

**The Attorney General for
Ontario** *Appellant*

v.

M. *Respondent*

and

H. *Respondent*

and

**The Foundation for Equal Families, the
Women’s Legal Education and Action Fund
(LEAF), Equality for Gays and Lesbians
Everywhere (EGALE), the Ontario Human
Rights Commission, the United Church of
Canada, the Evangelical Fellowship of
Canada, the Ontario Council of Sikhs, the
Islamic Society of North America, Focus on
the Family and REAL Women of
Canada** *Intervenants*

INDEXED AS: M. v. H.

File No.: 25838.

1998: March 18; 1999: May 20.

Present: Lamer C.J. and L’Heureux-Dubé, Gonthier,
Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and
Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality
rights — Definition of “spouse” — Family Law Act
extending right to seek support to members of unmar-
ried opposite-sex couples — Whether failure to provide
same rights to members of same-sex couples infringes
right to equality — If so, whether infringement justified
— Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1,
15(1) — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 29.*

*Family law — Spousal support — Definition of
“spouse” — Family Law Act extending right to seek
support to members of unmarried opposite-sex couples*

Le procureur général de l’Ontario *Appelant*

c.

M. *Intimée*

et

H. *Intimée*

et

**La Foundation for Equal Families, le Fonds
d’action et d’éducation juridiques pour les
femmes (FAEJ), Égalité pour les gais et les
lesbiennes (EGALE), la Commission
ontarienne des droits de la personne,
l’Église unie du Canada, l’Evangelical
Fellowship of Canada, l’Ontario Council of
Sikhs, l’Islamic Society of North America,
Focus on the Family et REAL Women of
Canada** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: M. c. H.

N° du greffe: 25838.

1998: 18 mars; 1999: 20 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L’Heureux-
Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major,
Bastarache et Binnie.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à
l’égalité — Définition de «conjoint» — Droit de deman-
der des aliments conféré par la Loi sur le droit de la
famille aux membres des couples de sexe différent non
mariés — L’omission de conférer les mêmes droits aux
membres des couples de même sexe porte-t-il atteinte au
droit à l’égalité? — Dans l’affirmative, l’atteinte est-elle
justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés,
art. 1, 15(1) — Loi sur le droit de la famille, L.R.O.
1990, ch. F.3, art. 29.*

*Droit de la famille — Obligation alimentaire entre
conjoints — Définition de «conjoint» — Droit de
demander des aliments conféré par la Loi sur le droit de*

— *Whether failure to provide same rights to members of same-sex couples infringes right to equality guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 29.*

M. and H. are women who lived together in a same-sex relationship beginning in 1982. During that time they occupied a home which H. had owned since 1974. In 1982, M. and H. started their own advertising business. The business enjoyed immediate success and was the main source of income for the couple during the relationship. H.'s contribution to this company was greater than that of M. In 1983, M. and H. purchased a business property together. In 1986, they purchased as joint tenants a vacation property in the country. They later sold the business property and used the proceeds to finance the construction of a home on the country property. As a result of a dramatic downturn in the advertising business in the late 1980s, the parties' debt increased significantly. H. took a job outside the firm and placed a mortgage on her home to pay for her expenses and those of M. By the fall of 1992, M. and H.'s relationship had deteriorated. M. left the common home and sought an order for partition and sale of the house and other relief. M. later amended her application to include a claim for support pursuant to the provisions of the *Family Law Act* ("FLA"), and served notice of a constitutional question challenging the validity of the definition of "spouse" in s. 29, which includes a person who is actually married and also "either of a man and woman who are not married to each other and have cohabited . . . continuously for a period of not less than three years". Section 1(1) defines "cohabit" as "to live together in a conjugal relationship, whether within or outside marriage". The motions judge held that s. 29 of the *FLA* offends s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that it is not saved by s. 1. She declared that the words "a man and woman" were to be read out of the definition of "spouse" in s. 29 and replaced with the words "two persons". H. appealed the decision and was joined in the appeal by the Attorney General for Ontario. The Court of Appeal upheld the decision, without costs, but suspended implementation of the declaration of invalidity for one year, to give the Ontario legislature time to amend the *FLA*. Neither M. nor H. appealed this decision. Leave to appeal to this Court was ultimately granted to the Attorney General for Ontario on the condition that M.'s costs were to be paid regardless of the outcome. M. was also granted the right to cross-appeal with respect to the Court of

la famille aux membres des couples de sexe différent non mariés — L'omission de conférer les mêmes droits aux membres des couples de même sexe porte-t-il atteinte au droit à l'égalité garanti par la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 29.

M. et H. sont deux femmes qui ont fait vie commune à partir de 1982. Au cours de cette période, elles ont occupé une maison que H. possédait depuis 1974. En 1982, M. et H. ont mis sur pied leur propre agence de publicité. L'entreprise a connu un succès rapide et a été la principale source de revenus du couple au cours de l'union. La contribution de H. à cette entreprise était supérieure à celle de M. En 1983, M. et H. ont acheté ensemble un bien d'entreprise. En 1986, elles ont acquis à titre de copropriétaires une propriété de vacances à la campagne. Elles ont par la suite vendu le bien d'entreprise et ont utilisé le produit de la vente pour financer la construction d'une maison sur la propriété à la campagne. Par suite d'un fléchissement marqué du marché de la publicité à la fin des années 80, les parties se sont considérablement endettées. H. a pris un emploi à l'extérieur de l'entreprise et a hypothéqué sa maison pour payer ses dépenses et celles de M. À l'automne 1992, les rapports entre M. et H. s'étaient détériorés. M. a quitté la maison du couple et a sollicité une ordonnance de partage et de vente de la maison ainsi que d'autres mesures de réparation. M. a par la suite modifié sa demande pour y inclure une demande d'aliments conformément aux dispositions de la *Loi sur le droit de la famille* («LDF»), et elle a signifié un avis de question constitutionnelle contestant la validité de la définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29, qui vise la personne qui est effectivement mariée, de même que «l'homme et la femme qui ne sont pas mariés ensemble et qui ont cohabité, selon le cas [. . .] de façon continue depuis au moins trois ans». Aux termes du par. 1(1), le mot «cohabiter» s'entend du fait de «[v]ivre ensemble dans une union conjugale, qu'il y ait eu mariage ou non». Le juge des requêtes a statué que l'art. 29 de la *LDF* violait le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et n'était pas sauvegardé par l'article premier. Elle a déclaré que les mots «l'homme et la femme» devaient être retranchés de la définition du terme «conjoint» à l'art. 29 de la *LDF* et remplacés par les mots «deux personnes». H. a interjeté appel de ce jugement et le procureur général de l'Ontario s'est joint à elle. La Cour d'appel a confirmé la décision sans adjuger de dépens, mais a suspendu l'application de la déclaration d'invalidité pour une période d'un an afin de donner au législateur ontarien le temps de modifier la *LDF*.

Appeal's one-year suspension of the declaration, and its refusal to award costs.

Held (Gonthier J. dissenting on the appeal): The appeal and the cross-appeal should be dismissed, but the remedy should be modified. Section 29 of the *FLA* is declared of no force or effect. The effect of that declaration is temporarily suspended for a period of six months.

1. *Constitutional Issue*

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci and Binnie JJ.: The proper approach to analyzing a claim of discrimination under s. 15(1) of the *Charter*, as set out in *Law*, requires the court to make the following three broad inquiries. First, 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? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage?

The *FLA* draws a distinction by specifically accord- ing rights to individual members of unmarried cohab- iting opposite-sex couples, which by omission it fails to accord to individual members of cohabiting same-sex couples. The legislature drafted s. 29 to allow either a man or a woman to apply for support, thereby recogniz- ing that financial dependence can arise in an intimate relationship in a context entirely unrelated either to child rearing or to any gender-based discrimination existing in our society. The obligation to provide spousal support was extended to include relationships which exist between a man and a woman, have a spe- cific degree of permanence and are conjugal. Since gay

Ni M. ni H. n'a interjeté appel de cet arrêt. L'autorisa- tion de se pourvoir devant notre Cour a finalement été accordée au procureur général de l'Ontario à la condi- tion que les dépens de M. lui soient payés quelle que soit l'issue de la cause. M. a aussi obtenu la permission de former un pourvoi incident quant à la suspension pour un an de la déclaration d'invalidité ordonnée par la Cour d'appel et à son refus d'adjuger des dépens.

Arrêt (le juge Gonthier est dissident quant au pourvoi principal): Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés, mais la réparation est modifiée. L'article 29 de la *LDF* est déclaré inopérant. L'effet de cette déclaration est temporairement suspendu pendant six mois.

1. *La question constitutionnelle*

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci et Binnie: Selon la méthode qu'il convient d'adopter pour analyser une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, telle qu'elle a été établie dans l'arrêt *Law*, le tribunal doit se poser les trois grandes questions qui suivent. Pre- mièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques person- nelles, 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 person- nelles? Si tel est le cas, il y a différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'ob- jet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique?

La *LDF* établit une distinction en accordant expressé- ment à chacun des membres des couples de sexe diffé- rent non mariés qui cohabitent des droits dont elle prive, par omission, chacun des membres des couples de même sexe qui vivent ensemble. Le législateur a rédigé l'art. 29 de manière à permettre à un homme ou à une femme de demander des aliments, reconnaissant ainsi qu'une dépendance financière peut survenir au sein d'une union intime, dans un contexte tout à fait étranger à l'éducation des enfants et à la discrimination fondée sur le sexe pouvant exister dans notre société. L'obliga- tion alimentaire entre conjoints a été étendue aux unions formées par un homme et une femme qui remplissent

and lesbian individuals are capable of being involved in conjugal relationships, and since their relationships are capable of meeting the *FLA*'s temporal requirements, the distinction of relevance to this appeal is between persons in an opposite-sex, conjugal relationship of some permanence and persons in a same-sex, conjugal relationship of some permanence. It is thus apparent that the legislation has drawn a formal distinction between the claimant and others, on the basis of a personal characteristic, namely sexual orientation. Sexual orientation has already been determined to be an analogous ground to those enumerated in s. 15(1) of the *Charter*.

The central question of this appeal is whether the differential treatment imposed by the impugned legislation on an enumerated or analogous ground is discriminatory within the meaning of s. 15(1). This inquiry is to be undertaken in a purposive and contextual manner, focusing on whether the differential treatment imposes a burden upon or withholds a benefit from the claimant in a manner that 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.

Section 29 of the *FLA* creates a distinction that withholds a benefit from the respondent M. The type of benefit salient to the s. 15(1) analysis cannot encompass only the conferral of an economic benefit, but must also include access to a process that could confer an economic or other benefit. Further, the spousal support provisions of the *FLA* help protect the economic interests of individuals in intimate relationships.

This denial of a benefit violates the purpose of s. 15(1). One factor which may demonstrate that legislation that treats the claimant differently has the effect of demeaning the claimant's dignity is the existence of pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability experienced by the individual or group at issue. In this case, there is significant pre-existing disadvantage and vulnerability and these circumstances are exacerbated by the impugned legislation. The legislative provision in question draws a distinction that prevents persons in a same-sex relationship from gaining access

des conditions de durée précises et sont conjugales. Étant donné que les gais et les lesbiennes peuvent former des unions conjugales et que ces unions peuvent remplir les conditions de durée fixées par la *LDF*, la distinction pertinente dans le présent pourvoi est établie entre les personnes formant une union conjugale d'une certaine permanence avec une personne de sexe différent et celles qui forment une union conjugale d'une certaine permanence avec une personne du même sexe. Il est par conséquent manifeste que la loi a établi une distinction formelle entre la demanderesse et d'autres personnes, laquelle est fondée sur une caractéristique personnelle, à savoir l'orientation sexuelle. L'orientation sexuelle a été jugée analogue aux motifs qui sont énumérés au par. 15(1) de la *Charte*.

Le présent pourvoi porte principalement sur la question de savoir si la différence de traitement imposée par la loi contestée sur le fondement d'un motif énuméré ou analogue est discriminatoire au sens du par. 15(1). Cet examen doit être effectué en fonction de l'objet visé et du contexte, et il doit être centré sur la question de savoir si la différence de traitement impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote l'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 moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou en tant que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération.

L'article 29 de la *LDF* crée une distinction qui prive l'intimée M. d'un avantage. 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, mais doit aussi comprendre l'accès à un processus qui pourrait conférer un avantage économique ou autre. En outre, les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* contribuent à protéger les intérêts économiques des personnes qui ont formé une union intime.

Ce refus d'accorder un avantage porte atteinte à l'objet du par. 15(1). L'un des facteurs susceptibles de démontrer que la loi traitant le demandeur différemment a pour effet de porter atteinte à sa dignité est la préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés dont souffre la personne ou le groupe en question. Dans la présente affaire, il y a, dans une large mesure, préexistence d'une vulnérabilité et d'un désavantage, et cette situation est accentuée par la loi contestée. La disposition législative en cause établit une distinction qui empêche les personnes formant une union

to the court-enforced and -protected support system. The denial of that potential benefit, which may impose a financial burden on persons in the position of the claimant, contributes to the general vulnerability experienced by individuals in same-sex relationships. A second relevant factor is that the legislation at issue fails to take into account the claimant's actual situation. Being in a same-sex relationship does not mean that it is an impermanent or a non-conjugal relationship. Third, while the existence of an ameliorative purpose or effect may help to establish that human dignity is not violated where the person or group that is excluded is more advantaged with respect to the circumstances addressed by the legislation, the allegedly ameliorative purpose of this legislation does not do anything to lessen the charge of discrimination in this case. Fourth, the nature of the interest protected by s. 29 of the *FLA* is fundamental. The exclusion of same-sex partners from the benefits of s. 29 promotes the view that M., and individuals in same-sex relationships generally, are less worthy of recognition and protection. It implies that they are judged to be incapable of forming intimate relationships of economic interdependence as compared to opposite-sex couples, without regard to their actual circumstances. Such exclusion perpetuates the disadvantages suffered by individuals in same-sex relationships and contributes to the erasure of their existence.

The first stage of the justification test under s. 1 of the *Charter*, as outlined in *Oakes*, asks whether the legislation limiting a *Charter* right furthers a pressing and substantial objective. Where a law violates the *Charter* owing to underinclusion, this stage is properly concerned with the object of the legislation as a whole, the impugned provisions of the Act, and the omission itself. The purpose of the *FLA* (Parts I to IV) is to provide for the equitable resolution of economic disputes that arise when intimate relationships between individuals who have been financially interdependent break down. This is also one of the objectives of the impugned spousal support provisions in Part III; the other objective is to alleviate the burden on the public purse by shifting the obligation to provide support for needy persons to those parents and spouses who have the capacity to provide support to these individuals. Neither the *FLA* in general, nor Part III in particular, was designed to remedy the disadvantages suffered by women in opposite-sex relationships. Moreover, since the spousal support provisions in Part III are not primarily concerned with the

avec une personne du même sexe d'invoquer le régime de l'obligation alimentaire qui est appliqué et protégé par les tribunaux. Cette négation d'un avantage potentiel, qui est susceptible d'imposer un fardeau financier aux personnes placées dans la situation de la demanderesse, est pour quelque chose dans la vulnérabilité générale dont souffrent les personnes formant une union avec une personne du même sexe. Un deuxième facteur pertinent est que la loi en cause ne tient pas compte de la situation véritable de la demanderesse. Union entre personnes de même sexe n'est pas synonyme d'union non durable ou non conjugale. Troisièmement, même si l'existence d'un objet ou d'un effet d'amélioration peut aider à établir qu'il n'y a pas atteinte à la dignité humaine lorsque la personne ou le groupe qui est exclu est plus favorisé en ce qui concerne la situation visée par la loi, l'objet d'amélioration qu'aurait cette loi n'atténue aucunement l'allégation de discrimination en l'espèce. Quatrièmement, la nature du droit protégé par l'art. 29 de la *LDF* est fondamentale. L'exclusion des partenaires de même sexe du bénéfice de l'art. 29 conduit à penser que M., et en général les personnes formant des unions avec une personne du même sexe, sont moins dignes de reconnaissance et de protection. C'est laisser entendre qu'elles sont jugées incapables de former des unions intimes marquées par l'interdépendance financière par rapport aux couples de sexe différent, indépendamment de leur situation réelle. Une telle exclusion perpétue les désavantages que subissent les personnes formant une union avec une personne du même sexe et contribue à les rendre invisibles.

Comme il a été expliqué dans l'arrêt *Oakes*, la première étape du critère de la justification en vertu de l'article premier de la *Charte* consiste à se demander si la loi qui restreint un droit garanti par la *Charte* favorise la réalisation d'un objectif urgent et réel. Lorsqu'une loi porte atteinte à la *Charte* en raison de sa portée trop limitative, c'est tout à la fois l'objet de la loi considérée dans son ensemble, les dispositions contestées ainsi que l'omission elle-même qu'il y a lieu de prendre en compte à cette étape. La *LDF* (parties I à IV) vise le règlement équitable des différends d'ordre économique survenant à la rupture d'unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes. Il s'agit également de l'un des objectifs des dispositions contestées qui portent sur l'obligation alimentaire entre conjoints et qui figurent à la partie III; l'autre objectif est d'alléger le fardeau financier de l'État en faisant peser l'obligation de fournir des aliments aux personnes indigentes non plus sur l'État mais sur les parents et les conjoints qui sont en mesure de le faire. Ni la *LDF* en général ni la partie III en particulier, n'ont été conçues pour corriger les

protection of children, this is not part of the objective of s. 29 of the *FLA*. Providing for the equitable resolution of economic disputes when intimate relationships between financially interdependent individuals break down, and alleviating the burden on the public purse to provide for dependent spouses, are pressing and substantial objectives. These objectives promote both social justice and the dignity of individuals, which are values that underlie a free and democratic society.

Even if it were accepted that Part III of the *FLA* is meant to address the systemic sexual inequality associated with opposite-sex relationships, the required nexus between this objective and the chosen measures, required by the second stage of the s. 1 analysis, is absent in this case. A gender-neutral support system cannot be rationally connected to the goal of improving the economic circumstances of heterosexual women upon relationship breakdown. In addition, there is no evidence to demonstrate that the exclusion of same-sex couples from the spousal support regime of the *FLA* in any way furthers the objective of assisting heterosexual women. Although there is evidence to suggest that same-sex relationships are not typically characterized by the same economic and other inequalities which affect opposite-sex relationships, this does not explain why the right to apply for support is limited to heterosexuals. The infrequency with which members of same-sex relationships find themselves in circumstances resembling those of many heterosexual women is no different from heterosexual men, who, notwithstanding that they tend to benefit from the gender-based division of labour and inequality of earning power, have as much right to apply for support as their female partners. The protection of children, even if it were accepted as an objective, also fails the rational connection test. It would have to be concluded that the spousal support provisions in Part III of the *FLA* are simultaneously underinclusive and overinclusive. They are overinclusive because members of opposite-sex couples are entitled to apply for spousal support irrespective of whether or not they are parents and regardless of their reproductive capabilities or desires. They are also underinclusive since an increasing percentage of children are being conceived and raised by lesbian and gay couples as a result of adoption, surrogacy and donor insemination. Nor is the exclusion of same-sex couples from s. 29 of the *FLA* rationally connected to the dual objectives of the spousal support provisions of providing for the equitable

désavantages que subissent les femmes ayant formé une union avec une personne de sexe différent. De plus, étant donné que les dispositions de la partie III portant sur l'obligation alimentaire entre conjoints ne visent pas principalement la protection des enfants, il ne s'agit pas d'une partie de l'objectif de l'art. 29 de la *LDF*. Prévoir le règlement équitable des différends d'ordre économique à la rupture d'unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes et alléger le fardeau de l'État quant aux conjoints dépendants sont des objectifs urgents et réels. Ces objectifs favorisent la justice sociale et la dignité des personnes qui sont des valeurs sous-jacentes d'une société libre et démocratique.

Même s'il était accepté que la partie III de la *LDF* vise à corriger l'inégalité systémique des sexes au sein des unions entre personnes de sexe différent, le lien nécessaire entre cet objectif et les mesures choisies, exigé à la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'article premier, est absent en l'espèce. Un régime d'obligation alimentaire ne faisant aucune distinction fondée sur le sexe ne peut pas être rationnellement lié à l'amélioration de la situation économique des femmes hétérosexuelles à la rupture d'une union. En outre, rien ne démontre que l'exclusion des couples de même sexe du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* puisse contribuer de quelque façon que ce soit à la réalisation de l'objectif qui consiste à aider les femmes hétérosexuelles. Bien qu'il y ait des éléments de preuve tendant à démontrer que les unions entre personnes de même sexe ne sont pas d'ordinaire caractérisées par les mêmes inégalités, économiques et autres, que celles qui frappent les unions entre personnes de sexe différent, cela n'explique pas pourquoi le droit de demander des aliments est limité aux hétérosexuels. Le fait que les membres des unions entre personnes de même sexe soient peu souvent placés dans une situation ressemblant à celle de nombreuses femmes hétérosexuelles ne les distingue en rien des hommes hétérosexuels qui, même s'ils profitent généralement de la division du travail fondée sur le sexe et de l'inégalité de la capacité de gain, ont tout autant le droit de demander des aliments que leurs partenaires féminines. Même si elle était acceptée comme étant un objectif, la protection des enfants ne satisferait pas non plus au critère du lien rationnel. Il faudrait conclure que la portée des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF* est à la fois trop limitative et trop large. Leur portée est trop large parce que les membres des couples de sexe différent ont le droit de demander des aliments à leur conjoint, qu'ils aient une progéniture ou non et indépendamment de leur capacité ou désir d'en avoir une. Elles ont également une portée trop limitative

resolution of economic disputes that arise upon the breakdown of financially interdependent relationships and reducing the burden on the public purse. If anything, the goals of the legislation are undermined by the impugned exclusion. The inclusion of same-sex couples in s. 29 of the *FLA* would in fact better achieve the objectives of the legislation while respecting the *Charter* rights of individuals in same-sex relationships.

