

**The Attorney General of Nova Scotia** *Appellant*

v.

**Susan Walsh and Wayne Bona** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General for Alberta** *Intervenors*

**INDEXED AS: NOVA SCOTIA (ATTORNEY GENERAL) v. WALSH**

**Neutral citation: 2002 SCC 83.**

File No.: 28179.

2002: June 14; 2002: December 19.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Division of matrimonial property — Definition of “spouse” — Definition of “spouse” in matrimonial property legislation limited to a man and a woman who are married to each other — Whether exclusion of unmarried cohabiting opposite sex couples discriminatory within meaning of s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 2(g).*

*Family law — Division of matrimonial property — Definition of “spouse” — Definition of “spouse” in matrimonial property legislation limited to a man and a woman who are married to each other — Whether exclusion of unmarried cohabiting opposite sex couples from definition of spouse constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 2(g).*

The parties, B and W, cohabited for approximately 10 years. W applied for spousal support, child support

**Le procureur général de la Nouvelle-Écosse** *Appelant*

c.

**Susan Walsh et Wayne Bona** *Intimés*

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : NOUVELLE-ÉCOSSE (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. WALSH**

**Référence neutre : 2002 CSC 83.**

N° du greffe : 28179.

2002 : 14 juin; 2002 : 19 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Partage des biens matrimoniaux — Définition de « conjoint » — « Conjoint » dans la loi sur les biens matrimoniaux n'inclut que les conjoints de sexe opposé mariés — L'exclusion des couples de sexe opposé non mariés est-elle discriminatoire au sens de l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, ch. 275, art. 2g).*

*Droit de la famille — Partage des biens matrimoniaux — Définition de « conjoint » — « Conjoint » dans la loi sur les biens matrimoniaux n'inclut que les conjoints de sexe opposé mariés — L'exclusion des couples de sexe opposé non mariés est-elle inconstitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, ch. 275, art. 2g).*

Les parties, B et W, ont cohabité pendant 10 ans environ. W a réclamé une pension alimentaire pour

and a declaration that the definition of “spouse” in s. 2(g) of Nova Scotia *Matrimonial Property Act* (“MPA”) was unconstitutional for failing to provide her with the presumption, applicable to married spouses, of an equal division of matrimonial property, in violation of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge held that the exclusion of common law spouses from the definition of “spouse” did not constitute discrimination within the meaning of s. 15(1). The Court of Appeal set aside the decision, concluding that the legislation infringed s. 15(1) and that the infringement was not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

*Held* (L’Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed. The exclusion from the MPA of unmarried cohabiting persons of the opposite sex is not discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. The distinction does not affect the dignity of these persons and does not deny them access to a benefit or advantage available to married persons.

*Per* McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: The three-part test for determining whether an impugned statute violates the s. 15(1) equality guarantee was set out in *Law*. With respect to the first two inquiries, the Crown conceded that the MPA provides differential treatment for the purpose of s. 15(1) and that marital status is an analogous ground of discrimination. With respect to the third inquiry, it can be stated, in the present case, as whether a reasonable heterosexual unmarried cohabiting person, taking into account all of the relevant contextual factors, would find the MPA’s failure to include him or her in its ambit has the effect of demeaning his or her dignity.

The equality guarantee is a comparative concept. The comparator groups in this case are married and unmarried heterosexual cohabitants. Although in some cases certain functional similarities between these two groups may be substantial, it would be wrong here to ignore the significant heterogeneity that exists within the claimant’s comparator group. Reliance solely on certain “functional similarities” between the two groups does not adequately address the full range of traits, history and circumstances of the comparator group of which the claimant is a member.

Although the courts and legislatures have recognized the historical disadvantages suffered by unmarried cohabiting couples, where legislation has the effect of dramatically altering the legal obligations of partners, choice must be paramount. The decision to marry or not is intensely personal. Many opposite sex individuals in

elle-même et leurs enfants, et un jugement déclarant inconstitutionnelle la définition de « conjoint » à l’al. 2g) de la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse (« MPA ») parce qu’elle ne lui permet pas de bénéficier de la présomption de partage égal des biens matrimoniaux applicable aux conjoints mariés, en violation du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge de première instance conclut que l’exclusion des conjoints de fait de la définition n’est pas discriminatoire au sens du par. 15(1). La Cour d’appel infirme sa décision et conclut que l’exclusion contrevient au par. 15(1) et n’est pas justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*.

*Arrêt* (le juge L’Heureux-Dubé est dissidente) : Le pourvoi est accueilli. L’exclusion, dans la MPA, des conjoints de sexe opposé non mariés n’est pas discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*. La distinction ne porte pas atteinte à la dignité de ces personnes et ne les prive pas d’un bénéfice ou avantage accordé aux personnes mariées.

*Le* juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel : L’analyse en trois étapes servant à déterminer si une loi viole la garantie d’égalité du par. 15(1) est établie par l’arrêt *Law*. Pour les deux premières étapes d’analyse, le procureur général admet que la MPA crée une différence de traitement au sens du par. 15(1) et que l’état matrimonial est un motif analogue de discrimination. Pour la troisième, il faut se demander en l’espèce si un partenaire hétérosexuel non marié raisonnable estimerait, compte tenu de tous les facteurs contextuels pertinents, que la MPA porte atteinte à sa dignité en ne l’incluant pas dans son champ d’application.

La garantie d’égalité est un concept relatif. Les groupes de comparaison, en l’espèce, sont les couples hétérosexuels mariés et les couples hétérosexuels non mariés. Bien que, dans certains cas, ces deux groupes puissent présenter des similitudes fonctionnelles importantes, ce serait une erreur en l’espèce de faire abstraction de la grande hétérogénéité du groupe de comparaison auquel appartient le demandeur. Invoquer l’existence de certaines « similitudes fonctionnelles » entre les deux groupes ne permet pas de tenir adéquatement compte de la diversité des traits, de l’histoire et de la situation des membres du groupe de comparaison auquel appartient le demandeur.

Bien que les tribunaux et les législatures aient reconnu le désavantage historique subi par les couples non mariés, lorsque la loi modifie radicalement les obligations juridiques des partenaires, la liberté de choix doit être considérée primordiale. La décision de se marier ou non est de nature très personnelle. De nombreuses personnes de

conjugal relationships of some permanence have chosen to avoid marriage and the legal consequences that flow from it. To ignore the differences among cohabiting couples presumes a commonality of intention and understanding that simply does not exist. This effectively nullifies the individual's freedom to choose alternative family forms and to have that choice respected by the state.

Examination of the context in which the discrimination claim arises also involves a consideration of the relationship between the grounds and the claimant's characteristics or circumstances. The *MPA* deems married persons to have agreed to an economic partnership wherein both pecuniary and non-pecuniary contributions to the marriage partnership are considered to be of equal worth entitling each spouse, *inter alia*, to an equal division of a pool of assets upon marriage breakdown. The *MPA* also confers other benefits and imposes other obligations on the spouses. The decision to marry, which requires the consent of each spouse, encapsulates within it the spouses' consent to be bound by the *MPA* proprietary regime. Unmarried cohabitants, on the other hand, maintain their respective proprietary rights and interests throughout the duration of their relationship and at its end. If they so choose, however, they are able to access all of the benefits applicable to married couples under the *MPA*. They are free to marry, enter into domestic contracts, own property jointly or register as domestic partners. There is thus no discriminatory denial of a benefit in this case because those who do not marry are free to take steps to deal with their personal property in such a way as to create an equal partnership between them.

The decision to live together is insufficiently indicative of an intention to contribute to and share in each other's assets and liabilities. While many unmarried cohabitants have agreed as between themselves to live as economic partners for the duration of their relationship, it does not necessarily follow that these same persons would agree to restrict their ability to deal with their own property during the relationship or to share in all of the other's assets and liabilities following the end of the relationship. People who marry can be said to freely accept mutual rights and obligations. A decision not to marry should be respected because it also stems from a conscious choice of the parties.

Even if the freedom to marry is sometimes illusory, it does not warrant setting aside an individual's freedom of choice and imposing on that individual a regime that was designed for persons who have made an unequivocal commitment encompassing the equal partnership described in the *MPA*. While inequities may exist in

sexe opposé vivant dans une union de fait d'une certaine permanence ont choisi de se soustraire à l'institution du mariage et aux conséquences juridiques qui en découlent. Faire abstraction des différences parmi les couples vivant en union libre revient à présumer une intention et une perception communes qui n'existent tout simplement pas, et, en réalité, à neutraliser la liberté de chacun de choisir un type de famille non traditionnelle et de voir ce choix respecté par l'État.

L'examen du contexte de l'allégation de discrimination nous oblige en outre à examiner le lien entre les motifs invoqués et les caractéristiques ou la situation de la demanderesse. Selon la *MPA*, les personnes mariées sont réputées avoir convenu d'une association économique, dans laquelle leurs contributions pécuniaires et non pécuniaires sont présumées de valeur égale, et, de ce fait, avoir droit notamment au partage égal d'une masse de biens à la rupture du mariage. La *MPA* accorde d'autres bénéfices et impose d'autres obligations aux conjoints. La décision de se marier, qui requiert le consentement de chaque époux, implique leur consentement à être assujettis au régime de propriété établi par la *MPA*. En revanche, les conjoints non mariés conservent leurs droits de propriété respectifs pendant la durée de leur union et à la fin de celle-ci. Ces couples, s'ils le désirent, peuvent avoir accès à tous les avantages que la *MPA* accorde aux couples mariés. Ils sont libres de se marier, de conclure un contrat familial, d'enregistrer leur union et de détenir des biens en copropriété. Il n'y a donc pas de négation discriminatoire d'un bénéfice, car les couples qui ne se marient pas peuvent en toute liberté prendre des mesures à l'égard de leurs biens personnels de façon à créer une association à parts égales entre eux.

La décision de faire vie commune ne suffit pas à démontrer l'intention de contribuer à l'actif et au passif l'un de l'autre et de le partager. Si de nombreux conjoints vivant en union libre ont convenu entre eux de former une association économique pour la durée de leur union, il ne s'ensuit pas nécessairement que ces mêmes personnes seraient d'accord pour restreindre leur faculté de disposer de leurs propres biens pendant la durée de l'union ou pour partager l'actif et le passif de l'autre à la rupture de l'union. Les personnes qui se marient acceptent librement des droits et obligations réciproques. La décision de ne pas se marier commande le même respect car elle relève également d'un choix conscient.

Même si la liberté de se marier est parfois illusoire, il ne faut pas pour autant écarter la liberté de choix de l'individu et lui imposer un régime destiné aux personnes qui se sont engagées de façon non équivoque, notamment à former l'association à parts égales décrite dans la *MPA*. Même s'il peut exister des iniquités chez certains couples

certain unmarried cohabiting relationships which may result in unfairness on relationship breakdown, there is no constitutional requirement that the state extend the protections of the *MPA* to those persons. Alternative choices and remedies are available to persons unwilling or unable to marry.

In sum, the application of the *MPA* to married persons only is not discriminatory in this case as the distinction reflects and corresponds to the differences between those relationships and as it respects the fundamental personal autonomy and dignity of the individual. In this context, the dignity of common law spouses cannot be said to be affected adversely. There is no deprivation of a benefit based on stereotype or presumed characteristics perpetuating the idea that unmarried couples are less worthy of respect or valued as members of Canadian society. All cohabitants are deemed to have the liberty to make fundamental choices in their lives. The object of s. 15(1) is respected. Moreover, the discriminatory aspect of the legislative distinction must be determined in light of *Charter* values. One of these essential values is liberty, basically defined as the absence of coercion and the ability to make fundamental choices with regard to one's life. Limitations imposed by this Court that serve to restrict this freedom of choice among persons in conjugal relationships would be contrary to the liberty interest.

*Per Gonthier J.:* There is agreement with the majority reasons. Legislative provisions that attach burdens and advantages to marriage are not discriminatory in and of themselves. Legislatures are entitled to define and promote fundamental institutions such as marriage, which is founded on the consent of the parties and is contractual in nature. It is therefore fitting that certain attributes, rights and obligations which serve to give marriage its unique character are not conferred on unmarried couples.

The *Charter* does not require that the legislature treat married and unmarried couples identically. The right to equality is a comparative right requiring reference to an appropriate comparator group. The purpose of such a comparison is to determine whether the person invoking s. 15(1) of the *Charter* is subject to differential treatment sufficient to constitute a violation of the equality right. The situation of couples who have chosen life commitment through marriage is not comparable to that of unmarried couples when one considers that with married couples, there is a permanent and reciprocal life commitment, to which the legislature has attached, among other things, a presumption of equal division of matrimonial assets. Unmarried couples do not make that same commitment, and rights and duties akin to marriage should

non mariés pouvant donner lieu à une injustice entre les parties à la rupture de leur union, aucune règle constitutionnelle n'oblige l'État à étendre la portée de la *MPA* pour les protéger. Les personnes qui ne veulent pas ou ne peuvent pas se marier ont d'autres options et recours.

En somme, l'application de la *MPA* aux personnes mariées seulement n'est pas discriminatoire en l'espèce car cette distinction reflète les différences entre ces unions et respecte l'autonomie et la dignité fondamentales de la personne. Dans ce contexte, on ne peut soutenir qu'il y a atteinte à la dignité des conjoints de fait. Il n'y a pas négation d'un bénéfice en raison d'un stéréotype ou de caractéristiques présumées perpétuant l'idée que les couples non mariés sont moins dignes d'être respectés et valorisés en tant que membres de la société canadienne. Tous les couples sont réputés libres de faire des choix fondamentaux dans leur vie. L'objectif du par. 15(1) est respecté. De plus, le caractère discriminatoire de la distinction créée par la loi doit s'apprécier en regard des valeurs de la *Charte*. L'une de ces valeurs fondamentales est la liberté, définie essentiellement comme l'absence de coercition et la faculté de chacun de faire des choix fondamentaux concernant sa vie. L'imposition par la Cour de restrictions limitant cette liberté de choix chez les personnes vivant en union conjugale irait à l'encontre de notre conception de la liberté.

*Le juge Gonthier :* Les motifs de la majorité sont adoptés. Les textes législatifs qui rattachent des obligations et des avantages au mariage ne sont pas discriminatoires en soi. Le législateur a le droit de définir et de favoriser certaines institutions fondamentales comme le mariage, qui repose sur le consentement des parties et qui est de nature contractuelle. Il est donc normal que certains attributs, droits et obligations qui donnent au mariage son caractère spécifique, ne soient pas conférés aux couples non mariés.

La *Charte* n'exige pas que le législateur traite les couples mariés et non mariés de la même manière. Le droit à l'égalité est un droit comparatif exigeant de se reporter à un groupe de comparaison approprié. Le but de la comparaison est de déterminer si la personne qui invoque le par. 15(1) de la *Charte* est soumise à une différence de traitement suffisante pour constituer une atteinte au droit à l'égalité. La situation des couples qui ont choisi de s'engager pour la vie dans le mariage n'est pas comparable à celle des couples non mariés lorsque l'on considère que, dans le cas des couples mariés, il existe un engagement permanent et réciproque à l'égard duquel le législateur a établi, entre autres choses, une présomption de partage égal des biens matrimoniaux. Les couples non mariés ne prennent pas le même engagement, et il ne leur est donc

not as a result follow. The fundamental differences between common law and married couples make them inappropriate comparator groups in this respect. The fact that some unmarried couples have relationships similar to those of married couples does not undermine the central distinguishing feature of the institution of marriage: permanent contractual commitment. When couples marry, they commit to respect the consequences and obligations flowing from their choice. It is this choice that legitimates the system of benefits and obligations attached to marriage generally, and, in particular, those relating to matrimonial assets. To extend the presumption of equal division of matrimonial assets to common law couples would be to intrude into the most personal and intimate of life choices by imposing a system of obligations on people who never consented to such a system. To presume that common law couples want to be bound by the same obligations as married couples is contrary to their choice to live in a common law relationship without the obligations of marriage.

Although there has been growing recognition that common law spouses should be subject to the same spousal support regime as married spouses, this recognition does not extend to a division of matrimonial property, as different principles underlie the two regimes. The objective of matrimonial property division is to divide assets according to a property regime chosen by the parties, either directly by contract or indirectly by the fact of marriage, while the main objective of support is to meet the needs of spouses and their children. The support obligation is non-contractual and responds to situations of dependency that may occur in common law relationships.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* In conducting the three-stage analysis set out in *Law* to determine whether legislation infringes s. 15(1), it must be remembered that fundamental to the equality rights guarantee is its broad remedial purpose to recognize the innate dignity of each human being in society. This fundamental purpose is violated whenever a sufficient distinction is drawn between individuals or groups on an enumerated or analogous ground in such a way as to reflect the stereotypical application of presumed group or personal characteristics or so as to create the effect of perpetuating or promoting the view that the claimant is less capable, or less worthy, of recognition or value as a human being. In this case, the Court is required to identify differential treatment by observing the way the legislation treats two comparator groups: heterosexual married cohabitants and heterosexual unmarried cohabitants. The question is whether a person reflecting objectively on the claimant's situation would regard the exclusion of all heterosexual

pas conféré des droits et obligations qui s'apparentent au mariage. En raison des différences fondamentales entre conjoints de fait et couples mariés, ils ne sont pas des groupes de comparaison appropriés sur ce point. Le fait que des couples non mariés vivent des relations semblables à celles de couples mariés n'affecte en rien la caractéristique distinctive de l'institution du mariage, l'engagement contractuel permanent. Lorsque les époux se marient, ils s'engagent à respecter les conséquences et les obligations qui découlent de leur choix. Ce choix rend légitime le système d'avantages et d'obligations liés au mariage en général et, en particulier, ceux qui sont liés aux biens matrimoniaux. Étendre la présomption de partage égal des biens matrimoniaux aux unions de fait serait une intrusion dans des choix de vie très personnels et très intimes par l'imposition d'un système d'obligations à des personnes qui n'y ont jamais consenti. Présumer que des conjoints de fait désirent être tenus aux mêmes obligations que des conjoints mariés va à l'encontre du choix qu'ils ont fait de vivre dans une union de fait exempte des obligations du mariage.

S'il est de plus en plus admis que les conjoints de fait devraient être assujettis au même régime d'obligations alimentaires que les couples mariés, cette reconnaissance ne s'étend pas au partage des biens matrimoniaux, car des principes entièrement différents sous-tendent les deux régimes. Le partage des biens matrimoniaux vise à partager des biens selon un régime matrimonial choisi par les parties, soit directement par contrat, soit indirectement par le fait du mariage, alors que la pension alimentaire vise à répondre aux besoins des conjoints et de leurs enfants. L'obligation alimentaire n'est pas de nature contractuelle et répond aux situations de dépendance qui peuvent exister dans les unions de fait.

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente) :* Dans le cadre de l'analyse en trois étapes selon l'arrêt *Law*, pour déterminer s'il y a atteinte au par. 15(1), il faut rappeler que l'essence de la garantie des droits à l'égalité réside en son large objectif réparateur qu'est la reconnaissance de la dignité inhérente de chaque individu dans la société. Il y a atteinte à cet objectif fondamental chaque fois qu'on établit une distinction suffisante entre des personnes ou des groupes, pour un motif énuméré ou analogue, d'une manière qui traduit une application stéréotypée de caractéristiques personnelles ou collectives présumées, ou d'une manière qui perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain. En l'espèce, la Cour doit examiner une différence de traitement en étudiant la façon dont la loi traite deux groupes de comparaison : les couples hétérosexuels mariés et les couples hétérosexuels non mariés. Il s'agit de savoir si une personne réfléchissant objectivement à la situation

unmarried cohabitants as being a violation of the claimant's dignity.

With respect to the first two steps of the *Law* analysis, the Crown conceded that the *MPA* draws a distinction between married and heterosexual unmarried cohabitants in the definition of spouse and that the distinction is based on the personal characteristic of marital status, which constitutes an analogous ground of discrimination under s. 15(1). Since formal discrimination has been established, it is left to determine whether the distinction violates the purpose of s. 15(1) by diminishing the claimant's dignity by promoting the view that she is less capable or worthy of recognition or value as a human being. A number of contextual factors must inform this analysis, to ensure that the claim is situated in its full legal, social and historical context in order to serve the broad remedial purpose of s. 15(1). The four factors enumerated in *Law*, the purpose of the *MPA* and other relevant considerations lead to the conclusion that the distinction drawn in the *MPA* has the effect of diminishing the claimant's dignity.

Heterosexual unmarried cohabitants have historically faced disadvantages through a legal system that fails to acknowledge them as legitimate family forms. This pre-existing disadvantage has abated in recent years but remains exacerbated by the denial of equal treatment in the *MPA*. In failing to account for these people, the *MPA* does not serve a justifiable ameliorative purpose, nor does it provide a remedy in response to the actual needs of unmarried people. The *prima facie* right to an equal division of property and assets is of fundamental importance and the most expedient means of resolving the very difficult matters associated with the dissolution of a long-term relationship at a time where patience and emotional stability are at a premium. The failure to provide the benefits of the *MPA* to heterosexual unmarried cohabitants thus constitutes a failure to provide a fundamental benefit at a time when it is most needed. In doing so, the legislature draws a distinction based on a status wholly unrelated to the actual needs of people whose relationships of interdependence have come to an end and who, as a result, require redistribution of economic resources through property equalization and support. Heterosexual unmarried cohabitants experience similar needs as their married counterparts when the relationship comes to an end. In this sense, the relationships are functionally equivalent. Each of these relationships performs the same valuable functions and the law should apply equally to both. Since the purpose of the *MPA* is to recognize this need and to alleviate it, limiting the recognition to married cohabitants implies that the needs

de la demanderesse estimerait que l'exclusion de tous les couples hétérosexuels non mariés porte atteinte à sa dignité.

Sur les deux premières étapes de l'analyse selon *Law*, le procureur général admet que la *MPA* établit une distinction entre couples mariés et couples hétérosexuels non mariés dans la définition de conjoint et que la distinction est fondée sur une caractéristique personnelle, l'état matrimonial, qui est un motif de discrimination analogue aux motifs énumérés au par. 15(1). Puisque l'existence d'une discrimination formelle est établie, il reste à déterminer si la distinction contrevient à l'objet du par. 15(1) en ce qu'elle porte atteinte à la dignité de la demanderesse en perpétuant l'opinion qu'elle est moins capable ou moins digne d'être reconnue ou valorisée en tant qu'être humain. Plusieurs facteurs contextuels sont à considérer dans l'analyse pour situer la revendication dans son contexte juridique, social et historique global, de façon à réaliser le large objectif réparateur du par. 15(1). Les quatre facteurs énumérés dans *Law*, l'objet de la *MPA* et d'autres considérations pertinentes permettent de conclure que la distinction faite dans la *MPA* a porté atteinte à la dignité de la demanderesse.

Les conjoints de fait hétérosexuels ont traditionnellement été désavantagés dans un système juridique qui n'a pas su les reconnaître parmi les types de famille légitimes. Ce désavantage préexistant s'est atténué au cours des dernières années, mais demeure exacerbé par le déni du droit à l'égalité de traitement dans la *MPA*. En n'incluant pas ces personnes, la *MPA* ne sert pas un objet d'amélioration justifiable et ne met en place aucune mesure réparatrice répondant aux véritables besoins des conjoints de fait. Le droit présumé à la répartition égale des biens et des actifs revêt une importance fondamentale et constitue le moyen le plus avantageux de résoudre les questions très difficiles liées à la rupture d'une longue relation, à un moment où patience et stabilité émotive prennent une importance particulière. Le défaut de conférer les avantages de la *MPA* aux couples hétérosexuels non mariés équivaut à un défaut de conférer un avantage fondamental à un moment où le besoin se fait le plus sentir. La législation établit ainsi une distinction fondée sur un état qui n'a rien à voir avec les besoins véritables de personnes dont la relation d'interdépendance a pris fin et qui doivent, de ce fait, procéder à une nouvelle répartition des ressources économiques par l'égalisation des biens et les obligations alimentaires. À la rupture de l'union, les conjoints de fait hétérosexuels ont des besoins semblables à ceux des conjoints mariés. En ce sens, les deux types d'unions sont fonctionnellement équivalents. Les deux assument des fonctions importantes et la loi devrait s'appliquer également aux deux. Puisque la *MPA* vise à reconnaître ces besoins et y répondre, le fait qu'elle ne

of heterosexual unmarried cohabitants are not worthy of the same recognition solely because the people in need have not married. Further, the *MPA* equal presumption is based on the recognition of the contribution made by both spouses to the family. Functionally, spouses contribute to various types of families. The *MPA*'s refusal to recognize the contributions made by non-married persons to their relationships sends the message that, by virtue of their marital status alone, their relationship is less worthy of respect and value.

Although unmarried cohabitants have relationships, on average, of shorter duration, the *MPA* has built-in devices to allow the court to rebut the presumption of equal sharing where appropriate. It is no excuse to deny the benefit of equal sharing to all heterosexual unmarried cohabitants simply because some members of the group do not deserve or want this equal division. The legislature is in the best position to craft legislation that takes into account the difficulties associated with extending the benefit.

The dignity of the members of the claimant's group is further attacked by claims that the *MPA* is designed to give effect to the intentions of married and unmarried persons at the outset of their relationships. The *MPA* has nothing to do with choice or consensus, and everything to do with recognizing the needs of spouses at the end of the relationship. Initial intentions are, therefore, of little consequence. People are often unaware of their legal rights and obligations and do not organize their personal lives in a manner to achieve specific legal consequences. Matrimonial property legislation imposes a wealth distribution regime on marriage dissolution without regard for the wishes of married cohabitants at the outset of their relationship, not on some pre-conceived consensus. Furthermore, many heterosexual unmarried cohabitants cohabit not out of choice but out of necessity. For many, choice is denied them by virtue of the wishes of the other partner. To deny them a remedy because the other partner chose to avoid certain consequences creates a situation of exploitation. Even if research were to show that unmarried cohabitants choose to cohabit in order to avoid the legal consequences of marriage, those findings would be irrelevant as it is the reality of the relationship at its termination that the *MPA* addresses, not the intentions of the parties at its outset.

Courts and legislatures in this country have also recognized that denying certain benefits to a class of persons on the basis of their marital status is unjust where the need for these benefits is felt by both unmarried and married cohabitants equally. Both courts and legislatures

protège que les conjoints mariés implique que les besoins des conjoints de fait hétérosexuels ne méritent pas la même reconnaissance pour la seule raison qu'ils ne sont pas mariés. En outre, la présomption d'égalité de la *MPA* se fonde sur la reconnaissance de la contribution apportée par chacun des conjoints à la famille. D'un point de vue fonctionnel, les conjoints contribuent à des types de familles très diverses. La *MPA*, en refusant de reconnaître les contributions apportées par les conjoints de fait à leur union véhicule le message que, en raison uniquement de leur état matrimonial, leurs relations sont moins dignes d'être respectées, reconnues et valorisées.

Si les unions de faits sont en moyenne de durée plus courte, la *MPA* comporte des mécanismes qui permettent aux tribunaux de rejeter la présomption de partage égal dans les cas appropriés. On ne peut refuser de consentir l'avantage du partage égal à tous les conjoints de fait hétérosexuels pour la simple raison que certains d'entre eux ne semblent pas le mériter ou le vouloir. Le législateur est le mieux placé pour élaborer une loi qui tienne compte des difficultés liées à l'élargissement de cet avantage.

Les allégations que la *MPA* est conçue pour donner effet aux intentions des personnes mariées et non mariées au début de leur relation sont une autre atteinte à la dignité du groupe de la demanderesse. La *MPA* n'a rien à voir avec le consensus et tout à voir avec la reconnaissance des besoins des conjoints à la fin de l'union. Les intentions initiales ont donc peu d'importance. Les gens ignorent souvent leurs droits et obligations et n'organisent pas leur vie personnelle de façon à parvenir à des conséquences juridiques précises. La loi sur les biens matrimoniaux impose un régime de distribution des ressources à la dissolution du mariage qui ne tient pas compte des désirs des conjoints mariés au début de leur union et ne se fonde pas sur un consensus préconçu. De plus, de nombreux conjoints de fait hétérosexuels cohabitent non par choix, mais par nécessité. Pour beaucoup, les désirs de leur conjoint les privent de ce choix. Leur refuser une réparation parce que l'autre conjoint a choisi d'éviter certaines conséquences crée une situation d'exploitation. Même si la recherche démontrait que les conjoints de fait optent généralement pour la cohabitation afin de se soustraire aux conséquences juridiques du mariage, ces conclusions seraient dénuées de pertinence puisque la *MPA* concerne les réalités à la rupture de l'union, et non pas les intentions des parties à l'origine.

Au Canada, les tribunaux et les législatures ont aussi reconnu qu'il est injuste de refuser certains avantages à une catégorie de personnes en raison de leur état matrimonial lorsque la nécessité de ces avantages se fait sentir tant chez les couples mariés que les couples non mariés.

have extended certain benefits to heterosexual unmarried cohabitants. The appreciation of an injustice and the resulting actions reinforce the view that the denial of marital property benefits demeans the dignity of heterosexual unmarried cohabitants. The steps taken constitute an acknowledgement of an historic attack upon the dignity of these individuals. Lastly, the *MPA* cannot survive a s. 15(1) scrutiny because of the availability of alternative remedies. These remedies are inadequate relative to those accorded spouses under the *MPA*. The claimant's dignity is demeaned by offering her remedies that are greatly deficient relative to the legislated property regime.

Given these conclusions, it follows that the *MPA* infringes s. 15(1). This infringement cannot be saved by s. 1 of the *Charter*. There does not appear to be a pressing and substantial objective for the omission of heterosexual unmarried cohabitants from the *MPA*. Taken as a whole, the true objective of the *MPA* is the protection of married individuals from the harmful effects following the breakdown of the marriage to the exclusion of all non-married cohabitants. This is not a constitutional objective. Assuming that the objectives of the *MPA* are pressing and substantial and justify a breach of a constitutional right, the means chosen are not proportional to the objectives considered due to the absence of any rational connection between the exclusion of heterosexual unmarried cohabitants from the *MPA* and the purported purpose of the statute.

### Cases Cited

By Bastarache J.

**Applied:** *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; **referred to:** *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46.

By Gonthier J.

**Distinguished:** *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; **referred to:** *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Hyde v. Hyde* (1866), L.R. 1 P. & D. 130; *Layland v. Ontario (Minister of Consumer & Commercial*

Les tribunaux et les législatures ont accordé certains avantages aux conjoints de fait hétérosexuels. L'appréciation de l'injustice et les mesures qui ont été prises renforcent l'idée que le refus d'accorder des avantages en matière de biens matrimoniaux touche la dignité des conjoints de fait hétérosexuels. Les mesures prises témoignent de la reconnaissance d'une atteinte historique à la dignité de ces personnes. Enfin, la *MPA* ne résiste pas à un examen fondé sur le par. 15(1) en raison de l'existence d'autres recours. Ces recours sont inadéquats par rapport à ceux que la *MPA* confère aux époux. Il est portée atteinte à la dignité de la demanderesse quand on lui offre des réparations grandement insuffisantes par rapport au régime légal.

Vu ces conclusions, la *MPA* contrevient au par. 15(1) et n'est pas justifiée en vertu de l'article premier. Il ne semble pas exister d'objectif urgent et réel justifiant l'exclusion des conjoints de fait hétérosexuels de la *MPA*. Dans l'ensemble, le véritable objectif de la *MPA* est la protection des personnes mariées contre les effets préjudiciables découlant de la rupture du mariage à l'exclusion de tous les conjoints de fait. Un tel objectif est inconstitutionnel. À supposer que les objectifs de la *MPA* soient urgents et réels et justifient une atteinte à un droit constitutionnel, les moyens choisis ne sont pas proportionnels aux objectifs vu l'absence de lien rationnel entre l'exclusion des conjoints de fait hétérosexuels de la *MPA* et l'objet de cette loi.

### Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

**Arrêts appliqués :** *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; **arrêts mentionnés :** *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46.

Citée par le juge Gonthier

**Distinction d'avec l'arrêt :** *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Hyde c. Hyde* (1866), L.R. 1 P. & D. 130; *Layland c. Ontario (Minister of Consumer*

*Relations*) (1993), 14 O.R. (3d) 658; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Lavoie v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Gammans v. Ekins*, [1950] 2 All E.R. 140; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Taylor v. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266; *Woycenko Estate, Re* (2002), 315 A.R. 291, 2002 ABQB 640; *C.L.W. v. G.C.W.* (1999), 182 Sask. R. 237; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act instituting civil unions and establishing new rules of filiation*, S.Q. 2002, c. 6, s. 27.  
*Act Respecting the Conseil de la famille et de l'enfance*, R.S.Q., c. C-56.2, preamble.  
 Bill 75, *An Act to Comply with Certain Court Decisions and to Modernize and Reform Laws in the Province*, 1st Sess., 58th Leg., Nova Scotia, 2000, cl. 3 [now S.N.S. 2000, ch. 29, s. 3].  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 15(1).  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 365.  
*Common-Law Partners's Property and Related Amendments Act*, S.M. 2002, c. 48 [not yet proclaimed].  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(26), 92(12).  
*Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 8(2).  
*Divorce Act*, S.C. 1967-68, c. 24.  
*Domestic Relations Act*, R.S.A. 2000, c. D-14, s. 1 "spouse".  
*Family Law Act*, R.S.N. 1990, c. F-2, s. 35(c) [am. 2000, c. 29, s. 1].  
*Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, preamble, ss. 1(1) [am. 1999, c. 6, s. 25(1)], 29 [*idem*, s. 25(2)], 33(9) [am. 1997, c. 20, s. 3; am. 1999, c. 6, s. 25(6)].  
*Family Law Act*, S.N.W.T. 1997, c. 18, s. 1(1).  
*Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, c. 12, s. 29(1)(b).

& *Commercial Relations*) (1993), 14 O.R. (3d) 658; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28.

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

*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Gammans c. Ekins*, [1950] 2 All E.R. 140; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Taylor c. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266; *Woycenko Estate, Re* (2002), 315 A.R. 291, 2002 ABQB 640; *C.L.W. c. G.C.W.* (1999), 182 Sask. R. 237; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 15(1).  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 365.  
*Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948), art. 16.  
*Domestic Relations Act*, R.S.A. 2000, ch. D-14, art. 1 « spouse ».  
*Family Law Act*, R.S.N. 1990, ch. F-2, art. 35c) [mod. 2000, ch. 29, art. 1].  
*Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, ch. 12, art. 29(1)b).  
*Family Property Act*, S.S. 1997, ch. F-6.3.  
*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 1 [mod. 1997, ch. 20, art. 1c)].  
*Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 214.  
*Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, ch. 29, art. 3.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(26), 92(12).  
*Loi de 1997 sur les prestations alimentaires familiales*, L.S. 1997, ch. F-6,2, art. 2 [mod. 2001, ch. 51, art. 5(4)].  
*Loi d'harmonisation n<sup>o</sup> 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, art. 5.  
*Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, ch. 6, art. 27.  
*Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, ch. 12, art. 1.1.  
*Loi sur le Conseil de la famille et de l'enfance*, L.R.Q., ch. C-56.2, préambule.

- Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c. F20, ss. 1, 4(3), 14(1).
- Family Maintenance Act*, 1997, S.S. 1997, c. F-6.2, s. 2 [am. 2001, c. 51, s. 5(4)].
- Family Property Act*, S.S. 1997, c. F-6.3.
- Family Property and Support Act*, R.S.Y. 1986, c. 63, s. 1 [am. 1998, c. 8, s. 10(1)].
- Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 1 [am. 1997, c. 20, s. 1(c)].
- Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, s. 112(3) [am. 2000, c. 59, s. 1].
- Federal Law — Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4, s. 5.
- Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214.
- Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, c. 29, s. 3.
- Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, ss. 2(aa) [ad. 2000, c. 29, s. 3(a)], (m) [rep. & sub. *idem*, s. 3(b)], 3, 4, 52(1).
- Maintenance Enforcement Act*, S.N.S. 1994-95, c. 6, s. 2(e).
- Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, preamble, ss. 2(g), 3(1), 5(1), 6(1), 11(1)(a), 12, 13.
- Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, c. 9, preamble.
- Modernization of Benefits and Obligations Act*, S.C. 2000, c. 12, s. 1.1.
- Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Art. 16.
- Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, c. 494.
- Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 8(2).
- Loi sur le divorce*, S.C. 1967-68, ch. 24.
- Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, préambule, art. 1(1) [mod. 1999, ch. 6, art. 25(1)], 29 [*idem*, art. 25(2)], 33(9) [mod. 1997, ch. 20, art. 3; mod. 1999, ch. 6, art. 25(6)].
- Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 18, art. 1(1).
- Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 1986, ch. 63, art. 1 [mod. 1998, ch. 8, art. 10(1)].
- Loi sur les biens des conjoints de fait et modifications connexes*, L.M. 2002, ch. 48 [non en vigueur].
- Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 112(3) [mod. 2000, ch. 59, art. 1].
- Loi sur l'obligation alimentaire*, L.R.M. 1987, ch. F20, art. 1, 4(3), 14(1).
- Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160, art. 2(aa) [aj. 2000, ch. 29, art. 3a)], (m) [abr. & rempl. *idem*, art. 3b)], 3, 4, 52(1).
- Maintenance Enforcement Act*, S.N.S. 1994-95, ch. 6, art. 2e).
- Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275, préambule, art. 2g), 3(1), 5(1), 6(1), 11(1)a), 12, 13.
- Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, ch. 9, préambule.
- Projet de loi 75, *An Act to Comply with Certain Court Decisions and to Modernize and Reform Laws in the Province*, 1<sup>re</sup> sess., 58 lég., Nouvelle-Écosse, 2000, cl. 3 [maintenant S.N.S. 2000, ch. 29, art. 3].
- Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 494.

### Authors Cited

- Alberta. Institute of Law Research and Reform. Research Paper No. 15. *Survey of Adult Living Arrangements: A Technical Report*. Edmonton: The Institute, 1984.
- Blumberg, Grace Ganz. "The Regularization of Nonmarital Cohabitation: Rights and Responsibilities in the American Welfare State" (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1265.
- Brinton, C. *French Revolutionary Legislation on Illegitimacy 1789-1804*. Cambridge: Harvard University Press, 1936.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper. *Studies on Family Property Law*. Ottawa: The Commission, 1975.
- Canada. Royal Commission on the Status of Women in Canada. *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada*. Ottawa: The Commission, 1970.
- Canada. Statistics Canada. *1996 Census: Marital Status, Common-law Unions and Families*. Ottawa: Statistics Canada, 1997.

### Doctrine citée

- Alberta. Institute of Law Research and Reform. Research Paper No. 15. *Survey of Adult Living Arrangements: A Technical Report*. Edmonton: The Institute, 1984.
- Blumberg, Grace Ganz. « The Regularization of Nonmarital Cohabitation: Rights and Responsibilities in the American Welfare State » (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1265.
- Brinton, C. *French Revolutionary Legislation on Illegitimacy 1789-1804*. Cambridge: Harvard University Press, 1936.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail. *Études sur le droit des biens de la famille*. Ottawa: La Commission, 1975.
- Canada. Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*. Ottawa: La Commission, 1970.
- Canada. Statistique Canada. *Âge, sexe, état matrimonial et union libre*. Rapports techniques du recensement de 1996. Ottawa: Ministre de l'Industrie, 1999.

- Canada. Statistics Canada. *Age, Sex, Marital Status and Common-law Status*. 1996 Census Technical Reports. Ottawa: Minister of Industry, 1999.
- Canada. Statistics Canada. *Profile of Canadian families and households: Diversification continues*. Ottawa: Statistics Canada, 2002.
- Canada. Statistics Canada. *Report on the Demographic Situation in Canada 1996: Current Demographic Analysis*. Report prepared by Jean Dumas and Alain Bélanger. Ottawa: Minister of Industry, 1997.
- Des Rosiers, Nathalie. "Should Conjugal Matter in Law and Social Policy?" Remarks for a Keynote Address to the North American Regional Conference of the International Society of Family Law. Ottawa: Law Commission of Canada, 2001.
- Eichler, Margrit. *Family Shifts: Families, Policies, and Gender Equality*. Toronto: Oxford University Press, 1997.
- Eisenberg, Melvin Aron. "The Limits of Cognition and the Limits of Contract" (1995), 47 *Stan. L. Rev.* 211.
- Ellman, Ira Mark. "Contract Thinking' Was Marvin's Fatal Flaw" (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1365.
- Holland, Winifred. "Intimate Relationships in the New Millennium: The Assimilation of Marriage and Cohabitation?" (2000), 17 *Can. J. Fam. L.* 114.
- Holland, Winifred H. "Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap?", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law: Roles, Fairness and Equality*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 369.
- Kuffner, Kara L. "Common-Law and Same-Sex Relationships Under *The Matrimonial Property Act*" (2000), 63 *Sask. L. Rev.* 237.
- Lempriere, T. "A New Look at Poverty" (1992), 16 *Perceptions* 18.
- McLeod, James G. Annotation to *Pettkus v. Becker* (1981), 19 R.F.L. (2d) 166.
- McLeod, James G. Annotation to *Walsh v. Bona* (2000), 5 R.F.L. (5th) 190.
- McLeod, James G. "Unequal Division of Property", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law: Roles, Fairness and Equality*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 141.
- Mossman, Mary Jane. "Running Hard to Stand Still": The Paradox of Family Law Reform" (1994), 17 *Dal. L.J.* 5.
- New Brunswick. Department of Justice. Law Reform Division. Discussion Paper. *Matrimonial Property Reform for New Brunswick*. Fredericton: The Department, 1978.
- New Encyclopædia Britannica*, vol. 19, 15th ed. Chicago: Encyclopædia Britannica, 1990.
- Nova Scotia. House of Assembly. *Debates and Proceedings*, 80-44, May 8, 1980, p. 2011.
- Canada. Statistique Canada. *Profil des familles et des ménages canadiens : la diversification se poursuit*. Ottawa : Statistique Canada, 2002.
- Canada. Statistique Canada. *Rapport sur l'état de la population du Canada 1996 : La Conjoncture démographique*. Rapport préparé par Jean Dumas et Alain Bélanger. Ottawa : Ministre de l'Industrie, 1997.
- Canada. Statistique Canada. *Recensement de 1996 : État matrimonial, unions libres et familles*. Ottawa : Statistique Canada, 1997.
- Des Rosiers, Nathalie. « Le concept de la conjugalité dans les lois et politiques sociales? » Notes pour une allocution prononcée dans le cadre de la conférence International Society of Family Law. Ottawa : Commission du droit du Canada, 2001.
- Eichler, Margrit. *Family Shifts : Families, Politiques, and Gender Equality*. Toronto : Oxford University Press, 1997.
- Eisenberg, Melvin Aron. « The Limits of Cognition and the Limits of Contract » (1995), 47 *Stan. L. Rev.* 211.
- Ellman, Ira Mark. « "Contract Thinking" Was Marvin's Fatal Flaw » (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1365.
- Holland, Winifred. « Intimate Relationships in the New Millennium : The Assimilation of Marriage and Cohabitation? » (2000), 17 *Rev. can. dr. fam.* 114.
- Holland, Winifred H. « Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap? », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law : Roles, Fairness and Equality*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1994, 369.
- Kuffner, Kara L. « Common-Law and Same-Sex Relationships Under *The Matrimonial Property Act* » (2000), 63 *Sask. L. Rev.* 237.
- Lempriere, T. « A New Look at Poverty » (1992), 16 *Perceptions* 18.
- McLeod, James G. Annotation to *Pettkus v. Becker* (1981), 19 R.F.L. (2d) 166.
- McLeod, James G. Annotation to *Walsh v. Bona* (2000), 5 R.F.L. (5th) 190.
- McLeod, James G. « Unequal Division of Property », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law : Roles, Fairness and Equality*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1994, 141.
- Mossman, Mary Jane. « "Running Hard to Stand Still" : The Paradox of Family Law Reform » (1994), 17 *Dal. L.J.* 5.
- New Encyclopædia Britannica*, vol. 19, 15th ed. Chicago : Encyclopædia Britannica, 1990.
- Nouveau-Brunswick. Ministère de la Justice. Division de la réforme du droit. Document de travail. *Réforme du régime des biens matrimoniaux du Nouveau-Brunswick*. Fredericton : Ministère de la Justice, 1978.

