l'art. 15 de la *Charte* ne fera pas que confirmer judiciairement un texte équivalent à une loi ordinaire susceptible d'être modifiée par la législature, mais déterminera plutôt ce que la législature peut ou doit faire en vertu de la Constitution, restreignant ainsi ses pouvoirs. Comme le juge McIntyre l'affirme dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 175:

Both the enumerated grounds themselves and other possible grounds of discrimination recognized under s. 15(1) must be interpreted in a broad and generous manner, reflecting the fact that they are constitutional provisions not easily repealed or amended but intended to provide a "continuing framework for the legitimate exercise of governmental power" and, at the same time, for "the unremitting protection" of equality rights [Emphasis added.]

Les motifs énumérés eux-mêmes et les autres motifs possibles de discrimination reconnus au par. 15(1) doivent, dans les deux cas, recevoir une interprétation large et libérale de manière à refléter le fait qu'il s'agit de dispositions constitutionnelles qu'il n'est pas facile d'abroger ou de modifier, mais qui visent à fournir un «cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale» et, par la même occasion, à «la protection constante» des droits à l'égalité . . . [Je souligne.]

I stress this obvious fact, however, because as I see the matter, this case is ultimately about the ambit of legitimate legislative choice in defining the attributes of a fundamental social institution, namely the rights and obligations attached to marriage. This Court should be cautious in labelling as discriminatory laws which simply seek to define the rights and obligations of married persons differently from those who choose to cohabit outside of marriage.

J'insiste toutefois sur ce fait évident parce que, à mon sens, le présent pourvoi porte en dernière analyse sur l'étendue de la faculté de choisir que le législateur peut légitimement exercer lorsqu'il définit les attributs d'une institution sociale fondamentale, en l'occurrence les droits et obligations qui se rattachent au mariage. Notre Cour se doit d'être prudente avant de qualifier de discriminatoire des lois qui visent simplement à définir d'une façon différente les droits et obligations des personnes mariées et ceux des personnes qui choisissent de cohabiter en dehors des liens du mariage.

IV — Analysis

A. General Principles Applicable to Section 15 of the Charter

12 It has been firmly established by this Court that not all distinctions infringe s. 15 of the *Charter*. A breach of s. 15 occurs only when one of the four equality rights set out therein has been infringed in a discriminatory manner. McIntyre J. outlined in

IV — Analyse

A. Les principes généraux applicables à l'art. 15 de la Charte

Notre Cour a clairement établi que les distinctions ne sont pas toutes contraires à l'art. 15 de la *Charte*. La violation de l'art. 15 survient seulement si l'atteinte à l'un des quatre droits à l'égalité qui y sont mentionnés est discriminatoire. Dans l'arrêt

Andrews, supra, at pp. 174-75, the concept of discrimination in the following words:

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

The analysis to be undertaken under s. 15(1) of the *Charter* involves three steps. The first step looks to whether the law has drawn a distinction between the claimant and others. The second step then questions whether the distinction results in disadvantage, and examines whether the impugned law imposes a burden, obligation or disadvantage on a group of persons to which the claimant belongs which is not imposed on others, or does not provide them with a benefit which it grants others (*Andrews, supra*). It is at this second step that the direct or indirect effect of the legislation is examined.

The third step assesses whether the distinction is based on an irrelevant personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or one analogous thereto. As McIntyre J. emphasized in *Andrews, supra*, at p. 165, s. 15(1) seeks to eliminate differences based on irrelevant personal characteristics:

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

In his separate concurring reasons, La Forest J. agreed that discrimination exists where distinctions

Andrews, précité, aux pp. 174 et 175, le juge McIntyre formule en ces termes la notion de discrimination:

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

L'analyse à entreprendre selon le par. 15(1) de la *Charte* comporte trois étapes. Premièrement, il faut déterminer si la loi établit une distinction entre le demandeur et d'autres personnes. Deuxièmement, il faut se demander si la distinction donne lieu à un désavantage et examiner si le texte législatif attaqué impose à un groupe de personnes auquel appartient le demandeur des fardeaux, obligations ou désavantages non imposés à d'autres, ou le prive d'un bénéfice qu'il accorde à d'autres (*Andrews*, précité). C'est à cette deuxième étape que l'on examine l'effet direct ou indirect de la loi.

Troisièmement, il faut déterminer si la distinction est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente mentionnée au par. 15(1) ou sur une caractéristique analogue. Comme le juge McIntyre le souligne dans *Andrews*, précité, à la p. 165, le par. 15(1) cherche à éliminer les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles non pertinentes:

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

Dans des motifs concordants distincts, le juge La Forest reconnaît qu'il y a discrimination lors-

13

14

are drawn “on the basis of ‘irrelevant personal differences’ such as those listed in s. 15 and, traditionally, in human rights legislation” (*Andrews, supra*, at p. 193). The ingredient of the relevancy of the personal characteristic was also emphasized as going to the essential core of this Court’s s. 15 jurisprudence by Professor Dale Gibson in his article “Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772, at p. 780.

que des distinctions sont fondées sur «des «différences personnelles non pertinentes» comme celles qui sont énumérées à l’art. 15 et qui se retrouvent traditionnellement dans les lois sur les droits de la personne» (*Andrews*, précité, à la p. 193). Dans son article «Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772, à la p. 780, le professeur Dale Gibson souligne également que la question de la pertinence des caractéristiques personnelles est au cœur des décisions de notre Cour sur l’art. 15.

15

This third step thus comprises two aspects: determining the personal characteristic shared by a group and then assessing its relevancy having regard to the functional values underlying the legislation. On the first aspect of the third step of the s. 15(1) analysis, the individual’s membership in a group is an essential condition, while idiosyncrasies unrelated to membership in a group do not give rise to discrimination. However, the notion of a “group” should not be confused with the concept of a “disadvantaged group” which refers to a “discrete and insular minority” which has suffered from political, historical or legal disadvantage: *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1333. The identification of such a disadvantaged group in our society can serve as a meaningful indicium of discrimination, that is, it may help to identify the existence of a disadvantage attributable to an irrelevant personal characteristic. However, I agree with McLachlin J. that membership in such a disadvantaged group is not an essential precondition for bringing a claim under s. 15 of the *Charter*. The second aspect of the third step, that of assessing relevancy, looks to the nature of the personal characteristic and its relevancy to the functional values underlying the law. Of course, the functional values underlying the law may themselves be discriminatory. Such will be the case where the underlying values are irrelevant to any legitimate legislative purpose. Relevancy is assessed by reference to a ground enumerated in s. 15 or one analogous thereto. I will return to this aspect of the analysis below.

La troisième étape comporte deux aspects: la détermination de la caractéristique personnelle propre à un groupe et l’examen de sa pertinence par rapport aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi. En ce qui concerne le premier aspect de la troisième étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1), l’appartenance à un groupe est une condition essentielle tandis que les particularités non liées à l’appartenance à un groupe n’entraînent pas de discrimination. Toutefois, la notion de «groupe» ne devrait pas être confondue avec le concept de «groupe défavorisé» qui s’entend d’une «minorité discrète et isolée» désavantagée sur les plans social, politique ou juridique: *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1333. L’identification d’un groupe défavorisé dans notre société peut constituer un indice utile de discrimination, en ce sens qu’elle peut servir à cerner l’existence d’un désavantage attribuable à une caractéristique personnelle non pertinente. Cependant, je suis d’accord avec le juge McLachlin pour dire que l’appartenance à un groupe défavorisé n’est pas une condition préalable essentielle à une réclamation fondée sur l’art. 15 de la *Charte*. Le second aspect de la troisième étape, l’évaluation de la pertinence, concerne la nature de la caractéristique personnelle et sa pertinence quant aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi. Bien entendu, ces valeurs fonctionnelles peuvent elles-mêmes être discriminatoires. Ce sera le cas lorsque les valeurs sous-jacentes n’ont aucun rapport avec une fin législative légitime. La pertinence est examinée en fonction d’un motif énuméré à l’art. 15 ou d’un motif analogue. Je reviens plus loin sur cet aspect de l’analyse.

(1) The Importance of Context to the Comparative Analysis Under Section 15 of the Charter

Throughout the s. 15(1) analysis, to paraphrase Iacobucci J. in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 754, one must necessarily undertake a form of comparative analysis in order to determine whether particular facts give rise to inequality. This proposition was enunciated by McIntyre J. in *Andrews*, *supra*, at p. 164, in the following terms:

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

In *R. v. Turpin*, *supra*, at pp. 1331-32, Wilson J. explained how this comparative analysis is linked to the examination of the larger context. In her words:

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context. . . . Accordingly, it is only by examining the larger context that a court can determine whether differential treatment results in equality or whether, contrariwise, it would be identical treatment which would in the particular context result in inequality or foster disadvantage.

Thus, Wilson J.'s words stress the importance of a contextual approach in order to prevent the s. 15 analysis from becoming a mechanical and sterile categorization process. This admonition was most memorably issued by Dickson J., as he then was, in the landmark case of *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, where he stated that "the Charter was not enacted in a vacuum" and it must "be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts". Context is indispensable to identifying the appropriate groups

(1) L'importance du contexte dans l'analyse comparative en vertu de l'art. 15 de la Charte

Aux fins du par. 15(1), pour paraphraser le juge Iacobucci dans l'arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 754, il faut nécessairement entreprendre une forme d'analyse comparative pour déterminer si des faits donnés entraînent l'inégalité. Cette proposition a été formulée par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, précité, à la p. 164:

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

Dans l'arrêt *R. c. Turpin*, précité, aux pp. 1331 et 1332, le juge Wilson explique comment cette analyse comparative se rattache à l'examen du contexte général, et je cite:

Pour déterminer s'il y a une discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique. [. . .] En conséquence, ce n'est qu'en examinant le contexte général qu'une cour de justice peut déterminer si la différence de traitement engendre une inégalité ou si, au contraire, l'identité de traitement engendre, à cause du contexte particulier, une inégalité ou présente un désavantage.

Le juge Wilson fait donc ressortir qu'il importe de recourir à la méthode contextuelle pour empêcher que l'analyse fondée sur l'art. 15 ne devienne un processus de classification mécanique et stérile. Cette mise en garde avait été exprimée de façon remarquable par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt de principe *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, lorsqu'il a affirmé que «la Charte n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte» et qu'«elle doit être située dans ses contextes linguistique, philoso-

16

17

18

to be compared, to determining whether prejudice flows from the distinction, and to assessing the nature and relevancy of the personal characteristic upon which the distinction is drawn. In sum, the larger context importantly informs all stages of the analysis and ensures that it is not narrowly restricted to the "four corners of the impugned legislation" (to use the words of Wilson J. in *Turpin*, *supra*, at p. 1332).

phique et historique appropriés». Le contexte joue un rôle indispensable lorsqu'il s'agit de définir les groupes à comparer, de déterminer si la distinction donne lieu à un préjudice et d'examiner la nature et la pertinence des caractéristiques personnelles sur lesquelles la distinction est fondée. En somme, le contexte général est important à toutes les étapes de l'analyse et permet de faire en sorte qu'elle ne «dépendra [pas] exclusivement du texte de loi contesté» (pour citer le juge Wilson dans l'arrêt *Turpin*, précité, à la p. 1332).

More specifically, an indispensable element of the contextual approach to s. 15(1) involves an inquiry into whether a distinction rests upon or is the expression of some objective physical or biological reality, or fundamental value. This inquiry crucially informs the assessment of whether the prejudicial distinction has been drawn on a relevant basis, and therefore, whether or not that distinction is discriminatory.

Plus particulièrement il est indispensable dans le cadre d'une analyse contextuelle du par. 15(1) de se demander si une distinction repose sur une certaine réalité objective, physique ou biologique, ou sur une valeur fondamentale, ou en est l'expression. Cet examen est d'importance cruciale pour déterminer si la distinction préjudiciable a été établie à partir d'un fondement pertinent et, par conséquent, si elle est discriminatoire ou non.

For example, in *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, at pp. 928-29, this Court held that the legitimacy of distinctions drawn on the basis of sex in the context of the criminal law will depend on the nature of the offence in issue. In that case, s. 146(1) of the *Criminal Code* made it an offence for a man to have sexual intercourse with a female under the age of 14 who was not his wife. In finding that the legislation did not infringe s. 15(1), the Court was careful to consider the offence in the appropriate context by taking into account certain fundamental biological realities, namely the fact that only men can commit the proscribed act. This Court took a similar approach in *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, where a male prison inmate challenged the constitutionality of frisk searching and patrolling conducted in male prisons by female guards. The appellant argued that the practice was discriminatory since female inmates were not also subject to cross-gender frisk searches. Speaking for the Court, La Forest J. stated that the different treatment of male and female inmates does not necessarily amount to discrimination. As he explained (at p. 877), "[g]iven the historical, biological and sociological differences between men and women, equality does not

Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906, aux pp. 928 et 929, notre Cour a statué que le caractère légitime des distinctions fondées sur le sexe dans le contexte du droit criminel dépend de la nature de l'infraction en cause. Était contesté dans cette affaire le par. 146(1) du *Code criminel* qui érigeait en infraction le fait pour un homme d'avoir des rapports sexuels avec une femme de moins de 14 ans qui n'est pas son épouse. Lorsqu'elle a conclu que la disposition ne contrevenait pas au par. 15(1), notre Cour a pris soin d'examiner l'infraction dans son contexte approprié en tenant compte de certaines réalités biologiques, notamment le fait que seulement des hommes peuvent commettre l'acte interdit. Notre Cour a adopté une analyse similaire dans l'arrêt *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872: le cas d'un détenu qui contestait la constitutionnalité des fouilles par palpation et des rondes de surveillance effectuées par des gardiens de sexe féminin dans des prisons pour hommes. L'appelant soutenait que la pratique était discriminatoire puisque les femmes n'étaient pas soumises à des fouilles par palpation par des personnes du sexe opposé. Au nom de notre Cour, le juge La Forest a précisé que le traitement différent des

demand that practices which are forbidden where male officers guard female inmates must also be banned where female officers guard male inmates". In both *Hess, supra*, and *Weatherall, supra*, this Court found that distinctions drawn on the basis of relevant biological differences between the sexes do not necessarily constitute discrimination.

Like biological realities, fundamental values may also be critical to an appreciation of the appropriate context in which to conduct an analysis of s. 15(1). For example, in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 278, to support a finding of discrimination under s. 15(1), La Forest J. approvingly quoted from *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 368, that employment is "one of the most fundamental aspects in a person's life". He held that a restriction on employment under the mandatory retirement policies of the respondent universities imposed a burden on the basis of the irrelevant personal difference of age and, hence, was discriminatory (at p. 278).

Finally, it is worth stressing that a contextual analysis may lead to fundamentally different assessments as to whether distinctions drawn on the basis of the same ground will amount to discrimination. In other words, depending on the context, the same ground may be discriminatory with respect to certain classes of distinction but not with respect to others. For example, this Court recognized in *R. v. Turpin, supra*, that while province of residence was not a ground of discrimination under the applicable legislative scheme in that case, it was nevertheless possible that in different circumstances a distinction based on province of resi-

détenus de sexe masculin et de sexe féminin n'est pas nécessairement discriminatoire. Comme il l'explique (à la p. 877), «[c]ompte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques entre les hommes et les femmes, l'égalité n'exige pas que les pratiques qui sont interdites lorsque des gardiens du sexe masculin sont affectés à la garde de femmes détenues soient également interdites lorsque des agents du sexe féminin sont affectées à la garde d'hommes détenus». Dans les arrêts *Hess* et *Weatherall*, précités, notre Cour a statué que des distinctions fondées sur des différences biologiques pertinentes entre les sexes ne sont pas nécessairement discriminatoires.

Tout comme les réalités biologiques, les valeurs fondamentales peuvent également jouer un rôle essentiel dans l'examen du contexte approprié à l'analyse du par. 15(1). Par exemple, dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 278, pour conclure à l'existence de discrimination en vertu du par. 15(1), le juge La Forest a cité, en l'approuvant, le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 368, et a affirmé que l'emploi est «l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne». Il conclut ensuite qu'une restriction à l'emploi découlant des politiques des universités intimées en matière de retraite obligatoire était discriminatoire puisqu'elle imposait un fardeau fondé sur la caractéristique personnelle non pertinente de l'âge (à la p. 278).

Enfin, il importe de souligner qu'une analyse contextuelle peut mener à des conclusions fondamentalement différentes quant à savoir si des distinctions fondées sur le même motif sont discriminatoires. En d'autres termes, selon le contexte, le même motif peut être discriminatoire relativement à certaines catégories de distinction, mais ne pas l'être relativement à d'autres. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Turpin*, précité, notre Cour a reconnu que la province de résidence n'était pas un motif de discrimination en vertu de la loi applicable en l'espèce mais qu'il était néanmoins possible qu'une distinction fondée sur la province de rési-

dence could be discriminatory. In the words of Wilson J., at p. 1333:

I would not wish to suggest that a person's province of residence or place of trial could not in some circumstances be a personal characteristic of the individual or group capable of constituting a ground of discrimination. I simply say that it is not so here.

In the same vein, in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, Lamer C.J. dismissed the suggestion that the existence of a parallel system of military justice discriminated against members of the Armed Forces, but nevertheless added the following important caveat (at p. 311):

I emphasize, however, that my conclusion here is confined to the context of this appeal. I do not wish to suggest that military personnel can never be the objects of disadvantage or discrimination in a manner that could bring them within the meaning of s. 15 of the *Charter*. Certainly it is the case, for instance, that after a period of massive demobilization at the end of hostilities, returning military personnel may well suffer from disadvantages and discrimination peculiar to their status, and I do not preclude that members of the Armed Forces might constitute a class of persons analogous to those enumerated in s. 15(1) under those circumstances. However, no circumstances of this sort arise in the context of this appeal, and the appellant gains nothing by pleading s. 15 of the *Charter*. [Emphasis in original.]

In short, a sensitive, contextual approach is essential in determining whether distinctions drawn on the basis of a particular ground are discriminatory in any given case. Differently put, context is indispensable in helping to determine whether a given basis of distinction is a discriminatory ground for certain classes of cases but not for others.

(2) Relevance and this Court's "Enumerated and Analogous Grounds" Approach to Section 15 in *Andrews*

As I noted above, a concern for whether a given distinction is drawn on a relevant basis is at the core of the analysis under s. 15. An otherwise prejudicial distinction drawn on a relevant basis is not

dence soit, dans des circonstances différentes, discriminatoire. Le juge Wilson s'exprime ainsi, à la p. 1333:

Je ne veux pas dire que la province de résidence d'une personne ou le lieu du procès ne pourraient pas, dans des circonstances particulières, être une caractéristique personnelle d'un individu ou d'un groupe d'individus susceptible de constituer un motif de discrimination. Je dis simplement que ce n'est pas le cas en l'espèce.

Dans le même ordre d'idées, le juge en chef Lamer, dans l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, a rejeté la proposition selon laquelle l'existence d'un système parallèle de justice militaire était discriminatoire à l'égard des membres des Forces armées, ajoutant néanmoins cette importante mise en garde (à la p. 311):

Je tiens cependant à souligner que ma conclusion en l'espèce ne vaut que pour le contexte du présent pourvoi. Je ne veux pas dire que les militaires ne peuvent jamais être désavantagés ou victimes de traitement discriminatoire de manière à tomber sous la portée de l'art. 15 de la *Charte*. Il est certain, par exemple, qu'après une démobilisation générale à la cessation d'hostilités, les militaires qui reviennent de la guerre peuvent bien être victimes de désavantages et de traitements discriminatoires propres à leur statut, et je n'exclus pas qu'en pareil cas des membres des Forces armées puissent former une catégorie de personnes analogue à celles énumérées au par. 15(1). Toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce et l'appelant n'a rien à gagner en invoquant l'art. 15 de la *Charte*. [Souligné dans l'original.]

En bref, l'évaluation du caractère discriminatoire de distinctions fondées sur un motif particulier, dans une situation donnée, exige une méthode souple qui tienne compte du contexte. Autrement dit, le contexte est un élément indispensable lorsqu'il s'agit de déterminer si un motif donné de distinction est discriminatoire dans certaines catégories de cas, mais ne l'est pas dans d'autres.

(2) La pertinence et l'analyse de l'art. 15 fondée sur les «motifs énumérés et analogues» selon l'arrêt *Andrews*

Comme je l'ai déjà indiqué, la question de la pertinence d'une distinction donnée est au cœur de l'analyse selon l'art. 15. Une distinction par ailleurs préjudiciable mais fondée sur un motif perti-

discriminatory. In determining what constitutes such a relevant basis for distinction, this Court in *Andrews, supra*, adopted the so-called "enumerated and analogous grounds" approach to discrimination. Under this approach, the analysis under s. 15 of the *Charter* encompasses a determination as to whether the prejudicial distinction is attributable to or on the basis of an enumerated or analogous ground. Such a ground is identified as one that is commonly used to make distinctions which have little or no rational connection with the subject matter, generally reflecting a stereotype.

With respect to those grounds listed or enumerated in s. 15, distinctions drawn on such a basis are often but not necessarily always discriminatory, since they may be relevant as merely reflecting a fundamental reality or value. As I noted above, in *Hess, supra*, and *Weatherall, supra*, this Court found that distinctions drawn on the basis of the enumerated ground of sex but relevant as reflecting certain biological realities are not discriminatory.

Relevancy is also at the heart of the identification of an analogous ground. The proper identification of such a ground requires a sensitive, contextual examination of its nature in order to determine whether it qualifies as a basis for irrelevant distinctions, and hence is an analogous ground. But as I pointed out above, a contextual analysis also serves to understand the nature of the ground and determine in what respect it so qualifies. It may be that a given ground is analogous in certain respects but not others. As in the case of enumerated grounds, the distinction being drawn may simply reflect certain biological or physical realities or fundamental values which are in themselves relevant. Certain distinctions may be inherently connected to the ground, indeed come within the scope of its definition and, by that very fact, may be relevant regardless of circumstances and incapable of grounding discrimination.

nent n'est pas discriminatoire. Pour déterminer ce qui constitue un motif pertinent de distinction, notre Cour a abordé la question de la discrimination, dans l'arrêt *Andrews*, précité, selon ce qu'on a appelé la méthode des «motifs énumérés et analogues». Selon cette méthode, on détermine, dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 15 de la *Charte*, si la distinction préjudiciable est attribuable à un motif énuméré ou à un motif analogue. Un tel motif est défini comme un motif communément utilisé pour établir des distinctions qui ont peu ou pas de lien rationnel avec la matière traitée, traduisant généralement l'existence d'un stéréotype.

En ce qui concerne les motifs énumérés à l'art. 15, les distinctions ainsi fondées sont souvent discriminatoires, mais ne le seront pas nécessairement dans tous les cas. Elles peuvent n'être que le reflet d'une réalité ou valeur fondamentales et donc pertinentes. Comme je l'ai déjà fait remarquer, dans les arrêts *Hess* et *Weatherall*, précités, notre Cour a conclu que ne sont pas discriminatoires des distinctions qui sont fondées sur le motif énuméré du sexe, mais qui sont pertinentes en ce qu'elles traduisent certaines réalités biologiques.

La pertinence est également au cœur même de la détermination de l'existence d'un motif analogue. Cette détermination exige une analyse délicate, et contextuelle, de la nature du motif en question afin d'établir s'il est le fondement de distinctions non pertinentes et, en conséquence, s'il constitue un motif analogue. Cependant, comme je l'ai déjà fait remarquer, une analyse contextuelle permet aussi de comprendre la nature du motif et de déterminer en quoi il peut constituer un tel motif. Il se peut qu'un motif donné soit analogue à certains égards, mais ne le soit pas à d'autres. Comme dans le cas des motifs énumérés, la distinction établie peut tout simplement tenir compte de certaines réalités biologiques ou physiques ou de valeurs fondamentales qui sont en soi pertinentes. Certaines distinctions peuvent être intrinsèquement liées au motif, voire même comprises dans sa définition et, de ce fait, être pertinentes indépendamment des circonstances, donc incapables de donner lieu à discrimination.

24

25

26

As I develop below, marital status is an example of a ground which, while analogous in certain respects, cannot be so with respect to those attributes and effects which serve to define marriage itself, which include the rights and obligations necessarily incident to the institution, and distinguish it from a state of absence of marriage. This is so, as marriage in itself is not discriminatory as it is a matter of choice and a basic institution of society.

27

To the extent, then, that a law in any given case mirrors or reflects a distinction drawn on such a basis that is relevant to its functional values which are not themselves discriminatory, the distinction drawn by the law will not be discriminatory. In the absence of such a relevant basis, the ground in issue is properly qualified as one analogous to those enumerated in s. 15 and a distinction based on it will be discriminatory and infringe s. 15.

28

I should also emphasize that the approach to s. 15 in these reasons in no way departs from this Court's approach in *Andrews, supra*, and in subsequent jurisprudence. My concern has only been to clarify a qualification which must be made in the application of the analogous grounds approach, a qualification which merely calls for a heightened sensitivity to the nature of the ground in issue in any given case, and a recognition that a ground which may be the basis of discrimination in one context may be innocuous in another.

29

Parenthetically, I note that a recognition of the need for sensitivity to the context in a s. 15(1) analysis is also a complete response to my colleague McLachlin J.'s concern that a focus on relevance alone is not sufficient in all cases to address whether a charge of discrimination has been proven. Surely, if both the larger context and the varieties of context are kept firmly in mind in assessing the nature of an analogous or enumerated ground, then there can be no danger that the pur-

Comme je l'explique plus loin, l'état matrimonial est un exemple de motif qui est analogue à certains points de vue, mais qui ne peut l'être à l'égard des attributs et des effets qui servent à définir le mariage lui-même, dont notamment les droits et obligations nécessairement accessoires à l'institution, et qui le distinguent de l'absence de mariage. Il en est ainsi parce que le mariage en soi n'est pas discriminatoire puisqu'il résulte d'un choix et qu'il est une institution fondamentale de la société.

Dans la mesure où, dans un cas donné, une loi reflète ou traduit une distinction de cette nature qui soit pertinente aux valeurs fonctionnelles de la loi, lesquelles ne sont pas elles-mêmes discriminatoires, la distinction établie par cette loi n'est pas discriminatoire. S'il n'y a pas cette pertinence, le motif en question est alors retenu à juste titre comme motif analogue aux motifs énumérés à l'art. 15, et la distinction fondée sur ce motif sera discriminatoire et contraire à cet article.

Je tiens également à souligner que l'analyse fondée sur l'art. 15 en l'espèce ne s'écarte nullement de l'analyse que notre Cour a adoptée dans l'arrêt *Andrews*, précité, et dans les arrêts qui ont suivi. Je ne fais que clarifier une réserve qu'il faut faire dans l'application de l'analyse fondée sur les motifs analogues, réserve qui exige simplement une analyse plus précise de la nature du motif en cause dans le cas étudié et la reconnaissance qu'un motif susceptible de constituer le fondement d'une discrimination dans un contexte peut être inoffensif dans un autre.

Je note, entre parenthèses, que la reconnaissance de la nécessité de tenir compte du contexte dans une analyse fondée sur le par. 15(1) constitue également une réponse complète à la préoccupation de ma collègue le juge McLachlin selon laquelle mettre l'accent sur la seule pertinence ne suffit pas dans tous les cas pour déterminer si une allégation de discrimination a été prouvée. La prise en compte véritable tant du contexte global que des divers contextes particuliers dans l'appréciation de

pose of the equality guarantees will somehow be eclipsed or overlooked in a relevance approach to s. 15. Indeed, a criterion defined in terms of stereotype based on presumed group characteristics, rather than on the basis of merit, capacity or circumstances, is but an elaboration of the concept of relevance.

Nor, in my opinion, does recognition of the essential role of relevance under s. 15 raise the spectre of superficial biological differences reemerging as a justification for sexual discrimination, as had been countenanced by this Court's decision in *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183. The lesson to be learned from *Bliss* is most emphatically not that a court should never sustain legislative distinctions on the basis of relevant biological differences between the sexes. If that were the case, then the state would, for example, be barred under s. 15 of the *Charter* from providing pregnant women with financial assistance for the purpose of assisting them to maintain their own and their child's physical well-being during the pregnancy, which would be absurd. I would venture to say, without any hesitation, that a distinction drawn on the basis of such a fundamental biological reality would be laudable as well as relevant. No, the lesson to be drawn from *Bliss* is rather that discrimination analysis must be conducted with a view to the larger context. Only then can a court sensibly separate biological differences which are normatively relevant and hence benign, from those which are irrelevant and thus discriminatory. This Court was thus properly mindful of broadening the appropriate context in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at p. 1237, when it overturned *Bliss* and recognized that exclusion of pregnancy from coverage under an employer benefit plan for compensation of employees unable to work for health-related reasons was "untenable", being irrelevant to the purpose of the plan, as pregnancy is such a valid health-related reason. It was therefore discrimination and also discrimination on the basis of sex. The Court rightly pointed out that while nature endowed only one of the sexes with the ability to

la nature d'un motif analogue ou d'un motif énuméré, écarte, bien sûr, toute possibilité que le but des garanties d'égalité soit d'une certaine façon éclipsé ou ignoré dans le cadre d'une analyse selon l'art. 15 fondée sur la pertinence. En fait, un critère défini en termes de stéréotype fondé sur des caractéristiques de groupe présumées, plutôt que sur le mérite, la capacité ou la situation, n'est qu'une élaboration du concept de la pertinence.

À mon avis, la reconnaissance du rôle essentiel de la pertinence dans le cadre de l'art. 15 ne suscite pas non plus le risque que des différences biologiques superficielles soient de nouveau invoquées pour justifier la discrimination sexuelle, ce qui avait été entériné par la décision de notre Cour dans *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183. La leçon qu'il faut tirer de cet arrêt n'est certes pas qu'un tribunal ne devrait jamais reconnaître des distinctions législatives fondées sur des différences biologiques pertinentes entre les sexes. Si c'était le cas, l'art. 15 de la *Charte* ferait en sorte que l'État ne pourrait pas, par exemple, accorder aux femmes enceintes une aide financière leur permettant de veiller à leur bien-être physique et à celui de leur enfant pendant la grossesse, ce qui serait absurde. Je dirais, sans hésitation, qu'une telle distinction fondée sur une réalité biologique aussi fondamentale serait aussi louable que pertinente. La leçon qu'il faut tirer de l'arrêt *Bliss* est plutôt qu'une analyse de la discrimination doit viser le contexte global. Ce n'est qu'ainsi qu'un tribunal peut distinguer, de façon sensée, les différences biologiques qui sont pertinentes sur le plan normatif et, partant, bénignes, de celles qui ne sont pas pertinentes et, par conséquent, discriminatoires. C'est donc avec raison que notre Cour a pris soin d'élargir le contexte approprié dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, à la p. 1237, lorsqu'elle a écarté l'arrêt *Bliss* et reconnu que le fait d'exclure la grossesse de la protection d'un régime d'avantages sociaux d'un employeur visant à indemniser les employés empêchés de travailler pour motif de santé était «indéfendable», parce que contraire au but du régime, puisque la grossesse est un motif de santé valable. Il s'agissait donc de discrimination et de discrimination fondée sur le sexe. La Cour, à bon

bear children, a facile reliance on this fact would result in placing the major cost of procreation entirely on women.

(3) Relevance under Section 15(1) and its Relationship to Reasonableness under Section 1

31 Before addressing the application of s. 15(1) of the *Charter* to the facts of this case, I think it is important to clarify the relationship between the requirement of relevance under s. 15(1) of the *Charter* and that of reasonableness under s. 1. It should be emphasized that determining the relevancy of a distinction does not amount to importing under s. 15(1) the principles of justification found within s. 1 of the *Charter*. This approach is appropriately mindful, then, of the caution which Wilson J. issued in *Turpin, supra*, at p. 1328, that “[t]he equality rights must be given their full content divorced from justificatory factors properly considered under s. 1”.

droit, a signalé que l’acceptation facile de l’argument que la nature n’a doté qu’un seul sexe de la capacité de mettre des enfants au monde aurait pour effet de faire porter entièrement par les femmes l’essentiel du coût de la procréation.