The appellant's case also fails the minimal impairment branch of the second stage of the *Oakes* test. The argument that the exclusion of same-sex couples from s. 29 of the *FLA* minimally impairs M.'s s. 15 rights since reasonable alternative remedies are available where economic dependence does occur in such relationships cannot be accepted. Compared to awards of spousal support, the remedies available under the equitable doctrine of unjust enrichment are less flexible, impose more onerous requirements on claimants, and are available under far narrower circumstances. They therefore do not provide an adequate alternative to spousal support under the *FLA*. The law of contract is an equally unacceptable alternative to the spousal support scheme under the *FLA*. The voluntary assumption of mutual support obligations is not equivalent to a statutory entitlement to apply for a support order. Moreover, these alternative regimes do not address the fact that exclusion from the statutory scheme has moral and societal implications beyond economic ones. As no group will be disadvantaged by granting members of same-sex couples access to the spousal support scheme under the *FLA*, the notion of deference to legislative choices in the sense of balancing claims of competing groups has no application here. Moreover, government incrementalism cannot constitute a reason to show deference to the legislature in this case.

puisqu'un pourcentage croissant d'enfants sont conçus et élevés par des couples de lesbiennes ou de gais grâce à l'adoption, aux contrats de grossesse et à l'insémination par don de sperme. L'exclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la *LDF* n'est pas non plus rationnellement liée aux deux objectifs des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints, soit la résolution équitable des différends d'ordre économique survenant à la rupture des unions marquées par l'interdépendance financière et la réduction du fardeau financier de l'État. L'exclusion contestée risque plutôt de nuire à la réalisation des buts de la loi. En fait, l'inclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la *LDF* favoriserait davantage la réalisation des objectifs de la loi tout en respectant les droits garantis par la *Charte* aux personnes formant une union avec une personne du même sexe.

L'argumentation de l'appelant ne satisfait pas non plus au volet de l'atteinte minimale, à la deuxième étape du critère établi dans l'arrêt *Oakes*. On ne peut accepter l'argument voulant que l'exclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la *LDF* ne porte atteinte que de façon minimale aux droits garantis à M. par l'art. 15, étant donné que d'autres recours peuvent raisonnablement être exercés en cas de dépendance financière au sein de telles unions. Par rapport aux ordonnances alimentaires à l'égard d'un conjoint, les recours pouvant être exercés en vertu de la doctrine de l'enrichissement sans cause en *equity* sont moins souples, imposent des exigences plus grandes aux demandeurs et ne peuvent être exercés qu'en des circonstances bien plus restreintes. Ils ne constituent donc pas une solution de rechange valable aux dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*. Le droit des contrats est une solution tout aussi inacceptable pour remplacer le régime de l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*. Le fait de s'engager volontairement à se fournir mutuellement des aliments n'équivaut pas à un droit reconnu par la loi de demander une ordonnance alimentaire. De plus, ces régimes de rechange passent sous silence le fait que l'exclusion du régime prévu par la loi a des incidences morales et sociétales qui débordent le cadre économique. Étant donné qu'aucun groupe ne sera défavorisé par l'octroi aux membres des couples de même sexe de l'accès au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF*, la notion de retenue à l'égard des choix du législateur appelé à trouver un point d'équilibre entre des groupes concurrents n'a aucune application en l'espèce. En outre, le gradualisme du gouvernement ne constitue pas en l'espèce une raison de faire preuve de retenue envers le législateur.

The impugned legislation also fails to survive the final branch of the s. 1 analysis. Where, as here, the impugned measures actually undermine the objectives of the legislation it cannot be said that the deleterious effects of the measures are outweighed by the promotion of any laudable legislative goals, or by the salutary effects of those measures.

If the remedy adopted by the court below is allowed to stand, s. 29 of the *FLA* will entitle members of same-sex couples who otherwise qualify under the definition of “spouse” to apply for spousal support. However, any attempt to opt out of this regime by means of a cohabitation agreement provided for in s. 53 or a separation agreement set out in s. 54 would not be recognized under the Act. As this option is available to opposite-sex couples, and protects the ability of couples to choose to order their own affairs in a manner reflecting their own expectations, “reading in” would in effect remedy one constitutional wrong only to create another, and thereby fail to ensure the validity of the legislation. Severing s. 29 of the Act such that it alone is declared of no force or effect is thus the most appropriate remedy here. This remedy should be temporarily suspended for a period of six months.

Per Major J.: The purpose of s. 29 of the *FLA*, as stated by the majority, is to allow persons who become financially dependent on one another in the course of a lengthy “conjugal” relationship some relief from financial hardship resulting from the breakdown of that relationship. The relationship at issue in this case meets those requirements. The exclusion of same-sex couples from the scheme to determine and redress this financial dependence on the basis of their sexual orientation denies them equal benefit of the law contrary to s. 15(1) of the *Charter*. In order to dispose of the appeal it is unnecessary to consider whether other types of long-term relationships may also give rise to dependency and relief. The statute’s categorical exclusion of an individual whose situation falls squarely within its mandate, and who might be entitled to its benefits and protection, denies that person the equal concern and respect to which every Canadian is entitled, and constitutes discrimination. The exclusion at issue undermines the intention of the legislation, which was designed in part to reduce the demands on the public welfare system. By leaving potentially dependent individuals without a means of obtaining support from their former partners, s. 29 burdens the public purse with their care. It is therefore not rationally connected to the valid aims of the

La loi contestée ne franchit pas non plus la dernière étape de l’analyse fondée sur l’article premier. Lorsque, comme en l’espèce, les mesures contestées vont dans les faits à l’encontre des objectifs de la loi, on ne peut affirmer que la promotion de buts législatifs louables ni que les effets bénéfiques de ces mesures l’emportent sur leurs effets préjudiciables.

Si la réparation accordée par la Cour d’appel est maintenue, l’art. 29 de la *LDF* autorisera les membres des couples de même sexe qui satisfont par ailleurs aux exigences de la définition du mot «conjoint» à demander des aliments à leur conjoint. Cependant, la Loi n’admettrait pas la possibilité qu’ils s’excluent du régime au moyen de l’accord de cohabitation prévu à l’art. 53 ou de l’accord de séparation visé à l’art. 54. Comme cette option est ouverte aux couples de sexe différent et qu’elle préserve l’autonomie des couples qui peuvent choisir de régler leurs propres affaires selon leurs propres attentes, «l’interprétation large» corrigerait une incompatibilité inconstitutionnelle en en créant une autre, et n’assurerait donc pas la validité de la loi. La dissociation de l’art. 29 de la Loi, de telle sorte que seul cet article soit déclaré inopérant, est la réparation la plus appropriée en l’espèce. L’application de cette réparation serait suspendue temporairement pendant six mois.

Le juge Major: L’objet de l’art. 29 de la *LDF*, énoncé par les juges majoritaires, est de prévoir au profit des personnes qui deviennent financièrement interdépendantes au cours d’une longue union «conjugale» certains recours afin de faire face aux difficultés financières résultant de la rupture de l’union. L’union en cause en l’espèce satisfait à ces exigences. L’exclusion fondée sur l’orientation sexuelle des couples de même sexe du régime conçu pour corriger cette dépendance les prive du même bénéfice de la loi en violation du par. 15(1) de la *Charte*. Pour trancher le présent pourvoi, il n’est pas nécessaire de se demander si d’autres types d’unions à long terme peuvent également entraîner une dépendance et donner ouverture à des recours. L’exclusion catégorique par la loi d’une personne qui est placée dans une situation nettement visée par la mission de la loi et qui pourrait avoir droit au bénéfice et à la protection de la loi la prive de la considération et du respect auxquels chaque Canadien a droit et constitue de la discrimination. L’exclusion en cause va à l’encontre de l’intention du législateur qui a conçu le texte de loi en partie pour réduire le fardeau de l’aide sociale. Parce qu’il laisse des personnes potentiellement dépendantes sans moyen d’obtenir des aliments de leur ancien partenaire, l’art. 29 alourdit d’autant le fardeau de l’État. Ses dispositions ne

legislation and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

Per Bastarache J.: Section 29 of the *FLA* has drawn a distinction between opposite-sex partners and same-sex partners in relationships of permanence. The comparison is best made, not with married couples, whose status was consensually acquired, but with unmarried cohabiting couples. Same-sex couples are capable of meeting all of the statutory prerequisites set out in ss. 29 and 1(1) of the *FLA*, but for the requirement that they be a man and a woman. It is now well established that sexual orientation is a personal characteristic analogous to those found in s. 15(1) of the *Charter*. Discrimination exists because of the exclusion of persons from the regime on the basis of an arbitrary distinction, sexual orientation. Since this exclusion suggests that their union is not worthy of recognition or protection, there is a denial of equality within the meaning of s. 15.

There is no need to be deferential to the legislative choice in this case. The nature of the interest affected by the exclusion is fundamental; the group affected is vulnerable; it is possible to isolate the challenged provision from the complex legislative scheme; there is no evidence of the government establishing priorities or arbitrating social needs; the legislative history indicates that there was no consideration given to the *Charter* right to equal concern and respect; and the government's interest in setting social policies can be met without imposing a burden on non-traditional families. The traditional *Oakes* test should therefore be strictly applied.

The infringement is not justifiable under s. 1. Since the s. 1 analysis places a burden on the government to justify the legislative incursion on the *Charter* right, it is appropriate that governmental intention should, where possible, be considered and evaluated on its own terms to explain why the restriction on a *Charter* right is justifiable. The "limit" on the equality right in this case is the failure to treat individuals in same-sex relationships that otherwise meet the criteria of Part III of the *FLA* in the same way as individuals in opposite-sex relationships exhibiting similar characteristics. The primary legislative purpose in extending support obligations outside the marriage bond was to address the subordinated position of women in non-marital relationships. The *FLA*

sont donc pas rationnellement liées aux fins valides de la loi et ne peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le juge Bastarache: L'article 29 de la *LDF* établit une distinction entre partenaires de sexe différent et partenaires de même sexe formant une union permanente. La comparaison se fait le mieux, non pas avec les couples mariés qui ont acquis l'état matrimonial de façon consensuelle, mais avec les couples non mariés qui cohabitent. Les couples de même sexe peuvent remplir toutes les conditions préalables fixées par l'art. 29 et le par. 1(1) de la *LDF*, sauf en ce qui concerne l'exigence d'être un homme et une femme. Il est maintenant bien établi que l'orientation sexuelle est une caractéristique personnelle analogue à celles qui sont mentionnées au par. 15(1) de la *Charte*. Il y a discrimination parce que des personnes sont exclues du régime sur le fondement d'une distinction arbitraire, soit l'orientation sexuelle. Étant donné que cette exclusion donne à penser que leur union n'est pas digne d'être reconnue ni protégée, il y a dénégaration du droit à l'égalité au sens de l'art. 15.

Il n'est pas nécessaire de faire preuve de retenue à l'égard des choix du législateur dans la présente affaire. La nature du droit visé par l'exclusion est fondamentale; le groupe concerné est vulnérable; il est possible de détacher la disposition contestée du régime législatif complexe dont elle fait partie; aucune preuve n'établit que le gouvernement ait voulu fixer des priorités ou arbitrer des conflits entre des besoins sociaux; l'histoire de la loi montre que le droit d'être traité avec le même intérêt et le même respect, qui est garanti par la *Charte*, n'a pas été pris en compte; enfin, il est possible de répondre à l'intérêt porté par le gouvernement à l'élaboration des politiques sociales sans imposer un fardeau aux familles non traditionnelles. Le critère traditionnel de l'arrêt *Oakes* doit donc faire l'objet d'une application stricte.

La justification de cette atteinte ne peut pas être démontrée en vertu de l'article premier. Puisque l'analyse fondée sur l'article premier impose au gouvernement le fardeau de justifier l'atteinte portée par la loi au droit garanti par la *Charte*, il convient, dans la mesure du possible, d'examiner l'intention du gouvernement en elle-même pour savoir comment la restriction d'un droit garanti par la *Charte* pourrait se justifier. La «restriction» du droit à l'égalité en l'espèce est le fait de ne pas traiter de la même façon les personnes qui forment avec une personne du même sexe une union qui satisfait par ailleurs aux critères établis à la partie III de la *LDF* et les personnes qui forment avec une personne de sexe différent une union présentant des caractéris-

fundamentally altered the nature of support obligations by extending them beyond marriage and therefore beyond the realm of consensual undertaking. It did so because of a pressing social concern: that many women found themselves in a legal vacuum at the end of a relationship; that their economic dependence was worsened as a result of those relationships; and that the economic position of women generally in society relative to men placed them in a position where they might be induced to enter or remain in those relationships without the legal safeguards of marriage even when they might otherwise want the mutual rights and obligations which would thereby be imposed. The legislative purpose of the definition in Part III of the *FLA* is to impose support obligations upon partners in relationships in which they have consciously signalled a desire to be so bound (i.e. through marriage); and upon those partners in relationships of sufficient duration to indicate permanence and seriousness, and which involve the assumption of household responsibilities, or other career or financial sacrifices, by one partner for the common benefit of the couple and cause or enhance an economic disparity between the partners.

The need for imposition of support payments by one party to a relationship to the other, in the case of traditional family relationship breakdown, is a pressing and substantial objective in Canadian society. It is clear that with respect to at least one category captured by the government's legislative purposes, gendered relationships of some permanence, there is a high likelihood of serious economic detriment to women on the breakdown of those relationships. The justification for legislative intervention affecting the autonomy of heterosexual couples does not however explain the pressing need to exclude all other family relationships from the governmental regime. Although same-sex couples do not generally share the imbalance in power that is characteristic of opposite-sex couples and which causes economic dependency in the course of a relationship, there is no evidence that their inclusion would cause any particular difficulty. The context in which the s. 1 analysis is made is also one where there is ascription of family status to same-sex relationships in society in general, as in some legislation and government policies. In order to be consistent with *Charter* values, the purpose of the definition in s. 29 must be respectful of the equality of status and opportunity of all persons. It would be consistent with

tiques similaires. Le principal objet législatif visé par l'extension des obligations alimentaires au-delà du cadre du lien conjugal était d'apporter une solution à la subordination des femmes vivant en union de fait. La *LDF* a fondamentalement modifié la nature des obligations alimentaires en les étendant au-delà du cadre du mariage et, par conséquent, du domaine consensuel. Des préoccupations sociales urgentes ont poussé le législateur à agir: de nombreuses femmes se retrouvaient dans un vide juridique quand cessait leur union, leur dépendance économique s'était accentuée en raison de cette union et la situation économique des femmes dans la société en général par rapport à celle des hommes était telle que ces dernières pouvaient être incitées à former ces unions ou à y demeurer sans bénéficier des garanties juridiques qu'offre le mariage, même si elles pouvaient souhaiter voir s'appliquer à elles les droits et obligations réciproques découlant du mariage. L'objet législatif de la définition que contient la partie III de la *LDF* est d'imposer une obligation alimentaire aux partenaires qui ont sciemment exprimé le désir d'être ainsi liés (c.-à-d. par le mariage), de même qu'aux partenaires formant une union depuis assez longtemps pour qu'elle soit qualifiée de permanente et de sérieuse, au sein de laquelle l'un des partenaires assume des responsabilités domestiques ou consent des sacrifices professionnels ou financiers au profit du couple et qui engendre ou accentue l'inégalité économique entre les partenaires.

La nécessité d'obliger l'une des parties à verser des aliments à l'autre en cas de rupture de la famille traditionnelle constitue un objectif urgent et réel dans la société canadienne. Manifestement, en ce qui concerne au moins une catégorie visée par l'objet législatif, soit l'union entre homme et femme ayant une certaine permanence, il est fort probable que la femme subisse un important préjudice économique par suite de la rupture de l'union. La justification d'une intervention du législateur touchant l'autonomie des couples hétérosexuels n'explique cependant pas la nécessité urgente d'exclure du régime étatique tous les autres types de famille. Bien que les couples de même sexe ne donnent généralement pas lieu au déséquilibre des forces qui caractérise les couples de sexe différent et engendre la dépendance financière au sein d'une union intime, aucune preuve n'établit que leur inclusion créerait une difficulté quelconque. Le contexte dans lequel l'analyse fondée sur l'article premier est faite révèle également une assimilation de l'union entre personnes de même sexe à la famille au sein de la société en général ainsi que dans certaines dispositions législatives et dans certaines politiques gouvernementales. Pour être compatible avec les valeurs véhiculées par la *Charte*, l'objet de la définition

Charter values of equality and inclusion to treat all members in a family relationship equally and all types of family relationships equally.

Even if one were to accept the argument that the exclusion is serving a valid purpose by not imposing on same-sex couples a reduction in freedom and autonomy that is mandated by economic imperatives largely irrelevant to same-sex couples, there would be no rational connection between that purpose and the total exclusion dictated by s. 29. The exclusion of same-sex couples is not a valid means of achieving the positive purpose of s. 29, economic equality within the family. When, as here, the exclusion specifically detracts from the general legislative purpose, the objective of the restriction cannot be considered pressing and substantial. Even if the primary purpose of s. 29 was simply to recognize and promote the traditional family, and not to secure economic equality within the couple, which could be considered simply a means to an end, the exclusion of same-sex partners could not be demonstrably justified. Denial of status and benefits to same-sex partners does not *a priori* enhance respect for the traditional family, nor does it reinforce the commitment of the legislature to the values in the *Charter*. No evidence was adduced showing any beneficial impact of the exclusion on society, or what *Charter* values would be served by the exclusion; but the detrimental effects clearly exist, both for the individual without recourse to the family law regime, and for society, faced with the prospect of giving social assistance to that aggrieved individual in need. As for the protection of the freedom and autonomy of persons engaged in a same-sex relationship, s. 29 will only affect those who are in fact in a situation of economic imbalance analogous to that which more commonly occurs in the case of heterosexual relationships. The entitlement resulting from a wider definition of “spouse” does not create an absolute right to support. The justification for interference with personal autonomy is therefore the same for same-sex partners and opposite-sex partners.

Per Gonthier J. (dissenting): The appropriate analytical approach to be taken to claims arising under s. 15(1) of the *Charter* was set out in this Court’s decision in

de l’art. 29 doit être respectueux de l’égalité de statut et de l’égalité des chances de tous les individus. Le fait d’accorder le même traitement à tous les membres de la famille et à tous les types de famille serait compatible avec les valeurs véhiculées par la *Charte* en matière d’égalité et d’inclusion.

Même si l’on acceptait l’argument voulant que l’exclusion permet d’atteindre un objet valide en ne réduisant pas la liberté et l’autonomie des couples de même sexe au nom d’impératifs économiques qui n’ont pas grand-chose à voir avec ces couples, il n’y aurait aucun lien rationnel entre cet objet et l’exclusion complète imposée par l’art. 29. L’exclusion des couples de même sexe ne constitue pas un moyen valable pour atteindre l’objet positif de l’art. 29, soit l’égalité économique au sein de la famille. Lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, l’exclusion réduit expressément l’objet législatif général, l’objectif de la restriction ne peut être considéré comme urgent et réel. Même si l’objet principal de l’art. 29 était simplement de reconnaître et de favoriser la famille traditionnelle et non d’instaurer l’égalité économique au sein du couple, ce qui pourrait être simplement considéré comme un moyen de parvenir à une fin, l’exclusion des partenaires de même sexe n’a pas pu faire l’objet d’une justification pouvant se démontrer. Le refus d’attribuer l’état de conjoint et des avantages aux partenaires de même sexe n’augmente pas *a priori* le respect porté à la famille traditionnelle et ne renforce pas l’engagement du législateur à l’égard des valeurs véhiculées par la *Charte*. Aucun élément de preuve n’a été produit pour établir une quelconque incidence bénéfique de l’exclusion sur la société ni pour montrer quelles valeurs véhiculées par la *Charte* l’exclusion favoriserait; mais il existe clairement des effets préjudiciables, tant pour l’individu ne pouvant pas se prévaloir du régime du droit de la famille que pour la société, éventuellement tenue de secourir cette personne lésée se trouvant dans le besoin. En ce qui concerne la protection de la liberté et de l’autonomie des personnes vivant en union avec une personne du même sexe, l’art. 29 ne s’appliquera qu’à celles qui sont effectivement placées dans une situation de déséquilibre économique analogue à celle qui est constatée le plus souvent dans les unions hétérosexuelles. L’admissibilité qui résulte d’une définition plus large du mot «conjoint» ne crée pas un droit absolu aux aliments. La justification de l’atteinte à l’autonomie personnelle est donc la même en ce qui concerne les partenaires de même sexe et les partenaires de sexe différent.