- Nova Scotia. Law Reform Advisory Commission. *Development of Matrimonial Property Law in England and Nova Scotia: An Historic Perspective*. Halifax: The Commission, 1975.
- Nova Scotia. Law Reform Commission. Discussion Paper. *Matrimonial Property in Nova Scotia: Suggestions for a New Family Law Act*. Halifax: The Commission, 1996.
- Nova Scotia. Law Reform Commission. *Final Report: Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia*. Halifax: The Commission, 1997.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*. Toronto: The Commission, 1993.
- Payne, J. D. "Legislative Amelioration of the Condition of the Common Law Illegitimate: The Legitimacy Act (Saskatchewan), 1961" (1961), 26 *Sask. Bar Rev.* 78.
- Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.
- Pineau, Jean. *Mariage, séparation, divorce: L'état du droit au Québec*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1976.
- Smart, Carol. "Stories of Family Life: Cohabitation, Marriage and Social Change" (2000), 17 *Can. J. Fam. L.* 20.
- Tasmania. Law Reform Commission. *Report on Obligations Arising From De Facto Relationships*, No. 36. Hobart, Tas.: Government Printer, 1977.
- Wu, Zheng. *Cohabitation: An Alternative Form of Family Living*. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2000.
- Nova Scotia. House of Assembly. *Debates and Proceedings*, 80-44, May 8, 1980, p. 2011.
- Nova Scotia. Law Reform Advisory Commission. *Development of Matrimonial Property Law in England and Nova Scotia: An Historic Perspective*. Halifax : The Commission, 1975.
- Nova Scotia. Law Reform Commission. Discussion Paper. *Matrimonial Property in Nova Scotia : Suggestions for a New Family Law Act*. Halifax : The Commission, 1996.
- Nova Scotia. Law Reform Commission. *Final Report : Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia*. Halifax : The Commission, 1997.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*. Toronto : The Commission, 1993.
- Payne, J. D. « Legislative Amelioration of the Condition of the Common Law Illegitimate : The Legitimacy Act (Saskatchewan), 1961 » (1961), 26 *Sask. Bar Rev.* 78.
- Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.
- Pineau, Jean. *Mariage, séparation, divorce : L'état du droit au Québec*. Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 1976.
- Smart, Carol. « Stories of Family Life : Cohabitation, Marriage and Social Change » (2000), 17 *Rev. can. dr. fam.* 20.
- Tasmania. Law Reform Commission. *Report on Obligations Arising From De Facto Relationships*, No. 36. Hobart, Tas. : Government Printer, 1977.
- Wu, Zheng. *Cohabitation : An Alternative Form of Family Living*. Don Mills, Ont. : Oxford University Press, 2000.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (2000), 183 N.S.R. (2d) 74, 568 A.P.R. 74, 5 R.F.L. (5th) 188, 186 D.L.R. (4th) 50, [2000] N.S.J. No. 117 (QL), 2000 NSCA 53, with supplementary reasons (2000), 185 N.S.R. (2d) 190, 575 A.P.R. 190, 7 R.F.L. (5th) 451, 186 D.L.R. (4th) 83, [2000] N.S.J. No. 173 (QL), 2000 NSCA 73, setting aside a decision of the Nova Scotia Supreme Court (1999), 178 N.S.R. (2d) 151, 549 A.P.R. 151, 67 C.R.R. (2d) 297, [1999] N.S.J. No. 290 (QL). Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

*Edward A. Gores*, for the appellant.

*Katherine A. Briand* and *Stephen M. Robertson*, for the respondent Susan Walsh.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (2000), 183 N.S.R. (2d) 74, 568 A.P.R. 74, 5 R.F.L. (5th) 188, 186 D.L.R. (4th) 50, [2000] N.S.J. No. 117 (QL), 2000 NSCA 53, avec motifs supplémentaires (2000), 185 N.S.R. (2d) 190, 575 A.P.R. 190, 7 R.F.L. (5th) 451, 186 D.L.R. (4th) 83, [2000] N.S.J. No. 173 (QL), 2000 NSCA 73, qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1999), 178 N.S.R. (2d) 151, 549 A.P.R. 151, 67 C.R.R. (2d) 297, [1999] N.S.J. No. 290 (QL). Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

*Edward A. Gores*, pour l'appelant.

*Katherine A. Briand* et *Stephen M. Robertson*, pour l'intimée Susan Walsh.

No one appeared for the respondent Wayne Bona.

*Christopher M. Rupar*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Sarah Kraicer* and *Daniel Guttman*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Hugo Jean* and *Monique Rousseau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Timothy P. Leadem, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Robert J. Normey*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

## I. Introduction

This case involves a *Charter* challenge to the Nova Scotia *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275 (“MPA”), and asks whether its failure to include unmarried cohabiting opposite sex couples from its ambit violates s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The challenge revolves around the definition of “spouse” in s. 2(g) of the *MPA*, which is limited to a man and a woman who are married to each other.

The question before this Court, then, is whether the exclusion from the *MPA* of unmarried cohabiting persons of the opposite sex is discriminatory. In my view, it is not. The distinction chosen by the legislature does not affect the dignity of unmarried persons who have formed relationships of some permanence and does not deny them access to a benefit or advantage available to married persons. It is, therefore, not discriminatory within the meaning of s. 15(1).

Personne n’a comparu pour l’intimé Wayne Bona.

*Christopher M. Rupar*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Sarah Kraicer* et *Daniel Guttman*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Hugo Jean* et *Monique Rousseau*, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

*Timothy P. Leadem, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Robert J. Normey*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

## I. Introduction

Dans le présent pourvoi, nous sommes saisis de la validité de la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 275 (« *MPA* »), au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de la question de savoir si l’omission des couples non mariés de sexe opposé de son champ d’application contrevient au par. 15(1). Le débat porte sur la définition de [TRADUCTION] « conjoint », énoncée à l’al. 2g) de la *MPA*, qui n’inclut qu’un homme et une femme unis par les liens du mariage.

La Cour doit donc déterminer si le fait d’exclure du champ d’application de la *MPA* les personnes de sexe opposé qui cohabitent sans être mariées est discriminatoire. Je suis d’avis qu’il ne l’est pas. La distinction établie par le législateur ne porte pas atteinte à la dignité des conjoints non mariés vivant dans une union d’une certaine permanence et ne les prive pas d’un bénéfice ou d’un avantage accordé aux personnes mariées. Cette distinction n’est donc pas discriminatoire au sens du par. 15(1).

1

2

## II. Factual Background

3 Susan Walsh and Wayne Bona lived together in a cohabiting relationship for a period of 10 years, ending in 1995. Two children were born out of this relationship, in 1988 and 1990 respectively. Walsh and Bona owned a home as joint tenants, in which Bona continued to reside after the separation, assuming the debts and expenses associated with the property. In 1983, Bona received as a gift from his father a cottage property which was sold after separation for \$20,000. Approximately \$10,000 was used to pay off the respondents' debts. Bona also retained 13 acres of surrounding woodland in his own name, valued at \$6,500. The total value of assets retained by Bona at the date of separation including the house, cottage, lot, vehicle, pensions and RRSPs, was \$116,000, less "matrimonial" debts of \$50,000, for a net value of \$66,000.

4 The respondent Walsh claimed support for herself and the two children. She further sought a declaration that the Nova Scotia *MPA* was unconstitutional in failing to furnish her with the presumption, applicable to married spouses, of an equal division of matrimonial property. Her claim for a declaration was rejected by the chambers judge, whose decision was reversed on appeal.

5 My colleague, Justice L'Heureux-Dubé, chooses not to make reference to the *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, c. 29 ("*LRA*"), in the course of her analysis. I mention it as a new contextual consideration but, as will become clear below, my conclusion on the constitutionality of the *MPA* does not depend on the existence of the *LRA*.

6 In response to the Court of Appeal judgment, the Nova Scotia legislature introduced legislation, Bill 75, *An Act to Comply with Certain Court Decisions and to Modernize and Reform Laws in the Province* (now the *LRA*), on November 6, 2000, that effectively amends the definition of "spouse" to "common-law partner". Heterosexual and same sex partners are both included in the definition of

## II. Les faits

Susan Walsh et Wayne Bona ont vécu en union libre pendant une période de 10 ans qui s'est terminée en 1995. Deux enfants sont issus de cette union, en 1988 et 1990. Madame Walsh et M. Bona étaient copropriétaires d'une maison que M. Bona a continué d'habiter après la séparation, en prenant à sa charge les dettes et les dépenses s'y rattachant. En 1983, M. Bona a reçu en cadeau de son père un chalet qu'il a vendu 20 000 \$ après la séparation. De ce montant, une somme d'environ 10 000 \$ a servi à épouger les dettes des intimés. Monsieur Bona a également conservé à son propre nom un terrain boisé environnant de 13 acres, évalué à 6 500 \$. La valeur totale des biens conservés par M. Bona à la date de la séparation, notamment la maison, le chalet, le terrain boisé, l'automobile, les pensions et les REÉR, s'élevait à 116 000 \$, moins 50 000 \$ de dettes « matrimoniales », soit une valeur nette de 66 000 \$.

L'intimée Walsh a réclamé une pension alimentaire pour elle-même et pour les deux enfants. Elle a par ailleurs demandé un jugement déclarant la *MPA* de la Nouvelle-Écosse inconstitutionnelle parce qu'elle ne lui permet pas de bénéficier de la présomption de partage égal des biens matrimoniaux applicable aux conjoints mariés. Le juge en chambre a rejeté la demande de jugement déclaratoire de l'intimée, mais sa décision a été infirmée en appel.

Ma collègue, le juge L'Heureux-Dubé, a choisi de ne pas se référer à la *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, ch. 29 (« *LRA* »), dans son analyse. Pour ma part, je la mentionnerai comme nouvel élément du contexte, mais ma conclusion sur la constitutionnalité de la *MPA* ne repose nullement sur l'existence de la *LRA*, comme en témoignent clairement les motifs qui suivent.

Le 6 novembre 2000, en réponse à l'arrêt de la Cour d'appel, la législature de la Nouvelle-Écosse a déposé le projet de loi n° 75, intitulé *An Act to Comply with Certain Court Decisions and to Modernize and Reform Laws in the Province* (maintenant la *LRA*), qui a pour effet de modifier la définition de [TRADUCTION] « conjoint » pour ajouter la notion de [TRADUCTION] « partenaire ». Cette

“common-law partner”, and these may be either registered under the *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, c. 494, or unregistered. Only registered partnerships are eligible for the benefits of the *MPA* and other legislation: *LRA*.

Walsh’s counsel advised the Court that subsequent to leave to appeal having been granted ([2001] 1 S.C.R. vi), Walsh and Bona have settled the litigation between them respecting the division of property.

### III. Relevant Statutory Provisions

*Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275

2 In this Act,

(g) “spouse” means either of a man and woman who

- (i) are married to each other,
- (ii) are married to each other by a marriage that is voidable and has not been annulled by a declaration of nullity, or
- (iii) have gone through a form of marriage with each other, in good faith, that is void and are cohabiting or have cohabited within the preceding year,

and for the purposes of an application under this Act includes a widow or widower.

12 (1) Where

- (a) a petition for divorce is filed;
- (b) an application is filed for a declaration of nullity;
- (c) the spouses have been living separate and apart and there is no reasonable prospect of the resumption of cohabitation; or

dernière définition inclut à la fois les partenaires hétérosexuels et les partenaires de même sexe, dont l’union peut être enregistrée ou non sous le régime la *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 494. Seules les unions enregistrées donnent accès aux avantages que confèrent la *MPA* et d’autres dispositions législatives : *LRA*.

L’avocate de M<sup>me</sup> Walsh a informé la Cour que M<sup>me</sup> Walsh et M. Bona ont réglé à l’amiable la question du partage des biens après le prononcé de l’ordonnance accordant l’autorisation d’appel ([2001] 1 R.C.S. vi).

### III. Dispositions législatives pertinentes

*Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275

[TRADUCTION]

2 Pour l’application de la présente Loi,

g) « conjoint » S’entend d’un homme ou d’une femme

- (i) soit unis par les liens du mariage,
- (ii) soit unis par les liens du mariage et dont le mariage est nul de nullité relative, mais n’a pas fait l’objet d’une déclaration de nullité,
- (iii) soit ayant contracté de bonne foi un mariage nul et cohabitant ou ayant cohabité au cours de l’année précédente,

et s’entend en outre d’un veuf ou d’une veuve aux fins de la présentation d’une demande sous le régime de la présente Loi.

12 (1) Le tribunal peut, à la demande d’un conjoint, ordonner le partage en parts égales des biens matrimoniaux peu importe qui en est le propriétaire, lorsque l’une des conditions suivantes est remplie :

- a) une requête en divorce est déposée;
- b) une demande est présentée en vue d’obtenir une déclaration de nullité;
- c) les conjoints sont séparés et il n’existe aucune possibilité raisonnable de reprise de la cohabitation;

7

8

(d) one of the spouses has died,

either spouse is entitled to apply to the court to have the matrimonial assets divided in equal shares, notwithstanding the ownership of these assets, and the court may order such a division.

*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.

IV. Judicial History

A. *Supreme Court of Nova Scotia* (1999), 178 N.S.R. (2d) 151

9

The matter came before Haliburton J. as a *Charter* application, as the respondent Walsh alleged that she had suffered discrimination under the *MPA* because the presumption of equal division of matrimonial property applicable to married spouses did not apply to her as a common law spouse. Instead, the onus was on her, by way of constructive trust, to prove the extent, if any, to which she might have been entitled to a share in property held in Bona's name alone.

10

Haliburton J. first considered whether there was discrimination under s. 15(1) of the *Charter*, noting that the section prohibits discrimination on the basis of certain personal characteristics. Applying the analysis sanctioned in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, then in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, he first found that there was no question that married and unmarried spouses are treated differently with respect to the onus of proof required to establish an interest in property under the *MPA*. Next, Haliburton J. considered whether that difference resulted from discrimination as defined by s. 15(1) on the basis of an enumerated or analogous ground. In *Miron*, *supra*, this Court held that an unmarried spouse was entitled to insurance benefits because she had lived in a relationship analogous to marriage.

d) l'un des conjoints est décédé.

*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.

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse* (1999), 178 N.S.R. (2d) 151

Le juge Haliburton a été saisi de l'affaire par voie de requête fondée sur la *Charte*, l'intimée Walsh alléguant que la *MPA* est discriminatoire à son endroit parce qu'elle ne lui permet pas, en sa qualité de conjointe de fait, de se prévaloir de la présomption de partage égal des biens matrimoniaux applicable uniquement aux conjoints mariés. Madame Walsh avait donc le fardeau d'établir, en recourant à la fiducie par interprétation, la part des biens détenus au nom de M. Bona à laquelle elle aurait pu avoir droit, le cas échéant.

Le juge Haliburton s'est d'abord demandé s'il y a discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*, notant que cette disposition interdit la discrimination fondée sur certaines caractéristiques personnelles. Appliquant la méthode d'analyse consacrée par l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, puis par l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, le juge a d'abord conclu qu'il ne fait aucun doute que la *MPA* traite les conjoints différemment, selon qu'ils sont mariés ou non, quant au fardeau de preuve dont ils doivent s'acquitter pour établir leur droit sur certains biens. Ensuite, le juge Haliburton s'est demandé si cette différence résulte d'une discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue au sens du par. 15(1). Dans l'arrêt *Miron*, précité, la Cour a reconnu à une conjointe non mariée le droit de toucher des prestations d'assurance parce que son union était analogue au mariage.

Haliburton J. noted the strong dissent in *Miron*, *supra*, and distinguished it on the basis that it involved all-encompassing legislation, to which the distinction complained of was incidental; whereas in the present case, the distinction is a specific incident governing the rights of married persons to a division of matrimonial property. “Secondly, the contest is between the parties themselves and reflects directly their decision, whether individually or jointly, to marry or not to marry” (para. 17). Haliburton J. observed from s. 12 of the *MPA* that the legislators had only contemplated that it would apply to couples who were legally married. In his view, extending the provisions of the *MPA* to unmarried couples would create uncertainty, injustice, and impediments to property transactions and the rights of third parties because married couples relinquish the right to deal with their property as sole owners upon marriage.

Haliburton J. considered the concept of marriage in our society, approving of the explanation made in the *Miron* dissent, where it was described as an institution and the basic framework upon which our society rests. He concluded that the distinction drawn between married and unmarried spouses was one that certainly created a disadvantage for those unmarried, and then assessed whether the distinction was based on irrelevant personal characteristics such as those enumerated in s. 15(1) of the *Charter*.

Relying upon the *Miron* dissent concerning marriage, he also acknowledged the majority comment that the failure of the parties to marry may not be a matter of free and independent choice and stated at para. 21:

I would argue, nonetheless, that as a general rule, it is a matter of freedom of choice. There are certain attributes of “marriage” which have existed not only in our society but in all societies since time out of memory. Such attributes encompass the public acknowledgment in the presence of community and family by two persons who enter into a binding, lifetime relationship.

Le juge Haliburton a pris note de la forte dissidence exprimée dans *Miron*, précité, et a distingué cet arrêt au motif que, dans cette affaire, la distinction en cause était accessoire à une loi très générale alors qu’elle est, en l’espèce, un élément spécifique régissant le droit des personnes mariées au partage des biens matrimoniaux. [TRADUCTION] « Deuxièmement, le litige oppose les parties mêmes et reflète directement leur décision, individuelle ou conjointe, de se marier ou de ne pas se marier » (par. 17). Selon le juge Haliburton, il ressort de l’art. 12 de la *MPA* que le législateur n’avait envisagé son application qu’aux couples mariés légalement. À son avis, l’application de la *MPA* aux couples non mariés créerait de l’incertitude, une injustice et un obstacle aux transferts de propriétés; elle affecterait aussi les droits des tiers. Ceci s’explique en raison du fait que les conjoints mariés renoncent, en se mariant, au droit de disposer de leurs biens à titre de propriétaires exclusifs.

Le juge Haliburton a examiné le concept du mariage dans notre société et souscrit à l’explication des juges dissidents dans *Miron*, qui l’ont décrit comme une institution et comme la structure de base de notre société. Il a conclu que la distinction établie entre les conjoints mariés et non mariés était assurément de nature à désavantager les conjoints non mariés, puis il s’est demandé si cette distinction se fondait sur des caractéristiques personnelles non pertinentes, comme celles énumérées au par. 15(1) de la *Charte*.

S’appuyant sur la dissidence concernant le mariage exprimée dans l’arrêt *Miron*, le juge a également pris acte du commentaire de la majorité selon lequel la décision des parties de ne pas se marier n’est pas nécessairement une question de choix libre et indépendant. Il s’est exprimé en ces termes, au par. 21 :

[TRADUCTION] J’avancerais néanmoins qu’il s’agit en règle générale d’une question de liberté de choix. Certains attributs du « mariage » existent depuis des temps immémoriaux non seulement dans notre société, mais dans toutes les sociétés. Parmi ceux-ci, soulignons la célébration publique, par deux personnes, en présence de la communauté et de la famille, de l’union dans laquelle elles s’engagent pour la vie.

11

12

13

14

After reviewing the history of matrimonial property legislation, he observed that married women have been deprived of their independence and interest in their property in the past but that men and women fare equally well under the *MPA*. “To impose the regime created by this statute upon a person *who chooses not to marry* and to do so retroactively would be as likely to create injustice as to resolve it” (para. 22 (emphasis in original)). He referred to my reasoning in *M. v. H.*, *supra*, where I observed at para. 289: “The comparison is best made, not with married couples, whose status was consensually acquired, but with unmarried cohabiting couples.” He stated at para. 23:

From that brief quotation, I would argue that the property regime imposed by the *Matrimonial Property Act* is one which is or ought to be consciously acquired by the consent of the parties contracting to marry and knowing the statutory and other legal implications of doing so.

15

Although he concluded that Walsh had not suffered discrimination on the basis of s. 15(1), Haliburton J. considered, at para. 26, whether the impugned section would be saved by s. 1 of the *Charter*, employing the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), as recently reiterated in *M. v. H.*, *supra*:

The principle is that the objective of the legislation must be of sufficient importance to override the constitutional right which is impaired by the statute. The objective must be “pressing and substantial” and must be evaluated or weighed in terms of the importance of these two competing values. Specifically referring to *M. v. H.*, the court has said where the violation results from “underinclusion”, the object of the legislation as a whole must be considered. In the case of the *Matrimonial Property Act*, the announced purpose is to regulate property rights between the two parties to marriage. As will be clear from earlier comments, “marriage”, as contemplated, refers to the status gained by persons who go through a legally authorized and recognized form of matrimony. The statute is intended to regulate the property rights of the parties during marriage as well as on marriage breakdown. It orders the presumptions which will apply in

Après avoir passé en revue l’historique de la loi sur les biens matrimoniaux, le juge a observé que les femmes mariées avaient été privées autrefois de leur indépendance et de leurs droits sur leurs biens, mais que le régime de la *MPA* place maintenant les hommes et les femmes sur un pied d’égalité. [TRADUCTION] « Imposer le régime créé par la loi à une personne *qui choisit de ne pas se marier* et ce, rétroactivement, pourrait s’avérer autant une source d’injustice qu’un moyen d’y remédier » (par. 22 (en italique dans l’original)). Le juge a mentionné le raisonnement que j’ai adopté dans *M. c. H.*, précité, où je faisais observer, au par. 289 : « La comparaison se fait le mieux, non avec les couples mariés qui ont acquis l’état matrimonial de façon consensuelle, mais avec les couples non mariés qui cohabitent. » Le juge Haliburton a déclaré, au par. 23 :

[TRADUCTION] Je m’appuie sur cette brève citation pour affirmer que le régime des biens qu’instaure la *Matrimonial Property Act* est un régime auquel les parties doivent ou devraient adhérer sciemment par leur consentement lorsqu’elles contractent mariage et en toute connaissance des conséquences légales et des autres conséquences juridiques qui en découlent.

Malgré sa conclusion que M<sup>me</sup> Walsh n’avait pas subi de discrimination au sens du par. 15(1), le juge Haliburton s’est demandé, au par. 26, si la disposition contestée serait validée par l’article premier de la *Charte* en recourant au critère de l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, que la Cour a récemment réitéré dans *M. c. H.*, précité :

[TRADUCTION] Selon le principe applicable, l’objectif de la loi doit être suffisamment important pour l’emporter sur le droit constitutionnel auquel la loi porte atteinte. Cet objectif doit être « urgent et réel » et s’apprécier en soupesant l’importance de ces deux valeurs opposées. Citant expressément l’arrêt *M. c. H.*, la cour a déclaré que lorsque la violation résulte de la « portée trop limitative » de la loi, il faut considérer l’objet de la loi dans son ensemble. Dans le cas de la *Matrimonial Property Act*, l’intention déclarée du législateur est de réglementer le droit de propriété des deux parties à un mariage. Comme l’indique clairement les remarques déjà formulées, le « mariage », au sens où l’entendait le législateur, renvoie au statut auquel accèdent les personnes qui se soumettent à un rituel du mariage autorisé et reconnu en droit. La loi vise à réglementer le droit de propriété des parties à la fois pendant le mariage

the event of a division of marital assets and sets out guidelines for determining which assets of one of the parties is a marital asset and which are not. The ultimate goal of the legislation is *to provide a framework for property ownership by the parties to a marriage which will afford certainty and predictability to both the marriage partners and third parties dealing with them*. It is this aspect of *certainty and predictability* which is the objective which is “pressing and substantial”. The regime permits parties to engage in commerce utilizing their own separate resources without impairment. It permits third parties to understand they are dealing with a marriage partner with confidence. . . . I would observe that unlike the circumstances reviewed in *M. v. H.* where the Ontario *Family Law Act* was considered, the *Matrimonial Property Act* is not concerned with the support of spouses on marriage breakdown, nor with the maintenance of children. Its concern is exclusively with the division of wealth which one of the parties has acquired, either before or during the marriage and sets out guidelines to assist in determining whether that wealth continues to be separate property or whether it becomes common property of the parties. [Emphasis in original.]

Haliburton J. noted that certain other legislation recognized rights of unmarried couples, and that they were free to enter into an agreement to share property or to acquire property jointly. Likewise, he reasoned, they should be free to choose not to share their separate property. In his view, the impugned law is rationally connected to the objective of providing certainty and stability to property issues between married spouses.

He next considered whether the rights of the respondent Walsh were impaired no more than necessary in order to accomplish the statutory objective. He noted that the stated intentions of the legislation are to strengthen the role of family in society and to provide for an orderly settlement upon marriage termination, recognizing household management and financial support as joint responsibilities. He observed that no other legislatures accord property rights to unmarried cohabitants and that many uncertainties exist with respect

et au moment de sa rupture. On y retrouve les présomptions qui s’appliqueront advenant le partage des biens matrimoniaux, de même que les lignes directrices permettant de déterminer, parmi les biens des parties, ceux qui sont des biens matrimoniaux et ceux qui ne le sont pas. L’objectif ultime de la loi est *d’instaurer un cadre régissant le droit de propriété des parties à un mariage qui soit un gage de certitude et de prévisibilité, tant pour les conjoints mariés que pour les tiers avec lesquels ils font affaire*. L’objectif « urgent et réel » consiste précisément en *cette certitude et cette prévisibilité*. Le régime permet aux parties de conclure des opérations commerciales en utilisant librement leurs ressources propres. Les tiers comprennent ainsi qu’ils peuvent faire affaire avec un conjoint marié en toute confiance. [. . .] J’aimerais souligner que, contrairement à ce qui était le cas dans l’affaire *M. c. H.*, qui portait sur la *Loi sur le droit de la famille* de l’Ontario, la *Matrimonial Property Act* ne régit pas les aliments en faveur du conjoint advenant l’échec du mariage, ni en faveur des enfants. Elle porte exclusivement sur le partage des biens dont l’une des parties a fait l’acquisition, avant ou pendant le mariage, et énonce les lignes directrices servant à déterminer si le bien est toujours un bien propre ou s’il devient la propriété commune des parties. [En italique dans l’original.]

Le juge Haliburton a noté que d’autres lois reconnaissent les droits des couples non mariés et que ceux-ci étaient libres de conclure une entente relative au partage de leurs biens ou d’acquérir des biens en copropriété. Suivant son raisonnement, ces couples devraient aussi demeurer libres de choisir de ne pas partager leurs biens propres. À son avis, il existe un lien rationnel entre la loi contestée et l’objectif de certitude et de stabilité en ce qui a trait aux biens des conjoints mariés.

Le juge Haliburton a ensuite vérifié si l’atteinte aux droits de l’intimée Walsh dépassait ce qui était nécessaire pour la réalisation de l’objectif de la loi. Il a noté que l’intention déclarée du législateur était de renforcer le rôle de la famille au sein de la société et d’assurer un règlement ordonné des affaires des conjoints à la fin du mariage, en reconnaissant que les conjoints sont solidairement responsables de la gestion du foyer conjugal et des ressources financières. Il a relevé le fait qu’aucune autre législature ne confère un droit de

16

17

to common law relationships. He noted that the result sought by the respondent was a shift of the burden of proof of property entitlement from one party to the other, so that there would be a presumption of equal sharing. He held at para. 31:

The deleterious effects of requiring a person in the position of the present applicant to establish her entitlement to share in the property held by the respondent is outweighed by the values of the scheme which, as I have said, provide certainty and predictability for persons who are legally married.

18 Haliburton J. concluded that marital status was not an analogous or protected ground under s. 15(1) of the *Charter*; that the exclusion of common law spouses from the definition of “spouse” in s. 2(g) of the *MPA* did not constitute discrimination; and that if it were, it was demonstrably justified pursuant to s. 1.

B. *Nova Scotia Court of Appeal* (2000), 183 N.S.R. (2d) 74, 2000 NSCA 53

19 On appeal, the Crown conceded that since the *MPA* applies only to married spouses, there was differential treatment pursuant to s. 15(1) of the *Charter*, and that marital status is an analogous ground of discrimination. Its principal submission was that the differential treatment is not discriminatory, and if it is, then it is saved by s. 1 of the *Charter*.

20 Flinn J.A., for the court, referred to *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, where Iacobucci J. summarized the approach to s. 15(1) analysis. Flinn J.A. then reviewed the Law Reform Commission’s report on the Nova Scotia matrimonial property regime, which permits each spouse to retain property in his or her name and to dispose of it without the consent of the other, with the exception of the matrimonial home. A right to equal division of property only arises on marriage breakdown: see Law Reform

propriété aux couples non mariés et que de nombreuses incertitudes subsistent en ce qui concerne les unions de fait. Il a indiqué que l’intimée réclamaient le renversement du fardeau de la preuve concernant le droit de propriété, afin de pouvoir bénéficier d’une présomption de partage égal. Voici sa conclusion (au par. 31) :

[TRADUCTION] Les valeurs sous-tendant le régime qui, comme je l’ai expliqué, est un gage de certitude et de prévisibilité pour les personnes mariées légalement, l’emportent sur les effets préjudiciables de l’obligation, pour une personne se trouvant dans la situation de la requérante, de démontrer qu’elle a droit à une part des biens détenus par l’intimé.

Le juge Haliburton a conclu que l’état matrimonial n’est pas un motif analogue ou protégé pour l’application du par. 15(1) de la *Charte*, que l’exclusion des conjoints de fait de la définition de [TRADUCTION] « conjoint » énoncée à l’al. 2g) de la *MPA* n’est pas discriminatoire et que, dans le cas contraire, sa justification pourrait se démontrer comme le prévoit l’article premier.

B. *Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse* (2000), 183 N.S.R. (2d) 74, 2000 NSCA 53

En appel, le procureur général a admis que la *MPA*, parce qu’elle s’applique seulement aux conjoints mariés, crée une différence de traitement pour l’application du par. 15(1) de la *Charte* et que l’état matrimonial est un motif analogue de discrimination. Suivant son principal argument, cette différence de traitement ne serait pas discriminatoire et, dans l’hypothèse où elle le serait, elle serait validée par application de l’article premier de la *Charte*.

Le juge Flinn, s’exprimant au nom de la cour, a cité l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, où le juge Iacobucci a résumé la démarche applicable à une analyse fondée sur le par. 15(1). Le juge Flinn a ensuite examiné le rapport de la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Écosse sur le régime régissant les biens matrimoniaux dans cette province qui permet à chaque conjoint de conserver des biens à son nom et d’en disposer sans le consentement de l’autre, à l’exception du foyer

Commission of Nova Scotia, *Final Report: Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia* (1997).

Flinn J.A. held that on the basis of *Miron, supra*, the chambers judge was in error in concluding that marital status was not an analogous ground. He then considered whether the differential treatment of the respondent Walsh by the MPA was discrimination within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*, referring to the majority judgment in *M. v. H., supra*, which in turn relied upon *Law, supra*, particularly where it was stated at para. 60:

All of that individual's or that group's traits, history, and circumstances must be considered in evaluating whether a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant would find that the legislation which imposes differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity.

Flinn J.A. noted that in making this determination, the court is required to take into account other contextual factors such as pre-existing disadvantage, stereotyping or prejudice experienced by the group in issue, the relationship between the grounds and the claimant's characteristics and circumstances, the ameliorative purpose or effect of the legislation which may establish that human dignity has not been violated and the nature of the interest affected. As Iacobucci J. stated in *Law, supra*, at para. 83: "In every case, though, a court's central concern will be whether a violation of human dignity has been established, in light of the historical, social, political, and legal context of the claim." Within these guidelines, Flinn J.A. turned to an analysis of Walsh's discrimination claim.

Flinn J.A. came to the conclusion that a reasonable person in circumstances similar to those of the respondent Walsh would find that the MPA, which imposes differential treatment, has the effect of demeaning the respondent's dignity,

conjugal. Le droit au partage égal des biens ne prend naissance qu'au moment de la rupture du mariage : voir Law Reform Commission of Nova Scotia, *Final Report : Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia* (1997).

Invoquant l'arrêt *Miron*, précité, le juge Flinn a statué que le juge en chambre avait commis une erreur en concluant que l'état matrimonial ne constituait pas un motif analogue. Il s'est ensuite demandé si la différence de traitement touchant l'intimée créée par la MPA était discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*, en se reportant au jugement majoritaire rendu dans *M. c. H.*, précité, lui-même fondé sur l'arrêt *Law*, précité, et plus particulièrement sur l'extrait suivant, au par. 60 :

C'est l'ensemble des traits, de l'histoire et de la situation de cette personne ou de ce groupe qu'il faut prendre en considération lorsqu'il s'agit d'évaluer si une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur estimerait que la mesure législative imposant une différence de traitement a pour effet de porter atteinte à sa dignité.

Pour répondre à cette question, le juge Flinn a souligné que la cour devait prendre en compte d'autres facteurs contextuels comme la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes ou de préjugés subis par le groupe en cause; le lien entre, d'une part, les motifs allégués et, d'autre part, les caractéristiques et la situation propres au demandeur; l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi, qui peut établir qu'il n'y a pas eu atteinte à la dignité humaine; ainsi que la nature du droit touché. Comme l'a précisé le juge Iacobucci dans *Law*, précité, par. 83 : « Toutefois, la question première que se posera le tribunal dans chaque affaire sera de savoir si une atteinte à la dignité humaine a été démontrée, compte tenu des contextes historique, social, politique et juridique dans lesquels l'allégation est formulée. » Fort de ces lignes directrices, le juge Flinn a entrepris d'examiner l'allégation de discrimination formulée par M<sup>me</sup> Walsh.

Le juge Flinn est arrivé à la conclusion qu'une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle de l'intimée estimerait que la MPA, qui impose une différence de traitement, a pour effet de porter atteinte à la dignité de

21

22

23

resulting in a violation of s. 15(1). In his opinion, the *MPA* perpetuated the view that unmarried spouses are less worthy of value as members of Canadian society, sufficient to establish an infringement of s. 15(1). In arriving at this decision, Flinn J.A. considered that the respondents' relationship had all the hallmarks of a marriage with the exception of a formal ceremony, that provisions in other legislation provide for support and occupation rights for unmarried spouses, and that the loss suffered by unmarried cohabitants of the presumption of equal sharing of property was by reason only of their marital status. He recognized that common law spouses have the right to deal with their property in an agreement, but stated that the problem in this is that both parties must agree to the terms. He noted that while the preamble to the statute recognizes the contribution of both spouses to the economic growth and survival of the family (*Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795), this contribution is unrecognized when made by an unmarried spouse. Flinn J.A. examined the position of common law spouses within two of the contextual factors identified by Iacobucci J. in *Law*, *supra*: pre-existing disadvantage and the nature of the interest affected. He referred to the reasoning of McLachlin J. (as she then was) in *Miron*, *supra*, wherein she recounted how an unmarried spouse has historically been regarded as less worthy than a married spouse, resulting in the denial of many benefits. Flinn J.A. reasoned that the fact that some benefits have been accorded to unmarried partners is a recognition of the fact that it is often wrong to deny equal benefit of the law because a person is not married.

l'intimée, de sorte qu'il en résulte une violation du par. 15(1). À son avis, la *MPA* perpétue en fait l'opinion que les conjoints non mariés sont moins dignes d'être valorisés en tant que membres de la société canadienne, ce qui suffit à démontrer une atteinte au par. 15(1). Le juge Flinn a constaté que l'union des intimés présentait toutes les caractéristiques d'un mariage, à l'exception de la cérémonie formelle, que d'autres dispositions législatives reconnaissent aux conjoints non mariés le droit à des aliments et un droit d'occupation, et que c'est uniquement en raison de leur état matrimonial que les conjoints non mariés ne peuvent bénéficier de la présomption de partage égal des biens. Il a reconnu que les conjoints de fait peuvent conclure un accord relativement à leurs biens, mais que cette possibilité comporte une difficulté du fait que les deux parties doivent s'entendre sur les stipulations de l'accord. Selon lui, bien qu'on reconnaisse dans le préambule de la loi la contribution des deux conjoints à la croissance et à la survie économiques de la famille (*Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795), la contribution d'un conjoint non marié ne bénéficie pas de cette reconnaissance. Le juge Flinn a examiné la situation des conjoints en tenant compte de deux facteurs contextuels relevés par le juge Iacobucci dans *Law*, précité : la préexistence d'un désavantage et la nature du droit touché. Il s'est fondé sur le raisonnement exprimé par madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Miron*, précité, lorsqu'elle rappelle que, traditionnellement, la société valorisait moins le conjoint non marié que le conjoint marié, de sorte que le conjoint non marié était privé de nombreux bénéfices. Selon le juge Flinn, l'attribution de certains bénéfices aux partenaires non mariés a pour effet de reconnaître qu'il est souvent incorrect de ne pas accorder le même bénéfice de la loi à une personne parce qu'elle n'est pas mariée.

24

Flinn J.A. rejected Crown submissions that, because married partners only enjoy a presumption of a 50 percent entitlement, there is no denial of an equal benefit. He noted the words of Cory J. in *M. v. H.*, *supra*, at para. 66:

Le juge Flinn a rejeté la prétention du procureur général portant que les conjoints non mariés ne sont pas privés du même bénéfice de la loi, étant donné que les conjoints mariés ne jouissent que d'une présomption selon laquelle ils auraient droit à 50 p. 100 des biens. Il a relevé les propos du juge Cory dans *M. c. H.*, précité, par. 66 :

The type of benefit salient to the s. 15(1) analysis cannot encompass only the conferral of an economic benefit. It must also include access to a process that could confer an economic or other benefit. . . .

He further rejected the Crown's position that *Miron*, *supra*, could be distinguished on the basis that, in that case, no other avenue was open to the unmarried spouses to obtain the insurance benefits whereas, in the present case, Walsh may advance a claim using constructive and resulting trust. Flinn J.A. noted the difficulties inherent in pursuing these remedies. With respect to the Crown's argument that the presumptive entitlement in the *MPA* does not deal with the merit of the relationship and therefore does not go to human dignity, Flinn J.A. concluded at para. 50 that the respondent's "dignity is violated because her relationship with [Bona] is considered less worthy of recognition than the relationship of a married couple; and, as a result, she is denied access to the benefits of the *MPA*".

Having found the *MPA* discriminatory, Flinn J.A. proceeded with the s. 1 analysis. He relied upon the framework established in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, and considered that the legislation as a whole, the impugned provisions and the omission itself must all be taken into account in determining whether the objective is pressing and substantial. He noted that the inclusion of unmarried spouses in the legislation would have no impact on either married spouses, or, financially, on the government. He rejected the statement in the preamble that one of its purposes was to "strengthen the role of the family in society" because its functional purpose is to provide for the resolution of property disputes upon termination of marriage.

Flinn J.A. noted that the Law Reform Commission of Nova Scotia reported that the *MPA*, by deeming contributions to a marriage to be equal, had recognized women's contributions to the economic growth and survival of the family and, in that regard, the

Le bénéfice mis en lumière par l'analyse fondée sur le par. 15(1) ne peut pas viser le seul octroi d'un avantage économique. Il doit aussi comprendre l'accès à un processus qui peut conférer un avantage économique ou autre. . . .

Il a en outre rejeté la thèse du procureur général voulant qu'il soit possible de distinguer l'arrêt *Miron*, précité, au motif que, dans cette affaire, les conjoints non mariés ne pouvaient prendre aucune autre mesure pour obtenir les prestations d'assurance, alors qu'en l'espèce M<sup>me</sup> Walsh avait la faculté d'exercer un droit de recours en invoquant la fiducie par interprétation et par déduction. Le juge Flinn a relevé les difficultés inhérentes à ce type de réparations. En ce qui a trait à l'argument du procureur général que la présomption de droit au partage établie par la *MPA* n'a rien à voir avec la valeur de l'union et ne touche donc pas la dignité humaine, le juge Flinn a conclu, au par. 50, qu'il [TRADUCTION] « y a eu atteinte à la dignité [de l'intimée] parce que son union avec [Bona] est considérée moins digne d'être reconnue que celle d'un couple marié; et qu'en conséquence, l'intimée se voit nier le droit aux bénéfices de la *MPA* ».

Ayant conclu au caractère discriminatoire de la *MPA*, le juge Flinn a entrepris l'analyse fondée sur l'article premier. Il s'est appuyé sur le cadre d'analyse énoncé dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, et a estimé qu'il fallait prendre en compte la loi dans son ensemble, les dispositions contestées ainsi que l'omission elle-même pour déterminer si l'objectif visé était urgent et réel. Il a souligné que l'inclusion des conjoints non mariés dans la loi n'aurait aucune incidence sur les conjoints mariés ni, financièrement, sur le gouvernement. Il n'a pas voulu reconnaître que la loi avait notamment pour objet de [TRADUCTION] « renforcer le rôle de la famille dans la société », comme le déclarait le préambule, parce qu'elle a pour objet fonctionnel d'établir des règles pour le règlement des litiges concernant les biens à la fin du mariage.

Le juge Flinn a souligné que, selon la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Écosse, il ressort de la présomption de contribution à parts égales au mariage, établie par la *MPA*, que cette loi reconnaît la contribution des femmes à la croissance et à la

25

26

27

legislative purpose is pressing and substantial. In his view, however, the exclusion of unmarried spouses could not be linked to any clear objective or purpose that was pressing and substantial. He observed that the Commission recommended changes to the *MPA* to extend its benefits to any two adults who have cohabited for at least a year “in a personal relationship in which one provides personal or financial commitment and support of a domestic nature for the benefit of the other” (para. 65). He dismissed the Crown’s argument that marriage and cohabitation are different and should be accorded different treatment, referring to the judgments in *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, and *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980. The Crown’s position that marriages are more stable as a justification for the differential treatment was similarly rejected, because there was no evidence to substantiate this argument. In Flinn J.A.’s view, stability “is hardly justification for providing that only married persons should have the benefits of legislation” (para. 70). He observed the growing trend of common law families across Canada and stated (at para. 73):

The Crown also submits that any interference with the present distinction which is made between married couples and those in a common law relationship, would interfere with the right to individual autonomy of those who do not wish to marry. In my view, providing those in a common law relationship with the ability to contract out of the *MPA* is of far less consequence than denying all others in a common law relationship the benefits of the *MPA*.

28

Flinn J.A. referred to other provincial legislation extending benefits to common law spouses, and noted that the *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, prohibits discrimination on the basis of marital status. He reasoned, at para. 76: “The Crown has not provided any satisfactory explanation as to why it is pressing and substantial to exclude persons in a common law relationship from the provisions of the *MPA* while, at the same time, including them, on the same basis as married persons, in other provincial legislation.” Finally, he held that any problems with respect to conveyancing and estate matters which

survie économiques de la famille et que, à cet égard, son objectif est urgent et réel. À son avis, cependant, l’exclusion des conjoints non mariés ne saurait être liée à un quelconque objectif ou objet clair de nature urgente et réelle. Il a observé que la Commission a recommandé des modifications à la *MPA* afin d’en étendre les bénéfices à tout couple d’adultes cohabitant depuis au moins un an [TRADUCTION] « dans une union personnelle où chacun s’engage envers l’autre sur le plan personnel ou financier et participe à la vie domestique » (par. 65). À la lumière des arrêts *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, et *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, le juge a écarté l’argument du procureur général selon lequel le mariage et l’union libre sont deux réalités différentes qui doivent être traitées différemment. De même, en l’absence d’éléments de preuve l’étayant, la thèse que les mariages sont plus stables, avancée par le procureur général pour justifier la différence de traitement, a elle aussi été rejetée. De l’avis du juge Flinn, la stabilité [TRADUCTION] « ne justifie guère l’attribution des bénéfices prévus par la loi exclusivement aux personnes mariées » (par. 70). Il a souligné le nombre croissant de familles de couples en union libre au Canada et il a affirmé, au par. 73 :

[TRADUCTION] Le procureur général prétend également que toute entorse à la distinction actuelle, établie entre les couples mariés et les conjoints de fait, dérogerait au droit à l’autonomie individuelle de ceux qui ne souhaitent pas se marier. À mon sens, il y a beaucoup moins de conséquences à donner aux conjoints de fait la possibilité de renoncer à l’application de la *MPA* qu’à nier les bénéfices de cette loi à tous les autres conjoints de fait.

Le juge Flinn a fait référence à d’autres lois provinciales qui accordent des bénéfices aux conjoints de fait et a souligné que la *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 214, interdit la discrimination fondée sur l’état matrimonial. Voici son raisonnement (au par. 76) : [TRADUCTION] « Le procureur général n’a pas expliqué de façon convaincante en quoi le fait d’exclure les conjoints de fait de l’application de la *MPA* constitue un objectif urgent et réel, alors que d’autres lois provinciales incluent ces personnes, au même titre que les personnes mariées. » Enfin, le juge a conclu qu’une loi soigneusement

could create uncertainty and affect the rights of third parties with respect to extending property rights to unmarried spouses could be overcome with carefully drafted legislation. In his view, this practical problem “is not so insurmountable as to justify what has been determined in these reasons to be a violation of s. 15(1) of the *Charter*” (para. 78). He concluded that the Crown had failed to demonstrate that the exclusion of common law spouses from the provisions of the *MPA* was “pressing and substantial” (para. 79).

In terms of a remedy, he declined to read into the legislation a definition of “spouse” that included unmarried cohabitants and opted to declare s. 2(g) as having no force or effect, suspending the effect of the declaration for a period of one year to “enable the Legislature to devise new criteria for eligibility under the *MPA*, including whatever transitional provisions may be deemed necessary, and to pass new legislation that meets the constitutional requirements of s. 15(1) of the *Charter*” (para. 85).

## V. Issues

By order of the Chief Justice dated June 25, 2001, the following constitutional questions were stated for this Court’s consideration:

1. Does s. 2(g) of the *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, discriminate against heterosexual unmarried cohabitants contrary to s. 15(1) of the *Charter*?
2. If the answer to question 1 is “yes”, is the discrimination a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

## VI. Analysis

In *Law, supra*, this Court set out the test for determining whether an impugned statute violates the

rédigée pourrait avoir raison de tout problème lié au transfert de biens et aux successions qui risquerait de créer de l’incertitude et de porter atteinte aux droits des tiers si on élargissait les droits de propriété aux conjoints non mariés. À son avis, cette difficulté d’ordre pratique [TRADUCTION] « n’est pas à ce point insurmontable qu’elle justifie une mesure que les présents motifs jugent contraire au par. 15(1) de la *Charte* » (par. 78). Il a conclu que le procureur général n’avait pas réussi à démontrer que l’exclusion des conjoints de fait du champ d’application de la *MPA* constituait un objectif [TRADUCTION] « urgent et réel » (par. 79).