(3) La pertinence en vertu du par. 15(1) et le caractère raisonnable en vertu de l’article premier

Avant d’examiner l’application du par. 15(1) de la *Charte* aux faits de la présente affaire, il importe à mon avis de préciser le rapport qui existe entre l’exigence de la pertinence en vertu du par. 15(1) de la *Charte* et celle du caractère raisonnable en vertu de l’article premier. Je tiens à souligner que la détermination de la pertinence d’une distinction ne revient pas à rendre applicables à l’analyse selon le par. 15(1) les principes de justification au sens de l’article premier de la *Charte*. Cette méthode respecte la mise en garde formulée par le juge Wilson dans l’arrêt *Turpin*, précité, à la p. 1328: «Il faut donner aux droits à l’égalité leur plein sens, indépendamment des facteurs justificatifs qu’il convient d’examiner en vertu de l’article premier.»

32 Fundamentally, s. 15(1) is concerned with the relevancy of distinctions. Relevancy goes to the determination of the existence of discrimination, whereas the s. 1 justification only arises after discrimination has been established. Thus, even where a distinction is based on an irrelevant personal characteristic, and is therefore discriminatory, it is still possible for the discrimination to be rationally connected to a pressing and substantial governmental objective. In this regard, it is useful to refer back to *Andrews, supra*. That decision significantly modified in at least two ways the concept of equality as it was then applied by the courts. First, the Court rejected as deficient the rule of formal equality which stated that persons in similar situations must be given similar treatment. Second, and most relevant in the present context, this Court also rejected what might be termed the “reasonableness test” (*Andrews, supra*, at pp. 181-82). The object pursued by the “reasonableness test” was to ascertain whether the impugned distinction was reasonable or fair, taking into account the purposes, the aims and the effect of the legisla-

Le paragraphe 15(1) s’intéresse fondamentalement à la pertinence des distinctions. La pertinence touche la question même de l’existence de la discrimination, alors que la justification fondée sur l’article premier n’est examinée que lorsque la discrimination a été établie. Ainsi, même si une distinction est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente, et par conséquent est discriminatoire, il se peut néanmoins que cette discrimination ait un lien rationnel avec un objectif urgent et réel du gouvernement. Sur ce point, il est utile de revenir à l’arrêt *Andrews*, précité. Cet arrêt a profondément modifié, à deux points de vue au moins, le concept de l’égalité appliqué jusqu’alors par les tribunaux. Premièrement, notre Cour a rejeté, parce qu’inadéquate, la règle de l’égalité formelle selon laquelle les personnes qui se trouvent dans une situation similaire doivent être traitées de façon similaire. Deuxièmement, et ceci est très pertinent dans le présent contexte, notre Cour a aussi rejeté ce que l’on pourrait qualifier de «critère du caractère raisonnable» (*Andrews*, précité, aux pp. 181 et 182). Ce critère visait à déterminer

tion on the person. Under this test, both the finding of whether a distinction resulted in discrimination and, to a large extent, the justification of that discrimination were done under s. 15(1).

Instead, under the enumerated and analogous grounds approach adopted by the Court in *Andrews*, the analysis under s. 15 of the *Charter* encompasses a determination as to whether the prejudicial distinction is attributable to an enumerated or analogous ground. Once the analogous ground is identified and defined in terms of its nature and scope as explained above, any further issues as to relevance are to be examined not under s. 15 but under s. 1 together with any other issues as to justification.

Differently put, the Court in *Andrews, supra*, held that the relevance of a basis for differential treatment under s. 15 must be clearly distinguished from its reasonableness and thus whether it can be justified under s. 1. This distinction was made forcefully by La Forest J., who stated (at p. 197):

While it cannot be said that citizenship is a characteristic which "bears no relation to the individual's ability to perform or contribute to society" (*Fontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973), at p. 686), it certainly typically bears an attenuated sense of relevance to these. That is not to say that no legislative conditioning of benefits (for example) on the basis of citizenship is acceptable in the free and democratic society that is Canada, merely that legislation purporting to do so ought to be measured against the touchstone of our Constitution. It requires justification. [Emphasis added.]

An additional example of the proper relationship between s. 15(1) and s. 1 is found in *McKinney, supra*. La Forest J. found that the mandatory retirement policies of the respondent universities, though amounting to discrimination under s. 15(1) as impinging upon employment, were rationally connected to the legitimate objectives of the

si la distinction contestée était raisonnable ou juste, compte tenu des objets de la loi et de son effet sur la personne. En vertu de ce critère, tant l'analyse du caractère discriminatoire d'une distinction que, dans une large mesure, l'analyse de la justification se faisaient en vertu du par. 15(1).

Selon la méthode des motifs énumérés et analogues adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Andrews*, l'analyse fondée sur l'art. 15 de la *Charte* consiste plutôt à déterminer si la distinction préjudiciable est attribuable à un motif énuméré ou à un motif analogue. Une fois le motif analogue établi et défini quant à sa nature et à sa portée comme je l'ai déjà expliqué, toute autre question de pertinence doit être examinée non pas en vertu de l'art. 15, mais en vertu de l'article premier en même temps que toute autre question de justification.

En d'autres termes, notre Cour a statué dans l'arrêt *Andrews*, précité, qu'il faut faire clairement la distinction entre la pertinence du fondement d'un traitement différent au regard de l'art. 15 et son caractère raisonnable et, donc, sa justification en vertu de l'article premier. Cette distinction a été formulée avec vigueur par le juge La Forest (à la p. 197):

Bien qu'on ne puisse pas affirmer qu'elle est une caractéristique qui (TRADUCTION) «n'a aucun rapport avec l'aptitude d'un individu à fonctionner et à faire sa part dans la société» (*Fontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973), à la p. 686), la citoyenneté comporte certainement un rapport atténué de pertinence avec celle-ci. Cela signifie non pas qu'aucune loi qui (par exemple) conditionne un avantage à l'obtention de la citoyenneté n'est acceptable dans la société libre et démocratique qu'est le Canada, mais simplement que la loi qui paraît le faire devrait être soupesée en fonction de la pierre de touche de notre Constitution. Elle doit être justifiée. [Je souligne.]

L'arrêt *McKinney*, précité, illustre également où se situent le par. 15(1) et l'article premier. Le juge La Forest y a conclu que les politiques de mise à la retraite obligatoire des universités intimées, quoique discriminatoires au sens du par. 15(1) du fait qu'elles restreignent l'emploi, avaient un lien rationnel avec les objectifs légitimes de la loi atta-

33

34

35

impugned legislation, which included the promotion of excellence in higher education and the preservation of academic freedom (p. 281). These values were not in issue. The debate bore upon the means chosen to promote them. La Forest J. examined the relationship between the needs of the universities and the tenure of faculty members. He concluded that "mandatory retirement [was] intimately tied to the tenure system" (p. 283). He further resolved that mandatory retirement "ensures continuing faculty renewal, a necessary process to enable universities to be centres of excellence. . . . In a closed system with limited resources, this can only be achieved by departures of other people" (p. 284) (emphasis in original). The evidence submitted was found to demonstrate some correlation, depending on the resource allocation of universities, between the mandatory retirement and the renewal of faculty members. These were considerations properly weighed under s. 1 of the *Charter*.

quée, dont la promotion de l'excellence dans les études supérieures et la préservation de la liberté académique (p. 281). Ces valeurs n'étaient pas contestées. Le débat portait plutôt sur les moyens choisis pour les promouvoir. Le juge La Forest a examiné le rapport entre les besoins des universités et la permanence des professeurs. Il a conclu que la «retraite obligatoire [était] intimement liée au système de la permanence» (p. 283). Il a ensuite affirmé que la retraite obligatoire «assure le renouvellement continu des membres du corps professoral, un processus nécessaire pour permettre aux universités d'être des centres d'excellence. . . . Dans un système fermé ayant des ressources limitées, on ne peut y parvenir qu'avec le départ d'autres personnes» (p. 284) (souligné dans l'original). Notre Cour a conclu que la preuve établissait une certaine corrélation, selon la répartition des ressources des universités, entre la retraite obligatoire et le renouvellement des membres du corps professoral. Ces considérations ont été soupesées, avec raison, en fonction de l'article premier de la *Charte*.

36

Nor do I believe that an approach to s. 15 which focuses on enumerated or analogous grounds as explained above places any additional onus on a *Charter* claimant. First, as I have already noted, a concern for relevance has run through this Court's s. 15 jurisprudence. In this sense, my clarification of the analogous grounds approach has obviously not imposed any additional burden on a *Charter* claimant. Secondly, the onus is always on a claimant to prove on the balance of probabilities that a *Charter*-guaranteed right or freedom has been infringed. Discharging this onus and demonstrating that legislative distinctions have been drawn on an irrelevant ground having regard to its nature and scope will, admittedly, require a knowledge of the wording of the legislation and of the larger context within which it is situated. However, these are obviously not matters to which only the enacting government is privy. Where it is not plain from the subject matter and wording of the law that a distinction based on an enumerated or analogous ground reflects some biological or physical reality or fundamental value and where no other evidence is tendered, a court will generally be obliged to

Je ne crois pas non plus qu'aborder l'art. 15 en mettant l'accent sur les motifs énumérés ou analogues, comme je l'ai déjà expliqué, impose un fardeau additionnel au demandeur qui invoque la *Charte*. Premièrement, je le répète, l'importance de la pertinence se dégage de la jurisprudence de notre Cour sur l'art. 15. En ce sens, la précision que j'apporte à l'analyse des motifs analogues n'impose de toute évidence aucun fardeau additionnel à ce demandeur. Deuxièmement, il incombe toujours au demandeur de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte*. Il est admis que, pour s'acquitter de ce fardeau et établir que des distinctions législatives sont fondées sur un motif non pertinent compte tenu de sa nature et de sa portée, il faut connaître le libellé de la loi et l'ensemble du contexte dans lequel elle se situe. Cependant, il ne s'agit évidemment pas de questions qui sont à la seule connaissance du législateur. Si l'objet et le libellé de la loi n'établissent pas clairement qu'une distinction fondée sur un motif analogue ou énuméré traduit certaines réalités physiques ou biologiques ou valeurs fonda-

find that such a distinction is discriminatory. As a consequence, in any case where legislation is challenged under s. 15 of the *Charter*, the enacting government will have an incentive to assist the court to determine what relevance, if any, there is in the impugned legislative distinction.

I would also stress that there may indeed be significant overlap between the assessment of the functional values of the legislation under s. 15, and the purpose of the legislation under s. 1. This will not necessarily always be the case, however, as the legislation in *McKinney*, *supra*, clearly illustrates. However, to the extent that there is overlap between the functional values and the purpose of the legislation, this is not cause for concern, since fundamentally different questions are asked under s. 15 and under s. 1 proceeding under fundamentally different premises: under s. 15, one asks whether the legislation is discriminatory on the basis of certain grounds, and then under s. 1, having found it to be discriminatory, one asks whether it is otherwise a reasonable limit which can be demonstrably justified in a free and democratic society. In short, as McIntyre J. stressed in *Andrews*, *supra*, while "the relationship between these two sections may well be difficult to determine on a wholly satisfactory basis" it is "important to keep them analytically distinct" (p. 178).

I conclude from the foregoing that a distinction deemed irrelevant because based on an enumerated or analogous ground and thus discriminatory under s. 15(1) may nevertheless be rationally connected to furthering a larger social purpose, and hence may be judged reasonable under s. 1.

B. Section 15(1) of the Charter and the Ground of Marital Status

The distinction drawn by the legislation at issue is made on the basis of marriage and the appellants

mentales et si l'on ne présente pas d'autres éléments de preuve, le tribunal sera généralement tenu de conclure que la distinction en cause est discriminatoire. En conséquence, lorsqu'une loi est contestée sur le fondement de l'art. 15 de la *Charte*, le gouvernement qui l'a adoptée est incité à aider le tribunal à déterminer quelle est la pertinence, s'il en est, de la distinction législative attaquée.

Je tiens également à souligner qu'il peut effectivement exister un important chevauchement entre l'examen des valeurs fonctionnelles de la loi en vertu de l'art. 15, et celui de l'objet de la loi en vertu de l'article premier. Néanmoins, il n'en sera pas toujours ainsi, comme l'illustre clairement le cas de la loi en cause dans l'arrêt *McKinney*, précité. Cependant, s'il y a chevauchement entre les valeurs fonctionnelles et l'objet de la loi, il n'y a pas lieu de s'inquiéter puisque les questions sont fondamentalement différentes selon qu'il s'agit de l'art. 15 ou de l'article premier, ceci selon des prémisses fondamentalement différentes: dans le cas de l'art. 15, il faut se demander si la loi est discriminatoire pour certains motifs; dans l'affirmative, il faut alors examiner, en vertu de l'article premier, s'il existe par ailleurs une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bref, comme le juge McIntyre l'a souligné dans l'arrêt *Andrews*, précité, «le rapport entre ces deux articles pourra fort bien se révéler difficile à établir de façon entièrement satisfaisante», mais il est «important de les maintenir analytiquement distincts» (p. 178).

Je conclus de ce qui précède qu'une distinction réputée non pertinente parce qu'elle est fondée sur un motif énuméré ou analogue et, partant, discriminatoire au sens du par. 15(1) peut néanmoins avoir un lien rationnel avec un objectif social plus global et, donc, être jugée raisonnable en vertu de l'article premier.

B. Le paragraphe 15(1) de la Charte et le motif de l'état matrimonial

La loi en cause formule une distinction fondée sur le mariage, et les appelants fondent toute leur

37

38

39

have rested their whole argument upon the premise that their situation is identical to that of married couples, and carries with it the same consequences; it is therefore important in addressing the context of this distinction to examine briefly the concept of marriage and its place in our society, together with some implications of the unique contractual basis of marriage, even at the risk of stating the obvious.

(1) The Importance of Marriage as a Social Institution

The question raised by the case at bar is intimately linked with the institution of marriage, the importance of which has long been recognized in our society. Other countries, as well as international law, acknowledge both the importance of marriage and the legitimacy of state action which fosters this basic social institution.

For example, the United States Supreme Court has long recognized that marriage is a fundamental social institution. In *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190 (1888), at pp. 205 and 211, the court stated:

Marriage, as creating the most important relation in life, as having more to do with the morals and civilization of a people than any other institution, has always been subject to the control of the legislature. That body prescribes the age at which parties may contract to marry, the procedure or form essential to constitute marriage, the duties and obligations it creates, its effects upon the property rights of both, present and prospective, and the acts which may constitute grounds for its dissolution.

[Marriage] is an institution, in the maintenance of which in its purity the public is deeply interested, for it is the foundation of the family and of society, without which there would be neither civilization nor progress.

argumentation sur la prémisse que leur situation est identique à celle des couples mariés et est assortie des mêmes conséquences; il est donc important, dans l'analyse du contexte de cette distinction, d'examiner brièvement le concept du mariage et la place qu'il occupe dans notre société, ainsi que certaines répercussions du fondement contractuel particulier du mariage, même au risque d'énoncer une évidence.

(1) L'importance du mariage comme institution sociale

La question soulevée en l'espèce est étroitement liée à l'institution du mariage, dont l'importance est depuis longtemps reconnue dans notre société. D'autres pays, de même que le droit international, reconnaissent l'importance du mariage et le caractère légitime des mesures que prend l'État pour favoriser cette institution sociale fondamentale.

Par exemple, la Cour suprême des États-Unis a depuis longtemps reconnu que le mariage est une institution sociale fondamentale. Dans l'arrêt *Maynard c. Hill*, 125 U.S. 190 (1888), aux pp. 205 et 211, la cour affirme:

[TRADUCTION] Puisqu'il constitue la relation la plus importante de la vie et qu'il touche davantage aux mœurs et à la civilisation d'un peuple que toute autre institution, le mariage a toujours fait l'objet de mesures de contrôle de la part de la législature. Par exemple, c'est elle qui fixe l'âge nubile des parties, les modalités du mariage, les devoirs et obligations qu'il crée, ses effets sur les droits de propriété, présents et futurs, de chacune des parties ainsi que les motifs de dissolution.

[Le mariage] est une institution dont le public a un intérêt profond à conserver l'intégrité, puisqu'il constitue le fondement même de la famille et de la société, sans lequel il n'y aurait ni civilisation ni progrès.

La Cour suprême des États-Unis a aussi confirmé le statut constitutionnel du droit de se marier. Dans l'arrêt *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), à la p. 399, la cour a statué que la liberté protégée par le Quatorzième amendement comprend [TRADUCTION] «le droit de la personne [...]»

Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942), at p. 541, that “[m]arriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race”. Nor can one forget Douglas J.’s eloquent words in *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), at p. 486, in finding that freedom of choice in marriage and family relationships lies at the heart of the right to privacy:

We deal with a right of privacy older than the Bill of Rights — older than our political parties, older than our school system. Marriage is a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred. It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions.

These sentiments were repeated by Warren C.J. in *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), at p. 12: “The freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men.” (See also *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971), at p. 374; *Cleveland Board of Education v. LaFleur*, 414 U.S. 632 (1974), at pp. 639-40; *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977), at p. 499; and *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978), at pp. 384-85.)

The California courts have also affirmed on several occasions the State’s legitimate interest in fostering marriage as a social institution (see *Marvin v. Marvin*, 557 P.2d 106 (Cal. 1976), at p. 122; *Elden v. Sheldon*, 758 P.2d 582 (Cal. 1988), at pp. 586-87; *Beaty v. Truck Insurance Exchange*, 8 Cal.Rptr.2d 593 (Ct.App. 3 Dist. 1992), at p. 600).

Moving from domestic to international law, art. 16 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), which is binding on Canada, and art. 12 of

de se marier, de fonder un foyer et d’élever des enfants»; dans l’arrêt *Skinner c. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), à la p. 541, elle a affirmé que [TRADUCTION] «[l]e mariage et la procréation sont des aspects fondamentaux de l’existence même et de la survie de la race». On ne saurait non plus passer sous silence les éloquentes propos du juge Douglas dans *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), à la p. 486, où il a conclu que la liberté de choix dans le mariage et les relations familiales touche directement le droit à la vie privée:

[TRADUCTION] Nous sommes en présence d’un droit à la vie privée plus ancien que le Bill of Rights — plus ancien que nos partis politiques, plus ancien que notre système scolaire. Le mariage est une union pour le meilleur ou pour le pire, que l’on souhaite durable et qui est intime au point d’être sacrée. C’est une association qui favorise un mode de vie, et non une cause; une harmonie de vie et non des idéaux politiques; une loyauté bilatérale, et non des projets commerciaux ou sociaux. Pourtant, cette association a une fin aussi noble que toutes celles dont ont traité nos décisions antérieures.

Le juge en chef Warren reprend ces sentiments dans *Loving c. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), à la p. 12: [TRADUCTION] «La liberté de se marier est depuis longtemps reconnue comme l’un des droits personnels essentiels à la recherche ordonnée du bonheur par les hommes libres.» (Voir aussi *Boddie c. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971), à la p. 374; *Cleveland Board of Education c. LaFleur*, 414 U.S. 632 (1974), aux pp. 639 et 640; *Moore c. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977), à la p. 499, et *Zablocki c. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978), aux pp. 384 et 385.)

Les tribunaux de la Californie ont également confirmé à plusieurs reprises l’intérêt légitime qu’a l’État à favoriser le mariage comme institution sociale (voir *Marvin c. Marvin*, 557 P.2d 106 (Cal. 1976), à la p. 122; *Elden c. Sheldon*, 758 P.2d 582 (Cal. 1988), aux pp. 586 et 587; *Beaty c. Truck Insurance Exchange*, 8 Cal.Rptr. 2d 593 (Ct.App. 3 Dist. 1992), à la p. 600).

Si l’on passe du droit interne au droit international, l’art. 16 de la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), à laquelle le Canada

the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, provide individuals with "the right to marry". For example, art. 16 of the *Universal Declaration* states that "Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution".

a souscrit, et l'art. 12 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, accordent aux personnes «le droit de se marier». Par exemple, l'art. 16 de la *Déclaration universelle* précise: «À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de former une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution».

45 This brief review of domestic and international law confirms what in my view requires little if any confirmation, namely that marriage is both a basic social institution and a fundamental right which states can legitimately legislate to foster.

Ce bref examen du droit interne et du droit international confirme ce qui, à mon avis, n'a pas vraiment besoin de l'être: le mariage est à la fois une institution sociale de base et un droit fondamental que les États peuvent légitimement favoriser dans les lois qu'ils adoptent.

(2) The Contractual Basis of Marriage

(2) Le fondement contractuel du mariage

46 In considering the particular attributes of the ground at issue, it is also important to remember that married status, at least in our society, can only be acquired by the expression of the individual's personal, free choice, regardless of the reason for which that status is assumed. Marriage rests upon a contractual basis, to which the law attaches certain rights and obligations. The decision to marry includes the acceptance of various legal consequences incident to the institution of marriage, including the obligation of mutual support between spouses and the support and raising of children of the marriage. In my view, freedom of choice and the contractual nature of marriage are crucial to understanding why distinctions premised on marital status are not necessarily discriminatory: where individuals choose not to marry, it would undermine the choice they have made if the state were to impose upon them the very same burdens and benefits which it imposes upon married persons. The authors Michael D. A. Freeman and Christina M. Lyon, in *Cohabitation without Marriage* (1983), at p. 191, make just these points:

Lorsque l'on examine les attributs particuliers du motif en cause, il importe également de se rappeler que, tout au moins dans notre société, on ne peut acquérir le statut de personne mariée que par l'expression d'un choix libre et personnel, quelle qu'en soit la raison. Le mariage a un fondement contractuel auquel la loi rattache certains droits et obligations. La décision de se marier emporte acceptation des diverses conséquences juridiques propres à l'institution du mariage, y compris l'obligation réciproque de soutien ainsi que les aliments et l'éducation des enfants issus du mariage. À mon avis, la liberté de choix et la nature contractuelle du mariage sont essentiels pour comprendre pourquoi les distinctions fondées sur l'état matrimonial ne sont pas nécessairement discriminatoires: lorsque des personnes choisissent de ne pas se marier, l'État écarterait ce choix s'il leur imposait les mêmes fardeaux et avantages qu'aux personnes mariées. Les auteurs Michael D. A. Freeman et Christina M. Lyon, dans l'ouvrage intitulé *Cohabitation without Marriage* (1983), à la p. 191, soulignent la chose:

... marriage is a voluntary institution in which the parties express their willingness to commit themselves to each other for life. Whether they are completely cognisant of all the legal effects of such a commitment is immaterial; the commitment²³ is made, nevertheless,

[TRADUCTION] ... le mariage est une institution volontaire dans laquelle les parties expriment le désir de s'engager l'une envers l'autre pour la vie. Il importe peu qu'elles soient pleinement conscientes de toutes les répercussions juridiques de cet engagement; celui-ci est

and marital rights and obligations inevitably follow. Cohabiting couples do not make that same commitment, and rights and duties akin to marriage should not as a result follow. The danger with imposing the incidents of marriage on a cohabiting couple is that it constitutes a denial of a fundamental freedom.

An additional element distinguishing marriage from other relationships is the commitment towards permanence accepted by the parties to the marriage contract. This contractual term "places it in a different category of relational interests than if it were temporary" (Bruce C. Hafen, "The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual Privacy — Balancing the Individual and Social Interests" (1983), 81 *Mich. L. Rev.* 463, at p. 486). While I accept as a fact that some non-marital relationships do indeed endure as long as some marriages, my point is rather that the commitment towards permanence is a defining characteristic of the contract of marriage.

Similarly, while one may speculate that in many instances only one partner in a cohabiting couple does not want to marry, this clearly does not imply that the decision to marry is any less a matter of choice. The decision to marry or not is, admittedly, a joint choice, but a choice nonetheless. Simply because one party prefers not to marry does not entitle a couple to all the benefits which the legislature uniquely attaches to marriage.

In my opinion, distinctions drawn on the basis of the status, burdens and benefits acquired through marriage cannot, without more, be discriminatory under s. 15(1) of the *Charter*, since these attributes are acquired through contract. One cannot claim discrimination solely on the basis that the status, rights and obligations validly contracted for differ from those prevailing in the absence of contract. Distinctions premised on marital status are therefore relevant to laws which are aimed at defining marriage, its effects and the rights and obligations to which it gives rise. Stated otherwise, the attributes of married status cannot give rise to

néanmoins pris et il donne invariablement naissance à des droits et des obligations. Les couples qui cohabitent ne prennent pas le même engagement, et cette cohabitation ne devrait pas donner lieu à des droits et obligations qui s'apparentent au mariage. Imposer à un couple en cohabitation les devoirs et privilèges propres au mariage risque de constituer une négation de liberté fondamentale.

Le mariage se distingue également d'autres relations du fait que les parties s'engagent par contrat à établir une relation permanente. Cette condition [TRADUCTION] «le place dans une catégorie différente des relations de nature provisoire» (Bruce C. Hafen, «The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual Privacy — Balancing the Individual and Social Interests» (1983), 81 *Mich. L. Rev.* 463, à la p. 486). Bien que je reconnaisse que, dans les faits, certaines unions non matrimoniales durent aussi longtemps que certains mariages, il demeure, et je le souligne, que l'engagement de permanence pris par les parties constitue une caractéristique essentielle du contrat de mariage.

De même, bien que l'on puisse supposer que, dans beaucoup de cas, un seul partenaire du couple qui cohabite ne veut pas se marier, cela n'enlève en rien l'élément de choix dans la décision de se marier. La décision de se marier ou non, je l'admets, est un choix conjoint, mais elle demeure néanmoins un choix. Le simple fait qu'une seule des parties préfère ne pas se marier ne signifie pas que le couple a droit à tous les avantages que le législateur rattache uniquement au mariage.

À mon avis, les distinctions fondées sur le statut, les fardeaux et les avantages acquis par le mariage ne peuvent, sans plus, être discriminatoires aux termes du par. 15(1) de la *Charte*, puisque ces attributs résultent d'un contrat. On ne peut invoquer la discrimination pour le seul motif que le statut, les droits et les obligations établis dans un contrat valide diffèrent de ce qui existerait en l'absence d'un contrat. Les distinctions fondées sur le statut matrimonial sont en conséquence pertinentes pour les lois qui visent à définir le mariage, ses effets et les droits et obligations qui en découlent. En d'autres termes, les attributs du statut de per-

discrimination as against those who are not married. In this aspect, marital status is not an analogous ground. In the case at bar, I will conclude that the benefits claimed by the appellants, namely the rehabilitation and medical compensation and the income benefits, are most appropriately characterized as falling within the scope of the support obligations imposed by law on married spouses. In my view, marital status is therefore relevant to the purposes underlying the distinction contained in the insurance policy, and accordingly, that distinction does not infringe s. 15(1).

C. Applying the Section 15(1) Analysis to This Case

(1) Step One: Has a Distinction Been Drawn by the Legislation?

50 Under the first step of the s. 15(1) analysis, one must determine whether the impugned legislation creates a distinction between the appellants and one or more groups. In this case, the relevant group to be compared is married spouses, and indeed, the appellants, an unmarried couple, urge the Court to compare their situation with that of married spouses. They submit that, as an unmarried couple, they are in a relationship akin to marriage, that is, a relatively permanent state of interdependence and cohabitation carrying with it, in Ontario at least, an obligation of mutual support.

51 It is apparent that the insurance policy distinguishes between spouses and non-spouses. Under the definition set forth in Section B of the insurance policy, only "spouses" can claim for the loss of income and bodily injuries. As I mentioned above, I agree with McLachlin J. that the meaning of "spouse" for the purpose of this section of the insurance policy is limited to married couples. Thus, the legislation treats married and unmarried couples in a different manner.

sonne mariée ne peuvent donner lieu à une discrimination à l'égard des personnes qui ne sont pas mariées. À cet égard, l'état matrimonial n'est pas un motif analogue. En l'espèce, je conclurai que les avantages revendiqués par les appelants, soit les indemnités pour réadaptation et soins médicaux et les indemnités de remplacement du revenu, devraient être considérés comme se rattachant aux obligations de soutien imposées par la loi aux conjoints mariés. À mon avis, l'état matrimonial est en conséquence pertinent aux fins de la distinction contenue dans la police d'assurance, et cette distinction ne porte donc pas atteinte au par. 15(1).

C. Application de l'analyse fondée sur le par. 15(1) à l'espèce

(1) Première étape: La loi crée-t-elle une distinction?

Dans le cadre de la première étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1), il faut déterminer si la loi contestée crée une distinction entre les appelants et un ou plusieurs groupes. En l'espèce, le groupe pertinent est celui des conjoints mariés et, en fait, les appelants, un couple non marié, pressent notre Cour de comparer leur situation à celle de conjoints mariés. À leur avis, en tant que couple non marié, ils sont dans une union assimilable au mariage, c'est-à-dire qu'ils se trouvent dans une situation relativement permanente d'interdépendance et de cohabitation assortie, du moins en Ontario, d'une obligation réciproque de soutien.

De toute évidence, la police d'assurance établit une distinction entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas. Selon la définition du chapitre B de la police d'assurance, seul un «conjoint» peut présenter une réclamation pour perte de revenus et lésions corporelles. Comme je l'ai déjà dit, je suis d'accord avec la conclusion du juge McLachlin qui veut qu'aux fins de ce chapitre de la police d'assurance, le terme «conjoint» s'applique seulement aux couples mariés. En conséquence, la loi traite différemment les couples mariés et les couples non mariés.

(2) Step Two: Is There Prejudice Resulting from the Legislative Distinction?

I turn now to the second step of the s. 15(1) analysis, namely the determination of whether this distinction results in disadvantage. As Iacobucci J. observed in *Symes*, *supra*, at p. 761, the question at this stage is whether the differential treatment has “the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others”.

It is true that the insurance policy, as regards injury and income benefits, distinguishes between married and unmarried spouses. It cannot be said, however, that this distinction is prejudicial when considered in the larger context of the rights and obligations uniquely and appropriately attached to marriage. In the words of the Ontario Court of Appeal in *Leroux*, *supra*, at pp. 620-21:

We appreciate that unmarried persons who live together do not possess some of the important rights that married persons have but, by the same token, they are not subject to many of the legal burdens and obligations of married persons. We do not think that it can be said that their overall position nets out as one of disadvantage.

While I agree with this statement of the Court of Appeal, I do not propose to dispose of the case at bar on this basis. I will, therefore, go on to consider the functional values underlying the impugned insurance legislation and their relevance to the distinction drawn between married and unmarried couples.

(3) Step Three: Are the Functional Values of the Legislation Relevant to Marital Status?

The third step of the s. 15(1) analysis asks the broad question of whether the alleged distinction is based upon an irrelevant personal characteristic

(2) Deuxième étape: La distinction établie dans la loi donne-t-elle lieu à un préjudice?

Je passe maintenant à la deuxième étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1), qui cherche à déterminer si cette distinction donne lieu à un désavantage. Comme l'a fait remarquer le juge Iacobucci dans l'arrêt *Symes*, précité, à la p. 761, la question qui nous occupe à ce stade est celle de savoir si le traitement différent a «pour effet d'imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès à des possibilités, bénéfiques et avantages offerts à d'autres».

Il est vrai que la police d'assurance établit une distinction entre les conjoints mariés et les conjoints non mariés en ce qui concerne les indemnités pour lésions corporelles et pertes de revenus. Cependant, on ne peut affirmer que cette distinction est préjudiciable dans le contexte général des droits et obligations qui se rattachent en propre et pertinemment au mariage. Sur ce point, je cite l'arrêt *Leroux*, précité, de la Cour d'appel de l'Ontario, aux pp. 620 et 621:

[TRADUCTION] Nous reconnaissons que les personnes non mariées qui vivent ensemble ne jouissent pas de certains des droits importants qu'ont les personnes mariées; par contre, elles ne sont pas soumises à nombre de responsabilités et obligations que la loi impose aux personnes mariées. À notre avis, on ne peut soutenir qu'elles sont globalement désavantagées.