Le juge Gonthier (dissident): La méthode d’analyse à suivre relativement aux demandes fondées sur le par. 15(1) de la *Charte* est exposée dans l’arrêt *Law* de

Law. When applied in this case, that approach leads to the conclusion that s. 29 of the *FLA* does not infringe s. 15(1) of the *Charter*.

This legislation is an exception to the general rule that the law imposes no obligation of support as between persons. This exception has been historically imposed on married couples, and this legislation is the current-day expression of this historical exception. Section 29 of the *FLA* now imposes the burden of a mandatory support regime on a discrete group of people: opposite-sex married couples and certain opposite-sex cohabiting couples. An analysis of the contextual factors set out in *Law* reveals that this differentiation is not discriminatory. As this Court explained in *Law*, throughout the s. 15(1) analysis, it is necessary to have regard to the purpose of the legislation. Here, the primary purpose of s. 29 of the *FLA* is to recognize the social function specific to opposite-sex couples and their position as a fundamental unit in society, and to address the dynamic of dependence unique to men and women in opposite-sex relationships. In addition to this specific social function, this dynamic of dependence stems from the roles regularly taken by one member of that relationship, the biological reality of the relationship, and the pre-existing economic disadvantage that is usually, but not exclusively, suffered by women. This purpose is apparent from the text and legislative history of the provision, and the preamble to the statute.

The statute's preamble refers to the desirability of encouraging and strengthening the role of the family and recognizing marriage as a form of partnership. The statements made in the legislature when amendments were introduced to extend support obligations to certain unmarried cohabiting opposite-sex couples indicate that these were premised on the social reality that such relationships exhibit a dynamic of dependence, which often arises because the couple has children and the mother is the primary caregiver. They also confirm that the legislation was not aimed at "need" abstractly defined, or need generated by "interdependence", but rather addressed the specific need arising when an individual (typically a woman) cohabits in an opposite-sex relationship and, relying upon the expectation of continued and future support from her partner, foregoes existing employment prospects that rendered her self-sufficient

notre Cour. Lorsqu'on l'applique en l'espèce, cette méthode mène à la conclusion que l'art. 29 de la *LDF* ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

Cette loi constitue une exception à la règle générale voulant que le droit n'impose aucune obligation alimentaire entre les personnes. Cette exception vise historiquement les couples mariés, et la loi en est l'expression actuelle. L'article 29 de la *LDF* impose maintenant le fardeau d'un régime d'obligation alimentaire impératif à un groupe distinct de personnes: les couples mariés de sexe différent et certains couples de sexe différent qui cohabitent. L'analyse des facteurs contextuels énoncés dans l'arrêt *Law* montre que cette distinction n'est pas discriminatoire. Comme notre Cour l'explique dans l'arrêt *Law*, au cours de l'analyse du par. 15(1), il est nécessaire de tenir compte de l'objet de la loi. En l'espèce, l'art. 29 de la *LDF* vise principalement à reconnaître la fonction sociale particulière des couples de sexe différent et le fait qu'ils constituent une cellule fondamentale de la société, tout en s'attaquant au problème de la dynamique de dépendance propre aux hommes et aux femmes formant de telles unions. Cette dynamique de dépendance résulte non seulement de la fonction sociale particulière de ces couples mais aussi des rôles généralement assumés par l'un des membres de l'union, de la réalité biologique de l'union ainsi que du désavantage économique préexistant dont souffrent habituellement, mais non exclusivement, les femmes. Cet objet ressort du libellé et de l'historique législatif de la disposition ainsi que du préambule de la loi.

Le préambule de la loi mentionne l'intérêt d'encourager et d'asseoir le rôle de la famille et de reconnaître au mariage la qualité de société. Les déclarations faites devant l'assemblée législative au moment du dépôt des modifications visant à étendre l'obligation alimentaire à certains couples de sexe différent non mariés qui cohabitent indiquent que ces modifications sont fondées sur la réalité sociale qui veut que de telles unions engendrent une dynamique de dépendance souvent attribuable à la présence d'enfants et au fait que c'est la mère qui s'en occupe principalement. Ces déclarations confirment également que la loi ne visait pas à répondre à un «besoin» défini de façon abstraite ni à un besoin né de l'«interdépendance», mais plutôt au besoin particulier de la personne (habituellement une femme) qui forme une union avec une personne de sexe différent avec laquelle elle cohabite et qui renonce, parce qu'elle s'attend à ce que son partenaire lui fournisse des aliments de façon continue à l'avenir, aux possibilités d'emploi qui, avant le début de l'union, lui permettaient de subvenir elle-même à ses besoins, ainsi qu'aux nouvelles

before entering into the relationship, and new ones that arise during the relationship.

The use of gender-neutral language in the *FLA* provides no support for the implication that the purpose of the *FLA*'s spousal support provisions was to address "interdependence" unrelated to the social reality of the relationship. When the amendments were first introduced, the tenor of the times favoured gender-neutral language. The legislature recognized that in rare cases, a man might be able to make out a claim against a woman, but it expected that the vast majority of claimants would be women.

This proper understanding of the purpose reveals that the s. 15(1) claim must fail. The impugned legislative provision has drawn a distinction between the claimant and others. Sexual orientation is recognized as an analogous ground, and even though s. 29 of the *FLA* does not draw a facial distinction on the basis of sexual orientation, the effect of s. 29's definition of "spouse" is to do so. Moreover, that distinction has resulted in disadvantage to the claimant. Part III undoubtedly bestows a benefit — access to a spousal support regime — the denial of which results in a disadvantage to M. At the same time, it imposes a burden on individuals in opposite-sex relationships, as it restricts their financial freedom and liberties. The distinction drawn by s. 29 does not discriminate because it does not involve the stereotypical application of presumed group or personal characteristics and it does not otherwise have the effect of perpetuating or promoting the view that individuals in same-sex relationships are less deserving of concern, respect, and consideration.

The concept of "stereotyping" is often linked to the contextual factor set out in *Law* of "correspondence". Where the legislation takes into account the actual need, capacity or circumstances of the claimant and the comparator, then it is unlikely to rest on a stereotype. The jurisprudence recognizes that in the absence of reliance on a stereotype, discrimination will be difficult to establish. Distinctions drawn on enumerated or analogous grounds usually rely upon the stereotypical application of presumed characteristics, rather than an accurate account of the true situation, or actual abilities, circumstances, or capacities. Where the legislation takes into account the claimant's actual situation in a manner that

possibilités d'emploi qui s'offrent à elle au cours de l'union.

L'utilisation, dans la *LDF*, d'un libellé n'établissant aucune distinction de genre ne permet nullement de conclure que les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* visaient l'«interdépendance» sans égard à la réalité sociale de l'union. Lors de la présentation des modifications, la tendance était à l'adoption d'un libellé n'établissant aucune distinction de genre. L'Assemblée législative a reconnu que, dans de rares cas, il se pourrait qu'un homme puisse arriver à établir le bien-fondé d'une demande dirigée contre une femme, mais elle s'attendait à ce que la grande majorité des demandeurs soient des femmes.

Cette juste interprétation de l'objet montre que la demande fondée sur le par. 15(1) doit échouer. La disposition législative contestée a établi une distinction entre la demanderesse et d'autres personnes. L'orientation sexuelle est reconnue comme un motif analogue, et même si l'art. 29 de la *LDF* n'établit pas à première vue de distinction fondée sur l'orientation sexuelle, la définition qu'il donne au mot «conjoint» a pour effet d'établir une telle distinction. De plus, cette distinction entraîne un désavantage pour la demanderesse. Il ne fait aucun doute que la partie III confère un avantage — l'accès au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints — dont le refus entraîne un désavantage pour M. Par ailleurs, elle impose un fardeau aux personnes formant des unions de sexe différent en restreignant leur autonomie financière et leur liberté. La distinction établie par l'art. 29 n'engendre pas de discrimination parce qu'elle ne comporte pas l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe et qu'elle n'a pas non plus pour effet de perpétuer ou de favoriser l'idée que les personnes formant une union avec une personne du même sexe ne méritent pas le même intérêt, le même respect et la même considération.

La notion de «l'application de stéréotypes» est souvent liée au facteur contextuel de la «correspondance» énoncé dans l'arrêt *Law*. Lorsque la loi tient compte des besoins, de la capacité et de la situation véritables du demandeur et de l'objet de comparaison, il est alors peu probable qu'elle repose sur un stéréotype. La jurisprudence reconnaît qu'en l'absence de stéréotype, la discrimination est difficile à établir. Les distinctions établies en raison de motifs énumérés ou analogues sont généralement fondées sur l'application stéréotypée de caractéristiques présumées plutôt que sur une juste appréciation de la véritable situation ou des aptitudes, des circonstances ou des capacités réelles. Lorsque la loi prend en

respects his or her human dignity, it will be less likely to infringe s. 15(1).

Our system of family law is, to a great degree, based upon the legal rights and duties flowing from marriage. While the legislature has restricted the meaning of “spouse” in Part III of the *FLA*, the restriction has not been made on the basis of stereotypical assumptions regarding group or personal characteristics. On the contrary, s. 29’s definition of “spouse” corresponds with an accurate account of the actual needs, capacity and circumstances of opposite-sex couples as compared to others, including same-sex couples. This appeal is concerned with the support obligation, which is an essential feature of marriage itself, and more recently, of certain other opposite-sex couples. Cohabiting opposite-sex couples are the natural and most likely site for the procreation and raising of children. This is their specific, unique role. This unique social role of opposite-sex couples has two related features. First, women bear a disproportionate share of the child care burden in Canada, and this burden is borne both by working mothers and mothers who stay at home with their children. Section 29 of the *FLA* is specifically structured to meet this reality. This can be seen from the fact that the necessary cohabitation period to come within the scope of the section is reduced where there is a child of the relationship. The second feature is that one partner (most often the woman) tends to become economically dependent upon the other. Even in the absence of children, women in cohabiting opposite-sex relationships often take on increased domestic responsibilities which limit their prospects for outside employment, precisely because their lower average earnings make this an efficient division of labour for the couple. If the relationship breaks down, the woman is usually left in a worse situation, probably with impaired earning capacity and limited employment opportunities. Finally, even when the female partner is not suffering from this dynamic of dependence, the male partner often is. When the woman is the primary wage-earner, the man adopts a primary role in household responsibilities. This, coupled with other forms of dependency that follow for men in such relationships, are all reflective of a dynamic of dependence unique to opposite-sex couples.

considération la situation véritable du demandeur d’une manière qui respecte sa dignité humaine, elle est moins susceptible de porter atteinte au par. 15(1).

Notre droit de la famille est fondé dans une large mesure sur les droits et les devoirs légaux qui découlent du mariage. Bien que le législateur ait restreint le sens du mot «conjoint» dans la partie III de la *LDF*, la restriction n’a pas été établie sur le fondement de prémisses stéréotypées relatives à des caractéristiques personnelles ou de groupe. Au contraire, la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29 correspond à une appréciation juste des besoins, des capacités et de la situation propres aux couples de sexe différent, par rapport à d’autres personnes, y compris les couples de même sexe. Le présent pourvoi porte sur l’obligation alimentaire, qui est une caractéristique essentielle de l’institution du mariage elle-même et, depuis peu, de certains autres couples de sexe différent. Les couples de sexe différent qui cohabitent créent le milieu naturel et habituel pour la procréation et l’éducation des enfants. Il s’agit de leur rôle particulier et unique. Ce rôle social unique conféré aux couples de sexe différent possède deux caractéristiques interreliées. En premier lieu, les femmes assument une part disproportionnée du fardeau de la garde des enfants au Canada, et ce fardeau est assumé tant par les mères qui travaillent à l’extérieur que par celles qui s’occupent des enfants au foyer. L’article 29 de la *LDF* est formulé expressément en fonction de cette réalité. Cela ressort du fait que la période de cohabitation nécessaire pour qu’un couple soit visé par cet article est réduite lorsqu’un enfant naît de l’union. En deuxième lieu, l’un des partenaires (le plus souvent la femme) tend à devenir financièrement dépendant de l’autre. Même en l’absence d’enfants, il arrive souvent que les femmes qui forment une union et cohabitent avec une personne de sexe différent s’acquittent d’un plus grand nombre d’obligations familiales, ce qui diminue leurs chances de se trouver un emploi sur le marché du travail, précisément parce que leur salaire moyen moins élevé fait qu’un tel arrangement constitue un partage des tâches rentable pour le couple. En cas de rupture, la situation de la femme se détériore habituellement et il est probable que sa capacité de gagner sa vie soit diminuée et que ses chances de se trouver un emploi soient limitées. Finalement, même lorsque le partenaire féminin ne souffre pas de cette dynamique de dépendance, le partenaire masculin en est souvent victime. Lorsque la femme gagne le revenu principal, l’homme assume la plupart des tâches domestiques. Cette situation, jointe aux autres formes de dépendance qui s’ensuivent pour les hommes se trouvant dans de telles unions, reflète une dynamique de dépendance particulière aux couples de sexe différent.

It is this dynamic of dependence that the legislature has sought to address by way of Part III of the *FLA*. The restricted definition of “spouse” in Part III of the *FLA* has not been made on the basis of stereotypical assumptions regarding group or personal characteristics. The *Charter* does not compel the extension of the legislature’s efforts to address this problem to long-term same-sex couples. While long-term same sex relationships may manifest many of the features of long-term opposite-sex relationships, the same dynamic of dependence is not present. Lesbian relationships are characterized by a more even distribution of labour, a rejection of stereotypical gender roles, and a lower degree of financial interdependence than is prevalent in opposite-sex relationships. Mere need in an individual case, unrelated to systemic factors, is insufficient to render the *FLA*’s scheme constitutionally underinclusive. This is especially true because the scheme involves, in counterpart to an access to support, a restriction on freedom and a burden.

While individuals must be treated with equal respect and must not be discriminated against on the basis of the stereotypical application of irrelevant personal characteristics, the state is not barred from recognizing that some relationships fulfil different social roles and have specific needs, and responding to this reality with positive measures to address those differences.

None of the remaining contextual factors set out in *Law* establish that the legislation perpetuates or promotes 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. Although the claimant is a member of a group that suffers pre-existing, historical disadvantage, the claimant’s group is relatively advantaged in relation to the subject-matter of the legislation. Individuals in same-sex relationships do not carry the same burden of fulfilling the social role that those in opposite-sex relationships do. They do not exhibit the same degree of systemic dependence. They do not experience a structural wage differential between the individuals in the relationship. In this sense, individuals in same-sex relationships are an advantaged group as compared to individuals in opposite-sex relationships, and there is thus no need to consider whether the legislation aggravates or exacerbates any pre-existing disadvantage. Nor can it be said that the ameliorative legisla-

C’est précisément pour s’attaquer à cette dynamique de dépendance que le législateur a adopté la partie III de la *LDF*. La définition restreinte du mot «conjoint» dans la partie III de la *LDF* n’est pas fondée sur des prémisses stéréotypées relatives à des caractéristiques personnelles ou de groupe. La *Charte* n’exige pas que les mesures prises par le législateur pour résoudre ce problème soient étendues aux couples de même sexe qui sont stables. Même si les unions durables entre personnes de même sexe peuvent présenter bon nombre des caractéristiques des unions durables entre personnes de sexe différent, la même dynamique de dépendance ne s’y retrouve pas. Les unions de lesbiennes se caractérisent par un partage plus équitable des tâches, un rejet des rôles féminins et masculins stéréotypés et un degré plus faible d’interdépendance financière comparativement aux unions entre personnes de sexe différent. Le simple état de besoin, non lié à des facteurs systémiques, ne permet pas de conclure que le régime prévu par la *LDF* a une portée trop limitative sur le plan constitutionnel. Cela est particulièrement vrai étant donné que le régime impose une restriction à la liberté ainsi qu’un fardeau en contrepartie du bénéfice de l’obligation alimentaire.

Même si tous doivent être traités avec le même respect et même si la discrimination fondée sur l’application stéréotypée de caractéristiques personnelles non pertinentes est prohibée, il n’est pas interdit à l’État de reconnaître que certaines unions jouent des rôles sociaux différents et ont des besoins particuliers, non plus que de répondre à cette réalité en prenant des mesures positives pour traiter de ces différences.

Aucun des autres facteurs contextuels énoncés dans l’arrêt *Law* n’établit que la loi perpétue ou favorise 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. Bien que la demanderesse soit membre d’un groupe qui souffre déjà d’un désavantage historique, ce groupe est relativement favorisé pour ce qui est du sujet de la loi. Les personnes formant une union avec une personne du même sexe ne s’acquittent pas du fardeau que constitue le rôle social rempli par les personnes formant une union avec une personne de sexe différent. Elles ne présentent pas le même degré de dépendance systémique. Elles ne vivent pas de différence structurelle de revenus avec leur partenaire. En ce sens, les personnes formant une union avec une personne du même sexe constituent un groupe favorisé comparativement aux personnes formant une union avec une personne de sexe différent, de sorte qu’il est inutile de déterminer si

tion excludes a group which is disadvantaged in relation to the subject-matter of the legislation. The main targets of the ameliorative legislation, partners in opposite-sex relationships (particularly women), suffer a structural disadvantage which is unknown to individuals in same-sex relationships. With respect to the nature and scope of the affected interest, the non-inclusion of individuals in same-sex relationships in the mandatory support regime does not result in severe and localized consequences. While the legislature does not force individuals in same-sex relationships to provide support, it also does not prevent them from doing so by way of contract or otherwise. This may result in some additional expenses, but it is difficult to see how this possible expense results in discriminatory non-recognition of the group.

A reasonable person in the circumstances of the claimant who has regard to all of these contextual factors would find that the restrictive definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA* does not constitute a violation of his or her human dignity. To the contrary, acknowledging individual personal traits is a means of fostering human dignity. By recognizing individuality, and rejecting forced uniformity, the law celebrates differences, fostering the autonomy and integrity of the individual.

2. Costs

Since the Court of Appeal did not err in failing to grant costs to M., the successful party, no order should be made with respect to costs in that court. Costs are a discretionary determination and absent any clear error, this Court should be loath to interfere.

Cases Cited

By Cory and Iacobucci JJ.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Molodowich v. Penttinen* (1980), 17 R.F.L. (2d) 376; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997]

la loi accentue un désavantage préexistant. On ne peut pas dire non plus que la loi, qui apporte une amélioration, exclut un groupe qui est défavorisé par rapport au sujet de la loi. Ceux que la loi vise principalement, soit les partenaires formant une union entre personnes de sexe différent (en particulier, les femmes), subissent un désavantage structurel que ne connaissent pas les personnes formant une union avec une personne du même sexe. Relativement à la nature et à l'étendue de l'intérêt touché, la non-inclusion des personnes formant une union avec une personne du même sexe dans le régime d'obligation alimentaire impératif ne cause pas de conséquences graves et localisées. Bien que le législateur n'oblige pas les personnes formant une union avec une personne de même sexe à se fournir des aliments, il ne les empêche pas non plus de le faire au moyen d'un contrat ou autrement. Cela peut occasionner des frais supplémentaires, mais il est difficile de voir comment ces dépenses éventuelles peuvent constituer une non-reconnaissance discriminatoire du groupe.

La personne raisonnable, qui est placée dans la situation de la demanderesse et qui tient compte de tous ces facteurs contextuels, conclurait que la définition limitative du mot conjoint à l'art. 29 de la *LDF* ne porte pas atteinte à sa dignité humaine. Au contraire, le fait de reconnaître l'existence de caractéristiques personnelles est un moyen de favoriser la dignité humaine. En reconnaissant la particularité de chaque individu et en rejetant l'uniformité imposée, la loi fait l'éloge de la différence, favorisant l'autonomie et l'intégrité de la personne.

2. Les dépens

Étant donné que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en omettant d'accorder les dépens à M., la partie qui a eu gain de cause, aucune ordonnance n'est rendue relativement aux dépens dans cette cour. L'adjudication des dépens relève d'un pouvoir discrétionnaire et, sauf erreur manifeste, notre Cour doit hésiter à intervenir.

Jurisprudence

Citée par les juges Cory et Iacobucci

Arrêt appliqué: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés:** *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Molodowich c. Penttinen* (1980), 17 R.F.L. (2d) 376; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Eldridge c. Colombie-Britannique*

3 S.C.R. 624; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3.

By Bastarache J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Romer v. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996); *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637; *Pepper v. Hart*, [1993] A.C. 593; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695.