Pour ce qui est de la réparation, le juge a refusé d’interpréter la loi comme incluant implicitement une définition de « conjoint » qui englobe les conjoints non mariés; il a plutôt choisi de déclarer l’al. 2g) inopérant et de surseoir à la prise d’effet du jugement déclaratoire pendant un an afin de [TRADUCTION] « permettre à la législature d’élaborer de nouveaux critères d’admissibilité pour l’application de la *MPA*, y compris toute disposition transitoire qu’elle jugera nécessaire, et d’édicter de nouvelles dispositions qui satisfassent aux exigences constitutionnelles du par. 15(1) de la *Charte* » (par. 85).

## V. Les questions en litige

La Cour est saisie des questions constitutionnelles suivantes formulées dans une ordonnance émanant du Juge en chef en date du 25 juin 2001 :

1. L’alinéa 2g) de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275, traite-t-il de façon discriminatoire, en contravention du par. 15(1) de la *Charte*, les conjoints de fait hétérosexuels?
2. Si la réponse à la première question est « oui », ce traitement discriminatoire constitue-t-il, au sens de l’article premier de la *Charte*, une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique?

## VI. Analyse

Dans l’arrêt *Law*, précité, la Cour a énoncé le test applicable pour déterminer si une loi contestée

29

30

31

equality guarantee. Iacobucci J. formulated a three-part inquiry as follows, at para. 88, at pp. 548-49:

Accordingly, a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries:

- (A) Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?
- (B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

and

- (C) Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?

32

There is little debate in this case with respect to the first two broad inquiries. Firstly, as Flinn J.A. correctly notes, the *MPA* extends only to persons who are legally married and does not extend to persons in a common law relationship. The appellant concedes that the *MPA* provides differential treatment for the purpose of s. 15(1). Secondly, although marital status is not an enumerated ground, this Court in *Miron, supra*, has stated clearly that marital status is an analogous ground on which a claim of discrimination can be made. Following her review of the numerous factors supporting the view that marital status is an analogous ground of discrimination, McLachlin J. found as follows, at para. 156:

These considerations, taken together, suggest that denial of equality on the basis of marital status constitutes

contrevient à la garantie d'égalité. Le juge Iacobucci a décrit l'analyse en trois étapes que voici, au par. 88, p. 548-549 :

Par conséquent, le tribunal ayant à se prononcer sur une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) doit se poser trois grandes questions :

- (A) La loi contestée : a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?
- (B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

et

- (C) La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

En l'espèce, les deux premières étapes de l'analyse ne posent aucun problème. Premièrement, comme le souligne à juste titre le juge Flinn, la *MPA* ne s'applique qu'aux personnes mariées légalement et n'inclut pas les conjoints de fait. L'appelant admet que la *MPA* crée une différence de traitement au sens du par. 15(1). Deuxièmement, même si l'état matrimonial ne figure pas parmi les motifs énumérés, la Cour a clairement affirmé dans *Miron*, précité, que l'état matrimonial est un motif analogue pouvant fonder une allégation de discrimination. Après avoir passé en revue les nombreux facteurs à l'appui de la thèse que l'état matrimonial est un motif de discrimination analogue, le juge McLachlin a tiré la conclusion suivante, au par. 156 :

Prises ensemble, ces considérations donnent à entendre que la négation de l'égalité pour un motif fondé sur

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

The Crown also concedes that marital status is an analogous ground.

It is with respect to the third broad inquiry that the appellant argues the Court of Appeal erred. In *Law, supra*, Iacobucci J. set out four non-exhaustive factors for consideration of whether impugned legislation violates a claimant's human dignity:

- (a) pre-existing disadvantage, stereotyping or vulnerability of the claimant;
- (b) correspondence between the claim and the actual need or circumstances of the claimant;
- (c) the ameliorative purpose or effect of the impugned law on other groups in society; and
- (d) the nature and scope of the interest affected.

In considering the four contextual factors, the Court of Appeal held pre-existing disadvantage and the nature of the interest affected to be most relevant. The appellant argues that the Court of Appeal failed to fully consider the nature of the relationships involved before determining that Walsh's dignity was infringed. It points out that the court did not make any finding with regard to whether the parties had, upon entering into or during their relationship, any intention to contribute to one another's property acquisition or whether they deliberately avoided marriage and the consequences that flow from it. That is to say, the appellant argues that there is no evidence on which to conclude that the respondent

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'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 — et la discrimination est établie.

Le procureur général reconnaît que l'état matrimonial est un motif analogue.

L'appelant prétend que la Cour d'appel a commis une erreur à la troisième étape de l'analyse. Dans *Law*, précité, le juge Iacobucci a relevé quatre facteurs non exhaustifs à prendre en compte pour déterminer si la loi contestée porte atteinte à la dignité humaine du demandeur :

- a) La préexistence d'un désavantage, de stéréotypes ou de vulnérabilité subis par le demandeur.
- b) La correspondance entre l'allégation et les besoins ou la situation propres au demandeur.
- c) L'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée à l'égard d'autres groupes défavorisés dans la société.
- d) La nature et l'étendue du droit touché.

La Cour d'appel a examiné ces quatre facteurs contextuels et statué que la préexistence d'un désavantage et la nature du droit touché s'avéraient les facteurs les plus pertinents. L'appelant fait valoir que la Cour d'appel n'a pas examiné de façon suffisamment approfondie le type d'union en cause avant de conclure qu'il y a eu atteinte à la dignité de M<sup>me</sup> Walsh. Il souligne que la cour n'a tiré aucune conclusion quant à savoir si, au début ou au cours de leur union, les parties avaient l'intention de s'aider mutuellement à acquérir des biens ou si elles ont évité délibérément le mariage et les conséquences qui en découlent. Autrement dit, l'appelant soutient qu'aucun élément de preuve ne permet de conclure

33

34

considered herself disadvantaged by the non-marriage. Moreover, the appellant argues that it would in fact be unfair to make assumptions about all relationships and to impose a matrimonial property regime on persons who have chosen not to marry. It urges this Court to consider the exclusion of unmarried persons from the *MPA* as arising out of respect for the autonomy and self-determination of those who choose not to marry.

35 I agree with the appellant that the examination of pre-existing disadvantage and the nature of the interest affected is dependent on the proper characterization of the relationships involved. In my view, the most important aspect of this question is not whether the situation in which Walsh and Bona found themselves at the time of trial was similar to that of married persons, but whether persons entering into a conjugal relationship without marrying are in fact entering into a relationship on the same terms as persons who marry. On the one hand, we have persons who choose to marry and thereby indicate their intention to assume all of the legal rights and responsibilities that the *MPA* attributes to persons who have that status. On the other, we have persons who cannot be presumed to have accepted all of the obligations of marriage. This is a significant aspect of the context in which the respondent's claim of discrimination arises.

36 The respondent Walsh argues and the Court of Appeal held that the *MPA*, by excluding unmarried spouses from its purview, serves to perpetuate the view that unmarried couples are less deserving of recognition and respect in Canadian society. I cannot agree. As this Court reasoned in *Law, supra*, consideration of whether the differential treatment is discriminatory must always be done in a purposive and contextual manner. As Iacobucci J. noted, at para. 60:

Although I stress that the inquiry into whether legislation demeans the claimant's dignity must be undertaken from the perspective of the claimant and from no other perspective, a court must be satisfied that the claimant's

que l'intimée se sentait défavorisée du fait de ne pas s'être mariée. L'appelant prétend en outre qu'il serait en fait injuste d'émettre des hypothèses applicables à toutes les unions et d'imposer un régime matrimonial aux personnes qui ont choisi de ne pas se marier. Il exhorte la Cour à considérer l'exclusion des personnes non mariées du champ d'application de la *MPA* comme une marque du respect du législateur envers l'autonomie et l'autodétermination des personnes qui décident de ne pas se marier.

Je conviens avec l'appelant que l'examen d'un désavantage préexistant et de la nature du droit touché est tributaire d'une juste caractérisation des unions en cause. À mon sens, l'aspect le plus important de la question n'est pas de savoir si M<sup>me</sup> Walsh et M. Bona se trouvaient, au moment du procès, dans une situation semblable à celle des personnes mariées, mais plutôt de se demander si les personnes qui décident de former une union conjugale sans se marier s'engagent dans cette union aux mêmes conditions que les personnes qui se marient. D'une part, nous sommes en présence de personnes qui choisissent de se marier et manifestent ainsi leur intention d'assumer les responsabilités et d'acquérir les droits légaux que la *MPA* attribue aux personnes ayant ce statut. Nous sommes d'autre part en présence de personnes dont on ne peut présumer qu'elles ont accepté toutes les obligations découlant du mariage. Il s'agit là d'un aspect important du contexte dans lequel s'inscrit l'allégation de discrimination de l'intimée.

À l'instar de la Cour d'appel, l'intimée Walsh est d'avis qu'en excluant les conjoints non mariés de son champ d'application, la *MPA* perpétue l'opinion que ceux-ci sont moins dignes d'être reconnus et respectés au sein de la société canadienne. Je ne peux me rallier à cette opinion. Selon le raisonnement exposé par la Cour dans *Law*, précité, il faut toujours prendre en compte l'objet et le contexte pour déterminer si la différence de traitement est discriminatoire. Le juge Iacobucci a donné l'explication qui suit, au par. 60 :

Bien que j'insiste sur la nécessité de se placer dans la perspective du demandeur, et uniquement dans cette perspective, pour déterminer si la mesure législative sape sa dignité, j'estime que le tribunal doit être convaincu que

assertion that differential treatment imposed by legislation demeans his or her dignity is supported by an objective assessment of the situation. All of that individual's or that group's traits, history, and circumstances must be considered in evaluating whether a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant would find that the legislation which imposes differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity.

Iacobucci J. noted that the evaluation of the contextual factors must be conducted from the position of the claimant. He also held that this evaluation has both an objective and subjective component. As he later phrased it in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37, at para. 55:

The question to be asked is whether, taking the perspective of a “reasonable person, in circumstances similar to those of the claimant, who takes into account the contextual factors relevant to the claim” (*Law, supra*, at para. 88 (p. 550)), the law has the effect of demeaning a claimant's human dignity (*Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, *per* L'Heureux-Dubé J. at para. 56).

In the present case, then, the inquiry can be stated as whether a reasonable heterosexual unmarried cohabiting person, taking into account all of the relevant contextual factors, would find the *MPA*'s failure to include him or her in its ambit has the effect of demeaning his or her dignity.

As this Court has stated on numerous occasions, the equality guarantee is a comparative concept. It requires the location of an appropriate comparator group from which to assess the discrimination claim. The two comparator groups in this case are married heterosexual cohabitants, to which the *MPA* applies, and unmarried heterosexual cohabitants, to which the *MPA* does not apply. Although in some cases certain functional similarities between these two groups may be substantial, in this case it would be wrong to ignore the significant heterogeneity that exists within the claimant's comparator group. The contextual analysis of the respondent's claim reveals that reliance solely on certain “functional similarities” between the two groups does not adequately address the full range of traits, history, and

l'allégation du demandeur, quant à l'effet dégradant que la différence de traitement imposée par la mesure a sur sa dignité, est étayée par une appréciation objective de la situation. C'est l'ensemble des traits, de l'histoire et de la situation de cette personne ou de ce groupe qu'il faut prendre en considération lorsqu'il s'agit d'évaluer si une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur estimerait que la mesure législative imposant une différence de traitement a pour effet de porter atteinte à sa dignité.

Le juge Iacobucci a souligné que les facteurs contextuels devaient s'apprécier de la perspective du demandeur. Il a en outre indiqué que cette appréciation comportait à la fois un volet objectif et un volet subjectif. Voici comment il s'est exprimé plus tard dans *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37, par. 55 :

La question qu'il faut se poser est de savoir si, du point de vue d'une « personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur et qui tient compte des facteurs contextuels pertinents » (*Law, précité*, au par. 88 (p. 550)), la loi a pour effet de porter atteinte à la dignité humaine du demandeur (*Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, le juge L'Heureux-Dubé, au par. 56).

En l'espèce, je dirais donc qu'il faut se demander si un conjoint hétérosexuel non marié raisonnable estimerait, compte tenu de tous les facteurs contextuels pertinents, que la *MPA* porte atteinte à sa dignité en ne l'incluant pas dans son champ d'application.

La Cour a répété à maintes reprises que la garantie d'égalité est un concept relatif. Il faut trouver un groupe de comparaison pertinent et apprécier l'allégation de discrimination par rapport à ce groupe. Les deux groupes de comparaison, en l'occurrence, sont les conjoints hétérosexuels mariés, auxquels la *MPA* s'applique, et les conjoints hétérosexuels non mariés, auxquels elle ne s'applique pas. Bien que, dans certains cas, ces deux groupes puissent présenter des similitudes fonctionnelles importantes, ce serait une erreur en l'espèce que de faire abstraction de la grande hétérogénéité du groupe de comparaison auquel appartient l'auteur de l'allégation. L'analyse contextuelle de l'allégation de l'intimée révèle qu'il est impossible, en ne nous intéressant qu'à certaines « similitudes fonctionnelles » entre

37

38

39

circumstances of the comparator group of which the claimant is a member.

40

It is indeed clear from the evidence that some cohabitants have specifically chosen not to marry and not to take on the obligations ascribed to persons who choose that status (see: Z. Wu, *Cohabitation: An Alternative Form of Family Living* (2000), at pp. 105-6, 116, 120-21; and Alberta Law Research and Reform Institute, *Survey of Adult Living Arrangements: A Technical Report* (1984), at pp. 64-72). In his study of alternative family forms, Professor Wu makes several conclusions, which include: (1) that common law relationships tend to be of much shorter duration than married relationships; (2) that cohabitation can be a “trial marriage”; (3) that cohabitation can be a deliberate substitute for legal marriage; (4) that persons who do not marry tend to have less conventional attitudes toward marriage and family and reject the institution of marriage on the basis of personal choice. These findings are indicative not only of the differences between married couples and cohabiting couples, but also of the many differences among unmarried cohabitants with regard to the manner in which people choose to structure their relationships.

41

This Court has recognized both the historical disadvantage suffered by unmarried cohabiting couples as well as the recent social acceptance of this family form. As McLachlin J. noted in *Miron*, *supra*, at para. 152:

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.

les deux groupes, de tenir adéquatement compte de la diversité des traits, de l’histoire et de la situation des membres du groupe de comparaison auquel appartient l’auteur de l’allégation.

Il ressort en effet clairement des éléments de preuve que certains couples vivant en union libre ont précisément choisi de ne pas se marier et de ne pas être assujettis aux obligations qui incombent à ceux qui ont choisi le statut de personne mariée (voir : Z. Wu, *Cohabitation : An Alternative Form of Family Living* (2000), p. 105, 106, 116, 120 et 121; et Law Research and Reform Institute de l’Alberta, *Survey of Adult Living Arrangements : A Technical Report* (1984), p. 64-72). Dans son étude sur les types de familles non traditionnelles, le professeur Wu tire plusieurs conclusions, notamment : (1) que la durée des unions de fait tend à être beaucoup plus courte que celle des mariages; (2) que l’union libre peut en fait constituer un « mariage à l’essai »; (3) que l’union libre peut être choisie délibérément comme substitut du mariage légal; (4) que les personnes qui ne se marient pas ont en général une attitude moins conformiste à l’égard du mariage et de la famille et rejettent l’institution du mariage au nom du libre choix. Ces conclusions témoignent non seulement des différences entre les couples mariés et les couples vivant en union libre, mais également des nombreuses différences parmi les couples non mariés quant à la forme qu’ils choisissent de donner à leur union.

La Cour a reconnu le désavantage historique subi par les couples non mariés, ainsi que l’acceptation sociale récente de ce type de famille. Voici les propos tenus par le juge McLachlin à cet égard dans *Miron*, précité, par. 152 :

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.

Since *Miron, supra*, significant legislative change has taken place at both the federal and provincial levels. Numerous statutes that confer benefits on married persons have been amended so as to include within their ambit unmarried cohabitants. Nevertheless, social prejudices directed at unmarried partners may still linger, despite these significant reforms. In light of those social prejudices, this Court recognized in *Miron, supra*, that one's ability to access insurance benefits was not reducible to simply a matter of choice. L'Heureux-Dubé J., in her concurring judgment, reasoned as follows, at para. 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. [Emphasis in original.]

Where the legislation has the effect of dramatically altering the legal obligations of partners, as between themselves, choice must be paramount. The decision to marry or not is intensely personal and engages a complex interplay of social, political, religious, and financial considerations by the individual. While it remains true that unmarried spouses have suffered from historical disadvantage and stereotyping, it simultaneously cannot be ignored that many persons in circumstances similar to those of the parties, that is, opposite sex individuals in conjugal relationships of some permanence, have chosen to avoid the institution of marriage and the legal consequences that flow from it. As M. Eichler posited:

Depuis l'arrêt *Miron*, précité, on a apporté d'importantes modifications à la législation fédérale et provinciale. De nombreuses lois accordant des bénéfices aux personnes mariées ont été modifiées de façon à inclure dans leur champ d'application les personnes vivant en union libre. Néanmoins, les préjugés sociaux envers les partenaires non mariés peuvent encore subsister en dépit de ces importantes réformes. Compte tenu de ces préjugés sociaux, la Cour a reconnu dans *Miron*, précité, que l'accès à des prestations d'assurance ne pouvait être réduite à une simple question de choix. Dans ses motifs concordants, le juge L'Heureux-Dubé a exprimé le raisonnement suivant, au par. 102 :

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. [Souligné dans l'original.]

Lorsque la loi modifie radicalement les obligations juridiques des partenaires l'un envers l'autre, la liberté de choix doit être considérée primordiale. La décision de se marier ou de ne pas se marier est de nature très personnelle et fait interagir, chez chaque personne, un ensemble complexe de considérations sociales, politiques, religieuses et financières. S'il est vrai que les conjoints non mariés ont été désavantagés historiquement et lésés par l'application de stéréotypes, on ne peut nier pour autant que de nombreuses personnes se trouvant dans une situation semblable à celle des parties, c'est-à-dire des personnes de sexe opposé vivant dans une union conjugale d'une certaine permanence, ont choisi de se soustraire à l'institution du mariage et aux conséquences juridiques qui en découlent. M. Eichler a affirmé :

42

43

Treating all common-law relationships like legal marriages in terms of support obligations and property division ignores the very different circumstances under which people may enter a common-law union. If they choose to marry, they make a positive choice to live under one type of regime. If they have chosen not to marry, is it the state's task to impose a marriage-like regime on them retroactively?

(M. Eichler, *Family Shifts: Families, Policies, and Gender Equality* (1997), at p. 96)

To ignore these differences among cohabiting couples presumes a commonality of intention and understanding that simply does not exist. This effectively nullifies the individual's freedom to choose alternative family forms and to have that choice respected and legitimated by the state.

44

Examination of the context in which the discrimination claim arises also involves a consideration of the relationship between the grounds and the claimant's characteristics or circumstances. As Iacobucci J. described it in *Law*, at para. 70:

It is thus necessary to analyze in a purposive manner the ground upon which the s. 15(1) claim is based when determining whether discrimination has been established. As a general matter . . . legislation which takes into account the actual needs, capacity, or circumstances of the claimant and others with similar traits in a manner that respects their value as human beings and members of Canadian society will be less likely to have a negative effect on human dignity. . . . The fact that the impugned legislation may achieve a valid social purpose for one group of individuals cannot function to deny an equality claim where the effects of the legislation upon another person or group conflict with the purpose of the s. 15(1) guarantee. In line with the reasons of McIntyre J. and Sopinka J., I mean simply to state that it will be easier to establish discrimination to the extent that impugned legislation fails to take into account a claimant's actual situation, and more difficult to establish discrimination to the extent that legislation properly accommodates the claimant's needs, capacities, and circumstances.

[TRADUCTION] En assimilant toutes les unions de fait à des mariages légaux en ce qui a trait aux obligations alimentaires et au partage des biens, on fait abstraction des circonstances très différentes dans lesquelles les personnes peuvent décider de vivre en union de fait. Si elles décident de se marier, elles exercent concrètement le choix de s'assujettir à un type de régime. Si elles choisissent de ne pas se marier, appartient-il à l'État de leur imposer rétroactivement un régime qui ressemble au mariage?

(M. Eichler, *Family Shifts : Families, Policies and Gender Equality* (1997), p. 96)

Faire abstraction de ces différences parmi les couples vivant en union libre tient pour acquises une intention et une perception communes qui n'existent tout simplement pas. Pareille attitude neutralise, en fait, la liberté de chacun de choisir un type de famille non traditionnelle et de voir ce choix respecté et légitimé par l'État.

L'examen du contexte dans lequel s'inscrit l'allégation de discrimination nous oblige en outre à examiner le lien entre les motifs invoqués et les caractéristiques ou la situation du demandeur. Le juge Iacobucci a décrit ainsi cet examen dans *Law*, au par. 70 :

Il est donc nécessaire d'analyser en fonction de l'objet visé le motif sur lequel est fondée l'allégation formulée sous le régime du par. 15(1) lorsqu'il s'agit de décider si l'on a établi la preuve d'une discrimination. En règle générale, [. . .] la disposition législative qui prend en compte les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur et d'autres personnes partageant les mêmes caractéristiques, d'une façon qui respecte leur valeur en tant qu'êtres humains et que membres de la société canadienne, sera moins susceptible d'avoir un effet négatif sur la dignité humaine. [. . .] Le fait que la mesure contestée est susceptible de contribuer à la réalisation d'un but social valide pour un groupe de personnes ne peut pas être utilisé pour rejeter une demande fondée sur le droit à l'égalité lorsque les effets de la mesure sur une autre personne ou un autre groupe entrent en conflit avec l'objet de la garantie prévue au par. 15(1). En conformité avec les motifs des juges McIntyre et Sopinka, je veux simplement dire qu'il sera plus facile d'établir la discrimination si les dispositions contestées omettent de tenir compte de la situation véritable d'un demandeur, et plus difficile si les dispositions répondent adéquatement aux besoins, aux capacités et à la situation du demandeur.

Consideration of the extent to which the impugned legislation properly accommodates the claimant's circumstances begins with the *MPA* and the changes it brought about. The purpose of the *MPA* is revealed in its preamble and through the debates of the House of Assembly at the time it was introduced. On second reading of the *MPA* Bill on May 8, 1980, the legislative purpose was described as follows:

The intent and purport of the legislation, Mr. Speaker, is to be found in the preamble. . . . The intent, by virtue of the introduction and, hopefully, the ultimate passage of this legislation, is to establish clearly that marriage is a partnership and that that partnership carries with it an understanding of equality, and equality in all senses and, as it relates to this particular piece of legislation, equality at the time any such marriage should come to an end, by reason either of separation, divorce or upon death. [Emphasis added.]

(Nova Scotia, House of Assembly, *Debates and Proceedings*, 80-44, May 8, 1980, at p. 2011)

The *MPA* created a regime of “deferred sharing”, replacing the regime of absolute separate property. The new legislative scheme deems married persons to have agreed to an economic partnership wherein both pecuniary and non-pecuniary contributions to the marriage partnership are considered to be of equal worth. The *MPA* provides *inter alia* that property acquired by each spouse before and during the marriage constitutes a pool of assets, which may be divided, regardless of legal title, in equal shares upon marriage breakdown, divorce or death of either spouse. It also provides each spouse with an equal right of possession in the matrimonial home, without regard to title, and provides that no sale or mortgage of the matrimonial home may occur without the consent of both spouses: Law Reform Commission of Nova Scotia, *supra*, at pp. 5-7. As a whole, then, the *MPA* is designed to ensure the economic partnership between married persons by affording protections to the non-title holding spouse both during the marriage and at its end, whether due to divorce or death.

Pour déterminer dans quelle mesure la loi contestée tient adéquatément compte de la situation du demandeur, il faut d'abord examiner la *MPA* et les changements qu'elle a apportés. L'objet de la *MPA* ressort de son préambule et des débats de la House of Assembly à l'époque où elle a été déposée. Le 8 mai 1980, en deuxième lecture du projet de loi relatif à la *MPA*, on a ainsi décrit l'objectif de la loi :

[TRADUCTION] L'objectif de la loi, M. le Président, se trouve dans le préambule [. . .] Par l'introduction et, espérons-le, l'adoption ultime de cette loi, on vise à établir clairement que le mariage constitue une association, et que cette association participe d'une certaine interprétation de l'égalité, soit l'égalité dans tous les sens du terme et, en ce qui a trait à la présente loi en particulier, l'égalité au moment de la fin du mariage, que ce soit en raison d'une séparation, d'un divorce ou d'un décès. [Je souligne.]

(Nouvelle-Écosse, House of Assembly, *Debates and Proceedings*, 80-44, 8 mai 1980, p. 2011)

La *MPA* a instauré un régime de [TRADUCTION] « partage différé » pour remplacer le régime de séparation totale des biens. Selon le nouveau régime, les personnes mariées sont réputées avoir convenu de former une association économique et les contributions pécuniaires et non pécuniaires à l'association du mariage sont réputées avoir une valeur égale. La *MPA* prévoit notamment que les biens acquis par les époux avant et pendant le mariage forment une masse de biens qui peuvent être partagés en parts égales, sans égard au droit de propriété sur ces biens, lorsque survient la rupture du mariage, le divorce ou le décès d'un des conjoints. Par ailleurs, la loi confère aux conjoints un droit égal à la possession du foyer conjugal, peu importe celui dont le nom figure sur le titre de propriété, de même qu'elle prévoit que le foyer conjugal ne peut être vendu, ni grevé d'une hypothèque sans le consentement des deux conjoints : Law Reform Commission of Nova Scotia, *op. cit.*, p. 5-7. Dans l'ensemble, la *MPA* vise donc à assurer une association économique entre les personnes mariées en accordant une protection au conjoint qui n'est pas titulaire du droit de propriété pendant le mariage comme à la fin du mariage, que celle-ci résulte d'un divorce ou d'un décès.

47

The respondent Walsh is correct in noting that the *MPA* was designed to remedy the wrongs of the past and to support the equality of both spouses as a result of their joint commitment to share equally in the matrimonial assets. As Wilson J. reasoned in *Clarke, supra*, at p. 807:

Thus the Act supports the equality of both parties to a marriage and recognizes the joint contribution of the spouses, be it financial or otherwise, to that enterprise. The Act goes further and asserts that, due to this joint contribution, both parties are entitled to share equally in the benefits that flow from the union — the assets of the marriage. The Act is accordingly remedial in nature. It was designed to alleviate the inequities of the past when the contribution made by women to the economic survival and growth of the family was not recognized.

48

This remedying of inequities is recognized in the *MPA*'s preamble and is achieved by the matrimonial property regime that it creates. Although the respondent focusses her argument on the provision in the *MPA* that confers upon married spouses the right to apply for a presumptive equal division of matrimonial assets on marriage breakdown, it must be remembered that the presumption of equal division of property is only one part of the overall scheme. The *MPA* also provides other significant benefits and imposes significant obligations on the spouses: a right of possession to the marital home; protection against disposition of the marital home; a right to redeem the interest in the marital home *vis-à-vis* execution creditors; a right to apply for division of assets on the death of a spouse in addition to rights by way of will or intestacy. Moreover, even the division of matrimonial assets brings with it significant obligations to the spouses. The manner in which the property division is achieved is to calculate the total value of the matrimonial assets and subtract from that amount the total value of the matrimonial debts, without regard, in both cases, to the title in whom these assets or liabilities rest. Thus the *MPA*, by deeming all marriages to be economic partnerships, imposes a significant alteration to the *status quo* of an individual's proprietary rights and obligations. Moreover, these statutorily created proprietary restrictions and obligations arise as at the time of the marriage and continue throughout the

L'intimée souligne à juste titre que la *MPA* visait à remédier aux erreurs du passé et à promouvoir l'égalité des conjoints en conséquence de leur engagement solidaire à partager également les biens matrimoniaux. Voici le raisonnement exposé par madame le juge Wilson à cet égard dans *Clarke*, précité, p. 807 :

La Loi appuie donc l'égalité des deux parties dans un mariage et reconnaît la contribution solidaire des conjoints, qu'elle soit financière ou autre, à cette entreprise. La Loi va plus loin et affirme que, en raison de cette contribution solidaire, les deux parties ont le droit de partager également les avantages qui découlent de l'union — les biens du mariage. En conséquence, la Loi est de nature réparatrice. Elle a été rédigée pour pallier les iniquités du passé, quand la contribution faite par les femmes à la survie économique et à la croissance de la famille n'était pas reconnue.

Le préambule de la *MPA* confirme cet objectif de réparation des injustices, réalisé au moyen du régime matrimonial qu'établit la *MPA*. L'intimée fonde son argumentation sur la disposition de la *MPA* qui confère aux conjoints mariés le droit de se prévaloir de la présomption de partage égal des biens matrimoniaux au moment de la rupture du mariage. Il faut toutefois se rappeler que cette présomption n'est que l'une des composantes du régime général. La *MPA* accorde d'autres bénéfices considérables, tout comme elle impose aux conjoints d'importantes obligations : un droit à la possession du foyer conjugal, une protection contre l'aliénation du foyer conjugal, un droit de rachat sur le foyer conjugal opposable aux créanciers saisissants, le droit de demander le partage des biens au décès du conjoint qui s'ajoute aux droits découlant d'un testament ou d'une succession *ab intestat*. De plus, même le partage des biens matrimoniaux emporte d'importantes obligations pour les conjoints. Pour procéder au partage des biens, il faut calculer la valeur totale des biens matrimoniaux et en soustraire la valeur totale des dettes matrimoniales, indépendamment du nom auquel sont inscrits ces éléments d'actif et de passif. Par conséquent, en assimilant tous les mariages à une association économique, la *MPA* modifie considérablement l'état actuel des droits et obligations d'une personne en matière de propriété. De plus, ces obligations et restrictions légales touchant le droit de propriété prennent naissance au moment du mariage

duration of the marriage until separation or death. The decision to marry, which necessarily requires the consent of each spouse, encapsulates within it the spouses' consent to be bound by the proprietary regime that the *MPA* creates.

Unmarried cohabitants, on the other hand, maintain their respective proprietary rights and interests throughout the duration of their relationship and at its end. These couples are free to marry, enter into domestic contracts, to own property jointly. In short, if they so choose, they are able to access all of the benefits extended to married couples under the *MPA*. Though my conclusion in this case is no way dependent upon the existence of the *LRA*, this new legislation offers another means by which unmarried cohabitants can access these benefits. The *LRA* is tailored to persons who, for myriad reasons, choose not to marry but who nevertheless consent to be bound legally to the same regime of economic partnership with all of the rights and obligations that it entails. The general principle is that, without taking some unequivocal consensual action, these cohabiting persons maintain the right to deal with any and all of their property as they see fit.

The *MPA*, then, can be viewed as creating a shared property regime that is tailored to persons who have taken a mutual positive step to invoke it. Conversely, it excludes from its ambit those persons who have not taken such a step. This requirement of consensus, be it through marriage or registration of a domestic partnership, enhances rather than diminishes respect for the autonomy and self-determination of unmarried cohabitants and their ability to live in relationships of their own design. As Iacobucci J. phrased it in *Law*, at para. 102, “[t]he law functions not by the device of stereotype, but by distinctions corresponding to the actual situation of individuals it affects.”

Relying mostly on the decisions of this Court in *Miron*, *supra*, and *M. v. H.*, *supra*, the respondent Walsh says that even if some common law couples

et subsistent pendant toute la durée du mariage jusqu’à la séparation ou au décès. La décision de se marier, qui requiert obligatoirement le consentement de chaque époux, implique leur consentement à être assujettis au régime de propriété établi par la *MPA*.

En revanche, les conjoints non mariés conservent leurs droits de propriété respectifs pendant la durée de leur union et à la fin de celle-ci. Ces couples sont libres de se marier, de conclure un contrat familial et de détenir des biens en copropriété. Bref, s’ils le désirent, ils peuvent avoir accès à tous les avantages que la *MPA* accorde aux couples mariés. Si ma conclusion en l’espèce ne repose nullement sur l’existence de la *LRA*, signalons que cette nouvelle loi fournit, aux couples non mariés, un autre moyen d’avoir accès à ces avantages. La *LRA* est taillée sur mesure pour les personnes qui, pour mille et une raisons, décident de ne pas se marier, mais veulent quand même être assujetties, en droit, au même régime d’association économique, avec tous les droits et obligations qu’il comporte. Le principe général veut que les personnes vivant en union libre, si elles ne prennent pas de mesure consensuelle non équivoque, conservent le droit de disposer de leurs biens comme bon leur semble.

On peut donc dire que la *MPA* crée un régime de partage des biens conçu pour les personnes qui ont pris, mutuellement, une mesure concrète pour s’en prévaloir. À l’inverse, la loi exclut de son champ d’application les personnes qui n’ont pris aucune mesure en ce sens. En exigeant qu’il existe un consensus, exprimé par le mariage ou par l’enregistrement d’une union civile, on ne respecte pas moins, mais davantage l’autonomie et l’autodétermination des couples vivant en union libre, de même que leur faculté de vivre dans une forme d’union qu’ils ont eux-mêmes façonnée. Dans *Law*, par. 102, le juge Iacobucci a affirmé que « [l]a loi ne fonctionne pas au moyen de stéréotypes mais au moyen de distinctions qui correspondent à la situation véritable des personnes qu’elle vise. »

Invokant principalement les arrêts *Miron* et *M. c. H.*, précités, émanant de la Cour, l’intimée Walsh fait valoir que même si certains conjoints de

49

50

51

may benefit from the inapplicability of the *MPA* to their relationship breakdown, this does not address the statute's effect in perpetuating the view that an unmarried spouse is less entitled to recognition and respect than a married spouse. The respondent insists that not all members of the claimant group need be negatively affected, that the potential denial of the right to equality to any member of the group suffices.

52 Following the reasoning of McLachlin J. in *Miron, supra*, Walsh argues that there may be many factors that preclude certain individuals from marrying and thereby availing themselves of the *MPA*, even though their relationships have all the functional markings of a marriage. By excluding from its ambit unmarried couples, whom the respondent submits are the functional equivalents of married couples, the *MPA* has the effect of perpetuating the view that these alternative family forms are less deserving of recognition and respect.

53 In *Miron, supra*, this Court held the denial of insurance benefits to unmarried spouses to be discriminatory within the meaning of s. 15(1). In that case, the impugned legislation denied automobile insurance benefits to persons in circumstances similar to married persons. Short of agreeing to marry, the cohabitants had no ability to control the availability to each other of the benefits. Moreover, the extension or denial of these benefits had no impact on the rights and obligations of the spouses *vis-à-vis* each other. The discriminatory distinction at issue in *Miron, supra*, concerned the relationship of the couple as a unit, to third parties. The marital status of the couple should have had no bearing on the availability of the benefit.

54 In the present case, however, the *MPA* is primarily directed at regulating the relationship between the parties to the marriage itself; parties who, by marrying, must be presumed to have a mutual intention to enter into an economic partnership. Unmarried

fait peuvent tirer avantage de l'inapplicabilité de la *MPA* à la rupture de leur union, cela ne change rien au fait que la loi perpétue l'opinion qu'un conjoint non marié est moins digne de reconnaissance et de respect qu'un conjoint marié. L'intimée insiste sur le fait qu'il n'est pas nécessaire que tous les membres du groupe alléguant la discrimination soient lésés et que la possibilité d'une atteinte au droit à l'égalité d'un membre du groupe suffit.

Adoptant le raisonnement du juge McLachlin dans *Miron, précité*, M<sup>me</sup> Walsh fait valoir que de nombreux facteurs peuvent empêcher certaines personnes de se marier et, partant, de se prévaloir de la *MPA*, même si leur union présente toutes les caractéristiques fonctionnelles d'un mariage. Parce qu'elle exclut de son champ d'application les couples non mariés, que l'intimée présente comme les équivalents fonctionnels des couples mariés, la *MPA* aurait pour effet de perpétuer l'opinion que ces types de familles non traditionnelles sont moins dignes de reconnaissance et de respect.

Dans *Miron, précité*, la Cour a statué qu'il était discriminatoire au sens du par. 15(1) de refuser des prestations d'assurance aux conjoints non mariés. Dans cette affaire, la loi contestée refusait le droit de toucher des prestations d'assurance-automobile aux personnes qui se trouvaient dans une situation semblable à celle des personnes mariées. À moins d'accepter de se marier, les conjoints vivant en union libre n'avaient aucun moyen de s'assurer que leur conjoint respectif puisse avoir accès aux prestations. De plus, le fait qu'on leur accorde ou qu'on leur refuse le droit à ces prestations ne modifiait en rien les droits et obligations des conjoints entre eux. La distinction discriminatoire en cause dans *Miron, précité*, touchait les rapports du couple, vu comme une entité, avec les tiers. L'état matrimonial du couple n'aurait dû avoir aucune incidence sur l'admissibilité aux prestations.

Par contre, en l'espèce, la *MPA* vise essentiellement à régler les rapports entre les parties au mariage même, qui doivent être tenues pour avoir, en se mariant, l'intention mutuelle de former une association économique. Quant à eux, les couples

cohabitants, however, have not undertaken a similar unequivocal act. I cannot accept that the decision to live together, without more, is sufficient to indicate a positive intention to contribute to and share in each other's assets and liabilities. It may very well be true that some, if not many, unmarried cohabitants have agreed as between themselves to live as economic partners for the duration of their relationship. Indeed, the factual circumstances of the parties' relationship bear this out. It does not necessarily follow, however, that these same persons would agree to restrict their ability to deal with their own property during the relationship or to share in all of the other's assets and liabilities following the end of the relationship. As Eichler, *supra*, points out, at pp. 95-96:

There is a distinct difference between a young couple living together, having a child together, and then splitting up, and an older couple living together after they have raised children generated with another partner. If a middle-aged couple decide to move in together at the age of fifty-five and to split at age sixty, and if both of them have children in their thirties, the partners may wish to protect their assets for themselves and for their children — with whom they have had a close relationship for over thirty years — rather than with a partner with whom they were associated for five years.

In my view, people who marry can be said to freely accept mutual rights and obligations. A decision not to marry should be respected because it also stems from a conscious choice of the parties. It is true that the benefits that one can be deprived of under a s. 15(1) analysis must not be read restrictively and can encompass the benefit of a process or procedure, as recognized in *M. v. H.*, *supra*. It has not been established, however, that there is a discriminatory denial of a benefit in this case because those who do not marry are free to take steps to deal with their personal property in such a way as to create an equal partnership between them. If there is need for a uniform and universal protective regime independent of choice of matrimonial status, this is not a s. 15(1) issue. The *MPA* only protects persons who have

vivant en union libre n'ont pris aucune mesure semblable non équivoque. Je ne puis reconnaître que la décision des conjoints de faire vie commune, sans plus, suffit à démontrer leur intention réelle de contribuer à l'actif et au passif l'un de l'autre et de le partager. Il se pourrait fort bien que certains — sinon de nombreux — conjoints vivant en union libre aient convenu entre eux de former une association économique pour la durée de leur union. En effet, les circonstances factuelles de l'union que forment les parties le confirment. Cependant, il ne s'ensuit pas nécessairement que ces mêmes personnes seraient d'accord pour restreindre leur faculté de disposer de leurs propres biens pendant la durée de l'union ou pour partager l'actif et le passif de l'autre à la rupture de l'union. Voici ce que dit Eichler, *op. cit.*, à cet égard, aux p. 95-96 :

[TRADUCTION] Il existe une nette différence entre la situation d'un jeune couple qui cohabite, donne naissance à un enfant et se sépare, et celle de personnes plus âgées qui cohabitent après avoir élevé des enfants qu'elles ont eu d'un autre partenaire. Si deux partenaires d'âge mûr décident d'emménager ensemble à cinquante-cinq ans, puis de se séparer à soixante ans, et si tous deux ont des enfants dans la trentaine, ils désireront peut-être protéger leurs biens pour leur propre bénéfice et celui de leurs enfants — avec lesquels ils ont des liens étroits depuis plus de trente ans — plutôt que de les partager avec un partenaire avec lequel leur relation n'aura duré que cinq ans.

À mon sens, on peut dire des personnes qui se marient qu'elles ont librement accepté des droits et obligations réciproques. La décision des parties de ne pas se marier commande le même respect car elle relève également d'un choix conscient. Certes, les bénéfices dont une personne peut être privée au sens du par. 15(1) ne doivent pas recevoir une interprétation restrictive et peuvent englober l'accès à un processus ou à une procédure, comme le précise l'arrêt *M. c. H.*, précité. Il n'a cependant pas été établi en l'espèce qu'il y a eu négation discriminatoire d'un bénéfice, car les couples qui ne se marient pas peuvent en toute liberté prendre des mesures à l'égard de leurs biens personnels de façon à créer une association à parts égales entre eux. S'il est nécessaire d'instaurer un régime de protection uniforme et universel sans égard à l'état matrimonial choisi,

demonstrated their intention to be bound by it and have exercised their right to choose.

56

The respondent Walsh argues that the choice to marry, to enter into a domestic contract or to register a partnership under the *LRA* still does not address her situation, nor does it address the circumstances of those individuals whose unmarried partner either refuses to marry or to register their domestic partnership. For these persons, as Walsh argues, the decision is not entirely within their control. Similarly, she argues that maintaining the proprietary *status quo* in unmarried cohabiting relationships unduly disadvantages both the non-title holding partner, who have historically been women, as well as the children of the relationship. The respondent argues that protection of women and children from the potentially dire economic consequences of marriage breakdown is one of the main purposes of the *MPA*. Excluding unmarried cohabitants, then, constitutes a denial of equal protection of women in conjugal relationships and the children of those relationships, the persons whom the legislation was specifically designed to protect.

57

On this basis, the respondent submits that the only constitutionally acceptable formula is to extend the ambit of the *MPA* to all unmarried cohabitants, while providing consenting couples the opportunity to opt out, as the current *MPA* does with regard to married couples. The problem with that proposition, in my view, is that it eliminates an individual's freedom to decide whether to make such a commitment in the first place. Even if the freedom to marry is sometimes illusory, does it warrant setting aside an individual's freedom of choice and imposing on her a regime that was designed for persons who have made an unequivocal commitment encompassing the equal partnership described in the *MPA*? While there is no denying that inequities may exist in certain unmarried cohabiting relationships and that those inequities may result in unfairness between the parties on relationship breakdown, there is no constitutional requirement that the state extend the protections of the *MPA* to those persons. The issue here is whether making a meaningful choice

cette question ne relève pas du par. 15(1). La *MPA* ne protège que les personnes qui ont manifesté leur volonté d'y être assujetties et qui ont exercé leur droit de choisir.

L'intimée Walsh prétend que la possibilité de se marier, de conclure un contrat familial ou d'enregistrer une union en application de la *LRA* ne règle ni sa situation ni celle des personnes non mariées dont le conjoint ne consent ni à se marier ni à enregistrer leur union civile. Madame Walsh fait valoir que ces personnes ne sont pas seules maîtres de cette décision. De même, elle soutient que le maintien du statu quo en ce qui concerne les biens des conjoints non mariés défavorise indûment tant le partenaire non titulaire du droit de propriété — qui est traditionnellement la femme — que les enfants issus de l'union. Or, l'intimée affirme que l'un des objectifs principaux de la *MPA* consiste précisément à protéger les femmes et les enfants des conséquences économiques parfois très pénibles qui peuvent découler de la rupture du mariage. Par conséquent, l'exclusion des conjoints non mariés nie le même bénéfice de la loi aux femmes qui vivent en union conjugale et aux enfants issus de cette union, alors que la loi visait précisément à les protéger.

Pour ces raisons, l'intimée prétend que la seule solution constitutionnellement acceptable consiste à étendre l'application de la *MPA* à tous les conjoints non mariés, en leur donnant la possibilité d'y renoncer s'ils le désirent, comme la *MPA* le permet actuellement aux couples mariés. Cette proposition pose problème à mon avis en ce qu'elle supprime la liberté de chacun de décider de prendre un tel engagement au départ. Même si la liberté de se marier s'avère parfois illusoire, faut-il pour autant écarter la liberté de choix de l'individu et lui imposer un régime destiné aux personnes qui se sont engagées de façon non équivoque, notamment à former l'association à parts égales décrite dans la *MPA*? Personne ne nie qu'il puisse exister des iniquités chez certains couples non mariés et qu'une injustice entre les parties puisse en résulter à la rupture de leur union, mais aucune règle constitutionnelle n'oblige l'État à étendre la portée de la *MPA* pour les protéger. Il faut en l'occurrence déterminer si la faculté de faire un choix utile mérite d'être maintenue et si les

matters, and whether unmarried persons are prevented from taking advantage of the benefits of the *MPA* in an unconstitutional way.

Persons unwilling or unable to marry have alternative choices and remedies available to them. The couple may choose to own property jointly and/or to enter into a domestic contract that may be enforced pursuant to the *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, s. 52(1), and the *Maintenance Enforcement Act*, S.N.S. 1994-95, c. 6, s. 2(e). These couples are also capable of accessing all of the benefits of the *MPA* through the joint registration of a domestic partnership under the *LRA*.