Bien qu'en accord avec cet énoncé de la Cour d'appel, je n'ai pas l'intention de m'en servir pour trancher le présent pourvoi sur ce motif. Je passe donc à l'examen des valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi contestée en matière d'assurances ainsi que leur pertinence eu égard à la distinction entre les couples mariés et les couples non mariés.

(3) Troisième étape: Les valeurs fonctionnelles de la loi sont-elles pertinentes quant à l'état matrimonial?

La troisième étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1) est la question générale de savoir si la distinction alléguée est fondée sur une caractéris-

52

53

54

which is enumerated in s. 15(1) or analogous thereto. In this case, this stage involves an inquiry into whether the functional values underlying the legislation are relevant to marital status. Thus, we must first inquire whether married status is a personal characteristic which qualifies as an analogous ground. In so proceeding, it is useful to turn to the enumerated grounds of s. 15(1) of the *Charter*. These enumerated grounds have been recognized as being the most socially and historically destructive forms of discrimination, and in many cases they are irrelevant to distinctions drawn by legislation (*Andrews, supra*, at p. 175).

55 While marital status is a personal characteristic, and distinctions between married and unmarried couples may be discriminatory under s. 15(1), it must be stressed that marital status has several unique characteristics which distinguish it from the grounds enumerated in s. 15(1) of the *Charter*. In addition to resting upon a consensual, contractual basis, marriage is a status to which the Legislature, as a reflection of its social policy, attaches a bundle of rights and obligations. In none of the enumerated grounds do we find these characteristics. For instance, while both citizenship and religion may in some instances be said to be "chosen", they do not reflect the acceptance of a legal status and rights and obligations founded in contract. Furthermore, as with other contracts, marriage must be entered into freely and voluntarily; failing this it may be annulled. This aspect also distinguishes married status from other grounds of discrimination.

56 As these comments suggest, it is imperative to be acutely sensitive to the nature of the personal characteristic and its specific attributes. This is so whether the ground of alleged discrimination is one enumerated in s. 15(1) or analogous thereto. For example, in *McKinney, supra*, at p. 297, La Forest J. recognized that not all enumerated grounds should be treated on the same basis. Different considerations may be applicable depending

tique personnelle non pertinente énumérée au par. 15(1) ou sur une caractéristique analogue. En l'espèce, il faut examiner la pertinence des valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi à l'égard de l'état matrimonial. Nous devons donc tout d'abord vérifier si le statut de personne mariée est une caractéristique personnelle pouvant être qualifiée de motif analogue. À cette fin, il est utile de se reporter aux motifs énumérés au par. 15(1) de la *Charte*. Ces motifs ont été reconnus comme les pratiques discriminatoires les plus destructrices sur les plans social et historique et, dans de nombreux cas, dépourvues de pertinence relativement aux distinctions établies par la loi (*Andrews*, précité, à la p. 175).

Bien que l'état matrimonial soit une caractéristique personnelle et que des distinctions entre les couples mariés et non mariés puissent être discriminatoires aux termes du par. 15(1), il faut souligner que l'état matrimonial possède des caractéristiques uniques qui le distinguent des motifs énumérés au par. 15(1) de la *Charte*. Outre son fondement à la fois consensuel et contractuel, le mariage est aussi un état auquel, comme en témoigne sa politique sociale, le législateur rattache un ensemble de droits et obligations. Ces caractéristiques ne se trouvent dans aucun des motifs énumérés. Par exemple, si la citoyenneté et la religion peuvent dans certains cas être considérées comme «choisies», elles ne comportent pas l'acceptation d'un statut juridique et de droits et obligations fondés sur un contrat. Par ailleurs, comme dans le cas des autres contrats, le mariage doit être l'objet d'une entente libre et volontaire, faute de quoi il peut être annulé. Cet aspect permet également de distinguer le statut de personne mariée des autres motifs de discrimination.

Comme l'indiquent ces commentaires, il faut être très attentif à la nature de la caractéristique personnelle et de ses attributs spécifiques, que le motif de discrimination reprochée soit un motif énuméré au par. 15(1) ou un motif analogue. Par exemple, dans l'arrêt *McKinney*, précité, à la p. 297, le juge La Forest a reconnu que tous les motifs énumérés ne devraient pas être traités de la même façon. Différentes considérations peuvent

on the nature of the ground in question. For instance, in the case of age discrimination, he stated at p. 297:

... there are important differences between age discrimination and some of the other grounds mentioned in s. 15(1). To begin with there is nothing inherent in most of the specified grounds of discrimination, e.g., race, colour, religion, national or ethnic origin, or sex that supports any general correlation between those characteristics and ability. But that is not the case with age.

Furthermore, in applying this nuanced approach to the different protected grounds under s. 15(1), it may be useful in some circumstances to examine whether a party is claiming discrimination based on its membership in a group that is disadvantaged. While membership in a disadvantaged group is not an essential element, it may well be an indicium that a distinction is drawn on the basis of an irrelevant personal characteristic.

The appellants claim that marital status has historically been a basis for "pervasive discrimination" and, therefore, should be recognized as an analogous ground under the *Charter*. However, in contemporary society, unmarried couples do not constitute a distinct group suffering from stereotypes or prejudices, although they have been the subject of such prejudices in the past. In this respect, the fostering of marriage as a social institution does not stigmatize unmarried couples nor subject them to stereotypes.

Today, unmarried couples are not subject to legal restrictions. They may enter into binding and enforceable contracts and may agree upon their respective rights and obligations during cohabitation. Agreements may also relate to the division of assets, property, and expenses. Such agreements may be entered into by unmarried couples either during cohabitation or upon separation. Section 53 *et seq.* of the Ontario *Family Law Act* (S.O. 1986, c. 4 and R.S.O. 1990, c. F.3) expressly recognize the validity of such agreements. The validity of such contracts between unmarried couples has also been recognized in the United States (see *Marvin v. Marvin*, *supra*).

entrer en jeu selon la nature du motif en question. Ainsi, dans le cas de la discrimination fondée sur l'âge, il affirme à la p. 297:

... il existe des différences importantes entre la discrimination fondée sur l'âge et certains autres motifs mentionnés au par. 15(1). D'abord, il n'y a rien d'inhérent dans la plupart des motifs énumérés de discrimination, savoir la race, la couleur, la religion, l'origine nationale ou ethnique, ou le sexe, qui justifie une corrélation générale entre ces caractéristiques et les capacités. Mais il n'en est pas ainsi de l'âge.

En outre, dans l'application de cette analyse nuancée aux différents motifs protégés par le par. 15(1), il peut être utile d'examiner dans certains cas si une partie invoque la discrimination fondée sur son appartenance à un groupe défavorisé. Bien que l'appartenance à un groupe défavorisé ne soit pas un élément essentiel, elle peut être un indice d'une distinction fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente.

Les appelants soutiennent que l'état matrimonial a de tout temps constitué un fondement de «discrimination endémique» et qu'il devrait donc être reconnu comme un motif analogue en vertu de la *Charte*. Cependant, dans la société contemporaine, les couples non mariés ne constituent pas un groupe distinct victime de stéréotypes ou de préjudices, même si cela s'est produit dans le passé. Favoriser le mariage en tant qu'institution sociale ne stigmatise pas les couples non mariés ni ne les rend victimes de stéréotypes.

De nos jours, les couples non mariés ne font pas l'objet de restrictions légales. Ils peuvent conclure des contrats obligatoires et exécutoires et s'entendre sur leurs droits et obligations réciproques pendant la cohabitation. De plus, ils peuvent conclure des accords de partage de l'actif, des biens et des dépenses, pendant leur cohabitation ou au moment de leur séparation. Les articles 53 *et suiv.* de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario (L.O. 1986, ch. 4, et L.R.O. 1990, ch. F.3) reconnaissent expressément la validité de ces accords. On a également reconnu aux États-Unis la validité de tels contrats entre couples non mariés (voir *Marvin c. Marvin*, *précité*).

57

58

59

60 I also find some observations of the Attorney General of Quebec to be instructive. He explained that at the time of the broad reform of Quebec's family law in 1980, it was decided not to extend the rights and obligations attached to marriage to unmarried couples; this decision was taken with a view to respecting the choice made by unmarried couples, not to stigmatize them.

61 The appellants further submitted that marital status should be recognized as an analogous ground of discrimination in s. 15(1) of the *Charter* because provincial human rights legislation recognizes marital status as a prohibited ground of discrimination. In *Andrews, supra*, at pp. 175-76, McIntyre J. noted the usefulness of referring to provincial human rights Acts but he also emphasized their differences from s. 15(1) of the *Charter*. He observed, for example, that in provincial human rights statutes, the grounds of prohibited discrimination are restricted, and the prohibition itself is limited in scope though absolute in the area to which it applies. Moreover, certain limited exceptions are available by way of exemptions or defences, such as a bona fide occupational requirement. Under s. 15(1) of the *Charter*, by contrast, the enumerated grounds are not exhaustive nor is the scope of the anti-discrimination protection limited. Additionally, it is significant that discrimination can be justified under s. 1. It is especially important to emphasize that although human rights laws constitute a pre-eminent category of legislation and are, in some cases, described as "quasi-constitutional" in nature (*Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at p. 339), they do not have the same status as s. 15 of the *Charter*. Most importantly, s. 15 of the *Charter* is a constitutional provision which constrains or compels state but not individual action. This contrast was stated clearly by Cory J. in *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, at pp. 1121-22, in the following terms:

Je trouve intéressantes, également, certaines observations du procureur général du Québec, qui a expliqué que l'on avait décidé, lors de la grande réforme du droit de la famille au Québec en 1980, de ne pas étendre aux couples non mariés les droits et obligations rattachés au mariage; cette décision a été prise pour respecter le choix des couples non mariés, non pour les stigmatiser.

Les appelants soutiennent aussi que l'état matrimonial devrait être reconnu comme un motif analogue de discrimination en vertu du par. 15(1) de la *Charte* parce que les lois provinciales sur les droits de la personne reconnaissent l'état matrimonial comme un motif interdit de discrimination. Dans *Andrews*, précité, aux pp. 175 et 176, le juge McIntyre, notant qu'il est utile de consulter les lois provinciales sur les droits de la personne, a néanmoins fait ressortir leurs différences par rapport au par. 15(1) de la *Charte*. Par exemple, il a signalé que dans les lois provinciales sur les droits de la personne, les motifs interdits de discrimination sont restreints et que l'interdiction comme telle est d'une portée limitée, quoiqu'elle soit absolue dans le domaine qu'elle vise. Par ailleurs, ces lois prévoient également des exceptions sous forme d'exemptions ou de moyens de défense, tels que l'exigence professionnelle normale. Par contre, dans le cas du par. 15(1) de la *Charte*, les motifs énumérés ne sont pas exhaustifs et l'étendue de la protection contre la discrimination n'est pas restreinte. De plus, il importe de préciser que des mesures discriminatoires pourront être justifiées en vertu de l'article premier. Je tiens tout particulièrement à souligner que, bien que les lois sur les droits de la personne jouissent de préséance et soient, dans certains cas, considérées comme étant de nature quasi constitutionnelle (*Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, à la p. 339), elles n'ont pas le même statut que l'art. 15 de la *Charte*. Il est encore plus important de se rappeler que l'art. 15 est une disposition constitutionnelle qui restreint ou oblige l'État, mais non les particuliers. Le juge Cory a clairement formulé ce contraste dans l'arrêt *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, aux pp. 1121 et 1122:

Yet it must be remembered there is a crucial difference between human rights legislation and constitutional rights. Human rights legislation is aimed at regulating the actions of private individuals. The *Charter's* goal is to regulate and, on occasion, to constrain actions of the state.

Therefore, in my opinion, while I recognize that marital status may be an analogous ground, I would emphasize that any reference to the grounds enumerated in provincial human rights legislation for the purpose of interpreting s. 15(1) of the *Charter* should be made with caution.

In illustrating my position that marital status may be an analogous ground, I would first reiterate my earlier conclusion that the benefits and burdens which the law attaches to marriage itself cannot be considered as giving rise to discrimination as they are distinctly related to the existence of marriage. It may well be, however, that discrimination might occur from benefits granted or burdens imposed on the basis of marital status but which are not relevant to the institution of marriage. *Geiger v. London Monenco Consultants Ltd.* (1992), 43 C.C.E.L. 291, illustrates the point. There, the Ontario Court of Appeal decided that an employer's policy to offer married, but not unmarried, employees at a remote job site return flights to their home was discrimination based on marital status contrary to s. 4(1) (now 5(1)) of the Ontario *Human Rights Code, 1981*. Robins J.A. held that marital status was unrelated to the employees' performance of their duties and responsibilities (at pp. 300-301). There was thus no connection between marital status and the nature or the functions of the employment. In such a context, marital status is an irrelevant basis of distinction between employees.

I would add that in *Andrews, supra*, at p. 196, La Forest J. also expressed this concern for the specific attributes of the personal characteristic in issue to be closely examined to determine whether and under what circumstances it might be an analogous ground. While La Forest J. found that citi-

Il faut toutefois se rappeler qu'il existe une différence cruciale entre les lois sur les droits de la personne et les droits constitutionnels. Les lois sur les droits de la personne visent à réglementer les actes de particuliers. Le but visé par la *Charte* est de réglementer et, à l'occasion, de restreindre les actions de l'État.

En conséquence, bien que je reconnaisse que l'état matrimonial puisse constituer un motif analogue, je tiens à souligner qu'il faut être prudent dans l'utilisation des motifs énumérés dans les lois provinciales sur les droits de la personne pour interpréter le par. 15(1) de la *Charte*.

Avant d'expliquer ma position qui veut que l'état matrimonial puisse constituer un motif analogue, je tiens à réitérer ma conclusion selon laquelle on ne peut considérer que les avantages et les fardeaux que la loi rattache au mariage même donnent lieu à une discrimination puisqu'ils sont clairement liés à l'existence même de cette institution. Cependant, il se pourrait bien qu'il y ait discrimination lorsque des avantages conférés ou des fardeaux imposés, pour un motif fondé sur l'état matrimonial, n'ont rien à voir avec l'institution du mariage. L'arrêt *Geiger c. London Monenco Consultants Ltd.* (1992), 43 C.C.E.L. 291, en est un exemple. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que la politique d'un employeur d'offrir un vol aller retour aux employés mariés, mais non aux employés non mariés, travaillant en région éloignée, était discriminatoire pour un motif fondé sur l'état matrimonial, en contravention du par. 4(1) (maintenant 5(1)) du *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario. Le juge Robins a statué que l'état matrimonial n'avait aucun rapport avec l'exécution des devoirs et responsabilités des employés (aux pp. 300 et 301). Il n'existait en conséquence aucun lien entre l'état matrimonial et la nature ou les fonctions de l'emploi. Dans un tel contexte, l'état matrimonial est un motif non pertinent de distinction entre les employés.

J'ajoute que, dans *Andrews*, précité, à la p. 196, le juge La Forest a également mentionné qu'il faut examiner de près les attributs spécifiques de la caractéristique personnelle en cause, pour déterminer si elle peut constituer un motif analogue et dans quelles circonstances. Bien que le juge

zenship was an analogous ground in relation to the right to practise law, he recognized that it may not be analogous in other circumstances:

There is no question that citizenship may, in some circumstances, be properly used as a defining characteristic for certain types of legitimate governmental objectives.

For example, citizenship is a relevant criterion to determine the entitlement to the right to vote in a federal election having regard to s. 3 of the *Charter*, and in this respect is not an analogous ground.

64 Accepting, then, that the analysis under s. 15(1) should be conducted with the specific attributes of the personal characteristic firmly in mind, I turn now to examine the nature of the benefits in the case at bar. Since it is my position that the benefits in this case are most appropriately characterized as falling within the scope of the support obligations attached to marriage, and the appellants base their argument on the similarity of those support obligations with those imposed on common law couples, I will first compare the nature and scope of the support obligations of married couples with those of common law couples. With this comparison in mind, I will then consider the relevancy of the distinction drawn by the insurance legislation in relation to its functional values.

65 One of the essential characteristics of marriage is the obligation of mutual support which rests upon the mutual lifetime commitment spouses make to each other and which endures until the dissolution of the marriage. While the support obligations of marriage are defined by legislation, it is only by freely choosing to assume married status that the parties also choose to accept those support obligations. By contrast, outside marriage, at common law, this consensual, mutual support obligation is non-existent. While it is true that the common law, through the constructive trust, may provide some relief at the end of a relationship, this is not specific to conjugal relationships and is only available with respect to property claims (*Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38). In short, only in

La Forest ait statué que la citoyenneté était un motif analogue relativement à l'exercice du droit, il a aussi reconnu qu'elle pourrait ne pas l'être dans d'autres circonstances:

Il ne fait aucun doute que la citoyenneté peut, dans certains cas, servir à bon droit de caractéristique distinctive relativement à certains types d'objectifs légitimes du gouvernement.

Par exemple, la citoyenneté est un critère pertinent pour déterminer qui possède le droit de vote à une élection fédérale compte tenu de l'art. 3 de la *Charte*, et à cet égard, il ne s'agit pas d'un motif analogue.

Admettant donc qu'il faut procéder à l'analyse fondée sur le par. 15(1) en gardant fermement à l'esprit les attributs spécifiques de la caractéristique personnelle, j'examine maintenant la nature des avantages en l'espèce. Puisque je suis d'avis que la meilleure façon de les décrire est de dire qu'ils se rattachent aux obligations de soutien inhérentes au mariage et que les appelants fondent leur argument sur la similitude entre ces obligations et celles qui sont imposées aux conjoints de fait, je vais d'abord comparer la nature et l'étendue des obligations de soutien des couples mariés avec celles des conjoints de fait. À partir de cette comparaison, j'examinerai ensuite la pertinence de la distinction établie par les lois sur les assurances par rapport à leurs valeurs fonctionnelles.

L'une des caractéristiques essentielles du mariage est l'obligation réciproque de soutien qui repose sur l'engagement à vie que prennent les conjoints l'un envers l'autre et qui dure jusqu'à la dissolution du mariage. Bien que la loi définisse les obligations de soutien, ce n'est qu'en choisissant librement d'assumer le statut de personne mariée que les parties choisissent aussi d'accepter de telles obligations. Par contre, en dehors du mariage, cette obligation de soutien consensuelle et réciproque n'existe pas en common law. Bien que, par application de la fiducie par interprétation, la common law permette d'accorder une réparation à la fin d'une union, ces effets ne se limitent pas aux unions conjugales et n'existent qu'à l'égard de réclamations de biens (*Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S.

cases where the legislator imposes a support obligation on unmarried couples does it exist. The Ontario *Family Law Act* is an example of the Legislature's intervention. Under that legislation, the support obligation arises in a factual situation of cohabitation, and is therefore imposed without any regard to the will of the parties. For instance, s. 30, Part III, of the Ontario *Family Law Act*, which might apply to the appellants, states: "Every spouse has an obligation to provide support for himself or herself and for the other spouse, in accordance with need, to the extent that he or she is capable of doing so." For the purpose of Part III, "spouse" has been defined as including either a man and a woman who are not married to each other and have cohabited, continuously for a period of not less than three years, or who are in a relationship of some permanence if they are the natural or adoptive parents of a child. The obligation terminates when cohabitation ceases. These obligations were only imposed by the *Family Law Reform Act* (S.O. 1978, c. 2, s. 14) in 1978.

Thus, in my view, the nature of the support obligations of unmarried couples and those of married couples is in essence very different. The sources of the obligations, the conditions governing their existence and their termination differ significantly, although both obligations may be given the same title.

In the case at bar, however, the appellant Miron claims that he should be entitled to accident benefits and loss of wage benefits under his unmarried partner's insurance policy because they are in the same situation as married spouses. The appellants submit that since the Ontario *Family Law Act* treats married and unmarried individuals in the same manner with respect to support obligations, they should have access to the means allowing them to fulfil their duty.

I cannot accept the appellants' position that because the *Family Law Act* imposes support obligations in particular circumstances on some

38). Bref, les couples non mariés n'ont une obligation de soutien que dans les cas où le législateur l'impose. La *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario est un exemple de l'intervention de la législature. En vertu de cette loi, l'obligation de soutien existe dans une situation de cohabitation, et est donc imposée indépendamment de la volonté des parties. Par exemple, l'art. 30, partie III, de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, qui pourrait s'appliquer aux appelants, précise: «Chaque conjoint est tenu de subvenir à ses propres besoins et à ceux de son conjoint, dans la mesure de ses capacités et des besoins.» Pour les fins de la partie III, le terme «conjoint» a été défini comme s'entendant d'un homme et d'une femme qui ne sont pas mariés ensemble et qui cohabitent de façon continue depuis une période d'au moins trois ans, ou qui vivent une union d'une certaine permanence, s'ils sont les parents naturels ou adoptifs d'un enfant. Cette obligation prend fin lorsque cesse la cohabitation. Ces obligations n'ont été imposées qu'en 1978 par la *Family Law Reform Act* (S.O. 1978, ch. 2, art. 14).

Par conséquent, à mon avis, la nature des obligations de soutien des couples non mariés et de celles des couples mariés est essentiellement très différente. Les sources de ces obligations de même que les conditions qui en régissent l'existence et l'extinction diffèrent notablement et ce, même si les deux obligations sont désignées de la même manière.

En l'espèce, cependant, l'appellant Miron prétend qu'il devrait, en vertu de la police d'assurance de sa partenaire non mariée, avoir droit aux indemnités d'accident et aux indemnités pour perte de revenus parce qu'ils sont dans la même situation que des conjoints mariés. Les appelants soutiennent que puisque les personnes mariées et les personnes non mariées sont traitées de la même façon dans la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario en ce qui concerne les obligations de soutien, ils devraient avoir accès aux moyens leur permettant de s'acquitter de leurs obligations.

Je ne puis accepter la position des appelants voulant que, puisque la *Loi sur le droit de la famille* impose à certains couples non mariés des

unmarried couples, then it should follow that s. 15 of the *Charter* requires that common law spouses must be covered by all the provisions of the *Insurance Act*. Such an interpretation would in effect give an advantage to unmarried couples over married spouses since they are not burdened with the same obligations.

obligations alimentaires dans des circonstances particulières, l'art. 15 de la *Charte* exige que toutes les dispositions de la *Loi sur les assurances* s'appliquent aux conjoints de fait. Une telle interprétation aurait pour effet de conférer un avantage aux couples non mariés par rapport aux couples mariés puisqu'ils ne sont pas assujettis aux mêmes obligations.

69 Nor do I think that economic interdependence is, without further qualification, a relevant consideration in concluding that the appellants should be covered under the insurance policy. The benefits contained in the insurance policy fall within the scope of a mutual support obligation arising from marriage since they compensate for physical injury (medical and rehabilitation benefits) and material loss (income replacement benefits); without the insurance policy, a married spouse would have to provide this kind of support to his or her injured spouse. While the insurance policy clearly is concerned with economic interdependence, such interdependence is only relevant in so far as it relates to the institution of marriage. If we were to follow the appellants' reasoning, and focus on economic interdependence *simpliciter* in determining the scope of policy coverage required by the *Charter*, then even those not cohabiting for the required time or those who ceased cohabiting could claim benefits under the insurance policy. For instance, according to the appellants' arguments, if an unmarried partner suffered from a partial permanent physical injury, he or she could claim the benefits which in fact are a permanent indemnity, although cohabitation between unmarried couples unlike that of married spouses is not *de jure* of a permanent nature. Therefore, unmarried couples would receive an advantage from the insurance policy without having committed to mutual support obligations of the same duration.

Je ne crois pas non plus que l'interdépendance économique soit, sans autre précision, une considération pertinente pour conclure que les appelants devraient être couverts par la police d'assurance. Les indemnités prévues dans cette police s'inscrivent dans le cadre d'une obligation de soutien réciproque découlant du mariage puisqu'elles servent à dédommager au titre de lésions corporelles (indemnités pour soins médicaux et réadaptation) et de pertes matérielles (indemnités pour perte de revenus); sans la police d'assurance, un conjoint marié devrait fournir ce type de soutien à son conjoint blessé. Bien que la police d'assurance s'intéresse clairement à l'interdépendance économique, cette interdépendance n'est pertinente que dans la mesure où elle se rapporte à l'institution du mariage. Si nous suivions le raisonnement des appelants et mettions l'accent simplement sur l'interdépendance économique pour fixer l'étendue du champ d'application de la police exigée par la *Charte*, alors même les personnes qui n'ont pas cohabité pendant la période minimale prévue, ou les personnes qui ont cessé de cohabiter, pourraient réclamer des indemnités en vertu de la police d'assurance. Par exemple, selon les appelants, si un conjoint non marié subissait une lésion corporelle partielle permanente, il pourrait réclamer des indemnités qui sont en fait permanentes, même si la cohabitation entre conjoints non mariés n'est pas *de jure* de nature permanente comme pour les conjoints mariés. En conséquence, les couples non mariés tireraient un avantage de la police d'assurance sans avoir pris d'engagements de même durée en matière d'obligation réciproque de soutien.

70 I therefore conclude that, contrary to the appellants' assertion, unmarried couples are not in a sit-

Par conséquent, je conclus que, contrairement à ce que soutiennent les appelants, les couples non

uation identical to married spouses with respect to mutual support obligations.

Keeping the above considerations in mind, I move now to consider the relevancy of the functional values of the legislation to marital status. Both McLachlin J. and the *amicus curiae* identified the functional values of the benefits provided by the *Insurance Act* as relating to financial interdependence, and more specifically, the provision of support to families when one member is incapable of contributing to the family unit. The *amicus curiae* first raised this characterization of the benefit in this Court without providing any evidence.

I respectfully disagree with McLachlin J.'s description of the functional value of the benefits in the legislation. The very terms of the statute indicate that it was not the Legislature's intention to separate the benefit aimed at the financial well-being of families from the institution of marriage. On the contrary, in my view the Legislature was primarily concerned with defining certain benefits attached to marriage. In some cases, these benefits are extended to unmarried couples, but that does not change the essential character of the benefits, which is to provide support for marital relationships. Indeed, as the *amicus curiae* emphasized in relation to the amendments of this legislation since 1971, the Legislator's search "was directed towards defining a 'marriage-like' conjugal relationship". Thus, the functional value of the benefits is not to provide support for all family units living in a state of financial interdependence, but rather, the Legislature's intention was to assist those couples who are married, or, as in subsequent legislation, to assist certain prescribed couples who are in a "marriage-like relationship".

Furthermore, in my opinion it is clearly within the range of legitimate social policy for the Legislature to define the scope of a "marriage-like relationship". In other words, the functional value identified in this legislation, namely the support of marriage, is not itself discriminatory. Distinctions

mariés ne sont pas dans une situation identique à celle des conjoints mariés en ce qui concerne les obligations réciproques de soutien.

Avec à l'esprit l'ensemble de ces considérations, je passe maintenant à l'examen de la pertinence des valeurs fonctionnelles de la loi par rapport à l'état matrimonial. Selon le juge McLachlin et l'*amicus curiae*, les valeurs fonctionnelles des avantages conférés par la *Loi sur les assurances* ont trait à l'interdépendance financière et, plus particulièrement, au soutien offert aux familles dans les cas où un de ses membres n'est pas en mesure de contribuer à l'unité familiale. L'*amicus curiae* a mentionné cette caractérisation des avantages pour la première fois devant notre Cour, sans produire de preuve.

En toute déférence, je ne puis souscrire à la description que fait le juge McLachlin de la valeur fonctionnelle des avantages conférés par la loi. Le libellé même de la loi indique que la législature n'avait pas l'intention de scinder de l'institution du mariage l'avantage destiné à favoriser le bien-être financier des familles. Au contraire, à mon avis, la législature voulait avant tout définir certains avantages rattachés au mariage. Dans certains cas, ces avantages sont accordés aux couples non mariés, mais cela n'en change pas pour autant le caractère essentiel, qui est le soutien du mariage. En fait, comme l'*amicus curiae* le souligne relativement aux modifications apportées à cette loi depuis 1971 le législateur visait à [TRADUCTION] «définir une union conjugale du «type du mariage»». En conséquence, la valeur fonctionnelle des avantages n'est pas de venir en aide à toutes les unités familiales qui vivent dans un état d'interdépendance financière; en réalité, la législature avait l'intention d'aider les couples mariés ou, comme le prévoient des lois ultérieures, de venir en aide à certains couples identifiés se trouvant dans une «union du type du mariage».

De plus, à mon avis, il relève clairement de la législature, dans le cadre d'une politique sociale légitime, de définir l'étendue d'une «union du type du mariage». En d'autres termes, la valeur fonctionnelle identifiée dans cette loi, savoir le soutien du mariage, n'est pas en soi discriminatoire. Les

71

72

73

as to the scope of the institution and the benefits which attach thereto are properly the objects of legislative definition; assessing the legitimacy of those definitions must necessarily take into account the fundamental position of the institution of marriage in our society.

distinctions relatives à la portée de l'institution et aux avantages qui s'y rattachent peuvent faire l'objet d'une définition dans la loi; l'examen du caractère légitime de ces définitions doit nécessairement tenir compte de la position fondamentale de l'institution du mariage dans notre société.

74 In this case, the appellants and others like them do not fall within the scope of the Legislature's definition of "spouse", since as noted above, "spouse" refers exclusively to married spouses. The *Insurance Act* demonstrates that where the Ontario Legislature has decided to extend some of the benefits conferred on married couples to unmarried couples, it expressly so provides and defines the conditions (such as the number of years of cohabitation, or the presence of a child). Thus, while the Legislature introduced the no-fault insurance benefits in 1971, as the *amicus curiae* pointed out it was not necessary at that time to define "spouse" as that term would have undoubtedly been interpreted as "married spouse". Only in 1978 did the Legislature modify the *Insurance Act* and decide to extend death benefits to unmarried couples. This was done as a remedial measure because without that amendment, the "lawful" surviving spouse would receive such benefits, even if the married spouses had been separated for years previously and the deceased spouse had been cohabiting at the time of his or her death with an unmarried partner. The amendment thus provided the death benefit to the unmarried partner over the lawful spouse, thereby extending to unmarried cohabitants a benefit previously restricted to married spouses.

En l'espèce, les appelants et d'autres comme eux ne sont pas visés par la définition donnée au terme «conjoint» par la législature, puisque ce terme, comme je l'ai déjà fait remarquer, désigne exclusivement les conjoints mariés. La *Loi sur les assurances* illustre bien que la législature ontarienne, dans les cas où elle a décidé d'accorder aux couples non mariés certains des avantages conférés aux couples mariés, exprime explicitement son intention ainsi que les conditions à remplir (par exemple le nombre d'années de cohabitation ou la présence d'un enfant). Ainsi, lorsque la législature a instauré en 1971 le régime d'assurance hors faute, il n'était pas nécessaire à cette époque, comme le fait ressortir l'*amicus curiae*, de définir le terme «conjoint» puisqu'il aurait inévitablement reçu le sens de «conjoint marié». Ce n'est qu'en 1978 que la législature a modifié la *Loi sur les assurances* et a décidé d'étendre les prestations de décès aux couples non mariés. Cela se voulait une mesure réparatrice, parce que, sans la modification, c'était le conjoint survivant «légitime» qui recevait les prestations, même si le couple en question était séparé depuis des années et si le conjoint décédé cohabitait, au moment de son décès, avec un conjoint non marié. La modification a donc permis d'accorder les prestations de décès au partenaire non marié plutôt qu'au conjoint légitime et de conférer ainsi aux conjoints en cohabitation un avantage auparavant accordé seulement aux conjoints mariés.

75 It should be noted that after this case was initiated, the Legislature amended the *Insurance Act* in 1990 to extend the definition of "spouse" to include heterosexual couples who have cohabited for three years or live in a permanent relationship with a child. In enlarging the definition of "spouse", the Legislature was again simply carrying out its legitimate function of defining a "marriage-like relationship" for the purposes of benefits

Il faut noter que, après l'introduction de la présente action, la législature a modifié la *Loi sur les assurances* en 1990 pour élargir la définition du terme «conjoint» de façon à inclure les couples hétérosexuels qui cohabitent depuis trois ans ou qui vivent une union permanente et ont un enfant. Lorsqu'elle a élargi la définition de «conjoint», la législature n'a fait qu'exercer sa fonction légitime de définir une «union du type du mariage» pour les

legislation. As in the case of the extension of a mutual support obligation to some unmarried couples, it is a matter of social policy for legislators to decide when and to what extent the attributes of marriage and their consequences should be extended and imposed upon unmarried couples, as indeed the Ontario Legislature decided to do in 1990 in amending the *Insurance Act*.