By Gonthier J. (dissenting)

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497; *Reference re Authority to Perform Functions Vested by the Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Taylor v. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Athabasca Tribal Council v. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981]

(*Procureur général*), [1997] 3 R.C.S. 624; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

Citée par le juge Bastarache

Arrêt appliqué: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés:** *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Romer c. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996); *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637; *Pepper c. Hart*, [1993] A.C. 593; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497; *Reference re Authority to Perform Functions Vested by the Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Taylor c. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Athabasca Tribal Council c. Compagnie de pétrole Amoco Canada*

1 S.C.R. 699; *Canada Labour Relations Board v. City of Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258; *Dean v. District of Columbia*, 653 A.2d 307 (1995); *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993), 104 D.L.R. (4th) 214; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Grant v. South-West Trains Ltd.*, [1998] I.C.R. 449; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Corbière v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

Statutes and Regulations Cited

Absentees Act, R.S.O. 1990, c. A.3.
Act respecting certain separate rights of property of Married women, C.S.U.C. 1859, c. 73.
Act to establish a Court of Chancery in this Province, S.U.C. 1837, 7 Wm. IV, c. 2, s. 3.
Adoption Act, R.S.B.C. 1996, c. 5, s. 5(1).
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3 [am. 1992, c. 27], ss. 121(4) [ad. 1997, c. 12, s. 87], 136(1)(d.1) [*idem*, s. 90], 178(1)(c) [rep. & sub. c. 3 (2nd Supp.), s. 28].
Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), (b), (d), 7-14, 15(1).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.
Change of Name Act, R.S.O. 1990, c. C.7.
Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11.
Consent to Treatment Act, 1992, S.O. 1992, c. 31.
Constitution Act, 1867, ss. 91(26), 92(12), (13).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Coroners Act, R.S.O. 1990, c. C.37.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 718.2(a)(i) [ad. 1995, c. 22, s. 6].
Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, R.S.O. 1937, c. 211 [am. 1954, c. 22; 1958, c. 23].
Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, R.S.O. 1960, c. 105.
Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, R.S.O. 1970, c. 128 [am. 1971, c. 98; 1973, c. 133].
Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15(2), (3), (7).
Domestic Relations Act, R.S.A. 1980, c. D-37.

Ltée, [1981] 1 R.C.S. 699; *Conseil canadien des relations du travail c. Ville de Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Andrews c. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258; *Dean c. District of Columbia*, 653 A.2d 307 (1995); *Layland c. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993), 104 D.L.R. (4th) 214; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *R. .c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Grant c. South-West Trains Ltd.*, [1998] I.C.R. 449; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

Lois et règlements cités

Act respecting certain separate rights of property of Married Women, C.S.U.C. 1859, ch. 73.
Act to establish a Court of Chancery in this Province, S.U.C. 1837, 7 Wm. IV, ch. 2, art. 3.
Adoption Act, R.S.B.C. 1996, ch. 5, art. 5(1).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), b), d), 7 à 14, 15(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2a)(i) [aj. 1995, ch. 22, art. 6].
Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, R.S.O. 1937, ch. 211 [mod. 1954, ch. 22; 1958, ch. 23].
Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, R.S.O. 1960, ch. 105.
Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, R.S.O. 1970, ch. 128 [mod. 1971, ch. 98; 1973, ch. 133].
Domestic Relations Act, R.S.A. 1980, ch. D-37.
Family Law Act, R.S.N. 1990, ch. F-2, art. 35c).
Family Law Act, S.P.E.I. 1995, ch. 12, art. 1g), 29.
Family Law Reform Act, 1975, S.O. 1975, ch. 41.
Family Law Reform Act, 1978, S.O. 1978, ch. 2, art. 14.
Family Maintenance Act, R.S.N.S. 1989, ch. 160, art. 2m).
Family Maintenance Act, S.S. 1990-91, ch. F-6.1, art. 2l)(iii).
Family Maintenance Enforcement Amendment Act, 1997, S.B.C. 1997, ch. 19, art. 1d).
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 1.
Family Relations Amendment Act, 1997, S.B.C. 1997, ch. 20, art. 1c).

- Election Act*, R.S.O. 1990, c. E.6.
Estates Act, R.S.O. 1990, c. E.21.
Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23.
Execution Act, R.S.O. 1990, c. E.24.
Family Law Act, R.S.N. 1990, c. F-2, s. 35(c).
Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, preamble, Part I, s. 1(1) “cohabit”, “spouse”, (2), Parts II, III, ss. 29 “spouse”, 30, 31, 32, 33(1), (2), (7), (8), (9), 34(4), (5), 35, 41, Part IV, ss. 53, 54, Part V.
Family Law Act, S.N.W.T. 1997, c. 18, s. 1.
Family Law Act, S.P.E.I. 1995, c. 12, ss. 1(g), 29.
Family Law Act, 1986, S.O. 1986, c. 4, s. 29.
Family Law Reform Act, 1975, S.O. 1975, c. 41.
Family Law Reform Act, 1978, S.O. 1978, c. 2, s. 14.
Family Maintenance Act, R.S.M. 1987, c. F20, s. 4(3).
Family Maintenance Act, R.S.N.S. 1989, c. 160, s. 2(m).
Family Maintenance Act, S.S. 1990-91, c. F-6.1, s. 2(1)(iii).
Family Maintenance Enforcement Amendment Act, 1997, S.B.C. 1997, c. 19, s. 1(d).
Family Property and Support Act, R.S.Y. 1986, c. 63, s. 35.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 1.
Family Relations Amendment Act, 1997, S.B.C. 1997, c. 20, s. 1(c).
Family Responsibility and Support Arrears Enforcement Act, 1996, S.O. 1996, c. 31.
Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2, s. 112(3).
Family Support Plan Act, R.S.O. 1990, c. S.28 [am. 1991, c. 5, s. 1(1)].
Income Tax Act, R.S.O. 1990, c. I.2.
Interpretation Act, R.S.O. 1990, c. I.11, ss. 8, 17.
Juries Act, R.S.O. 1990, c. J.3.
Land Transfer Tax Act, R.S.O. 1990, c. L.6.
Marriage Act, R.S.O. 1990, c. M.3.
Married Woman’s Real Estate Act, 1873, S.O. 1873, c. 18.
Married Women’s Property Act, R.S.O. 1970, c. 262.
Married Women’s Property Act, S.O. 1872, c. 16.
Married Women’s Property Act, S.O. 1884, c. 19.
Matrimonial Causes Act, 1931, S.O. 1931, c. 25 [subsequently R.S.O. 1970, c. 265].
Members’ Conflict of Interest Act, R.S.O. 1990, c. M.6.
Mental Health Act, R.S.O. 1990, c. M.7.
Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45.
Municipal Elections Act, R.S.O. 1990, c. M.53.
Nunavut Act, S.C. 1993, c. 28, s. 29(1) [am. 1998, c. 15, s. 4].
Nursing Homes Act, R.S.O. 1990, c. N.7.
Ontario Guaranteed Annual Income Act, R.S.O. 1990, c. O.17.
Partnerships Act, R.S.O. 1990, c. P.5.
Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(26), 92(12), (13).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi d’interprétation, L.R.O. 1990, ch. I.11, art. 8, 17.
Loi de 1986 sur le droit de la famille, L.O. 1986, ch. 4, art. 29.
Loi de 1992 sur le consentement au traitement, L.O. 1992, ch. 31.
Loi de 1992 sur le contrôle des loyers, L.O. 1992, ch. 11.
Loi de 1996 sur les obligations familiales et l’exécution des arriérés d’aliments, L.O. 1996, ch. 31.
Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.O. 1990, ch. I.2.
Loi électorale, L.R.O. 1990, ch. E.6.
Loi portant réforme du droit des successions, L.R.O. 1990, ch. S.26.
Loi sur l’exécution forcée, L.R.O. 1990, ch. E.24.
Loi sur l’obligation alimentaire, L.R.M. 1987, ch. F20, art. 4(3).
Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3 [mod. 1992, ch. 27], art. 121(4) [aj. 1997, ch. 12, art. 87], 136(1)d.1) [*idem*, art. 90], 178(1)c) [abr. & rempl. ch. 3 (2^e suppl.), art. 28].
Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23.
Loi sur la santé mentale, L.R.O. 1990, ch. M.7.
Loi sur la taxe de vente au détail, L.R.O. 1990, ch. R.31.
Loi sur le changement de nom, L.R.O. 1990, ch. C.7.
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 15(2), (3), (7).
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, préambule, partie I, art. 1(1) «cohabiter», «conjoint», (2), parties II, III, art. 29 «conjoint», 30, 31, 32, 33(1), (2), (7), (8), (9), 34(4), (5), 35, 41, partie IV, 53, 54, partie V.
Loi sur le droit de la famille, L.T.N.-O. 1997, ch. 18, art. 1.
Loi sur le Nunavut, L.C. 1993, ch. 28, art. 29(1) [mod. 1998, ch. 15, art. 4].
Loi sur le mariage, L.R.O. 1990, ch. M.3.
Loi sur le patrimoine et l’obligation alimentaire, L.R.Y. 1986, ch. 63, art. 35.
Loi sur le régime des obligations alimentaires envers la famille, L.R.O. 1990, ch. S.28 [mod. 1991, ch. 5, art. 1(1)].
Loi sur le revenu annuel garanti en Ontario, L.R.O. 1990, ch. O.17.
Loi sur les absents, L.R.O. 1990, ch. A.3.
Loi sur les accidents du travail, L.R.O. 1990, ch. W.11.
Loi sur les conflits d’intérêts des membres de l’Assemblée, L.R.O. 1990, ch. M.6.
Loi sur les coroners, L.R.O. 1990, ch. C.37.

Rent Control Act, 1992, S.O. 1992, c. 11.
Retail Sales Tax Act, R.S.O. 1990, c. R.31.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194,
 Rules 20, 21.
Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5.
Small Business Development Corporations Act, R.S.O.
 1990, c. S.12.
Succession Law Reform Act, R.S.O. 1990, c. S.26.
Trustee Act, R.S.O. 1990, c. T.23.
Workers' Compensation Act, R.S.O. 1990, c. W.11.

Loi sur les droits de cession immobilière, L.R.O. 1990,
 ch. L.6.
Loi sur les élections municipales, L.R.O. 1990,
 ch. M.53.
Loi sur les fiduciaires, L.R.O. 1990, ch. T.23.
Loi sur les jurys, L.R.O. 1990, ch. J.3.
Loi sur les maisons de soins infirmiers, L.R.O. 1990,
 ch. N.7.
Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45.
Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8.
Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.R.O.
 1990, ch. C.11.
Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2,
 art. 112(3).
Loi sur les sociétés en nom collectif, L.R.O. 1990,
 ch. P.5.
Loi sur les sociétés par action, L.R.O. 1990, ch. B.16.
*Loi sur les sociétés pour l'expansion des petites
 entreprises*, L.R.O. 1990, ch. S.12.
Loi sur les successions, L.R.O. 1990, ch. E.21.
Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5.
Married Woman's Real Estate Act, 1873, S.O. 1873,
 ch. 18.
Married Women's Property Act, R.S.O. 1970, ch. 262.
Married Women's Property Act, S.O. 1872, ch. 16.
Married Women's Property Act, S.O. 1884, ch. 19.
Matrimonial Causes Act, 1931, S.O. 1931, ch. 25 [par
 suite R.S.O. 1970, ch. 265].
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194,
 règles 20, 21.

Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of
 England*, 4th ed., Book I. Oxford: Clarendon Press,
 1770.
 Blumstein, Philip, and Pepper Schwartz. *American
 Couples*. New York: Morrow, 1983.
 Canada. Citizenship and Immigration Canada. *Building
 on a Strong Foundation for the 21st Century: New
 Directions for Immigration and Refugee Policy and
 Legislation*. Ottawa: Citizenship and Immigration
 Canada, 1998.
 Canada. Statistics Canada. *Family Expenditure in
 Canada 1992*. Ottawa: Statistics Canada, 1994.
 Canada. Statistics Canada. Labour and Household
 Surveys Analysis Division. *Family Income After
 Separation*. Ottawa: Statistics Canada, 1997.
 Canada. Statistics Canada. *Infomat: A Weekly Review*,
 October 17, 1997. "More lone-parent and common-
 law families", p. 4.

Doctrine citée

Blackstone, William. *Commentaires sur les lois
 anglaises*, t. 2. Traduit de l'anglais par
 N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1822.
 Blumstein, Philip, and Pepper Schwartz. *American
 Couples*. New York: Morrow, 1983.
 Canada. Citoyenneté et Immigration Canada. *De solides
 assises pour le 21^e siècle: Nouvelles orientations
 pour la politique et la législation relatives aux
 immigrants et aux réfugiés*. Ottawa: Citoyenneté et
 Immigration Canada, 1998.
 Canada. Statistique Canada. *Dépenses des familles au
 Canada, 1992*. Ottawa: Statistique Canada, 1994.
 Canada. Statistique Canada. Division de l'analyse des
 enquêtes sur le travail et les ménages. *Revenu familial
 après séparation*. Ottawa: Statistique Canada, 1997.
 Canada. Statistique Canada. *Infomat: Revue
 hebdomadaire*, 17 octobre 1997. «Plus de familles
 monoparentales et de familles vivant en union libre»,
 p. 4.

- Cardell, Mona, Stephen Finn and Jeanne Marecek. "Sex-Role Identity, Sex-Role Behavior, and Satisfaction in Heterosexual, Lesbian, and Gay Male Couples", *Psychology of Women Quarterly*, 5(3) (Spring 1981): 488-94.
- Chambers, Lori. *Married Women and Property Law in Victorian Ontario*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.
- Cossmann, Brenda, and Bruce Ryder. *Gay, Lesbian and Unmarried Heterosexual Couples and the Family Law Act: Accommodating a Diversity of Family Forms*, a Research Paper prepared for the Ontario Law Reform Commission, June 1993.
- Cretney, S. M., and J. M. Masson. *Principles of Family Law*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.
- Dworkin, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
- Eldridge, Natalie S., and Lucia A. Gilbert. "Correlates of Relationship Satisfaction in Lesbian Couples", *Psychology of Women Quarterly*, 14 (1990): 43-62.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.
- Evans, R. R. *The Law and Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes*. Calgary: Burroughs, 1923.
- Herek, Gregory M. "Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research" (1991), 1 *Law & Sexuality* 133.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Jackman, Martha. "Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter" (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661.
- Lynch, Jean M., and Mary Ellen Reilly. "Role Relationships: Lesbian Perspectives", *Journal of Homosexuality*, 12(2) (Winter 1985/86): 53-69.
- MacDougall, Donald J. "Alimony and Maintenance". In D. Mendes da Costa, ed., *Studies in Canadian Family Law*, vol. 1. Toronto: Butterworths, 1972, 283.
- McCamus, John D. "Family Law Reform in Ontario". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993: Family Law: Roles, Fairness and Equality*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 451.
- Mendes, Errol P. "The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1". In Gérald-A. Beaudoin and Errol Cardell, Mona, Stephen Finn and Jeanne Marecek. «Sex-Role Identity, Sex-Role Behavior, and Satisfaction in Heterosexual, Lesbian, and Gay Male Couples», *Psychology of Women Quarterly*, 5(3) (Spring 1981): 488-94.
- Chambers, Lori. *Married Women and Property Law in Victorian Ontario*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.
- Cossmann, Brenda, and Bruce Ryder. *Gay, Lesbian and Unmarried Heterosexual Couples and the Family Law Act: Accommodating a Diversity of Family Forms*, a Research Paper prepared for the Ontario Law Reform Commission, June 1993.
- Cretney, S. M., and J. M. Masson. *Principles of Family Law*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.
- Dworkin, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
- Eldridge, Natalie S., and Lucia A. Gilbert. «Correlates of Relationship Satisfaction in Lesbian Couples», *Psychology of Women Quarterly*, 14 (1990): 43-62.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.
- Evans, R. R. *The Law and Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes*. Calgary: Burroughs, 1923.
- Herek, Gregory M. «Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research» (1991), 1 *Law & Sexuality* 133.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Jackman, Martha. «Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter» (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661.
- Lynch, Jean M., and Mary Ellen Reilly. «Role Relationships: Lesbian Perspectives», *Journal of Homosexuality*, 12(2) (Winter 1985/86): 53-69.
- MacDougall, Donald J. «Alimony and Maintenance». In D. Mendes da Costa, ed., *Studies in Canadian Family Law*, vol. 1. Toronto: Butterworths, 1972, 283.
- McCamus, John D. «Family Law Reform in Ontario». In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993: Family Law: Roles, Fairness and Equality*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 451.
- Mendes, Errol P. «The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1». Dans Gérald-A. Beaudoin et Errol P.

- P. Mendes, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, 3-1.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Family Law*, Part IV, "Family Property Law". Toronto: Ministry of the Attorney General, 1974.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Family Law*, Part VI, "Support Obligations". Toronto: Ministry of the Attorney General, 1975.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*. Toronto: The Commission, 1993.
- Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates*, 3rd Sess., 35th Parl., June 1, 1994, p. 6583.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., October 26, 1976, pp. 4102-3.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., November 18, 1976, pp. 4793, 4801.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., November 22, 1976, pp. 4890-91, 4898.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 1st Sess., 31st Parl., October 18, 1977, pp. 901, 904.
- Ontario. Ministry of the Attorney General. *Family Law Reform*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1976.
- Peplau, Letitia Anne. "Lesbian and Gay Relationships". In John C. Gonsiorek and James D. Weinrich, eds., *Homosexuality: Research Implications for Public Policy*. Newbury Park: Sage, 1991, 177.
- Schneider, Margaret S. "The Relationships of Cohabiting Lesbian and Heterosexual Couples: A Comparison", *Psychology of Women Quarterly*, 10 (1986): 234-39.
- Slater, Suzanne. *The Lesbian Family Life Cycle*. New York: Free Press, 1995.
- Strauss, Peter L. "The Courts and the Congress: Should Judges Disdain Political History?" (1998), 98 *Colum. L. Rev.* 242.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Mendes, *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd. Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, 99.
- Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats*, 3^e sess., 35^e lég., 1^{er} juin 1994, p. 6583.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Family Law*, Part IV, «Family Property Law». Toronto: Ministry of the Attorney General, 1975.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Family Law*, Part VI, «Support Obligations». Toronto: Ministry of the Attorney General, 1974.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*. Toronto: La Commission, 1993.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., October 26, 1976, pp. 4102-3.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., November 18, 1976, pp. 4793, 4801.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., November 22, 1976, pp. 4890-91, 4898.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 1st Sess., 31st Parl., October 18, 1977, pp. 901, 904.
- Ontario. Ministry of the Attorney General. *Family Law Reform*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1976.
- Peplau, Letitia Anne. «Lesbian and Gay Relationships». In John C. Gonsiorek and James D. Weinrich, eds., *Homosexuality: Research Implications for Public Policy*. Newbury Park: Sage, 1991, 177.
- Schneider, Margaret S. «The Relationships of Cohabiting Lesbian and Heterosexual Couples: A Comparison», *Psychology of Women Quarterly*, 10 (1986): 234-39.
- Slater, Suzanne. *The Lesbian Family Life Cycle*. New York: Free Press, 1995.
- Strauss, Peter L. «The Courts and the Congress: Should Judges Disdain Political History?» (1998), 98 *Colum. L. Rev.* 242.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 31 O.R. (3d) 417, 142 D.L.R. (4th) 1, 96 O.A.C. 173, 25 R.F.L. (4th) 116, 40 C.R.R. (2d) 240, [1996] O.J. No. 4419 (QL), affirming a decision of the Ontario Court (General Division) (1996), 27 O.R. (3d) 593, 132 D.L.R. (4th) 538, 17 R.F.L. (4th) 365, 35 C.R.R. (2d) 123, [1996] O.J. No. 365 (QL), declaring s. 29 of the *Family Law Act* to be

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 31 O.R. (3d) 417, 142 D.L.R. (4th) 1, 96 O.A.C. 173, 25 R.F.L. (4th) 116, 40 C.R.R. (2d) 240, [1996] O.J. No. 4419 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1996), 27 O.R. (3d) 593, 132 D.L.R. (4th) 538, 17 R.F.L. (4th) 365, 35 C.R.R. (2d) 123, [1996] O.J. No. 365 (QL), déclarant inconstitution-

unconstitutional. Appeal dismissed, Gonthier J. dissenting. Cross-appeal dismissed.

Robert E. Charney and Peter C. Landmann, for the appellant.

Martha A. McCarthy and Lynn D. Lovell, for the respondent M.

Christopher D. Bredt, for the respondent H.

R. Douglas Elliott, for the intervener the Foundation for Equal Families.

Carol A. Allen, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF).

Cynthia Petersen and Pam McEachern, for the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE).

Joanne D. Rosen, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

Jeff G. Cowan, for the intervener the United Church of Canada.

Peter R. Jervis, Michael Meredith and Danielle Shaw, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada, the Ontario Council of Sikhs, the Islamic Society of North America and Focus on the Family.

David M. Brown, for the intervener REAL Women of Canada.

The judgment of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci and Binnie JJ. was delivered by

CORY AND IACOBUCCI JJ. —

I. Introduction and Overview

The principal issue raised in this appeal is whether the definition of “spouse” in s. 29 of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3 (“FLA”) infringes s. 15(1) of the *Canadian Charter of*

nel l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille*. Pourvoi rejeté, le juge Gonthier est dissident. Pourvoi incident rejeté.