It is true that certain unmarried couples may also choose to organize their relationship as an economic partnership for the period of their cohabitation. Similarly, some couples, without making a public and legally binding commitment, may simply live out their lives together in a manner akin to marriage. In these cases, the law has evolved to protect those persons who may be unfairly disadvantaged as a result of the termination of their relationship.

Firstly, provincial legislation provides that an unmarried cohabitant or “common-law partner” may apply to a court for an order of maintenance or support: *Maintenance and Custody Act*, s. 3. The court is empowered to take into consideration a host of factors pertaining to the manner in which the parties organized their relationship as well as the particular needs and circumstances of both of the parties.

For those couples who have not made arrangements regarding their property at the outset of their relationship, the law of constructive trust remains available to address inequities that may arise at the time of the dissolution. The law of constructive trust developed as a means of recognizing the contributions, both pecuniary and non-pecuniary, of one spouse to the family assets the title of which was vested wholly in the other spouse: *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Pettkus, supra*; *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *Peter, supra*. After the enactment of the *MPA*, the law of constructive trust remained and remains as

personnes non mariées sont privées inconstitutionnellement de l'accès aux bénéfices de la *MPA*.

Les personnes qui ne veulent pas ou ne peuvent pas se marier ont d'autres options. Les conjoints peuvent choisir de devenir copropriétaires de certains biens et de conclure un contrat familial susceptible d'exécution en application de la *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160, par. 52(1), et de la *Maintenance Enforcement Act*, S.N.S. 1994-95, ch. 6, al. 2e), ou s'en tenir à une seule de ces solutions. Ils peuvent aussi avoir droit à tous les bénéfices qu'offre la *MPA* en enregistrant conjointement leur union civile conformément à la *LRA*.

Il est vrai que certains couples non mariés peuvent également structurer leur union comme une association économique pour la durée de leur cohabitation. De même, sans prendre d'engagement public qui les lie juridiquement, certains couples peuvent tout simplement vivre ensemble dans une relation analogue au mariage. Dans ces cas-là, le droit a évolué pour assurer une protection aux personnes susceptibles d'être injustement défavorisées par la fin de leur union.

Premièrement, la loi provinciale dispose qu'un conjoint non marié ou [TRADUCTION] « conjoint de fait » peut demander à un tribunal de prononcer une ordonnance alimentaire : *Maintenance and Custody Act*, art. 3. Le tribunal peut prendre en considération une foule de facteurs relatifs à la manière dont les parties ont structuré leur union, ainsi qu'aux besoins et à la situation de chacune.

Quant aux couples qui n'ont pas pris d'arrangements concernant leurs biens dès le début de leur union, ils peuvent encore recourir au droit de la fiducie par interprétation pour remédier aux iniquités susceptibles de survenir au moment de la dissolution. Le droit de la fiducie par interprétation est devenu un moyen de reconnaître les contributions, tant pécuniaires que non pécuniaires, d'un conjoint aux biens familiaux dont le titre de propriété est établi seulement au nom de l'autre conjoint : *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Pettkus, précité*; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *Peter, précité*. Après la promulgation de la *MPA*,

58

59

60

61

a recourse for unmarried partners who find themselves unfairly disadvantaged *vis-à-vis* their former partner. Those situations where the fact of economic interdependence of the couple arises over time are best addressed through the remedies like constructive trust as they are tailored to the parties' specific situation and grievances. In my view, where the multiplicity of benefits and protections are tailored to the particular needs and circumstances of the individuals, the essential human dignity of unmarried persons is not violated.

62 All of these factors support the conclusion that the extension of the *MPA* to married persons only is not discriminatory in this case as the distinction reflects and corresponds to the differences between those relationships and as it respects the fundamental personal autonomy and dignity of the individual. In this context, the dignity of common law spouses cannot be said to be affected adversely. There is no deprivation of a benefit based on stereotype or presumed characteristics perpetuating the idea that unmarried couples are less worthy of respect or valued as members of Canadian society. All cohabitants are deemed to have the liberty to make fundamental choices in their lives. The object of s. 15(1) is respected.

63 Finally, it is important to note that the discriminatory aspect of the legislative distinction must be determined in light of *Charter* values. One of those essential values is liberty, basically defined as the absence of coercion and the ability to make fundamental choices with regard to one's life: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336; *Oakes, supra*; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 117. Limitations imposed by this Court that serve to restrict this freedom of choice among persons in conjugal relationships would be contrary to our notions of liberty.

64 Accordingly, I do not find that s. 2(g) of the *MPA* violates s. 15(1) of the *Charter*. Having found no

le droit de la fiducie par interprétation a continué et continue d'offrir un recours aux partenaires non mariés qui se trouvent injustement défavorisés par rapport à leur ancien partenaire. La meilleure façon de remédier aux situations où une interdépendance économique s'est établie au fil du temps dans le couple est de recourir à une réparation comme la fiducie par interprétation, qui est adaptée à la situation et aux revendications particulières des parties. À mon avis, lorsqu'il existe de multiples bénéfices et protections adaptés à la situation et aux besoins particuliers de chacun, il n'y a pas atteinte à la dignité humaine essentielle des personnes qui ne sont pas mariées.

Tous ces facteurs appuient la conclusion que l'application de la *MPA* aux seules personnes mariées n'est pas discriminatoire en l'espèce, car cette distinction reflète les différences entre ces unions et respecte l'autonomie et la dignité fondamentales de la personne. Dans ce contexte, on ne peut soutenir qu'il y a atteinte à la dignité des conjoints de fait. Nous ne sommes pas en présence de la négation d'un bénéfice fondée sur un stéréotype ou des caractéristiques présumées qui perpétuent l'idée que les couples non mariés sont moins dignes d'être respectés et valorisés en tant que membres de la société canadienne. Tous les conjoints sont réputés libres de faire des choix fondamentaux dans leur vie. On respecte l'objectif du par. 15(1).

Enfin, il importe de souligner que le caractère discriminatoire de la distinction créée par la loi doit s'apprécier en regard des valeurs consacrées par la *Charte*. L'une de ces valeurs fondamentales est la liberté, définie essentiellement comme l'absence de coercition et la faculté de chacun de faire des choix fondamentaux concernant sa vie : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336; *Oakes*, précité; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 117. L'imposition par la Cour de restrictions limitant cette liberté de choix chez les personnes vivant en union conjugale irait à l'encontre de notre conception de la liberté.

Par conséquent, je conclus que l'al. 2g) de la *MPA* ne contrevient pas au par. 15(1) de la *Charte*.

discrimination in this particular case, it is unnecessary to proceed with a s. 1 analysis.

## VII. Disposition

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

1. Does s. 2(g) of the *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, discriminate against heterosexual unmarried cohabitants contrary to s. 15(1) of the *Charter*?

No.

2. If the answer to question 1 is “yes”, is the discrimination a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

No answer is required.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) —

### I. Introduction

This case considers the constitutionality of the exclusion of heterosexual unmarried cohabitants from the definition of “spouse” contained in s. 2(g) of Nova Scotia’s *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275 (“MPA”). The respondent Walsh challenges this definition alleging a violation of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that is not saved by s. 1.

For the reasons given by the Court of Appeal ((2000), 183 N.S.R. (2d) 74, 2000 NSCA 53) and those that follow, I conclude that the exclusion of heterosexual unmarried cohabitants from this definition is discriminatory and that this discrimination is not justified by virtue of s. 1 of the *Charter*. As the respondents Walsh and Bona have settled their respective property claims and as the matrimonial property regime has since been amended, I will not consider the appropriate remedy to grant in the present case.

Comme il n’y a pas de discrimination en l’espèce, il n’est pas nécessaire d’entreprendre une analyse fondée sur l’article premier.

## VII. Dispositif

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. L’alinéa 2g) de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275, traite-t-il de façon discriminatoire, en contravention du par. 15(1) de la *Charte*, les conjoints de fait hétérosexuels?

Non.

2. Si la réponse à la première question est « oui », ce traitement discriminatoire constitue-t-il, au sens de l’article premier de la *Charte*, une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique?

Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) —

### I. Introduction

Ce pourvoi porte sur la constitutionnalité de l’exclusion des couples hétérosexuels non mariés de la définition de [TRADUCTION] « conjoint » à l’al. 2g) de la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 275 (« MPA »). L’intimée Walsh conteste cette définition en alléguant une atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui n’est pas justifiée par l’article premier.

Pour les motifs exposés par la Cour d’appel ((2000), 183 N.S.R. (2d) 74, 2000 NSCA 53) et ceux que j’expose ci-après, je conclus que l’exclusion des couples hétérosexuels non mariés de cette définition est discriminatoire et que cette discrimination ne peut se justifier en vertu de l’article premier de la *Charte*. Puisque les intimés Walsh et Bona ont réglé à l’amiable leurs demandes respectives quant aux biens et que le régime matrimonial a été modifié depuis, je n’examinerai pas la question de la réparation à accorder en l’espèce.

65

66

67

## II. Facts

68 The respondents Susan Walsh and Wayne Bona entered into a relationship in the mid-1980s that culminated in their cohabitation. For reasons unknown to this Court, they never married. The story of their long-term relationship is only half told by reference to the record. I would venture to say that beneath the official facts lies a relationship marked by periods of romance, love, happiness, sorrow, despair, and anger. This is characteristic of the many types of relationships formed in this country and is not unique to Walsh and Bona. While I confine myself to their story, I readily acknowledge that the following could describe any number of couples living in Canada today.

69 When they began cohabitating, the respondents both lived in Dartmouth, Nova Scotia. At the time, Bona worked as a community development worker with the Department of Community Services. Walsh also held two jobs in Dartmouth as an outreach worker at a senior citizen's centre and as a part-time certified nursing assistant. In 1988, Bona was transferred to River Bourgeois in Richmond County. Walsh, now residing with Bona, uprooted and moved with him from Dartmouth to continue their lives together. That same year, the respondents became parents after Walsh gave birth to a son, E. Bona. Two years later, she gave birth to another son, P. Bona.

70 On arriving at their new location, Bona and Walsh purchased a home together as joint owners. Bona continued to work while Walsh stayed home to raise their two children. Income came from Bona's employment and, for some time, Walsh's unemployment insurance benefits.

71 In 1995, the relationship fell apart. It is accepted that this union lasted for a period of approximately 10 years. After the relationship ended, Bona sold some cottage property he had acquired as a gift prior to the commencement of cohabitation. The proceeds

## II. Les faits

Les intimés Susan Walsh et Wayne Bona ont commencé à se fréquenter au milieu des années 80 pour ensuite cohabiter. Pour des raisons inconnues de la Cour, ils ne se sont jamais mariés. Le dossier ne révèle qu'en partie l'histoire de leur relation de longue durée. J'irais jusqu'à dire que, derrière la version officielle des faits, se cache une relation ponctuée d'affection, d'amour, de bonheur, de tristesse, de désespoir et de colère. Ceci caractérise non seulement les relations de Susan Walsh et Wayne Bona mais aussi de nombreux types d'unions formées au Canada. Bien que je m'en tienne à leur histoire, je reconnais volontiers que les faits pourraient décrire la situation d'un grand nombre de couples vivant au Canada aujourd'hui.

Lorsqu'ils ont commencé à cohabiter, les intimés vivaient à Dartmouth, en Nouvelle-Écosse. À l'époque, M. Bona occupait un poste de travailleur en développement communautaire au ministère des services communautaires. M<sup>me</sup> Walsh cumulait deux emplois à Dartmouth : comme employée des services d'approche dans un centre pour personnes âgées et, à temps partiel, comme infirmière auxiliaire autorisée. En 1988, M. Bona a été muté à River Bourgeois, dans le comté de Richmond. M<sup>me</sup> Walsh, qui vivait alors avec M. Bona, a quitté Dartmouth et est allée le rejoindre pour qu'ils puissent continuer à vivre ensemble. Cette année-là, les intimés ont eu un fils, E. Bona. Deux ans plus tard, M<sup>me</sup> Walsh a donné naissance à un autre fils, P. Bona.

Lorsqu'ils ont déménagé, M. Bona et M<sup>me</sup> Walsh ont acheté une maison en copropriété. M. Bona a continué à travailler tandis que M<sup>me</sup> Walsh est demeurée au foyer pour s'occuper des deux enfants. Leurs revenus provenaient de l'emploi de M. Bona et, pendant un certain temps, des prestations d'assurance-chômage touchées par M<sup>me</sup> Walsh.

Leur relation a pris fin en 1995. Il est admis que leur union a duré 10 ans environ. Après la rupture, M. Bona a vendu un chalet qu'il avait reçu en cadeau avant le début de la cohabitation. Le produit de la vente a servi en partie à payer des dettes

of sale were used in part to pay off joint debts accumulated by both he and Walsh during their time together. As far as the record is concerned, the story of the relationship ends there.

Walsh applied for both child and spousal support. At the same time, she asked that the definition of “spouse” in s. 2(g) of the *MPA* be declared unconstitutional. Specifically, she argued that the definition, which covers men and women who are “married to each other”, “married to each other by a marriage that is voidable and has not been annulled”, or who have “gone through a form of marriage with each other” violates s. 15(1) of the *Charter*. This claim failed at first instance but was successful on appeal. The appellant, by leave, asks this Court to allow the appeal and restore the decision of the chambers judge.

As my colleague Justice Bastarache notes, the legislature in Nova Scotia has since responded to this litigation by enacting legislation entitling individuals, including heterosexual unmarried cohabitants, to register their domestic partnership with the province. Upon registration, these couples acquire the same presumptive right of equal sharing available to married couples through the *MPA*. Further, Bona and Walsh have now settled their respective claims. As such, the case before the Court is purely an academic exercise, albeit one of the utmost importance.

### III. Issues

The following constitutional questions were stated by the Court:

1. Does s. 2(g) of the *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, discriminate against heterosexual unmarried cohabitants contrary to s. 15(1) of the *Charter*?

2. If the answer to question 1 is “yes”, is the discrimination a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

conjointes que M<sup>me</sup> Walsh et lui avaient accumulées pendant qu’ils faisaient vie commune. Pour ce qui est du dossier, c’est là que se termine l’histoire de la relation.

M<sup>me</sup> Walsh a réclamé une pension alimentaire pour elle-même et pour les enfants. En même temps, elle a demandé que la définition de [TRADUCTION] « conjoint » à l’al. 2g) de la *MPA* soit déclarée inconstitutionnelle. Plus précisément, elle soutenait que la définition qui vise les hommes et les femmes [TRADUCTION] « unis par les liens du mariage », « unis par les liens du mariage et dont le mariage est nul de nullité relative, mais n’a pas fait l’objet d’une déclaration de nullité » ou « ayant contracté de bonne foi un mariage » viole le par. 15(1) de la *Charte*. Elle a été déboutée en première instance, mais a eu gain de cause en appel. Sur autorisation d’appel, l’appelant demande à la Cour de rétablir la décision du juge en chambre.

Comme le souligne mon collègue le juge Bastarache, la législature de la Nouvelle-Écosse a réagi depuis au présent litige en adoptant une loi habilitant toute personne, y compris les conjoints de fait hétérosexuels, à enregistrer leur union auprès de la province. Dès l’enregistrement, ces couples bénéficient de la présomption de partage égal des biens qui est accordée aux couples mariés en application de la *MPA*. Par ailleurs, M. Bona et M<sup>me</sup> Walsh ont maintenant réglé à l’amiable leurs réclamations respectives. Le présent pourvoi est donc un exercice purement théorique, quoique de la plus haute importance.

### III. Les questions en litige

La Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. L’alinéa 2g) de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275, traite-t-il de façon discriminatoire, en contravention du par. 15(1) de la *Charte*, les conjoints de fait hétérosexuels?

2. Si la réponse à la première question est « oui », ce traitement discriminatoire constitue-t-il, au sens de l’article premier de la *Charte*, une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique?

72

73

74

IV. Legislation and Judicial History

75 I do not feel it is necessary to set out the appropriate legislative provisions nor to summarize the decisions taken in the Nova Scotia Supreme Court ((1999), 178 N.S.R. (2d) 151) and Court of Appeal. My colleague Bastarache J. has done a commendable job of both, rendering it unnecessary to repeat the exercise here.

V. AnalysisA. *Scope of the Inquiry*

76 Nova Scotia's matrimonial property regime was altered in 2000 to offer heterosexual unmarried cohabitants the option of opting in to the matrimonial property regime by simply registering their partnership under the *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, c. 494: see *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, c. 29. This new legislation was not in force at the time the respondent Walsh applied for her declaration. I see no need to refer to the new legislation in conducting my analysis. I will therefore confine myself to the wording of the *MPA* as it stood at the time she made her original application.

77 In doing so, I should observe that several provinces — including Nova Scotia — have either amended their legislation or considered amendments to offer the benefits of the presumption of equal sharing to heterosexual unmarried cohabitants. Pronouncing on the constitutional validity of the legislation currently in force in Nova Scotia might stultify this ongoing process in which several legislatures are now engaged. Legislatures have several options if they should choose to include cohabitants within the scope of their matrimonial property regimes. Possible options include allowing heterosexual unmarried cohabitants to opt in to the regime, presuming inclusion unless they opt out by way of contract or through legislated means, ascribing matrimonial status to those who meet particular criteria, or a combination of the above. Legislatures need to know whether a total exclusion of heterosexual unmarried cohabitants from the ambit of their

IV. Les dispositions législatives et l'historique judiciaire

Mon collègue le juge Bastarache expose dans ses motifs les dispositions législatives applicables et résume les décisions de la Cour suprême ((1999), 178 N.S.R. (2d) 151) et de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse. Il est donc inutile de refaire l'exercice.

V. AnalyseA. *Étendue de l'examen*

En 2000, le régime matrimonial de la Nouvelle-Écosse a été modifié pour offrir aux couples hétérosexuels non mariés la possibilité d'opter pour ce régime en enregistrant simplement leur union selon les dispositions de la *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 494 : voir *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, ch. 29. Cette nouvelle loi n'était pas en vigueur à l'époque où l'intimée Walsh a présenté sa demande de jugement déclaratoire. Je ne vois donc pas l'utilité de me référer au nouveau texte législatif dans le cadre de mon analyse. Je me limiterai en conséquence à l'examen du libellé de la *MPA* qui était en vigueur à l'époque où l'intimée a présenté sa demande initiale.

Je tiens à signaler, cependant, que plusieurs provinces, dont la Nouvelle-Écosse, ont soit modifié leur législation soit envisagé de le faire pour étendre aux couples hétérosexuels non mariés la présomption de partage égal. Le fait de statuer sur la constitutionnalité de la loi maintenant en vigueur en Nouvelle-Écosse pourrait paralyser le processus en cours dans plusieurs provinces. Plusieurs options s'offrent aux législatures qui décideraient d'inclure les cohabitants dans leur régime matrimonial, notamment celle de permettre aux couples hétérosexuels non mariés d'opter pour ce régime, celle de présumer leur inclusion à moins de renonciation par contrat ou autres moyens légaux, celle de conférer un état matrimonial aux personnes qui répondent à des critères définis, ou une combinaison de ces options. Les législatures doivent savoir si l'exclusion totale des conjoints de fait hétérosexuels du champ d'application de leur régime est

regimes is unconstitutional. It is only they who have the authority to decide who is to be included, subject to the requirements of the *Charter*.

#### B. *Section 15(1)*

The first question is whether the definition of “spouse” in the *MPA* violates s. 15(1) of the *Charter*. I need look no further than this Court’s decision in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, for the appropriate principles to apply to this analysis. While other cases in this Court have since dealt with the formula enunciated in *Law*, the fundamental concepts associated with s. 15(1) continue to find their greatest expression in the *Law* test.

In *Law*, the Court set out a three-stage approach to determine whether s. 15(1) is violated, noting the existence of three broad inquiries (para. 39). One begins by looking to see if the law draws a formal distinction between the claimant and others based on one or more personal characteristics or whether the law takes into account the claimant’s disadvantaged position in society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others based on one or more personal characteristics. The second step entails an examination as to whether this differential treatment is based on a personal characteristic that is enumerated in s. 15(1) or analogous to one such characteristic. Finally, the Court considers whether this differential treatment substantively discriminates. This final inquiry draws inspiration from the purpose of s. 15(1) as a remedial tool against prejudice, stereotyping, and historical disadvantage. I will specifically deal with each of these steps later in my reasons. It suffices to note that the third step involves a full and complete review of several contextual factors.

In conducting this three-stage analysis, it is appropriate to remember that fundamental to the equality rights guarantee is its broad remedial purpose, namely, the recognition of the innate dignity of each and every human being in our society. This fundamental purpose is violated whenever a sufficient distinction is drawn between individuals or

inconstitutionnelle. Elles seules ont le pouvoir de décider qui doit être inclus, sous réserve des exigences de la *Charte*.

#### B. *Le paragraphe 15(1)*

Il faut déterminer en premier si la définition du « conjoint » dans la *MPA* contrevient au par. 15(1) de la *Charte*. Je n’ai qu’à examiner l’arrêt de la Cour dans *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, pour dégager les principes applicables à la présente analyse. Bien que la Cour ait examiné depuis, dans d’autres arrêts, la formule énoncée dans l’arrêt *Law*, c’est encore le test de l’arrêt *Law* qui exprime le mieux les concepts fondamentaux issus du par. 15(1).

Dans *Law*, la Cour propose une démarche en trois étapes, s’appuyant sur trois larges examens, pour déterminer la présence d’une atteinte au par. 15(1) (par. 39). Il faut d’abord se demander si la loi établit une distinction formelle entre le demandeur et d’autres personnes en raison d’une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou si la loi omet de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d’autres personnes en raison d’une ou de plusieurs caractéristiques personnelles. Il faut en second lieu déterminer si la différence de traitement se fonde sur une caractéristique personnelle énumérée au par. 15(1) ou un motif analogue. Enfin, la Cour doit examiner si la différence de traitement est réellement discriminatoire. Cette dernière question s’inspire de l’objet du par. 15(1), qui est de remédier aux préjugés, aux stéréotypes et aux désavantages historiques. J’aborderai tour à tour chacune de ces étapes plus loin dans mes motifs. Il suffit pour l’instant de signaler que la troisième étape implique l’examen complet et approfondi de plusieurs facteurs contextuels.

Dans le cadre de cette analyse en trois étapes, il convient de rappeler que l’essence de la garantie des droits à l’égalité réside en son large objectif réparateur, savoir la reconnaissance de la dignité inhérente de chaque individu dans la société. Il y a atteinte à cet objectif fondamental chaque fois qu’on établit une distinction suffisante entre des personnes ou des

78

79

80

groups on an enumerated or analogous ground in such a way as to reflect the stereotypical application of presumed group or personal characteristics or so as to create the effect of perpetuating or promoting the view that the claimant is less capable, or less worthy, of recognition or value as a human being: *Law, supra*, at para. 51.

81       Iacobucci J., in *Law*, sets out at para. 53 this Court's understanding of what is meant by human dignity:

There can be different conceptions of what human dignity means. For the purpose of analysis under s. 15(1) of the *Charter*, however, the jurisprudence of this Court reflects a specific, albeit non-exhaustive, definition. As noted by Lamer C.J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 554, the equality guarantee in s. 15(1) is concerned with the realization of personal autonomy and self-determination. Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law?

Dignity is by its very nature a loaded and value-ridden concept comprising fundamental assumptions about what it means to be a human being in society. It is an essential aspect of humanity, the absence of which is felt by all members of society.

82       To this end, the promotion of human dignity and the prevention of actions that compromise its full exercise is a matter with which every member of society is concerned. It is for that reason that the promotion of human dignity finds expression in one

groupes pour un motif énuméré ou analogue d'une manière qui traduit une application stéréotypée de caractéristiques personnelles ou collectives présumées, ou d'une manière qui perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain (*Law*, précité, par. 51).

Dans *Law*, le juge Iacobucci explique au par. 53 ce que la Cour entend par dignité humaine :

Il peut y avoir différentes conceptions de ce que la dignité humaine signifie. Pour les fins de l'analyse relative au par. 15(1) de la *Charte*, toutefois, la jurisprudence de notre Cour fait ressortir une définition précise, quoique non exhaustive. Comme le juge en chef Lamer l'a fait remarquer dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 554, la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) vise la réalisation de l'autonomie personnelle et de l'autodétermination. La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l'ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi?

De par sa nature, la dignité est un concept chargé de valeurs qui véhicule des postulats fondamentaux sur la place de l'individu dans la société. Il s'agit d'un aspect essentiel de l'humanité, et son absence est ressentie par tous les membres de la société.

À cette fin, la promotion de la dignité humaine et la prévention de mesures compromettant sa pleine jouissance intéressent tous les membres de la société. C'est pour ce motif que la promotion de la dignité humaine se reflète dans l'un de nos

of our most important legal documents, namely, the *Charter*. The importance of the remedial aspect of s. 15(1) must also be borne in mind when dealing with each stage of the *Law* analysis, but, most especially, the third stage. At the third stage, the Court is concerned with whether a distinction that is being drawn constitutes discrimination in the substantive sense that the distinction fails to serve the aforesaid purposes. As such, all courts must bear in mind that the guidelines in *Law* are merely guidelines — they do not represent a strict test: see *Law, supra*, at para. 88; and, *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 46. Instead, this Court must approach this case with regard to the full context in which this challenge is brought. A mechanical or overly formal approach may serve to undermine the purposes of s. 15(1) described above whereas a broad, liberal, contextual approach enables the Court to fully appreciate the claim and the alleged violation of human dignity.

It should also be borne in mind that differential treatment is by nature a comparative concept. The Court is required to identify differential treatment by observing the way the legislation treats two comparator groups. I do not propose to speak any further on this matter. It is clear in this case that the groups under comparison are heterosexual married cohabitants and heterosexual unmarried cohabitants. The *MPA* confers its benefits only on the former. The latter is the group to which the respondent Walsh belongs. The Court is merely concerned with whether drawing a distinction between heterosexual cohabitants on the basis of their marital status constitutes a violation of s. 15(1) of the *Charter*.

I conclude these preliminary remarks by observing that this Court is required, when conducting the above analysis, to review the claim from the perspective of a reasonable, dispassionate person, fully apprised of the circumstances, and possessing similar attributes to those of the claimant: *Law, supra*, at para. 60, referring to my comments in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 56. This subjective-objective appraisal is necessary in order to recognize the reality of the claimant's situation while situating that claimant in the proper comparator group. The fact that the respondent Walsh has

documents juridiques les plus importants, la *Charte*. Il faut également garder à l'esprit l'importance de l'aspect réparateur du par. 15(1) à chaque étape de l'analyse selon l'arrêt *Law*, mais tout particulièrement à la troisième étape. En effet, à la troisième étape, la Cour est appelée à déterminer si la distinction établie est réellement discriminatoire en ce sens qu'elle ne sert en rien les objectifs susmentionnés. À ce titre, les tribunaux ne doivent pas oublier que les lignes directrices énoncées dans *Law* ne sont que des lignes directrices et ne constituent pas un test rigide : voir *Law*, précité, par. 88, et *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 46. La Cour doit plutôt examiner le présent pourvoi à la lumière du contexte dans lequel s'inscrit la contestation. Une approche machinale ou trop formelle risque de contrecarrer les objets susmentionnés du par. 15(1), alors qu'une approche globale libérale et contextuelle permet à la Cour d'apprécier pleinement la revendication ainsi que l'atteinte alléguée à la dignité humaine.

Rappelons également que, par sa nature, la différence de traitement est un concept relatif. La Cour doit identifier une différence de traitement en étudiant la façon dont la loi traite deux groupes de comparaison. Je ne m'étendrai pas davantage sur ce point. De toute évidence, les groupes de comparaison en l'espèce sont les couples hétérosexuels mariés et les couples hétérosexuels non mariés. La *MPA* ne confère des avantages qu'au premier groupe. L'intimée Walsh appartient au deuxième groupe. La Cour doit simplement déterminer si l'établissement d'une distinction entre les couples hétérosexuels en raison de leur état matrimonial constitue une violation du par. 15(1) de la *Charte*.

Je clos ces remarques préliminaires en soulignant que, dans le cadre de l'analyse susmentionnée, la Cour doit examiner la revendication du point de vue de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables à ceux du demandeur : *Law*, par. 60, référant à mes commentaires dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 56. Cette évaluation subjective-objective est nécessaire pour comprendre la situation réelle du demandeur tout en le situant dans le groupe de comparaison approprié. Le fait que l'intimée Walsh ait pris la peine d'intenter les poursuites et de les mener

83

84

gone to the trouble of initiating this litigation and carrying it through this far suggests that, subjectively, she regards the definition of “spouse” as constituting a violation of her inherent human dignity. The question, however, is whether a person reflecting objectively on the claimant’s situation would regard the exclusion of all heterosexual unmarried cohabitants as being a violation of the claimant’s dignity. The objective element of the test also enables the Court to conduct the full contextual appraisal I noted earlier, evaluating in particular the individual’s or group’s “traits, history and circumstances”: *Law*, at para. 60. No analysis would be complete without this broad evaluation.

#### 1. Step 1 — Differential Treatment

85

As the appellant concedes, the *MPA* draws a distinction between married persons and heterosexual unmarried cohabitants. Only the former are included within the definition of “spouse”. The latter are wholly excluded. This results in one regime for married persons (the matrimonial property regime) and another for unmarried ones (through the use of doctrines such as unjust enrichment). A formal distinction is thus drawn based on a personal characteristic, namely marital status. The distinction itself results in substantially differential treatment between the two groups. I prefer to deal with that issue at Step 3 where I enter into the discussion of the sufficiency of common law remedies as an aspect of human dignity.

86

The appellant argued in the Court of Appeal that the respondent Walsh was not denied equal benefit under the law. In essence, no distinction was being drawn. The Attorney General based its argument on the fact that married couples are themselves not “entitled” to 50 percent of the matrimonial assets upon dissolution of the marriage. They are merely given a presumption of entitlement. The Court of Appeal correctly rejected this argument. What we are dealing with here is a clear denial of a benefit to all heterosexual unmarried cohabitants, namely, the benefit of a strong presumption favouring equal sharing. As Cory J. says in *M. v. H.*, *supra*, at para.

jusqu’ici indique que, subjectivement, elle considère que la définition de « conjoint » porte atteinte à sa dignité humaine inhérente. Toutefois, il s’agit de savoir si une personne réfléchissant objectivement à la situation de l’intimée estimerait que l’exclusion de tous les couples hétérosexuels non mariés porte atteinte à la dignité de l’intimée. L’élément objectif du test permet également à la Cour de procéder à l’analyse contextuelle intégrale que je mentionne plus haut, avec l’examen en particulier « des traits, de l’histoire et de la situation » de la personne ou du groupe : *Law*, par. 60. Aucune analyse ne serait complète sans cette évaluation globale.

#### 1. Première étape — La différence de traitement

L’appelant admet que la *MPA* établit une distinction entre les couples mariés et les couples hétérosexuels non mariés. Seuls les premiers sont visés par la définition de « conjoint », les autres étant totalement exclus. Il existe donc un régime pour les personnes mariées (le régime matrimonial) et un autre pour les personnes non mariées (par l’application de principes comme l’enrichissement sans cause). Une distinction formelle est donc établie sur le fondement d’une caractéristique personnelle, en l’occurrence l’état matrimonial. Il résulte de cette distinction une différence de traitement réelle entre les deux groupes. Je préfère traiter cette question à la troisième étape, où j’aborde la question du caractère suffisant des réparations de common law comme aspect de la dignité humaine.

Devant la Cour d’appel, l’appelant a soutenu que l’intimée Walsh n’avait pas été privée de l’égalité devant la loi. Il avance essentiellement qu’aucune distinction n’a été établie. Le procureur général fonde son argument sur le fait que les couples mariés eux-mêmes n’ont pas [TRADUCTION] « droit » à la moitié des biens matrimoniaux à la dissolution du mariage. Ils ne bénéficient que d’une présomption de droit. La Cour d’appel a eu raison de rejeter cet argument. Il est clair qu’un avantage est dénié aux couples hétérosexuels non mariés, savoir l’avantage d’une forte présomption en faveur du partage égal. Comme l’affirme le juge Cory dans *M. c. H.*,

66, referring to *Egan, supra*, at paras. 158-59, and *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 87:

The type of benefit salient to the s. 15(1) analysis cannot encompass only the conferral of an economic benefit. It must also include access to a process that could confer an economic or other benefit. . . .

Absent the presumption, people are left with the burden of proving contribution to the acquisition and maintenance of assets, a burden not easily discharged without incurring higher litigation costs than one would incur with a presumption of equal contribution and benefit.

It must also be observed that the *MPA* confers other benefits on spouses not available in other legislation or at common law. For example, ss. 6(1) and 11(1)(a) provide each spouse with a right to apply to court for an order of exclusive possession of the matrimonial home. The “matrimonial home” is defined in s. 3(1) as a home occupied by a person and that person’s “spouse” and in which at least one of these two persons has a property interest. Given the definition of “spouse” in the *MPA*, this benefit is unavailable under the *MPA* to heterosexual unmarried cohabitants.

Overall, these people are denied both access to a process that could confer a benefit (the presumption) as well as direct benefits solely by virtue of their unmarried status. Again, I will deal with this in greater depth at the third stage of the *Law* analysis. It suffices for me to indicate at this point that the remedies available at common law are sufficiently different from those under the *MPA* that substantially differential treatment has been made out here.

## 2. Step 2 — Enumerated or Analogous Grounds

While marital status does not find expression in s. 15(1) of the *Charter*, this distinction is based on an analogous ground to those listed therein (a matter which the appellant also conceded). Marital status

précité, par. 66, renvoyant aux arrêts *Egan*, précité, par. 158-159, et *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 87 :

Le bénéfice mis en lumière par l’analyse fondée sur le par. 15(1) ne peut pas viser le seul octroi d’un avantage économique. Il doit aussi comprendre l’accès à un processus qui peut conférer un avantage économique ou autre . . .

En l’absence de présomption, les intéressés sont obligés d’apporter la preuve qu’ils ont contribué à l’acquisition et à l’entretien des biens, une preuve difficile à faire sans engager des frais juridiques plus élevés que dans les cas où s’applique la présomption de contribution et de bénéfice égaux.

Il faut également signaler que la *MPA* confère aux époux d’autres avantages qui n’existent ni dans d’autres lois ni en common law. Par exemple, le par. 6(1) et l’al. 11(1)a accordent à chaque époux le droit de s’adresser au tribunal pour obtenir une ordonnance de possession exclusive du foyer conjugal. Aux termes du par. 3(1), [TRADUCTION] « foyer conjugal » s’entend du logement qu’occupent une personne et son « conjoint » et sur lequel au moins l’un d’eux détient un droit de propriété. Compte tenu de la définition du terme « conjoint » dans la *MPA*, cette loi ne confère pas cet avantage aux couples hétérosexuels non mariés.

Dans l’ensemble, ces personnes sont privées à la fois de l’accès à un processus susceptible de leur conférer un avantage (la présomption) et d’avantages directs, du seul fait qu’elles ne sont pas mariées. Je traiterai aussi plus en profondeur cette question à la troisième étape de l’analyse selon l’arrêt *Law*. Qu’il me suffise pour l’instant d’indiquer que les réparations offertes en common law se distinguent suffisamment de celles que prévoit la *MPA* pour démontrer l’existence d’une différence de traitement réelle en l’espèce.

## 2. Deuxième étape — Les motifs énumérés ou analogues

Bien qu’il n’y ait aucune mention de l’état matrimonial au par. 15(1) de la *Charte*, la distinction se fonde sur un motif analogue à ceux qui y sont énumérés (ce que l’appelant concède également).

87

88

89

was specifically recognized by this Court in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, to be an analogous ground under s. 15(1) of the *Charter* (para. 156). In light of this Court's comments in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 8, and in *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23, at para. 41, it is now the law that once a ground is determined to be analogous, it is permanently regarded as analogous in all subsequent cases. As a result, the finding in *Miron*, *supra*, that marital status constitutes an analogous ground of discrimination binds this Court to make the same finding in this case.

### 3. Step 3 — Substantive Discrimination

90 Given the appellant's concessions with respect to the first two steps, it has already been established that there exists formal discrimination in this case. The real question raised by this appeal is whether the distinction drawn in the *MPA* violates the purpose of s. 15(1) by drawing a distinction which has the effect of diminishing the claimant's dignity. Does this distinction reflect the stereotypical application of presumed group or personal characteristics so as to create the effect of perpetuating or promoting the view that the claimant is less capable, or less worthy, of recognition or value as a human being?

91 In *Law*, Iacobucci J. noted a number of contextual factors one should take into account at this stage of the analysis. I will review each of these factors first following which I shall enter into a review of other matters that ought to inform the analysis at this stage. I reiterate that this broader review is necessitated by the need to ensure that this claim be situated in its full legal, social, and historical context so as to ensure that the broad, remedial purpose of s. 15(1) is served. Simply looking at *Law*'s four contextual factors is not sufficient to accomplish this task in the present case.

92 In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, McIntyre J. observed the following, at pp. 174-75:

Dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, la Cour reconnaît expressément que l'état matrimonial est un motif analogue aux motifs énumérés au par. 15(1) de la *Charte* (par. 156). Compte tenu des commentaires formulés par la Cour dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 8, et *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23, par. 41, il est maintenant établi en droit qu'un motif reconnu comme motif analogue sera reconnu comme tel à titre permanent dans toute affaire ultérieure. Par conséquent, la constatation dans l'arrêt *Miron* que l'état matrimonial est un motif analogue de discrimination, oblige la Cour à tirer la même conclusion en l'espèce.

### 3. Troisième étape — La discrimination réelle

Compte tenu de ce que l'appelant concède quant aux deux premières étapes, l'existence d'une discrimination formelle est déjà établie en l'espèce. La vraie question en l'instance consiste à déterminer si la distinction faite dans la *MPA* contrevient à l'objet du par. 15(1) en ce qu'elle a pour effet de porter atteinte à la dignité de la demanderesse. Cette distinction traduit-elle une application stéréotypée de caractéristiques personnelles ou collectives présumées ayant pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que la demanderesse est moins capable ou est moins digne d'être reconnue ou valorisée en tant qu'être humain?

Dans *Law*, le juge Iacobucci relève plusieurs facteurs contextuels à prendre en considération à cette étape de l'analyse. Je passerai d'abord en revue chacun de ces facteurs et j'examinerai ensuite d'autres considérations applicables à ce stade de l'analyse. Je dois répéter que cette étude générale est indispensable pour situer la revendication dans son contexte juridique, social et historique global, de façon à réaliser le large objectif réparateur du par. 15(1). Pour y parvenir, une analyse se limitant en l'espèce aux quatre facteurs contextuels énoncés dans l'arrêt *Law* n'est pas suffisante.

Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre fait la remarque suivante (aux p. 174-175) :

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.

These comments were quoted with approval most recently in *Law, supra*, at para. 26. The reason such distinctions rarely escape the charge of discrimination is that groups sharing similar characteristics seldom have needs, desires and expectations that are so different from each other so as to justify treating them differently as a whole based on their membership in that group. Differential treatment is far easier to justify where the legislation provides benefits based on actual needs, merit and capacity. Are heterosexual unmarried cohabitants so different from married ones as a whole so as to justify denying all members of the group access to the benefits of the *MPA*? This question can only be answered by reference to the four factors enumerated in *Law* as well as the purpose of the *MPA*, the choice of marriage and non-marital cohabitation, the present sociological reality of multiple family structures, the current recognition cohabitants already enjoy at law, and the present inadequacies with those remedies currently available to separating cohabitants.

(a) *Pre-existing Disadvantage*

The existence of pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice is an important indicator that the claimant forms part of a group historically regarded as deserving less concern, respect, and consideration: see *Law, supra*, at para. 63. This vulnerability is exacerbated whenever the legislative provisions under scrutiny continue to draw a distinction on a ground touching on this pre-existing disadvantage: *M. v. H., supra*, at para. 68.

With respect to the present case, this Court has recognized that unmarried heterosexual cohabitants have historically suffered a degree of vulnerability and disadvantage not experienced by married cohabitants. In *Miron, supra*, McLachlin J.

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.

La Cour cite et approuve ces commentaires dans l'arrêt *Law*, précité, par. 26. Ces distinctions échappent rarement au reproche d'être discriminatoires, parce que des groupes partageant des caractéristiques similaires ont rarement des besoins, des désirs et des attentes à ce point différents les uns des autres qu'il est justifié de les traiter globalement de façon différente en raison de leur appartenance à ce groupe. Il est beaucoup plus facile de justifier une différence de traitement lorsque le texte législatif confère des avantages fondés sur des besoins, des mérites et des capacités réels. Les couples hétérosexuels non mariés sont-ils dans l'ensemble à ce point différents des couples mariés qu'il est justifié de leur refuser l'accès aux avantages que confère la *MPA*? On ne peut répondre à cette question qu'en tenant compte des quatre facteurs énumérés dans l'arrêt *Law*, de l'objet de la *MPA*, du choix entre le mariage et la cohabitation sans mariage, de la réalité sociologique actuelle de la multitude des structures familiales, de la reconnaissance que le droit accorde déjà aux cohabitants, ainsi que des lacunes actuelles des recours dont peuvent se prévaloir les cohabitants qui se séparent.

a) *Le désavantage préexistant*

La préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés est un indicateur important de l'appartenance à un groupe historiquement considéré comme méritant moins d'attention, de respect et de considération : *Law*, précité, par. 63. Cette vulnérabilité est exacerbée par le maintien, dans les textes législatifs contestés, d'une distinction fondée sur un motif lié à un désavantage préexistant : *M. c. H.*, précité, par. 68.

Pour ce qui est du présent pourvoi, la Cour a reconnu que les couples hétérosexuels non mariés ont historiquement souffert d'un degré de vulnérabilité et de désavantage que n'ont pas vécu les couples mariés. Dans *Miron*, précité, madame le juge

(as she then was) wrote the following, at para. 152:

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.

95

In the 1960s, marriage was the only legally recognized family form. As W. Holland points out, the few acknowledgments of the existence of unmarried cohabitants and their families tended to be scathing and insulting: “Intimate Relationships in the New Millennium: The Assimilation of Marriage and Cohabitation?” (2000), 17 *Can. J. Fam. L.* 114, at p. 127. In 1936, C. Brinton, speaking on the topic of marriage and children, spelled out the following prevailing conception of marriage and its notional legitimacy:

Bastardy and marriage in this world are quite supplementary — you cannot have one without the other. In another world, you may indeed separate the two institutions and eliminate one of them either by having marriage so perfect — in various senses — that no one will ever commit fornication or adultery, or by having fornication so perfect that no one will ever commit marriage. But these are definitely other worlds.

(C. Brinton, *French Revolutionary Legislation on Illegitimacy 1789-1804* (1936), at p. 83, cited in J. D. Payne, “Legislative Amelioration of the Condition of the Common Law Illegitimate: The Legitimacy Act (Saskatchewan), 1961” (1961), 26 *Sask. Bar Rev.* 78.)

96

Such notions creep into the case law as well. In *Gammans v. Ekins*, [1950] 2 All E.R. 140 (C.A.), the defendant resisted an order of possession by a landlord of property leased to a woman with whom the defendant had a close relationship lasting some 20 years. The relevant legislation required proof that

McLachlin (maintenant Juge en chef) affirme au par. 152 :

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.

Dans les années 60, le mariage était le seul type de famille légalement reconnu. Comme le fait remarquer W. Holland, les rares fois où on a reconnu l'existence des couples non mariés et de leur famille tendaient à être marquées par des propos acerbes et insultants : « Intimate Relationships in the New Millennium : The Assimilation of Marriage and Cohabitation? » (2000), 17 *Rev. can. dr. fam.* 114, p. 127. En 1936, C. Brinton, parlant de mariage et d'enfants, exprimait ainsi la conception largement répandue du mariage et de sa légitimité théorique :

[TRADUCTION] Bâtardise et mariage sont complémentaires — on ne peut avoir l'une sans l'autre. Dans un autre univers, vous pourriez bien sûr séparer les deux institutions et éliminer l'une d'elles en rendant le mariage si parfait que nul ne commettrait jamais ni adultère ni fornication ou en rendant la fornication si parfaite que nul ne contracterait jamais le mariage. Mais il s'agit indubitablement d'autres univers.

(C. Brinton, *French Revolutionary Legislation on Illegitimacy 1789-1804* (1936), p. 83, cité par J. D. Payne dans « Legislative Amelioration of the Condition of the Common Law Illegitimate : The Legitimacy Act (Saskatchewan), 1961 » (1961), 26 *Sask. Bar Rev.* 78.)

De telles conceptions se sont insinuées également dans la jurisprudence. Dans *Gammans c. Ekins*, [1950] 2 All E.R. 140 (C.A.), le défendeur contestait une ordonnance de mise en possession du propriétaire d'un bien-fonds loué à une femme avec qui le défendeur avait eu une relation intime

the defendant was a member of the tenant's "family" in order to make out any defence. In rejecting the defence, Asquith L.J. made the following comments (at pp. 141-42):

If . . . the relationship involves sexual relations, it seems to me anomalous that a person can acquire a "status of irremovability" by having lived in sin, even if the liaison has been, not a mere casual encounter, but one protracted in time and conclusive in character. . . . To say of two people masquerading, as these two were, as husband and wife . . . that they were members of the same family, seems to me an abuse of the English language . . . .