As a corollary of my position that it is within the scope of legitimate social policy for the Legislature to define the scope of "marriage-like relationships", I would add that there is no obligation on the Legislature to extend all the attributes of marriage to unmarried couples. As La Forest J. observed in *Andrews, supra*, at p. 194:

... it was never intended in enacting s. 15 that it become a tool for the wholesale subjection to judicial scrutiny of variegated legislative choices in no way infringing on values fundamental to a free and democratic society. ... I am not prepared to accept that all legislative classifications must be rationally supportable before the courts. Much economic and social policy-making is simply beyond the institutional competence of the courts: their role is to protect against incursions on fundamental values, not to second guess policy decisions. [Emphasis in original.]

In short, it is my view that a Legislature may as a matter of social policy choose whether and under what circumstances to extend some or all of the attributes of marriage to unmarried couples without running afoul of s. 15(1) of the *Charter*. Indeed, as I suggested above, to extend all the attributes of marriage to unmarried couples would interfere directly with the individual's freedom to voluntarily choose whether to enter the institution of marriage by imposing consequences on cohabitation without any regard to the will of the parties.

The courts must therefore be wary of second-guessing legislative social policy choices relating to the status, rights and obligations of marriage, a

fins de l'application des avantages accordés par la loi. Comme dans le cas de l'extension de l'obligation réciproque de soutien aux couples non mariés, il revient au législateur de décider dans le cadre de sa politique sociale, quand et dans quelle mesure les attributs du mariage et leurs conséquences devraient être élargis et imposés aux couples non mariés, comme la législature de l'Ontario l'a fait en 1990 lorsqu'elle a modifié la *Loi sur les assurances*.

En corollaire de ma position qui veut que la législature puisse, dans le cadre de sa politique sociale légitime, définir l'étendue des «unions du type du mariage», je tiens à ajouter qu'elle n'est pas tenue d'accorder tous les attributs du mariage à des couples non mariés. Comme le fait remarquer le juge La Forest dans l'arrêt *Andrews*, précité, à la p. 194:

... en adoptant l'art. 15 on n'a jamais voulu qu'il serve à assujettir systématiquement à l'examen judiciaire des choix législatifs disparates qui ne portent aucunement atteinte aux valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique. [...] je ne suis pas prêt à accepter que toutes les classifications législatives doivent être rationnellement défendables devant les tribunaux. Une bonne partie de la formulation des politiques en matière socio-économique ne relève tout simplement pas de la compétence institutionnelle des tribunaux: leur rôle est d'assurer une protection contre les empiètements sur des valeurs fondamentales et non de vérifier des décisions de principe. [Souligné dans l'original.]

En résumé, j'estime qu'une législature peut, dans le cadre de sa politique sociale, choisir si elle va conférer tout ou partie des attributs du mariage aux couples non mariés, et dans quelles circonstances, sans contrecarrer le par. 15(1) de la *Charte*. En fait, comme je l'ai déjà indiqué, conférer tous les attributs du mariage aux couples non mariés porterait directement atteinte à la liberté d'une personne d'opter volontairement pour l'institution du mariage, puisque l'on imposerait des conséquences à la cohabitation, sans tenir compte de la volonté des parties.

Les tribunaux doivent donc se garder de prêter des intentions au législateur dans ses choix de politique sociale en matière de statut, de droits et

basic institution of our society intimately related to its fundamental values. Barring evidence of a change in these values by a clear consensus that there should be a constitutional constraint on the powers of the state to legislate in relation to marriage, the matter must remain within the scope of legitimate legislative action.

In closing, I note that similar views on the ambit of legitimate legislative discretion in defining the attributes of marriage have been asserted elsewhere. For instance, although the American approach to discrimination differs from that under our *Charter*, the Supreme Court of California in *Norman v. Unemployment Insurance Appeals Board*, 663 P.2d 904 (Cal. 1983), at pp. 907-8, reaffirmed the conclusion it had reached in *Marvin*, *supra*, that “[i]t is for the Legislature to determine whether such relationships [unmarried couples], because of their commonness in today’s society or for other policy reasons, deserve the statutory protection afforded the sanctity of the marriage union”. The California Court of Appeal also expressed similar views in the case of *Hendrix v. General Motors Corp.*, 193 Cal.Rptr. 922 (Ct.App. 1 Dist. 1983), at p. 925:

This strong public policy [of fostering the institution of marriage] would be thwarted if persons could gain marital legal rights without accepting the correlative marital legal responsibilities. . . . Were this court to extend to unmarried persons legal rights heretofore confined to married persons, we would overstep our authority and usurp the authority of the Legislature to set public policy. Only the Legislature responsible to the electorate should have the power to make such a radical change in the fabric of society.

This American approach accurately points out that it falls within the scope of the Legislature’s legitimate authority to determine the conditions under which unmarried couples should benefit from rights attached to marriage without having to assume the correlative obligations. In the context

d’obligations du mariage, institution de base de notre société étroitement liée à ses valeurs fondamentales. En l’absence de preuve de modification de ces valeurs par un consensus clair reconnaissant que la Constitution devrait limiter les pouvoirs de l’État de légiférer relativement au mariage, c’est une question qu’il faut laisser au législateur le soin de trancher.

En terminant, je tiens à faire remarquer que l’on a exprimé ailleurs des points de vue similaires sur l’étendue du pouvoir discrétionnaire du législateur lorsqu’il définit les attributs du mariage. Par exemple, bien que l’analyse américaine en matière de discrimination diffère de celle que nous avons adoptée en vertu de notre *Charte*, la Cour suprême de la Californie, dans l’arrêt *Norman c. Unemployment Insurance Appeals Board*, 663 P.2d 904, (Cal. 1983), aux pp. 907 et 908, a confirmé la conclusion qu’elle avait prononcée dans l’arrêt *Marvin*, précité: [TRADUCTION] «Il appartient à la législature de déterminer si ce genre d’union [les couples non mariés], à cause de son caractère courant dans la société moderne ou pour d’autres raisons de principe, mérite de recevoir la protection que la loi accorde au caractère sacré du mariage.» La Cour d’appel de la Californie a aussi exprimé des points de vue similaires dans l’arrêt *Hendrix c. General Motors Corp.*, 193 Cal.Rptr. 922 (Ct.App. 1 Dist. 1983), à la p. 925:

[TRADUCTION] Ce solide principe d’ordre public [favoriser l’institution du mariage] serait contrecarré si des personnes pouvaient bénéficier des droits légaux découlant du mariage sans en accepter les responsabilités légales corrélatives. [. . .] Si notre cour devait étendre aux personnes non mariées des droits jusqu’à maintenant reconnus par la loi aux seules personnes mariées, elle outrepasserait son autorité et usurperait le pouvoir du législateur de déterminer ce qui constitue l’ordre public. Seul le législateur, qui est responsable devant l’électorat, devrait avoir le pouvoir de procéder à une modification radicale du contexte social.

Cette démarche américaine établit clairement qu’il relève du pouvoir légitime de la législature de déterminer dans quelles conditions des couples non mariés devraient bénéficier de droits rattachés au mariage, sans avoir à en assumer les obligations corrélatives. Dans le contexte d’une loi définissant

of legislation defining the rights and obligations attached to marriage, marital status is a relevant ground of distinction. Moreover, s. 15 of the *Charter* does not compel the Legislature to extend the status, benefits or burdens of marriage to unmarried couples.

V — Conclusion

To conclude, in my view, the benefits the appellants claim under the insurance policy are most appropriately characterized as relating to the support obligations existing between married spouses. In that context, marital status cannot be a ground of discrimination since the distinction pertains to an inherent aspect of marriage, namely support obligations, and the function of the impugned provisions of this legislation is relevant to that status. Therefore, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — Although I agree with the result reached in the instant case by Justice McLachlin, I arrive at this conclusion somewhat differently. For the reasons I set out in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, released concurrently I prefer to focus on the group adversely affected by the distinction as well as on the nature of the interest affected, rather than on the grounds of the impugned distinction. What follows, therefore, is my application of the framework developed in *Egan* to the facts of this case.

This case raises the question of the definition of “spouse”, as that term is used in Section B, Subsection 2, and Section B, Subsection 3, Part II, of the Ontario Standard Automobile Policy. Although the term “spouse” is not defined anywhere in the legislation, I will assume without deciding, for the purposes of the following analysis, that its statutory interpretation contemplates only married couples and therefore excludes unmarried couples that are cohabiting. I shall therefore pass directly to an examination of whether this distinction violates s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and*

les droits et obligations rattachés au mariage, l'état matrimonial est un motif pertinent de distinction. En outre, l'art. 15 de la *Charte* n'exige pas d'une législature qu'elle offre aux couples non mariés le statut, les avantages ou les responsabilités du mariage.

V — Conclusion

En conclusion, je suis d'avis que les indemnités réclamées par les appelants en vertu de la police d'assurance devraient être considérées comme se rattachant aux obligations de soutien qui existent entre conjoints mariés. Dans ce contexte, l'état matrimonial n'est pas un motif de discrimination puisque la distinction touche à un aspect inhérent du mariage, soit les obligations de soutien, et la fonction des dispositions attaquées de la loi est pertinente par rapport à cet état. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Bien que je sois d'accord avec le résultat auquel en arrive Madame le juge McLachlin, ma conclusion se fonde sur un raisonnement quelque peu différent. Pour les raisons que j'ai formulées dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, rendu simultanément, je préfère mettre l'accent sur le groupe lésé par la distinction et sur la nature des intérêts affectés, plutôt que sur les motifs de la distinction attaquée. Ce qui suit constitue, par conséquent, une application aux faits de la présente affaire de l'analyse élaborée dans l'arrêt *Egan*.

Le présent pourvoi soulève la question de la définition du terme «conjoint», tel qu'utilisé au chapitre B, divisions 2 et 3, subdivision II de l'Ontario Standard Automobile Policy. Bien que ce terme ne soit défini nulle part dans le texte législatif, pour les fins de l'analyse qui suit, je présume, sans toutefois en décider, que son interprétation législative ne vise que les couples mariés et exclut par conséquent les couples non mariés qui font vie commune. C'est pourquoi j'examinerai immédiatement si cette distinction viole l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et si, dans l'affir-

80

81

82

Freedoms and, if so, whether it can be saved by s. 1 of the *Charter*.

A. Section 15

83

In *Egan*, I set out the following factors that must be established by a rights claimant before the impugned distinction will be found to be discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*: (1) there must be a legislative distinction; (2) this distinction must result in a denial of one of the four equality rights on the basis of the rights claimant's membership in an identifiable group; and (3) this distinction must be "discriminatory" within the meaning of s. 15. I shall address each of these factors below.

84

To begin with, assuming that the meaning of "spouse" in the Standard Automobile Policy is limited to married couples, then it follows that a distinction is, indeed, made in the legislation.

85

The second question requires inquiry into whether the distinction has the effect of imposing a burden, obligation, or disadvantage not imposed on others, or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. The parameters of this inquiry cannot, however, generally be established without first ascertaining the appropriate basis for comparison. In other words, only once the appropriate comparator group has been identified can it be decided that there has been a denial of one of the four equality rights.

86

The respondents argue that the fact that the cohabiting appellants seek to compare themselves to persons who are married is, essentially, returning to the similarly situated test rejected by this Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. In my view, this argument is incorrect. The similarly situated test, in essence, requires that persons who are "similarly situated be similarly treated", and that persons who are "differently situated be differently treated". It was rejected by this Court on the basis that it contemplated only formal, Aristotelian equality, and because it excluded any consideration of the nature of the impugned law itself. *Andrews, supra*, at

mative, elle peut être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*.

A. L'article 15

Dans l'arrêt *Egan*, j'énumère les facteurs, dont la preuve est exigée de celui qui invoque des droits afin que la distinction attaquée puisse être considérée comme discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*: (1) la loi doit créer une distinction; (2) cette distinction doit entraîner une violation de l'un des quatre droits à l'égalité, fondée sur l'appartenance de la personne qui invoque le droit à un groupe identifiable, et (3) cette distinction doit être «discriminatoire» au sens de l'art. 15. J'examine, ci-après, chacun de ces facteurs.

Tout d'abord, en supposant que le terme «conjoint» dans la Standard Automobile Policy ne vise que les couples mariés, il s'ensuit que le texte législatif crée effectivement une distinction.

Le deuxième facteur nous amène à examiner si la distinction a pour effet d'imposer un fardeau, une obligation ou un désavantage non imposés à d'autres, ou encore d'exclure ou de limiter l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres. En règle générale, les paramètres de cet examen ne peuvent, toutefois, être déterminés sans d'abord établir la base de comparaison appropriée. En d'autres termes, ce n'est qu'en définissant d'abord le groupe de comparaison que l'on peut ensuite décider s'il y a eu violation de l'un des quatre droits à l'égalité.

Selon les intimés, le fait que les appelants faisant vie commune cherchent à se comparer à des personnes mariées constitue, essentiellement, un retour au critère de la situation analogue que notre Cour a rejeté dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. À mon avis, cet argument n'est pas fondé. En vertu du critère de la situation analogue, les personnes qui se trouvent dans une «situation analogue doivent être traitées de façon analogue», et les personnes qui se trouvent dans des «situations différentes doivent être traitées différemment». Notre Cour a rejeté ce critère parce qu'il ne visait que le principe aristotélien d'égalité formelle et qu'il excluait toute con-

pp. 165-68. In rejecting the similarly situated test as a means to identify discrimination, however, this Court did not reject in principle the process of drawing comparisons between groups. In fact, McIntyre J. noted at p. 164 that

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

In short, comparisons between different groups are necessary to discern the differential effect of the legislation and to assist the court in properly characterizing and identifying the groups that are relevant to the particular s. 15 inquiry at hand.

The question then becomes, who or what do we compare for the purpose of determining whether an equality right has been denied? In the instant case, the interpretation of "spouse" in the Standard Automobile Policy distinguishes between persons who are married and persons who are not married, and results in the extension of a benefit only to the former. The group of persons who are not married, however, comprises many subsets: for instance, persons cohabiting in a conjugal relationship (e.g. common law spouses), persons cohabiting who are not in a conjugal relationship (e.g. roommates), persons who are related (e.g. brother-sister), and single persons.

The guarantee of equality in s. 15 does not require that the entire, collective, heterogeneous group of non-married persons be compared against the essentially homogenous group of married persons. In fact, uncritical comparison of dissimilar groups can undermine the purposes of s. 15 of the *Charter* rather than further them. Comparison is only a fruitful exercise when carried out between groups that possess sufficient analogous qualities to make the exercise of comparison meaningful in respect of the distinction being examined. Thus, in the present case, the only appropriate comparison

sidération de la nature de la loi attaquée: *Andrews*, précité, aux pp. 165 à 168. Cependant, lorsque notre Cour a rejeté le critère de la situation analogue comme moyen d'en déduire une forme de discrimination, elle n'a pas pour autant rejeté le processus de comparaison entre groupes. En fait, le juge McIntyre affirme, à la p. 164:

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

En résumé, il est nécessaire de comparer des groupes différents pour être en état, d'une part, de discerner la manière dont l'effet du texte législatif varie et, d'autre part, d'aider le tribunal à bien qualifier et identifier les groupes qui sont pertinents relativement à l'examen fondé sur l'art. 15.

La question devient alors de savoir sur qui ou sur quoi doit porter la comparaison visant à établir s'il y a eu négation d'un droit à l'égalité. Dans le cas qui nous occupe, l'interprétation du terme «conjoint» dans la Standard Automobile Policy donne lieu à une distinction entre les personnes qui sont mariées et celles qui ne le sont pas, le versement d'une indemnité n'étant prévu que pour le premier groupe. Le groupe de personnes non mariées se compose, cependant, de nombreux sous-groupes, notamment, les personnes qui cohabitent et qui vivent en union conjugale (p. ex.: les conjoints de fait), les personnes qui cohabitent et qui ne vivent pas en union conjugale (p. ex.: les colocataires), les personnes qui ont un lieu de parenté (p. ex.: un frère et une sœur) et les personnes célibataires.

La garantie d'égalité visée à l'art. 15 n'exige pas que tout le groupe collectif et hétérogène des personnes non mariées soit comparé au groupe essentiellement homogène des personnes mariées. En fait, une comparaison sans nuance de groupes dissemblables peut contrecarrer les fins de l'art. 15 de la *Charte* plutôt que d'en favoriser la réalisation. Une comparaison ne constitue un exercice utile relativement à la distinction examinée que si elle porte sur des groupes qui possèdent suffisamment de qualités analogues. Par conséquent, la seule comparaison appropriée dans le cas qui nous

is between married persons and unmarried persons who are in a relationship analogous to marriage (i.e. of some degree of publicly acknowledged permanence and interdependence). In other words, with all other things being roughly equal, the latter group is denied the equal benefit of the law for essentially one reason: the fact that they are not married.

occupe est celle de personnes mariées et de personnes non mariées dont l'union est analogue au mariage (c.-à-d. comportant une certaine permanence et une certaine interdépendance publiquement reconnues). En d'autres termes, toutes choses étant à peu près égales par ailleurs, les personnes non mariées sont privées du même bénéfice de la loi pour essentiellement une seule raison: le fait qu'elles ne sont pas mariées.

89

What constitutes a relationship analogous to marriage is, of course, potentially a subject of considerable debate. I prefer not to engage in this debate. I am, however, satisfied that the appellants Miron and Valliere fall within this group. In August 1987 at the time of the accident which resulted in the present litigation, they had been cohabiting as common law spouses for over four years, and Miron was the father of two of Valliere's three children, aged two and five. Miron and Valliere would fall within any number of legislatively accepted definitions of "relationship analogous to marriage". For this reason, I am satisfied that the impugned legislation denies Miron and Valliere the equal benefit of the law on the basis that they are in a relationship analogous to marriage.

Il va sans dire que la définition d'une union analogue au mariage est un sujet susceptible de soulever un important débat. Je préfère ne pas m'engager sur cette voie. Cependant, je n'ai aucun doute que les appelants Miron et Valliere font partie de ce groupe. En août 1987, à l'époque de l'accident qui a donné lieu au présent litige, ils cohabitaient comme conjoints de fait depuis plus de quatre ans et Miron était le père de deux des trois enfants de Valliere, âgés de deux et cinq ans. Miron et Valliere tomberaient sous le coup d'un certain nombre de définitions de l'expression «union analogue au mariage» acceptées par le législateur. Je suis donc convaincue que le texte législatif attaqué prive Miron et Valliere du droit au même bénéfice de la loi pour le motif qu'ils cohabitent dans une union analogue au mariage.

90

The last ingredient in a s. 15 analysis is an inquiry into whether the distinction is "discriminatory" within the meaning of s. 15 of the *Charter*. In *Egan, supra*, I stated that a distinction would be discriminatory within the meaning of s. 15 where it is capable of either promoting or perpetuating the view that the individual adversely affected by this distinction is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. I noted, as well, that this examination should be undertaken from a subjective-objective perspective. To give form and substance to this examination, I elaborated upon how discriminatory impact can be assessed by looking to the nature of both the interest and the group adversely affected by the impugned distinction. I observed, moreover, that neither category of factors will generally yield

Le dernier élément d'une analyse fondée sur l'art. 15 de la *Charte* est de savoir si la distinction est «discriminatoire» au sens de cet article. Dans l'arrêt *Egan*, précité, j'énonce qu'une distinction est discriminatoire au sens de l'art. 15 si elle est susceptible de favoriser ou de perpétuer l'opinion que les individus lésés par cette distinction sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. J'ai également fait remarquer que cette analyse devrait être effectuée selon une norme subjective-objective: Afin d'illustrer la forme et la substance de cet examen, j'ai expliqué comment on peut évaluer l'incidence discriminatoire en scrutant tant la nature de l'intérêt en question que celle du groupe lésés par la distinction attaquée. J'ai fait remarquer, en outre, que ni l'une ni l'autre

meaningful results without consideration of the other. It is to these factors that I now turn.

1. *The Nature of the Group Affected*

The question of whether or not persons in relationships analogous to marriage have typically suffered historical disadvantage is not clear-cut, partly because the modern phenomenon of common law cohabitation as an alternative to marriage is a comparatively recent one. The subgroups within the ground of marital status that have typically suffered the most historical disadvantage and marginalization are individuals who are single parents, or are divorced or separated. The mere fact that common law spouses are not the first group that comes to mind when considering historical disadvantage does not mean, however, that such relationships have escaped completely from societal opprobrium. In fact, non-traditional relationships outside of marriage have in the past generally been frowned upon and considered undesirable by large portions of society. Only recently have they come to be increasingly accepted. That they have become more accepted does not mean, however, that they are now accepted without reservation into the mainstream of society. The assumptions and attitudes underlying the continuing societal disapproval of such relationships are, in many ways, both exemplified and perpetuated by the impugned law, which essentially deems that John Miron and Jocelyne Valliere, a couple who at the time of the accident had been living together as common law spouses for over four years and had two children together, are not an interdependent family unit worthy of protection against the potentially catastrophic financial losses flowing from injury to one of their members.

The group of persons in relationships analogous to marriage is, of course, not homogenous. Clearly, the effect of a distinction will be felt more severely by certain persons within that group than by others. In the present case, sensitivity to what is reasonable and representative of the group of persons in relationships analogous to marriage there-

de ces catégories de facteurs ne donnera généralement de résultats significatifs sans que l'autre ne soit pris en considération. Ce sont ces facteurs que j'examinerai maintenant.

1. *La nature du groupe affecté*

On ne saurait dire avec certitude si les personnes dont l'union est analogue au mariage ont généralement été victimes d'un désavantage historique, en partie parce que le phénomène moderne de la cohabitation de fait comme alternative au mariage est relativement récent. En ce qui concerne le motif relatif à l'état matrimonial, les sous-groupes qui ont généralement été le plus défavorisés et le plus marginalisés dans l'histoire sont les parents célibataires, ou les personnes divorcées ou séparées. Le simple fait que les conjoints de fait ne soient pas le premier groupe qui nous vienne à l'esprit dans l'examen du désavantage historique ne signifie pas, cependant, que ce type d'union ne soulève aucunement l'opprobre de la société. En fait, de larges segments de notre société ont généralement désapprouvé et considéré comme peu souhaitables les unions hors mariage, qui dérogent à la tradition. Ce n'est que depuis peu que ces unions sont de plus en plus acceptées. Le fait qu'elles soient mieux acceptées ne signifie pas, cependant, qu'elles le soient sans réserve par l'ensemble de la société. Les idées préconçues et les attitudes sous-jacentes à la constante désapprobation de ces unions par la société sont, à de nombreux égards, reprises et perpétuées par la loi attaquée. Celle-ci considère essentiellement que John Miron et Jocelyne Valliere, couple qui, au moment de l'accident, vivait ensemble depuis plus de quatre ans comme conjoints de fait et avait deux enfants, ne constituent pas une unité familiale interdépendante digne de protection contre des pertes financières, parfois catastrophiques si un membre de cette unité est blessé.

Le groupe des personnes cohabitant dans une union analogue au mariage n'est certes pas homogène. De toute évidence, certaines personnes au sein de ce groupe ressentiront davantage que d'autres l'incidence d'une distinction. Dans le cas qui nous occupe, pour tenir compte de ce qui est raisonnable et représentatif du groupe des per-

fore requires that we examine the issue from the perspective of both men and women. Although I will elaborate on this point very shortly, I think it important to note at this juncture that courts and legislatures have already acknowledged that the effect of a distinction based on marital status may be felt more severely by women than by men. I therefore have no difficulty concluding that persons in opposite-sex relationships analogous to marriage have suffered, and continue to suffer, some disadvantage, disapproval and marginalization in society, and are therefore somewhat sensitive to legislative distinctions having prejudicial effects.

sonnes dans une union analogue au mariage, il nous faut examiner cette question du point de vue des hommes et des femmes. J'expliquerai davantage ce point ci-après, mais je tiens à préciser pour l'instant que les tribunaux et les législatures ont déjà reconnu qu'il est possible que les femmes ressentent davantage que les hommes l'incidence d'une distinction fondée sur l'état matrimonial. Je n'ai donc aucune difficulté à conclure que les personnes cohabitant dans une union hétérosexuelle analogue au mariage ont subi et continuent de subir un désavantage, une désapprobation et une marginalisation dans la société, et qu'elles sont en conséquence assez sensibles aux distinctions législatives comportant des effets préjudiciables.

93

Membership in a discrete and insular minority that is politically weak is another relevant consideration identified in *Andrews* and subsequent jurisprudence. I am not convinced, however, that it can necessarily be said that persons in relationships analogous to marriage represent a discrete and insular minority, or a politically powerless or vulnerable group. I emphasize, though, that the presence or absence of this factor alone, like any others, cannot be dispositive of the s. 15 analysis.

L'appartenance à une minorité discrète et insulaire dépourvue de pouvoir politique est une autre considération pertinente mentionnée dans l'arrêt *Andrews* et dans la jurisprudence subséquente. Cependant, je ne suis pas convaincue que l'on puisse nécessairement affirmer que les personnes qui cohabitent dans une union analogue au mariage constituent une minorité discrète et insulaire, ou qu'il s'agisse d'un groupe vulnérable ou dépourvu de pouvoirs politiques. Je tiens, toutefois, à préciser que la présence ou l'absence de ce seul facteur, comme de quelque autre facteur, ne saurait être déterminant en ce qui a trait à l'analyse fondée sur l'art. 15.

94

The last important factor to be considered is whether the impugned distinction is based upon a fundamental attribute of 'personness' or 'humaneness'. Many argue that marriage is a choice, and that cohabiting persons who are not married have often made a conscious choice to avoid the rights and obligations incumbent upon marriage. Consequently, since marriage is a legal status which people can assume by choice in a manner analogous to contract, it is argued that a distinction based upon this status does not touch upon anything that is sufficiently personal that it could be a basis for discrimination. A corollary of this argument is that treating common law couples in a manner similar to married couples would undermine people's "free choice" to contract in or out of these rights and obligations. Although the absence or presence

Le dernier facteur d'importance dont il faille tenir compte est de savoir si la distinction attaquée est fondée sur un attribut fondamental de la «personnalité» ou de la «nature humaine». Plusieurs soutiennent que le mariage est un choix et que les personnes qui font vie commune sans être mariées ont souvent effectué un choix conscient dans le but d'éviter les droits et obligations imposés par le mariage. En conséquence, puisque le mariage est un état juridique qu'on peut assumer par choix comme c'est le cas pour un contrat, on soutient qu'une distinction fondée sur cet état ne touche rien de suffisamment personnel pour constituer un fondement de discrimination. Un corollaire de cet argument est qu'en traitant les couples en union de fait d'une façon similaire à ceux qui sont mariés, on restreint le «libre choix» des gens de s'engager

of an element of "choice" should not be determinative of s. 15 analysis, my colleague Justice Gonthier addresses it in his reasons and I feel compelled to make some observations in this respect.

In my view, the decision of whether or not to marry can, indeed, be one of the most personal decisions an individual will ever make over the course of his or her lifetime. It can be as fundamental, as momentous, and as personal as a choice regarding, for instance, one's citizenship or even one's religion. Although certain rights and obligations follow from each one of these three diverse choices, it does not render any of these choices justice to reduce them to a question of contract. I highly doubt, for instance, that people enter the institution of marriage because it strikes them as offering an attractive package of contractual rights and obligations. By that same token, people who make a conscious decision not to subscribe to the institution of marriage may very well be motivated by very personal beliefs which have nothing whatsoever to do with the contractual rights and obligations that incidentally attach to that status.

Beyond this preliminary objection, however, my disagreement with the assertion that marriage is simply a matter of individual choice goes far deeper. In particular, I believe that this argument is premised upon an important and, in my mind, unchallenged assumption: that the majority of unmarried persons living in a relationship of some interdependence and duration are, indeed, exercising a "free choice". In my respectful view, this assumption may mischaracterize the reality of a significant number of persons in non-traditional relationships. This silent and oft-forgotten group constitutes couples in which one person wishes to be in a relationship of publicly acknowledged permanence and interdependence and the other does not:

par contrat à assumer les droits et obligations du mariage ou de s'en soustraire. Même si l'absence ou la présence d'un élément de «choix» ne devrait pas être déterminante dans le cas d'une analyse fondée sur l'art. 15, comme mon collègue le juge Gonthier traite de cette question dans ses motifs, je me sens tenue de faire quelques observations à ce sujet.

À mon avis, la décision de se marier ou non peut, en effet, être la décision la plus personnelle qu'une personne prendra au cours de sa vie. Elle peut être aussi fondamentale, voire capitale, et aussi personnelle qu'un choix, par exemple, en matière de citoyenneté ou même de religion. Bien que certains droits et obligations se rattachent à chacun de ces trois choix, on ne saurait en toute justice les réduire à une question de contrat. Par exemple, je doute fort que les gens choisissent l'institution du mariage parce qu'elle semble leur offrir un ensemble intéressant sur le plan des droits et obligations contractuels. Dans la même veine, les personnes qui choisissent délibérément de ne pas se marier pourraient bien être motivées par des croyances fort personnelles qui n'ont rien à voir avec les droits et obligations contractuels accessoires au mariage.

Cependant, mon désaccord avec l'affirmation voulant que le mariage soit tout simplement une question de choix personnel va beaucoup plus loin que cette objection préliminaire. Tout particulièrement, j'estime que cet argument se fonde sur une hypothèse importante que, selon moi, on n'a pas relevée, suivant laquelle c'est à l'issue d'un «libre choix» que la majorité des personnes non mariées vivent dans une union comportant une certaine interdépendance et d'une certaine durée. À mon humble avis, dans le cas d'un grand nombre de personnes vivant en union non traditionnelle, cette hypothèse risque de déformer la réalité. Ce groupe silencieux, souvent oublié, se compose de couples dans lesquels un seul des deux conjoints désire s'engager dans une union d'une certaine permanence et interdépendance qui soit publiquement reconnue comme telle:

The two partners in a relationship may not have similar views: while one partner may value personal autonomy, that view may not be shared by the other. One may in fact be anxious to marry, while the other resists it. Whose view of the relationship is to prevail? . . . The flip side of one person's autonomy is often another's exploitation. [Emphasis added.]

(W. Holland, "Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap?" in *Family Law: Roles, Fairness and Equality*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993, 369, at p. 380.) It is small consolation, indeed, to be told that one has been denied equal protection under the *Charter* by virtue of the fact that one's partner had a choice.

97 Both the courts and the legislatures have, in recent years, acknowledged and responded to the injustices that often flow from power imbalances of this type and have thereby given increasing recognition to non-traditional forms of relationships. Why else did the Ontario legislature in 1986 extend benefits from married persons to cohabiting partners in over 30 Ontario statutes, several of which raised issues of financial interdependence that are analogous to the impugned provisions of the *Insurance Act*? Why else has the Ontario *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, imposed an obligation of mutual support on common law spouses since 1978? Why else has the common law doctrine of constructive trust intervened to provide relief to unmarried persons in instances where one partner is unjustly enriched by the relationship? *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38. Finally, why else has this Court rejected the hegemony of the "clean break" model of spousal support in both married and common law relationships of demonstrated duration and interdependence? *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813. In all of these cases, although the language has generally employed gender-neutral references to "spouses", it is indisputable that much of the impetus for these changes stemmed from courts' and legislatures' increasing recognition of the disadvantage endured by dependent

[TRANSLATION] Les deux partenaires d'une union n'ont peut-être pas des points de vue similaires: l'un d'entre eux pourrait bien tenir à son autonomie personnelle, mais l'autre non. L'un pourrait bien être impatient de se marier, et l'autre s'y opposer. Dans un tel cas, quel point de vue doit l'emporter? [. . .] Le revers de l'autonomie d'une personne est souvent l'exploitation d'une autre. [Je souligne.]