Robert E. Charney et Peter C. Landmann, pour l'appelant.

Martha A. McCarthy et Lynn D. Lovell, pour l'intimée M.

Christopher D. Bredt, pour l'intimée H.

R. Douglas Elliott, pour l'intervenante la Foundation for Equal Families.

Carol A. Allen, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ).

Cynthia Petersen et Pam McEachern, pour l'intervenante Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE).

Joanne D. Rosen, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

Jeff G. Cowan, pour l'intervenante l'Église unie du Canada.

Peter R. Jervis, Michael Meredith et Danielle Shaw, pour les intervenantes l'Evangelical Fellowship of Canada, l'Ontario Council of Sikhs, l'Islamic Society of North America et Focus on the Family.

David M. Brown, pour l'intervenante REAL Women of Canada.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci et Binnie rendu par

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI —

I. Introduction et vue d'ensemble

La question principale soulevée par le présent pourvoi est de savoir si la définition du mot «conjoint» à l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3 («LDF») porte

Rights and Freedoms, and, if so, whether the legislation is nevertheless saved by s. 1 of the *Charter*. In addition, M. was granted leave to cross-appeal on the issue of the appropriate remedy to be granted and also as to costs.

2

Our view on this principal issue may be summarized as follows. Section 15(1) of the *Charter* is infringed by the definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA*. This definition, which only applies to Part III of the *FLA*, draws a distinction between individuals in conjugal, opposite-sex relationships of a specific degree of duration and individuals in conjugal, same-sex relationships of a specific degree of duration. We emphasize that the definition of “spouse” found in s. 1(1) of the *FLA*, and which applies to other parts of the *FLA*, includes only married persons and is not at issue in this appeal. Essentially, the definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA* extends the obligation to provide spousal support, found in Part III of the *FLA*, beyond married persons to include individuals in conjugal opposite-sex relationships of some permanence. Same-sex relationships are capable of being both conjugal and lengthy, but individuals in such relationships are nonetheless denied access to the court-enforced system of support provided by the *FLA*. This differential treatment is on the basis of a personal characteristic, namely sexual orientation, that, in previous jurisprudence, has been found to be analogous to those characteristics specifically enumerated in s.15(1).

3

The crux of the issue is that this differential treatment discriminates in a substantive sense by violating the human dignity of individuals in same-sex relationships. As *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, established, the inquiry into substantive discrimination is to be undertaken in a purposive and contextual manner. In the present appeal, several factors are important to consider. First,

atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l’affirmative, si la loi est néanmoins sauvegardée par l’article premier de la *Charte*. En outre, M. a été autorisée à former un pourvoi incident sur la question de la réparation appropriée et des dépens.

Notre opinion relativement à la question principale peut être résumée de la façon suivante. La définition du mot «conjoint» à l’art. 29 de la *LDF* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Cette définition, qui ne s’applique qu’à la partie III de la *LDF*, établit une distinction entre les personnes qui forment une union conjugale d’une durée déterminée avec une personne de sexe différent et celles qui forment une union conjugale d’une durée déterminée avec une personne du même sexe. Nous soulignons que la définition donnée au mot «conjoint» au par. 1(1) de la *LDF*, laquelle s’applique à d’autres parties de la *LDF*, ne vise que les personnes mariées et n’est pas en cause dans le présent pourvoi. Essentiellement, la définition du mot «conjoint» à l’art. 29 de la *LDF* étend l’obligation alimentaire entre conjoints, que l’on retrouve à la partie III de la *LDF*, au-delà du cercle des personnes mariées de manière à inclure les personnes formant une union conjugale d’une certaine permanence avec une personne de sexe différent. Les unions entre personnes de même sexe peuvent à la fois être conjugales et durables, mais les personnes qui forment de telles unions se voient néanmoins refuser l’accès au régime de l’obligation alimentaire prévu par la *LDF* et mis en application par les tribunaux. Cette différence de traitement est fondée sur une caractéristique personnelle, savoir l’orientation sexuelle, que la jurisprudence antérieure a jugée analogue aux caractéristiques expressément mentionnées au par. 15(1).

Le nœud de la question en litige est que cette différence de traitement établit réellement une discrimination en portant atteinte à la dignité humaine des personnes formant une union avec une personne du même sexe. Comme il a été établi dans *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, c’est en fonction de l’objet visé et du contexte qu’il faut entreprendre l’analyse relative à la discrimination réelle. Dans le

individuals in same-sex relationships face significant pre-existing disadvantage and vulnerability, which is exacerbated by the impugned legislation. Second, the legislation at issue fails to take into account the claimant's actual situation. Third, there is no compelling argument that the ameliorative purpose of the legislation does anything to lessen the charge of discrimination in this case. Fourth, the nature of the interest affected is fundamental, namely the ability to meet basic financial needs following the breakdown of a relationship characterized by intimacy and economic dependence. The exclusion of same-sex partners from the benefits of the spousal support scheme implies that they are judged to be incapable of forming intimate relationships of economic interdependence, without regard to their actual circumstances. Taking these factors into account, it is clear that the human dignity of individuals in same-sex relationships is violated by the definition of "spouse" in s. 29 of the *FLA*.

This infringement is not justified under s.1 of the *Charter* because there is no rational connection between the objectives of the spousal support provisions and the means chosen to further this objective. The objectives were accurately identified by Charron J.A., in the court below, as providing for the equitable resolution of economic disputes when intimate relationships between financially interdependent individuals break down, and alleviating the burden on the public purse to provide for dependent spouses. Neither of these objectives is furthered by the exclusion of individuals in same-sex couples from the spousal support regime. If anything, these goals are undermined by this exclusion.

In this case, the remedy of reading in is inappropriate, as it would unduly recast the legislation, and striking down the *FLA* as a whole is excessive. Therefore the appropriate remedy is to declare s. 29 of no force and effect and to suspend the

présent pourvoi, il importe de tenir compte de plusieurs facteurs. Premièrement, les personnes formant une union avec une personne du même sexe sont déjà très défavorisées et vulnérables, ce qu'accroît la loi contestée. Deuxièmement, la loi en litige ne tient pas compte de la situation véritable de la demanderesse. Troisièmement, aucun argument convaincant ne permet de soutenir que l'objet d'amélioration de la loi atténuée de quelque façon l'allégation de discrimination dans la présente affaire. Quatrièmement, la nature du droit touché est fondamentale, savoir la capacité de subvenir à des besoins financiers de base après la rupture d'une union caractérisée par l'intimité et la dépendance financière. L'exclusion des partenaires de même sexe du bénéfice du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints laisse entendre qu'ils sont jugés incapables de former des unions intimes marquées par l'interdépendance financière, peu importe leur situation. Si l'on prend en considération ces facteurs, il est manifeste que la définition du mot «conjoint» à l'art. 29 de la *LDF* porte atteinte à la dignité humaine des personnes qui forment une union avec une personne du même sexe.

L'atteinte n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* parce qu'il n'y a pas de lien rationnel entre les objectifs des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints et les moyens choisis pour réaliser cet objectif. Le juge Charron de la Cour d'appel a bien cerné les objectifs qui consistent à assurer le règlement équitable des différends d'ordre économique qui surviennent lorsque prennent fin des unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes et à alléger le fardeau financier de l'État qui assume l'entretien des conjoints dépendants. L'exclusion des membres des couples de même sexe du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints ne favorise aucun de ces objectifs. Au contraire, cette exclusion fait obstacle à leur réalisation.

Dans la présente affaire, il ne convient pas de recourir à l'interprétation large dont l'effet serait de remanier indûment la loi, et il serait excessif d'annuler la *LDF* dans son entier. Par conséquent, la réparation appropriée consiste à déclarer que

4

5

application of the declaration for a period of six months.

6 In our elaboration of this position in these joint reasons, Cory J. has addressed the issues of mootness and the breach of s. 15(1) of the *Charter*. Iacobucci J. has addressed s. 1 of the *Charter*, the appropriate remedy, costs and the disposition.

CORY J. —

7 At the outset, it must be stressed that the questions to be answered are narrow and precise in their scope. The *FLA* provides a means whereby designated persons may apply to the court for support from a spouse or, if unmarried, from a man or woman with whom they lived in an opposite-sex conjugal relationship. The Act specifically extends the obligation for support beyond married persons who, as a result of their married status, have additional rights under the Act.

8 The question to be resolved is whether the extension of the right to seek support to members of unmarried opposite-sex couples infringes s. 15(1) of the *Charter* by failing to provide the same rights to members of same-sex couples.

II. Factual Background

9 M. and H. are women who met while on vacation in 1980. It is agreed that in 1982 they started living together in a same-sex relationship that continued for at least five years. That relationship may have lasted ten years, but that figure is disputed by H. During that time they occupied a home which H. had owned since 1974. H. paid for the upkeep of the home, but the parties agreed to share living expenses and household responsibilities equally. At the time, H. was employed in an advertising firm and M. ran her own company.

l'art. 29 est inopérant et à suspendre l'application de la déclaration pendant six mois.

Pour élaborer cette position dans les présents motifs conjoints, le juge Cory a examiné les questions se rapportant au caractère théorique du pourvoi et à la violation du par. 15(1) de la *Charte*. Le juge Iacobucci a traité de l'article premier de la *Charte*, de la réparation qu'il convient d'accorder, des dépens et du dispositif.

LE JUGE CORY —

Au point de départ, il convient d'insister sur la portée étroite et bien précise des questions à trancher. La *LDF* prévoit que les personnes qui y sont désignées peuvent s'adresser à un tribunal pour obtenir des aliments d'un conjoint ou, lorsqu'elles ne sont pas mariées, de l'homme ou de la femme avec qui elles forment une union conjugale entre personnes de sexe différent. La Loi assujettit expressément d'autres personnes que les personnes mariées à l'obligation alimentaire, tout en accordant à ces dernières des droits supplémentaires en raison de leur état de personnes mariées.

La question à résoudre est de savoir si l'attribution du droit de demander des aliments aux membres des couples de sexe différent non mariés viole le par. 15(1) de la *Charte* parce que les mêmes droits ne sont pas accordés aux membres des couples de même sexe.

II. Les faits

M. et H. se sont rencontrées en vacances en 1980. Les parties conviennent que les deux femmes ont commencé à vivre ensemble en 1982 et que cette union entre personnes de même sexe a duré pendant au moins cinq ans. Il se peut que l'union ait tenu dix ans, mais H. conteste ce chiffre. Au cours de cette période, elles ont occupé une maison que H. possédait depuis 1974. H. payait pour l'entretien de la maison, mais les parties avaient convenu de partager à parts égales les dépenses courantes et les responsabilités domestiques. À l'époque, H. travaillait pour une agence de publicité et M. exploitait sa propre entreprise.

In 1982, M. and H. started their own advertising business. The business enjoyed immediate success and was the main source of income for the couple during the relationship. H.'s contribution to this company was greater than that of M. Epstein J., the trial judge, observed that this disparity was probably due to the fact that M. had no previous experience in advertising, and, as time went on, she was content to devote more of her time to domestic tasks rather than the business. Nevertheless, the parties continued to be equal shareholders in the company.

In 1983, M. and H. purchased a business property together. In 1986, they purchased as joint tenants a vacation property in the country. They later sold the business property and used the proceeds to finance the construction of a home on the country property.

As a result of a dramatic downturn in the advertising business in the late 1980s, the parties' debt increased significantly. H. took a job outside the firm and placed a mortgage on her home to pay for her expenses and those of M. M. also tried to find employment but was unsuccessful. Her company, which she had continued to run on a casual basis throughout the relationship, produced very little income.

By September of 1992, M. and H.'s relationship had deteriorated. H. was concerned about what she perceived to be an unfair disparity in their relative financial contributions. H. presented M. with a draft agreement to settle their affairs. The same day that the agreement was presented, M. took some of her personal belongings and left the common home. Upon M.'s departure, H. changed the locks on the house.

The parties did not divide the personal property or household contents. M. alleged that she encountered serious financial problems after the separation. In October 1992, M. sought an order for partition and sale of the house; a declaration that she was the beneficial owner of certain lands and

En 1982, M. et H. ont mis sur pied leur propre agence de publicité. L'entreprise a connu immédiatement le succès et a été la principale source de revenus du couple au cours de l'union. La contribution de H. à cette entreprise était supérieure à celle de M. En première instance, le juge Epstein a fait observer que cette inégalité était probablement imputable au fait que M. n'avait aucune expérience dans le domaine de la publicité et que, le temps passant, elle ne demandait pas mieux que de se consacrer plus aux tâches domestiques qu'à l'entreprise. Néanmoins, les parties ont continué d'être des actionnaires égales de l'entreprise.

En 1983, M. et H. ont acheté ensemble un bien d'entreprise. En 1986, elles ont acquis à titre de copropriétaires une propriété de vacances à la campagne. Elles ont par la suite vendu le bien d'entreprise et ont utilisé le produit de la vente pour financer la construction d'une maison sur la propriété à la campagne.

Par suite d'un fléchissement marqué du marché de la publicité à la fin des années 80, la dette des parties s'est accrue considérablement. H. a pris un emploi à l'extérieur de l'entreprise et a hypothéqué sa maison pour payer ses dépenses et celles de M. Cette dernière a aussi cherché de l'emploi, mais n'a eu aucun succès. Son entreprise, qu'elle avait continué d'exploiter de façon épisodique au cours des années qu'a duré l'union, produisait très peu de revenus.

En septembre 1992, les rapports entre M. et H. s'étaient détériorés. H. était préoccupée par l'inégalité de leurs contributions financières respectives, qu'elle jugeait injuste. H. a présenté à M. une proposition de règlement de leurs affaires. Le jour même, M. prenait une partie de ses affaires personnelles et quittait la maison du couple. Après le départ de M., H. a fait changer les serrures de la maison.

Les parties n'ont pas partagé les biens personnels ni les biens du ménage. M. a allégué qu'elle avait éprouvé de graves difficultés financières après la séparation. En octobre 1992, M. a sollicité une ordonnance de partage et de vente de la maison, un jugement déclaratoire portant qu'elle était

10

11

12

13

14

premises owned by H. and by the companies M. named as defendants; and an accounting of the transactions carried out by the companies. By Notice of Cross-Application, H. and the corporate defendants sought damages for slander of title, partition and sale of property, the repayment of certain loans, and other relief. M. then amended her application to include a claim for support pursuant to the provisions of the *FLA*, and served Notice of a Constitutional Question challenging the validity of the definition of “spouse” in s. 29 of the Act.

propriétaire à titre bénéficiaire de certains terrains et locaux appartenant à H. et aux entreprises désignées comme défenderesses ainsi qu’une reddition de comptes quant aux opérations effectuées par les entreprises. Par voie d’avis de demande reconventionnelle, H. et les entreprises défenderesses ont demandé des dommages-intérêts en diffamation concernant un titre, le partage et la vente des biens, le remboursement de certains prêts et d’autres réparations. M. a alors modifié sa demande pour y inclure une demande d’aliments conformément aux dispositions de la *LDF*, et elle a signifié un avis de question constitutionnelle contestant la validité de la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29 de la Loi.

15 H. brought a motion under Rule 20 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, for summary judgment or, alternatively, for the determination of a question of law under Rule 21. The motions were heard by Epstein J., who dismissed the motion for summary judgment in February 1994, but adjourned the Rule 21 motion until this Court’s judgment in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, was released.

H. a présenté une requête sous le régime de la règle 20 des *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, pour obtenir un jugement sommaire ou, subsidiairement, pour faire trancher une question de droit aux termes de la règle 21. Les requêtes ont été entendues par le juge Epstein, qui a rejeté la requête en jugement sommaire en février 1994, mais a ajourné la requête fondée sur la règle 21 jusqu’au prononcé par notre Cour de l’arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

16 In February 1996, Epstein J. released her judgment on the constitutional issues. She held that s. 29 of the *FLA* offends s. 15(1) of the *Charter*, and that it is not saved by s. 1. H. appealed the judgment and was joined in the appeal by the intervener, the Attorney General for Ontario.

En février 1996, le juge Epstein a rendu jugement sur les questions constitutionnelles. Elle a statué que l’art. 29 de la *LDF* violait le par. 15(1) de la *Charte* et n’était pas sauvegardé par l’article premier. H. a interjeté appel de ce jugement et l’intervenant, le procureur général de l’Ontario, s’est joint à elle.

17 The Ontario Court of Appeal ultimately upheld this decision, but suspended implementation of the declaration of invalidity for one year, to give the Ontario legislature time to amend the *FLA*. Neither of the respondents appealed this decision. Leave to appeal to this Court was ultimately granted to the Attorney General for Ontario on the condition that M.’s costs were to be paid regardless of the outcome. M. was also granted the right to cross-appeal with respect to the Court of Appeal’s one-

La Cour d’appel de l’Ontario a finalement maintenu cette décision, mais a suspendu la déclaration d’invalidité pour une période d’un an, afin de donner au législateur ontarien le temps de modifier la *LDF*. Ni l’une ni l’autre des intimées n’a interjeté appel de cet arrêt. L’autorisation de se pourvoir devant notre Cour a finalement été accordée au procureur général de l’Ontario à la condition que les dépens de M. lui soient payés quelle que soit l’issue de la cause. M. a aussi obtenu la permission de former un pourvoi incident quant à la suspension pour un an de la déclaration d’invalidité

year suspension of the declaration, and the issue of costs.

Shortly before the appeal was heard in this Court, M. and H. concluded a settlement of the financial issues raised in the proceedings.

III. Relevant Statutory Provisions

Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3

1. — (1) In this Act,

. . . .

“cohabit” means to live together in a conjugal relationship, whether within or outside marriage;

. . . .

“spouse” means either of a man and woman who

- (a) are married to each other, or
- (b) have together entered into a marriage that is voidable or void, in good faith on the part of the person asserting a right under this Act.

(2) In the definition of “spouse”, a reference to marriage includes a marriage that is actually or potentially polygamous, if it was celebrated in a jurisdiction whose system of law recognizes it as valid.

29. In this Part,

. . . .

“spouse” means a spouse as defined in subsection 1 (1), and in addition includes either of a man and woman who are not married to each other and have cohabited,

- (a) continuously for a period of not less than three years, or
- (b) in a relationship of some permanence, if they are the natural or adoptive parents of a child.

30. Every spouse has an obligation to provide support for himself or herself and for the other spouse, in accordance with need, to the extent that he or she is capable of doing so.

31. — (1) Every parent has an obligation to provide support, in accordance with need, for his or her unmar-

ordonnée par la Cour d’appel et à la question des dépens.

Peu avant l’audition du pourvoi par notre Cour, M. et H. ont conclu une entente sur les questions financières du litige.

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3

1 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . . .

«cohabiter» Vivre ensemble dans une union conjugale, qu’il y ait eu mariage ou non.

«conjoint» Soit l’homme, soit la femme qui, selon le cas:

- a) sont mariés ensemble,
- b) ont contracté, de bonne foi selon la personne qui fait valoir un droit en vertu de la présente loi, un mariage nul de nullité relative ou absolue.

. . . .

(2) Dans la définition du terme «conjoint», un renvoi au mariage comprend un mariage qui est véritablement ou virtuellement polygamique s’il a été célébré dans une compétence où la polygamie est reconnue par le régime juridique.

29 Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

«conjoint» S’entend au sens du paragraphe 1 (1). Sont également compris l’homme et la femme qui ne sont pas mariés ensemble et qui ont cohabité, selon le cas:

- a) de façon continue depuis au moins trois ans;
- b) dans une relation d’une certaine permanence, s’ils sont les parents naturels ou adoptifs d’un enfant.

. . . .

30 Chaque conjoint est tenu de subvenir à ses propres besoins et à ceux de son conjoint, dans la mesure de ses capacités et des besoins.

31 (1) Le père et la mère sont tenus de fournir des aliments à leur enfant non marié qui est mineur ou qui

18

19

ried child who is a minor or is enrolled in a full time program of education, to the extent that the parent is capable of doing so.

(2) The obligation under subsection (1) does not extend to a child who is sixteen years of age or older and has withdrawn from parental control.

33. (1) A court may, on application, order a person to provide support for his or her dependants and determine the amount of support.

(2) An application for an order for the support of a dependant may be made by the dependant or the dependant's parent.

. . . .

(7) An order for the support of a child should,

- (a) recognize that each parent has an obligation to provide support for the child;
- (b) recognize that the obligation of a natural or adoptive parent outweighs the obligation of a parent who is not a natural or adoptive parent; and
- (c) apportion the obligation according to the capacities of the parents to provide support.

(8) An order for the support of a spouse should,

- (a) recognize the spouse's contribution to the relationship and the economic consequences of the relationship for the spouse;
- (b) share the economic burden of child support equitably;
- (c) make fair provision to assist the spouse to become able to contribute to his or her own support; and
- (d) relieve financial hardship, if this has not been done by orders under Parts I (Family Property) and II (Matrimonial Home).