Comments like these would have appeared perfectly acceptable to a society that regarded children born out of wedlock as bastards, for instance. In a society that associated unmarried cohabitation with sin or immorality, the recognition of these relationships as ones deserving respect and consideration would have been seen as absurd: see further Statistics Canada, *Report on the Demographic Situation in Canada 1996: Current Demographic Analysis* (1997), prepared by J. Dumas and A. Bélanger, at pp. 123-24, for their review of the historical treatment of unmarried heterosexual cohabitants.

In many respects, the pre-existing disadvantage faced by heterosexual unmarried cohabitants was mainly the result of omission. People living together outside of marriage were generally ignored: J. G. McLeod, Annotation to *Pettkus v. Becker* (1981), 19 R.F.L. (2d) 166, at p. 168. Statistics showing the number of heterosexual unmarried cohabitants living in Canada were not available until 1981: Z. Wu, *Cohabitation: An Alternative Form of Family Living* (2000), at p. 43. The 1991 Census contained the first questions ever asked specifically related to common-law status: see Statistics Canada, *Age, Sex, Marital Status and Common-law Status* (1999), at p. 40. These facts are perhaps not surprising when one considers that the first law reform reports dealing with attempts at providing for modern matrimonial property regimes in the late 1970s and early 1980s never dealt with heterosexual unmarried cohabitants. The one exception was New Brunswick where a discussion paper appeared in 1978 recommending the extension of some matrimonial

pendant environ 20 ans. La loi applicable exigeait que le défendeur prouve, en défense, qu'il appartenait à la « famille » de la locataire. Rejetant la défense, le lord juge Asquith a tenu les propos suivants (aux p. 141-142) :

[TRADUCTION] Si [. . .] la relation comporte une intimité sexuelle, il me semble anormal qu'une personne puisse acquérir un « statut de non-expulsable » en ayant vécu dans le péché, même si la liaison était, non pas une aventure éphémère, mais une relation de longue durée et convaincante. [. . .] Il me semble exagéré d'affirmer que deux personnes qui se font passer pour mari et femme, comme ce fut le cas, [. . .] puissent être considérés membres d'une même famille . . . .

De tels commentaires auraient paru tout à fait acceptables dans une société qui considérait notamment comme des bâtards les enfants nés hors mariage. Dans une société qui associait l'union libre au péché ou à l'immoralité, il aurait paru absurde de reconnaître que ces unions méritaient le respect et la considération : voir également Statistique Canada, *Rapport sur l'état de la population du Canada 1996 : La Conjoncture démographique* (1997), préparé par J. Dumas et A. Bélanger, p. 128-129, pour un survol historique du traitement des couples hétérosexuels non mariés.

À de nombreux égards, le désavantage préexistant que subissaient les conjoints de fait hétérosexuels découlait principalement d'une omission. On ne tenait généralement pas compte des personnes faisant vie commune hors des liens du mariage : J. G. McLeod, Annotation to *Pettkus v. Becker* (1981), 19 R.F.L. (2d) 166, p. 168. Jusqu'en 1981, aucune statistique n'existait sur le nombre de conjoints de fait hétérosexuels au Canada : Z. Wu, *Cohabitation : An Alternative Form of Family Living* (2000), p. 43. Le recensement de 1991 est le premier à inclure des questions portant expressément sur les unions libres : voir Statistique Canada, *Âge, sexe, état matrimonial et union libre* (1999), p. 40. Ces faits ne sont peut-être pas étonnants si l'on considère qu'il n'a jamais été question des conjoints de fait hétérosexuels dans les premiers rapports de réforme du droit sur l'élaboration de régimes modernes de biens matrimoniaux à la fin des années 70 et au début des années 80. La seule exception est, au Nouveau-Brunswick, un

property rights to this group: see New Brunswick Department of Justice, Law Reform Division, Discussion Paper, *Matrimonial Property Reform for New Brunswick* (1978), at p. 24. None of the other law reform commissions appear to have turned their mind to the issue at all before the enactment of legislation in their respective provinces.

document de travail publié en 1978 recommandant d'étendre à ce groupe certains droits en matière de régime matrimonial : voir Nouveau-Brunswick, ministère de la Justice, Division de la réforme du droit, Document de travail, *Réforme du régime des biens matrimoniaux du Nouveau-Brunswick* (1978), p. 24. Aucune autre commission de réforme du droit ne paraît avoir abordé cette question préalablement à l'adoption des lois dans les juridictions respectives.

98

It is therefore clear that, notwithstanding recent strides made towards recognition, the extent of which I shall discuss further below, heterosexual unmarried cohabitants have historically suffered and continue to suffer, to some extent, from the existence of disadvantages associated with their non-marital status. The failure to recognize this in the *MPA* therefore contributes greatly to a loss of dignity for members of this group.

(b) *Relationship Between Grounds and the Claimant's Characteristics or Circumstances*

Il est donc clair que, malgré les récents progrès accomplis vers une reconnaissance dont j'examinerai l'étendue plus loin, les conjoints de fait hétérosexuels ont historiquement souffert et continuent de souffrir dans une certaine mesure de l'existence de désavantages liés à l'absence de lien matrimonial. Par conséquent, le défaut de la *MPA* de reconnaître cette réalité contribue grandement à l'atteinte à la dignité des membres de ce groupe.

b) *Le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur*

99

Under this heading, the Court is asked to consider the extent to which the legislation in question takes into account the actual needs, capacity, or circumstances of the claimant: *Law, supra*, at paras. 69-70. In order to avoid an overly mechanical application of the *Law* factors, I would prefer to deal with the needs of the claimant and all heterosexual unmarried cohabitants later. In order to properly understand this matter, one must inquire into both their needs and the extent to which the law already accounts for them. It suffices to point out now that the disintegration of a long-term relationship of 10 years such as the one involved in the present case is one that creates a real need for a redistribution of wealth, both by means of support and division of assets. In *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, Cory J. observed at p. 1014 that the 12-year unmarried relationship involved in that case was by no means insignificant. According to him, such a relationship ought to give rise to mutual rights and obligations. By failing to accord the claimant a presumption of equal contribution and equal sharing, the *MPA* denies her access to the most expedient means of resolving the very

À ce stade, la Cour est appelée à évaluer dans quelle mesure la loi en question tient compte des besoins, des capacités ou de la situation véritables du demandeur : *Law*, précité, par. 69-70. Afin d'éviter une application trop machinale des facteurs énoncés dans *Law*, je préférerais examiner plus loin dans mes motifs les besoins de la demanderesse et de tous les conjoints de fait hétérosexuels. Afin de bien saisir cette question, il faut à la fois s'enquérir de leurs besoins et examiner dans quelle mesure la loi y satisfait déjà. Il suffit pour l'instant de dire que la rupture d'une longue relation de 10 ans, comme en l'espèce, crée le besoin réel d'une redistribution des biens, tant par le versement d'une pension alimentaire que par le partage des biens. Dans *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, p. 1014, le juge Cory souligne que l'union de fait de 12 ans dont il était question n'avait rien de négligeable. Selon lui, cette union devrait créer des droits et obligations mutuels. En omettant de reconnaître à la demanderesse le bénéfice d'une présomption de contribution et de partage égaux, la *MPA* lui refuse l'accès aux moyens les plus avantageux de résoudre les questions très

difficult matters associated with the dissolution of a long-term relationship at a time where patience and emotional stability are at a premium. Instead, the *MPA* forces the claimant to make out her claim in equity, with all the attendant expense and problems of proof associated with such a claim. This contributes to a violation of the dignity of both the claimant and all heterosexual unmarried cohabitants.

(c) *Ameliorative Purpose or Effects*

This factor involves a consideration of the *MPA*'s ameliorative purpose or effects upon a group or person more disadvantaged than the claimant or heterosexual unmarried cohabitants in general. There does not appear to be such an ameliorative aspect to the *MPA*. Instead, the present case is more akin to the situation in *M. v. H.*, *supra*, where Cory J. observed, at para. 71, that underinclusive ameliorative legislation which excludes from its scope the members of an historically disadvantaged group will rarely escape the charge of discrimination: see also *Law, supra*, at para. 72, referring to *Vriend, supra*, at paras. 94-104.

The present case does not involve an attempt by the legislature to allocate scarce resources among members of various disadvantaged groups. As the Court of Appeal commented at para. 58, including heterosexual unmarried cohabitants within the scope of the *MPA* will involve no cost consequences to both the government and married cohabitants. A reasonable individual possessing the claimant's attributes would infer from this that the exclusion of heterosexual unmarried cohabitants serves no ameliorative purpose and has no such beneficial effect. Instead, the absence of such attributes merely confirms the perception that the *MPA* constitutes an attack upon the dignity of the claimant and all heterosexual unmarried cohabitants.

(d) *Nature of the Interest Affected*

This final *Law* factor is clearly enunciated in *M. v. H.* at para. 72, as follows:

... the discriminatory calibre of differential treatment cannot be fully appreciated without considering whether

difficiles liées à la rupture d'une longue relation, à un moment où patience et stabilité émotionnelle revêtent une importance particulière. Au lieu de cela, la *MPA* oblige la demanderesse à présenter une réclamation en equity, avec tous les frais et difficultés de preuve qui y sont associés. Cela contribue à porter atteinte à la dignité de la demanderesse et de tous les couples hétérosexuels non mariés.

c) *L'objet ou l'effet d'amélioration*

Ce facteur exige l'examen de l'objet ou de l'effet d'amélioration de la *MPA* à l'égard d'un groupe ou d'une personne plus défavorisés que la demanderesse ou les conjoints de fait hétérosexuels en général. La *MPA* ne paraît pas comporter cet aspect d'amélioration. L'affaire ressemble davantage à la situation en cause dans l'arrêt *M. c. H.*, précité, dans lequel le juge Cory fait remarquer au par. 71 que des dispositions apportant une amélioration, mais de caractère limitatif, qui excluent les membres d'un groupe historiquement défavorisé échapperont rarement au reproche de discrimination : voir aussi *Law*, précité, par. 72, renvoyant à *Vriend*, précité, par. 94-104.

Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où la législature tente de répartir des ressources limitées entre les membres de divers groupes défavorisés. Comme la Cour d'appel l'indique au par. 58, l'inclusion des conjoints de fait hétérosexuels dans le champ d'application de la *MPA* n'entraîne aucune conséquence financière pour le gouvernement ou pour les conjoints mariés. Une personne raisonnable présentant les caractéristiques de la demanderesse en déduirait que l'exclusion des conjoints de fait hétérosexuels ne sert aucun objet d'amélioration et ne produit aucun effet bénéfique. L'absence de ces caractéristiques ne fait que confirmer la perception que la *MPA* porte atteinte à la dignité de la demanderesse et de tous les conjoints de fait hétérosexuels.

d) *La nature du droit touché*

L'extrait suivant de l'arrêt *M. c. H.*, par. 72, expose clairement le dernier facteur de l'arrêt *Law* :

... on ne [peut] évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une différence de traitement sans vérifier si la

100

101

102

the distinction in question restricts access to a fundamental social institution, or affects a basic aspect of full membership in Canadian society, or constitutes a complete non-recognition of a particular group.

103

Cory J. observed that the interest protected by the legislation in that case, namely the right to spousal support, was fundamental in nature. Spousal support is an essential means by which individuals meet their basic financial needs following the dissolution of a relationship characterized by intimacy and economic interdependence. The same holds true for matrimonial property. In *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, I wrote at p. 849 that the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), requires a “fair and equitable distribution of resources to alleviate the economic consequences of marriage or marriage breakdown for both spouses, regardless of gender”. I also observed earlier in those reasons that this equitable distribution can be achieved in many ways: by spousal support, child support, the division of property and assets, or a combination of these. Those comments apply with equal vigour to proceedings taken under various provincial statutes.

104

What these remarks demonstrate is that both spousal support and asset division serve the same purpose of alleviating the economic burden imposed by the dissolution of a longstanding relationship of intimacy and mutual economic dependence. Functionally, there is indeed no real dividing line between support obligations and those imposed by matrimonial property regimes: Holland, *supra*, at p. 153. It follows from this discussion that the *prima facie* right to an equal division of property and assets is of fundamental importance. Since the right to spousal support has already been recognized as fundamental, any other result would prove to be inconsistent. The fact that the claimant and all heterosexual unmarried cohabitants are being denied such a fundamental right as opposed to a trivial one adds important weight to the argument that the *MPA* discriminates.

distinction en question restreint l'accès à une institution sociale fondamentale, si elle compromet un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne ou si elle a pour effet d'ignorer complètement un groupe particulier.

Le juge Cory précise que le droit que protégeait la loi en cause, le droit à une pension alimentaire, était de nature fondamentale. La pension alimentaire constitue un moyen essentiel permettant à une personne de subvenir à ses besoins financiers de base après la rupture d'une union caractérisée par l'intimité et l'interdépendance financière. Il en est de même des biens matrimoniaux. Dans *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 849, je note que la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), exige « un partage juste et équitable des ressources afin d'alléger les conséquences économiques du mariage ou de son échec pour les deux époux, sans distinction de sexe ». Plus tôt dans ces motifs, je fais également observer qu'un partage équitable peut se faire de diverses façons : par une pension alimentaire au profit de l'époux ou des enfants, par la répartition des biens et des actifs ou par la combinaison de ces moyens. Ces observations s'appliquent tout aussi bien aux procédures engagées en vertu de diverses lois provinciales.

Ces remarques démontrent que l'attribution d'une pension alimentaire et la répartition des actifs servent tous deux la même fin : l'allègement du fardeau économique créé par la rupture d'une longue relation d'intimité et d'interdépendance économique. Fonctionnellement, il n'existe en effet aucune ligne de démarcation réelle entre les obligations alimentaires et celles imposées par les régimes matrimoniaux : Holland, *loc. cit.*, p. 153. Il découle de cette analyse que le droit présumé à la répartition égale des biens et des actifs revêt une importance fondamentale. Puisqu'on a déjà reconnu le caractère fondamental du droit à une pension alimentaire, tout autre résultat serait incohérent. Le fait que la demanderesse et tous les couples hétérosexuels non mariés soient privés de ce droit fondamental, plutôt que d'un droit mineur, ajoute beaucoup de poids à l'argument selon lequel la *MPA* est discriminatoire.

(e) *Recognizing Contributions to Non-marital Relationships — The Purpose of the MPA*

At para. 35, my colleague Bastarache J. stresses the importance of distinguishing between the intentions of married persons and heterosexual unmarried cohabitants upon entering into their respective relationships:

... the most important aspect of this question is not whether the situation in which Walsh and Bona found themselves at the time of trial was similar to that of married persons, but whether persons entering into a conjugal relationship without marrying are in fact entering into a relationship on the same terms as persons who marry.

In effect, the appellant's position was that it was constitutionally justified in treating two different relationships differently, most notably by giving effect to the intentions of those entering into the two types of conjugal relationships involved. The Court of Appeal instead chose to focus on whether the complete non-recognition of the contributions made by heterosexual unmarried cohabitants to their relationship constituted discrimination. Given the purpose of the *MPA*, I believe that the Court of Appeal's focus on this crucial point was sound. In this section, I will deal with the purpose of the *MPA* and the non-recognition of contributions made by non-married persons. In doing so, I am mindful of McLachlin J.'s comments in *Miron*, *supra*, at para. 134, that the goal under s. 15(1) is to examine the actual impact of the distinction on the members of the targeted group (in this case, heterosexual unmarried cohabitants). In section (f), I will focus on the notion of intention in the formation of relationships.

(i) Purpose of the MPA — Recognizing a Need

Prior to the enactment of the predecessor to the *MPA* and to all matrimonial property statutes in the various provinces, the situation for married spouses was a grim one in Canada. At the time, common law provinces administered the regime of separate property. The concept of separate property was simply that each party to a marriage retained title to their

e) *Reconnaître les contributions apportées à l'union de fait — L'objet de la MPA*

Dans ses motifs, mon collègue le juge Bastarache souligne au par. 35, l'importance de la distinction à faire entre l'intention des personnes mariées et celle des conjoints de fait hétérosexuels au moment de former l'union :

... l'aspect le plus important de la question n'est pas de savoir si M<sup>me</sup> Walsh et M. Bona se trouvaient, au moment du procès, dans une situation semblable à celle des personnes mariées, mais plutôt de se demander si les personnes qui décident de former une union conjugale sans se marier s'engagent dans cette union aux mêmes conditions que les personnes qui se marient.

En fait, l'appelant soutient qu'il est justifié sur le plan constitutionnel de traiter différemment deux relations différentes, tout particulièrement en donnant effet aux intentions des personnes qui décident de former l'une ou l'autre des unions conjugales en cause. La Cour d'appel a choisi d'examiner plutôt si le fait d'ignorer complètement les contributions apportées par les conjoints de fait hétérosexuels à leur union constituait une pratique discriminatoire. Compte tenu de l'objet de la *MPA*, j'estime que la Cour d'appel avait raison de mettre l'accent sur ce point crucial. Dans la présente partie, je traiterai de l'objet de la *MPA* et de la non-reconnaissance des contributions apportées par les conjoints de fait. Ce faisant, je garde à l'esprit l'observation de madame le juge McLachlin dans *Miron*, précité, par. 134, selon laquelle l'objectif, dans le cadre du par. 15(1), est d'apprécier l'incidence réelle de la distinction sur les membres du groupe visé (en l'occurrence les conjoints de fait hétérosexuels). Dans la partie f), j'étudierai le concept de l'intention lors de la formation de l'union.

(i) L'objet de la MPA — Reconnaître un besoin

Avant l'adoption du prédécesseur de la *MPA* et de toutes les lois provinciales en matière de régimes matrimoniaux, la situation des conjoints mariés au Canada était déplorable. À l'époque, les provinces de common law appliquaient le régime de séparation de biens. Suivant ce régime, les époux conservaient le titre de propriété sur leurs biens respectifs tant

respective property both during the marriage and after its dissolution. Separate property was a revolutionary concept developed in the late 19th century as a means of ending the oppression caused by common law matrimonial property laws then in existence. Those earlier laws subordinated any interest the wife would normally have to property to that of her husband with the husband becoming the sole owner of any property belonging to the wife: Nova Scotia Law Reform Advisory Commission, *Development of Matrimonial Property Law in England and Nova Scotia: An Historic Perspective* (1975), at pp. 2-3.

107

Under such a regime, the end of a marriage meant that each partner walked away with all of the property in which they had title or in which they were regarded as the legal owner. The problems this created were real, but far less acknowledged in a society where the incidence of divorce was somewhat low. After the *Divorce Act*, S.C. 1967-68, c. 24, was enacted in 1968, divorce became more common as a social phenomenon. With divorce came the economic problems associated with it and resulting court challenges to redress those situations. At first, claims to a share in property belonging to the other spouse fell on deaf ears. In the notorious case of *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423 (Laskin J. (as he then was), dissenting), this Court refused to allow a wife of 25 years to obtain any interest in the property, the title to which was held in her husband's name. All claims in equity and partnership failed. Despite one successful attempt by this Court a few years later to redress this shameful situation, in *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, the result in *Murdoch* served as the ultimate catalyst for legislative reform of existing separate property regimes.

108

The roots of these reforms can be traced back to a desire to ensure that the contributions of each spouse to the marital relationship be recognized. In 1970, the Royal Commission on the Status of Women in Canada issued a report dealing with a considerable number of issues relevant to women at

pendant le mariage qu'après sa dissolution. Le concept révolutionnaire de la séparation de biens a été élaboré à la fin du 19<sup>e</sup> siècle pour mettre un terme à l'oppression résultant des régimes matrimoniaux dans la common law de l'époque. Ceux-ci assujétissaient tout droit de propriété que l'épouse aurait normalement détenu à celui de son époux, qui devenait l'unique propriétaire des biens de l'épouse : Nova Scotia Law Reform Advisory Commission, *Development of Matrimonial Property Law in England and Nova Scotia : An Historic Perspective* (1975), p. 2-3.

Sous ce régime, la dissolution du mariage signifiait que chaque époux reprenait tous les biens sur lesquels il avait un titre de propriété ou dont il était considéré le propriétaire juridique. Les problèmes qui en résultaient étaient substantiels mais beaucoup moins reconnus dans une société où le divorce était assez rare. Après l'adoption de la *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-1968, ch. 24, en 1968, le divorce est devenu un phénomène social plus répandu. Le divorce a donné lieu à des problèmes économiques connexes ainsi qu'à des contestations judiciaires visant à y remédier. Initialement, les demandes de partage des biens appartenant à l'autre conjoint sont restées vaines. Dans le célèbre arrêt *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423 (le juge Laskin (plus tard Juge en chef), dissident), la Cour a refusé de permettre à une femme, qui avait été mariée pendant 25 ans, d'obtenir un intérêt dans les biens-fonds inscrits au nom de son mari. Toutes les revendications fondées sur l'équité et sur l'existence d'un partenariat avaient échoué. Bien que la Cour ait réussi quelques années plus tard à remédier à cette situation scandaleuse dans *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, c'est le résultat de l'arrêt *Murdoch* qui a été le catalyseur de la réforme législative des régimes existants de séparation de biens.

Ces réformes tirent leur origine du désir de s'assurer que les contributions de chaque conjoint à l'union matrimoniale soient reconnues. En 1970, la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme a publié un rapport sur de nombreuses questions concernant les femmes. Une part importante

the time. In this report, a significant part dealt with the issue of matrimonial property law. The following recommendation was drafted:

. . . we recommend that those provinces and territories, which have not already done so, amend their law in order to recognize the concept of equal partnership in marriage so that the contribution of each spouse to the marriage partnership may be acknowledged and that, upon the dissolution of the marriage, each will have a right to an equal share in the assets accumulated during marriage. . . .

(Royal Commission on the Status of Women in Canada, *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada* (1970), at p. 246)

It is clear from this passage that the principal consideration animating the attempt to reform the law of property in this area was the desire to recognize and acknowledge the contribution of each spouse to the marriage. Implicit in this statement is the understanding that existing property laws did not adequately serve those purposes.

In 1975, Canada's Law Reform Commission echoed these sentiments in a working paper. It went even further by stating that the existing regime of separate property constituted an affront to the dignity and worth of the spouse whose contributions are not recognized:

Marriage almost invariably creates a differentiation in functions between the partners. Application to a family unit of the ordinary property laws that exist in a separate property jurisdiction fails to recognize this fact. The result is not only economic inequality but also a denial of the legal dignity and worth of the spouse who raises the children and works in the home rather than taking outside employment. [Emphasis added.]

(Law Reform Commission of Canada, Working Paper, *Studies on Family Property Law* (1975), at p. 41)

In response to these fervent criticisms of existing property laws and to the injustices caused by their application in cases such as *Murdoch*, Canada's provinces and territories enacted legislation recognizing marriage as a socio-economic

de ce rapport traitait des régimes matrimoniaux et a donné lieu à la recommandation suivante :

. . . la Commission recommande que les provinces et territoires qui ne l'ont pas encore fait modifient leurs lois afin de reconnaître le principe d'association à part égale dans le mariage, de sorte que l'on tienne compte de la contribution de chaque époux à l'association du mariage et que, lors de la dissolution du mariage, ils aient des droits égaux aux biens acquis durant le mariage . . .

(Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada* (1970), p. 278)

Il ressort clairement de cet extrait que la considération principale qui a donné l'impulsion à la réforme du droit des biens en la matière était la volonté d'admettre et de reconnaître la contribution de chaque époux au mariage. Il indique implicitement que le droit qui s'appliquait alors en matière de biens ne servait pas adéquatement ces fins.

En 1975, la Commission de réforme du droit du Canada a fait écho à cette opinion dans un document de travail. Elle est même allée plus loin, jusqu'à affirmer que le régime existant de séparation de biens était un affront à la dignité et à la valeur de l'époux dont les contributions n'étaient pas reconnues :

Le mariage entraîne presque inévitablement une distribution des rôles entre les époux. Le droit commun qui s'applique en matière de biens à la cellule familiale dans le cadre des régimes de séparation de biens n'en tient aucun compte. Il s'ensuit non seulement une inégalité sur le plan économique mais aussi le refus de reconnaître les droits, la dignité et la valeur de l'époux qui élève les enfants et s'occupe des soins ménagers par rapport à celui qui travaille à l'extérieur. [Je souligne.]

(Commission de réforme du droit du Canada, document de travail, *Études sur le droit des biens de la famille* (1975), p. 43)

En réponse à ces critiques ardentes du droit des biens alors en vigueur et des injustices causées par son application dans des arrêts comme *Murdoch*, les provinces et les territoires du Canada ont adopté des lois visant à reconnaître le mariage comme un

109

110

partnership. This recognition took the form of a presumption of equal entitlement to a specific set of assets, which presumption would apply on the breakdown of the marital relationship. Nova Scotia enacted its first matrimonial property legislation in 1980, the predecessor to the *MPA*: see the *Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, c. 9.

partenariat socio-économique. Cette reconnaissance s'est traduite par une présomption d'égalité du droit à un ensemble défini de biens, présomption qui s'appliquait à la rupture du lien conjugal. La Nouvelle-Écosse a adopté sa première loi sur les régimes matrimoniaux en 1980, la *Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, ch. 9, le prédécesseur de la *MPA*.

111 The preamble to the *MPA* and to its predecessor contains the following pronouncements:

WHEREAS it is desirable to encourage and strengthen the role of the family in society;

AND WHEREAS for that purpose it is necessary to recognize the contribution made to a marriage by each spouse;

AND WHEREAS in support of such recognition it is necessary to provide in law for the orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the termination of a marriage relationship;

. . .

AND WHEREAS it is desirable to recognize that child care, household management and financial support are the joint responsibilities of the spouses and that there is a joint contribution by the spouses, financial and otherwise, that entitles each spouse equally to the matrimonial assets;

112 In stark and simple terms, the preamble depicts a desire to recognize the contribution made by each spouse to the relationship and to the family, such contribution taking on the form of childcare, household management, and financial support. These three facets are acknowledged to be the joint responsibility of each spouse. In recognition of this joint responsibility and its discharge, the legislation presumes an equal entitlement to the matrimonial assets. The central theme, clearly, is the recognition of all contributions made by both spouses to the care and support of the family, it being stated that the family is central to society.

113 In *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795, at p. 807, Wilson J. wrote that the *MPA*'s predecessor is "remedial in nature". She further states that

Le préambule de la *MPA*, comme celui de la loi qui l'a précédée, énonce ce qui suit :

[TRADUCTION] ATTENDU QU'il est souhaitable d'encourager et de renforcer le rôle de la famille dans la société;

ET QUE pour cette fin, il est nécessaire de reconnaître la contribution apportée au mariage par chaque conjoint;

ET QU'à l'appui d'une telle reconnaissance il est nécessaire de prévoir dans la loi le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints à la rupture d'une relation de mariage;

. . .

ET QU'il est souhaitable de reconnaître que les conjoints sont solidairement responsables du bien-être de leurs enfants, de la gestion du foyer conjugal et des ressources financières, et que les contributions des conjoints, qu'elles soient financières ou autres, donnent à chacun d'eux une part égale des biens du mariage.

En termes clairs et nets, le préambule traduit le désir de reconnaître la contribution apportée par chaque époux à l'union et à la famille, que ce soit au chapitre du bien-être des enfants, de la gestion du foyer conjugal ou des ressources financières. Ces trois aspects sont reconnus comme relevant de la responsabilité solidaire des époux. En raison de cette responsabilité solidaire et du devoir des époux de s'en acquitter, la loi présume l'égalité des droits sur les biens matrimoniaux. Il est clair qu'en déclarant que la famille se situe au cœur de la société, le thème principal du préambule est la reconnaissance des contributions apportées par les deux conjoints au bien-être des enfants et au soutien de la famille.

Dans *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795, p. 807, madame le juge Wilson mentionne la « nature réparatrice » de la loi qui a précédé la

the statute was designed “to alleviate the inequities of the past when the contribution made by women to the economic survival and growth of the family was not recognized”. I pause here to observe that the *MPA* is designed to be gender neutral. It recognizes the contribution made by both the male and female spouse. Wilson J.’s comments merely reflect the reality that the pre-*MPA* property regime had a greater prejudicial effect on women than on men. Finally, Wilson J. holds that this purpose must be borne in mind and the *MPA* must be given “a broad and liberal construction which will give effect to that purpose”. I agree with these comments, given my review of the historical context giving rise to the enactment of the first matrimonial property statutes. The statutes are remedial in nature. In effect, a remedial statute is one that recognizes a need and remedies it.

Similar comments have been expressed by this Court on other occasions involving related pieces of legislation. As I note earlier, I wrote in *Moge*, *supra*, at p. 849, that the *Divorce Act* is designed to alleviate the economic burden created by the dissolution of the marital relationship. In *M. v. H.*, *supra*, at para. 93, Iacobucci J. identified several purposes served by the spousal support provisions in Ontario’s *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3. These included lessening the burden on the public purse that would otherwise result without spousal support, and providing for a fair and equitable resolution to disputes arising upon the dissolution of the relationship. The preamble to Ontario’s *Family Law Act* is written in much the same way as the preamble to the *MPA*. Both are designed to recognize a need, namely the need for an equitable resolution to the dissolution of the relationship and the need to ensure that the public does not needlessly pay the costs associated with this breakdown. Both recognize this need through different means. In the case of the *MPA*, this is through a presumption of equal property sharing while in Ontario, the statute covers spousal support, child support, and the division of property. The consistent message from this Court is that

*MPA*. Elle précise en outre que cette loi visait à « pallier les iniquités du passé, quand la contribution faite par les femmes à la survie économique et à la croissance de la famille n’était pas reconnue ». Je m’arrête un instant pour signaler que le libellé de la *MPA* n’établit aucune distinction fondée sur le sexe. Elle reconnaît la contribution apportée par le conjoint, homme ou femme. Les commentaires du juge Wilson reflètent simplement le fait que le régime de biens antérieur à la *MPA* avait un effet préjudiciable plus important sur les femmes que les hommes. Enfin, le juge Wilson estime qu’il faut tenir compte de cet objet et donner à la *MPA* « l’interprétation large et libérale qui donnera effet à son objet ». Je souscris à ces commentaires, compte tenu de la revue que je fais du contexte historique qui a mené à l’adoption des premières lois relatives aux biens matrimoniaux. Ces lois sont de nature réparatrice. Une loi réparatrice est une loi qui reconnaît un besoin et y répond.

La Cour a tenu des propos semblables dans d’autres arrêts portant sur des textes législatifs connexes. Ainsi, dans *Moge*, précité, p. 849, j’écris que la *Loi sur le divorce* vise à alléger les conséquences économiques qu’entraîne la dissolution du mariage. Dans *M. c. H.*, précité, par. 93, le juge Iacobucci relève plusieurs objectifs servis par les dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints dans la *Loi sur le droit de la famille* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. F.3, notamment alléger le fardeau financier que l’État devrait autrement supporter en l’absence d’obligation alimentaire et assurer un règlement juste et équitable des différends survenant à la rupture de l’union. Le préambule de la *Loi sur le droit de la famille* de l’Ontario et celui de la *MPA* ont un libellé assez similaire. Tous deux visent à reconnaître un besoin, celui de parvenir à un règlement équitable à la dissolution de l’union et d’assurer que le public n’assumera pas inutilement les coûts rattachés à cette rupture. Les deux reconnaissent cette nécessité par des moyens différents. La *MPA* établit une présomption de partage égal des biens, alors que la loi ontarienne prévoit une obligation alimentaire entre conjoints et au profit des enfants et le partage des biens. La Cour a constamment affirmé que les lois familiales de ce type étaient de nature

family legislation of this type is remedial in that it recognizes a need and provides for its relief.

- 115 This remedial interpretation is further supported by reference to the fact that the presumption of equal sharing only arises when the relationship comes to an end:

The right to equal division arises only at the *end* of a marriage. Before then, each spouse retains title to whatever property is in their name, and they may freely dispose of it without the consent of the other spouse. [Emphasis in original.]

(Law Reform Commission of Nova Scotia, *Matrimonial Property in Nova Scotia: Suggestions for a New Family Law Act* (1996), at p. 7)

Until the relationship has ended, there is no need for wealth redistribution of the kind contemplated by the *MPA*. The need the legislation addresses is one that only arises when the relationship is terminated.

- 116 This need is further illustrated by the desire to avoid diverting funds from the public purse in order to support separated individuals. It is no secret that divorce increases the likelihood that one of the divorced spouses will fall below the poverty line. This problem is no different for heterosexual unmarried cohabitants who experience the end of their relationship. In a report released in 1992, one author noted that:

... the end of a marriage or common-law relationship increased the likelihood of poverty substantially. For those who were married and had children, the risk of poverty rose from 3.1 per cent to 37.6 per cent after divorce or separation. . . . In 1982-86, the family income of women (adjusted for changes in family size) dropped by an average of about 30 per cent in the year after their marriage ended. [Emphasis added.]

(T. Lempriere, "A New Look at Poverty" (1992), 16 *Perceptions* 18, at pp. 19-20, cited in M. J. Mossman, "Running Hard to Stand Still": The Paradox of Family Law Reform" (1994), 17 *Dal. L.J.* 5, at p. 6)

- 117 The goal of matrimonial property regimes, and indeed the goal of family law generally, is a redistribution of economic resources on the

réparatrice en ce qu'elles reconnaissaient un besoin et visaient à y répondre.

Cette nature réparatrice est confirmée aussi par le fait que la présomption de partage égal n'entre en jeu qu'à la rupture de l'union :

[TRADUCTION] Le droit à un partage égal ne naît qu'à la *fin* du mariage. Jusque là, chaque conjoint conserve son titre de propriété sur tout bien inscrit en son nom et peut en disposer librement sans le consentement de l'autre. [En italique dans l'original.]

(Law Reform Commission of Nova Scotia, *Matrimonial Property in Nova Scotia : Suggestions for a New Family Law Act* (1996), p. 7)

Avant la fin de l'union, il n'est pas nécessaire de procéder à une redistribution des biens comme celle que prévoit la *MPA*. Le besoin que cherche à combler la loi ne naît qu'à la rupture de l'union.

Ce besoin s'exprime aussi dans le désir d'éviter la réaffectation de fonds publics pour aider les personnes séparées. Il est bien connu que le divorce accroît la probabilité qu'un des conjoints divorcés vivra au-dessous du seuil de pauvreté. Ce problème touche de la même façon les conjoints de fait hétérosexuels qui vivent une rupture. Dans un rapport publié en 1992, un auteur affirme :

[TRADUCTION] . . . la rupture d'un mariage ou d'une union de fait avait sensiblement accru le risque de pauvreté. Pour les personnes mariées ayant des enfants, le risque de pauvreté augmentait de 3,1 p. 100 à 37,6 p. 100 après un divorce ou une séparation. [. . .] Entre 1982 et 1986, le revenu familial des femmes (ajusté pour tenir compte de la nouvelle taille de la famille) avait chuté en moyenne d'environ 30 p. 100 l'année suivant la fin de leur mariage. [Je souligne.]

(T. Lempriere, « A New Look at Poverty » (1992), 16 *Perceptions* 18, p. 19-20, cité dans M. J. Mossman, « "Running Hard to Stand Still" : The Paradox of Family Law Reform » (1994), 17 *Dal. L.J.* 5, p. 6)

Les régimes matrimoniaux, tout comme le droit de la famille en général, visent la redistribution des ressources économiques après la dis-

breakdown of the family. While the relationship is a going concern, this redistribution is presumed to occur automatically. Family law only steps in on dissolution to distribute resources and alleviate economic burdens: see G. G. Blumberg, “The Regularization of Nonmarital Cohabitation: Rights and Responsibilities in the American Welfare State” (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1265, at p. 1266. The preamble, this Court’s previous statements concerning the goals of matrimonial property and similar legislation, the prevention of poverty, and the use of public funds all point to one purpose for the *MPA*, that of recognizing the problems that erupt at the end of the relationship and redistributing wealth to ensure that these problems are resolved. Infused in this interpretation is the notion that both parties have contributed to the relationship and that, in recognition of this contribution, wealth will be presumed to be distributed to each party equally.

(ii) The Needs of Heterosexual Unmarried Cohabitants

This brings me to the central theme of this factor. I hold that heterosexual unmarried cohabitants experience similar needs as their married counterparts when the relationship comes to an end. In this sense, the relationships are functionally equivalent. Since the purpose of the *MPA* is to recognize this need and to alleviate it, limiting the recognition to married cohabitants implies that the needs of heterosexual unmarried cohabitants are not worthy of the same recognition solely because the people in need have not married. Further, the *MPA* equal presumption is based on the recognition of the contribution made by both spouses to the family. Functionally, spouses contribute to various types of families. Failing to recognize the contribution made by heterosexual unmarried cohabitants is a failure to accord them the respect they deserve. This failure diminishes their status in their own eyes and in those of society as a whole by suggesting that they are less worthy of respect and consideration. Their dignity is thereby assaulted: they are the victims of discrimination.

solution de l’union. Tant que dure l’union, cette répartition est présumée s’effectuer automatiquement. Le droit de la famille n’intervient qu’après la rupture pour redistribuer les ressources et alléger le fardeau économique : voir G. G. Blumberg, « The Regularization of Nonmarital Cohabitation : Rights and Responsibilities in the American Welfare State » (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1265, p. 1266. Le préambule de la *MPA*, les déclarations antérieures de la Cour sur l’objectif des lois sur les biens matrimoniaux et de lois similaires, la prévention de la pauvreté ainsi que l’utilisation des fonds publics confirment tous un objectif unique de la *MPA*, la reconnaissance des problèmes qui surgissent à la rupture de l’union et la redistribution des ressources en vue de résoudre ces problèmes. Cette interprétation se fonde sur la notion que les deux parties ont contribué à l’union et qu’il faut présumer, en reconnaissance de cette contribution, le partage égal des biens entre les conjoints.

(ii) Les besoins des conjoints de fait hétérosexuels

Cela m’amène au thème central de l’analyse de ce facteur. Je conclus que, à la rupture de l’union, les conjoints de fait hétérosexuels ont des besoins semblables à ceux des conjoints mariés. En ce sens, les deux types d’unions sont fonctionnellement équivalents. Puisque la *MPA* vise à reconnaître ces besoins et y répondre, le fait qu’elle ne protège que les conjoints mariés implique que les besoins des conjoints de fait hétérosexuels ne méritent pas la même reconnaissance pour la seule raison qu’ils ne sont pas mariés. En outre, la présomption d’égalité de la *MPA* se fonde sur la reconnaissance de la contribution apportée par chacun des conjoints à la famille. D’un point de vue fonctionnel, les conjoints contribuent à des types de familles très diverses. Ne pas reconnaître la contribution apportée par les conjoints de fait hétérosexuels équivaut à les priver du respect qu’ils méritent. Cette non-reconnaissance diminue leur statut à leurs propres yeux et aux yeux de l’ensemble de la société parce qu’elle suggère qu’ils sont moins dignes de respect et de considération. Ils sont touchés dans leur dignité : ils sont victimes de discrimination.

119

In the past 20 years, Canada has seen a remarkable increase in the number of people living together in unmarried relationships. The number of families involving two unmarried parents has also greatly increased. Canadian society is therefore at a stage where it is no longer realistic to talk about familial bonds, the socialization of children, and all other aspects of the family in a “married couples only” vacuum. The reality of modern society dictates a richer understanding of the various forms of familial relations in this country and the shedding of the idea that family life is reserved to one particular conception of what is deemed to be an acceptable family model.

120

Support for this change in family structures can be gleaned from a number of surveys and related materials. In 1997, Statistics Canada published its report on the data gathered in the 1996 census related to “common-law unions”: see Statistics Canada, *1996 Census: Marital Status, Common-law Unions and Families* (1997). Parts of this report are reproduced by the Court of Appeal. In 1996, 920,635 “common-law couple families” were counted, up 28 percent from 1991. This meant that one couple in seven in Canada was living “common-law”. Comparatively, only one couple in 16 was in a common-law union in 1981: see Dumas and Bélanger, *supra*, at p. 4. The Census defines common-law partners as “two persons of opposite sex who are not legally married to each other, but live together as husband and wife in the same dwelling” (Statistics Canada, *1996 Census: Marital Status, Common-law Unions and Families, supra*, at p. 2). In Nova Scotia, approximately 10 percent of all families counted in 1996 were common-law families.

121

I also note that the 1996 Census counted 1,827,285 persons living in common-law unions. At the same time, 13,509,895 people were living in couples generally. As a result, 13.53 percent of people living in couples lived in a common-law union. In Nova Scotia, there were 430,095 people living in couples in 1996. 47,925 of these people (or 11.14 percent) lived in common-law unions: see Statistics Canada, *Age, Sex, Marital Status and*

Au cours des 20 dernières années, le nombre de personnes vivant en union de fait au Canada a augmenté de façon saisissante. Le nombre de familles comptant deux parents non mariés a aussi considérablement augmenté. La société canadienne se situe donc à une étape où il n'est plus réaliste de parler de liens familiaux, de socialisation des enfants et de tous les autres aspects de la famille uniquement dans le contexte des « couples mariés ». La réalité de la société moderne exige une meilleure compréhension des formes très diverses des relations familiales au Canada et l'abandon de l'idée que la vie de famille est réservée à une seule conception particulière de ce qui est réputé constituer un modèle de famille acceptable.

Un certain nombre de sondages et de documents connexes confirment ce changement dans les structures familiales. En 1997, Statistique Canada a publié son rapport sur les données du recensement de 1996 relativement aux « unions libres » : voir Statistique Canada, *Recensement de 1996 : État matrimonial, unions libres et familles* (1997). La Cour d'appel reproduit des extraits de ce rapport. En 1996, on a dénombré 920 635 « familles de couples vivant en union libre », une hausse de 28 p. 100 depuis 1991. Cela signifie qu'un couple sur sept au Canada vivait en « union libre ». Par contraste, en 1981, un couple sur 16 seulement vivait en union libre : voir Dumas et Bélanger, *op. cit.*, p. 4. Le recensement définit les partenaires vivant en union libre comme « deux personnes de sexe opposé qui vivent ensemble comme époux et épouse dans le même logement sans être légalement mariées l'une à l'autre » (Statistique Canada, *Recensement de 1996 : État matrimonial, unions libres et familles, op. cit.*, p. 2). En Nouvelle-Écosse, environ 10 p. 100 de toutes les familles dénombrées en 1996 vivaient en union libre.

Je note aussi que le recensement de 1996 a dénombré 1 827 285 personnes vivant en union libre. Cette année-là, 13 509 895 personnes vivaient en couple. Par conséquent, 13,53 p. 100 des couples vivaient en union libre. En Nouvelle-Écosse, 430 095 personnes vivaient en couples en 1996, dont 47 925 (ou 11,14 p. 100) en union libre : voir Statistique Canada, *Âge, sexe, état matrimonial et union libre, op. cit.*, p. 33-34. Il est intéressant de

*Common-law Status*, *supra*, at p. 34. Interestingly, among all Canadians only 713,210 people lived in a common-law union in 1981: Wu, *supra*, at p. 43.

More interestingly, nearly 40 percent of all people aged 15 to 29 living as a couple lived in a common-law union in 1996. The number was only 30 percent in 1991. The growth in the number of people living in non-marital relationships does not appear to be diminishing. If anything, this statistic signals an increased trend away from marriage towards unmarried cohabitation relationships. For example, between 1990 and 1994, the number of first-union marriages formed in Canada (Quebec excluded) equalled the number of first-union common-law unions formed: Dumas and Bélanger, *supra*, at p. 4. During that same period, the ratio was four to one in favour of new common-law unions in Quebec. Dumas and Bélanger postulate that if the same rate of growth is maintained for marriage and non-marital unions, the number of married couples will equal the number of common-law couples in Canada by 2022 (p. 130).

The Census report noted above further details the growing change in Canadian society by reference to the increasing number of children born to heterosexual unmarried cohabitants. In 1996, 735,565 children were living in “common-law couple families”. This represented a significant increase of 52 percent over the same number of such children in 1991.

Many of these trends are further reflected in the latest statistical data. In 2001, nearly 14 percent of all Canadian families were classified as “common-law families”, up from the 13.53 percent mark set five years earlier: see Statistics Canada, *Profile of Canadian families and households: Diversification continues* (2002), at p. 24. In Nova Scotia, the percentage of families labelled as “common-law families” went up from 9.5 percent to 11.4 percent.

What these statistics indicate in a nutshell is that the phenomenon of non-marital cohabitation is by no means an isolated one. Increasingly, Canadians have come to live in non-marital relationships.

noter qu'en 1981, 713 210 Canadiens seulement vivaient en union libre : Wu, *op. cit.*, p. 43.

Fait encore plus intéressant, près de 40 p. 100 des couples formés de personnes âgées entre 15 et 29 ans vivaient en union libre en 1996. Ce pourcentage n'était que de 30 p. 100 en 1991. Le nombre croissant de personnes en union de fait ne semble pas diminuer. Au contraire, les statistiques révèlent que le mariage tend à laisser place à l'union de fait. Par exemple, entre 1990 et 1994, au Canada, le nombre de mariages contractés pour la première fois (à l'exclusion du Québec) correspondait au nombre d'unions de fait formées pour la première fois : Dumas et Bélanger, *op. cit.*, p. 4. Au cours de la même période, le rapport était de un sur quatre en faveur des nouvelles unions de fait au Québec. Dumas et Bélanger formulent l'hypothèse que si le taux de croissance se maintient pour le mariage et les unions libres, le nombre de couples mariés égalerait le nombre de couples en union libre au Canada en 2022 (p. 134).