(W. Holland, «Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap?» dans *Family Law: Roles, Fairness and Equality*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993, 369, à la p. 380.) En fait, c'est une piètre consolation que de se faire dire que l'on a été privé d'une protection égale en vertu de la *Charte* en raison du choix d'un seul des partenaires.

Au cours des dernières années, tant les tribunaux que les législatures ont reconnu les injustices qui résultent souvent d'un déséquilibre de pouvoir de cette nature et ont pris des mesures pour y remédier, accordant ainsi une reconnaissance accrue aux unions non traditionnelles. Pour quelle autre raison la législature ontarienne aurait-elle, en 1986, étendu aux partenaires qui cohabitent les avantages auparavant accordés aux seules personnes mariées, dans plus de 30 lois, dont plusieurs visaient des questions d'interdépendance financière analogues aux dispositions attaquées de la *Loi sur les assurances*? Pour quelle autre raison la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. F.3, imposerait-elle une obligation alimentaire réciproque aux conjoints de fait depuis 1978? Pour quelle autre raison la théorie de la fiducie par interprétation, reconnue en common law, offrirait-elle une réparation aux personnes non mariées dans les cas où il y a eu enrichissement sans cause de l'un des partenaires de cette union? *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38. Enfin, pour quelle autre raison notre Cour aurait-elle rejeté la primauté du modèle de la «rupture nette» en matière d'aliments, que ce soit dans le mariage ou en situation d'union de fait dont la durée et l'interdépendance auraient été établies? *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813. Il va sans dire que dans tous ces cas, bien que l'on n'ait généralement fait aucune distinction de sexe relativement au terme «conjoint»,

spouses, most often women, within the context of those relationships.

If the continuing individual autonomy of the parties were the only assumption governing the formation of family units, then none of these protections would be deemed necessary. Rather, however, it is now widely accepted that one cannot speak of "autonomy" or "free choice" without first asking whose autonomy one seeks to preserve, and at what cost to others. It is extremely important that, when contemplating the impact of a particular legislative distinction on an affected group, courts make reasonable accommodation for diverse points of view and life situations.

I do not dispute, of course, that some cohabiting couples do, indeed, continue to agree mutually that they wish to avoid the rights and obligations of marriage. Indeed, as I noted earlier, their reasons for doing so may be intensely personal, and their alternative forms of relationships are equally deserving of respect, consideration, and protection under the *Charter*. My point is merely that it is dangerous, and possibly untenable, to assume for the purposes of s. 15 *Charter* analysis that the reasons one starts to live together are necessarily the reasons that one continues to live together. Although many couples initially cohabit as part of a "trial relationship", and may therefore initially agree not to marry, such mutual agreement may diminish over time, as the length of cohabitation increases or most particularly after the birth of a child.

As I noted above, in recognition of this reality, legislatures have intervened in a wide variety of contexts to protect individuals' vested interests in relationships of some permanence and interdependence. These interventions are not anti-marriage. They simply acknowledge that the family unit is

ces modifications résultent en grande partie du fait que les tribunaux et les législatures reconnaissent de plus en plus le désavantage subi par les conjoints en état de dépendance, le plus souvent les femmes, dans le contexte de ces unions.

Si l'autonomie personnelle constante des parties constituait la principale hypothèse dans le cas de la formation d'unités familiales, alors aucune de ces mesures de protection ne serait jugée nécessaire. Bien au contraire, il est maintenant généralement accepté que l'on ne saurait parler d'«autonomie» ou de «libre choix» sans d'abord déterminer qui détient l'autonomie que l'on cherche à préserver, et quel en sera le coût pour les autres. Lorsque l'on examine l'incidence d'une distinction législative particulière sur un groupe donné, il est extrêmement important que les tribunaux tiennent raisonnablement compte de divers points de vue et de diverses situations de vie.

Évidemment, je ne conteste pas que certains couples en union de fait s'entendent mutuellement sur le fait qu'ils souhaitent éviter les droits et obligations relatifs au mariage. En fait, je l'ai déjà signalé, ils peuvent avoir des raisons tout à fait personnelles pour agir ainsi et le genre d'union qu'ils choisissent est tout aussi digne de respect, de considération et de protection sous le régime de la *Charte*. Je veux tout simplement souligner qu'il est dangereux, voire insoutenable, de tenir pour acquis, pour les fins d'une analyse fondée sur l'art. 15 de la *Charte*, que les raisons pour lesquelles des personnes commencent à vivre ensemble ne sont pas nécessairement les mêmes que celles pour lesquelles elles poursuivent la relation. Bien que de nombreux couples cohabitent au départ à titre d'«essai», et puissent par conséquent décider, initialement, de ne pas se marier, cette entente peut s'amenuiser avec le temps, à mesure qu'augmente la durée de la cohabitation ou, tout particulièrement, après la naissance d'un enfant.

J'ai déjà fait remarquer que, compte tenu de cette réalité, les législatures sont intervenues dans divers contextes pour protéger les intérêts que des particuliers ont acquis dans des unions d'une certaine permanence et d'une certaine interdépendance. Ces interventions ne sont pas contre le

98

99

100

evolving in response to changing times. In my respectful view, it would therefore be a significant step backwards for this Court nonetheless to conclude that “unfettered choice” is the only framework by which to measure and evaluate extramarital cohabitation. Such logic would, in effect, entail adopting a narrower approach to the realities of cohabitation under s. 15 of the *Charter* — which is supposed to be interpreted broadly and purposively — than has already been widely accepted both in the common law and in statutes throughout Canada.

101 Finally, it must be recalled that the imposition of marriage-like mutual rights and obligations upon couples in a relationship analogous to marriage need not deprive them of the autonomy required to make personal choices if these persons also have the possibility of resorting to domestic contract to exclude the effects of the legislation. Rather than placing the onus on unmarried couples to contract into any such mutual rights and obligations, inclusion within the legislation merely shifts the onus to those who wish to preserve individual autonomy to contract out.

102 To recapitulate, the decision of whether or not to marry is most definitely capable of being a very fundamental and personal choice. The importance actually ascribed to the decision to marry or, alternatively, not to marry, depends entirely on the individuals concerned. For a significant number of persons in so-called “non-traditional” relationships, however, I dare say that notions of “choice” may be illusory. It is inappropriate, in my respectful view, to condense the forces underlying the adoption of one type of family unit over another into a simple dichotomy between “choice” or “no choice”. Family means different things to different people, and the failure to adopt the traditional family form of marriage may stem from a multiplicity of reasons — all of them equally valid and all of them equally worthy of concern, respect, consideration, and protection under the law.

I noted earlier that persons in non-traditional relationships have suffered, and continue to suffer,

mariage. Elles reconnaissent simplement que l'unité familiale évolue avec le temps. À mon humble avis, notre Cour se trouverait néanmoins à aller grandement à contre-courant si elle devait conclure que le «libre choix» est le seul mécanisme pour mesurer et évaluer la cohabitation hors mariage. En effet, une telle logique nécessite l'adoption d'une analyse plus restrictive des réalités de la cohabitation en vertu de l'art. 15 de la *Charte* — lequel doit en principe recevoir une interprétation large et fondée sur l'objet — que celle qui a déjà été largement acceptée tant en common law que dans des lois partout au Canada.

Enfin, il faut se rappeler qu'imposer aux couples dont l'union est analogue au mariage des droits et obligations réciproques semblables à ceux relatifs au mariage ne les prive pas nécessairement de l'autonomie nécessaire pour faire des choix personnels, pourvu que ces couples aient aussi la possibilité de recourir à un contrat privé pour exclure les effets de la loi. Plutôt que d'imposer aux couples non mariés la responsabilité de prévoir par contrat ces droits et obligations réciproques, la loi, en les prévoyant, ne fait que déplacer et imposer à ceux qui désirent préserver leur autonomie individuelle le fardeau de s'en dégager par contrat.

En résumé, la décision de se marier ou de ne pas se marier peut certainement être un choix très fondamental et personnel. L'importance réellement attribuée à la décision de se marier ou, subsidiairement, à celle de ne pas se marier, dépend entièrement des individus en cause. Toutefois, pour un grand nombre de personnes en union dites «non traditionnelles», j'ose affirmer que les notions de «choix» sont tout à fait illusoire. À mon humble avis, on ne devrait pas réduire les forces qui sous-tendent l'adoption d'un type d'unité familiale plutôt qu'un autre à une simple dichotomie opposant «choix» et «non-choix». La famille a une signification différente pour diverses personnes et le fait de ne pas opter pour le mariage traditionnel peut découler d'une multitude de raisons — toutes aussi valables et toutes aussi dignes d'intérêt, de respect, de considération et de protection en vertu de la loi.

Comme je l'ai déjà signalé, les personnes qui vivent une union non traditionnelle ont subi et con-

some degree of disadvantage and marginalization from the mainstream. To this, I would add that I believe that it is beyond dispute that the adverse effects of distinctions which exclude persons in relationships analogous to marriage are likely to be experienced more sharply by the more dependent member of these partnerships, most often still women (in heterosexual couples). It is important not to close our eyes to that social reality. On the other hand, I believe that it is nonetheless fair to say that, on the whole, the affected group is not so sensitive as to compel the conclusion that virtually any adverse distinction would have a discriminatory impact. Therefore, an examination of the nature of the interest affected by the impugned distinction is particularly important in the present instance.

2. *The Nature of the Impugned Interest*

At issue in the present appeal is the eligibility of John Miron, the common law spouse of Jocelyne Valliere, for insurance against injury, under her automobile insurance policy. The affected interest is the protection of family units from potentially disastrous financial consequences due to the injury of one of their members. Protection of "family" is, in turn, one of the most important interests imaginable in our society. Moreover, as I observed in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 634:

It is possible to be pro-family without rejecting less traditional family forms. It is not anti-family to support protection for non-traditional families. The traditional family is not the only family form, and non-traditional family forms may equally advance true family values.

Although it goes without saying that all injured persons are entitled to that part of their health care costs covered by their provincial medicare systems, actual health care costs may often represent only a small part of the total losses suffered as a result of injury in a motor vehicle accident when loss of income as well as pain and suffering are

tinuent de subir un certain désavantage et une certaine marginalisation de la part de la majorité. J'ajouterais que, à mon avis, il est maintenant incontestable que les effets préjudiciables de distinctions qui excluent les personnes dont l'union est analogue au mariage sont vraisemblablement plus vivement ressentis par le membre le plus dépendant de telles unions, qui est encore le plus souvent la femme (chez les couples hétérosexuels). Il importe de ne pas faire abstraction de cette réalité sociale. Par contre, j'estime qu'il est néanmoins juste de dire que, dans l'ensemble, le groupe lésé n'est pas si vulnérable qu'il faille conclure que pratiquement toute distinction préjudiciable aurait une incidence discriminatoire. Il importe donc, tout particulièrement dans le cas qui nous occupe, de procéder à un examen de la nature de l'intérêt touché par la distinction attaquée.

2. *La nature de l'intérêt affecté*

En l'espèce, il s'agit de déterminer si John Miron, le conjoint de fait de Jocelyne Valliere, peut présenter une réclamation en vertu de la police d'assurance-automobile de cette dernière. L'intérêt affecté est la protection des unités familiales contre les répercussions potentiellement désastreuses d'une blessure subie par un des membres d'une telle unité. La protection de la «famille» est, d'ailleurs, l'un des intérêts les plus importants qu'on puisse imaginer dans notre société. En outre, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la p. 634:

On peut être en faveur de la famille sans rejeter pour autant les types de familles moins traditionnels. Ce n'est pas attaquer la famille que d'appuyer la protection des familles non traditionnelles. La famille traditionnelle n'est pas le seul type de famille, et les types de familles non traditionnels peuvent aussi véhiculer de véritables valeurs familiales.

Il va sans dire que toute personne blessée a droit à la partie des coûts de soins de santé assurée par son régime provincial d'assurance-maladie, mais lorsque l'on tient compte de la perte de revenu ainsi que des douleurs et des souffrances, les coûts de soins de santé réels peuvent souvent ne constituer qu'une infime fraction des pertes totales

taken into account. Equally significant, although persons ineligible to claim from a private insurance company under the Standard Automobile Policy may still claim for some compensation under the *Motor Vehicle Accident Claims Act*, R.S.O. 1990, c. M.41, the cost, time and difficulty of recovery by this means are significantly greater than if the person were insured by a private company. The *amicus curiae* points out that one of the most notable differences is that no payment whatsoever is available from the Act until the injured person has successfully obtained a formal judgment in his or her favour. Under most private insurance plans, by contrast, there is frequently no need for the injured person to bring a legal action, and the injured party will often receive advance or periodic payments. The financial consequences of these differences can be profound on a family unit, particularly if the injured party is an income-earner who has been disabled as a result of the accident. Thus, I conclude that the impugned distinction adversely affects, to an extent that is potentially very serious in economic terms, an interest which has extremely high societal value. On the other side of the equation, however, I note that the value of this interest in constitutional terms is limited, and that this distinction does not restrict access in any meaningful way to any fundamental social institution.

subies à la suite d'une blessure dans un accident de la route. Il importe également de préciser qu'une personne qui n'a pas le droit de présenter une réclamation à une compagnie d'assurances privée en vertu de la Standard Automobile Policy peut quand même demander une indemnité en vertu de la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'accidents de véhicules automobiles*, L.R.O. 1990, ch. M.41; cependant, les coûts, les délais et les difficultés de recouvrement dans ce dernier cas sont beaucoup plus élevés que dans le cas d'une personne assurée par une compagnie privée. L'*amicus curiae* fait remarquer que l'une des principales différences est que cette loi n'autorise aucun paiement jusqu'à ce que la personne blessée ait obtenu un jugement formel en sa faveur. Par contre, en vertu de la plupart des régimes privés, il arrive fréquemment que la personne blessée n'ait pas besoin d'intenter une poursuite et il arrive souvent qu'elle reçoive des paiements anticipés ou périodiques. Les conséquences financières que ces différences entraînent peuvent être profondes sur une famille, tout particulièrement si la partie blessée, rendue inhabile à la suite de l'accident, est le gagne-pain de cette famille. En conséquence, je conclus que la distinction attaquée influe défavorablement, et d'une façon qui risque d'être économiquement très grave, sur un intérêt dont la valeur sociale est très élevée. De l'autre côté de l'équation, je note que la valeur de cet intérêt sur le plan constitutionnel est limitée et que cette distinction ne restreint pas de façon importante l'accès à une institution sociale fondamentale.

106

The final factor contemplated in *Egan* is whether the distinction constitutes a complete non-recognition of the affected group. In the instant case, we are not faced with a legislative definition of common law spouse that some would simply consider overly restrictive or underinclusive for various reasons. Rather, the impugned distinction categorically excludes from joint insurance coverage all couples in a relationship analogous to marriage. This factor must be viewed as significant, since it can be reasonably perceived as sending a clear message that society does not consider this genre of relationship to be worthy of equal protection in such contexts:

Le dernier facteur envisagé dans l'arrêt *Egan* est de savoir si la distinction a pour effet de nier toute reconnaissance au groupe affecté. Dans le cas qui nous occupe, la définition législative de l'expression «conjoint de fait» n'est pas telle que certains la considéreraient, pour diverses raisons, tout simplement trop restrictive ou trop limitative. Plutôt, la distinction attaquée exclut, de manière catégorique, tous les couples, dont l'union est analogue au mariage, d'une couverture d'assurance conjointe. Ce facteur est important puisqu'il peut raisonnablement être perçu comme un indice clair que la société ne considère pas ce genre d'union digne de la même protection dans ces contextes.

I noted in *Egan* that evaluation of either the interest or the group affected was not entirely meaningful until each was assessed in light of the other. In the instant case, I believe the impugned interest to be sufficiently pressing, the possible economic consequences to be sufficiently severe, and the manner of exclusion to be sufficiently complete to constitute a significant, though not overwhelming, discriminatory potential. I also concluded earlier that the group affected by the distinction (i.e. unmarried persons in a relationship analogous to marriage) is somewhat vulnerable and that, in a significant number of cases, persons within this group do not have meaningful control over their circumstances. I noted that the consequences of excluding unmarried persons from the benefits or protections of the law will generally be experienced more severely by the dependent spouse, who is still all too often female. Viewing all of these factors together, I conclude that the impugned distinction does, on the whole, have an impact that is discriminatory within the sense of s. 15 of the *Charter*. The impugned distinction is reasonably capable of either promoting or perpetuating a view amongst persons in relationships analogous to marriage that they are less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. On this basis, I find the impugned distinction to be in violation of s. 15(1) of the *Charter*.

Having determined that the impugned distinction violates s. 15 of the *Charter*, I now turn to the question of whether this distinction is relevant to a proportionate extent to a pressing and substantial objective, and may therefore be saved under s. 1.

B. Section 1

When characterizing the objective of the Standard Automobile Policy for the purposes of s. 1 analysis, it is important to adopt a functional and pragmatic approach which frames that purpose neither too broadly nor too narrowly. The objective of the Standard Automobile Policy, which I accept as pressing and substantial, is to protect stable

J'ai fait remarquer dans l'arrêt *Egan* que l'évaluation de l'intérêt ou du groupe affecté ne saurait prendre tout son sens que si l'un est évalué par rapport à l'autre. J'estime que l'intérêt ici attaqué est suffisamment urgent, les répercussions économiques possibles assez graves et le mode d'exclusion suffisamment complet pour constituer une possibilité importante, bien que non accablante, de discrimination. J'ai également conclu plus haut que le groupe affecté par la distinction (c.-à-d., les personnes non mariées dont l'union est analogue au mariage) est suffisamment vulnérable et que, dans un grand nombre de cas, les personnes faisant partie de ce groupe n'ont pas de véritable contrôle sur la situation. J'ai signalé qu'en général, le conjoint dépendant non marié, encore trop souvent la femme, ressentira plus profondément les conséquences de l'exclusion des avantages ou de la protection de la loi. Compte tenu de tous ces facteurs, j'estime que, dans l'ensemble, la distinction attaquée a des répercussions discriminatoires au sens de l'art. 15 de la *Charte*. Il est raisonnable de croire que la disposition attaquée est susceptible de favoriser ou de perpétuer chez les personnes dont l'union est analogue au mariage l'opinion qu'elles méritent moins d'être reconnues ou valorisées en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne dignes du même intérêt, du même respect et de la même considération. Pour ce motif, je conclus que la distinction attaquée est contraire au par. 15(1) de la *Charte*.

Ayant établi que la distinction attaquée viole l'art. 15 de la *Charte*, je passerai maintenant à la question de savoir si cette distinction est pertinente dans une proportion suffisante au regard d'un objectif urgent et réel, et si elle peut, en conséquence, être sauvegardée en vertu de l'article premier.

B. L'article premier

La caractérisation de l'objectif de la Standard Automobile Policy pour les fins de l'analyse fondée sur l'article premier exige une analyse fonctionnelle et pragmatique qui situe cet objectif de façon ni trop large ni trop restrictive. L'objectif de la Standard Automobile Policy, que je reconnais comme urgent et réel, est de protéger la stabilité

family units by insuring against the economic consequences that may follow from the injury of one of the members of the family. Although I might agree that an incidental effect of this legislation, as a result of the impugned distinction, may be to encourage marriage, I cannot agree that, by reason of this distinction alone, we should conclude that the promotion of marriage is, itself, the fundamental purpose of the legislation. I cannot see people seriously considering the availability of joint automobile insurance as a factor in their decision of whether or not to marry. As such, taken as a whole, although the legislation is most certainly "pro-family", I do not believe that it would be proper to characterize it as "pro-marriage".

des unités familiales en offrant une protection contre les conséquences économiques susceptibles de découler des blessures subies par un des membres de la famille. Même en admettant que, compte tenu de la distinction attaquée, la loi puisse avoir comme effet accessoire d'encourager le mariage, je ne puis accepter qu'il nous faudrait, en raison de cette seule distinction, conclure que la promotion du mariage est, en soi, l'objectif fondamental de la loi. Je ne puis croire que la possibilité d'une assurance automobile conjointe soit sérieusement considérée comme facteur lorsque des gens ont à décider s'ils vont se marier ou non. Bien que, dans l'ensemble, la loi soit très certainement «en faveur de la famille», il serait, à mon avis, mal avisé de considérer qu'elle est «en faveur du mariage».

110 It is now trite law to observe that the onus of demonstrating a rational connection between the impugned distinction and the pressing and substantial objective lies with the government. Unfortunately, only the intervenor the Attorney General of Manitoba has submitted any argument on this point. The *amicus curiae* appointed by this Court to make submissions on the s. 1 issue argues that the violation cannot be saved under s. 1. Thus, this Court is left in the uncomfortable position of envisioning s. 1 arguments on the government's behalf.

Il est maintenant bien établi en droit qu'il appartient au gouvernement d'établir l'existence d'un lien rationnel entre la distinction attaquée et l'objectif urgent et réel. Malheureusement, seul l'intervenant le procureur général du Manitoba a présenté un argument sur ce point. L'*amicus curiae*, nommé par notre Cour pour présenter des arguments sur la question de l'article premier, soutient que la violation ne saurait être sauvegardée en vertu de l'article premier. Notre Cour se trouve donc dans la situation quelque peu inconfortable d'imaginer les arguments que le gouvernement serait susceptible de présenter relativement à l'article premier.

111 The Attorney General of Manitoba argues that restricting the meaning of "spouse" in the legislation to married couples is rationally connected to the objective because it promotes certainty and determinacy, and because it would be impossible for the legislature to settle with certainty upon a defined standard that would not be underinclusive of someone. This argument, which essentially urges judicial deference to a legislative choice, more properly goes to the question of whether or not the legislation is minimally impairing, and I shall address it in that context below.

Selon le procureur général du Manitoba, le fait de restreindre le sens du terme «conjoint» dans la loi de façon à ne désigner que les couples mariés comporte un lien rationnel avec l'objectif, en ce sens qu'une telle interprétation favorise la certitude et l'exactitude, et qu'il serait impossible pour le législateur de définir avec certitude un critère qui n'exclurait personne. Cet argument, qui exige essentiellement qu'un tribunal fasse preuve de retenue à l'égard d'un choix du législateur, concerne davantage la question de savoir si la loi porte le moins possible atteinte aux droits, question que j'examinerai lorsque j'aborderai cet aspect.

112 It could, however, be argued that the rational connection requirement is fulfilled because it is rational for the legislature to believe that, in gen-

On pourrait, cependant, soutenir que l'exigence d'un lien rationnel est respectée parce qu'il est rationnel pour le législateur de croire qu'en règle

eral, marriages are longer-lasting and more likely to engender relationships of interdependency than common law relationships. If such an argument were to be advanced, though, then this Court would require some empirical evidence to this effect from the government, since it would undermine the very purpose of s. 15 to permit the government to justify a violation of s. 15 by relying on assumptions that may, themselves, be stereotypical and discriminatory in nature.

In *Egan*, I also noted that unless the distinction relates to a right or obligation flowing from a particular legal status, it would be difficult to envision that the distinction is rationally connected to the legislative objective. As my colleague Gonthier J. points out, the common law imposes an obligation of mutual support between married partners yet does not impose that obligation upon unmarried partners. In the instant case, it could therefore be argued that the exclusion of common law couples from the Standard Automobile Policy is rationally connected to the objective of the legislation because this exclusion relates to the absence of an obligation of mutual support between unmarried individuals.

As I have already noted elsewhere in these reasons, however, the impugned insurance legislation is in effect in Ontario — a jurisdiction in which the *Family Law Act* has, since 1978, prescribed a mutual obligation of support for common law spouses (see s. 29 of the Act). Thus, as at August 1987, common law spouses in Ontario were, indeed, bound by an obligation of mutual support yet were excluded from a Standard Automobile Policy whose basic purpose was almost inextricably related to that mutual obligation and to the relationship of interdependency upon which that obligation is premised. Other applicable laws form part of the social context of a distinction and I therefore cannot see how, in light of the fact that an obligation of support applies to common law couples, it can still be said that the impugned distinction is rationally connected to the purpose of the legislation.

générale, les mariages durent plus longtemps et sont plus susceptibles que les unions de fait d'engendrer des relations d'interdépendance. Toutefois, si un tel argument était avancé, notre Cour exigerait du gouvernement qu'il fournisse à ce sujet certains éléments de preuve empiriques puisque ce serait contraire à l'objet même de l'art. 15 que de permettre au gouvernement de justifier une violation de l'art. 15 à partir d'hypothèses qui elles-mêmes, de par leur nature, peuvent être discriminatoires et être le fruit de stéréotypes.

Dans l'arrêt *Egan*, j'ai également fait ressortir qu'il serait difficile de dire, sauf si elle se rapporte à un droit ou à une obligation propre à un statut juridique particulier, que la distinction a un lien rationnel avec l'objectif législatif. Comme le signale mon collègue le juge Gonthier, la common law impose une obligation alimentaire réciproque aux partenaires mariés, mais ne l'impose pas aux partenaires non mariés. En l'espèce, on pourrait donc soutenir qu'exclure les conjoints de fait de la Standard Automobile Policy a un lien rationnel avec l'objectif de la loi parce que cette exclusion est liée à l'absence d'une obligation alimentaire réciproque entre individus non mariés.

Cependant, comme je l'ai déjà mentionné ailleurs dans mes motifs, la loi sur les assurances attaquée est en vigueur en Ontario — province dans laquelle la *Loi sur le droit de la famille* prévoit depuis 1978 une obligation alimentaire réciproque pour les conjoints de fait (voir art. 29 de la Loi). En conséquence, en août 1987, les conjoints de fait en Ontario étaient effectivement liés par une obligation alimentaire réciproque, mais se trouvaient exclus de la Standard Automobile Policy dont l'objet fondamental était presque inévitablement lié à cette obligation réciproque et au rapport d'interdépendance sur lequel cette obligation est fondée. Il existe également d'autres lois applicables dont le contexte social requiert une distinction et je ne vois donc pas comment il est encore possible de dire, compte tenu du fait que les conjoints de fait sont assujettis à une obligation alimentaire, que la distinction attaquée a un lien rationnel avec l'objet de la loi.

113

114

115 I would therefore conclude that the distinction cannot be justified on the basis that the government has not demonstrated that the impugned distinction is rationally connected to the objective of the legislation.

116 Even if the rational connection test were found to be satisfied, I would also conclude that the impugned distinction fails the minimal impairment test. The unit that the legislator has decided to protect (i.e. married persons) is underinclusive of the purpose of the legislation. The argument could be made that the legislation is minimally intrusive because there is no other reasonably ascertainable standard which could further the purposes of the Act.

117 Although this submission may have merit in other contexts, it does not in the present case. Indeed, although the unit deserving of protection can be defined by marriage, it can also be defined in a workable and acceptably certain way by reference to the length of the relationship or to the existence of children. These two criteria have been recognized by the legislature as feasible indicia of interdependence in other statutes which confer rights or obligations upon relationships outside of marriage. In fact, the legislature adopted just such criteria in the instant case when it amended the impugned legislation to include common law spouses in 1990. Although deference should be had with respect to policy choices made by the legislature as to what duration of cohabitation is necessary to define such a relationship, courts should not feel obliged to be as deferential when the legislature has simply excluded other possibilities altogether, unless the government can demonstrate that this exclusion is, itself, the product of a reasonable attempt to balance competing social science or policy interests. In the present case, the government has once again not overcome that burden.

C. Remedy and Disposition

118 Underinclusive legislation raises special problems from a remedial perspective. The fact that legislation is underinclusive, however, does

Je conclus donc que cette distinction ne saurait se justifier vu que le gouvernement n'a pas établi que cette distinction a un lien rationnel avec l'objectif de la loi.

Même si j'étais d'avis que l'on a satisfait au critère du lien rationnel, je conclurais que la distinction attaquée ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale. L'unité qu'a décidé de protéger le législateur (les personnes mariées) est trop limitative au regard de l'objet de la loi. On pourrait certes soutenir que la loi porte le moins possible atteinte aux droits parce qu'il n'existe pas d'autre critère raisonnablement vérifiable qui permettrait d'atteindre les fins de la Loi.

Bien que cet argument puisse avoir un certain mérite dans d'autres contextes, il n'en a aucun ici. En fait, bien que l'unité que l'on désire protéger puisse être définie par rapport au mariage, elle peut également l'être d'une façon pratique et assez certaine en se référant à la durée de l'union ou à la présence d'enfants. Le législateur a reconnu que ces deux critères peuvent servir d'indices d'interdépendance dans d'autres lois constitutives de droits ou d'obligations dans les unions hors mariage. En fait, le législateur a précisément adopté de tels critères lorsqu'il a modifié la loi contestée en 1990 pour y inclure les conjoints de fait. Bien que l'on doive faire preuve de retenue à l'égard des choix de politique générale effectués par le législateur quant à la durée de la cohabitation nécessaire à la constitution d'une telle union, les tribunaux ne devraient pas se sentir obligés de faire preuve d'autant de retenue lorsque le législateur a simplement exclu d'autres possibilités, à moins que le gouvernement puisse établir que cette exclusion est elle-même le résultat d'une tentative raisonnable de soupeser des intérêts opposés sur le plan des sciences sociales ou des principes. Dans le cas qui nous occupe, le gouvernement ne s'est pas acquitté de ce fardeau.

C. Réparation et dispositif

Une loi trop limitative soulève des problèmes particuliers en ce qui concerne la réparation. Si une loi est trop limitative, elle n'en est pas moins dis-

not make it any less discriminatory. Underinclusion is, in many ways, a backhanded way of permitting discrimination. I agree with McLachlin J. that the appropriate remedy in this case is to take the unusual step of retroactively "reading in" the definition of "spouse" adopted by the legislature in 1990 for the purposes of this very legislation. I find further comfort in this conclusion from the fact that the proposed remedy would not impose any additional burden upon the public purse. The insurance companies would have to absorb this additional cost (which, the Court has been informed, would have caused only a nominal increase in premiums to the public, of roughly 0.7 percent over the period from 1978 to 1989). Consequently, I would dispose of this matter in the manner proposed by McLachlin J.

The judgment of Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. — This appeal requires us to decide whether exclusion of unmarried partners from accident benefits available to married partners violates the equality guarantees of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I conclude that it does.

The record before us posits the following facts. John Miron and Jocelyne Valliere lived together with their children. They were not married, yet their family functioned as an economic unit. In 1987, John Miron was injured while a passenger in a motor vehicle owned by the respondent William James McIsaac and driven by the respondent Richard Trudel. Neither McIsaac nor Trudel was insured. After the accident, Mr. Miron could no longer work and contribute to his family's support. He made a claim for accident benefits for loss of income and damages against Ms. Valliere's insurance policy which extended accident benefits to the "spouse" of the policy holder. The insurance company, Economical Mutual, denied his claim on

crimatoire pour autant. Poser des limites indues est, à maints égards, une façon détournée de permettre la discrimination. À l'instar du juge McLachlin, je suis d'avis que la réparation qui s'impose ici est d'adopter la mesure exceptionnelle d'insérer rétroactivement, par interprétation large, la définition du terme «conjoint» adoptée par la législature en 1990 pour les fins de cette même loi. J'appuie également ma conclusion sur le fait que la réparation proposée n'entraînerait aucun fardeau additionnel pour le contribuable. Ce sont les compagnies d'assurances qui auraient à absorber ce coût additionnel (lequel, selon l'information qu'on nous a donnée, n'aurait donné lieu qu'à une hausse minimale des primes exigées, soit environ 0,7 pour 100 pour la période de 1978 à 1989). En conséquence, je suis d'avis de trancher la question de la façon proposée par le juge McLachlin.

Version française du jugement des juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Nous devons décider dans le présent pourvoi si l'exclusion des partenaires non mariés comme bénéficiaires des indemnités d'assurance-accidents offertes aux partenaires mariés va à l'encontre des garanties d'égalité de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je suis d'avis qu'il faut répondre par l'affirmative à cette question.