(9) In determining the amount and duration, if any, of support in relation to need, the court shall consider all the circumstances of the parties, including,

suit un programme d'études à temps plein, dans la mesure de leurs capacités et des besoins.

(2) L'obligation prévue au paragraphe (1) ne s'applique pas à l'enfant de seize ans ou plus qui s'est soustrait à l'autorité parentale.

33 (1) Le tribunal peut, à la suite d'une requête, ordonner à une personne de fournir des aliments à ses personnes à charge, et fixer le montant de ces aliments.

(2) La requête relative à une ordonnance alimentaire à l'égard d'une personne à charge peut être présentée par la personne à charge ou le père ou la mère de la personne à charge.

. . . .

(7) L'ordonnance alimentaire à l'égard d'un enfant devrait:

- a) reconnaître que le père et la mère sont également tenus de fournir des aliments à l'enfant;
- b) reconnaître que l'obligation des parents naturels ou adoptifs dépasse celle des parents qui ne sont ni parents naturels ni parents adoptifs;
- c) répartir l'obligation entre les parents en fonction de leurs capacités de fournir des aliments.

(8) L'ordonnance alimentaire à l'égard d'un conjoint devrait:

- a) reconnaître l'apport du conjoint à l'union et les conséquences économiques de l'union pour le conjoint;
- b) distribuer équitablement le fardeau économique que représentent les aliments à fournir à un enfant;
- c) comprendre des dispositions équitables en vue d'aider le conjoint à devenir capable de subvenir à ses propres besoins;
- d) alléger les difficultés financières, si les ordonnances rendues en vertu de la partie I (Biens familiaux) et de la partie II (Foyer conjugal) ne l'ont pas fait.

(9) Dans le calcul du montant et de la durée des aliments éventuellement dus en fonction des besoins, le tribunal tient compte de la situation globale des parties, notamment des points suivants:

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> (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; (k) if the dependant is a child, <ul style="list-style-type: none"> (i) the child's aptitude for and reasonable prospects of obtaining an education, and (ii) the child's need for a stable environment; (l) if the dependant is a spouse, <ul style="list-style-type: none"> (i) the length of time the dependant and respondent cohabited, (ii) the effect on the spouse's earning capacity of the responsibilities assumed during cohabitation, (iii) whether the spouse has undertaken the care of a child who is of the age of eighteen years or over and unable by reason of illness, disability or other cause to withdraw from the charge of his or her parents, (iv) whether the spouse has undertaken to assist in the continuation of a program of education for a child eighteen years of age or over | <ul style="list-style-type: none"> 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; k) si la personne à charge est un enfant: <ul style="list-style-type: none"> (i) son aptitude aux études et ses perspectives raisonnables d'y accéder, (ii) son besoin d'un environnement stable; l) si la personne à charge est un conjoint: <ul style="list-style-type: none"> (i) la durée de sa cohabitation avec l'intimé, (ii) l'effet des responsabilités dont le conjoint s'est chargé pendant la cohabitation sur sa capacité de gain, (iii) les soins que le conjoint a pu fournir à un enfant qui a dix-huit ans ou plus et qui est incapable, en raison d'une maladie, d'une invalidité ou pour un autre motif, de se soustraire à la dépendance parentale, (iv) l'aide que le conjoint a pu apporter à la continuation de l'éducation d'un enfant de dix-huit ans ou plus qui est incapable pour |
|--|--|

who is unable for that reason to withdraw from the charge of his or her parents,

- (v) any housekeeping, child care or other domestic service performed by the spouse for the family, as if the spouse were devoting the time spent in performing that service in remunerative employment and were contributing the earnings to the family's support,
- (vi) the effect on the spouse's earnings and career development of the responsibility of caring for a child; and
- (m) any other legal right of the dependant to support, other than out of public money.

. . .

53. — (1) A man and a woman who are cohabiting or intend to cohabit and who are not married to each other may enter into an agreement in which they agree on their respective rights and obligations during cohabitation, or on ceasing to cohabit or on death, including,

- (a) ownership in or division of property;
- (b) support obligations;
- (c) the right to direct the education and moral training of their children, but not the right to custody of or access to their children; and
- (d) any other matter in the settlement of their affairs.

(2) If the parties to a cohabitation agreement marry each other, the agreement shall be deemed to be a marriage contract.

54. A man and a woman who cohabited and are living separate and apart may enter into an agreement in which they agree on their respective rights and obligations, including,

- (a) ownership in or division of property;
- (b) support obligations;
- (c) the right to direct the education and moral training of their children;
- (d) the right to custody of and access to their children; and

cette raison de se soustraire à la dépendance parentale,

- (v) les travaux ménagers ou domestiques que le conjoint a faits pour la famille, ainsi que les soins donnés aux enfants, comme si le conjoint consacrait ce temps à un emploi rémunéré et apportait les gains de cet emploi au soutien de la famille,
- (vi) l'effet, sur les gains du conjoint et sur son développement professionnel, de la responsabilité qui consiste à prendre soin d'un enfant;
- m) les autres droits alimentaires de la personne à charge, sauf ceux qui seraient prélevés sur les deniers publics.

. . .

53 (1) L'homme et la femme qui ne sont pas mariés ensemble et qui cohabitent ou ont l'intention de cohabiter peuvent conclure un accord afin de convenir de leurs obligations et droits respectifs dans le cadre de la cohabitation ou à la fin de la cohabitation ou au décès, y compris:

- a) la propriété ou le partage de biens;
- b) les obligations alimentaires;
- c) le droit de diriger l'éducation et la formation morale de leurs enfants, mais non le droit de garde ou de visite;
- d) toute autre question relative au règlement de leurs affaires.

(2) Si les parties à l'accord de cohabitation se marient ensemble, l'accord est réputé un contrat de mariage.

54 L'homme et la femme qui cohabitaient et qui vivent séparés de corps peuvent conclure un accord afin de convenir de leurs obligations et droits respectifs, y compris:

- a) la propriété ou le partage de biens;
- b) les obligations alimentaires;
- c) le droit de diriger l'éducation et la formation morale de leurs enfants;
- d) le droit de garde et de visite de leurs enfants;

(e) any other matter in the settlement of their affairs.

Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)

15. . . .

(2) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring one spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of

- (a) the other spouse;
- (b) any or all children of the marriage; or
- (c) the other spouse and any or all children of the marriage.

(3) Where an application is made under subsection (2), the court may, on application by either or both spouses, make an interim order requiring one spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of

- (a) the other spouse,
- (b) any or all children of the marriage, or
- (c) the other spouse and any or all children of the marriage,

pending determination of the application under subsection (2).

. . . .

(7) An order made under this section that provides for the support of a spouse should

- (a) recognize any economic advantages or disadvantages to the spouses arising from the marriage or its breakdown;
- (b) apportion between the spouses any financial consequences arising from the care of any child of the marriage over and above the obligation apportioned between the spouses pursuant to subsection (8);
- (c) relieve any economic hardship of the spouses arising from the breakdown of the marriage; and
- (d) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each spouse within a reasonable period of time.

e) toute autre question relative au règlement de leurs affaires.

Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.)

15. . . .

(2) Le tribunal compétent peut, sur demande des époux ou de l'un d'eux, rendre une ordonnance enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments:

- a) de l'autre époux;
- b) des enfants à charge ou de l'un d'eux;
- c) de l'autre époux et des enfants à charge ou de l'un d'eux.

(3) Le tribunal peut, sur demande des époux ou de l'un d'eux, rendre une ordonnance provisoire enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, dans l'attente d'une décision sur la demande visée au paragraphe (2), la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments:

- a) de l'autre époux;
- b) des enfants à charge ou de l'un d'eux;
- c) de l'autre époux et des enfants à charge ou de l'un d'eux.

. . . .

(7) L'ordonnance rendue pour les aliments d'un époux conformément au présent article vise:

- a) à prendre en compte les avantages ou inconvénients économiques qui découlent pour les époux du mariage ou de son échec;
- b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin des enfants à charge, en sus de l'obligation financière dont il est question au paragraphe (8);
- c) à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;
- d) à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

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

IV. Judgments Below

A. *Ontario Court (General Division)* (1996), 27 O.R. (3d) 593

20 Epstein J. found it was neither necessary nor appropriate to determine whether financial dependency actually existed between M. and H. Instead, she held that there was sufficient evidence to support the conclusion reached by Iacobucci J. in *Egan, supra*, at para. 197, that same-sex relationships are capable of giving rise to economic interdependence.

21 Turning to consider the *Charter* issues, Epstein J. noted that all parties conceded that s. 29 of the *FLA* violated s. 15(1) of the *Charter*. Nevertheless, the parties had submitted ample evidence to allow her to conduct a full analysis of the s. 15(1) issue on its merits. Citing this Court's decisions in *Egan, Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, and *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627, she followed a three-step approach to s. 15(1): (1) does the law draw a distinction between the claimant and others; (2) if so, does this distinction result in the imposition of a burden, obligation or disadvantage not placed on others or the failure to provide a benefit given to others; (3) is the distinction based on a personal characteristic enumerated in s. 15(1) or an analogous ground?

Charte canadienne des droits et libertés

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

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

IV. Les jugements dont appel

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1996), 27 O.R. (3d) 593

Le juge Epstein a conclu qu'il n'était ni nécessaire ni approprié de déterminer s'il y avait vraiment dépendance financière entre M. et H. Elle a plutôt conclu qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la conclusion à laquelle le juge Iacobucci était arrivé dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 197, selon laquelle les unions entre personnes de même sexe pouvaient donner lieu à une interdépendance financière.

Abordant les questions relatives à la *Charte*, le juge Epstein a fait remarquer que toutes les parties avaient concédé que l'art. 29 de la *LDF* violait le par. 15(1) de la *Charte*. Les parties avaient malgré tout produit une preuve abondante qui lui permettait d'examiner en profondeur et quant au fond la question relative au par. 15(1). Citant les arrêts *Egan, Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, et *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, le juge Epstein a suivi une méthode en trois étapes en ce qui concerne le par. 15(1): (1) La loi établit-elle une distinction entre la demanderesse et d'autres personnes? (2) Dans l'affirmative, cette distinction impose-t-elle des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres, ou prive-t-elle la demanderesse d'un avantage accordé à d'autres? (3) La distinction est-elle fondée sur une caractéristique personnelle mentionnée au par. 15(1) ou sur un motif analogue?

Following this approach, Epstein J. concluded first that s. 29 of the *FLA* draws a distinction between opposite-sex partners and same-sex partners. She further held that the exclusion of same-sex couples from the definition of “spouse” in s. 29 denies a dependent same-sex spouse the benefit and protection of the law that is afforded a dependent opposite-sex spouse, as well as the choice of being publicly recognized as a common-law couple. Epstein J., relying on this Court’s holding in *Egan* that sexual orientation is an analogous ground, ultimately concluded that the definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA* violates s. 15(1) of the *Charter*.

Epstein J. also noted that some members of this Court would, as part of the s. 15 analysis, determine whether the distinction made by the legislation was relevant to the functional values underlying the law. She found that the support provisions of the *FLA* were intended to address the economic consequences of the breakdown of a relationship of some permanence and held that the exclusion of same-sex couples from s. 29 is not relevant to those values. She concluded therefore that under either analytical approach, s. 29 of the *FLA* contravened s. 15(1) of the *Charter*.

Epstein J. then turned to consider whether the legislation is saved by s. 1 of the *Charter*. She found that the spousal support provisions in the *FLA* are intended to protect those who become economically dependent in a relationship marked by marriage or intimate cohabitation, and who require assistance in becoming self-sufficient upon the breakdown of that relationship. She held that the objective of the provisions was pressing and substantial.

Turning next to the proportionality test, Epstein J. reasoned that the objective of the provisions is not attained by denying otherwise eligible

Après avoir appliqué cette méthode, le juge Epstein a conclu que, premièrement, l’art. 29 de la *LDF* établit une distinction entre partenaires de sexe différent et partenaires de même sexe. Elle a en outre conclu que l’exclusion des couples de même sexe de la définition du mot «conjoint» à l’art. 29 prive le conjoint de même sexe se trouvant à la charge de son partenaire du bénéficiaire et de la protection de la loi qui sont accordés au conjoint de sexe différent placé dans la même situation, en plus d’enlever aux couples de même sexe la possibilité de décider de se faire publiquement reconnaître comme conjoints de fait. S’appuyant sur l’arrêt *Egan* dans lequel notre Cour a statué que l’orientation sexuelle est un motif analogue, le juge Epstein a finalement conclu que la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29 de la *LDF* violait le par. 15(1) de la *Charte*.

Le juge Epstein a également noté que selon certains juges de notre Cour, il y a lieu, dans le cadre de l’analyse fondée sur l’art. 15, de déterminer si la distinction établie par la loi est pertinente quant aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi. Elle a statué que les dispositions relatives à l’obligation alimentaire de la *LDF* avaient pour but d’atténuer les conséquences économiques de la rupture d’une union d’une certaine permanence et que l’exclusion des couples de même sexe de l’art. 29 n’était pas pertinente quant à ces valeurs. Elle a donc conclu que, quelle que soit la méthode d’analyse retenue, l’art. 29 de la *LDF* contrevenait au par. 15(1) de la *Charte*.

Le juge Epstein a ensuite examiné la question de savoir si la loi était sauvegardée par l’article premier de la *Charte*. Elle a conclu que les dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* visaient à protéger ceux qui deviennent financièrement dépendants au cours d’une union caractérisée par le mariage ou la cohabitation intime, et qui ont besoin d’aide pour recouvrer leur autonomie à la rupture de l’union. Elle a jugé que l’objectif des dispositions était urgent et réel.

Abordant ensuite le critère de proportionnalité, le juge Epstein a conclu que l’on ne réalisait nullement l’objectif des dispositions en se fondant sur

22

23

24

25

persons access to a means of redress on the basis of their sexual orientation. She therefore held that the exclusion of same-sex couples is not rationally connected to the legislative objective. She reasoned that to justify this exclusion, those who seek to uphold the legislation would have to show that economically interdependent family units typically involve opposite-sex couples, and that economically interdependent relationships between same-sex partners are an anomaly. Epstein J. found that the evidence before her did not discharge this onus. Further, she rejected the Attorney General's argument that M.'s s. 15 rights were minimally impaired because she was still fully entitled to litigate her property claims. She found that other forms of redress are not relevant to a *Charter* claim: "discrimination is discrimination, regardless of what the aggrieved person may be able to do to ease the pain" (p. 613).

l'orientation sexuelle pour refuser d'accorder à des personnes par ailleurs admissibles le moyen d'obtenir réparation. Elle a donc statué que l'exclusion des couples de même sexe n'était pas rationnellement liée à l'objectif législatif. Elle a conclu que pour justifier cette exclusion, ceux qui cherchent à faire confirmer la validité de la loi doivent prouver que l'interdépendance financière au sein des familles survient d'ordinaire chez les couples de sexe différent et que l'interdépendance financière entre partenaires de même sexe est une anomalie. Le juge Epstein a statué que la preuve soumise ne permettait pas de s'acquitter de ce fardeau. En outre, elle a rejeté l'argument du procureur général qui soutenait qu'il y avait atteinte minimale aux droits garantis à M. par l'art. 15 puisque celle-ci conservait le droit de s'adresser aux tribunaux pour faire valoir ses réclamations fondées sur le droit des biens. Elle a conclu que les autres formes de réparation ne sont pas pertinentes lorsqu'il s'agit d'une demande fondée sur la *Charte*: [TRADUCTION] «la discrimination demeure, peu importe ce que la personne lésée peut être en mesure de faire pour atténuer la souffrance» (p. 613).

26 In evaluating next the proportionality between the effects of the legislation and its objective, Epstein J. concluded that the importance of providing an opportunity for some couples to claim support does not justify the infringement of the equality rights of other couples who are prevented from doing so for constitutionally irrelevant reasons. Epstein J. further noted that while some people may hold strong feelings about traditional family forms, granting same-sex couples access to the courts to pursue benefit claims will not affect the formation of opposite-sex unions.

Évaluant ensuite la proportionnalité entre les effets de la loi et son objectif, le juge Epstein a conclu que l'importance de permettre à certains couples de demander des aliments ne justifie pas l'atteinte portée aux droits à l'égalité d'autres couples qui sont empêchés de le faire pour des motifs non pertinents sur le plan constitutionnel. Le juge Epstein a ajouté que même si certains ont des idées bien arrêtées sur les formes de la famille traditionnelle, accorder aux couples de même sexe l'accès aux tribunaux afin qu'ils puissent demander une indemnité n'aura aucun effet sur la formation des unions entre personnes de sexe différent.

27 Epstein J. considered the issue of legislative deference. She noted that unlike *Egan*, the possibility of increased demand for public funds is not an issue in this case. Rather, extending the spousal support provisions to cover same-sex couples results in decreased government expenditures because fewer people will need to look to social assistance upon the breakdown of a relationship. She also found that the Ontario legislature made it

Le juge Epstein a examiné la question de la retenue dont il fallait faire preuve à l'égard du choix du législateur. Elle a souligné que, contrairement à l'arrêt *Egan*, la possibilité d'une augmentation du fardeau financier de l'État n'était pas en cause en l'espèce. Au contraire, élargir le champ d'application des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de manière à viser les couples de même sexe a pour effet de réduire les

clear that it cannot or will not move to redress this inequality. She noted that a bill that would have made the changes requested by M. was voted down in 1994, and that the Attorney General for Ontario opposed such an extension in this case. She concluded it was not realistic to regard the current state of Ontario law on this issue as part of a process of legislative reform.

Epstein J. held that s. 29 of the *FLA* is of no force and effect to the extent that it excludes same-sex couples from its definition of “spouse”. She declared that the words “a man and woman” are to be severed from s. 29, and in their place the words “two persons” are to be read into the definition.

B. *Ontario Court of Appeal* (1996), 31 O.R. (3d) 417

1. Charron J.A., Doherty J.A. concurring

At the outset, Charron J.A. determined that a consideration of the relevance of the discriminatory distinction to the functional values of the legislation is better left to the s. 1 analysis. She adopted the approach to the s. 15(1) analysis set out by Cory J. in *Egan, supra*, and by McLachlin J. in *Miron, supra*.

Charron J.A. found that the distinction created by the legislation was between members of same-sex couples and members of unmarried opposite-sex couples. As such, the ability to marry was not at issue; instead, the inclusion of unmarried opposite-sex couples in the spousal support scheme opened the door to M.’s inequality claim.

Charron J.A. went on to conclude that same-sex couples are capable of meeting all the require-

dépenses de l’État parce que moins de personnes devront avoir recours à l’aide sociale à la rupture d’une union. Elle a aussi conclu que le législateur ontarien avait clairement indiqué qu’il ne pouvait ou ne voulait pas corriger cette inégalité. Elle a noté qu’un projet de loi qui aurait apporté les modifications demandées par M. avait été rejeté par la législature en 1994, et que le procureur général de l’Ontario s’opposait à cet élargissement du champ d’application de la loi dans la présente affaire. Elle a conclu qu’il n’était pas réaliste de considérer l’état actuel du droit ontarien sur la question comme une étape conduisant à une réforme législative.

Le juge Epstein a conclu que l’art. 29 de la *LDF* est inopérant dans la mesure où il exclut les couples de même sexe de la définition du mot «conjoint». Elle a déclaré que les mots «l’homme et la femme» doivent être retranchés de l’art. 29 et être remplacés, par recours à l’interprétation large, par les mots «deux personnes».

B. *La Cour d’appel de l’Ontario* (1996), 31 O.R. (3d) 417

1. Le juge Charron, avec l’appui du juge Doherty

Dès le départ, le juge Charron a statué qu’il était préférable d’examiner la pertinence de la distinction discriminatoire quant aux valeurs fonctionnelles de la loi dans le cadre de l’analyse fondée sur l’article premier. Elle a adopté la méthode établie par le juge Cory dans l’arrêt *Egan*, précité, et par le juge McLachlin dans *Miron*, précité, pour effectuer l’analyse fondée sur le par. 15(1).

Le juge Charron a conclu que la loi créait une distinction entre les membres des couples de même sexe et les membres des couples de sexe différent non mariés. La capacité de se marier en tant que telle n’était pas en cause, c’est plutôt que l’inclusion des couples de sexe différent non mariés dans le régime de l’obligation alimentaire entre conjoints a permis à M. d’alléguer l’inégalité.

Le juge Charron a ensuite conclu que les couples de même sexe pouvaient satisfaire à toutes

28

29

30

31

ments in ss. 1(1) and 29 of the *FLA*, except the requirement that a spouse must be “either of a man and woman”. As such, she held that s. 29 draws a distinction based on sexual orientation. In light of this Court’s finding in *Egan* that sexual orientation is an analogous ground, she held that this distinction must constitute discrimination.

les exigences du par. 1(1) et de l’art. 29 de la *LDF*, sauf en ce qui concerne l’obligation pour un conjoint d’être soit l’homme, soit la femme. Elle a statué que l’art. 29, dans sa version actuelle, établissait une distinction fondée sur l’orientation sexuelle. À la lumière de l’arrêt *Egan* dans lequel notre Cour a jugé que l’orientation sexuelle est un motif analogue, elle a conclu que cette distinction constituait de la discrimination à coup sûr.