Ce rapport de recensement donne de plus amples renseignements sur l'évolution de la société canadienne par la référence au nombre croissant d'enfants nés de conjoints de fait hétérosexuels. En 1996, 735 565 enfants vivaient dans des « familles de couples vivant en union libre », soit une augmentation importante de 52 p. 100 par rapport à 1991.

Plusieurs de ces tendances se retrouvent dans les données statistiques les plus récentes. En 2001, près de 14 p. 100 de toutes les familles canadiennes relevant de la catégorie des « familles de couples vivant en union libre », en augmentation par rapport à 13,53 p. 100 cinq ans plus tôt : voir Statistique Canada, *Profil des familles et des ménages canadiens : la diversification se poursuit* (2002), p. 28. En Nouvelle-Écosse, le pourcentage de familles dans la même catégorie est passé d'environ 9,5 p. 100 à 11,4 p. 100.

En résumé, ces statistiques indiquent que la cohabitation en union libre est loin d'être un phénomène isolé. De plus en plus, les Canadiens vivent en union de fait. Aussi, ils choisissent de plus en plus

122

123

124

125

Further, they are choosing more and more to raise their children within these relationships. Based on these and other statistics, several authors have advocated for the redefinition of what is meant by the term “family”. Wu’s conclusion, *supra*, at pp. 88-89, is simple:

The rise in non-marital fertility and the decline in teen fertility are consistent with my unconfirmed view that much of the increase in non-marital fertility in recent decades may have been largely a consequence of the increase in non-marital cohabitation and that more and more children have been born into cohabiting families over time. If I am correct, then cohabitation is slowly but surely becoming a substitute for legal marriage as a social institution where children are born, raised, and socialized to become members of our society. [Emphasis added.]

A similar conclusion is reached by Dumas and Bélanger: “[t]he common-law union is no longer a trial period of living together, but increasingly a substitute for marriage” (p. 154).

126

The increased incidence of heterosexual unmarried cohabitation as a means by which children are raised and socialized and as a form of economic, emotional and social interdependence dictates some form of recognition of the functional equality displayed by both heterosexual married and unmarried cohabitants. The family is no longer an institution reserved for married persons. In essence, the family is a matrix of relationships through which values are transmitted, members are socialized, and children are raised. Disregarding the matrix because two of its members are unmarried fails to take into account the social reality that the same incidents of interdependence are faced by both the married and the unmarried living together in these relationships.

127

I am not the first to say this. In *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, the Court was faced with an attempt by two heterosexual unmarried cohabitants to extend the equitable principles developed in *Rathwell*, *supra*, for married couples to those not legally married. Dickson J., as he then was, saw no reason not to grant this request: “I see no

d’élever leurs enfants à l’intérieur de ces unions. Sur le fondement de ces statistiques et d’autres, plusieurs auteurs ont préconisé que soit redéfini le terme « famille ». La conclusion de Wu, *op. cit.*, est simple, aux p. 88-89 :

[TRADUCTION] La hausse de fécondité dans les unions de fait et la baisse de fécondité chez les adolescents sont compatibles avec mon point de vue non confirmé que la hausse de fécondité dans les unions de fait au cours des dernières décennies est en grande partie attribuable à l’augmentation de la cohabitation en union libre et que de plus en plus d’enfants sont nés dans des familles vivant en cohabitation. Si j’ai raison, la cohabitation devient alors lentement mais sûrement un substitut du mariage légal en tant qu’institution sociale à l’intérieur de laquelle des enfants naissent, sont élevés et socialisent pour devenir membres de la société. [Je souligne.]

Les auteurs Dumas et Bélanger arrivent à une conclusion similaire : « L’union libre n’est plus essentiellement une période de mise à l’essai de la vie à deux, mais de plus en plus un substitut du mariage » (p. 160).

Vu le nombre grandissant d’unions de fait hétérosexuelles comme cadre d’éducation et de socialisation des enfants et comme type d’interdépendance économique, émotive et sociale, il est impérieux de conférer une certaine reconnaissance à l’égalité fonctionnelle des couples mariés et des couples hétérosexuels non mariés. La famille n’est désormais plus une institution réservée aux personnes mariées. Essentiellement, la famille est une matrice de relations de personnes permettant la transmission de valeurs, la socialisation de ses membres et l’éducation des enfants. En faisant abstraction de cette matrice parce que deux de ses membres ne sont pas mariés, on ignore la réalité sociale que les couples mariés et les couples non mariés vivent la même situation d’interdépendance au sein de leurs unions.

Je ne suis pas la première à l’affirmer. Dans *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, deux conjoints de fait hétérosexuels demandaient à la Cour d’étendre aux couples non mariés les principes d’équité élaborés dans *Rathwell*, précité, au bénéfice des couples mariés. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) ne voyait aucune raison de ne pas faire

basis for any distinction, in dividing property and assets, between marital relationships and those more informal relationships which subsist for a lengthy period” (p. 850). This was the first step in this Court’s attempt to identify heterosexual unmarried cohabitation as functionally equivalent to married cohabitation.

The trend continued in a few later cases dealing with family law generally. In *Moge, supra*, at pp. 848-49, I defined the family in terms of the values associated with it and the purposes it serves. Families provide for the emotional and socio-economic well-being of its members. The family serves as a support system for its members. It is the place where human beings find their most intimate human contact. The family was also described as a forum where values are transmitted and social skills are fostered and developed. I further observed that the family is a structure that often entails the making of sacrifices by its members.

Picking up on this theme in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, I wrote the following, at p. 632:

What is important is that children be nurtured. The critical factor is not the family form, nor the presence of mixed sex role models, but the provision of a loving and nurturing environment. From this perspective, the ideal family is one which meets the needs of its members, and best attempts to realize the values that lie at the base of family. As Jane Larson says:

It is the social utility of families that we all recognize, not any one proper form that “the family” must assume; it is the responsibility and community that the family creates that is its most important social function and its social value.

(“Discussion” (1992), 77 *Cornell L. Rev.* 1012, at p. 1014)

My reasons in *Mossop* indicate that the family, as a concept, is not limited to those involving two heterosexual parents who are married. The family is a functional concept based on a structure that meets

droit à cette demande : « Rien ne justifie que l’on fasse une distinction, lors du partage des biens et de l’actif, entre les personnes mariées et les personnes liées par une relation moins formelle qui dure depuis longtemps » (p. 850). C’était le premier pas dans les efforts que la Cour a déployés pour établir l’équivalence fonctionnelle entre couples mariés et couples hétérosexuels non mariés.

La tendance s’est poursuivie dans quelques arrêts subséquents portant sur le droit de la famille en général. Ainsi, dans *Moge*, précité, p. 848-849, je définissais la famille en fonction des valeurs qui y sont associées et des buts qu’elle vise. La famille assure le bien-être émotif et socio-économique de ses membres. La famille est un système de soutien pour ses membres et un havre dans lequel ses membres vivent leur contact humain le plus intime. J’y décris aussi la famille comme un lieu de transmission des valeurs et de développement des capacités d’interaction sociale. J’observe en outre que la famille est une structure qui exige souvent des sacrifices de la part de ses membres.

Poursuivant sur ce thème, voici ce que j’écris dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 632 :

C’est le bien-être des enfants qui importe. Le facteur important n’est pas le type de famille, ni la présence de modèles incarnant les rôles des deux sexes, mais bien l’établissement d’un environnement chaleureux et propice au bien-être. Selon cette conception, la famille idéale est celle qui répond aux besoins de ses membres et qui tente le mieux possible de réaliser les valeurs qui sous-tendent le fondement de la famille. Comme l’affirme Jane Larson :

[TRADUCTION] C’est l’utilité sociale des familles que nous reconnaissons tous, et non une forme d’utilité particulière que « la famille » devrait avoir; c’est le sens de responsabilité et la collectivité que la famille crée qui constituent sa fonction sociale la plus importante et sa valeur sociale.

(« Discussion » (1992), 77 *Cornell L. Rev.* 1012, à la p. 1014)

Dans *Mossop*, j’indique dans mes motifs que le concept de famille n’englobe pas seulement les familles comprenant deux parents hétérosexuels mariés. La famille est un concept fonctionnel fondé sur une

128

129

the needs of its members and nurtures them in the manner described earlier. Defining the family with reference to one form ignores the reality that the functions of the family are served by all types of families in modern society. This is something that has been recognized in this Court.

130 It is for this reason that I disagree with my colleague Justice Gonthier's attempt to equate marriage with the family. While Gonthier J. is right in his attempt to signal the importance of marriage to society and to acknowledge the distinctions that inhere in families where the primary caregivers are married and those where they are not, it is my view that referring to these distinctions does not, in itself, end the analysis. The presence of such differences cannot be used to deny benefits where the provision of these benefits is not tied to those differences.

131 In fact, it is quite legitimate to recognize differences in family forms and to be pro-family and pro-marriage without having to resort to denying benefits to other legitimate family forms. As I wrote in *Mossop, supra*, at pp. 633-34:

Given the range of human preferences and possibilities, it is not unreasonable to conclude that families may take many forms. It is important to recognize that there are differences which separate as well as commonalities which bind. The differences should not be ignored, but neither should they be used to de-legitimize those families that are thought to be different, and as Audre Lorde puts it in "Age, Race, Class, and Sex: Women Redefining Difference" in *Sister Outsider* (1984), 114, at p. 122:

. . . we must recognize differences among (people) who are our equals, neither inferior nor superior, and devise ways to use each others' difference to enrich our visions and our joint struggles.

In light of all this, it is interesting to note that, in some ways, the debate about family presents society with a false choice. 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

structure qui répond aux besoins de ses membres et leur permet de s'épanouir, comme je l'ai déjà décrit. Une définition de la famille par référence à un modèle unique contredit la réalité que, dans la société moderne, les fonctions familiales sont remplies par des types de familles très divers. C'est ce qu'a reconnu notre Cour.

C'est pour cette raison que je suis en désaccord avec la tentative de mon collègue le juge Gonthier de faire équivaloir mariage et famille. Le juge Gonthier a raison de souligner l'importance du mariage pour la société et de reconnaître les distinctions existant entre les familles des couples mariés et celles où ils ne le sont pas, mais j'estime que la mention de ces différences ne peut mettre fin à l'analyse. La présence des différences ne peut être utilisée pour dénier des avantages quand la prestation de ces avantages n'est pas liée à ces différences.

En fait, il est tout à fait légitime de reconnaître les différences entre divers types de familles et d'être en faveur du mariage et de la famille sans avoir à recourir à la négation de certains avantages à d'autres formes légitimes de familles. Dans *Mossop*, je dis ceci aux p. 633-634:

Vu la gamme de préférences et de possibilités qui existent, il n'est pas déraisonnable de conclure que les familles peuvent prendre de nombreuses formes. Il importe de reconnaître qu'il y aura toujours entre elles des différences ainsi que des points communs. Il ne faut ni oublier ces différences ni s'en servir pour nier tout caractère légitime aux familles jugées différentes; comme l'affirme Audre Lorde dans « Age, Race, Class, and Sex : Women Redefining Difference » dans *Sister Outsider* (1984), 114, à la p. 122 :

[TRADUCTION] . . . nous devons reconnaître les différences qui existent entre (les gens) qui sont nos égaux, ni inférieurs ni supérieurs, et concevoir des façons d'utiliser ces différences pour enrichir nos conceptions et nos luttes communes.

Compte tenu de ce qui précède, il est intéressant de noter que, à certains égards, le débat sur la famille offre un faux choix à la société. 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.

non-traditional family forms may equally advance true family values.

By denying functionally equal relationships benefits based on a status wholly unrelated to their needs, the *MPA* ends up drawing an inappropriate distinction. N. Des Rosiers puts it this way:

. . . in a democratic society, hierarchies between forms of relationships based on status are not appropriate — the best that a state can do is create conditions for equal and non-exploitative relationships to develop.

(N. Des Rosiers, “Should Conjugal Matter in Law and Social Policy?”, Remarks for a Keynote Address to the North American Regional Conference of the International Society of Family Law (2001), at pp. 3-4)

The equivalency of functions described above gives rise to identical needs upon the breakdown of the family relationship. As both marital and non-marital cohabitation can be characterized by emotional, social, and economic interdependence, it follows that the termination of these relationships generates similar problems. This is implicit from Dickson J.’s decision in *Pettkus*, *supra*, where the Court finds no underlying reason to treat heterosexual unmarried cohabitants differently as regards the division of assets through equity. A more express statement of this Court’s acceptance of the fundamental similarities associated with the breakdown of both types of relationships is to be found in the judgment of La Forest J. in *Egan*, *supra*, at para. 23:

. . . many of the underlying concerns that justify Parliament’s support and protection of legal marriage extend to heterosexual couples who are not legally married. Many of these couples live together indefinitely, bring forth children and care for them in response to familial instincts rooted in the human psyche. These couples have need for support just as legally married couples do in performing this critical task, which is of benefit to all society. Language has long captured the essence of this relationship by the expression “common law marriage”.

Academic commentators have long since taken note of the fact that the difficulties associated with

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.

En déniant à des unions fonctionnellement égales des avantages qui n’ont aucun lien avec leurs besoins, la *MPA* instaure une distinction inappropriée. Voici ce qu’explique N. Des Rosiers:

. . . dans une société démocratique, la hiérarchie entre diverses formes de rapports personnels en fonction du statut n’est pas appropriée — le mieux qu’un État puisse faire est de créer des conditions pour que se développent des rapports personnels égaux et non exploitants.

(N. Des Rosiers, « Le concept de la conjugalité dans les lois et politiques sociales? », Notes pour une allocution prononcée dans le cadre de la conférence International Society of Family Law (2001), p. 5)

De l’équivalence des fonctions décrites plus haut naissent des besoins identiques à la rupture du lien familial. Puisque l’interdépendance émotive, sociale et économique caractérise la cohabitation tant dans le mariage et que sans mariage, il s’ensuit que la rupture de ces relations crée des problèmes similaires. C’est ce qui se dégage implicitement des motifs du juge Dickson dans *Pettkus*, précité, dans lequel la Cour conclut qu’aucune raison sous-jacente ne justifie un traitement différent des conjoints de fait hétérosexuels lors du partage des biens selon l’equity. On trouve dans les motifs du juge La Forest dans *Egan*, précité, par. 23, un énoncé plus explicite de la reconnaissance par la Cour de similitudes fondamentales constatées à l’égard de la rupture des deux types d’unions :

. . . nombre des raisons qui sous-tendent l’appui et la protection qu’apporte le législateur au mariage se rapportent également aux couples hétérosexuels qui ne sont pas mariés. Un grand nombre de ces couples vivent ensemble indéfiniment, élèvent des enfants et en prennent soin suivant des instincts familiaux qui prennent racine dans la psyché humaine. Dans l’exercice de cette tâche critique, dont bénéficie l’ensemble de la société, ces couples ont besoin de soutien tout autant que les couples mariés. La langue a depuis longtemps capturé l’essence de cette relation dans l’expression « union de fait ».

La doctrine a observé depuis longtemps que les difficultés liées à la rupture d’un mariage

132

133

134

the breakdown of a traditional marriage manifest themselves in other less traditional relationships. K. L. Kuffner writes:

Common-law couples often share many of the same characteristics as married couples: shared accommodations, pooling resources, emotional and financial interdependence, and the raising of children. Some cohabitants have become financially dependent on their spouse, similar to some married spouses. Consequently, cohabitants often suffer similar hardships upon breakdown of such relationships.

(K. L. Kuffner, “Common-Law and Same-Sex Relationships Under *The Matrimonial Property Act*” (2000), 63 *Sask. L. Rev.* 237, at p. 239; see also J. G. McLeod, Annotation to *Walsh v. Bona* (2000), 5 R.F.L. (5th) 190, at p. 191.)

Similar sentiments are expressed by Holland, *supra*, at pp. 151-52:

Today, there is very little difference between marriage and cohabitation. Marriage encompasses a range of relationships, some characterized by various forms of dependency, while others involve spouses who are quite independent, financially and otherwise. Marriage may or may not involve procreation. Cohabitation relationships are found along a similar spectrum. There is no reason to differentiate between the two based on the notion that cohabitation is different from a *traditional* marriage. When we compare cohabitation and modern-day marriage there are few distinctions. [Emphasis in original.]

135

These facts have not been lost on law reformers as well. In Nova Scotia, the Law Reform Commission released its report in 1997 dealing with proposed changes to the *MPA* that would allow individuals, including heterosexual unmarried cohabitants, to claim similar benefits to their married counterparts. The Commission’s conclusions regarding the nature of unmarried relationships are aptly set out at p. 21 of their Final Report:

. . . the Commission has reached the view that most cohabitation relationships are functionally similar to marital relationships, and deserve to be treated similarly by the law. Human beings seek out long-term relationships for a variety of reasons, including companionship,

traditionnel se manifestent également dans d’autres unions moins traditionnelles. K. L. Kuffner écrit :

[TRADUCTION] Les couples en union de fait partagent souvent bon nombre de caractéristiques avec les couples mariés : cohabitation, mise en commun des ressources, interdépendance émotive et financière et éducation des enfants. Certains conjoints de fait ont développé une dépendance financière envers leurs conjoints, comme certains conjoints mariés. Les conjoints de fait éprouvent donc souvent les mêmes difficultés à l’occasion de la rupture de leur union.

(K. L. Kuffner, « Common-Law and Same-Sex Relationships Under *The Matrimonial Property Act* » (2000), 63 *Sask. L. Rev.* 237, p. 239; voir aussi J. G. McLeod, Annotation to *Walsh v. Bona* (2000), 5 R.F.L. (5th) 190, p. 191.)

Holland, *loc. cit.*, partage cet avis, aux p. 151-152 :

[TRADUCTION] Il y a aujourd’hui très peu de différence entre le mariage et l’union de fait. Le mariage englobe un éventail de relations, certaines se caractérisant par diverses formes de dépendance, alors que d’autres se composent de conjoints très indépendants, que ce soit financièrement ou autrement. Il peut y avoir ou non procréation dans le mariage. Les unions de fait se situent dans un cadre similaire. Il n’y a aucune raison de faire une distinction entre les deux fondée sur l’idée que l’union de fait diffère du mariage *traditionnel*. Lorsqu’on compare l’union de fait du mariage moderne, on constate qu’il existe peu de différence entre les deux. [En italique dans l’original.]

Ces faits n’ont pas été ignorés non plus par les réformateurs du droit. En Nouvelle-Écosse, la Commission de réforme du droit a publié en 1997 son rapport sur les modifications proposées à la *MPA* qui allaient permettre à certaines personnes, y compris les conjoints de fait hétérosexuels, de revendiquer des avantages semblables à ceux accordés aux conjoints mariés. Les conclusions de la Commission sur la nature des unions de fait sont judicieusement exposées à la p. 21 du rapport final :

[TRADUCTION] . . . la Commission est d’avis que la plupart des relations de cohabitation sont fonctionnellement semblables aux relations de mariage et méritent un traitement similaire en droit. Les être humains cherchent à former des relations à long terme pour diverses raisons,

love, emotional support, sexual intimacy, procreation, economic need and social expectation. Such relationships, especially but not exclusively where there are children, often generate patterns of economic dependency. These patterns, which may not be apparent during the relationship, are exposed on its termination. . . . The reason for the law to impose property division in marriage and cohabitation relationships is to respond to the economic interdependence which arises in such relationships, and to ensure that the dependent partner is not punished for the role which he or she has played during the relationship.

(Law Reform Commission of Nova Scotia, *Final Report: Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia* (1997))

Similar thoughts are echoed in the Ontario Law Reform Commission *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* (1993). At page 27 of the Report, the Commission observes that society values the performance of the functions associated with marital and non-marital relationships. Having linked the two together based on the functions each performs and the recognition of the value of those functions, the Commission concludes that the law ought to apply equally to both types of relationships.

One complaint that could arise from the extension of the benefits accorded married cohabitants under the *MPA* to heterosexual unmarried ones involves the fact that the latter are, on average, relationships of shorter duration than marriages. It is argued that, as a result, a greater percentage of unmarried cohabitants do not leave their relationship in a similar state of mutual interdependence as does the average married cohabitant on the dissolution of marriage. Assuming this to be true, there are several responses to this objection.

First of all, the matter of whether attenuated or no benefits should be offered to certain heterosexual unmarried cohabitants is a matter best left to the legislature. They are the ones best able to decide at what point benefits ought to be extended. In the case of marriage, the legislature has chosen to extend the presumption to all married cohabitants regardless of the duration of their relationship or the lack of

notamment la compagnie, l'amour, le soutien émotif, l'intimité sexuelle, la procréation, la nécessité économique et les attentes sociales. Tout particulièrement — mais pas exclusivement — lorsqu'il y a des enfants, ces unions créent souvent des modèles de dépendance économique. Ces modèles, peut-être non apparents au cours de la relation, le deviennent au moment de la rupture. Par l'imposition d'un partage des biens dans les relations de mariage et de cohabitation, le législateur cherche d'une part à réagir à l'interdépendance économique qui résulte de telles unions, et d'autre part à assurer que le conjoint dépendant ne soit pas pénalisé pour le rôle qu'il a assumé pendant la durée de l'union.

(Law Reform Commission of Nova Scotia, *Final Report : Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia* (1997))

La Commission de réforme du droit de l'Ontario fait écho à cette opinion dans son *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* (1993). À la page 27 du rapport, la Commission fait remarquer que la société valorise les fonctions associées au mariage et à l'union de fait. Après avoir fait le rapprochement entre ces deux types d'unions en raison des fonctions qu'elles assument et de l'importance de ces fonctions, la Commission conclut que la loi devrait s'appliquer également aux deux types d'unions.

On pourrait contester l'élargissement aux conjoints de fait hétérosexuels des avantages conférés aux conjoints mariés en vertu de la *MPA* pour la raison que les unions de faits sont en moyenne de durée plus courte que les mariages. On allègue en conséquence qu'à la rupture de leur union, moins de conjoints de fait se trouvent dans un état d'interdépendance semblable à celui du conjoint marié moyen à la dissolution du mariage. À supposer que cela soit exact, il y a plusieurs façons de réfuter cette objection.

Premièrement, il est préférable de laisser au législateur le soin de déterminer s'il y a lieu de ne conférer aucun avantage ou des avantages réduits à certains conjoints de fait hétérosexuels. C'est lui qui est le mieux placé pour décider des conditions de durée. Dans le cas du mariage, le législateur a choisi d'appliquer la présomption à tous les conjoints mariés, quelle que soit la durée du mariage et malgré

136

137

138

mutual interdependence. It is well known that some marriages, like some unmarried cohabitation relationships, are of short duration. Despite this, the legislature nevertheless offered the benefit to all married cohabitants.

139 Further, the *MPA* has built-in devices to allow courts to rebut the presumption of equal sharing where appropriate to do so. Section 13 of the *MPA* lists certain factors the court may consider in delineating a smaller share of the assets including, at para. (d), the “length of time that the spouses have cohabitated”. This provision or its equivalent has been applied by courts throughout the country to diminish the percentage entitlement of one spouse on the dissolution of a short-term marriage. I do not propose to review the jurisprudence on this provision here, but commend the reader to a text and article on the subject: see J. D. Payne and M. A. Payne, *Canadian Family Law* (2001), at pp. 321-25; and J. G. McLeod, “Unequal Division of Property”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law: Roles, Fairness and Equality* (1994), 141, at pp. 154-56.

140 It is no excuse to deny the benefit of equal sharing to all heterosexual unmarried cohabitants simply because some members of the group do not seem to deserve nor want this equal division. The legislature is in the best position to craft legislation that takes into account the difficulties associated with extending the benefit. It is clear, though, based on the purpose of the *MPA* and the functional equivalency of the two types of relationships relative to that purpose, that extending the benefit of the equal presumption solely to married cohabitants constitutes a serious attack upon the dignity of the claimant and all heterosexual unmarried cohabitants. It sends the message that, although the need for a simple means of dividing the assets on dissolution exists, only certain people are entitled to the benefit because of a status wholly unrelated to that need. In short, it demeans the dignity of an equal to treat him or her with less respect than his or her functional equals. Like the Court of Appeal, I agree that the *MPA* fails to recognize the contributions made by parties to a

l’absence d’interdépendance. On sait fort bien que, comme certaines unions de fait, certains mariages sont de courte durée. La législature a néanmoins conféré les avantages à tous les conjoints mariés.

Qui plus est, la *MPA* comporte des mécanismes visant à permettre aux tribunaux de rejeter la présomption de partage égal dans les cas appropriés. Ainsi, l’art. 13 de la *MPA* dresse une liste de certains facteurs dont le tribunal peut tenir compte pour accorder une part moindre de biens, notamment, à l’al. d), [TRADUCTION] « la durée de cohabitation des conjoints ». Les tribunaux canadiens ont appliqué cette disposition ou ses équivalents pour diminuer le pourcentage auquel a droit un conjoint à la dissolution d’un mariage de courte durée. Je n’envisage pas d’examiner en l’espèce la jurisprudence relative à cette disposition, mais recommande au lecteur un ouvrage et un article sur le sujet : voir J. D. Payne et M. A. Payne, *Canadian Family Law* (2001), p. 321-325; et J. G. McLeod, « Unequal Division of Property », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law : Roles, Fairness and Equality* (1994), 141, p. 154-156.

On ne peut refuser de consentir l’avantage du partage égal à tous les conjoints de fait hétérosexuels pour la simple raison que certains d’entre eux ne semblent pas le mériter ou le vouloir. Le législateur est le mieux placé pour élaborer une loi qui tienne compte des difficultés liées à l’élargissement de cet avantage. Cependant, vu l’objet de la *MPA* et l’équivalence fonctionnelle des deux types d’unions relativement à cet objet, il est clair que l’application de la présomption de partage égal aux conjoints mariés seulement porte gravement atteinte à la dignité de la demanderesse et à celle des conjoints de fait hétérosexuels. On transmet alors le message que, malgré la nécessité de disposer d’un simple mécanisme de partage des biens à la dissolution d’une union, seules certaines personnes peuvent se prévaloir de cet avantage en raison d’un état qui n’a rien à voir avec cette nécessité. En bref, c’est porter atteinte à leur dignité de le traiter avec moins de respect que leurs égaux sur le plan fonctionnel. À l’instar de la Cour d’appel, je conviens que la *MPA* ne reconnaît

non-marital relationship and that such non-recognition has the effect of demeaning them as human beings.

(f) *Choosing to Marry and Choosing to Cohabit — Effect on Dignity*

One of the appellant's main submissions was that the deliberate non-recognition of the contribution made by heterosexual unmarried cohabitants to their relationships is done as a means of giving effect to the intentions of those entering into such relationships. In a different vein, the appellant also argues that marriage involves a considered choice to enter into a relationship that, by its very nature, is infused with certain legal rights. The same cannot be said, it is asserted, for those who enter into unmarried relationships. Based on this belief, legislation that fails to extend its benefits to heterosexual unmarried cohabitants merely gives effect to their intentions. In fact, it serves to enhance their dignity by respecting their choice not to be bound by the rigours associated with marriage.

With the greatest respect, such an argument fundamentally misconceives the reasons people enter into relationships in the first place. It is an assumption based on scant evidence at best. I will in fact show that the *MPA* has nothing to do with consensus and everything to do with recognizing the needs of spouses (as discussed earlier).

I believe it to be highly problematic to conceive of marriage as a type of arrangement people enter into with the legal consequences of its demise taken into account. In the first place, most people are not lawyers. They are often not aware of the state of the law. Worse, many maintain positive misconceptions as to what obligations and rights exist in association with marriage and other relationships: Law Reform Commission of Canada, *Studies on Family Property Law*, *supra*, at p. 267. The Law Reform Commission in Nova Scotia accepted that there is anecdotal evidence that unmarried partners believe that the *MPA* applies to them after one year of cohabitation: Law Reform Commission of Nova Scotia, *Final Report: Reform of the Law Dealing*

pas les contributions apportées par les parties à une union de fait et que cette non-reconnaissance a pour effet de les rabaisser en tant qu'êtres humains.

f) *Le choix entre le mariage et la cohabitation — Incidence sur la dignité*

Un des arguments principaux de l'appelant est que la non-reconnaissance délibérée de la contribution apportée par les conjoints de fait à leur union sert à donner effet aux intentions de ceux qui forment de telles unions. Par ailleurs, il soutient aussi que le mariage implique le choix réfléchi de former une union qui, par sa nature, est assortie de certains droits juridiques. On ne peut en dire autant, affirme-t-il, des personnes qui forment une union de fait. Suivant cette thèse, une loi qui n'accorde pas d'avantages aux conjoints de fait hétérosexuels donne simplement effet à leurs intentions. Une telle loi servirait en réalité à promouvoir leur dignité par le respect de leur choix de ne pas être liés par le cadre rigide du mariage.

En toute déférence, cet argument révèle une conception fondamentalement erronée des motifs pour lesquels les gens décident de former une union. Il s'agit d'une hypothèse qui, au mieux, se fonde sur des preuves ténues. En fait, je démontrerai que la *MPA* n'a rien à voir avec le consensus et tout à voir avec la reconnaissance des besoins des conjoints (dont je traite plus haut).

À mon avis, il est très difficile de concevoir le mariage comme un type d'entente dans laquelle les gens s'engagent en pensant aux conséquences juridiques de son échec. En premier lieu, ils ne sont pas tous avocats. Ils ne sont souvent pas au courant de l'état du droit. Pis encore, bon nombre entretiennent de fausses idées sur les obligations et droits liés au mariage et aux autres unions : Commission de réforme du droit du Canada, *Études sur le droit des biens de la famille*, *op. cit.*, p. 263. La Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Écosse admet qu'il existe une preuve anecdotique selon laquelle les conjoints de fait croient que la *MPA* s'applique à eux après une année de cohabitation : Law Reform Commission of Nova Scotia, *Final Report : Reform*

141

142

143

with *Matrimonial Property in Nova Scotia*, supra, at p. 22.

of the *Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia*, op. cit., p. 22.

144

Even assuming that people contemplating marriage are, as a whole, fully aware of their legal rights and obligations as married people, it is a mistake to base the obligations imposed by the *MPA* on the partners' perceived consensus to be bound by these obligations through marriage. Commenting on both the choice of marriage and the choice not to marry, the Law Reform Commission in Tasmania wrote the following:

À supposer même que les gens qui envisagent de se marier soient, dans l'ensemble, pleinement conscients des droits et obligations juridiques du mariage, c'est une erreur de fonder les obligations imposées par la *MPA* sur le consensus présumé des conjoints de s'assujettir à ces obligations par le mariage. Traitant du choix de se marier ou non, la Commission de réforme du droit de Tasmanie s'exprime en ces termes :

Sometimes two people choose to live together in absolute freedom and choose not to marry, just to avoid the responsibilities of marriage. But, although this is becoming more common, it affects a small minority of de facto relationships, and we believe that the vast majority of people who live together without marrying do so without thought of the legal consequences. It is we think, fanciful to think that any more than a handful of people organise their *personal* lives in this way in order to achieve specific legal consequences. [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] Deux personnes choisissent parfois de vivre ensemble en toute liberté et de ne pas se marier simplement pour se soustraire aux responsabilités du mariage. Cependant, bien qu'il soit de plus en plus répandu, ce phénomène ne touche qu'une infime minorité d'unions de fait, et nous pensons que la vaste majorité des personnes qui font vie commune sans se marier le font sans réfléchir aux conséquences juridiques. À notre avis, il est insensé de croire que, mises à part quelques rares exceptions, les gens organisent leur vie *personnelle* de cette façon pour parvenir à des conséquences juridiques précises. [En italique dans l'original.]

(Law Reform Commission of Tasmania, *Report on Obligations Arising From De Facto Relationships* (1977), at p. 5)

(Law Reform Commission of Tasmania, *Report on Obligations Arising From De Facto Relationships* (1977), p. 5)

145

Couples do not think of their relationship in contract terms. The observations of one author on this point are particularly poignant:

Les couples ne conçoivent pas leur union en termes de contrats. Voici à cet égard les observations particulièrement frappantes d'un auteur :

Now, the confusion in the law arises from the fact that while marriages (and domestic partnerships) are quite obviously more like friendships than hamburgers, they also give rise to legally enforceable obligations, which lead some people to forget the obvious and think they are like hamburgers after all. The error apparently arises from the mistaken assumption that the legal obligations arising from marriage must have their source in a bargained-for exchange. The mistake is probably facilitated by the fact that the reciprocal nature of a successful marriage gives it a superficial resemblance to a bargained-for exchange, which is, after all, the source of so many legal obligations. But we must remain clear about the difference. Lunch with my friend may leave me with a sense of social debt that is real, but non-specific. . . . Friendship involves communicating interest in and concern for one another's welfare over a longer time horizon; opportunities to reciprocate may not present themselves in a convenient sequence for

[TRADUCTION] À l'heure actuelle, la confusion sur le plan juridique découle du fait que les mariages (et l'union civile) se rapprochent de toute évidence davantage des liens d'amitié que des hamburgers; ils créent des obligations ayant force exécutoire, qui portent certaines personnes à oublier l'évidence même et à croire que ce sont des hamburgers après tout. L'erreur découle apparemment de l'hypothèse fautive que les obligations juridiques découlant du mariage doivent tirer leur source d'un échange négocié. En toute probabilité, l'erreur s'explique par le fait que le caractère réciproque d'un mariage réussi lui donne l'apparence superficielle d'un échange négocié, qui constitue après tout la source de tant d'obligations légales. Cependant, nous devons réitérer clairement la différence. Déjeuner avec un ami peut donner l'impression d'une dette sociale qui est réelle, sans être précise. [. . .] L'amitié exige l'expression du souci du bien-être d'une autre personne à plus long terme; les occasions de réciprocité entre amis ne se présentent pas toujours

turn-taking. The debt to the restaurant, by contrast, involves paying \$23.37 — now.

(I. M. Ellman, “‘Contract Thinking’ Was *Marvin’s* Fatal Flaw” (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1365, at pp. 1373-74)

In other words, the fact that marriage gives rise to legal obligations does not, by itself, signal that the source of those obligations is some bargained-for exchange or the product of a consensus. While the price of a hair cut is known in advance and can be contracted for (with a higher price for perms than for brushcuts), the same cannot be said about marriage. The marital relationship changes over time. Houses and other assets are bought and sold, one of the partners is promoted or loses their job, children are born, accidents occur, or a member of the family becomes ill. These and other events are rarely anticipated at the outset and appropriately bargained for. Further, neither spouse can anticipate who will contribute what to the marriage. As a consequence, even the most intelligent of adults lacks the capacity to evaluate the commitments involved in any agreement dealing with the consequences of a dissolution that will only come after great change occurs in the relationship: see further the analysis of cognition in M. A. Eisenberg, “The Limits of Cognition and the Limits of Contract” (1995), 47 *Stan. L. Rev.* 211.

Recognizing the obvious limits to conceptualizing the obligations flowing from marriage as a form of consensus, the legislature in Nova Scotia first enacted its matrimonial property legislation without regard for the wishes of married cohabitants at the outset of their relationship. Section 5(1) of the *MPA* explicitly states that the matrimonial property regime applies to spouses who entered into marriage “before or after the first day of October, 1980”. The *MPA*’s predecessor contained similar wording. Two persons who married in the 1960s, for example, would fall within the statutory presumption of equal sharing. In the 1960s, marriage did not entail the existence of this presumption. If there was any contract or consensus regarding the legal obligations accruing on dissolution, a default presumption

suyant un ordre indiqué, à tour de rôle. Par contre, la dette envers le restaurant exige le paiement de la somme de 23,37 \$ — immédiatement.

(I. M. Ellman, « “Contract Thinking” Was *Marvin’s* Fatal Flaw » (2001), 76 *Notre Dame L. Rev.* 1365, p. 1373-1374)

En d’autres termes, le fait que le mariage donne lieu à des obligations juridiques n’indique pas en soi que la source de ces obligations résulte d’un échange négocié ou d’un consensus. Si le coût d’une coupe de cheveux est connu à l’avance et peut faire l’objet d’un contrat (une permanente étant plus coûteuse qu’une coupe en brosse), on ne peut en dire autant du mariage. L’union matrimoniale évolue au fil du temps. On achète et on vend des maisons et d’autres biens; un des conjoints obtient une promotion ou perd son emploi; des enfants naissent; des accidents se produisent, ou un membre de la famille tombe malade. Ces événements, comme d’autres, sont rarement prévus et dûment négociés au départ. Par ailleurs, les conjoints ne peuvent prévoir qui apportera quelle contribution au mariage. Par conséquent, même les adultes les plus intelligents sont incapables d’évaluer les engagements en cause dans toute entente portant sur les conséquences d’une rupture qui se produira seulement après d’importants changements au sein de la relation : voir l’analyse de la cognition dans M. A. Eisenberg, « The Limits of Cognition and the Limits of Contract » (1995), 47 *Stan. L. Rev.* 211.

Reconnaissant les limites évidentes d’une conceptualisation des obligations qui découlent du mariage comme forme de consensus, la législature de la Nouvelle-Écosse a tout d’abord adopté une loi sur les biens matrimoniaux qui ne tient pas compte des désirs des conjoints mariés au début de leur union. Le paragraphe 5(1) de la *MPA* précise que le régime des biens matrimoniaux s’applique aux conjoints qui se sont mariés [TRADUCTION] « avant ou après le premier jour d’octobre 1980 ». La loi que remplaçait la *MPA* avait un libellé similaire. Deux personnes qui s’étaient mariées dans les années 60 par exemple seraient visées par la présomption d’égalité de partage. Dans les années 60, le mariage n’entraînait pas l’application de cette présomption.

146

147

of this sort would not have figured in the discussion. One can draw from this one simple conclusion: that the *MPA* does not base the presumption of equal division on some preconceived consensus. If anything, s. 5(1) serves to nullify any consensus parties may have had regarding the division of assets when they married before the enactment of the *MPA*'s predecessor. I consider it somewhat facetious for the appellant to argue that the *MPA* is designed to give effect to the choices made by married and heterosexual unmarried cohabitants when the legislation expressly applies to people who married at a time prior to the enactment of the *MPA* or its predecessor.

S'il y avait eu contrat ou consensus quant aux obligations juridiques résultant de la dissolution de l'union, cette présomption par défaut ne serait pas entrée en discussion. On peut donc en tirer cette simple conclusion : la *MPA* ne fonde pas la présomption d'égalité de partage sur un consensus préconçu. Le paragraphe 5(1) sert plutôt à annuler tout consensus en matière de partage des biens auquel auraient pu arriver des couples qui se sont mariés avant l'adoption de la loi antérieure à la *MPA*. Il est un peu facétieux de la part de l'appelant de soutenir que la *MPA* vise à donner effet aux choix des couples mariés et des couples hétérosexuels non mariés, alors que la loi s'applique expressément aux personnes mariées avant l'adoption de la *MPA* ou de la loi antérieure.

148 If I am incorrect in concluding that the source of the obligations in the *MPA* is not based on the choice of marriage, it does not follow that heterosexual unmarried cohabitants enter into their relationships specifically to avoid those legal obligations. In other words, the choice argument fails from both sides: many unmarried partners do not choose to cohabit or remain unmarried so as to avoid the legal consequences of marriage.

Même au cas où j'aurais tort de conclure que la source des obligations prévues dans la *MPA* ne se fonde pas sur la décision de se marier, cela ne signifierait pas que les couples hétérosexuels non mariés ont formé leur union précisément pour se soustraire à ces obligations juridiques. Autrement dit, l'argument fondé sur le choix échoue de part et d'autre : pour bon nombre de conjoints de fait, la décision de cohabiter ou de ne pas se marier ne vise pas à se soustraire aux conséquences juridiques du mariage.

149 The reasons why people choose to cohabit are numerous. Some people have attempted to catalogue these potential reasons. An excellent list is found in Payne and Payne, *supra*, at p. 50. These authors list eight potential reasons why parties choose to cohabit, reasons which I would say are not mutually exclusive:

Les raisons pour lesquelles les gens optent pour la cohabitation sont nombreuses. Certains auteurs ont tenté d'en faire l'inventaire. Payne et Payne, *op. cit.*, p. 50, fournissent une liste excellente. Ces auteurs énumèrent huit raisons susceptibles d'expliquer le choix de l'union de fait. À mon avis, elles ne sont pas mutuellement exclusives :

- the existence of a legal impediment to marriage;
- the existence of some religious obstacle to marriage;
- the perception by one or both of the potential cohabitants that marriage constitutes a relic of patriarchy with its assumed roles of male domination and female subordination;

- l'existence d'un empêchement légal au mariage;
- l'existence d'un obstacle religieux au mariage;
- la perception par l'un des partenaires ou les deux que le mariage est une relique du système patriarcal, avec ses rôles caractérisés par la domination de l'homme et la subordination de la femme;

- the wish to avoid some or all of the legal rights and obligations associated with marriage;
  - the removal of the stigma associated with unmarried cohabitation due to the weakening of religious influence;
  - the desire to enter into a “trial marriage”;
  - the wish to maintain entitlements to particular benefits that would be lost in marrying; and,
  - simple convenience.
- le désir d’éviter une partie ou l’ensemble des droits et obligations juridiques liés au mariage;
  - la disparition de la réprobation liée à l’union de fait en raison de l’affaiblissement de l’influence de la religion;
  - le désir de faire un « mariage à l’essai »;
  - le désir de maintenir des droits à des avantages particuliers dont le mariage entraînerait la perte;
  - la simple commodité.

It is impossible to pin any one of these reasons on all people who choose not to marry. In her study of heterosexual unmarried cohabitants living in Britain, C. Smart concluded that:

The majority of the men and women in our study did not cohabit because they were selfish and immoral, or because they rejected the ideological/patriarchal basis of marriage. Cohabitation was not necessarily a self-centred nor a progressive form of union. On the contrary, some of these cohabiting unions seemed to be [*sic*] very similar to an ideal type of marriage with its emphasis on companionship, shared interests, commitment to children and shared economic resources. Other cohabiting unions however seemed to reproduce some of the worst aspects of traditional heterosexual marriage such as domestic violence, a rigid sexual division of labour and financial insecurity for mothers. Only about a quarter of those interviewed saw themselves as taking a stand against marriage as an institution or saw marriage as an irrelevance in the light of a superior form of private commitment. Many of the women we interviewed actually wanted to get married (albeit to a better person that they had yet to meet). Equally, some of the men went on to marry other women with whom they formed relationships later on. We cannot, therefore, simply describe these trends as “progressive” or “regressive” — the choices people make have different meanings in different contexts and we need to be constantly in tune with these complexities rather than oversimplifying and overgeneralising.

(C. Smart, “Stories of Family Life: Cohabitation, Marriage and Social Change” (2000), 17 *Can. J. Fam. L.* 20, at p. 50)

Il est impossible d’associer une seule de ces raisons à toutes les personnes qui choisissent de ne pas se marier. Dans son étude sur les conjoints de fait hétérosexuels en Grande-Bretagne, C. Smart arrive à la conclusion suivante :

[TRADUCTION] La majorité des hommes et des femmes visés par notre étude vivaient en union de fait non pas parce qu’ils étaient égoïstes et immoraux ou parce qu’ils rejetaient le fondement idéologique et patriarcal du mariage. L’union de fait n’était pas nécessairement une union égocentrique ou progressive. Au contraire, certaines de ces unions de fait semblaient s’apparenter beaucoup à une forme idéale de mariage, avec l’accent sur la compagnie, les intérêts communs, l’engagement envers les enfants et la mise en commun des ressources financières. Cependant, d’autres unions de fait semblaient faire ressortir certains des pires aspects du mariage hétérosexuel traditionnel, dont la violence conjugale, la division rigide du travail selon le sexe et l’insécurité financière de la mère. Seulement un quart environ des personnes interrogées ont affirmé s’opposer au mariage en tant qu’institution ou considérer le mariage sans importance devant une forme supérieure d’engagement privé. Bon nombre des femmes interrogées voulaient en fait se marier (quoiqu’avec une personne qu’elles n’avaient pas encore rencontrée). De même, certains hommes se sont mariés avec d’autres femmes avec qui ils ont établi des relations plus tard dans la vie. Nous ne pouvons donc pas simplement caractériser ces tendances de « progressives » ou « régressives » — les choix que font les gens ont des sens différents dans des contextes différents et nous devons constamment être conscients de ces complexités au lieu de simplifier et de généraliser à outrance.

(C. Smart, « Stories of Family Life : Cohabitation, Marriage and Social Change » (2000), 17 *Rev. can. dr. fam.* 20, p. 50)

The choices made by the cohabitants in her study were occasionally based, in whole or in part, on the desire to avoid the legal consequences of marriage. However, this could not be said of all heterosexual unmarried cohabitants. The moral of the story is that not all people choose to cohabit to avoid the legal consequences of marriage. Those that do often do for other reasons as well.

Les choix des conjoints de fait, dans cette étude, reposaient à l'occasion en tout ou en partie sur le désir d'éviter les conséquences juridiques du mariage. Cependant, on ne pourrait affirmer que c'est le cas de tous les conjoints de fait hétérosexuels. La morale de l'histoire est que les gens qui choisissent de vivre en union libre ne le font pas tous pour se soustraire aux conséquences juridiques du mariage. Ceux qui le font, le font souvent aussi pour d'autres raisons.