Le dossier expose les faits suivants. John Miron et Jocelyne Valliere vivaient ensemble avec leurs enfants. Ils n'étaient pas mariés, mais leur famille fonctionnait comme une unité économique. En 1987, John Miron a été blessé alors qu'il était passager à bord d'un véhicule à moteur appartenant à l'intimé William James McIsaac et conduit par l'intimé Richard Trudel. Ni McIsaac ni Trudel n'étaient assurés. À la suite de l'accident, M. Miron ne pouvait plus travailler et contribuer au soutien de sa famille. Il a présenté une réclamation d'indemnité d'assurance-accidents pour perte de revenu et dommages-intérêts fondée sur la police d'assurance de M^{me} Valliere, qui étendait au «conjoint» du souscripteur les indemnités d'assurance en cas d'accident. La compagnie d'assurances Economical a rejeté sa réclamation parce qu'il

119

120

the ground that Mr. Miron was not legally married to Ms. Valliere and hence not her "spouse".

n'était pas légalement marié à M^{me} Valliere et, par conséquent, qu'il n'en était pas le «conjoint».

121

Mr. Miron and Ms. Valliere sued the insurer. The insurer brought a preliminary motion to determine whether the word "spouse", as used in the applicable portions of the policy, includes unmarried common law spouses. The motions court judge found that "spouse" meant a person who is legally married. Mr. Miron and Ms. Valliere appealed the decision to the Ontario Court of Appeal, arguing first that Mr. Miron is a spouse under the terms of the policy, and alternatively, that the policy terms which are prescribed by the *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, discriminate against him in violation of s. 15(1) of the *Charter*. The Court of Appeal dismissed their claim: (1991), 4 O.R. (3d) 623, 83 D.L.R. (4th) 766, [1991] I.L.R. ¶ 1-2770, 7 C.C.L.I. (2d) 317. They now appeal to this Court.

Monsieur Miron et M^{me} Valliere ont intenté une poursuite contre l'assureur. Ce dernier a déposé une requête préliminaire visant à faire déterminer si le terme «conjoint», utilisé dans les stipulations applicables de la police, comprend les conjoints de fait. Le juge des requêtes a conclu que le terme «conjoint» désignait une personne légalement mariée. Monsieur Miron et M^{me} Valliere ont interjeté appel contre cette décision devant la Cour d'appel de l'Ontario, en faisant valoir premièrement que M. Miron est un conjoint au sens de la police et, subsidiairement, que les modalités de la police, établies sous le régime de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, sont discriminatoires à son endroit et violent le par. 15(1) de la *Charte*. La Cour d'appel a rejeté la demande: (1991), 4 O.R. (3d) 623, 83 D.L.R. (4th) 766, [1991] I.L.R. ¶ 1-2770, 7 C.C.L.I. (2d) 317. Ils se pourvoient maintenant devant notre Cour.

Issues

- A. Are the claimants "spouses" under the policy?
- B. If not, does the limitation of benefits to married persons violate the equality provisions of the *Charter*?
 1. The test for violation of s. 15(1) and the relationship between s. 15(1) and s. 1 of the *Charter*
 2. Section 15(1) — Discrimination and its grounds
 3. Justification under s. 1 of the *Charter*

C. The Remedy

Analysis

A. Are the claimants "spouses" under the policy?

The insurance company contends that Mr. Miron was not a spouse under its policy because he was not legally married to Ms. Valliere. Mr.

Les questions en litige

- A. Les demandeurs sont-ils des «conjoints» pour les fins de la police?
- B. Si non, la restriction visant à n'accorder les indemnités qu'aux personnes mariées viole-t-elle les dispositions de la *Charte* relatives à l'égalité?
 1. Le critère de violation du par. 15(1) et le rapport entre le par. 15(1) et l'article premier de la *Charte*
 2. Le paragraphe 15(1) — La discrimination et ses motifs
 3. La justification en vertu de l'article premier de la *Charte*.

C. La réparation

Analyse

A. Les demandeurs sont-ils des «conjoints» pour les fins de la police?

La compagnie d'assurances prétend que M. Miron n'était pas un conjoint pour les fins de sa police puisqu'il n'était pas marié légalement avec

122

Miron objects. He submits that “spouse” in the policy extends to couples who live together in a common law relationship.

The wording and history of the provisions under which Mr. Miron claims pose difficulties for his argument. The benefits in question were governed by 1980 legislation. That legislation extended the accident and loss of income benefits in question to the “spouse” of the insured, left undefined. By contrast, the same legislation included in “spouse” for the purposes of the death benefit provisions a man and woman who were not married to each other but who had cohabited continuously for five years or lived in a relationship of some permanence and had a child. In 1990, the Legislature amended the Act and expanded the definition of “spouse” in relation to the benefits Miron and Valliere claim. The new definition of “spouse” includes a heterosexual couple who have cohabited for three years or who have lived in a permanent relationship with a child.

The extended definition of “spouse” in the 1980 legislation for death benefits and in the 1990 legislation for the benefits here at issue belies the suggestion that the Legislature in 1980 intended the term “spouse” to apply to unmarried partners. In fact, where the Legislature wanted to extend benefits to such persons, it expressly did so. In the face of this, the submissions that “spouse” is an ambiguous term, which ambiguity should be resolved in favour of the insured, cannot prevail.

I conclude that “spouse” in the 1980 provisions relating to loss of income benefits and uninsured motorist claims did not include unmarried couples living in a common law relationship.

M^{me} Valliere. Monsieur Miron soutient, quant à lui, que le terme «conjoint» employé dans la police désigne aussi les couples qui vivent ensemble en union de fait.

La formulation et l'historique des stipulations invoquées par M. Miron affaiblissent son argument. Les indemnités en cause étaient régies par une loi adoptée en 1980. Cette loi étendait les indemnités pour accident et perte de revenu dont il est question en l'espèce au «conjoint» de l'assuré, sans que ce terme soit défini. Cette même loi définissait par ailleurs l'expression «conjoint», pour les fins des dispositions relatives à l'indemnité en cas de décès, comme incluant l'homme et la femme qui ne sont pas mariés ensemble mais qui ont cohabité de façon ininterrompue durant une période d'au moins cinq ans ou qui ont eu une relation d'une certaine permanence et ont eu un enfant. En 1990, la législature a modifié la Loi et élargi la définition de «conjoint» à l'égard des indemnités que réclament M. Miron et M^{me} Valliere. La nouvelle définition de «conjoint» comprend un couple hétérosexuel dont les membres ont cohabité durant trois ans ou ont vécu dans une relation permanente avec un enfant.

La définition étendue du mot «conjoint» dans la loi de 1980 pour les fins de l'indemnité en cas de décès et dans la loi de 1990 pour les indemnités dont il est question en l'espèce infirme l'argument selon lequel la législature a voulu en 1980 que le terme «conjoint» s'applique aux conjoints de fait. En réalité, lorsque la législature a voulu étendre les indemnités à de telles personnes, elle l'a dit expressément. Eu égard à ce fait, la Cour ne peut retenir les prétentions selon lesquelles le terme «conjoint» est un terme marqué par une ambiguïté qui devrait être résolue en faveur de l'assuré.

Je conclus que le terme «conjoint» dans les dispositions de 1980 relatives à l'indemnité en cas de perte de revenu et aux réclamations relatives aux automobilistes non assurés n'englobait pas les couples non mariés vivant en union de fait.

123

124

125

B. *Does the limitation of benefits to married persons violate the equality provisions of the Charter?*

B. *La restriction visant à n'accorder les indemnités qu'aux personnes mariées viole-t-elle les dispositions de la Charte relatives à l'égalité?*

126 Mr. Miron and Ms. Valliere advance an alternative argument: that denial of benefits to them on the ground that they are not legally married and hence "spouses" violates the equality provisions of the *Charter*.

Monsieur Miron et M^{me} Valliere soulèvent un argument subsidiaire: la négation du droit aux indemnités pour le motif qu'ils ne sont pas légalement mariés et ne sont en conséquence pas des «conjoints» va à l'encontre des dispositions de la *Charte* relatives à l'égalité.

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

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

15. (1) 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.

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.

1. The test for violation of s. 15(1) and the relationship between s. 15(1) and s. 1 of the Charter

1. Le critère de violation du par. 15(1) et le rapport entre le par. 15(1) et l'article premier de la Charte

127 The early days of the *Charter* saw debate on the division of the equality analysis between s. 15(1) and s. 1. Some thought that denial of equality on any ground would establish discrimination under s. 15(1), propelling the analysis immediately to s. 1: Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 800. The other extreme held that s. 15(1) could be satisfied only by showing that there had been a denial of equality which was irrational or unreasonable, leaving little for s. 1: *Andrews v. Law Society of British Columbia* (1986), 27 D.L.R. (4th) 600 (B.C.C.A.). This Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, rejected both approaches, charting instead a middle course.

Peu de temps après son adoption, la *Charte* a suscité des débats sur la façon de départager l'analyse de l'égalité du point de vue du par. 15(1) et de celui de l'article premier. Certains étaient d'avis que la négation de l'égalité, pour quelque motif que ce soit, constituait une discrimination visée au par. 15(1) et déclenchait immédiatement une analyse fondée sur l'article premier: Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), à la p. 800. À l'autre extrême, on croyait que l'on ne pouvait satisfaire au par. 15(1) qu'en établissant qu'il y avait eu une négation irrationnelle ou déraisonnable de l'égalité, ce qui laissait peu de place à une analyse fondée sur l'article premier: *Andrews c. Law Society of British Columbia* (1986), 27 D.L.R. (4th) 600 (C.A.C.-B.). Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, notre Cour a rejeté ces deux conceptions, adoptant plutôt un moyen terme.

The analysis under s. 15(1) involves two steps. First, the claimant must show a denial of “equal protection” or “equal benefit” of the law, as compared with some other person. Second, the claimant must show that the denial constitutes discrimination. At this second stage, in order for discrimination to be made out, the claimant must show that the denial rests on one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground and that the unequal treatment is based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics. If the claimant meets the onus under this analysis, violation of s. 15(1) is established. The onus then shifts to the party seeking to uphold the law, usually the state, to justify the discrimination as “demonstrably justified in a free and democratic society” under s. 1 of the *Charter*.

This shift of the burden through the use of s. 15 and s. 1 is appropriate. It places the duty of adducing proof upon the parties who are in the best position to adduce it. It is for the claimant to show that he or she has been denied a benefit or suffers a disadvantage compared with another person. It is also for the claimant to show the basis for imposing the burden or withholding the benefit. These matters are within the knowledge of the claimant. Once these have been made out the burden shifts to the state. It is the state's law that has violated the individual's equality on suspect grounds, and it is the state that most appropriately defends the violation. To require the claimant to prove that the unequal treatment suffered is irrational or unreasonable or founded on irrelevant considerations would be to require the claimant to lead evidence on state goals, and often to put proof of discrimination beyond the reach of the ordinary person. Nor is the resultant burden unjust to the state: while it is open to the state to attempt to differentiate on suspect stereotypical grounds, it must be prepared to justify such suspect differentiation if it wishes its law to stand. In cases such as the present, where the party upholding the law is a non-state actor, it is always open to the state to defend its law as an

L'analyse fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il y a eu négation de son droit «à la même protection» ou «au même bénéfice» de la loi qu'une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination. À cette seconde étape, pour établir qu'il y a discrimination, le demandeur doit prouver que la négation repose sur l'un des motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue et que le traitement inégal est fondé sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe. Si le demandeur s'acquitte de ce fardeau, la violation du par. 15(1) est établie. Il y a alors déplacement de la charge de la preuve et la partie qui cherche le maintien de la loi, habituellement l'État, doit établir que la «justification [de cette discrimination] puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique» conformément à l'article premier de la *Charte*.

Le déplacement de la charge de la preuve par application de l'art. 15 et de l'article premier est appropriée. Il impose l'obligation de présenter la preuve requise aux parties qui sont en meilleure position pour le faire. Il appartient alors au demandeur d'établir qu'il a été privé d'un avantage ou a souffert d'un désavantage par rapport à une autre personne. Il lui appartient également d'établir le fondement du fardeau ou du désavantage. C'est le demandeur qui est au courant de ces questions. Une fois ces éléments établis, il y a déplacement de la charge de la preuve vers l'État. C'est la loi de l'État qui contrevient à l'égalité de la personne pour des motifs douteux, et c'est à l'État qu'il convient le mieux de défendre cette violation. Exiger du demandeur qu'il prouve que le traitement inégal subi est irrationnel ou déraisonnable ou fondé sur des considérations non pertinentes reviendrait à exiger de lui qu'il présente une preuve des objectifs de l'État, ce qui rendrait souvent impossible pour la personne ordinaire de faire la preuve de la discrimination. De plus, la charge alors imposée à l'État n'est pas injuste: bien qu'il soit loisible à l'État de tenter d'établir des distinctions fondées sur des stéréotypes douteux, il doit être prêt à les justifier s'il désire que sa loi soit maintenue. Dans

intervener in the proceedings. (If still in doubt as to the law's purpose and rationale, the court may also appoint an *amicus curiae* to assist the court by providing an impartial assessment, as was done in this appeal.)

des cas comme en l'espèce, où la partie qui appuie la loi n'est pas un représentant de l'État, celui-ci peut toujours défendre sa loi à titre d'intervenant dans les procédures. (S'il subsiste toujours des doutes quant à l'objet et à la justification de la loi, le tribunal peut également, comme il l'a fait en l'espèce, nommer un *amicus curiae* qui lui viendra en aide en fournissant une évaluation impartiale.)

130

This division of the analysis between s. 15(1) and s. 1 accords with the injunction to which this Court has adhered from the earliest *Charter* cases: courts should interpret the enumerated rights in a broad and generous fashion, leaving the task of narrowing the *prima facie* protection thus granted to conform to conflicting social and legislative interests to s. 1. See *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 509; *United States v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at p. 1480. It is significant that where the *Charter* seeks to narrow rights by concepts like reasonableness, it does so expressly, as in s. 8 and s. 11(b). Section 15(1) does not contain this sort of limitation.

Cette façon de départager l'analyse entre le par. 15(1) et l'article premier est compatible avec la directive à laquelle notre Cour s'est conformée depuis les premiers arrêts portant sur la *Charte*: les tribunaux devraient interpréter les droits qui y sont énumérés d'une façon large et libérale, et ce sera alors à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier qu'il faudra restreindre la protection *prima facie* ainsi accordée pour la rendre conforme aux intérêts opposés sur les plans social et législatif. Voir les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 509; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, à la p. 1480. Il importe de préciser que la *Charte* est explicite lorsqu'elle cherche à restreindre des droits par des concepts comme le caractère raisonnable, comme elle le fait à l'art. 8 et à l'al. 11b). Le paragraphe 15(1) ne renferme pas de restriction de cette nature.

131

At the same time, this approach does not trivialize s. 15(1) by calling all distinctions discrimination. Unequal treatment alone — the mere fact of making a distinction — does not establish a breach of s. 15(1) of the *Charter*. The s. 15(1) guarantee relied on is “... equal benefit of the law without discrimination”. To prove discrimination, the claimant must show that the unequal treatment is based on one of the grounds expressly mentioned in s. 15(1) — race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability — or some analogous ground. These grounds serve as a filter to separate trivial inequities from those worthy of constitutional protection. They reflect the overarching purpose of the equality guarantee in the *Charter* — to prevent the violation of human dignity and freedom by imposing

Par ailleurs, l'analyse préconisée ne banalise pas le par. 15(1) en qualifiant de discriminatoires toutes les distinctions. L'inégalité de traitement en soi — le simple fait de créer une distinction — n'établit pas une violation du par. 15(1) de la *Charte*. Ce que garantit le par. 15(1) est le droit «... au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination». Pour prouver la discrimination, le demandeur doit établir que le traitement inégal est fondé sur l'un des motifs explicitement mentionnés au par. 15(1) — race, origine nationale ou ethnique, couleur, religion, sexe, âge ou déficiences mentales ou physiques — ou sur un motif analogue. Ces motifs permettent de procéder à une sorte de tri qui sert à distinguer les inégalités banales de celles qui méritent la protection de la Constitution. Ils traduisent l'objectif général de la

limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics rather than on the basis of individual merit, capacity, or circumstance.

The enumerated and analogous grounds serve as ready indicators of discrimination because distinctions made on these grounds are typically stereotypical, being based on presumed rather than actual characteristics. Nevertheless, in some situations distinctions made on enumerated or analogous grounds may prove to be, upon examination, non-discriminatory. For example, the distinction may be found not to engage the purpose of the *Charter* guarantee. Thus in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1333, Wilson J., while leaving open the possibility that province of residence could be an analogous ground, held that it was not used in a way that engaged the purpose of s. 15 in that case. See also *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at pp. 392-93 *per* Wilson J.; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 992 *per* Lamer C.J.; and *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 761 *per* Iacobucci J. Furthermore, if the law distinguishes on an enumerated or analogous ground but does not have the effect of imposing a real disadvantage in the social and political context of the claim, it may similarly be found not to violate s. 15: *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872. Cases where a distinction made on an enumerated or analogous ground does not amount to discrimination, however, are rare. Faced with a denial of equal benefit based on an enumerated or analogous ground, one would be hard pressed to show that the distinction is not discriminatory: *Andrews*, *supra*, at pp. 174-75, and *McKinney v. University of Guelph*, *supra*, at pp. 392-93 *per* Wilson J.

My colleague Gonthier J. asserts that discrimination under s. 15(1) is conclusively rebutted by a

garantie d'égalité prévue dans la *Charte* — empêcher la violation de la dignité et de la liberté de la personne par l'imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites ou capacités d'une personne ou encore sur les circonstances qui lui sont propres.

Les motifs énumérés et les motifs analogues sont des indices de discrimination facilement décelables parce que les distinctions fondées sur ces motifs sont habituellement stéréotypées, reposant sur des caractéristiques présumées plutôt que réelles. Néanmoins, dans certains cas, des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou des motifs analogues peuvent, à l'examen, se révéler non discriminatoires. Par exemple, on peut juger que la distinction n'a pas de rapport avec l'objet de la garantie de la *Charte*. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1333, tout en reconnaissant que la province de résidence pourrait constituer un motif analogue, le juge Wilson a statué que ce motif n'était pas utilisé d'une façon qui avait un rapport avec l'objet de l'art. 15 dans ce cas. Voir aussi *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, aux pp. 392 et 393, le juge Wilson; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 992, le juge en chef Lamer, et *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 761, le juge Iacobucci. En outre, si la loi établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue, mais n'a pas pour effet d'imposer un désavantage réel dans le contexte social et politique de la demande, elle pourrait bien ne pas non plus contrevenir à l'art. 15: *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872. Cependant, rares sont les cas où une distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue ne sera pas discriminatoire. Lorsqu'il y a négation du droit au même bénéfice, fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue, il est très difficile d'établir que la distinction n'est pas discriminatoire: *Andrews*, précité, aux pp. 174 et 175, et *McKinney c. Université de Guelph*, précité, aux pp. 392 et 393, le juge Wilson.

Selon mon collègue le juge Gonthier, la discrimination visée au par. 15(1) est réfutée de façon

finding that the ground on which the equal treatment is denied is relevant to the legislative goal or the functional values underlying the impugned law. With respect, I cannot agree. Proof that the enumerated or analogous ground founding a denial of equality is relevant to a legislative goal may assist in showing that the case falls into the class of rare cases where such distinctions do not violate the equality guarantees of s. 15(1), serving as an indicator that the legislator has not made the distinction on stereotypical assumptions about group characteristics. However, relevance is only one factor in determining whether a distinction on an enumerated or analogous ground is discriminatory in the social and political context of each case. A finding that the distinction is relevant to the legislative purpose will not in and of itself support the conclusion that there is no discrimination. The inquiry cannot stop there; it is always necessary to bear in mind that the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of human dignity and freedom through the stereotypical application of presumed group characteristics. If the basis of the distinction on an enumerated or analogous ground is clearly irrelevant to the functional values of the legislation, then the distinction will be discriminatory. However, it does not follow from a finding that a group characteristic is relevant to the legislative aim that the legislator has employed that characteristic in a manner which does not perpetuate limitations, burdens and disadvantages in violation of s. 15(1). This can be ascertained only by examining the effect or impact of the distinction in the social and economic context of the legislation and the lives of the individuals it touches.

concluante si l'on juge pertinent le motif sur lequel se fonde la négation du droit à l'égalité de traitement relativement à l'objet de la loi ou aux valeurs fonctionnelles qui la sous-tendent. Avec égards, je ne partage pas cet avis. Une preuve de la pertinence par rapport à un objectif législatif du motif énuméré ou du motif analogue qui sert de fondement à une négation d'égalité peut aider à démontrer qu'il s'agit de l'un des rares cas où de telles distinctions ne violent pas les garanties d'égalité visées au par. 15(1), constituant un indice que le législateur n'a pas établi la distinction à partir d'hypothèses stéréotypées concernant des caractéristiques de groupe. Cependant, la pertinence n'est qu'un facteur servant à déterminer si une distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue est discriminatoire dans le contexte social et politique de chaque cas. Déclarer que la distinction est pertinente relativement à l'objet de la loi n'appuiera pas en soi la conclusion qu'il n'y a pas de discrimination. L'examen ne peut s'arrêter là; il faut toujours se rappeler que l'objet du par. 15(1) est d'empêcher la violation de la dignité et de la liberté de la personne par l'application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe. Si le fait de fonder la distinction sur un motif énuméré ou un motif analogue est tout à fait non pertinent relativement aux valeurs fonctionnelles de la loi, alors la distinction sera discriminatoire. Cependant, conclure qu'une caractéristique de groupe est pertinente relativement à l'objet d'une loi ne signifie pas pour autant que le législateur a employé cette caractéristique d'une façon qui ne perpétue pas des restrictions, des fardeaux et des désavantages en contravention du par. 15(1). On ne peut s'en assurer qu'en examinant l'effet ou l'incidence de la distinction dans le contexte social et économique de la loi et la vie des personnes que cette distinction touche.

134 In approaching the concept of relevance within s. 15(1), great care must be taken in characterizing the functional values of the legislation. My colleague Gonthier J. concedes that the distinction here at issue — denial on the basis of marital status — might, for some purposes, be viewed as an analogous ground. He asserts, however, that it is not used in a discriminatory manner in this case

Dans l'analyse du concept de la pertinence dans le contexte du par. 15(1), il faut accorder une attention particulière à la détermination des valeurs fonctionnelles de la loi. Mon collègue le juge Gonthier reconnaît que la distinction en l'espèce — la négation d'un droit fondée sur l'état matrimonial — pourrait à certaines fins être considérée comme un motif analogue. Cependant, il affirme que cette

because “the functional value of the benefits is not to provide support for all family units living in a state of financial interdependence, but rather, the Legislature’s intention was to assist those couples who are married” (para. 72). He concludes that distinguishing on the basis of marital status is relevant to this purpose and hence that the law is not discriminatory. On examination, the reasoning may be seen as circular. Having defined the functional values underlying the legislation in terms of the alleged discriminatory ground, it follows of necessity that the basis of the distinction is relevant to the legislative aim. This illustrates the aridity of relying on the formal test of logical relevance as proof of non-discrimination under s. 15(1). The only way to break out of the logical circle is to examine the actual impact of the distinction on members of the targeted group. This, as I understand it, is the lesson of the early decisions of this Court under s. 15(1). The focus of the s. 15(1) analysis must remain fixed on the purpose of the equality guarantees which is to prevent the imposition of limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics in violation of human dignity and freedom.

The same criticism can be made of La Forest J.’s reasoning in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, released concurrently. La Forest J. characterizes the functional value of the legislation as meeting the need to support married couples who are elderly. Because, in his view, marriage is “firmly anchored in the biological and social realities that heterosexual couples have the unique ability to procreate” (para. 21), Parliament may use the relevant ground of sexual orientation as a basis for distinguishing who should receive benefits under the Act. By defining the legislative aim in terms of the alleged discriminatory ground, namely married couples, the relevance of the ground is assured. On the assumption — misplaced in my view — that this relevance suffices to negate discrimination, s. 15(1) is said to be met without examining the

distinction n’est pas utilisée de façon discriminatoire dans le cas qui nous occupe parce que «la valeur fonctionnelle des avantages n’est pas de venir en aide à toutes les unités familiales qui vivent dans un état d’interdépendance financière; en réalité, la législature avait l’intention d’aider les couples mariés» (par. 72). Il conclut qu’une distinction fondée sur l’état matrimonial est pertinente relativement à cet objectif et que, en conséquence, la loi n’est pas discriminatoire. À l’examen, ce raisonnement peut paraître circulaire. Une fois définies les valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi par rapport au motif de discrimination allégué, il s’ensuit nécessairement que le fondement de la distinction est pertinent relativement à l’objet de la loi. Cela illustre qu’il est vain de se fier au critère formel de la pertinence logique comme preuve de l’absence de discrimination au sens du par. 15(1). La seule façon de sortir de ce cercle logique est d’examiner l’incidence réelle de la distinction sur les membres du groupe visé. C’est là, si je comprends bien, la leçon qu’il faut tirer des premiers arrêts de notre Cour sur le par. 15(1). L’analyse fondée sur le par. 15(1) doit continuer de se concentrer sur l’objet des garanties d’égalité qui est d’empêcher que soient imposés des restrictions, des désavantages ou des fardeaux par le biais de l’application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe en violation de la dignité et de la liberté de la personne.

La même critique peut être formulée à l’endroit du raisonnement du juge La Forest dans l’arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, rendu simultanément. Il affirme que la valeur fonctionnelle de la loi est de répondre à la nécessité de venir en aide aux couples mariés qui sont âgés. À son avis, parce que le mariage «repose fermement sur la réalité biologique et sociale qui fait que seuls les couples hétérosexuels ont la capacité de procréer» (par. 21), le législateur peut utiliser le motif pertinent de l’orientation sexuelle pour déterminer qui devrait recevoir les indemnités en vertu de la Loi. Si l’on définit l’objet de la loi en fonction du motif de discrimination allégué, soit le mariage, le motif est assurément pertinent. Si l’on suppose, erronément à mon avis, que cette pertinence suffit à réfuter la discrimination, on se trouve à avoir

actual impact of the legislation on members of groups who may be disadvantaged by the distinction.

satisfait au par. 15(1) sans avoir eu à examiner l'incidence véritable de la loi sur les membres des groupes susceptibles d'être défavorisés par la distinction.

136

The danger of using relevance as a complete answer to the question of whether discrimination is made out, and thus of losing sight of the values underlying s. 15(1), is acute when one is dealing with so-called "biological" differences. This is the lesson of *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, and *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219. In *Bliss*, a *Bill of Rights* case, this Court denied benefits to pregnant women under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, on the reasoning that the distinction drawn under the Act was based on relevant biological differences. Ten years later, in *Brooks*, this Court acknowledged that the superficial relevance of the biological difference between women and men had led it astray in *Bliss*. The ultimate issue was whether the impugned distinction denied benefits to a class of people — pregnant women — in a way which was discriminatory on the basis of sex. In the result, the Court concluded that the denial of benefits had the effect of denying equality to women, the only class of persons who could become pregnant, and unfairly placed an economic burden due to pregnancy solely on the shoulders of women. Much as this Court did in *Bliss*, La Forest J. relies on the biological differences between heterosexual and homosexual couples to find that the *Old Age Security Act* does not discriminate on the basis of sexual orientation. Following the lesson of *Brooks*, I would respectfully suggest that more is required; if we are not to undermine the promise of equality in s. 15(1) of the *Charter*, we must go beyond biological differences and examine the impact of the impugned distinction in its social and economic context to determine whether it, in fact,

Se servir exclusivement du critère de la pertinence pour déterminer si l'on a établi l'existence d'une discrimination et, en conséquence, perdre de vue les valeurs qui sous-tendent le par. 15(1) pose un grave danger lorsque l'on est en présence de différences dites «biologiques». C'est la leçon qui se dégage des arrêts *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, et *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219. Dans l'arrêt *Bliss*, une affaire relative à la *Déclaration canadienne des droits*, notre Cour a refusé à des femmes enceintes le versement de prestations en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, soutenant que la distinction établie en vertu de cette loi était fondée sur des différences biologiques pertinentes. Dix ans plus tard, dans l'arrêt *Brooks*, notre Cour a reconnu que la pertinence superficielle de la différence biologique entre les femmes et les hommes l'avait amenée à commettre une erreur dans l'arrêt *Bliss*. La question ultime était de savoir si la distinction attaquée privait de prestations une catégorie de personnes — les femmes enceintes — d'une façon discriminatoire fondée sur le sexe. Notre Cour a conclu que le refus des prestations avait pour effet de nier l'égalité aux femmes, la seule catégorie de personnes susceptibles de devenir enceintes, et imposait de façon injuste seulement aux femmes un fardeau économique lié à la grossesse. À peu près comme notre Cour l'a fait dans l'arrêt *Bliss*, le juge La Forest se fonde sur les différences biologiques entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels pour conclure que la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* n'établit pas de distinction fondée sur l'orientation sexuelle. Après la leçon apprise dans l'arrêt *Brooks*, j'affirmerais, avec égards, qu'il faut davantage; si nous ne voulons pas contrecarrer la promesse d'égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte*, nous devons aller au-delà des différences biologiques et examiner l'incidence de la distinction attaquée dans son contexte social et économique pour déterminer si elle perpé-

perpetuates the undesirable stereotyping which s. 15(1) aims to eradicate.

Relevance as the ultimate indicator of non-discrimination suffers from the disadvantage that it may validate distinctions which violate the purpose of s. 15(1). A second problem is that it may lead to enquiries better pursued under s. 1. As pointed out by this Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, an analysis within s. 15 of whether the distinction was reasonable leaves little to s. 1, because in determining reasonableness, one must look at the conflicting state interest and determine if its importance outweighs the denial of equality. The same difficulties arise with asking whether the unequal treatment is justified because the distinction is relevant to the legislative goal. If any professed relevance suffices, unevaluated and unweighed, then few claims would pass s. 15(1). On the other hand, an evaluation of the degree of relevance of the ground of distinction to the legislative goal necessarily involves weighing the legislative purpose against the seriousness of the unequal treatment. Under the scheme of the *Charter*, such questions are better posed under s. 1.

Dividing the analysis between s. 15(1) and s. 1 as I have suggested also corresponds to the Canadian practice under human rights codes. Typically, these codes prohibit distinctions made on specified grounds, similar to those enumerated in s. 15(1) of the *Charter*. To found a complaint, it suffices to show that there has been a denial of equality on one of the listed grounds. But this is not the end of the story. The person alleged to have contravened the Code may avoid liability by establishing a justificatory defence, for example, that the distinction

tue en fait le stéréotype indésirable que vise à éliminer le par. 15(1).

Considérer que la pertinence est l'indice ultime de l'absence de discrimination est problématique en ce que cela peut permettre de valider des distinctions qui iraient à l'encontre du but poursuivi par le par. 15(1). Un deuxième problème est que cela peut donner lieu à des examens qui devraient plutôt être effectués en fonction de l'article premier. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, si l'on analyse le caractère raisonnable de la distinction dans le cadre de l'art. 15, il reste peu d'éléments à prendre en compte sur le fondement de l'article premier puisque l'on doit, dans la détermination du caractère raisonnable, examiner l'intérêt opposé de l'État et déterminer si son importance l'emporte sur la négation de l'égalité. Les mêmes difficultés se présentent lorsque l'on se demande si le traitement inégal est justifié du fait que la distinction est pertinente au regard de l'objectif législatif. Si l'affirmation de sa pertinence suffit, sans qu'elle soit évaluée ni pondérée, alors peu de demandes réussiront à satisfaire aux exigences du par. 15(1). Par contre, une évaluation du degré de pertinence du motif de distinction relativement à l'objectif législatif comporte nécessairement une pondération de l'objectif législatif par rapport à la gravité du traitement inégal. Dans le cadre de la *Charte*, ces questions devraient plutôt être examinées à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier.