32 Turning to s. 1 of the *Charter*, Charron J.A. found that the general objective of the *FLA* was to provide for the equitable resolution of economic disputes that arise when intimate relationships between individuals who have become financially interdependent break down. Charron J.A. found that the support provisions in Part III of the *FLA* were aimed at furthering this objective, and were also intended to alleviate the burden on the public purse by shifting the obligation to support needy persons from the state to “spouses”, as defined by the Act, who had the capacity to provide support.

Passant à l’article premier de la *Charte*, le juge Charron a conclu que l’objectif général de la *LDF* était d’assurer le règlement équitable des différends d’ordre économique survenant à la rupture d’unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes. Le juge Charron a conclu que les dispositions relatives à l’obligation alimentaire de la partie III de la *LDF* visaient à favoriser la réalisation de cet objectif et à alléger le fardeau financier de l’État en faisant peser l’obligation de fournir des aliments aux personnes indigentes non plus sur l’État mais sur les «conjoints» au sens de la Loi qui sont en mesure de le faire.

33 Charron J.A. also concluded that access to the spousal support scheme was extended beyond married couples because it was neither fair nor effective to choose marriage as the exclusive marker to identify those intimate relationships which give rise to economic interdependence or those individuals who should bear the burden of providing support to the other member of a failed relationship. Charron J.A. concluded that the underlying objective of both the legislation and the support provisions was clearly pressing and substantial.

Le juge Charron a aussi conclu que l’accès au régime de l’obligation alimentaire entre conjoints a été étendu au-delà du cercle des couples mariés parce qu’il n’était ni juste ni efficace de retenir le mariage comme seul critère pour décider quelles unions intimes donnaient lieu à une interdépendance financière ou quel membre d’un couple désuni devait être tenu de fournir des aliments à l’autre. Le juge Charron a conclu que l’objectif sous-jacent de la loi et des dispositions relatives à l’obligation alimentaire était clairement urgent et réel.

34 Charron J.A. next considered the proportionality test. She noted that while the legislative provision could be found to be rationally connected to the objectives of the legislation, she also found it incumbent on those supporting the legislation to show that the exclusion is also rationally connected to these objectives. Charron J.A. could not identify any evidence to support this proposition. Instead, she found that the inclusion of same-sex cohabitants within the s. 29 definition would only serve to further the goals of the legislation in that a greater number of persons would have access to

Le juge Charron a ensuite examiné le critère de proportionnalité. Elle a conclu que, même si l’on pouvait considérer que la disposition législative avait un lien rationnel avec les objectifs de la loi, il incombait à ceux qui cherchaient à soutenir la loi d’établir que l’exclusion avait aussi un lien rationnel avec ces objectifs. Le juge Charron n’a pu trouver aucun élément de preuve pour étayer cette proposition. Au contraire, elle a statué que l’inclusion des cohabitants de même sexe au sens de la définition de l’art. 29 ne pourrait que favoriser les objectifs de la loi parce qu’un plus grand nombre

the *FLA*'s dispute-resolution mechanism and fewer people would look to the public purse to meet their needs.

Finally, Charron J.A. found that the provision does not minimally impair M.'s *Charter* rights, and that alternatives substantially less invasive of *Charter* rights might have been found. She concluded there was no proportionality between the effect of the measure and its objective, and therefore held that the infringement of s. 15(1) was not justified under s. 1 of the *Charter*.

Charron J.A. would have granted the same remedy as Epstein J. — i.e. severing the words “a man and woman” from the s. 29 definition and adding in their place the words “two persons”. However, Charron J.A. ordered that the declaratory remedy be temporarily suspended for one year to allow the legislature an opportunity to address the unconstitutionality of s. 29 of the *FLA*, and of other legislative provisions not before the court that might be affected by the ruling.

2. Finlayson J.A., dissenting

Finlayson J.A. began by holding that the distinction created by s. 29 is between opposite-sex and same-sex couples. As such, he held that the provision must be scrutinized for any discriminatory impact on same-sex couples and not on the individual members of such a couple. Accordingly, Finlayson J.A. found that the motions judge made a serious error in finding that the impact of the legislative distinction could be considered with respect to M. only. He instead held that M. and H. had to be looked at collectively to determine whether, as a couple, they were denied equal protection and benefit of the law.

de personnes auraient accès au mécanisme de règlement des différends prévu par la *LDF* et que moins de gens demanderaient à l'État de subvenir à leurs besoins.

Finalement, le juge Charron a conclu que la disposition ne portait pas atteinte d'une façon minimale aux droits garantis à M. par la *Charte* et qu'on aurait pu trouver des solutions de rechange moins attentatoires aux droits protégés par la *Charte*. Elle a conclu que l'effet de la mesure était hors de proportion avec son objectif et par conséquent, elle a statué que la violation du par. 15(1) n'était pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le juge Charron était d'avis d'accorder la même réparation que le juge Epstein, soit de retrancher les mots «l'homme et la femme» de la définition de l'art. 29 et de les remplacer par les mots «deux personnes». Cependant, le juge Charron a ordonné que la réparation prévue par le jugement déclaratoire soit suspendue temporairement pendant un an afin de permettre au législateur de corriger l'inconstitutionnalité de l'art. 29 de la *LDF* et des autres dispositions législatives non contestées devant la cour qui pourraient être visées par la décision.

2. La dissidence du juge Finlayson

Le juge Finlayson a commencé par statuer que l'art. 29 établissait une distinction entre couples de sexe différent et couples de même sexe. Il a conclu que la disposition en tant que telle devait être analysée en vue de déceler toute incidence discriminatoire sur les couples de même sexe, et non sur chacun des membres de tels couples. Le juge Finlayson a donc conclu que le juge des requêtes avait commis une erreur grave en statuant que l'incidence de la distinction créée par la loi pouvait être prise en considération seulement en ce qui concerne M. Il a conclu, au contraire, que M. et H. devaient être considérées collectivement pour déterminer si, comme couple, elles s'étaient vu refuser la même protection et le même bénéfice de la loi.

35

36

37

38

Finlayson J.A. distinguished this case from *Egan, supra*, and *Miron, supra*, by noting that the *FLA* does not confer an economic gain on one member of a couple; rather, it simply provides for the possible redistribution of wealth within a couple. Moreover, in *Egan*, the two partners made a joint decision to apply for the pensioner's spousal allowance; here, H. vigorously objects to being deemed M.'s spouse for the purpose of the *FLA*'s support provisions. Finally, Finlayson J.A. held that, unlike *Egan*, it cannot be said that the *FLA* somehow sends a message that same-sex relationships are less worthy of respect or support. He reasoned that the *FLA* did not offer monetary support to opposite-sex relationships but, rather, attempted to make one member of the relationship responsible, to some degree, for the social costs of marriage.

39

Accordingly, Finlayson J.A. held that, while the support provisions do treat same-sex couples differently from opposite-sex couples, same-sex couples are not denied either the material benefits or the dignity accorded to other groups. Cohabiting same-sex couples simply cannot obtain the marital status accorded to opposite-sex couples. Finlayson J.A. was not convinced that the formal attributes of marital status, unaccompanied by any material advantage, constituted a "benefit" of the law.

40

Finlayson J.A. also found that the s. 15(1) issue in this case impacts directly on the societal concept of marriage, since he concluded that the definition of "spouse" in s. 29 of the *FLA* is designed to extend marital status to couples who have married formally or who cohabit as husband and wife. Because he found that neither *Egan* nor *Miron* addressed this aspect of the s. 15(1) issue, Finlayson J.A. adopted the four-judge dissent in *Egan* wherein La Forest J. addressed the meaning

Le juge Finlayson a établi une distinction entre le présent pourvoi et les arrêts *Egan* et *Miron*, précités, en faisant remarquer que la *LDF* n'accorde pas d'avantage financier à l'un des membres du couple; elle prévoit simplement la possibilité d'une nouvelle répartition des biens au sein du couple. Au surplus, dans *Egan*, les deux partenaires avaient pris conjointement la décision de demander l'allocation au conjoint du pensionné; dans le présent pourvoi, H. s'oppose vigoureusement à être considérée comme la conjointe de M. pour l'application des dispositions relatives à l'obligation alimentaire de la *LDF*. Finalement, le juge Finlayson a statué que, contrairement à l'arrêt *Egan*, on ne pouvait affirmer en l'espèce que la *LDF* transmettait en quelque sorte le message que les unions entre personnes de même sexe sont moins dignes de respect ou de soutien. Il a conclu que la *LDF* n'accordait pas de soutien financier aux unions entre personnes de sexe différent, mais visait plutôt à imputer à l'un des membres du couple une part de responsabilité quant aux coûts sociaux engendrés par le mariage.

Par conséquent, le juge Finlayson a statué que, même si les dispositions relatives à l'obligation alimentaire traitaient effectivement les couples de même sexe différemment des couples de sexe différent, les couples de même sexe n'étaient privés ni des avantages matériels ni de la dignité accordés aux autres groupes. Les couples de même sexe qui cohabitent ne pouvaient tout simplement pas se voir reconnaître l'état matrimonial conféré aux couples de sexe différent. Le juge Finlayson n'était pas convaincu que les attributs formels de l'état matrimonial, non accompagnés d'avantages matériels, constituaient un «bénéfice» de la loi.

De même, le juge Finlayson a statué que la question relative au par. 15(1) en litige en l'espèce avait une incidence directe sur l'idée que la société se fait du mariage, car il a conclu que la définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29 de la *LDF* visait à conférer l'état matrimonial aux couples officiellement mariés et à ceux qui vivent maritalement. Parce qu'il a conclu que ni *Egan* ni *Miron* n'avaient abordé cet aspect de la question relative au par. 15(1), le juge Finlayson a fait siens les

of marriage as a basic social institution. For the same reasons, he concluded there was no s. 15(1) breach in this case, since the legislature chose to regulate opposite-sex unions recognizing that they are the traditional and basic social structure for the procreation of children. He held that the legislature recognized the historical fact of the interrelationship between child rearing and the dependency of the female spouse, and accordingly provided for mutual support obligations between spouses in this context.

Finlayson J.A. went on to note that had he found a s. 15(1) violation, he would have upheld the validity of the provision under s. 1. He accepted and applied this Court's holding in *Egan* to the effect that governments must be permitted to act incrementally in social policy areas. He also held that the court below characterized the purpose of the *FLA*'s support provisions too narrowly. He noted that under s. 30 of the *FLA*, support obligations rest on both spouses and are not contingent on the breakdown of the relationship. Further, entitlement to support is not conditional on proof that the applicant's need is causally related to the relationship. He concluded that the motions judge, in confining her *Charter* analysis to a finding that the state denied M. a benefit, did not appreciate the nature or extent of the burden she was proposing to place on H.

Finally, Finlayson J.A. noted that the term "cohabit" in s. 1(1) of the *FLA* means "to live together in a conjugal relationship, whether within or outside marriage". He noted that the court below had not determined how same-sex cohabitants could come within the definition of a "conjugal" couple, that is to say, two persons holding themselves out as husband and wife. Similarly, he found the court below had failed to address the fact that Part IV of the *FLA* would not permit same-sex

motifs des quatre juges dissidents de l'arrêt *Egan* dans lequel le juge La Forest s'est penché sur le sens du mariage en tant qu'institution sociale fondamentale. Pour les mêmes motifs, il a conclu qu'il n'y avait pas violation du par. 15(1) en l'espèce, étant donné que le législateur avait choisi de régir les unions entre personnes de sexe différent en reconnaissant qu'elles constituaient la structure sociale traditionnelle et fondamentale qui permet la procréation. Il a statué que le législateur reconnaissait le caractère historique de l'interrelation entre l'éducation des enfants et la dépendance de l'épouse et qu'il avait pour cette raison assujéti les conjoints à une obligation alimentaire réciproque dans ce contexte.

Le juge Finlayson a poursuivi en soulignant que, s'il avait conclu à l'existence d'une violation du par. 15(1), il aurait confirmé la validité de la disposition en vertu de l'article premier. Il a appliqué l'arrêt *Egan* dans lequel notre Cour a affirmé que les gouvernements doivent pouvoir agir de manière graduelle en matière de politique sociale. De plus, il a conclu que le tribunal d'instance inférieure avait défini de manière trop étroite l'objet des dispositions relatives à l'obligation alimentaire de la *LDF*. Il a souligné qu'en vertu de l'art. 30 de la *LDF*, l'obligation alimentaire pèse sur les deux conjoints et ne dépend pas de la rupture de l'union. En outre, le droit aux aliments n'est pas subordonné à la preuve que les besoins du demandeur ont un lien de causalité avec l'union. Il a conclu que le juge des requêtes, qui s'est bornée à statuer à l'issue de son analyse fondée sur la *Charte* que l'État avait refusé un avantage à M., n'avait pas évalué la nature ni le poids du fardeau qu'elle proposait d'imposer à H.

Finalement, le juge Finlayson a constaté que le terme «cohabiter» employé au par. 1(1) de la *LDF* s'entendait du fait de «[v]ivre ensemble dans une union conjugale, qu'il y ait eu mariage ou non». Il a noté que le tribunal de juridiction inférieure n'avait pas dit comment les cohabitants de même sexe pouvaient être visés par la définition du couple «conjugal», soit deux personnes se présentant comme mari et femme. De façon similaire, il a conclu que le tribunal d'instance inférieure n'avait

41

42

cohabitants to opt out of the statutory support regime, leaving same-sex couples in a different position than their opposite-sex counterparts. Finlayson J.A. would have allowed the appeal and declared s. 29 of the *FLA* constitutionally valid.

V. Analysis

A. *Mootness*

43 Shortly before this appeal was heard in this Court, the respondents M. and H. reached a settlement of the financial issues that gave rise to this litigation. The original parties to this dispute thus no longer have a vested interest in its outcome, and the appeal is moot so far as they are concerned. However, leave to appeal was not granted to either of the original parties; rather, the Attorney General for Ontario alone sought and was granted leave to appeal the judgment of the court below. This case is similar to *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90, and the conclusions reached by Lamer J. (as he then was) in that case at p. 97 are apposite and determinative of this issue:

... even if the appeal were pointless so far as respondent is concerned, it is not respondent who is appealing the Court of Appeal judgment. It is the Attorney General of Quebec who is appealing from that decision: the question of whether the issue is moot is determined in light of the appellant's interests. If this Court refuses to address the issue, the Court of Appeal judgment declaring void the relevant sections... will stand... Moreover, these are generally applicable provisions: the problem of discrimination does not affect respondent alone, but may arise in respect of every professional candidate. In my view, therefore, the issue is not moot so far as Quebec is concerned and it is our duty to consider it on its merits.

44 Moreover, even if the appeal were moot, it would be appropriate for the Court to exercise its discretion in order to decide these important issues. The social cost of leaving this matter unde-

pas tenu compte du fait que la partie IV de la *LDF* ne permettrait pas aux cohabitants de même sexe de choisir de s'exclure du régime de l'obligation alimentaire prévu par la loi, ce qui placerait les couples de même sexe dans une situation différente de celle des couples de sexe différent. Le juge Finlayson aurait accueilli l'appel et aurait déclaré l'art. 29 de la *LDF* valide sur le plan constitutionnel.

V. Analyse

A. *Le caractère théorique*

Peu avant l'audition du présent pourvoi par notre Cour, les intimées M. et H. sont parvenues à un règlement sur les questions financières qui avaient donné lieu au présent litige. Les parties originaires n'ont donc plus d'intérêt acquis quant à l'issue du litige, et pour elles, le pourvoi est théorique. Cependant, l'autorisation de pourvoi n'a été accordée à aucune des parties originaires; c'est le procureur général de l'Ontario qui, seul, a demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel. La présente affaire est semblable à *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, et les conclusions tirées par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) à la p. 97 sont pertinentes et déterminantes dans le présent litige:

... même si le pourvoi était sans objet pour l'intimée, ce n'est pas elle qui interjette appel du jugement de la Cour d'appel. En effet, c'est le procureur général du Québec qui se pourvoit à l'encontre de cette décision; la question de savoir si le débat est théorique ou non se détermine en fonction des intérêts de l'appelant. Si cette Cour refuse de se pencher sur le litige, la décision de la Cour d'appel déclarant nulles les dispositions [...] pertinentes [...] demeurera. [...] De plus, il s'agit en l'espèce de dispositions d'application générale; le problème de discrimination ne concerne pas uniquement l'intimée, mais risque de se poser à l'égard de chaque aspirant professionnel. À mon avis, le débat n'est donc pas, pour le Québec, théorique et c'est notre devoir d'examiner le fond du litige.

Qui plus est, même si le pourvoi était théorique, il serait approprié que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire pour trancher ces questions importantes. Laisser cette affaire sans réponse entraîne-

cided would be significant. The appeal has come to this Court in an adversarial context. The record is ample and complete and all points of view were very well presented. A consideration of all these factors confirms that it would be appropriate for this Court to exercise its discretion to hear this appeal. See *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at pp. 361-62.

B. *Does Section 29 of the FLA Infringe Section 15(1) of the Charter?*

The Attorney General for Ontario, displaying great candour, very fairly conceded that s. 29 of the *FLA* contravenes the provisions of s. 15 of the *Charter*. His entire argument was directed at demonstrating that the section was nonetheless justifiable and saved by s. 1 of the *Charter*. The Court is certainly not bound by this concession. Although, in my view, he was correct in taking this position, it would not be appropriate in this appeal to undertake only a s. 1 analysis without considering whether s. 15 has in fact been violated. The s. 15(1) issue in this case is important not only to the parties but also to many Canadians. It was the subject of extensive submissions by the respondent H. and many of the interveners.

1. Approach to Section 15(1)

In the recent decision of this Court in *Law, supra*, Iacobucci J. summarized some of the main guidelines for analysis under s. 15(1) to be derived from the jurisprudence of this Court. He emphasized that these guidelines do not represent a strict test, but rather should be understood as points of reference for a court that is called upon to decide whether a claimant's right to equality without discrimination under the *Charter* has been infringed: see para. 88.

Iacobucci J. explained that the s. 15(1) equality guarantee is to be interpreted and applied in a purposive and contextual manner, in order to permit the realization of the provision's strong remedial

rait un coût social considérable. Ce pourvoi a été présenté à notre Cour dans le contexte d'un débat contradictoire. Le dossier est volumineux et complet, et tous les points de vue ont été très bien exposés. Tous ces facteurs confirment qu'il convient que notre Cour exerce son pouvoir discrétionnaire d'entendre le présent pourvoi. Voir *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, aux pp. 361 et 362.

B. *L'article 29 de la LDF viole-t-il le par. 15(1) de la Charte?*

Faisant preuve d'une grande franchise, le procureur général de l'Ontario a admis très honnêtement que l'art. 29 de la *LDF* contrevenait aux dispositions de l'art. 15 de la *Charte*. Toute son argumentation vise à démontrer que cet article est néanmoins justifiable et sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*. La Cour n'est certainement pas liée par cette admission. Bien qu'à mon avis, il ait eu raison d'adopter cette position, il ne conviendrait pas dans le présent pourvoi d'effectuer l'analyse fondée sur l'article premier sans examiner si l'art. 15 a en fait été violé. La question relative au par. 15(1) dans la présente affaire est importante non seulement pour les parties mais pour beaucoup de canadiens. L'intimée H. et bon nombre des intervenants ont traité le sujet en profondeur.

1. Application du par. 15(1)

Dans l'arrêt récent de notre Cour *Law*, précité, le juge Iacobucci a résumé certaines des principales lignes directrices pour l'analyse fondée sur le par. 15(1) qui découlent de la jurisprudence de notre Cour. Il a insisté sur le fait que ces lignes directrices ne doivent pas être perçues comme des critères stricts, mais plutôt comme des points de repère pour les tribunaux appelés à décider s'il y a atteinte au droit à l'égalité d'un demandeur, indépendamment de toute discrimination, au sens de la *Charte*: voir le par. 88.

Le juge Iacobucci a expliqué que la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) doit être interprétée et appliquée au moyen d'une démarche fondée sur l'objet et sur le contexte pour permettre la réalis-

45

46

47

purpose, and to avoid the pitfalls of a formalistic or mechanical approach. Following a review of this Court's jurisprudence regarding the fundamental purpose of s. 15(1), he stated this purpose in the following terms, at para. 88:

In general terms, the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

Iacobucci J. stated that the existence of a conflict between the purpose or effect of an impugned law, on the one hand, and this fundamental purpose of the equality guarantee, on the other, is essential in order to found a discrimination claim.