151

Some commentators go even further by suggesting that personal autonomy and choice are very rarely involved in the choice to cohabit. In “Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap?”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law: Roles, Fairness and Equality*, *supra*, 369, at p. 379, W. H. Holland espouses this view in the following words:

Certains auteurs vont même plus loin et laissent entendre que l'autonomie et le choix personnels jouent très rarement un rôle dans le choix de cohabiter. Dans « Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap? », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law : Roles, Fairness and Equality*, *op. cit.*, 369, p. 379, Holland souscrit à ce point de vue en ces termes :

. . . in many cases, there is little planning and the parties cohabit without having given very careful thought to where the relationship is heading. In fact, it is doubtful whether many couples are aware of the differences in the legal consequences of marriage and cohabitation and that cohabitation is chosen to avoid the legal consequences of marriage. As Macklin pointed out [E. D. Macklin, “Nonmarital Heterosexual Cohabitation” (1978), 1 *Marr. and Fam. Rev.* 1, at p. 6]:

[TRADUCTION] . . . souvent, on planifie peu et les parties cohabitent sans prendre le temps de réfléchir à l'avenir de leur relation. En fait, il est douteux que la plupart des couples soient conscients des différences entre le mariage et la cohabitation sur le plan des conséquences juridiques et qu'ils choisissent la cohabitation pour éviter les conséquences juridiques du mariage. Comme Macklin le fait remarquer [E. D. Macklin, « Nonmarital Heterosexual Cohabitation » (1978), 1 *Marr. and Fam. Rev.* 1, p. 6] :

(L)iving together is seldom the result of a considered decision . . . and in a survey of married and unmarried couples to all or most of them the future seemed to be something diffuse that one does not discuss or think about in detail.

(L)a vie commune est rarement le fruit d'une décision réfléchie [. . .] et dans une enquête auprès de couples mariés et de couples non mariés, la totalité ou presque des répondants ont affirmé que l'avenir semblait être quelque chose de flou dont on ne parle pas et auquel on ne réfléchit pas en détail.

152

I agree with this interpretation. It also reflects the fact that the existence of many heterosexual non-marital relationships are rarely the product of choice in the sense that the choice not to marry is not a matter belonging to each individual alone. The ability to marry is inhibited whenever one of the two partners wishes to marry and the other does not. In this situation, it can hardly be said that the person who wishes to marry but must cohabit in order to obey the wishes of his or her partner chooses to cohabit. This results in a situation where one of the parties to the cohabitation relationship preserves his or her autonomy at the expense of the other: “The

Je suis d'accord avec cette interprétation. Elle reflète aussi le fait que de nombreuses unions de fait hétérosexuelles résultent rarement d'un choix, en ce sens que le choix de ne pas se marier n'est pas un choix appartenant individuellement à chaque partenaire. La capacité de se marier est entravée lorsque l'un des partenaires désire se marier et que l'autre ne le veut pas. Dans ce cas, on peut difficilement affirmer que la personne qui désire se marier — mais qui doit cohabiter afin d'acquiescer aux désirs de l'autre — choisit la cohabitation. Il en résulte une situation où l'une des parties à l'union de fait conserve son autonomie au détriment de l'autre :

flip side of one person's autonomy is often another's exploitation" (*ibid.* at p. 380). Under these circumstances, stating that both members of the relationship chose to avoid the legal consequences of marriage is patently absurd.

The argument that cohabitation is mainly the result of a considered choice was also rejected by the Court in *Miron*, *supra*. Commenting on whether distinctions based on marital status are distinctions founded on immutable characteristics, McLachlin J. wrote the following, at para. 153:

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. [Emphasis added.]

I made the same observations at paras. 95-97, concluding that "[i]t 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". Nothing has changed since *Miron* was decided to indicate that these statements are incorrect. They apply with equal vigour to the *Charter* challenge in the present case.

Incidentally, arguments calling for the drawing of a distinction between married cohabitants and heterosexual unmarried cohabitants based on the choices made by these two types of couples have been wholeheartedly rejected by Nova Scotia's Law Reform Commission: see *Final Report: Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia*, *supra*, at p. 22; and *Matrimonial Property in Nova Scotia: Suggestions for a New Family Law Act*, *supra*, at pp. 26-27.

In support of their choice argument, the appellant placed great emphasis on the findings of the Alberta Institute of Law Research and Reform contained in an 18-year-old survey: *Survey of Adult Living*

[TRANSLATION] « Le revers de l'autonomie de l'un, c'est souvent l'exploitation de l'autre » (*ibid.*, p. 380). Dans ces circonstances, il est manifestement absurde d'affirmer que les deux partenaires ont choisi de se soustraire aux conséquences juridiques du mariage.

Dans l'arrêt *Miron*, précité, la Cour rejette aussi l'argument que l'union de fait résulte principalement d'un choix éclairé. Lorsqu'elle examine la question de savoir si les distinctions fondées sur l'état matrimonial sont des distinctions fondées sur des caractéristiques immuables, le juge McLachlin fait les commentaires suivants (au par. 153) :

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. [Je souligne.]

Je fais les mêmes observations aux par. 95-97, pour conclure que « 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 ». Depuis l'arrêt *Miron*, rien n'a changé pour indiquer que ces énoncés sont incorrects. Ils s'appliquent avec la même force à la contestation fondée sur la *Charte* en l'espèce.

Incidentement, la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Écosse a entièrement rejeté les arguments en faveur d'une distinction entre conjoints mariés et conjoints de fait hétérosexuels fondée sur les choix faits par ces couples : voir *Final Report : Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia*, *op. cit.*, p. 22; et *Matrimonial Property in Nova Scotia : Suggestions for a New Family Law Act*, *op. cit.*, p. 26-27.

Pour étayer son argument fondé sur le choix, l'appelant attache beaucoup d'importance aux conclusions de l'Institute of Law Research and Reform de l'Alberta, publiées dans une enquête qui remonte

153

154

155

*Arrangements: A Technical Report* (1984). This survey was reviewed by the Alberta Court of Appeal in *Taylor v. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266, a decision holding that the restriction in the *Domestic Relations Act*, R.S.A. 1980, c. D-37, on the availability of spousal support to married cohabitants violated the *Charter*.

156

The survey found that the average non-marital cohabitation relationship lasts 2.08 years. The 1995 General Social Survey indicates that this average has gone up to three years since 1984: Dumas and Bélanger, *supra*, at p. 149. Although the data contained in the Alberta survey is obviously dated, it is still of historical interest to review their conclusions. For instance, heterosexual unmarried cohabitants ranked the reason “didn’t want the legal commitment of marriage” as the fourth most important reason for choosing not to marry (for the purposes of these comments, I am presuming that all the respondents had a choice, something I rejected earlier). Each respondent was asked to rank each of the possible reasons for not marrying on a scale of 1 to 5. Curiously, only half of the respondents ranked the legal commitment answer at all. This is not reflected in the survey, as the order of importance is based on the mean score regardless of how many people even chose it as a reason. Nearly twice as many respondents ranked “love” and “companionship” as the reason(s) why they chose to cohabit non-maritally. The mean score for these responses was far higher than the one for the legal commitment answer. Further, there is no indication as to what is meant by the words “legal commitment”. There is no way of knowing whether this constituted a specific reference to all of the legal rights associated with marriage (support, property, intestacy, and dower rights, for example) or whether it is a vague reference to the fact that marriage is formally entered into. A lot of people speak about legal commitments in vague terms. Few people think of legal commitments in the precise manner that lawyers and judges do. Overall, the findings of the survey are somewhat flawed and uncertain. They can hardly be relied upon as justifying a whole-sale distinction being drawn on the basis of marriage. Even if these findings do show that unmarried cohabitants as a whole generally choose to cohabit to avoid the legal consequences

à 18 ans : *Survey of Adult Living Arrangements : A Technical Report* (1984). La Cour d’appel de l’Alberta a examiné cette étude dans *Taylor c. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266, qui conclut que la *Domestic Relations Act*, R.S.A. 1980, ch. D-37, contrevient à la *Charte* en limitant aux seuls conjoints mariés l’accès aux pensions alimentaires.

Selon cette étude, l’union de fait dure en moyenne 2,08 années. L’Enquête sociale générale de 1995 indique que cette moyenne est passée à trois ans depuis 1984 : Dumas et Bélanger, *op. cit.*, p. 155. Bien que les données de l’étude albertaine soient de toute évidence dépassées, ses conclusions présentent encore un intérêt historique. Par exemple, parmi les raisons expliquant le choix des conjoints de fait hétérosexuels de ne pas se marier, [TRADUCTION] « ne pas vouloir l’engagement légal du mariage » venait au quatrième rang (pour les besoins des présents commentaires, je présume que tous les répondants disposaient d’un choix, ce que j’ai rejeté précédemment). On a demandé à chaque répondant d’indiquer, sur une échelle de 1 à 5, leurs raisons de ne pas se marier. Curieusement, seulement la moitié des répondants ont mentionné l’engagement légal. Ce fait ne ressort pas de l’enquête, puisque l’ordre d’importance a été établi à partir de la moyenne des résultats, indépendamment du nombre de répondants ayant choisi cette raison. Presque deux fois plus de répondants ont mentionné [TRADUCTION] « l’amour » et « la compagnie » pour motiver leur choix de cohabiter en union de fait. La fréquence moyenne de ces réponses était beaucoup plus grande que celle de la réponse relative à l’engagement légal. Par ailleurs, aucun indice n’est fourni sur ce qu’il faut entendre par « engagement légal ». Rien ne permet de savoir si cette expression renvoie précisément à l’ensemble des droits juridiques liés au mariage (dont les obligations alimentaires, les biens, la succession *ab intestat* et les droits de douaire), ou s’il s’agit d’une vague allusion au caractère formel du mariage. Beaucoup parlent d’engagements juridiques en des termes vagues. Rares sont ceux qui conçoivent les engagements légaux de façon précise comme le font les avocats et les juges. Dans l’ensemble, les conclusions du sondage sont un peu faussées et incertaines. On ne peut guère les invoquer pour

of marriage, those findings would be irrelevant. The realities of the relationship at its termination are what the *MPA* addresses, not the intentions of the parties at the outset.

Based on the above comments, it is my view that the argument that the claimant's dignity was not violated by legislation enacted to respect her choice (and the choice of all heterosexual unmarried cohabitants) fails. This argument fails to account for the fact that the *MPA* rights are not based on choice or consensus. Moreover, it is incorrect to paint each unmarried cohabitant with the same brush as regards the "choice" to cohabit. For many, choice is not an option. For those where choice is in fact an option, few structure their lives by marrying or not marrying to take advantage or avoid particular legal obligations. The *MPA* does not therefore promote the dignity of the claimant. In fact, its failure to appreciate the absence of choice many cohabitants face with its concomitant exploitative features demeans the dignity of heterosexual unmarried cohabitants.

(g) *Current Recognition of Heterosexual Unmarried Cohabitants*

Courts and legislatures in this country have taken stock of the fact that denying certain benefits to a class of persons on the basis of their marital status is unjust where the need for these benefits is felt by both unmarried and married cohabitants equally. In response, courts have extended certain benefits to heterosexual unmarried cohabitants where the legislature has refused to do so. Legislatures, too, have enacted a flurry of legislation to extend certain benefits to heterosexual unmarried cohabitants. The appreciation of an injustice and the resulting actions reinforce the view that the denial of marital property benefits demeans the dignity of heterosexual unmarried cohabitants. The steps taken constitute an acknowledgment of an historic attack upon the

justifier une distinction générale sur le fondement du mariage. Même si elles démontraient que, dans l'ensemble, les conjoints de fait optaient généralement pour la cohabitation afin de se soustraire aux conséquences juridiques du mariage, ces conclusions seraient dénuées de pertinence. La *MPA* tient compte des réalités à la rupture de l'union, et non pas des intentions des parties à l'origine.

Compte tenu des observations qui précèdent, on ne peut retenir, à mon avis, l'argument que la loi ne porte pas atteinte à la dignité de la demanderesse parce qu'elle a été adoptée pour respecter son choix (et celui de tous les conjoints de fait hétérosexuels). Cet argument ne tient pas compte du fait que les droits conférés par la *MPA* ne s'appuient pas sur un choix ou un consensus. Qui plus est, il est erroné de dépeindre de façon uniforme les conjoints de fait quant au « choix » de la cohabitation. Pour beaucoup, le choix n'est pas une option. Parmi ceux qui ont vraiment un choix, peu structurent leur vie en se mariant ou non de façon à tirer avantage d'obligations juridiques précises ou à les éviter. La *MPA* n'a donc pas pour effet de promouvoir la dignité de la demanderesse. En fait, parce qu'elle ne tient pas compte de l'absence de choix chez de nombreux conjoints de fait et des réalités d'exploitation concomitantes, la *MPA* porte atteinte à la dignité des conjoints de fait hétérosexuels.

g) *La reconnaissance actuelle accordée aux conjoints de fait hétérosexuels*

Au Canada, les tribunaux et les législatures ont pris conscience du fait qu'il est injuste de refuser certains avantages à une catégorie de personnes en raison de leur état matrimonial lorsque la nécessité de ces avantages se fait sentir tant chez les couples mariés que les couples non mariés. Les tribunaux ont alors accordé certains avantages aux conjoints de fait hétérosexuels lorsque le législateur avait refusé de le faire. Les législatures ont elles aussi adopté une multitude de lois visant à conférer certains avantages aux couples non mariés. L'appréciation de l'injustice et les mesures qui ont été prises renforcent l'idée que le refus d'accorder des avantages en matière de biens matrimoniaux touche la dignité des conjoints de fait hétérosexuels.

157

158

dignity of these individuals. By attempting to redress this unjust situation, the message is sent that there is an awareness of its existence and the need to stamp it out.

159

On the litigation front, a challenge to legislated insurance provisions extending benefits solely to unmarried heterosexual cohabitants was successful: *Miron, supra*. In Alberta, the Court of Appeal struck out a definition of “spouse” that limited the right to spousal support to those who were legally married: *Rossu, supra*. In *Woycenko Estate, Re* (2002), 315 A.R. 291, 2002 ABQB 640, the court declared unconstitutional a limited definition of “spouse” contained in Alberta’s dependants’ relief legislation. Finally, a *Charter* challenge to the definition of “spouse” found in Saskatchewan’s old marital property legislation was successful in *C.L.W. v. G.C.W.* (1999), 182 Sask. R. 237 (Q.B.).

160

On the legislative front, each province and territory now has legislation on the books defining “spouse” in a way so as to extend child and spousal support obligations to certain heterosexual unmarried cohabitants: *Domestic Relations Act*, R.S.A. 2000, c. D-14, s. 1; *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 1, as am. by S.B.C. 1997, c. 20, s. 1(c); *The Family Maintenance Act*, 1997, S.S. 1997, c. F-6.2, s. 2, as am. S.S. 2001, c. 51, s. 5(4); *The Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c. F20, ss. 1, 4(3), and 14(1); *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, ss. 1(1) and 29, as am. by S.O. 1999, c. 6, s. 25(1) and (2); *An Act instituting civil unions and establishing new rules of filiation*, S.Q. 2002, c. 6, s. 27, adding a registered civil union regime to the *Civil Code of Quebec*, S.Q. 1991, c. 64; *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, s. 112(3), as am. by S.N.B. 2000, c. 59, s. 1; *Family Law Act*, R.S.N. 1990, c. F-2, s. 35(c), as am. by S.N. 2000, c. 29, s. 1; *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, c. 12, s. 29(1)(b); *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, s. 2, as am. by S.N.S. 2000, c. 29, s. 3; *Family Property*

Les mesures prises témoignent de la reconnaissance d’une atteinte historique à la dignité de ces personnes. En tentant de remédier à cette situation injuste, on veut signaler qu’on est conscient de la situation ainsi que de la nécessité d’y mettre fin.

Sur le front judiciaire, il a été fait droit à une contestation de dispositions législatives en matière d’assurance excluant de certains avantages les conjoints de fait hétérosexuels : *Miron*, précité. En Alberta, la Cour d’appel a annulé une définition du terme [TRADUCTION] « conjoint » qui limitait le droit à pension alimentaire aux personnes légalement mariées : *Rossu*, précité. Dans l’affaire *Woycenko Estate, Re* (2002), 315 A.R. 291, 2002 ABQB 640, la cour a prononcé l’inconstitutionnalité d’une définition restreinte de [TRADUCTION] « conjoint » dans une loi albertaine sur l’aide aux personnes à charge. Enfin, il a été fait droit à une contestation fondée sur la *Charte* de la définition de [TRADUCTION] « conjoint » dans une ancienne loi de la Saskatchewan en matière de biens matrimoniaux : *C.L.W. c. G.C.W.* (1999), 182 Sask. R. 237 (B.R.).

Sur le front législatif, les provinces et territoires ont maintenant tous des lois qui définissent le terme « conjoint » de façon à imposer à certains conjoints de fait hétérosexuels des obligations alimentaires en faveur du conjoint et des enfants : *Domestic Relations Act*, R.S.A. 2000, ch. D-14, art. 1; *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 1, mod. par S.B.C. 1997, ch. 20, al. 1c); *Loi de 1997 sur les prestations alimentaires familiales*, L.S. 1997, ch. F-6,2, art. 2, mod. par L.S. 2001, ch. 51, par. 5(4); *Loi sur l’obligation alimentaire*, L.R.M. 1987, ch. F20, art. 1 et par. 4(3) et 14(1); *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, par. 1(1) et art. 29, mod. par L.O. 1999, ch. 6, par. 25(1) et (2); *Loi instituant l’union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, ch. 6, art. 27, ajoutant un régime enregistré d’union civile au *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64; *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, par. 112(3), mod. par L.N.-B. 2000, ch. 59, art. 1; *Family Law Act*, R.S.N. 1990, ch. F-2, al. 35c), mod. par S.N. 2000, ch. 29, art. 1; *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, ch. 12, al. 29(1)(b); *Maintenance and Custody Act*,

and *Support Act*, R.S.Y. 1986, c. 63, s. 1, as am. by S.Y. 1998, c. 8, s. 10(1); and, *Family Law Act*, S.N.W.T. 1997, c. 18, s. 1(1).

With respect to marital property, a number of provinces and territories have extended the benefit of the presumption of equal sharing to certain heterosexual unmarried cohabitants. These include: Nova Scotia; Manitoba (*The Common-Law Partners' Property and Related Amendments Act*, S.M. 2002, c. 48 (not yet proclaimed)); Saskatchewan (*The Family Property Act*, S.S. 1997, c. F-6.3); and, Nunavut and the Northwest Territories (*Family Law Act*, S.N.W.T. 1997, c. 18). Quebec enacted legislation in 2002 extending the rights and obligations of marriage to particular registered civil unions. Further, several provincial law reform commissions have called for the reform of their province's legislation. For example, the current recommendation from the Law Reform Commission in Ontario is that the definition of "spouse" in that province's marital property statute be extended to include heterosexual unmarried cohabitants: Ontario Law Reform Commission, *supra*, at p. 31.

The enactment of the *Modernization of Benefits and Obligations Act*, S.C. 2000, c. 12, by the federal government has also virtually eliminated any distinctions in federal legislation that existed between heterosexual married and unmarried cohabitants. It should also be noted that human rights legislation throughout Canada recognizes "marital status" as a ground of discrimination. Finally, there exists a great number of other statutes at the provincial level that include heterosexual unmarried cohabitants within a more expanded definition of "spouse".

The legislative branch has made great strides to ensure that heterosexual unmarried cohabitants are given the respect due them in society. This recognition through the extension of benefits speaks volumes to the injustice previously caused by virtue of exclusions based on marital status. By recognizing

R.S.N.S. 1989, ch. 160, art. 2, mod. par S.N.S. 2000, ch. 29, art. 3; *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 1986, ch. 63, art. 1, mod. par L.Y. 1998, ch. 8, par. 10(1); *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 18, par. 1(1).

En ce qui concerne les biens matrimoniaux, plusieurs provinces et territoires ont étendu l'application de la présomption de partage égal à certains conjoints de fait hétérosexuels, notamment la Nouvelle-Écosse; le Manitoba (*Loi sur les biens des conjoints de fait et modifications connexes*, L.M. 2002, ch. 48 (non en vigueur)); la Saskatchewan (*The Family Property Act*, S.S. 1997, ch. F-6.3); et le Nunavut et les Territoires du Nord-Ouest (*Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 18). Le Québec a adopté en 2002 une loi étendant l'application des droits et obligations du mariage à des unions civiles enregistrées. En outre, plusieurs commissions provinciales de réforme du droit ont recommandé la réforme de la législation de leur province en la matière. Par exemple, la Commission de réforme du droit de l'Ontario recommande actuellement l'élargissement de la définition du terme « conjoint » dans la loi provinciale sur les régimes matrimoniaux pour y inclure les conjoints de fait hétérosexuels : Commission de réforme du droit de l'Ontario, *op. cit.*, p. 31.

L'adoption par le gouvernement fédéral de la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, ch. 12, a aussi pratiquement éliminé toute distinction qui existait dans les lois fédérales entre les cohabitants hétérosexuels mariés et non mariés. Il faut aussi souligner que les lois en matière de droits de la personne au Canada reconnaissent « l'état matrimonial » comme motif de discrimination. Enfin, beaucoup d'autres lois provinciales comportent une définition plus large de « conjoint » ou « spouse » qui inclut les cohabitants hétérosexuels.

Le législateur a fait d'énormes efforts pour s'assurer que les conjoints de fait hétérosexuels reçoivent le respect qui leur est dû dans la société. Cette reconnaissance par l'élargissement du droit aux avantages en dit long sur l'injustice que causaient auparavant les exclusions fondées sur l'état

161

162

163

the injustice of denying equal benefits to functional equals, legislatures confirm the injustice of maintaining similar distinctions in granting marital property rights. The deliberate choice to extend many benefits falling short of extending marital property ones exacerbates the feeling that the needs of heterosexual unmarried cohabitants are being ignored. The message is that, with respect to dividing assets and ensuring the orderly dissolution of the relationship, heterosexual unmarried cohabitants do not have similar needs as their married counterparts. Such a message simply demeans the dignity of the claimant and her fellow unmarried cohabitants.

(h) *Inadequacy of Current Equitable Remedies*

164

No analysis of the effects of the underinclusive *MPA* on the claimant's dignity would be complete without some reference to the existing remedies available to heterosexual unmarried cohabitants. I accept that the failure to acknowledge these people in the *MPA* may not violate their dignity or self-worth if adequate alternatives are available. One must presume that the legislature is aware of these legal alternatives in choosing not to extend the presumption of equality under the *MPA*. They may be of the view that heterosexual unmarried cohabitants are already sufficiently protected by the common law and equity, rendering legislative intervention unnecessary.

165

The Supreme Court has made many strides since *Murdoch* to recognize the presence of unjust enrichment in situations involving the dissolution of non-marital relationships. The Court has been of great assistance to these litigants by recognizing, for instance, that the provision of domestic chores may constitute the granting of a significant benefit under the first step of unjust enrichment: see *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38. The Court has also made it easy for parties who pass the first step (conferral of benefit) to prove that there has been a corresponding deprivation. At page 45 of *Sorochan*, the Court noted that the devotion of one's free labour

matrimonial. En reconnaissant l'injustice de priver d'avantages égaux des personnes fonctionnellement égales, les législatures viennent confirmer qu'il est injuste de maintenir des distinctions de ce type dans les droits en matière de régimes matrimoniaux. Le choix délibéré d'étendre de nombreux avantages mais sans accorder les mêmes droits en matière de régimes matrimoniaux vient exacerber le sentiment qu'on néglige les besoins des conjoints de fait hétérosexuels. On véhicule le message qu'en matière de partage des biens et de règlement ordonné des affaires à la dissolution de l'union, les conjoints de fait hétérosexuels n'ont pas les mêmes besoins que les conjoints mariés. Ce message porte tout simplement atteinte à la dignité de la demanderesse et des conjoints de fait comme elle.

h) *L'insuffisance des recours actuels en equity*

L'analyse des effets de la portée trop limitative de la *MPA* sur la dignité de la demanderesse ne peut être complète sans l'examen des recours dont peuvent se prévaloir les conjoints de fait hétérosexuels. J'accepte que la non-reconnaissance de cette catégorie de personnes dans la *MPA* peut ne pas porter atteinte à leur dignité ou estime de soi si elles disposent d'autres moyens appropriés de faire valoir leurs droits. Il faut présumer que la législature connaît l'existence de ces autres moyens lorsqu'elle choisit de ne pas étendre la présomption de partage égal en vertu de la *MPA*. Elle peut estimer que les conjoints de fait hétérosexuels reçoivent déjà une protection suffisante en common law et en equity, et que toute intervention législative est inutile.

Depuis l'arrêt *Murdoch*, la Cour suprême a fait de grands pas en vue de reconnaître l'enrichissement sans cause dans des cas de dissolution d'unions de fait. La Cour est venue en aide à ces justiciables en reconnaissant, par exemple, que l'exécution de travaux domestiques pouvait équivaloir à l'octroi d'un avantage important à la première étape menant à l'enrichissement sans cause : voir *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38. La Cour a également facilité la tâche aux parties ayant franchi la première étape (l'octroi d'un avantage), qui doivent prouver l'existence d'un appauvrissement correspondant. À la page 45 de l'arrêt *Sorochan*, la Cour souligne

typical in most relationships can easily be seen as a deprivation. On the third step, the Court has also reduced the claimant's burden by linking the absence of a juristic reason for the enrichment and deprivation to the absence of any obligation on the part of the contributing spouse to perform the work and services carried out during the relationship: *Sorochan, supra*, at p. 46. *Peter, supra*, at p. 1018, even contains the comment that the provision of services by itself creates a presumption that they were provided with the expectation of compensation.

While I fully endorse and applaud this Court's attempts to make the unjust enrichment doctrine more accessible to litigants, I am the first to acknowledge the limitations inherent in seeking out a remedy under this head of obligation. In the first place, the principles relating to the proper remedy to grant are complex and uncertain. For a constructive trust to arise, the claimant must show a direct link between the property and the services rendered: *Peter, supra*, at p. 997. This concept can lead to fairly uncertain results.

For instance it is fairly difficult to establish the quantum of one's trust entitlement. Measuring the value of household services, domestic chores, and other such intangibles, is no easy task. It is also highly unpredictable. Should the claimant benefit from a trust of 10 percent, 25 percent, 50 percent, or more for simply doing regular domestic chores? Are farmers' cohabitants more likely to get a greater share because they perform farm chores in addition to the usual domestic services? Unfortunately, great uncertainty prevails in the answer. Counsel must find it difficult to advise their client regarding what they can expect from an application for a remedy under unjust enrichment. The uncertainty makes negotiated settlements much more difficult to achieve. To have recourse to the courts is prohibitively costly. Overall, these are problems unmarried cohabitants have to face at a very difficult time in their lives. Married persons undergoing divorce are offered a simple alternative: the contribution of both spouses is automatically acknowledged with a 50 percent

qu'il n'y a aucune difficulté à considérer comme un appauvrissement la contribution sans compensation du travail d'un conjoint, caractéristique de la plupart des unions. Pour la troisième étape, la Cour a également réduit le fardeau du demandeur en rattachant l'absence de motif juridique sous-tendant l'enrichissement et l'appauvrissement à l'absence d'obligation, de la part du conjoint qui a contribué, de fournir les services et travaux effectués pendant la durée de l'union : *Sorochan*, précité, p. 46. L'arrêt *Peter*, précité, p. 1018, précise même que la prestation de services crée en soi une présomption qu'ils ont été fournis dans l'attente d'une contrepartie.

Bien que j'appuie entièrement et applaudisse les efforts de la Cour pour rendre la doctrine de l'enrichissement sans cause plus accessible aux justiciables, je suis la première à reconnaître les limites inhérentes des recours fondés sur cette source d'obligation. Tout d'abord, les principes applicables à la détermination de la réparation appropriée sont complexes et incertains. Pour qu'il y ait fiducie par interprétation, le demandeur doit établir l'existence d'un lien direct entre le bien et les services rendus : *Peter*, précité, p. 997. Ce concept peut aboutir à des résultats assez incertains.

Par exemple, il est assez difficile de quantifier l'étendue de la fiducie. Il n'est pas facile de mesurer la valeur des services ménagers, des travaux domestiques et d'autres éléments intangibles de cette nature. Cette valeur est hautement incertaine. Le demandeur devrait-il bénéficier d'une fiducie dans une proportion de 10 p. 100, 25 p. 100, 50 p. 100 ou plus pour s'être simplement acquitté des travaux domestiques? Les conjoints de fait d'agriculteurs sont-ils davantage susceptibles de toucher une part plus importante parce qu'ils effectuent des travaux agricoles en plus des travaux domestiques habituels? Malheureusement, la réponse comporte une large part d'incertitude. Il doit être difficile pour les avocats de conseiller leurs clients sur ce qu'ils peuvent espérer obtenir dans le cadre d'une demande de réparation fondée sur l'enrichissement sans cause. Cette incertitude rend plus difficiles les règlements négociés. Les poursuites en justice sont extrêmement coûteuses. Généralement, ce sont là des problèmes auxquels

166

167

presumed entitlement. It is easier to do the accounting when a strong benchmark such as this is offered. It is not nearly as simple when the quantum is up in the air and left to be established by a court or by the parties after long and costly negotiations. Many of these comments are reiterated by Nova Scotia's Law Reform Commission in their 1997 report advocating for an extension of the presumption to cover heterosexual unmarried cohabitants (p. 21).

les conjoints de fait sont confrontés à une époque particulièrement difficile de leur vie. Les personnes mariées en instance de divorce bénéficient d'une simple solution : la contribution de chacun des conjoints est automatiquement reconnue avec le droit présumé à 50 p. 100 des biens. Les calculs sont facilités par l'existence d'un point de repère solide. Le calcul est loin d'être aussi simple lorsque la part est indéterminée et laissée à l'appréciation du tribunal ou des parties après de longues et coûteuses négociations. La Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Écosse reprend bon nombre de ces commentaires dans son rapport de 1997, dans lequel elle recommande d'étendre la présomption aux conjoints de fait hétérosexuels (p. 21).

168

The situation facing heterosexual unmarried cohabitants today is no different than the one facing married couples in the late 1970s. The same inadequate, costly remedies that led to reform for married couples are now the only remedies available to non-marital cohabitants. By 1980, the Supreme Court of Canada had already awarded one divorced wife a constructive trust in a significant number of her ex-husband's assets: *Rathwell, supra*. Despite the presence of equitable remedies through unjust enrichment and trust law for separated married persons, the predecessor to the *MPA* was enacted. The legislature must have realized at the time that the judge-made remedies insufficiently dealt with the realities faced by divorcing couples. In stipulating a presumption of equal contribution to the marriage, the legislature avoided the difficulties of establishing contribution and the degree of that contribution. If these remedies did not adequately address the concerns of married couples, it follows that the same problems are to be found today for heterosexual unmarried cohabitants.

La situation actuelle des conjoints de fait hétérosexuels n'est pas différente de celle des couples mariés à la fin des années 1970. Les recours inadéquats et coûteux qui ont justifié une réforme à l'égard des couples mariés sont aujourd'hui les seuls recours permis aux conjoints de fait hétérosexuels. En effet, en 1980, la Cour suprême du Canada avait déjà accordé à une épouse divorcée, au moyen d'une fiducie par interprétation, une part importante des biens de son ex-époux : *Rathwell*, précité. Malgré l'existence des recours en equity par l'enrichissement sans cause et le droit des fiducies, pour les conjoints mariés séparés, le législateur a adopté la loi qui a précédé la *MPA*. À l'époque, la législature doit avoir compris que les réparations obtenues devant les tribunaux ne tenaient pas suffisamment compte des réalités vécues par les couples en instance de divorce. En établissant une présomption de contribution égale au mariage, la législature permettait d'éviter les difficultés liées à la preuve et à l'étendue de la contribution. Si ces réparations ne répondaient pas adéquatement aux besoins des couples mariés, il s'ensuit que les mêmes problèmes se posent aujourd'hui pour les couples hétérosexuels non mariés.

169

There is a significant difference between the marital property regime and the remedies currently available under trust law and unjust enrichment doctrines. I hold that it is incorrect to say that the claimant's dignity is not demeaned by offering

Une différence considérable sépare les régimes matrimoniaux des recours disponibles actuellement en vertu du droit des fiducies et de l'enrichissement sans cause. J'estime qu'il est incorrect de dire qu'il n'est pas porté atteinte à la dignité de la

her remedies that are greatly deficient relative to the legislated property regime. Those remedies do not come close to affording heterosexual unmarried cohabitants equal treatment with those who are married.

4. Conclusions Respecting Section 15(1) of the Charter

Heterosexual unmarried cohabitants have historically faced disadvantages through a legal system that fails to acknowledge them as legitimate family forms. This pre-existing disadvantage has abated in recent years but remains exacerbated by the denial of equal treatment in the *MPA*. In failing to account for these people, the *MPA* does not serve a justifiable ameliorative purpose, nor does it provide a remedy in response to the actual needs of unmarried people. Worse, this failure to provide the benefits of the *MPA* constitutes a failure to provide a fundamental benefit at a time when it is most needed. In doing so, the legislature draws a distinction based on a status wholly unrelated to the actual needs of people whose relationships of interdependence have come to an end and who, as a result, require redistribution of economic resources through property equalization and support. These needs exist whenever any relationship of dependency breaks apart: the need is not tied to marriage itself but to the interdependence created through long-term relationships. In short, the *MPA* fails to recognize the contributions made by non-married persons to their relationships. This refusal to acknowledge their contribution sends the message that, by virtue of their marital status alone, their relationship is less worthy of respect, recognition and value.

Members of this group feel the loss of dignity by this lack of acknowledgment. Moreover, their dignity is further attacked by claims that the *MPA* is designed to give effect to the intentions of married and unmarried persons at the outset of their relationships. Such claims ignore the express purpose of the *MPA* to remedy ills associated with the termination of these relationships. The right to a presumption of equal contribution, after all, only arises when the

demanderesse quand on lui offre des réparations grandement insuffisantes par rapport au régime légal des biens. Ces réparations sont loin d'accorder aux conjoints de fait hétérosexuels un traitement égal à celui des conjoints mariés.

4. Conclusions relatives au par. 15(1) de la Charte

Les conjoints de fait hétérosexuels ont traditionnellement été désavantagés dans un système juridique qui n'a pas su les reconnaître parmi les types de famille légitimes. Ce désavantage préexistant s'est atténué au cours des dernières années, mais demeure exacerbé par le déni du droit à l'égalité de traitement dans la *MPA*. En n'incluant pas ces personnes, la *MPA* ne sert pas un objet d'amélioration justifiable et ne met en place aucune mesure réparatrice répondant aux véritables besoins des conjoints de fait. Pis encore, le défaut de conférer les avantages de la *MPA* équivaut à un défaut de conférer un avantage fondamental à un moment où le besoin se fait le plus sentir. La législature établit ainsi une distinction fondée sur un état qui n'a rien à voir avec les besoins véritables de personnes dont la relation d'interdépendance a pris fin et qui doivent, de ce fait, procéder à une nouvelle répartition des ressources économiques par l'égalisation des biens et les obligations alimentaires. Ces besoins naissent à la rupture de la relation de dépendance : le besoin n'est pas lié au mariage même, mais à l'interdépendance créée dans une relation à long terme. Bref, la *MPA* refuse de reconnaître les contributions apportées par les conjoints de fait à leur union. La non-reconnaissance de leurs contributions véhicule le message que, en raison uniquement de leur état matrimonial, leurs relations sont moins dignes d'être respectées, reconnues et valorisées.

Les membres de ce groupe ressentent une perte de dignité dans cette non-reconnaissance. Qui plus est, les allégations que la *MPA* est conçue pour donner effet aux intentions des personnes mariées et non mariées au début de leur relation sont une autre atteinte à leur dignité. Ces allégations négligent l'objet explicite de la *MPA*, qui est de remédier aux difficultés rattachées à la rupture de ces relations. Après tout, le droit à la présomption de contribution

170

171

relationship comes to an end. Initial intentions are, therefore, of little consequence. In fact, few people realistically believe that any significant number of human beings enter into relationships of love, affection, and companionship in order to produce a particular legal outcome. If anything, some people are unaware or positively mistaken about their legal rights as married or unmarried cohabitants. Worse still, many heterosexual unmarried cohabitants cohabit not out of choice but out of necessity. For many, choice is denied them by virtue of the wishes of the other partner. To deny them a remedy because the other partner chose to avoid certain consequences creates a situation of exploitation. It certainly does not enhance the dignity of those who could not “choose” to cohabit.

172 Recognition of the value of unmarried cohabitation by courts and by legislatures also bolsters the view that historic non-recognition was unjust. Attempts to remedy this injustice confirm the existence of the injustice in not providing a remedy. Finally, it cannot be said that the *MPA* survives s. 15(1) scrutiny because of the availability of alternative remedies. These remedies are inadequate relative to those accorded spouses under the *MPA*. They were not good enough for married people in 1980. That has not changed for their unmarried counterparts. I conclude that the purposes of s. 15(1) are not furthered by the unamended *MPA*. As such, the claimant has successfully shown a violation of her dignity.

173 Given my conclusions on the first three steps, it follows that the *MPA* violates s. 15(1) of the *Charter* and is, therefore, *prima facie* unconstitutional.

*C. Is the Legislation Saved by Section 1 of the Charter?*

174 Having found a violation of s. 15(1) of the *Charter*, it remains to be considered whether the *MPA* is saved by virtue of the application of s. 1. I conclude that the s. 1 justification test fails on the first step of the analysis (pressing and substantial objective). It also fails the first aspects of the second step of the analysis (the proportionality analysis). There is no rational connection between the

égale ne naît qu’à la rupture de la relation. Les intentions initiales ont donc peu d’importance. En fait, rares sont ceux qui croient de façon réaliste qu’un grand nombre d’êtres humains s’unissent dans l’amour, l’affection et la compagnie afin de produire un résultat juridique précis. La réalité est que certains ne connaissent pas leurs droits comme couples mariés ou non mariés, ou s’en font une conception entièrement fautive. Pis encore, de nombreux conjoints de fait hétérosexuels cohabitent non par choix, mais par nécessité. Pour beaucoup, les désirs de leur conjoint les privent de ce choix. Refuser à ces personnes une réparation parce que l’autre conjoint a choisi d’éviter certaines conséquences crée une situation d’exploitation, et n’a certainement pas pour effet de promouvoir la dignité des personnes qui ne pouvaient « choisir » de cohabiter.

La reconnaissance par les tribunaux et les législatures de la valeur de l’union de fait renforce également l’idée que la non-reconnaissance historique de ce phénomène était injuste. Les efforts visant à remédier à une injustice confirment la présence de l’injustice. Enfin, on ne peut soutenir que la *MPA* résiste à un examen fondé sur le par. 15(1) parce qu’il existe d’autres recours. Ces recours sont inadéquats par rapport à ceux que la *MPA* confère aux époux. D’ailleurs, ils n’étaient pas satisfaisants en 1980 pour les conjoints mariés. Cela est toujours vrai pour les conjoints de fait. Je conclus que la version non modifiée de la *MPA* ne sert pas à promouvoir les fins du par. 15(1). La demanderesse a donc réussi à démontrer qu’il y a atteinte à sa dignité.

Vu mes conclusions sur les trois premières étapes, la *MPA* contrevient au par. 15(1) de la *Charte* et est donc, à première vue, inconstitutionnelle.

*C. La loi est-elle validée par l’article premier de la Charte?*

Après avoir conclu à une violation du par. 15(1) de la *Charte*, il reste à déterminer si la *MPA* est validée par l’application de l’article premier. Je conclus que la justification sous le régime de l’article premier échoue à la première étape de l’analyse (objectif urgent et réel). Elle échoue également quant aux premiers aspects de la deuxième étape (l’analyse de la proportionnalité). Il n’existe aucun lien rationnel

exclusion of heterosexual unmarried cohabitants and the legitimate purposes of the *MPA*. There is no need to consider the second and third aspects of the proportionality analysis.

### 1. General Principles

The question of whether the *MPA* constitutes a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society can only be answered by reference to the principles first set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and since interpreted by this Court on countless occasions, the most recent in the context of a s. 15(1) challenge being *M. v. H.*, *supra*, and *Lavoie*, *supra*.

Two broad inquiries are involved. First, the goal of the legislation is ascertained to determine if it relates to concerns “which are pressing and substantial in a free and democratic society”: *Oakes*, *supra*, at pp. 138-39. It is only these objectives that are of sufficient importance to justify a breach of the *Charter*. The second stage amounts to a proportionality analysis which balances the interests of society with those of groups and individuals. The proportionality stage is divided into three inquiries or branches. First, is the *MPA* rationally connected to this objective? Secondly, does the *MPA* impair the right no more than is reasonably necessary to accomplish this objective? Finally, a balancing is conducted between the effect of the discrimination and the benefit achieved by it to determine if they are proportionate. A negative answer to any of these inquiries resolves the matter in favour of the claimant and against the government.

The burden under s. 1 is an onerous one. It is best captured in this passage from *Lavoie*, *supra*, at para. 6:

This brings us to s. 1 of the *Charter* and the question of whether the discrimination this law effects is justified in a free and democratic society. In conducting the s. 1 analysis, “it must be remembered that it is the right to substantive equality and the accompanying violation of human dignity that has been infringed when a violation of s. 15(1) has been found” (*Corbiere*, *supra*, per L'Heureux-Dubé J., at para. 98 (emphasis deleted)). Indeed, “cases will be rare where it is found reasonable in

entre l'exclusion des conjoints de fait hétérosexuels et les objets légitimes de la *MPA*. Il n'est pas nécessaire d'examiner les deuxième et troisième aspects de l'analyse de la proportionnalité.

### 1. Principes généraux

On ne peut déterminer si la *MPA* constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique qu'en se rapportant aux principes initialement formulés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et interprétés depuis à d'innombrables reprises par la Cour, plus récemment dans le contexte du par. 15(1) avec les arrêts *M. c. H.* et *Lavoie*, précités.

Il faut se poser deux grandes questions. Tout d'abord, il faut examiner l'objectif de la loi pour décider s'il se rapporte à des préoccupations « urgentes et réelles dans une société libre et démocratique » : *Oakes*, précité, p. 139. Seuls ces objectifs suffisamment importants peuvent justifier une violation de la *Charte*. Il faut ensuite procéder à une analyse de la proportionnalité pour soupeser les intérêts de la société par rapport à ceux des personnes et des groupes. Cette analyse comporte trois volets. Premièrement, existe-t-il un lien rationnel entre la *MPA* et cet objectif? Deuxièmement, l'atteinte au droit dans la *MPA* reste-t-elle dans les limites de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre cet objectif? Enfin, il faut soupeser l'effet de la discrimination et l'avantage réalisé pour déterminer s'ils sont proportionnés. Une réponse négative à l'une de ces questions résout le litige en faveur du demandeur et contre le gouvernement.

La tâche à accomplir en vertu de l'article premier est « lourde ». Cet extrait tiré de l'arrêt *Lavoie*, précité, par. 6, la décrit le mieux :

Nous devons maintenant examiner l'article premier de la *Charte* et décider si l'effet discriminatoire de la loi est justifié dans une société libre et démocratique. Dans cette analyse, « il faut se rappeler que, lorsqu'un tribunal conclut à la violation du par. 15(1) et à la violation de la dignité humaine qui s'ensuit, c'est au droit à l'égalité réelle qu'il a été porté atteinte » (*Corbiere*, précité, le juge L'Heureux-Dubé, par. 98 (soulignement omis)). En vérité, « rares seront les cas dans lesquels

175

176

177

a free and democratic society to discriminate” (see *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609, per L’Heureux-Dubé J., at para. 95 (citing *Andrews, supra, per Wilson J.*, at p. 154)). Discrimination on the basis of non-citizenship will attract close scrutiny. To quote La Forest J. in *Andrews, supra*, at p. 201:

If we allow people to come to live in Canada, (we) cannot see why they should be treated differently from anyone else. Section 15 speaks of every individual. There will be exceptions no doubt, but these require the rigorous justification provided by s. 1.

The majority of this Court in *Andrews* held that the burden of justification in cases such as this is “onerous”.

178 In the present case, the onus fell on the appellant to justify the *Charter* violation. In its attempt to discharge the onus, the appellant presented this Court with no proof on the record as to the legislative intent surrounding the enactment of the *MPA* and its predecessor. While I would have preferred evidence on this matter, I nevertheless will deal with the appellant’s attempt to discharge its onus.

## 2. Pressing and Substantial Objective

179 In *Vriend, supra*, at para. 109, Iacobucci J. states that, where a law has been found to violate the *Charter* due to underinclusion, the purpose is to be gleaned by a consideration of the legislation as a whole, the provision under scrutiny, and the omission itself.