Départager l'analyse entre le par. 15(1) et l'article premier comme je le propose correspond aussi à la pratique canadienne observée à l'égard des codes des droits de la personne. En règle générale, ces codes interdisent de faire des distinctions pour des motifs précis, semblables à ceux qui sont énumérés au par. 15(1) de la *Charte*. Pour qu'une plainte soit fondée, il suffit d'établir qu'il y a une négation de l'égalité pour l'un des motifs énumérés. Cependant, ce n'est pas tout. La personne qui aurait contrevenu au code peut éviter toute responsabilité en établissant en défense que la distinction est justifiée, par exemple, en raison des exi-

was justified in view of the requirements of the workplace (a bona fide occupational requirement).

gences du milieu de travail (une exigence professionnelle normale).

139

Finally, the analysis I propose does not preclude the state from making distinctions between people on grounds like race, sex, age and citizenship. The state may do so, provided it can justify its use of the suspect criterion. Citizenship, recognized as an analogous ground in *Andrews*, provides a ready example. The state may be justified in confining certain privileges, like carrying a passport or serving in high government office, to citizens. If it can establish that justification, it may deny the privileges to non-citizens. *McKinney v. University of Guelph*, *supra*, provides another example. While the Court found that the university's policy of mandatory retirement at age 65 constituted discrimination on the basis of age, the policy was held to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. In short, the *Charter* does not forbid all distinctions on the basis of the enumerated or analogous grounds; it forbids stereotypical distinctions which the state cannot justify.

Enfin, l'analyse que je propose n'empêche pas l'État de faire des distinctions entre les personnes pour des motifs comme la race, le sexe, l'âge et la citoyenneté. Il peut le faire s'il peut justifier son recours au critère douteux. La citoyenneté, reconnue comme un motif analogue dans l'arrêt *Andrews*, constitue un bon exemple. L'État peut être justifié de n'accorder certains privilèges qu'à ses citoyens, par exemple, l'obtention d'un passeport ou l'occupation de charges importantes au sein du gouvernement. S'il peut établir cette justification, il peut refuser les privilèges en question aux personnes qui n'ont pas la citoyenneté. L'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, précité, offre un autre exemple. Bien que notre Cour ait conclu que la politique de l'université en matière de retraite obligatoire à l'âge de 65 ans constituait une discrimination fondée sur l'âge, elle a statué que cette politique était raisonnable et que sa justification pouvait se démontrer dans une société libre et démocratique. Bref, la *Charte* n'interdit pas toutes les distinctions fondées sur les motifs énumérés ou des motifs analogues; elle interdit seulement les distinctions stéréotypées que l'État ne peut justifier.

140

To recapitulate, the analysis under s. 15(1) involves two steps: examination of whether there has been a denial of "equal protection" or "equal benefit" of the law, and a finding that the denial constitutes discrimination. To establish discrimination, the claimant must bring the distinction within an enumerated or analogous ground. In most cases, this suffices to establish discrimination. However, exceptionally it may be concluded that the denial of equality on the enumerated or analogous ground does not violate the purpose of s. 15(1) — to prevent the violation of human dignity and freedom through the imposition of limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics, rather than on the basis of merit, capacity or circumstance. While irrelevance of the ground of distinction may indicate discrimination, the converse is not true. Proof of relevance does not negate the possibility

En résumé, l'analyse fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes: il faut examiner s'il y a eu négation du droit d'une personne «à la même protection et au même bénéfice de la loi», et conclure que cette négation constitue une discrimination. Pour établir la discrimination, le demandeur doit démontrer que cette négation repose sur un motif énuméré ou un motif analogue. Dans la plupart des cas, cela suffira. Cependant, on peut exceptionnellement conclure que la négation de l'égalité fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue ne contrevient pas à l'objet du par. 15(1) — empêcher que la dignité et la liberté de la personne soient violées par l'imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites, les capacités ou les circonstances. Bien que la non-pertinence du motif de distinction puisse constituer un signe de

of discrimination. We must look beyond relevance to ascertain whether the impact of the impugned legislation is to disadvantage the group or individual in a manner which perpetuates the injustice which s. 15(1) is aimed at preventing.

If a violation of s. 15(1) is established, the burden shifts to the party upholding the denial of equality to justify it under s. 1 of the *Charter*. Section 15(1) and s. 1 of the *Charter* must be read together. Neither, in itself, is complete. Together, they provide a comprehensive equality analysis that provides effective remedies against discrimination while preserving the power of the state to deny protections and benefits to individuals where differences between them justify it.

2. Section 15(1) — Discrimination and its grounds

As indicated, the equality analysis under s. 15(1) involves a two-step process. First, the claimant must show that the law treats the claimant unequally in relation to another person. Second, the claimant must show that the denial results in discrimination and was made on the basis of one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground.

Step One — Denial of equal benefit or equal protection of law and its basis

In this case, the insurer concedes that the legislation-based Ontario Standard Automobile Policy held by Ms. Valliere at the time of Mr. Miron's injury grants benefits to married couples which it does not accord to couples who are unmarried. The policy denies a person in an unmarried relationship benefits granted a similar person in a married relationship. Thus denial of equal benefit on the basis of marital status is established. The alleged discrimination is direct; there is no question of indi-

discrimination, l'inverse n'est pas vrai. La preuve de la pertinence n'écarte pas la possibilité de discrimination. Nous devons aller au-delà de la pertinence pour déterminer si la loi attaquée a pour conséquence de défavoriser le groupe ou la personne d'une façon qui perpétue l'injustice que le par. 15(1) vise à empêcher.

Si l'on établit une violation du par. 15(1), il y a alors déplacement de la charge de la preuve, et la partie qui veut le maintien de la négation de l'égalité doit la justifier au regard de l'article premier de la *Charte*. Il faut lire conjointement le par. 15(1) et l'article premier de la *Charte*. Ni l'un ni l'autre n'est complet en soi. Ensemble, ils permettent de procéder à une analyse exhaustive de la question de l'égalité et d'offrir ainsi des moyens de réparation efficaces contre la discrimination, tout en maintenant le pouvoir de l'État de refuser des garanties et des avantages à des personnes dans le cas où il est justifié d'établir des distinctions entre elles.

2. Le paragraphe 15(1) — La discrimination et ses motifs

Comme je l'ai indiqué, l'analyse de la question de l'égalité fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit établir que la loi ne le traite pas de la même façon qu'une autre personne. Deuxièmement, il doit établir que la négation aboutit à une discrimination et que la distinction est fondée sur l'un des motifs énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue.

Première étape: La négation du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi et son fondement

En l'espèce, l'assureur reconnaît que l'Ontario Standard Automobile Policy, rédigée en conformité avec la loi, que M^{me} Valliere détenait au moment de l'accident de M. Miron accorde aux couples mariés des indemnités qu'elle n'offre pas aux couples qui ne le sont pas. La police prive une personne qui vit dans une union hors mariage des indemnités accordées à une personne similaire qui est mariée, ce qui établit qu'il y a négation du droit au même bénéfice fondée sur l'état matrimonial.

141

142

143

rect discrimination because of the effect of the legislation, as opposed to its facial wording. The next inquiry is whether marital status is an analogous ground under s. 15(1).

Step Two — Is marital status an analogous ground and if so, is the distinction on the basis of marital status discriminatory?

La discrimination reprochée est directe; il ne s'agit pas de discrimination indirecte de par l'effet de la loi, par opposition à son libellé même. Il faut ensuite déterminer si l'état matrimonial constitue un motif analogue visé par le par. 15(1).

Deuxième étape: L'état matrimonial est-il un motif analogue et dans l'affirmative, la distinction fondée sur l'état matrimonial est-elle discriminatoire?

Section 15(1) of the *Charter* forbids discrimination, and "in particular, . . . discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability". The ground upon which the distinction in this case is based — marital status — is not included in the list of particularized grounds. We must therefore determine whether marital status is an analogous ground.

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* interdit 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». Le motif sur lequel se fonde la distinction soulevée en l'espèce — l'état matrimonial — n'est pas inclus dans la liste des motifs énumérés. Nous devons donc déterminer si l'état matrimonial est un motif analogue.

Our approach must be generous, reflecting the "continuing framework" of the constitution and the need for "the unremitting protection" of equality rights": *Andrews, per McIntyre J.*, at p. 175. *Andrews* instructs us that our approach must also reflect the human rights background against which the *Charter* was adopted. In evoking human rights law as the defining characteristic of discrimination under s. 15(1) of the *Charter*, this Court in *Andrews* engaged the principle of equality which underlies the constitutions of free and democratic countries throughout the world. This principle recognizes the dignity of each human being and each person's freedom to develop his body and spirit as he or she desires, subject to such limitations as may be justified by the interests of the community as a whole. It recognizes that society is based on individuals who are different from each other, and that a free and democratic society must accommodate and respect these differences.

Notre analyse doit être libérale, de manière à refléter «le cadre permanent» de la Constitution et la nécessité de «la protection constante» des droits à l'égalité»: l'arrêt *Andrews*, précité, le juge McIntyre, à la p. 175. Cet arrêt nous indique que notre analyse doit aussi refléter le contexte des droits de la personne dans lequel a été adoptée la *Charte*. En évoquant les lois sur les droits de la personne comme la caractéristique déterminante de la discrimination visée au par. 15(1) de la *Charte*, notre Cour a appliqué, dans l'arrêt *Andrews*, le principe de l'égalité qui sous-tend les constitutions des pays libres et démocratiques dans le monde. Ce principe reconnaît la dignité de chaque être humain et la liberté que chaque personne a de développer son corps et son esprit comme elle le désire, sous réserve de restrictions justifiées par les intérêts de l'ensemble de la collectivité. Il reconnaît également que la société se compose de personnes toutes différentes les unes des autres et qu'une société libre et démocratique doit composer avec ces différences et les respecter.

The corollary of the recognition of the dignity of each individual is the recognition of the wrong that lies in withholding or limiting access to opportunities, benefits, and advantages available to other

Le corollaire de la reconnaissance de la dignité de chacun est la reconnaissance qu'il est mauvais d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à

members of society, solely on the ground that the individual is a member of a particular group deemed to be less able or meritorious than others. This is the evil we call discrimination. It denies to the individual the right to realize his or her potential and to live in the freedom accorded to others, solely because of the group to which the individual belongs. In the course of the past century, free and democratic societies throughout the world have recognized that the elimination of such discrimination is essential, not only to achieving the kind of society to which we aspire, but to democracy itself. "The principle of equality, which is but the other side of the coin of discrimination and to which the law of every democratic country strives to realize in pursuit of justice and decency; means that one must apply, for the purpose of the [legislative] goal in question, equal treatment for all people, where there are no real differences amongst them that are relevant to that goal": *Boronovsky v. Chief Rabbis of Israel*, P.D. CH [25] (1), 7, 35.

The grounds of discrimination enumerated in s. 15(1) of the *Charter* identify group characteristics which often serve as irrelevant grounds of distinction between people. The history of the human rights movement is a history of reaction against persecution and denial of opportunity on the basis of irrelevant stereotypical group classifications like race, sex, and religion. It is not surprising therefore to see these as well as other common markers of irrelevant exclusion enumerated in s. 15(1). But the categories are not closed, as s. 15(1) recognizes. Analogous grounds of discrimination may be recognized. Logic suggests that in determining whether a particular group characteristic is an analogous ground, the fundamental consideration is whether the characteristic may serve as an irrelevant basis of exclusion and a denial of essential human dignity in the human rights tradition. In other words, may it serve as a basis for unequal treatment based on stereotypical attributes ascribed to the group, rather than on the true worth and ability or circumstances of the individual? An affirmative answer to this question indicates that the char-

d'autres membres de la société, pour le seul motif que la personne est membre d'un groupe particulier réputé moins capable ou méritant que d'autres. C'est le mal que l'on appelle discrimination. Il prive la personne de son droit d'atteindre son potentiel et de vivre avec la liberté accordée aux autres, seulement en raison du groupe auquel elle appartient. Au cours du dernier siècle, des sociétés libres et démocratiques à travers le monde ont reconnu qu'il est essentiel d'éliminer cette discrimination, non seulement pour parvenir à la société à laquelle nous aspirons, mais aussi à la démocratie même. [TRADUCTION] «Le principe de l'égalité, qui est le revers de la discrimination et que toute démocratie à la recherche d'un sens de décence et de justice cherche à réaliser par ses règles de droit, signifie qu'il faut, pour les fins de l'objectif en question, traiter toutes les personnes de la même façon, s'il n'existe pas entre elles de véritables différences pertinentes quant à cet objectif [législatif]»: *Boronovsky c. Chief Rabbis of Israel*, P.D. CH [25] (1), 7, 35.

Les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) de la *Charte* font ressortir des caractéristiques de groupe souvent utilisées comme motifs non pertinents de distinction entre les gens. L'histoire du mouvement des droits de la personne est un historique de la riposte à la persécution et à la négation des possibilités pour des motifs fondés sur des classifications de groupe stéréotypées non pertinentes comme la race, le sexe et la religion. Il n'est donc pas étonnant de constater que le par. 15(1) énumère ces motifs ainsi que d'autres repères communs d'exclusion non pertinente. Cependant, ces catégories ne sont pas exhaustives comme le reconnaît le par. 15(1). Des motifs analogues de discrimination peuvent être reconnus. Lorsque l'on détermine si une caractéristique de groupe particulière constitue un motif analogue, la logique veut que la considération fondamentale soit de savoir si cette caractéristique peut servir de motif non pertinent d'exclusion et de négation de la dignité humaine essentielle dans la tradition des droits de la personne. En d'autres termes, cette caractéristique peut-elle servir de base à un traitement inégal fondé sur des caractéristiques stéréotypées attribuées au groupe concerné, plutôt que sur

acteristic may be used in a manner which is violative of human dignity and freedom.

les véritables mérites et capacités de la personne ou sur les circonstances qui lui sont propres? Une réponse affirmative à cette question est une indication que la caractéristique peut être utilisée d'une façon qui va à l'encontre de la dignité et de la liberté de la personne.

148 The theme of violation of human dignity and freedom by imposing limitations and disadvantages on the basis of a stereotypical attribution of group characteristics rather than on the basis of individual capacity, worth or circumstance is reflected in qualities which judges have found to be associated with analogous grounds. One indicator of an analogous ground may be that the targeted group has suffered historical disadvantage, independent of the challenged distinction: *Andrews, supra*, at p. 152 *per* Wilson J.; *Turpin, supra*, at pp. 1331-32. Another may be the fact that the group constitutes a "discrete and insular minority": *Andrews, supra*, at p. 152 *per* Wilson J. and at p. 183 *per* McIntyre J.; *Turpin, supra*, at p. 1333. Another indicator is a distinction made on the basis of a personal characteristic; as McIntyre J. stated in *Andrews*, "[d]istinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed" (pp. 174-75). By extension, it has been suggested that distinctions based on personal and immutable characteristics must be discriminatory within s. 15(1): *Andrews, supra*, at p. 195 *per* La Forest J. Additional assistance may be obtained by comparing the ground at issue with the grounds enumerated, or from recognition by legislators and jurists that the ground is discriminatory: see *Egan v. Canada, supra*, *per* Cory J.

Parmi les qualificatifs que les juges ont associés aux motifs analogues, on note le thème de la violation de la dignité et de la liberté de la personne lorsque sont imposés des restrictions et des désavantages fondés sur une attribution stéréotypée de caractéristiques de groupe plutôt que sur les capacités ou les mérites d'un individu ou encore sur les circonstances qui lui sont propres. Un indice de motif analogue pourrait être le fait que le groupe visé a subi un désavantage historique, indépendamment de la distinction contestée: *Andrews*, précité, à la p. 152, le juge Wilson, et *Turpin*, précité, aux pp. 1331 et 1332. Un autre pourrait être que le groupe constitue une «minorité discrète et isolée»: *Andrews*, précité, à la p. 152, le juge Wilson, et à la p. 183, le juge McIntyre; *Turpin*, précité, à la p. 1333. Un autre indice serait le cas où une distinction est fondée sur une caractéristique personnelle; comme l'affirme le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, «[l]es distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement» (pp. 174 et 175). Par extension, on a soutenu que des distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles et immuables doivent être discriminatoires au sens du par. 15(1): *Andrews*, précité, à la p. 195, le juge La Forest. Une comparaison entre le motif soulevé et les motifs énumérés peut également être utile, de même que la reconnaissance que les législateurs et les juristes considèrent que le motif en question est discriminatoire: voir *Egan c. Canada*, précité, le juge Cory.

149 All of these may be valid indicators in the inclusionary sense that their presence may signal an analogous ground. But the converse proposition — that any or all of them must be present to find an analogous ground — is invalid. As Wilson J. rec-

Tous ces éléments peuvent être des indices valides au sens où leur présence peut constituer un signe de l'existence d'un motif analogue. Cependant, n'est pas valide la proposition contraire — selon laquelle un ou l'ensemble de ces éléments

ognized in *Turpin* (at p. 1333), they are but “analytical tools” which may be “of assistance”. For example, analogous grounds cannot be confined to historically disadvantaged groups; if the *Charter* is to remain relevant to future generations, it must retain a capacity to recognize new grounds of discrimination. Nor is it essential that the analogous ground target a discrete and insular minority; this is belied by the inclusion of sex as a ground enumerated in s. 15(1). And while discriminatory group markers often involve immutable characteristics, they do not necessarily do so. Religion, an enumerated ground, is not immutable. Nor is citizenship, recognized in *Andrews*; nor province of residence, considered in *Turpin*. All these and more may be indicators of analogous grounds, but the unifying principle is larger: the avoidance of stereotypical reasoning and the creation of legal distinctions which violate the dignity and freedom of the individual, on the basis of some preconceived perception about the attributed characteristics of a group rather than the true capacity, worth or circumstances of the individual.

What then of the analogous ground proposed in this case — marital status? The question is whether the characteristic of being unmarried — of not having contracted a marriage in a manner recognized by the state — constitutes a ground of discrimination within the ambit of s. 15(1). In my view, it does.

First, discrimination on the basis of marital status touches the essential dignity and worth of the individual in the same way as other recognized grounds of discrimination violative of fundamental human rights norms. Specifically, it touches the individual’s freedom to live life with the mate of one’s choice in the fashion of one’s choice. This is a matter of defining importance to individuals. It is not a matter which should be excluded from *Char-*

doivent être présents si l’on veut conclure à l’existence d’un motif analogue. Comme l’a reconnu le juge Wilson dans l’arrêt Turpin (à la p. 1333), ils ne sont qu’«un moyen analytique» utilisé pour «déterminer» une question. Par exemple, on ne peut limiter les motifs analogues aux groupes historiquement défavorisés; pour que la Charte demeure pertinente pour les générations futures, elle doit permettre de reconnaître de nouveaux motifs de discrimination. Il n’est pas non plus essentiel que le motif analogue vise une minorité discrète et isolée; cela est confirmé par l’inclusion du motif fondé sur le sexe parmi ceux énumérés au par. 15(1). De plus, bien que des repères de groupe discriminatoires comportent souvent des caractéristiques immuables, ce n’est pas nécessairement toujours le cas. Par exemple, la religion, un motif énuméré, n’est pas un motif immuable, ni d’ailleurs la citoyenneté, reconnue dans l’arrêt Andrews, pas plus que la province de résidence, examinée dans l’arrêt Turpin. Ces éléments peuvent parmi d’autres constituer des indices de motifs analogues; cependant, le principe unificateur est plus général: il faut éviter les raisonnements stéréotypés et la création de distinctions juridiques qui violent la dignité et la liberté de la personne pour un motif fondé sur une idée préconçue des caractéristiques attribuées à un groupe plutôt que sur les capacités ou les mérites d’un individu ou sur les circonstances qui lui sont propres.

Qu’en est-il alors du motif analogue proposé en l’espèce — l’état matrimonial? La question est de savoir si le fait de ne pas être marié — ou de ne pas s’être marié d’une façon reconnue par l’État — constitue un motif de discrimination au sens du par. 15(1). À mon avis, il faut répondre dans l’affirmative.

Premièrement, la discrimination fondée sur l’état matrimonial touche la dignité et le mérite essentiels de la personne de la même façon que d’autres motifs de discrimination reconnus vont à l’encontre de normes fondamentales en matière de droits de la personne. Plus particulièrement, ce motif touche la liberté d’une personne de vivre avec le partenaire de son choix, comme elle l’entend. Il s’agit là d’une question d’importance

150

151

ter consideration on the ground that its recognition would trivialize the equality guarantee.

déterminante pour les personnes. Ce n'est pas une question qui devrait être écartée d'un examen fondé sur la *Charte* pour le motif que l'on se trouverait ainsi à banaliser la garantie d'égalité.

152

Second, marital status possesses characteristics often associated with recognized grounds of discrimination under s. 15(1) of the *Charter*. Persons involved in an unmarried relationship constitute an historically disadvantaged group. There is ample evidence that unmarried partners have often suffered social disadvantage and prejudice. Historically in our society, the unmarried partner has been regarded as less worthy than the married partner. The disadvantages inflicted on the unmarried partner have ranged from social ostracism through denial of status and benefits. In recent years, the disadvantage experienced by persons living in illegitimate relationships has greatly diminished. Those living together out of wedlock no longer are made to carry the scarlet letter. Nevertheless, the historical disadvantage associated with this group cannot be denied.

Deuxièmement, l'état matrimonial possède des caractéristiques souvent associées aux motifs de discrimination reconnus au par. 15(1) de la *Charte*. Les personnes qui vivent en union de fait constituent un groupe historiquement désavantagé. De nombreux faits établissent que les partenaires non mariés ont souvent subi un désavantage et un préjudice au sein de la société. En effet, traditionnellement dans notre société, on a considéré que le partenaire non marié avait moins de valeur que le partenaire marié. Parmi les désavantages subis par les partenaires non mariés, mentionnons l'ostracisme social par négation de statut et de bénéfices. Au cours des dernières années, le désavantage subi par des personnes vivant en union illégitime a grandement diminué. Nous sommes loin du temps où elles étaient obligées d'afficher sur elles la lettre A (pour adultère). Néanmoins, on ne saurait nier le désavantage historique subi par ce groupe.

153

A third characteristic sometimes associated with analogous grounds — distinctions founded on personal, immutable characteristics — is present, albeit in attenuated form. In theory, the individual is free to choose whether to marry or not to marry. In practice, however, the reality may be otherwise. The sanction of the union by the state through civil marriage cannot always be obtained. The law; the reluctance of one's partner to marry; financial, religious or social constraints — these factors and others commonly function to prevent partners who otherwise operate as a family unit from formally marrying. In short, marital status often lies beyond the individual's effective control. In this respect, marital status is not unlike citizenship, recognized as an analogous ground in *Andrews*: the individual exercises limited but not exclusive control over the designation.

Une troisième caractéristique parfois associée à des motifs analogues — les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles immuables — existe aussi, mais sous une forme atténuée. En théorie, la personne est libre de choisir de se marier ou non. Cependant, en pratique, la réalité pourrait bien être tout autre. Il n'est pas toujours possible d'obtenir la sanction de l'union par l'État par un mariage civil. La loi, l'hésitation à se marier de l'un des partenaires, les contraintes financières, religieuses ou sociales sont autant de facteurs qui empêchent habituellement des partenaires, qui par ailleurs fonctionnent comme une unité familiale, de se marier officiellement. Bref, l'état matrimonial échappe souvent au contrôle de la personne. À ce point de vue, l'état matrimonial n'est pas différent de la citoyenneté, qui a été reconnue comme un motif analogue dans l'arrêt *Andrews*; la personne exerce un contrôle limité, mais non exclusif sur son état matrimonial.

154

Comparing discrimination on the basis of marital status with the grounds enumerated in s. 15(1), discrimination on the ground of marital status may

Lorsque l'on compare la discrimination fondée sur l'état matrimonial et celle fondée sur les motifs énumérés au par. 15(1), on peut estimer que la dis-

be seen as akin to discrimination on the ground of religion, to the extent that it finds its roots and expression in moral disapproval of all sexual unions except those sanctioned by the church and state.

Of late, legislators and jurists throughout our country have recognized that distinguishing between cohabiting couples on the basis of whether they are legally married or not fails to accord with current social values or realities. As the *amicus curiae* has pointed out, 63 Ontario statutes currently make no distinction between married partners and unmarried partners who have cohabited in a conjugal relationship. For example, the right to spousal maintenance is not conditioned on marriage: see Part III, *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, which establishes a right to spousal support for those who have cohabited continuously for a period of not less than three years or who have cohabited in a relationship of some permanence and who have a child. Other provinces have adopted similar benefit thresholds. In the judicial domain, judges have recognized the right of unmarried spouses to share in family property through the doctrine of unjust enrichment: *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980. All this suggests recognition of the fact that it is often wrong to deny equal benefit of the law because a person is not married.

These considerations, taken together, suggest that denial of equality on the basis of marital status constitutes discrimination within the ambit of s. 15(1) of the *Charter*. If the evil to which s. 15(1) is addressed is the violation of human dignity and freedom by imposing limitations or disadvantages on the basis of the stereotypical application of presumed group characteristics, rather than on the basis of individual capacity, worth or circumstance, then marital status should be considered an analogous ground. The essential elements necessary to engage the overarching purpose of s. 15(1) — violation of dignity and freedom, an historical

crimination fondée sur l'état matrimonial s'apparente à la discrimination pour un motif fondé sur la religion dans la mesure où elle trouve son origine et son expression dans la désapprobation morale de toutes les unions à caractère sexuel, sauf celles sanctionnées par l'Église et par l'État.

Dernièrement, les législateurs et les juristes dans l'ensemble du pays ont reconnu que c'est ignorer les valeurs ou les réalités sociales de l'heure que d'établir entre les couples qui cohabitent une distinction fondée sur le fait qu'ils sont légalement mariés ou non. Comme l'*amicus curiae* le fait remarquer, 63 lois ontariennes n'établissent actuellement aucune distinction entre partenaires mariés et partenaires non mariés qui ont cohabité dans une union conjugale. Par exemple, le droit aux aliments n'est pas déterminé par le mariage: voir la partie III de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, qui établit un droit aux aliments entre personnes qui ont cohabité de façon continue pendant au moins trois ans ou qui ont cohabité dans une union présentant une certaine permanence et ont un enfant. D'autres provinces ont adopté des critères de base similaires. Dans le domaine judiciaire, les juges ont reconnu le droit des conjoints non mariés au partage des biens familiaux par application de la doctrine de l'enrichissement sans cause: *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980. Il ressort de tout cela que l'on reconnaît que c'est souvent à tort que l'accès au même bénéfice de la loi est refusé parce qu'une personne n'est pas mariée.

Prises ensemble, ces considérations donnent à entendre que la négation de l'égalité pour un motif fondé sur l'état matrimonial constitue une discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Si le tort que le par. 15(1) cherche à redresser est la violation de la dignité et de la liberté de la personne par des restrictions ou des désavantages fondés sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites ou les capacités d'un individu ou les circonstances qui lui sont propres, alors l'état matrimonial devrait être considéré comme un motif analogue. On retrouve les éléments nécessaires à l'application de l'objec-

group disadvantage, and the danger of stereotypical group-based decision-making — are present and discrimination is made out.

tif général du par. 15(1) — la violation de la dignité et de la liberté, un désavantage historique de groupe et le risque de prise de décisions stéréotypées touchant le groupe — et la discrimination est établie.

157

These observations are sufficient to dispose of the insurer's arguments based on alleged absence of historical disadvantage and the "mutable" nature of the unmarried state. It remains to consider, however, the theme underlying the whole of the insurer's submissions — that marriage is a good and honourable state and hence cannot serve as a ground for discrimination. To most in our society, marriage is a good thing; to many a sacred thing. There is nobility in the public commitment of two people to each other to the exclusion of all others. How can it be wrong to use this commitment as the condition of receiving legal protection and benefit?

Ces observations suffisent pour répondre à l'assureur dont les arguments se fondent sur la prétendue inexistence d'un désavantage historique et le caractère «changeant» de l'état de personne non mariée. Cependant, il reste à examiner le thème qui sous-tend l'ensemble des moyens de l'assureur — le fait que le mariage est un état juste et honorable et qu'il ne peut en conséquence servir de motif de discrimination. Pour la plupart des gens dans notre société, le mariage est une bonne chose; pour beaucoup, il est sacré. Il y a une certaine noblesse dans l'engagement exclusif que deux personnes prennent publiquement l'une envers l'autre. Comment peut-on avoir tort de se servir de cet engagement comme condition de la prestation de mesures de protection et d'avantages légaux?

158

These sentiments, valid as they are, do not advance the insurer's case. The argument, simply put, is that marriage is good; the grounds of discrimination evil; therefore marriage cannot be a ground of discrimination. The fallacy in the argument is the assumption that the grounds of discrimination are evil. Discrimination is evil. But the grounds upon which it rests are not. Consider the enumerated grounds — race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age and mental or physical disability. None of these are evil in themselves. Indeed, people rightfully take pride in their race and ethnic origin; they find identity in their colour and their sex. Even mental and physical disabilities should be regarded not as deficiencies, but differences — differences which, while they will make some aspects of life more difficult, do not affect others, and may, moreover, contribute to society's richness and texture. What is evil is not the ground of discrimination, but its inappropriate use to deny equal protection and benefit to people who are members of the marked groups — not on the basis of their true abilities or circumstance, but on the basis of the group to which they belong. The argument that marital status cannot be an analogous

Ces sentiments, si valides soient-ils, n'appuient pas la thèse de l'assureur. En termes simples, son argumentation est la suivante: le mariage est bon; les motifs de discrimination sont mauvais; en conséquence, le mariage ne peut constituer un motif de discrimination. Cet argument a ceci de faux qu'il présuppose que les motifs de discrimination sont mauvais. La discrimination est mauvaise. Cependant, les motifs sur lesquels elle repose ne le sont pas. Examinons les motifs énumérés: la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge et les déficiences mentales ou physiques. Aucun de ces motifs n'est mauvais en soi. En fait, les gens ont pleinement le droit d'être fiers de leur race et de leur origine ethnique; ils trouvent leur identité dans leur couleur et leur sexe. Même les déficiences mentales ou physiques ne devraient pas être considérées comme des incapacités, mais comme des différences — des différences qui ne touchent pas les autres, même si elles rendront plus difficiles certains aspects de la vie; en fait, elles pourraient contribuer à la richesse et à la structure de la société. Le mal ne repose pas sur le motif de discrimination, mais plutôt sur son utilisation non appropriée pour priver des personnes

ground because it is good cannot succeed. The issue is not whether marriage is good, but rather whether it may be used to deny equal treatment to people on grounds which have nothing to do with their true worth or entitlement due to circumstance. L'Heureux-Dubé J. stated in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 634: "It is not anti-family to support protection for non-traditional families." One might equally say it is not anti-marriage to accord equal benefit of the law to non-traditional couples.

Consider this Court's decision in *Andrews*. The quality of citizenship there at issue is universally regarded as a good and valuable thing. Like marriage, it is the formal marker of a relationship — the relationship between the individual and his or her country. At trial, the argument prevailed that citizenship, as the sacred marker of a relationship of commitment and permanence, could not found a claim for discrimination under s. 15(1) of the *Charter*. But this Court took a different view. It held that citizenship could constitute an analogous ground of discrimination. In itself citizenship was good. But it could not be used inappropriately to permit the exclusion of people from activities for which, in terms of personal merit, they were qualified. It was not citizenship which constituted discrimination, but its inappropriate use to bar Mr. Andrews from an activity to which citizenship was only tangentially relevant. Similarly marriage, however sacred, may be inappropriately used to bar individuals not belonging to the married group from the protection or benefit of laws to which the status of legal marriage has little real relevance. This potential for denial of benefit based on stereotypical characteristics attributed (or not attributed) to a group rather than on the basis of the characteristics of the individual makes marriage,

appartenant à certains groupes de la même protection ou du même bénéfice de la loi, non pas pour un motif fondé sur leurs véritables capacités ou circonstances, mais en raison du groupe auquel elles appartiennent. On ne saurait admettre l'argument que l'état matrimonial ne peut constituer un motif analogue parce qu'il est une bonne chose. La question n'est pas de savoir si le mariage est bon, mais bien s'il peut être utilisé pour priver une personne de l'égalité de traitement pour des motifs qui n'ont rien à voir avec les véritables mérites ou droits de cette personne dans les circonstances. Le juge L'Heureux-Dubé affirme dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la p. 634: «Ce n'est pas attaquer la famille que d'appuyer la protection des familles non traditionnelles.» On pourrait également dire ceci: «Ce n'est pas attaquer le mariage que d'accorder le même bénéfice de la loi aux couples non traditionnels.»

Prenons l'arrêt *Andrews* de notre Cour. La qualité de citoyen dont il est question dans cet arrêt est habituellement perçue comme une chose bonne et précieuse. À l'instar du mariage, la citoyenneté est la caractéristique d'une relation — celle entre une personne et son pays. En première instance, le tribunal a statué que la citoyenneté, en tant que caractéristique sacrée d'une relation d'engagement et de permanence, ne pouvait constituer un motif de discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, notre Cour a exprimé un avis différent. Elle a statué que la citoyenneté pouvait constituer un motif analogue de discrimination. En soi, la citoyenneté est bonne. Cependant, elle ne peut être utilisée d'une mauvaise façon pour exclure des personnes d'activités pour lesquelles elles se qualifient en raison de leur mérite personnel. Ce n'était pas la citoyenneté qui constituait une discrimination, mais le mauvais emploi qu'on en a fait pour exclure M. Andrews d'une activité avec laquelle la citoyenneté n'avait qu'un rapport superficiel. De même, en dépit de son caractère sacré, le mariage peut, à tort, servir à empêcher des personnes n'appartenant pas au groupe des gens mariés de bénéficier de la protection ou du bénéfice de lois ayant peu de rapport avec le statut du mariage légal. Cette possibilité de négation de

like citizenship, an analogous ground. This does not mean that citizenship or marriage cannot be used as the basis of appropriate legislative distinctions. Marriage and citizenship may be used as the basis to exclude people from protections and benefits conferred by law, provided the state can demonstrate under s. 1 that they are truly relevant to the goal and values underlying the legislative provision in question.

160 I conclude that marital status may serve as an analogous ground of discrimination under s. 15(1) of the *Charter*.

Conclusion on s. 15

161 The legislation reflected in the insurance policy at issue denies equal benefits to partners in an unmarried relationship solely on the ground of their marital status. This ground is an analogous ground under s. 15(1). This is not one of the exceptional cases where a distinction drawn on the basis of an enumerated or analogous ground does not fall within the anti-discrimination guarantees of the *Charter*. It follows that discrimination under s. 15(1) is established.

3. Justification under s. 1 of the *Charter*

162 A finding of denial of equal benefit or protection of the law on a discriminatory ground under s. 15(1) does not mean that the law is unconstitutional. The Court must go on to examine whether, notwithstanding its discriminatory character, the law or government action in question is "demonstrably justified in a free and democratic society". The complainant bears the burden of showing discrimination under s. 15(1). This established, the burden shifts to the state or the party seeking to uphold the law to justify the discrimination.

bénéfice fondée sur des caractéristiques stéréotypées attribuées (ou non) à un groupe, plutôt que pour un motif fondé sur les caractéristiques de la personne, fait du mariage, à l'instar de la citoyenneté, un motif analogue. Cela ne signifie pas pour autant que la citoyenneté ou le mariage ne peut être utilisé comme motif approprié de distinction dans une loi. Le mariage et la citoyenneté peuvent être utilisés comme motifs pour exclure des personnes de la protection et du bénéfice de la loi, pourvu que l'État puisse, dans le cadre de l'article premier, démontrer que ces motifs sont vraiment pertinents par rapport à l'objet et aux valeurs qui sous-tendent la disposition législative en question.

Je conclus que l'état matrimonial peut constituer un motif analogue de discrimination en vertu du par. 15(1) de la *Charte*.

Conclusion relative à l'art. 15

La loi à laquelle se conforme la police d'assurance en cause prive du même bénéfice les partenaires en union de fait pour le seul motif de leur état matrimonial. Ce motif est un motif analogue de discrimination au sens du par. 15(1). Il ne s'agit pas ici d'un cas exceptionnel où une distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue n'est pas visée par les garanties contre la discrimination prévues dans la *Charte*. Il s'ensuit que la discrimination au sens du par. 15(1) est établie.

3. La justification en vertu de l'article premier de la *Charte*

Conclure à une négation de la même protection et du même bénéfice de la loi, pour un motif discriminatoire au sens du par. 15(1), ne signifie pas que la loi est inconstitutionnelle. Notre Cour doit examiner si, nonobstant son caractère discriminatoire, la loi ou la mesure gouvernementale est telle que sa «justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Le demandeur a la charge d'établir la discrimination au sens du par. 15(1). Une fois la discrimination établie, il y a ensuite déplacement de la charge et il appartient à l'État ou à la partie qui cherche le maintien de la loi de justifier la discrimination.

Determining whether it has been demonstrated that the impugned distinction is "demonstrably justified in a free and democratic society" involves two inquiries. First, the goal of the legislation is ascertained and examined to see if it is of pressing and substantial importance. Then the court must carry out a proportionality analysis to balance the interests of society with those of individuals and groups. The proportionality analysis comprises three branches. First, the connection between the goal and the discriminatory distinction is examined to ascertain if it is rational. Second, the law must impair the right no more than is reasonably necessary to accomplish the objective. Finally, if these two conditions are met, the court must weigh whether the effect of the discrimination is proportionate to the benefit thereby achieved. See *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Examination of the goal of the legislation is vital in discrimination cases as elsewhere. Sometimes the legislative goal is apparent on the face of the legislation. Other times it may not be. Legislation aimed at effecting a less than worthy goal may be cloaked in the rhetoric of justice and reason. The task of the court in every case is to identify the functional values underlying the law.

The goal or functional value of the legislation here at issue is to sustain families when one of their members is injured in an automobile accident. When an adult partner in a family unit is injured, economic dislocation may not be far behind. If the injured partner is a wage-earner, the family income may be reduced or eliminated. If the injured party works in the home, it may be necessary to hire replacement services. In either case, the result is economic dislocation. This, in turn, can work great hardship on the family and its members. The goal of the legislation is to reduce this economic dislocation and hardship. This is a laudable goal. And given the frequency of injuries from motor vehicle accidents, it assumes an importance which can without exaggeration be described as pressing and substantial.

Pour déterminer s'il a été établi que la justification de la distinction attaquée peut «se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», il faut procéder en deux étapes. Il faut d'abord examiner l'objet de la loi et déterminer s'il est d'une importance urgente et réelle. Le tribunal doit ensuite procéder à une analyse de proportionnalité visant à soupeser les intérêts de la société par rapport à ceux des personnes et des groupes. Cette analyse comporte trois volets. Premièrement, on examine s'il existe un lien rationnel entre l'objectif et la distinction discriminatoire. Deuxièmement, il faut s'assurer que la loi n'empiète pas sur le droit plus qu'il est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre l'objectif. Enfin, si ces conditions sont réunies, le tribunal doit déterminer si l'effet de la discrimination est proportionnel à l'avantage réalisé. Voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Il est essentiel d'examiner l'objet de la loi dans les affaires de discrimination comme dans toute autre affaire. L'objet de la loi est parfois apparent à première vue, mais pas toujours. Une loi qui vise un objectif moins que louable peut être enveloppée dans la rhétorique de la justice et de la raison. Dans chaque cas, le tribunal doit déterminer quelles sont les valeurs fonctionnelles sous-jacentes à la loi.

L'objet ou la valeur fonctionnelle de la loi en l'espèce est le soutien des familles dont l'un des membres est blessé dans un accident d'automobile. Lorsqu'un partenaire adulte dans une unité familiale est blessé, sa situation économique peut être bouleversée. Si le partenaire blessé est soutien de famille, le revenu familial peut diminuer ou être réduit à zéro. S'il travaille au foyer, il peut être nécessaire d'embaucher quelqu'un pour le remplacer. Dans un cas comme dans l'autre, il s'ensuit un bouleversement économique qui peut entraîner d'importantes difficultés pour la famille et ses membres. L'objectif de la loi est de réduire à la fois ce bouleversement et ces difficultés économiques. C'est là un objectif louable. Compte tenu de la fréquence des blessures subies par suite d'accidents de la route, cet objectif peut sans exagération être considéré comme urgent et réel.

166

The next inquiry is whether a rational connection has been shown to exist between the legislative goal and the discrimination. As we have seen, analogous grounds may be used in ways that are relevant, or rationally connected, to a valid legislative goal. For example, exclusion from a regulated activity on the basis of age or citizenship might be justified if the state can show that age or citizenship is relevant to the ability to perform the activity safely and properly. If the proponent of the law can demonstrate that the ground of denial of a protection or benefit is relevant to the goal of the legislation, the discrimination loses its sting. "[I]f the . . . differences amongst different people are relevant to the goal in question, then this will be a permissible distinction . . .": *Boronovsky v. Chief Rabbis of Israel*, *supra*.

167

At this point we meet the problem of how relevant a criterion must be in discrimination cases. This inquiry echoes the "minimal impairment" analysis undertaken in *Oakes*, *supra*, and discussed in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, and *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123. The marker chosen by the legislator may be only tangentially relevant to the legislative goal, as citizenship was found to be to the determination of ability to practise law in *Andrews*. In such cases, we say it is a poor marker; one which excessively impairs the equality rights. Although it may eliminate some people who may legitimately be excluded, it also excludes many who, given the goal of the legislation, should not be excluded. In contrast, a good marker excludes most people who should be excluded given the goal of the legislation, and only a few who should not. The standard which the legislator must meet is not perfection, but reasonableness. Of necessity laws use group criteria; and of necessity there are sometimes individual members of the group chosen who do not conform to the usual profile of the group and with respect to whom, viewed individually, even a relevant legislative marker may be irrelevant. For example, a law may deny drivers' permits to per-

Il faut ensuite examiner le lien rationnel entre l'objet de la loi et la discrimination. Comme nous l'avons vu, on peut utiliser les motifs analogues d'une façon qui est pertinente relativement à un objectif législatif valide ou qui a un lien rationnel avec cet objectif. Par exemple, exclure une personne d'une activité réglementée pour un motif fondé sur l'âge ou la citoyenneté pourrait être justifié si l'État peut établir que ces caractéristiques sont pertinentes pour ce qui est de sa capacité de s'acquitter de l'activité d'une façon appropriée et en toute sûreté. Si le défenseur de la loi peut démontrer que le motif de la négation d'une mesure de protection ou d'un avantage est pertinent relativement à l'objectif de la loi, la discrimination perd de sa force. [TRADUCTION] «[S]i les distinctions entre des personnes différentes sont pertinentes relativement à l'objectif en question, il s'agira alors d'une distinction autorisée . . . »: *Boronovsky c. Chief Rabbis of Israel*, précité.

À cette étape, le problème est de déterminer quelle doit être la pertinence d'un critère en matière de discrimination. Cet examen reprend l'analyse de l'«atteinte minimale» entreprise dans l'arrêt *Oakes*, précité, et examinée dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, et *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123. La caractéristique choisie par le législateur peut n'avoir qu'un rapport superficiel avec l'objectif de la loi, comme a été qualifiée la citoyenneté quant à la détermination de la capacité d'exercer le droit dans l'arrêt *Andrews*. Dans de tels cas, nous affirmons qu'une telle caractéristique est mauvaise, en ce sens qu'elle porte excessivement atteinte aux droits à l'égalité. Bien qu'elle puisse éliminer certaines personnes qui sont légitimement susceptibles de l'être, une telle caractéristique exclut aussi de nombreuses personnes qui, compte tenu de l'objectif de la loi, ne devraient pas l'être. Par contre, une bonne caractéristique exclut la plupart des personnes qui devraient l'être compte tenu de l'objectif de la loi, et seulement quelques-unes qui ne devraient pas l'être. La norme à laquelle doit satisfaire le législateur n'est pas la perfection, mais le caractère raisonnable. Par nécessité, les lois utilisent des critères de groupe et, par nécessité, il y a

sons under the age of sixteen. There may be some people under the age of sixteen who are good drivers. But if the state can show that most people under sixteen would not be competent and responsible drivers, the age of sixteen may be defended as a relevant marker of those who should be permitted to drive. Provided the group marker chosen by the state is relevant to the legislative goal, the existence of minor anomalies due to the variation of individuals within the group will not render the marker violative. On the other hand, if the number of anomalies is so high that it significantly undermines the relevance of the group marker, or if more reasonable markers are available, the law may be invalid because it impairs the right more than reasonably necessary to achieve the legislative goal.

Returning to the case at bar, the question is whether marital status is a reasonably relevant marker of individuals who should receive benefits in the event of injury of a family member in an automobile accident, given the goal of the legislation. The insurer defends the marker of marital status as an indicator of stability which goes to the economic interdependence of the family unit. To maintain this claim, the state (or the insurer that here stands in its stead) must show that stable, and thus economically interdependent, family units typically involve married partners, and conversely, that unmarried partners in stable relationships are but a minor anomaly. Further, given the injustice of any anomalies, one would expect a demonstration that better criteria, producing fewer anomalous cases, are not readily available. In short, it must be demonstrated that the chosen group marker is reasonably relevant to the legislative goal in all the circumstances of the case, having regard to available alternative criteria and the need

parfois des membres du groupe choisi qui ne correspondent pas au profil habituel de ce groupe et pour lesquels, pris individuellement, même une caractéristique législative pertinente pourrait ne pas être pertinente. Par exemple, une loi peut interdire aux personnes de moins de seize ans d'obtenir un permis de conduire. Certaines personnes de moins de seize ans peuvent être de bons conducteurs. Cependant, si l'État peut établir que la plupart des personnes de moins de seize ans ne seraient pas des conducteurs compétents et responsables, cette limite d'âge pourrait être établie comme étant une caractéristique pertinente servant à déterminer qui devrait avoir le droit de conduire. Pourvu que la caractéristique de groupe choisie par l'État soit pertinente relativement à l'objectif de la loi, l'existence d'anomalies mineures à cause des différences entre divers membres du groupe ne rendra pas la caractéristique attentatoire. Par contre, si le nombre d'anomalies est si élevé qu'il contrebalance grandement la pertinence de la caractéristique de groupe, ou si des caractéristiques plus raisonnables existent, la loi ne peut pas être valide parce qu'elle empiète sur le droit plus qu'il est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre l'objectif de la loi.

Pour revenir à l'affaire qui nous occupe, la question est de savoir si l'état matrimonial est une caractéristique raisonnablement pertinente permettant de déterminer qui devrait avoir droit aux indemnités dans le cas où un membre de la famille est blessé dans un accident d'automobile, compte tenu de l'objectif de la loi. L'assureur défend la caractéristique de l'état matrimonial en tant qu'indicateur de stabilité qui touche l'interdépendance économique de l'unité familiale. Pour faire valoir son point de vue, l'État (ou en l'espèce l'assureur qui agit à sa place) doit établir que des unités familiales stables, et donc économiquement interdépendantes, se composent habituellement de partenaires mariés et, inversement, que des partenaires non mariés en union stable ne constituent qu'une anomalie mineure. Par ailleurs, compte tenu de l'injustice à laquelle donne lieu toute anomalie, on devrait s'attendre à ce que soit démontrée l'inexistence de meilleurs critères qui donneraient lieu à moins d'anomalies. Bref, il faut établir que la

to minimize prejudice to anomalous cases within the group.

caractéristique de groupe choisie est raisonnablement pertinente au regard de l'objectif législatif dans toutes les circonstances de l'affaire, compte tenu des autres critères existants et de la nécessité de réduire au minimum le préjudice causé aux cas d'anomalies au sein du groupe.

169

This the insurer and the state have not done. The record suggests that the legislators recognized that marital status was at best a problematic indicator of who should receive accident benefits upon injury in a motor vehicle accident. The debate centred on marital equivalence. To quote the *amicus curiae*, "[the legislators'] search was directed towards defining a 'marriage-like' conjugal relationship, usually in terms of mutual commitment and permanence — a "near" marriage — instead of trying to define the underlying functional values, e.g. financial interdependence, relevant to the legislative subject matter of the *Insurance Act*". Having misconstrued the issue as one of marriage equivalence, the Legislature found itself unable to agree. But this provides no justification for failing, from 1980 to 1987, to deal directly with the problem of which family units were so financially interdependent and stable as to warrant provision of the benefits in question.

Ni l'assureur ni l'État ne l'ont fait. Selon le dossier, les législateurs ont reconnu que l'état matrimonial constituait au mieux un indice problématique quant à savoir qui devrait bénéficier des indemnités d'assurance-accidents lorsqu'une personne est blessée dans un accident de la route. Le débat a été axé sur l'équivalence du mariage. Pour reprendre les paroles de l'*amicus curiae*, la [TRADUCTION] «démarche [des législateurs] visait à définir une union matrimoniale «assimilable au mariage», habituellement en fonction de l'engagement mutuel et de la permanence — un «presque» mariage — plutôt que de tenter de définir les valeurs fonctionnelles sous-jacentes, p. ex. l'interdépendance financière, qui sont pertinentes relativement à l'objectif législatif de la *Loi sur les assurances*». Ayant considéré à tort qu'il s'agissait d'une question d'équivalence du mariage, la législature n'a pas trouvé de base d'entente. Mais cela ne la justifie pas de ne pas avoir abordé directement, de 1980 à 1987, le problème consistant à déterminer les unités familiales qui étaient financièrement interdépendantes et stables au point que le versement des indemnités en cause soit justifié.

170

If the issue had been viewed as a matter of defining who should receive benefits on a basis that is relevant to the goal or functional values underlying the legislation, rather than marriage equivalence, alternatives substantially less invasive of *Charter* rights might have been found. For example, the Legislature was able to agree in 1980 on a formula to extend death benefits to a certain class of unmarried persons. And in 1981, in the *Ontario Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, s. 9(j), the Legislature agreed on a definition of "spouse" as the person to whom a person of the opposite sex is married or with whom the person is living in a conjugal relationship outside marriage. A modified version of the *Human Rights Code* definition requires marriage or cohabitation for at

Si l'on avait considéré qu'il s'agissait de déterminer quels devraient être les bénéficiaires des indemnités en fonction d'un critère pertinent relativement à l'objectif ou aux valeurs fonctionnelles sous-jacentes à la loi, plutôt que d'examiner la question du point de vue de l'équivalence du mariage, on aurait pu recourir à des solutions de rechange qui portaient beaucoup moins atteintes aux droits garantis par la *Charte*. Par exemple, la législature a pu convenir dans la loi de 1980 d'une formule permettant d'étendre les indemnités en cas de décès à une certaine catégorie de personnes non mariées. De même, en 1981, la législature a convenu d'une définition du terme «conjoint» dans le *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, al. 9j), comme étant la per-

least one year or having a child together, or entering into a cohabitation agreement under s. 53 of the *Family Law Act*. This modified definition is used in 21 Ontario statutes.

It thus emerges that in fixing on marital status as the criterion of eligibility for family accident benefits, the Legislature chose a criterion that was at best only collaterally related to its legislative goal; a criterion, moreover, that had the effect of depriving a substantial number of deserving candidates of receipt of benefits. Better tests were available. In short, the Legislature did not choose a reasonably relevant marker.

It is suggested that the Legislature's choice of an inappropriate marker for family accident benefits can be defended on the ground that the legislation was passed in a period of rapidly changing family norms. Legislatures, it is argued, should not be held to standards of social perfection. As La Forest J. wrote in *McKinney v. University of Guelph*, *supra*, at p. 317:

... a Legislature should not be obliged to deal with all aspects of a problem at once. It must surely be permitted to take incremental measures. It must be given reasonable leeway to deal with problems one step at a time . . .

I agree with these sentiments; however the need for legislative leeway is of little assistance in the case at bar. Marital status was not a reasonable criterion even in 1980, and the alternatives adopted in the years that followed belie the suggestion that the failure to adopt a more relevant criterion in the years between 1980 and 1987 can be attributed to the time required for legislative response.

sonne à qui une personne de sexe opposé est mariée ou avec qui elle vit dans une union conjugale hors du mariage. Une version modifiée de la définition du *Code des droits de la personne* exige que le couple soit marié ou ait cohabité pendant au moins un an ou qu'il ait un enfant, ou encore qu'il ait conclu un accord de cohabitation en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur le droit de la famille*. Cette définition modifiée est utilisée dans 21 lois de l'Ontario.

Il s'ensuit que la législature, en établissant l'état matrimonial comme critère du droit aux indemnités familiales d'assurance-accidents, a choisi un critère qui, au mieux, avait un rapport indirect avec son objectif législatif et qui avait aussi pour effet de priver des indemnités un nombre substantiel de personnes qui en méritent. Il existait de meilleurs critères. Bref, la législature n'a pas choisi une caractéristique raisonnablement pertinente.

On a soutenu que l'on peut défendre le choix d'une caractéristique non appropriée par la législature relativement aux indemnités familiales d'assurance-accidents en se fondant sur le motif que la loi a été adoptée au cours d'une période de changement rapide dans les normes de la famille. La législature ne devrait pas, allègue-t-on, être tenue d'atteindre la perfection en matière sociale. Dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, précité, le juge La Forest a dit, à la p. 317:

... un législateur ne peut être tenu de traiter tous les aspects d'un problème à la fois. Il doit certainement pouvoir adopter des mesures progressives. Il doit avoir une marge de manœuvre raisonnable pour traiter des problèmes étape par étape . . .

Je partage ces sentiments; toutefois, la nécessité d'accorder au législateur une marge de manœuvre présente peu d'utilité en l'espèce. L'état matrimonial n'était pas un critère raisonnable même en 1980, et les mesures de rechange adoptées dans les années qui ont suivi viennent contredire l'idée que l'omission d'adopter un critère plus pertinent entre 1980 et 1987 puisse s'expliquer par le temps nécessaire pour que les lois s'adaptent aux changements.

174 It remains to consider whether the Legislature's choice of the inappropriate criterion of marital status to distinguish between those who receive benefits and those who do not can be justified on the ground that the resultant discrimination is proportionate to the legislative goal. Having determined that marital status is not a reasonable indicator of those who should obtain accident benefits — that, to use the language of *Oakes*, the rational connection between the discrimination and the goal of the legislation is deficient and the law impairs the right more than reasonably necessary to achieve the legislative goal — it is unnecessary to move to the final step to consider whether the effect of the infringement is “proportionate” to the benefit to be derived from using the discriminatory marker.

175 I conclude that the state has failed to demonstrate that the exclusion of unmarried members of family units from motor vehicle accident benefits is demonstrably justified in a free and democratic society. It follows that the *Charter* violation is established.

C. Remedy

176 Having found that the impugned statutory provisions of the *Insurance Act* violate the *Charter*, the Court is left with the choice between “reading in” appropriate amendments into the provisions, or leaving them as they are with the result that they fall as invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In the latter case, the Court may consider a declaration of suspension of the invalidity for a period of time sufficient to allow the Legislature to remedy the violation.

177 The remedy of “reading in” is available if the question of how far the benefit should be extended can be answered with “sufficient precision” to justify the Court in doing so, so as to bring the case within the guidelines laid out in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, and *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. An affirmative answer in this case is

Il reste à examiner si le choix par la législature du critère non approprié de l'état matrimonial pour l'établissement du droit aux indemnités peut être justifié pour le motif que la discrimination qui s'ensuit est proportionnelle à l'objectif législatif. Puisque j'ai établi que l'état matrimonial ne constitue pas une caractéristique raisonnable permettant de déterminer les personnes qui devraient bénéficier des indemnités d'assurance-accidents — qu'il n'existe pas, pour employer les termes de l'arrêt *Oakes*, de lien rationnel entre la discrimination et l'objectif de la loi et que la loi porte atteinte au droit plus qu'il est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre l'objectif législatif —, il est inutile de passer à la dernière étape qui consisterait à examiner si l'effet de la violation est «proportionnel» à l'avantage qui découlerait de l'utilisation de la caractéristique discriminatoire.

Je conclus que le ministère public n'a pas réussi à démontrer qu'exclure les partenaires non mariés membres d'unités familiales du droit aux indemnités d'assurance-accidents peut se justifier dans une société libre et démocratique. Il s'ensuit que la violation de la *Charte* est établie.

C. La réparation

Comme notre Cour a conclu que les dispositions contestées de la *Loi sur les assurances* violent la *Charte*, il lui faut soit, par une «interprétation large», faire comme si des modifications appropriées leur avaient été apportées, soit les laisser telles quelles, ce qui entraînera leur invalidation en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans ce dernier cas, la Cour peut examiner la possibilité d'une déclaration de suspension de l'invalidité pendant une période suffisante pour permettre à la législature de remédier à la violation.

La Cour peut recourir à la solution de l'«interprétation large» s'il est possible de déterminer avec «suffisamment de précision» dans quelle mesure l'indemnité devrait être étendue pour que cela soit justifié, de façon à demeurer à l'intérieur des lignes directrices établies dans les arrêts *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, et *Schachter c.*

suggested by the fact that in 1990 the Ontario Legislature amended the eligibility criteria in a way which would include the appellants, thus giving an indication of what it would do if the matter were remitted to it anew. While this does not meet concerns that the social and legislative picture may have changed further in the years since 1990, or resolve the problem for the other Ontario statutes containing similar provisions, it does offer reasonably conclusive evidence of how the Legislature would have remedied the 1980 legislation had it been required to do so when the appellants' claim arose.

The alternative remedy entails a declaration of invalidity of the 1980 legislation. It also entails consideration of a temporary suspension of that declaration for a period of time during which the Legislature might be expected to amend the 1980 *Insurance Act*, in order to avoid the revocation of benefits payable under that Act. If this were done, it would still leave the appellants and others in their situation without a remedy.

It is suggested that the Court could fashion a remedy for the appellants under s. 24(1) of the *Charter*, which provides that "[a]nyone whose rights or freedoms . . . have been infringed or denied may apply to a court . . . to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". In *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 577, this Court (*per* Lamer C.J., dissenting on other grounds) suggested that an order of suspension of invalidity might be coupled with individual relief in the form of a "constitutional exemption" to the applicant who has suffered the *Charter* violation and has initiated court proceedings to obtain *Charter* relief. Three other dissenting judges agreed. Assuming the Court were inclined to grant the appellants an exemption from the 1980 legislation and insurance policy provisions, the question remains of how it could do so without creating further inequities between the

Canada, [1992] 2 R.C.S. 679. Une réponse affirmative semble s'imposer en l'espèce du fait qu'en 1990 la législature de l'Ontario a modifié les critères d'admissibilité d'une manière telle qu'ils incluraient les appelants, donnant ainsi une indication de ce qu'il ferait si la question lui était soumise à nouveau. Si cette possibilité ne répond pas aux préoccupations voulant que la situation sociale et législative ait changé encore plus depuis 1990, ni ne résout le problème des autres lois de l'Ontario qui comportent des dispositions semblables, elle n'en offre pas moins une preuve raisonnablement déterminante de la façon dont la législature aurait pu remédier à la loi de 1980 si on lui avait enjoint de le faire au moment de la naissance du droit d'action des appelants.

L'autre réparation suppose une déclaration d'invalidité des dispositions législatives de 1980. Elle entraîne aussi une décision sur l'opportunité de suspendre temporairement l'effet de cette déclaration de façon à permettre à la législature de modifier la *Loi sur les assurances* de 1980 afin d'éviter la révocation des indemnités payables sous le régime de cette loi. Dans une telle hypothèse, les appelants et les autres personnes dans la même situation qu'eux n'obtiendraient aucune réparation.

On a proposé que la Cour pourrait élaborer une réparation à l'intention des appelants sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*, qui prévoit que «[t]oute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés [...] peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances». Dans l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 577, notre Cour (le juge en chef Lamer, dissident sur d'autres points) a affirmé qu'une ordonnance de suspension d'une déclaration d'invalidité pouvait s'accompagner d'une réparation individuelle sous la forme d'une «exemption constitutionnelle» à l'intention du requérant victime d'une violation de la *Charte* qui a engagé des poursuites afin d'obtenir réparation sous le régime de la *Charte*. Trois autres juges dissidents ont souscrit à cette proposition. En supposant que la Cour veuille accorder aux appelants

178

179

appellants and others in their situation who have been denied benefits. To avoid this, any constitutional exemption would have to be extended to all similar families. This in turn would require formulation of general criteria of eligibility, thus involving the court in the very activity which would have led it to eschew "reading up" the 1980 statute in conformity with the terms legislated in 1990. Yet to deny such persons a remedy would be to perpetuate the effects of a discrimination which the Court has found to violate the *Charter* when the obvious remedy — the payment of the benefits that should have been paid — remains available.

180 Having considered the available remedies, I am persuaded that this is one of those exceptional cases where retroactively "reading up" a statute may be justified. The 1990 amendments provide the best possible evidence of what the Legislature would have done had it been forced to face the problem the appellants raise. The only claims are monetary and readily calculable and satisfied. Most importantly, the result will be to cure an injustice which might otherwise go unremedied.

181 In this case, the benefit payments are actually made available pursuant to the insurance contract between Ms. Valliere and Economical Mutual. Because the provisions in the insurance policy were mandated by the *Insurance Act*, the effect of reading up the Act is to import the 1990 definition of spouse into the Standard Automobile Insurance Policy.

Disposition

182 The appeal is allowed with costs on a party and party basis. The insurer's application to strike out the appellants' action is dismissed. The action is remitted for trial to determine whether Mr. Miron

une exemption des dispositions législatives de 1980 et des stipulations de la police d'assurance, il reste à trouver la façon de le faire sans créer de nouvelles inégalités entre les appelants et d'autres personnes dans une situation semblable qui se sont vu refuser de telles indemnités. Pour éviter cela, il faudrait que toute exemption constitutionnelle s'étende à toutes les familles semblables. Cela obligerait la Cour à procéder à la formulation de critères généraux d'admissibilité et à s'engager ainsi dans l'activité même qui l'aurait dissuadée de donner une «interprétation large» à la loi de 1980 en fonction des termes adoptés par le législateur en 1990. Par ailleurs, refuser une réparation à ces personnes équivaldrait à perpétuer les effets d'une discrimination qui, de l'avis de la Cour, viole la *Charte*, alors que la réparation qui s'impose — le paiement des indemnités qui auraient dû être versées — demeure ouverte.

Après avoir examiné les réparations possibles, je suis persuadée qu'il s'agit en l'espèce de l'un de ces cas exceptionnels où une «interprétation large» rétroactive peut être justifiée. Les modifications de 1990 fournissent la meilleure preuve possible de ce que la législature aurait fait s'il lui avait fallu régler le problème soulevé par les appelants. Les seules réclamations en jeu sont d'ordre pécuniaire et elles peuvent facilement être calculées et réglées. Fait plus important encore, ce résultat aura pour effet de corriger une injustice qui autrement aurait pu demeurer inchangée.

En l'espèce, le paiement des indemnités est prévu dans le contrat d'assurance conclu entre M^{me} Valliere et Economical. Puisque les stipulations de la police d'assurance étaient formulées sous le régime de la *Loi sur les assurances*, en donnant une interprétation large à la loi, on se trouve à insérer dans la police d'assurance automobile type la définition de conjoint donnée dans la loi de 1990.

Dispositif

Le pourvoi est accueilli avec dépens comme entre parties. La requête de l'assureur visant la radiation de la demande des appelants est rejetée. L'action est renvoyée en première instance pour

and Ms. Valliere meet the requirements of the 1990 legislation.

Appeal allowed with costs, LAMER C.J. and LA FOREST, GONTHIER and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Nelligan Power, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Cooligan Ryan, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Kathleen McNicoll and Madeleine Aubé, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: McCarthy Tétrault, Toronto.

que soit tranchée la question de savoir si M. Miron et M^{me} Valliere satisfont aux exigences établies dans les dispositions législatives de 1990.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge en chef LAMER et les juges LA FOREST, GONTHIER et MAJOR sont dissidents.

Procureurs des appelants: Nelligan Power, Ottawa.

Procureurs des intimés: Cooligan Ryan, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Kathleen McNicoll et Madeleine Aubé, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureurs désignés amicus curiae par la Cour: McCarthy Tétrault, Toronto.