180 With respect to the *MPA*, its overall purpose can easily be gauged by reference to the preamble set out earlier in these reasons. The general purpose appears to be to strengthen the family by providing for a needed redistribution of wealth at the termination of marriage. This redistribution, according to the preamble, is facilitated by acknowledging the contribution made by both spouses to the marriage. The appellant in its factum writes, at para. 89, that the objective of the *MPA* is “the protection of individuals from the harmful economic effects following the breakdown of the marriage”. I agree with this characterization of the objective especially in light of the explicit wording of the preamble. The analysis is not complete, however,

il sera raisonnable de discriminer dans une société libre et démocratique » (voir *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, le juge L’Heureux-Dubé, par. 95 (citant *Andrews*, le juge Wilson, p. 154)). La discrimination fondée sur la non-citoyenneté doit faire l’objet d’un examen minutieux. Pour citer le juge La Forest dans *Andrews*, p. 201 :

Si nous permettons à des gens de venir s’installer au Canada, je ne vois pas pourquoi on devrait les traiter différemment des autres. L’article 15 parle de « tous ». Bien sûr, il y aura des exceptions, mais celles-ci seront soumises à la justification rigoureuse prescrite par l’article premier.

Dans *Andrews*, la majorité conclut que la responsabilité de justifier une mesure discriminatoire dans ce type de cas est « lourde ».

En l’espèce, il incombait à l’appelant de justifier la violation de la *Charte*. Ce faisant, l’appelant n’a présenté aucune preuve à la Cour quant à l’intention du législateur lors de l’adoption de la *MPA* et de la loi qui l’a précédée. J’aurais préféré disposer d’une preuve sur ce point, mais j’examinerai néanmoins les arguments avancés par l’appelant.

## 2. Objectif urgent et réel

Dans l’arrêt *Vriend*, précité, par. 109, le juge Iacobucci affirme que, lorsqu’une loi est jugée contraire à la *Charte* en raison de sa portée trop limitative, il faut en dégager l’objet en examinant l’ensemble de la loi, les dispositions contestées et l’omission elle-même.

En ce qui concerne la *MPA*, on peut facilement apprécier son objectif global en se référant au préambule cité plus haut. La loi semble viser dans l’ensemble le renforcement de la famille au moyen d’une nouvelle répartition nécessaire des biens à la rupture du mariage. Selon le préambule, la reconnaissance de la contribution apportée au mariage par chaque conjoint facilite cette nouvelle répartition. Dans son mémoire, l’appelant écrit au par. 89 que l’objectif de la *MPA* consiste en [TRADUCTION] « la protection des personnes contre les effets économiques préjudiciables découlant de la rupture du mariage ». Je souscris à cette définition de l’objectif au vu, particulièrement, du libellé explicite du préambule. Cependant, l’analyse ne serait pas

without a review of the provision defining the word “spouse”.

When the provision in question and the omission are added into the mix, the objective becomes a little less clear. It is argued that, considering the legislation as a whole as well as the definition of “spouse” with its inherent omission, the *MPA*’s purpose is the promotion of marriage through the creation of a simple regime available on its dissolution. In light of this Court’s decision in *Miron*, the objective of promoting marriage over other, functionally equal forms of intimate relationships like heterosexual unmarried cohabitation is not permissible. It is a discriminatory objective. As Dickson J. states in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 331: “both purpose and effect are relevant in determining constitutionality”. I therefore agree with the finding of the Court of Appeal in the case at bar that the appellant is not entitled to rely on an objective that supports the institution of marriage over non-marital cohabitation relationships.

Looking at the omission of heterosexual unmarried cohabitants specifically, I do not see what pressing and substantial objective such exclusion pursues. I have already dealt with the reasons put forward by the appellant for this exclusion. I found them to be unconvincing. There was no contractual or choice basis for drawing the distinction between the two groups in question. Further, there was no major difference between the two relationships relative to the consequences felt by both on dissolution. There does not therefore appear to be a pressing and substantial objective to the omission of heterosexual unmarried cohabitants. Taken as a whole, the appellant’s characterization of the objective is incomplete. The true objective of the *MPA*, to use the appellant’s words and my own, is “the protection of [married] individuals from the harmful economic effects following the breakdown of the marriage [to the exclusion of all non-married cohabitants]”. As a whole, this is not a constitutional objective.

As a result of the foregoing analysis, I conclude that the appellant has not met the onus under s. 1 to

complète sans un examen de la disposition définissant [TRADUCTION] « conjoint ».

Lorsqu’on ajoute la disposition en cause et l’omission, l’objectif de la *MPA* devient un peu moins évident. D’une part, on soutient que, compte tenu de la loi dans son ensemble ainsi que de la définition de « conjoint » et de ce qui en est omis, la *MPA* vise à promouvoir le mariage par la mise en place d’un régime simple applicable à la dissolution du mariage. En raison de l’arrêt *Miron*, un objectif qui consiste à promouvoir le mariage de préférence à d’autres formes fonctionnellement équivalentes de relations intimes, comme l’union de fait hétérosexuelle, n’est pas acceptable. Il s’agit d’un objectif discriminatoire. Comme le juge Dickson l’affirme dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 331 : « l’objet et l’effet d’une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité ». À l’instar de la Cour d’appel en l’espèce, je conclus que l’appelant ne peut invoquer un objectif qui fait la promotion de l’institution du mariage de préférence à la cohabitation de partenaires non mariés.

En ce qui concerne en particulier l’exclusion des conjoints de fait hétérosexuels, je ne vois pas quel objectif urgent et réel la sous-tend. J’ai déjà examiné les motifs invoqués par l’appelant au soutien de cette exclusion. J’estime qu’ils sont peu convaincants. La distinction entre les deux groupes en question ne se fonde ni sur une base contractuelle, ni sur un choix. De plus, aucune différence importante ne sépare les deux types d’union quant aux conséquences découlant d’une rupture. Il ne semble donc pas exister d’objectif urgent et réel justifiant l’exclusion des conjoints de fait hétérosexuels. Dans l’ensemble, l’appelant donne une définition incomplète de l’objectif. Pour compléter ce que dit l’appelant, le véritable objectif de la *MPA* est [TRADUCTION] « la protection des personnes [mariées] contre les effets économiques préjudiciables découlant de la rupture du mariage [à l’exclusion de tous les conjoints de fait] ». Un tel objectif est inconstitutionnel.

Vu l’analyse qui précède, je conclus que l’appelant n’a pas démontré comme il lui incombait de le

181

182

183

demonstrate that the purpose of the *MPA* and provision in question is so substantial as to justify a breach of a constitutional right.

### 3. Proportionality

184

Although it is not strictly necessary for me to continue with the proportionality branch of the *Oakes* test, a full answer to the questions before this Court would not be complete without some comments on this matter. For the purposes of the proportionality analysis, I will assume that the *MPA* serves one of two constitutional objectives. The first objective is the promotion of marriage, one that I have found not to be pressing and substantial in light of the discriminatory nature of the objective. The second, broader objective, is that of ensuring that parties facing the dissolution of any relationship of some interdependence are given full and fair access to an equitable means of resolving their differences through wealth redistribution in the form of marital asset equalization. This broader objective is acknowledged not to be the one pursued by the *MPA*, given the limitation on the definition of “spouse”. I would add to these objectives the goal of reducing the pressures on public welfare. Minimizing the burden on the welfare system has been advocated as one of the purposes of legislation that distributes wealth through support or property division: see Ontario Law Reform Commission, *supra*, at pp. 29-31; and *M. v. H.*, *supra*, at para. 98.

185

At the rational connection stage, one begins by determining whether there is a nexus between the objective and the means chosen to further that objective. The means here include the provision and the omission: *M. v. H.*, *supra*, at para. 108. In this case, the provision and omission are indistinguishable, both being contained in the definition of “spouse” with its inherent exclusion.

186

Taking the broadest possible objective first, that of providing for an equitable means of resolving property disputes on the dissolution of all relationships of some permanence and interdependence, it is quite clear that excluding a whole group that displays the very characteristics of permanence and

faire sous le régime de l’article premier, que l’objectif de la *MPA* et de la disposition en cause est suffisamment réel pour justifier une atteinte à un droit constitutionnel.

### 3. La proportionnalité

Quoique je n’aie pas à proprement parler besoin d’aller plus loin et d’examiner le volet proportionnalité du test de l’arrêt *Oakes*, la réponse aux questions dont la Cour est saisie ne serait pas complète sans quelques commentaires sur ce point. Pour l’analyse de la proportionnalité, je supposerai que la *MPA* vise l’un ou l’autre de deux objectifs constitutionnels. Le premier est la promotion du mariage, objectif que j’ai jugé ne pas être urgent ou réel compte tenu de son caractère discriminatoire. Le deuxième, plus large, est d’assurer que les parties bénéficient, au moment de la dissolution de toute union caractérisée par un lien d’interdépendance, du plein accès à un moyen équitable de règlement des différends par le recours à une nouvelle répartition des biens sous forme d’une péréquation des biens matrimoniaux. On a reconnu que cet objectif plus large n’était pas celui que poursuivait la *MPA*, vu le caractère restrictif de la définition de « conjoint ». Outre ces objectifs, j’ajouterais celui de réduire les charges d’aide sociale. La réduction du fardeau de l’aide sociale a été invoquée comme un des objectifs d’une loi visant la répartition des ressources par le jeu des obligations alimentaires ou du partage des biens : voir Commission de réforme du droit de l’Ontario, *op. cit.*, p. 29-31, et *M. c. H.*, précité, par. 98.

À l’étape du lien rationnel, on détermine d’abord s’il existe un lien entre l’objectif et les moyens choisis pour y parvenir. En l’occurrence, les moyens comprennent la disposition et l’omission : *M. c. H.*, précité, par. 108. En l’espèce, on ne peut distinguer la disposition de l’omission en cause, car les deux sont comprises dans la définition de « conjoint » et son exclusion implicite.

Prenant d’abord l’objectif le plus général possible, l’établissement d’un mécanisme équitable de résolution des litiges en matière de biens applicable à la rupture d’une relation présentant une certaine permanence et interdépendance, il est assez évident que l’exclusion de tout un groupe

interdependence (as well as the same needs on dissolution) is not rationally connected to this objective. In terms of the welfare objective of the *MPA*, this exclusion creates potential situations of poverty for people who have grown dependent on their unmarried partner and find themselves without the means of self-support at the end of the relationship nor with an easy way to access the potential wealth held by the former partner.

Adopting the narrower objective of promoting marriage, I do not see how excluding non-married persons promotes the institution of marriage. If the institution of marriage is promoted by way of a presumption of equal contribution, it makes little difference if that same presumption is accorded to any other group of people. The presumption will still be there for married persons. For them, the vaunted *MPA* benefits are always available no matter who else has access to them. In other words, excluding or including others within the scope of the *MPA* is not a means that can be said to be rationally connected to the objective of promoting marriage. Like Iacobucci J. who, in *M. v. H.*, concluded that the exclusion of same-sex couples from the spousal support regime of Ontario's *Family Law Act* does not further the objective of assisting heterosexual women, I conclude that the exclusion of heterosexual unmarried cohabitants does not assist married cohabitants. The rational connection test fails.

#### 4. Conclusion Respecting Section 1

The appellant has failed to discharge its onus under s. 1. None of the objectives considered are pressing and substantial. Assuming that they are, the means chosen are not proportional to the objectives due to the absence of any connection between the exclusion of unmarried heterosexual cohabitants from the *MPA* and the purported purpose of the statute. There is no need to enter into any of the other steps under the proportionality analysis.

possédant ces caractéristiques de permanence et d'interdépendance (ainsi que les mêmes besoins à la dissolution) ne comporte aucun lien rationnel avec cet objectif. Pour ce qui est de l'objectif touchant à l'aide sociale, l'exclusion crée un risque de pauvreté pour des personnes devenues dépendantes de leur conjoint de fait, et n'ayant plus les moyens de subvenir à leurs besoins à la rupture de la relation ni aucun accès facile aux ressources que peut détenir l'ancien conjoint.

En adoptant l'objectif plus limité de la promotion du mariage, je m'explique mal comment l'exclusion de conjoints de fait contribue à promouvoir l'institution du mariage. Si l'existence d'une présomption de contribution égale renforce l'institution du mariage, le fait d'étendre cette présomption à un autre groupe n'y change rien. Les personnes mariées pourront toujours se prévaloir de la présomption. Elles auront toujours accès aux avantages tant vantés de la *MPA* peu importe qui d'autre y a droit. En d'autres termes, on ne peut dire que l'exclusion ou l'inclusion d'autres personnes de l'application de la *MPA* comporte un lien rationnel avec l'objectif de la promotion du mariage. Comme le juge Iacobucci qui conclut dans *M. c. H.* que l'exclusion des couples de même sexe du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints instauré par la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario ne contribue pas à la réalisation de l'objectif qui consiste à aider les femmes hétérosexuelles, je conclus que l'exclusion des conjoints de fait hétérosexuels ne bénéficie pas aux conjoints mariés. Il n'est pas satisfait au critère du lien rationnel.

#### 4. Conclusion relativement à l'article premier

L'appelant n'a pas réussi à s'acquitter du fardeau qui lui incombait sous le régime de l'article premier. Aucun des objectifs examinés ne sont urgents et réels. Même s'ils l'étaient, les moyens choisis pour les réaliser ne sont pas proportionnels aux objectifs vu l'absence de lien entre l'exclusion de la *MPA* des conjoints de fait hétérosexuels et de l'objet de cette loi. Il n'est pas nécessaire de passer aux autres étapes de l'analyse de la proportionnalité.

187

188

## VI. Conclusion

189

The definition of spouse contained in s. 2(g) of the *Matrimonial Property Act* violates s. 15(1) of the *Charter* in a manner that is not saved by s. 1. Since the *MPA* has been amended and since the parties have settled their dispute as regards the division of property and assets, I do not need to discuss the issue of remedy. Accordingly, this appeal is dismissed with costs throughout. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 2(g) of the *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, discriminate against heterosexual unmarried cohabitants contrary to s. 15(1) of the *Charter*?

Yes.

2. If the answer to question 1 is “yes”, is the discrimination a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

No.

The following are the reasons delivered by

190

GONTHIER J. — I am in agreement with the reasons of Justice Bastarache. However, I wish to add certain comments to emphasize the individual and social importance of the choice to enter into marriage. The right to equality is a comparative right, the scope of which can only be understood with reference to an appropriate comparator group. The purpose of such a comparison is to determine whether the person invoking s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is subject to differential treatment sufficient to constitute a violation of the equality right. A range of factors must be taken into account in determining the appropriate comparator group and comparative factors, including, most notably, the social, political and legal context (*R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1331-32). The respondent Walsh claims that she is a victim of discrimination because she does not benefit from the presumption of equal division of matrimonial property applicable to married couples. In her opinion,

## VI. Conclusion

La définition de « conjoint » à l'al. 2g) de la *Matrimonial Property Act* contrevient au par. 15(1) de la *Charte* d'une manière qui ne peut être justifiée par l'article premier. Puisque la *MPA* a été modifiée et que les parties ont réglé leur différend quant au partage des biens et des actifs, je n'ai pas à examiner la question de la réparation. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. L'alinéa 2g) de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275, traite-t-il de façon discriminatoire, en contravention du par. 15(1) de la *Charte*, les conjoints de fait hétérosexuels?

Oui.

2. Si la réponse à la première question est « oui », ce traitement discriminatoire constitue-t-il, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER — Je souscris aux motifs du juge Bastarache. Toutefois, je tiens à ajouter quelques commentaires pour souligner l'importance, pour les personnes et pour la société, du choix de contracter mariage. Le droit à l'égalité est un droit comparatif dont la portée ne peut être saisie qu'en rapport avec un groupe de comparaison approprié. Le but d'une telle comparaison est de déterminer si la personne qui invoque le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* est soumise à une différence de traitement suffisante pour constituer une atteinte au droit à l'égalité. Pour identifier le groupe de comparaison et les facteurs comparatifs appropriés, il faut tenir compte d'une gamme de facteurs y compris, notamment, le contexte social, politique et juridique (*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1331-1332). L'intimée Walsh prétend être victime de discrimination parce qu'elle ne bénéficie pas de la présomption de partage égal des biens matrimoniaux qui s'applique aux couples mariés. À

the similarities between a common law union and a marriage are such that differential treatment necessarily violates her dignity. In short, she suggests that all benefits and burdens conferred on married couples must equally be accorded to common law couples.

Legislative provisions that attach burdens and advantages to marriage are not discriminatory in and of themselves. Legislatures are entitled to define and promote certain fundamental institutions. The institution of marriage is founded on the consent of the parties. As Bastarache J. expressed, marriage is contractual in nature. It is therefore fitting that certain attributes, rights and obligations, which serve to give marriage its unique character, are not conferred on unmarried couples. Indeed, these are the characteristics that distinguish marriage from other forms of cohabitation.

#### I. Marriage and the Family

Marriage and the family existed long before any legislature decided to regulate them. For centuries they have been central to society, contributing to its social cohesion and fundamental structure (see generally, *The New Encyclopædia Britannica* (15th ed. 1990), vol. 19, at pp. 59-83). As stated by Professor J. Pineau: [TRANSLATION] “[t]he state cannot be unconcerned with marriage, since it provides the necessary stability in a family’s life: ‘according to the true order, the laws relating to marriage should be those which are first determined in every state’, said Plato” (*Mariage, séparation, divorce: L’état du droit au Québec* (1976), at p. 16). Marriage and the family promote the psychological, social and economic well-being of all members of the family unit.

It is within the family that individuals can express their deepest and most intimate feelings. The preamble to the *Act Respecting the Conseil de la famille et de l’enfance*, R.S.Q., c. C-56.2, recognizes the family as “the first cultural and social environment in which every individual is born” and, further, states that “the welfare of society is based on the welfare of the family and of the individuals composing it” (emphasis added). Marriage, a

son avis, les similitudes qui existent entre l’union de fait et le mariage sont telles que la différence de traitement porte nécessairement atteinte à sa dignité. En bref, elle soutient que tous les avantages et toutes les obligations applicables aux conjoints mariés doivent être également applicables aux conjoints de fait.

Les textes législatifs qui rattachent des obligations et des avantages au mariage ne sont pas discriminatoires en soi. Le législateur a le droit de définir et de favoriser certaines institutions fondamentales. L’institution du mariage repose sur le consentement des parties. Comme le fait remarquer le juge Bastarache, le mariage est de nature contractuelle. Il est donc normal que certains attributs, droits et obligations qui donnent au mariage son caractère spécifique, ne soient pas conférés aux couples non mariés. En effet, il s’agit des caractéristiques qui distinguent le mariage des autres formes de cohabitation.

#### I. Le mariage et la famille

Le mariage et la famille existent depuis bien avant qu’un législateur quelconque décide de les réglementer. Depuis des siècles, ils jouent un rôle primordial dans la société en contribuant à sa cohésion et à sa structure fondamentale (voir, de manière générale, *The New Encyclopædia Britannica* (15<sup>e</sup> éd. 1990), vol. 19, p. 59-83). Selon le professeur J. Pineau, « [l]’État ne peut pas se désintéresser du mariage, car celui-ci assure la stabilité nécessaire à la vie d’une famille : ‘Pour qu’une république soit bien ordonnée, les principales lois doivent être celles qui règlent le mariage’, disait Platon » (*Mariage, séparation, divorce: L’état du droit au Québec* (1976), p. 16). Le mariage et la famille favorisent le bien-être psychologique, social et économique de tous les membres de l’unité familiale.

C’est au sein de la famille que les personnes peuvent exprimer leurs sentiments les plus profonds et les plus intimes. Le préambule de la *Loi sur le Conseil de la famille et de l’enfance*, L.R.Q., ch. C-56.2, reconnaît la famille comme le « premier milieu de vie, d’apprentissage et de socialisation » et affirme également que « le bien-être de la famille et des individus qui la composent est la base du bien-être de la société » (je souligne). Le

191

192

193

commitment that is entered into on the basis that it is permanent and irrevocable, gives structure to the family, providing it with the stability best suited to the education and rearing of children. Indeed, the concepts of marriage and the family are intimately intertwined. Article 16 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), illustrates the link between these institutions, as well as their central importance to our society:

*Article 16*

1. 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.

2. Marriage shall be entered into only with the free and full consent of the intending spouses.

3. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State. [Emphasis added.]

Similarly, in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 848, this Court made the following comments:

Marriage and the family are a superb environment for raising and nurturing the young of our society by providing the initial environment for the development of social skills. These institutions also provide a means to pass on the values that we deem to be central to our sense of community.

194

The fundamental nature of marriage inheres in, among other things, its central role in human procreation, and its ability to offer both children and parents a framework for the development of values within the family. Living together as a family and rearing children in this context is foundational to our society. Marriage and family life are not inventions of the legislature; rather, the legislature is merely recognizing their social importance.

195

The modern state regulates marriage through numerous legislative measures and, thereby, recognizes the importance of this institution. As La Forest J. stated in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 21: “marriage has from time

mariage, un engagement qui est conclu sur la base de son caractère permanent et irrévocable, donne une structure à la famille et lui procure la stabilité qui convient le mieux à l’éducation des enfants. En fait, les concepts de mariage et de famille sont étroitement liés. L’article 16 de la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948), illustre le lien qui existe entre ces institutions ainsi que le rôle primordial qu’elles jouent dans notre société :

*Article 16*

1. 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 fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.

2. Le mariage ne peut être conclu qu’avec le libre et plein consentement des futurs époux.

3. La famille est l’élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l’État. [Je souligne.]

De même, dans *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 848, la Cour fait les remarques suivantes :

Le mariage et la famille constituent un magnifique environnement pour élever et éduquer les jeunes de notre société en leur fournissant le premier milieu de développement des capacités d’interaction sociale. Ces institutions constituent, en outre, le moyen de transmettre les valeurs que nous jugeons essentielles à notre sens de la collectivité.

L’importance fondamentale du mariage réside, entre autres, dans son rôle primordial dans la procréation humaine et dans sa capacité d’offrir aux enfants et aux parents un cadre favorable pour le développement des valeurs au sein de la famille. La vie familiale et l’éducation des enfants dans ce contexte sont fondamentales dans notre société. Le mariage et la vie familiale ne sont pas des inventions du législateur; le législateur ne fait que reconnaître leur importance sociale.

L’État moderne régleme le mariage par de nombreuses mesures législatives et reconnaît ainsi l’importance de cette institution. Comme l’affirme le juge La Forest dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 21 : « le mariage est depuis des

immemorial been firmly grounded in our legal tradition, one that is itself a reflection of long-standing philosophical and religious traditions”. The institution of marriage is shaped through legislation, and its role as a fundamental institution is recognized at both the provincial and national levels. In recognition of the importance of the social act of marriage, the Fathers of Confederation saw fit to divide powers in this area between the provincial and federal governments. Section 91(26) of the *Constitution Act, 1867* gives Parliament jurisdiction over marriage and divorce. Under this head of power, it recently enacted the *Modernization of Benefits and Obligations Act*, S.C. 2000, c. 12. Section 1.1 of this statute states that the amendments made by the new Act “do not affect the meaning of the word ‘marriage’, that is, the lawful union of one man and one woman to the exclusion of all others”. In Quebec, s. 5 of the *Federal Law — Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4, serves to define the institution of marriage by providing that “[m]arriage requires the free and enlightened consent of a man and a woman to be the spouse of the other” (emphasis added).

Section 92(12) of the *Constitution Act, 1867* provides that jurisdiction over “[t]he Solemnization of Marriage in the Province” belongs to the provinces. Thus, for instance, art. 365 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, states that “[m]arriage shall be contracted openly, in the presence of two witnesses, before a competent officiant” (emphasis added). Furthermore, common law definitions of marriage support the view that it is a lawful and voluntary union of one man and one woman to the exclusion of all others (see: *Hyde v. Hyde* (1866), L.R. 1 P. & D. 130, per Lord Penzance; *Layland v. Ontario (Minister of Consumer & Commercial Relations)* (1993), 14 O.R. (3d) 658 (Div. Ct.)). The Constitution clearly empowers the legislature to determine, in formulating social policy, the rights and obligations of married couples and to decide whether it will confer some or all of these rights and obligations on unmarried couples.

temps immémoriaux fermement enraciné dans notre tradition juridique, qui elle-même est le reflet de traditions philosophiques et religieuses anciennes ». L’institution du mariage est façonnée par la loi et son rôle comme institution fondamentale est reconnu aux niveaux provincial et national. Reconnaissant l’importance de l’acte social qu’est le mariage, les Pères de la Confédération ont jugé bon de partager les pouvoirs en ce domaine entre les gouvernements fédéral et provinciaux. En vertu du par. 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement a compétence en matière de mariage et de divorce. Sous ce chef de compétence, il a récemment adopté la *Loi sur la modernisation de certains régimes d’avantages et d’obligations*, L.C. 2000, ch. 12. L’article 1.1 de cette loi mentionne que les modifications qu’elle apporte « ne changent pas le sens du terme “mariage”, soit l’union légitime d’un homme et d’une femme à l’exclusion de toute autre personne ». Pour le Québec, l’art. 5 de la *Loi d’harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, sert à définir l’institution du mariage et prévoit que « [l]e mariage requiert le consentement libre et éclairé d’un homme et d’une femme à se prendre mutuellement pour époux » (je souligne).

Le paragraphe 92(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867* précise que la compétence en matière de « célébration du mariage dans la province » appartient aux provinces. Donc, par exemple, l’art. 365 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, prévoit que « [l]e mariage doit être contracté publiquement devant un célébrant compétent et en présence de deux témoins » (je souligne). De plus, les définitions du mariage en common law appuient l’opinion selon laquelle il s’agit de l’union volontaire et légitime d’un homme et d’une femme à l’exclusion de toute autre personne (voir : *Hyde c. Hyde* (1866), L.R. 1 P. & D. 130, lord Penzance; *Layland c. Ontario (Minister of Consumer & Commercial Relations)* (1993), 14 O.R. (3d) 658 (C. div.)). La Constitution habilite clairement la législature à fixer, lorsqu’elle formule une politique sociale, les droits et les obligations des couples mariés et à décider si elle confèrera une partie ou l’ensemble de ces droits et obligations aux couples non mariés.

197

In Nova Scotia, the legislature expressed its intention to promote the family through marriage in the preamble to the *Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, c. 9:

WHEREAS it is desirable to encourage and strengthen the role of the family in society;

AND WHEREAS for that purpose it is necessary to recognize the contribution made to a marriage by each spouse;

AND WHEREAS in support of such recognition it is necessary to provide in law for the orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the termination of a marriage relationship;

AND WHEREAS it is necessary to provide for mutual obligations in family relationships including the responsibility of parents for their children;

AND WHEREAS it is desirable to recognize that child care, household management and financial support are the joint responsibilities of the spouses and that there is a joint contribution by the spouses, financial and otherwise, that entitles each spouse equally to the matrimonial assets; [Emphasis added.]

198

This Act addresses matrimonial assets acquired during the marriage by considering the effect of marriage breakdown on the assets of the spouses. It offers married couples a legal framework within which the division of matrimonial assets will be addressed. The Nova Scotia legislature chose not to extend the application of the *Matrimonial Property Act* to unmarried couples. Although the wording of the Act makes the intention of the legislature very clear, I refer nonetheless to comments made in the final report of the Nova Scotia Commission that studied the issue of division of matrimonial assets:

The *Matrimonial Property Act* was adopted in Nova Scotia in 1980 as part of a general law reform movement in all the common law provinces which attempted to address dissatisfaction with the existing law regarding division of property on the ending of marriage. [Emphasis added.]

(Law Reform Commission of Nova Scotia, *Final Report: Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia* (1997), at p. 5)

En Nouvelle-Écosse, dans le préambule de la *Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, ch. 9, la législature a exprimé son intention de favoriser la famille par l'entremise du mariage :

[TRADUCTION] ATTENDU QU'il est souhaitable d'encourager et de renforcer le rôle de la famille dans la société;

ET QUE pour cette fin, il est nécessaire de reconnaître la contribution apportée au mariage par chaque conjoint;

ET QU'à l'appui d'une telle reconnaissance il est nécessaire de prévoir dans la loi le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints à la rupture d'une relation de mariage;

ET QU'il est nécessaire de prévoir les obligations mutuelles dans les rapports de la famille y compris la responsabilité des parents à l'égard de leurs enfants;

ET QU'il est souhaitable de reconnaître que les conjoints sont solidairement responsables du bien-être de leurs enfants, de la gestion du foyer conjugal et des ressources financières, et que les contributions des conjoints, qu'elles soient financières ou autres, donnent à chacun d'eux une part égale des biens du mariage. [Je souligne.]

Cette loi traite des biens matrimoniaux acquis durant le mariage par la prise en compte de l'incidence de la rupture du mariage sur les biens des époux. Elle offre aux couples mariés un cadre juridique qui permet de régler la question du partage des biens matrimoniaux. La législature de la Nouvelle-Écosse a choisi de ne pas étendre l'application de la *Matrimonial Property Act* aux couples non mariés. Bien que le libellé de la loi traduise d'une façon très claire l'intention de la législature, je cite néanmoins les remarques suivantes du rapport final de la commission qui, en Nouvelle-Écosse, a étudié la question du partage des biens matrimoniaux :

[TRADUCTION] La *Matrimonial Property Act* a été adoptée en Nouvelle-Écosse en 1980 dans le cadre d'un mouvement de réforme globale du droit dans l'ensemble des provinces de common law en vue de répondre aux insuffisances du droit existant concernant le partage des biens à la rupture du mariage. [Je souligne.]

(Law Reform Commission of Nova Scotia, *Final Report : Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia* (1997), p. 5)

## II. Contractual Nature of Marriage

Married status can only be acquired through the expression of a clear, free and personal choice, without which the marriage may be annulled. As I wrote in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at para. 46 :

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:

... 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 commitment is made, nevertheless, 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.

Marriage is an institution in which couples agree to participate by the expression of a formal and public choice. The contractual nature of marriage distinguishes married couples from common law couples who have not expressed their wish to be bound by the obligations of marriage. This is not to deny that many unmarried couples have relationships similar to those of married couples, marked by love and longevity. Clearly, although marriage can offer an environment conducive to the well-being of the family, marriage is not the only way to achieve this end. As my colleague Justice L'Heureux-Dubé states in her reasons, more and more couples are choosing not to marry in Canada, and legislatures have responded to this reality by enacting numerous

## II. La nature contractuelle du mariage

Le statut de personne mariée ne peut être acquis que par l'expression d'un choix clair, libre et personnel, sans lequel le mariage peut être frappé de nullité. Comme je l'affirme dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 46 :

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 :

[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 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 est une institution à laquelle les conjoints adhèrent par l'expression d'un choix officiel et public. C'est la nature contractuelle du mariage qui permet de faire une distinction entre les couples mariés et les conjoints de fait qui, eux, n'ont pas exprimé le désir d'être liés par les obligations du mariage. Cela ne revient pas à nier que de nombreux couples non mariés vivent des relations semblables à celles vécues par les couples mariés, c'est-à-dire des relations caractérisées par l'amour et la durabilité. De toute évidence, si le mariage peut offrir un environnement favorable au bien-être de la famille, il n'est pas la seule manière d'atteindre cet objectif. Comme le dit ma collègue le juge L'Heureux-Dubé dans ses

legislative provisions that seek to promote values traditionally associated with marriage, while also imposing obligations and conferring benefits on unmarried couples. However, the fact that some unmarried couples have relationships similar to married couples does not undermine the central distinguishing feature of the institution of marriage: permanent contractual commitment. Marriage is of a solemn and permanent nature, and couples who have entered into such a contractual commitment constitute a large majority in this country. As Professor Z. Wu demonstrates, the marital relationship is the most stable form of relationship. Almost 90 percent of first marriages last at least 10 years, whereas only 12 percent of common law relationships achieve this duration: *Cohabitation: An Alternative Form of Family Living* (2000), at p. 108. According to Professor Wu (at p. 108):

There is no doubt that cohabiting unions are more vulnerable and less stable than marital unions. Indeed, less than half of all cohabiting unions are expected to last for three years.

201

It is by choice that married couples are subject to the obligations of marriage. When couples undertake such a life project, they commit to respect the consequences and obligations flowing from their choice. The choice to be subject to such obligations and to undertake a life-long commitment underlies and legitimates the system of benefits and obligations attached to marriage generally, and, in particular, those relating to matrimonial assets. To accept the respondent Walsh's argument — thereby extending the presumption of equal division of matrimonial assets to common law couples — would be to intrude into the most personal and intimate of life choices by imposing a system of obligations on people who never consented to such a system. In effect, to presume that common law couples want to be bound by the same obligations as married couples is contrary to their choice to live in a common law relationship without the obligations of marriage.

motifs, de plus en plus de couples au Canada choisissent de ne pas se marier et les législatures ont fait face à cette réalité en adoptant de nombreux textes législatifs qui visent à favoriser les valeurs traditionnellement associées au mariage, tout en imposant aussi des obligations et en conférant des avantages aux couples non mariés. Toutefois, le fait que des couples non mariés vivent des relations semblables à celles de couples mariés n'affecte en rien l'importante caractéristique distinctive de l'institution du mariage, l'engagement contractuel permanent. Le mariage a un caractère solennel et permanent et les conjoints qui ont conclu un tel engagement contractuel sont en forte majorité au Canada. Comme l'explique le professeur Z. Wu, la relation matrimoniale est la forme de relation la plus stable. Près de 90 p. 100 des premiers mariages durent au moins 10 ans alors que seulement 12 p. 100 des unions de fait durent aussi longtemps : *Cohabitation : An Alternative Form of Family Living* (2000), p. 108. Selon le professeur Wu (à la p. 108) :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que les unions de fait sont plus fragiles et moins stables que les mariages. En fait, plus de la moitié de l'ensemble des unions de fait durent moins de trois ans.

C'est par choix que les couples mariés s'assujettissent aux obligations du mariage. Lorsque les époux entreprennent un tel projet de vie, ils s'engagent à respecter les conséquences et les obligations qui découlent de leur choix. Le choix de s'assujettir à ces obligations et de s'engager pour la vie sous-tend et rend légitime le système d'avantages et d'obligations liés au mariage en général et, en particulier, ceux qui sont liés aux biens matrimoniaux. Accepter la prétention de l'intimée Walsh — c'est-à-dire étendre la présomption de partage égal des biens matrimoniaux aux unions de fait — serait une intrusion dans des choix de vie très personnels et très intimes par l'imposition d'un système d'obligations à des personnes qui n'y ont jamais consenti. En réalité, présumer que des conjoints de fait désirent être tenus aux mêmes obligations que des conjoints mariés va à l'encontre du choix qu'ils ont fait de vivre dans une union de fait exempte des obligations du mariage.

The permanent nature of marriage is not altered by the fact that one party can terminate it when the criteria set out in the *Divorce Act* are met. While young married couples hope for a lifetime of love and family unity, circumstances can of course transform the dream into a nightmare. In contemplation of this possibility, Parliament has provided a means for parties to put an end to marriage. However, s. 8(2) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), sets out the conditions to be met in order to obtain a divorce:

8. . . .

(2) Breakdown of a marriage is established only if

(a) the spouses have lived separate and apart for at least one year immediately preceding the determination of the divorce proceeding and were living separate and apart at the commencement of the proceeding; or

(b) the spouse against whom the divorce proceeding is brought has, since celebration of the marriage,

(i) committed adultery, or

(ii) treated the other spouse with physical or mental cruelty of such a kind as to render intolerable the continued cohabitation of the spouses.

Even if the philosophy of the *Divorce Act* has developed in recent years from a system for sanctioning errant spouses to one that recognizes marriage breakdown, divorce is nevertheless a very confined measure, applicable only when specific criteria are met. Marriage is still, in principle, a life-time commitment. The *Divorce Act* provisions simply serve to remedy marriage failure.

It is true that in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 177, I recognized that there is “a growing political recognition that cohabiting opposite-sex couples should be subject to the spousal support regime that applies to married couples because they have come to fill a similar social role”. However, I want to underline the fundamental difference between spousal support, based on the needs of the applicant, and the division of matrimonial assets. While spousal support is based on need and dependency, the division of matrimonial assets distributes assets

Le caractère permanent du mariage n’est en rien altéré par le fait qu’une partie puisse y mettre fin lorsque les conditions énoncées dans la *Loi sur le divorce* sont remplies. Bien que les jeunes couples mariés espèrent un amour et une unité familiale qui dureront toute la vie, les circonstances peuvent évidemment transformer leur rêve en cauchemar. Envisageant cette éventualité, le Parlement a prévu un moyen par lequel les parties peuvent mettre fin au mariage. Toutefois, le par. 8(2) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), énumère les conditions à remplir pour obtenir un divorce :

8. . . .

(2) L’échec du mariage n’est établi que dans les cas suivants :

a) les époux ont vécu séparément pendant au moins un an avant le prononcé de la décision sur l’action en divorce et vivaient séparément à la date d’introduction de l’instance;

b) depuis la célébration du mariage, l’époux contre qui le divorce est demandé a :

(i) soit commis l’adultère

(ii) soit traité l’autre époux avec une cruauté physique ou mentale qui rend intolérable le maintien de la cohabitation.

Même si l’esprit de la *Loi sur le divorce* a évolué ces dernières années d’un système sanctionnant les époux fautifs à un système reconnaissant l’échec du mariage, le divorce demeure néanmoins une mesure bien délimitée qui ne s’applique que lorsque des conditions précises sont remplies. Le mariage est encore, en principe, un engagement pour la vie. La *Loi sur le divorce* sert tout simplement à remédier à l’échec du mariage.

Il est vrai que dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 177, je reconnais « qu’il est de plus en plus admis sur le plan politique que les couples de sexe différent qui cohabitent devraient être assujettis au régime de l’obligation alimentaire entre conjoints applicable aux couples mariés, parce qu’ils remplissent maintenant un rôle social similaire ». Toutefois, je désire souligner la différence fondamentale qui existe entre l’obligation alimentaire, qui est en fonction des besoins du demandeur, et le partage des biens matrimoniaux. Alors que l’obligation

acquired during marriage without regard to need. Section 33(9) of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, demonstrates this distinction. This paragraph indicates, among other things, the factors relevant to determining the quantum of support, for which an equivalent may be found in s. 4 of the *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160:

**33. . . .**

(9) In determining the amount and duration, if any, of support for a spouse, same-sex partner or parent in relation to need, the court shall consider all the circumstances of the parties, including,

- (a) the dependant's and respondent's current assets and means;
- (b) the assets and means that the dependant and respondent are likely to have in the future;
- (c) the dependant's capacity to contribute to his or her own support;
- (d) the respondent's capacity to provide support;
- (e) the dependant's and respondent's age and physical and mental health;
- (f) the dependant's needs, in determining which the court shall have regard to the accustomed standard of living while the parties resided together;
- (g) the measures available for the dependant to become able to provide for his or her own support and the length of time and cost involved to enable the dependant to take those measures;
- (h) any legal obligation of the respondent or dependant to provide support for another person;
- (i) the desirability of the dependant or respondent remaining at home to care for a child;
- (j) a contribution by the dependant to the realization of the respondent's career potential;

This provision demonstrates that a request for support must always be based on the particular needs of the applicant and the respondent and their capacity to provide for themselves and each other.

alimentaire est évaluée en fonction des besoins et du degré de dépendance, le partage des biens matrimoniaux répartit les actifs acquis durant le mariage sans égard aux besoins. Le paragraphe 33(9) de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, illustre cette distinction. Ce paragraphe, qui a son équivalent à l'art. 4 de la *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160, énumère notamment les facteurs pertinents dans la détermination du montant de la pension :

**33. . . .**

(9) Dans le calcul du montant et de la durée des aliments éventuellement dus en fonction des besoins à fournir à un conjoint, à un partenaire de même sexe ou au père ou à la mère, le tribunal tient compte de la situation globale des parties, notamment des points suivants :

- a) les ressources et l'actif actuels de la personne à charge et de l'intimé;
- b) les ressources et l'actif dont disposeront vraisemblablement la personne à charge et l'intimé dans l'avenir;
- c) la capacité de la personne à charge de subvenir à ses propres besoins;
- d) la capacité de l'intimé de fournir des aliments;
- e) l'âge et la santé physique et mentale de la personne à charge et de l'intimé;
- f) les besoins de la personne à charge, compte tenu du niveau de vie habituel lorsque les parties résidaient ensemble;
- g) les mesures à la disposition de la personne à charge pour qu'elle devienne capable de subvenir à ses propres besoins, et le temps et l'argent nécessaires à la prise de ces mesures;
- h) toute autre obligation légale pour l'intimé ou la personne à charge de fournir des aliments à une autre personne;
- i) l'opportunité que la personne à charge ou l'intimé reste à la maison pour prendre soin d'un enfant;
- j) l'apport de la personne à charge à la réalisation du potentiel professionnel de l'intimé;

Cette disposition montre qu'une demande de pension alimentaire est toujours fondée sur les besoins particuliers du demandeur et de l'intimé et sur leur capacité à subvenir à leurs propres besoins et à ceux de l'autre.

The division of matrimonial assets and spousal support have different objectives. One aims to divide assets according to a property regime chosen by the parties, either directly by contract or indirectly by the fact of marriage, while the other seeks to fulfil a social objective: meeting the needs of spouses and their children. This Court also recognized in *M. v. H.*, *supra*, at para. 93, that one of the objectives of spousal support is to alleviate the burden on the public purse by shifting the obligation to provide support for needy persons to those spouses who have the capacity to support them. The support obligation responds to social concerns with respect to situations of dependency that may occur in common law relationships. However, that obligation, unlike the division of matrimonial property, is not of a contractual nature. Entirely different principles underlie the two regimes. To invoke s. 15(1) of the *Charter* to obtain spousal assets without regard to need raises the spectre of forcible taking in disguise, even if, in particular circumstances, equitable principles may justify it.

The fundamental differences between common law and married couples make them inappropriate comparator groups in this respect. As Binnie J. stated in *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28, at para. 46, “while a s. 15 complainant is given considerable scope to identify the appropriate group for comparison, ‘the claimant’s characterization of the comparison may not always be sufficient. It may be that the differential treatment is not between the groups identified by the claimant, but rather between other groups’ (*Law [v. Canada (Minister of Employment and Immigration)]*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 58)”. The situation of couples who have chosen life commitment through marriage is not comparable to that of unmarried couples when one considers the nature of their respective relationships. In the case of married couples, there is a permanent and reciprocal life commitment, to which the legislature has attached, among other things, a presumption of equal division of matrimonial assets, while, in the absence of marriage, this foundational

Le partage des biens matrimoniaux et la pension alimentaire visent des objectifs différents. L’un vise à partager des biens selon un régime matrimonial choisi par les parties, soit directement par contrat, soit indirectement par le fait du mariage, alors que l’autre vise à atteindre un objectif social : répondre aux besoins des époux et de leurs enfants. La Cour reconnaît aussi dans *M. c. H.*, précité, par. 93, qu’un des objectifs de la pension alimentaire est d’alléger le fardeau financier de l’État en faisant peser l’obligation de soutien aux personnes indigentes sur les époux qui sont capables de subvenir à leurs besoins. L’obligation alimentaire répond aux préoccupations sociales relatives aux situations de dépendance qui peuvent exister dans les unions de fait. Toutefois, cette obligation, à la différence du partage des biens matrimoniaux, n’est pas de nature contractuelle. Des principes entièrement différents sous-tendent les deux régimes. Invoquer le par. 15(1) de la *Charte* pour obtenir des biens matrimoniaux, sans égard aux besoins, pourrait évoquer sous une forme déguisée le spectre de l’expropriation, même si, dans des circonstances particulières, les règles de l’équité peuvent parfois le justifier.

Les différences fondamentales entre conjoints de fait et les couples mariés font qu’ils ne constituent pas des groupes de comparaison appropriés sur ce point. Comme le dit le juge Binnie dans *Granovsky c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28, par. 46 : « bien que l’auteur d’une plainte fondée sur l’art. 15 jouisse d’une latitude considérable pour identifier le groupe de comparaison approprié, “il se peut que la qualification de la comparaison par le demandeur ne soit pas suffisante. La différence de traitement peut ne pas s’effectuer entre les groupes cernés par le demandeur, mais plutôt entre d’autres groupes” (*Law [c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)]*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 58) ». La situation des couples qui ont choisi de s’engager pour la vie dans le mariage n’est pas comparable à celle des couples non mariés lorsque l’on considère la nature de leurs relations respectives. Dans le cas des couples mariés, nous sommes en présence d’un engagement permanent et réciproque à l’égard duquel la législature a établi, entre autres choses, une présomption de partage égal des biens matrimoniaux,

quality does not exist. The *Charter* does not require that the legislature treat the two groups identically.

206

For the foregoing reasons and those expressed by Bastarache J., I would answer the constitutional questions as answered by Bastarache J., and I would allow the appeal.

*Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Nova Scotia Department of Justice, Halifax.*

*Solicitor for the respondent Susan Walsh: The Nova Scotia Legal Aid, New Glasgow.*

*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.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Edmonton.*

alors qu'en l'absence de mariage, cette caractéristique fondamentale n'existe pas. La *Charte* n'exige pas que la législature traite les deux groupes de la même manière.

Pour ces motifs et pour ceux exposés par le juge Bastarache, je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon qu'il propose et d'accueillir le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

*Procureur de l'appelant : Le ministère de la Justice de la Nouvelle-Écosse, Halifax.*

*Procureur de l'intimée Susan Walsh : La Nova Scotia Legal Aid, New Glasgow.*

*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.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Le ministère du Procureur général, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice Alberta, Edmonton.*