48

In *Law*, Iacobucci J. reviewed various articulations of the proper approach to be taken in analyzing a s. 15(1) claim, as expressed in the jurisprudence of this Court. At para. 39, he summarized the basic elements of this Court's approach as involving three broad inquiries, in the following terms:

In my view, the proper approach to analyzing a claim of discrimination under s. 15(1) of the *Charter* involves a synthesis of these various articulations. Following upon the analysis in *Andrews, supra*, and the two-step framework set out in *Egan, supra*, and *Miron, supra*, among other cases, a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries. First, 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? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of

tion de l'important objet réparateur de cette disposition et pour éviter les pièges d'une démarche formaliste ou automatique. Après un examen de la jurisprudence de notre Cour portant sur l'objet fondamental du par. 15(1), il a exposé cet objet de la façon suivante, au par. 88:

En termes généraux, l'objet du par. 15(1) est d'empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles au moyen de l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de promouvoir une société dans laquelle tous sont également reconnus dans la loi en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération.

Le juge Iacobucci a dit qu'il devait absolument y avoir un conflit entre l'objet ou les effets de la loi contestée, d'une part, et cet objet fondamental de la garantie d'égalité, d'autre part, pour fonder une allégation de discrimination.

Dans *Law*, le juge Iacobucci a examiné les différentes formulations de la méthode qu'il convient d'adopter pour analyser une demande fondée sur le par. 15(1), telles qu'elles ont été énoncées dans la jurisprudence de notre Cour. Au paragraphe 39, il a ramené les éléments de base de la méthode retenue par notre Cour à trois grandes questions, en ces termes:

À mon avis, pour analyser une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, il convient de faire une synthèse de ces différentes démarches. Appliquant l'analyse énoncée dans *Andrews*, précité, et l'analyse en deux étapes décrite notamment dans *Egan* et *Miron*, précités, le tribunal appelé à décider s'il y a eu discrimination au sens du par. 15(1) devrait se poser les trois grandes questions suivantes. Premièrement, 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? Si tel est le cas, il y a différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la

s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage? [Emphasis in original.]

2. The Structure of the *Family Law Act*

To begin, it may be useful to review briefly the structure of the *FLA* and the rights and obligations it establishes. First and foremost, it is of critical importance to recognize that the *FLA* contains more than one definition of “spouse”. The first definition is set out in s. 1(1) and includes only persons who are actually married, or who have entered into a void or voidable marriage in good faith. This definition applies to all parts of the Act.

The second definition is found in s. 29, and extends the meaning of “spouse”, but only for certain purposes. Specifically, unmarried opposite-sex couples who have cohabited for at least three years, or who are the natural or adoptive parents of a child and have also cohabited in a relationship of “some permanence”, bear a mutual obligation of support under Part III of the *FLA*. They also have the right to enter into cohabitation agreements to regulate their relationship under Part IV, and may bring a claim for dependants’ relief in tort under Part V.

All these rights and obligations are obviously available to married persons as well. However, married persons have additional rights under the *FLA* that are denied common law cohabitants, even those who meet the requirements of s. 29. Under Part I, a husband or wife may apply for an equal share of the wealth generated during the marriage, and of the matrimonial home. Under Part II, both married spouses have a right to possession of the matrimonial home, regardless of who owns the property. Moreover, the ability of the owner of the matrimonial home to sell or encumber the property without the consent of the other spouse is severely

différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l’objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique? [Souligné dans l’original.]

2. L’économie de la *Loi sur le droit de la famille*

Il peut être utile, pour commencer, de revoir brièvement l’économie de la *LDF* ainsi que les droits et les obligations qu’elle établit. D’abord et avant tout, il est d’une importance cruciale de se rendre compte que la *LDF* renferme plus d’une définition du mot «conjoint». La première définition se trouve au par. 1(1) et vise seulement les personnes qui sont effectivement mariées ou ont contracté de bonne foi un mariage nul de nullité relative ou absolue. Cette définition s’applique à toutes les parties de la Loi.

La seconde définition, qui se trouve à l’art. 29, élargit le sens du mot «conjoint», mais seulement à certaines fins. Tout particulièrement, les couples de sexe différent non mariés qui ont cohabité pendant au moins trois ans ou qui sont les parents naturels ou adoptifs d’un enfant et ont cohabité dans une relation d’une «certaine permanence» sont assujettis à une obligation alimentaire réciproque en vertu de la partie III de la *LDF*. Ils ont aussi le droit en vertu de la partie IV de conclure des accords de cohabitation pour régir leur union et ils peuvent intenter l’action en dommages-intérêts ouverte aux personnes à charge en vertu de la partie V.

Évidemment, les personnes mariées peuvent aussi invoquer tous ces droits et toutes ces obligations. Cependant, en vertu de la *LDF*, les personnes mariées peuvent exercer des droits qui ne sont pas accordés aux conjoints de fait qui cohabitent, même à ceux qui satisfont aux exigences de l’art. 29. En vertu de la partie I, le mari ou la femme peut demander une part égale des biens acquis au cours du mariage et du foyer conjugal. En vertu de la partie II, les deux conjoints mariés ont droit à la possession du foyer conjugal, peu importe qui en est propriétaire. Qui plus est, la capacité du propriétaire du foyer conjugal de le

49

50

51

restricted. These mutual rights and obligations are denied all unmarried opposite-sex cohabitants.

vendre ou de le grever d'une charge quelconque sans le consentement de l'autre conjoint est grandement restreinte. Ces droits et obligations réciproques sont refusés à tous les cohabitants de sexe différent non mariés.

52 These observations on the structure of the *FLA* serve to emphasize that this appeal has nothing to do with marriage *per se*. Much of the *FLA* is devoted solely to regulating the relationship that exists between married persons, or persons who intend to be married. They alone are guaranteed certain property rights that are not extended to any unmarried persons. In some specific instances — such as Part III dealing with support obligations — the legislature has seen fit to extend the rights and obligations that arise under the *FLA* beyond married persons to include certain unmarried persons as well.

Ces observations sur l'économie de la *LDF* font ressortir le fait que le présent pourvoi n'a rien à voir avec le mariage comme tel. Une bonne partie des dispositions de la *LDF* vise seulement à régir les rapports entre personnes mariées ou personnes projetant de se marier. Elles seules peuvent exercer certains droits patrimoniaux qui ne sont pas conférés aux personnes non mariées. Dans certains cas précis — par exemple, sous le régime de la partie III consacrée aux obligations alimentaires — le législateur a jugé opportun d'étendre l'application des droits et obligations établis par la *LDF* au-delà du cercle des personnes mariées de manière à inclure aussi certaines personnes non mariées.

53 In other words, the *FLA* draws a distinction by specifically according rights to individual members of unmarried cohabiting opposite-sex couples, which by omission it fails to accord to individual members of same-sex couples who are living together. It is this distinction that lies at the heart of the s. 15 analysis. The rights and obligations that exist between married persons play no part in this analysis. The legislature did not extend full marital status, for the purposes of all the rights and obligations under the *FLA*, to those unmarried cohabitants included in s. 29 of the Act. Rather, the definition of “spouse” in s. 29 only applies for certain purposes. Specifically, it allows persons who became financially dependent in the course of a lengthy intimate relationship some relief from financial hardship resulting from the breakdown of that relationship. It follows that this provision was designed to reduce the demands on the public welfare system. This will be discussed more fully in the s. 1 analysis below.

Autrement dit, la *LDF* établit une distinction en accordant expressément à chacun des membres des couples de sexe différent non mariés qui cohabitent des droits dont elle prive, par omission, chacun des membres des couples de même sexe qui vivent ensemble. C'est cette distinction qui est au cœur de l'analyse fondée sur l'art. 15. Il n'est pas question des droits et obligations existant entre personnes mariées dans cette analyse. Le législateur n'a pas attribué l'état matrimonial aux cohabitants non mariés visés à l'art. 29 de la Loi en ce qui concerne l'ensemble des droits et obligations prévus par la *LDF*. Au contraire, la définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29 ne s'applique qu'à certaines fins. Particulièrement, elle prévoit au profit des personnes devenues financièrement dépendantes au cours d'une longue union intime certains recours pour faire face aux difficultés financières résultant de la rupture de l'union. Cela veut dire que cette disposition a été conçue dans l'optique d'une diminution de la charge imposée à l'aide sociale. Ce point est examiné plus en profondeur ci-dessous, dans la partie consacrée à l'analyse fondée sur l'article premier.

54 It is true that women in common law relationships often tended to become financially dependent on their male partners because they raised their

ont souvent eu tendance à devenir financièrement dépendante de leur partenaire masculin parce

children and because of their unequal earning power. But the legislature drafted s. 29 to allow either a man or a woman to apply for support, thereby recognizing that financial dependence can arise in an intimate relationship in a context entirely unrelated either to child rearing or to any gender-based discrimination existing in our society. See discussion of s. 1 of the *Charter*, below. Indeed, the special situation of financial dependence potentially created by procreation is specifically addressed in s. 29(b). This appeal is concerned only with s. 29(a). That section is aimed at remedying situations of dependence in intimate relationships without imposing any limitation relating to the circumstances that may give rise to that dependence.

It is thus apparent that in this appeal there is no need to consider whether same-sex couples can marry, or whether same-sex couples must, for all purposes, be treated in the same manner as unmarried opposite-sex couples. The only determination that must be made is whether, in extending the spousal support obligations set out in Part III of the *FLA* to include unmarried men or women in certain opposite-sex relationships, the legislature infringed the equality rights of men or women in similar same-sex relationships, and if so, whether that infringement may be saved by s. 1 of the *Charter*.

3. The Existence of Differential Treatment

A consideration of the essence of M.'s claim requires a more detailed review of Part III of the *FLA*. In Part III, ss. 30 to 32 impose an obligation on persons to support themselves and their dependants. A "dependant" can be the spouse, child or parent of the person who must fulfil the support obligation. The definition of "spouse" in s. 29 applies to all of Part III and includes a person who is actually married, and also:

qu'elles éduquaient leurs enfants et avaient une capacité de gain moindre. Mais le législateur a rédigé l'art. 29 de manière à permettre à un homme ou à une femme de demander des aliments, reconnaissant ainsi qu'une dépendance financière peut survenir au sein d'une union intime, dans un contexte tout à fait étranger à l'éducation des enfants ou à la discrimination fondée sur le sexe pouvant exister dans notre société. Voir à ce sujet l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte* ci-dessous. En fait, l'al. 29b) concerne expressément ce cas particulier de dépendance financière que la procréation peut entraîner. Le présent pourvoi ne porte que sur l'al. 29a). Cet alinéa vise à corriger les situations de dépendance au sein d'unions intimes, sans imposer de restrictions relatives aux circonstances susceptibles d'engendrer cette dépendance.

À l'évidence, il n'est pas nécessaire dans le présent pourvoi de se demander si les couples de même sexe peuvent se marier ni s'ils doivent dans tous les cas être traités de la même manière que les couples de sexe différent non mariés. La seule question à trancher est de savoir si, en élargissant le champ d'application des obligations alimentaires entre conjoints établies dans la partie III de la *LDF* de manière à inclure les hommes ou les femmes non mariés formant certaines unions entre personnes de sexe différent, le législateur a violé les droits à l'égalité des hommes ou des femmes qui forment avec une personne du même sexe une union similaire, et, dans l'affirmative, si cette violation peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

3. L'existence d'une différence de traitement

Pour examiner l'essence des prétentions de M., il faut étudier plus en détail la partie III de la *LDF*. Dans cette partie, les art. 30 à 32 assujettissent des personnes à l'obligation de subvenir à leurs propres besoins et à ceux des personnes à leur charge. La «personne à charge» peut être le conjoint, l'enfant, le père ou la mère du débiteur d'aliments. La définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29 s'applique à l'ensemble de la partie III et vise la personne qui est effectivement mariée, de même que:

55

56

... either of a man and woman who are not married to each other and have cohabited,

- (a) continuously for a period of not less than three years, or
- (b) in a relationship of some permanence, if they are the natural or adoptive parents of a child.

Section 1(1) defines “cohabit” as “to live together in a conjugal relationship, whether within or outside marriage”.

57

The definition clearly indicates that the legislature decided to extend the obligation to provide spousal support beyond married persons. Obligations to provide support were no longer dependent upon marriage. The obligation was extended to include those relationships which:

- (i) exist between a man and a woman;
- (ii) have a specific degree of permanence;
- (iii) are conjugal.

Only individuals in relationships which meet these minimum criteria may apply for a support order under Part III of the *FLA*.

58

Same-sex relationships are capable of meeting the last two requirements. Certainly same-sex couples will often form long, lasting, loving and intimate relationships. The choices they make in the context of those relationships may give rise to the financial dependence of one partner on the other. Though it might be argued that same-sex couples do not live together in “conjugal” relationships, in the sense that they cannot “hold themselves out” as husband and wife, on this issue I am in agreement with the reasoning and conclusions of the majority of the Court of Appeal.

59

Molodowich v. Penttinen (1980), 17 R.F.L. (2d) 376 (Ont. Dist. Ct.), sets out the generally accepted characteristics of a conjugal relationship. They include shared shelter, sexual and personal behaviour, services, social activities, economic support and children, as well as the societal perception of the couple. However, it was recognized that these

... l’homme et la femme qui ne sont pas mariés ensemble et qui ont cohabité, selon le cas:

- a) de façon continue depuis au moins trois ans;
- b) dans une relation d’une certaine permanence, s’ils sont les parents naturels ou adoptifs d’un enfant.

Aux termes du par. 1(1), le mot «cohabiter» s’entend du fait de «[v]ivre ensemble dans une union conjugale, qu’il y ait eu mariage ou non».

La définition indique clairement que le législateur avait décidé d’étendre l’obligation alimentaire entre conjoints au-delà du cercle des personnes mariées. L’obligation alimentaire n’était plus subordonnée à l’existence d’un mariage. Elle s’appliquait aux unions qui:

- (i) sont formées par un homme et une femme;
- (ii) remplissent des conditions de durée précises;
- (iii) sont conjugales.

Seules les personnes dont l’union satisfait à ces critères minimaux peuvent demander une ordonnance alimentaire en vertu de la partie III de la *LDF*.

Les unions entre personnes de même sexe peuvent satisfaire aux deux dernières exigences. Sans aucun doute, les couples de même sexe forment souvent des unions durables, aimantes et intimes. Les choix faits dans le contexte de ces unions peuvent entraîner la dépendance financière de l’un des partenaires par rapport à l’autre. Bien qu’on puisse soutenir que les couples de même sexe ne forment pas une union «conjugale», en ce sens que les partenaires ne peuvent «se présenter» comme mari et femme, je suis d’accord sur ce point avec le raisonnement et les conclusions des juges majoritaires de la Cour d’appel.

Molodowich c. Penttinen (1980), 17 R.F.L. (2d) 376 (C. dist. Ont.), énonce les caractéristiques généralement acceptées de l’union conjugale, soit le partage d’un toit, les rapports personnels et sexuels, les services, les activités sociales, le soutien financier, les enfants et aussi l’image sociétale du couple. Toutefois, il a été reconnu que ces élé-

elements may be present in varying degrees and not all are necessary for the relationship to be found to be conjugal. While it is true that there may not be any consensus as to the societal perception of same-sex couples, there is agreement that same-sex couples share many other “conjugal” characteristics. In order to come within the definition, neither opposite-sex couples nor same-sex couples are required to fit precisely the traditional marital model to demonstrate that the relationship is “conjugal”.

Certainly an opposite-sex couple may, after many years together, be considered to be in a conjugal relationship although they have neither children nor sexual relations. Obviously the weight to be accorded the various elements or factors to be considered in determining whether an opposite-sex couple is in a conjugal relationship will vary widely and almost infinitely. The same must hold true of same-sex couples. Courts have wisely determined that the approach to determining whether a relationship is conjugal must be flexible. This must be so, for the relationships of all couples will vary widely. In these circumstances, the Court of Appeal correctly concluded that there is nothing to suggest that same-sex couples do not meet the legal definition of “conjugal”.

Since gay and lesbian individuals are capable of being involved in conjugal relationships, and since their relationships are capable of meeting the *FLA*'s temporal requirements, the distinction of relevance to this appeal is between persons in an opposite-sex, conjugal relationship of some permanence and persons in a same-sex, conjugal relationship of some permanence. In this regard, I must disagree with the dissenting opinion in the court below, which characterized the distinction arising in s. 29 as being between opposite-sex and same-sex couples. This conclusion would require that the section be scrutinized for any discriminatory impact it may have on same-sex couples, and not on the individual members of that couple. Section 29 defines “spouse” as “either of a man and

ments peuvent être présents à des degrés divers et que tous ne sont pas nécessaires pour que l'union soit tenue pour conjugale. S'il est vrai que l'image sociétale des couples de même sexe ne fait pas nécessairement l'objet d'un consensus, l'on s'entend pour dire qu'ils ont en commun bon nombre des autres caractéristiques «conjugales». Pour être visés par la définition, ni les couples de sexe différent ni les couples de même sexe n'ont besoin de se conformer parfaitement au modèle matrimonial traditionnel afin de prouver que leur union est «conjugale».

Un couple de sexe différent peut certainement, après de nombreuses années de vie commune, être considéré comme formant une union conjugale, même sans enfants ni relations sexuelles. Évidemment, le poids à accorder aux divers éléments ou facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer si un couple de sexe différent forme une union conjugale variera grandement, presque à l'infini. Cela doit s'appliquer aussi aux couples de même sexe. Les tribunaux ont eu la sagesse d'adopter une méthode souple pour déterminer si une union est conjugale. Il doit en être ainsi parce que les rapports dans les couples varient beaucoup. Dans les circonstances, la Cour d'appel a eu raison de conclure que rien ne donne à penser que les couples de même sexe ne satisfont pas aux exigences de la définition juridique du mot «conjugale».

Étant donné que les gais et les lesbiennes peuvent former des unions conjugales et que ces unions peuvent remplir les conditions de durée fixées par la *LDF*, la distinction pertinente dans le présent pourvoi est établie entre les personnes formant une union conjugale d'une certaine permanence avec une personne de sexe différent et celles qui forment une union conjugale d'une certaine permanence avec une personne du même sexe. À cet égard, je dois exprimer mon désaccord avec l'opinion dissidente de la juridiction inférieure selon laquelle l'art. 29 établit une distinction entre les couples de sexe différent et les couples de même sexe. Cette conclusion exigerait que l'article contesté soit examiné en vue de déceler toute incidence discriminatoire qu'il pourrait avoir sur les

60

61

woman” who meet the other requirements of the section. It follows that the definition could not have been meant to define a couple. Rather it explicitly refers to the individual members of the couple. Thus the distinction of relevance must be between individual persons in a same-sex, conjugal relationship of some permanence and individual persons in an opposite-sex, conjugal relationship of some permanence.

couples de même sexe, et non sur les membres de ces couples. Aux termes de l’art. 29, le «conjoint» est soit l’homme, soit la femme qui satisfait aux autres exigences de l’article. La définition ne pouvait donc avoir été conçue en vue de définir un couple. Elle renvoie plutôt expressément aux membres du couple, pris individuellement. Par conséquent, il faut que la distinction pertinente soit établie entre les personnes formant une union conjugale d’une certaine permanence avec une personne du même sexe et les personnes formant une union conjugale d’une certaine permanence avec une personne de sexe différent.

62 Thus it is apparent that the legislation has drawn a formal distinction between the claimant and others, based on personal characteristics. As stated in *Law, supra*, the first broad inquiry in the s. 15(1) analysis determines whether there is differential treatment imposed by the impugned legislation between the claimant and others. It is clear that there is differential treatment here. Under s. 29 of the *FLA*, members of opposite-sex couples who can meet the requirements of the statute are able to gain access to the court-enforced system of support provided by the *FLA*. It is this system that ensures the provision of support to a dependent spouse. Members of same-sex couples are denied access to this system entirely on the basis of their sexual orientation.

Il est par conséquent manifeste que la loi a établi une distinction formelle entre la demanderesse et d’autres personnes, laquelle est fondée sur des caractéristiques personnelles. Comme le dit l’arrêt *Law*, précité, la première grande question soulevée dans le cadre de l’analyse fondée sur le par. 15(1) vise à déterminer si la loi contestée impose une différence de traitement entre le demandeur et d’autres personnes. Il est évident qu’il y a une différence de traitement dans la présente affaire. En vertu de l’art. 29 de la *LDF*, les membres des couples de sexe différent qui peuvent remplir les exigences de la loi ont accès au régime de l’obligation alimentaire mis en application par les tribunaux que prévoit la *LDF*. C’est ce régime qui assure la fourniture d’aliments au conjoint qui se trouve à la charge de l’autre. Les membres des couples de même sexe se voient absolument refuser l’accès à ce régime sur le fondement de leur orientation sexuelle.

4. Sexual Orientation is an Analogous Ground

4. L’orientation sexuelle est un motif analogue

63 Not every legislative distinction is discriminatory. Before it can be found that it gives rise to discrimination, it must be shown that an equality right was denied on the basis of an enumerated or analogous ground, and that this differential treatment discriminates “in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter*”: *Law, supra*, at para. 39 (emphasis in original).

Les distinctions créées par les lois n’emportent pas toutes discrimination. Avant de pouvoir conclure à la discrimination, il faut établir qu’un droit à l’égalité a été nié sur le fondement d’un motif énuméré ou analogue et que cette différence de traitement est «réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l’objet du par. 15(1) de la *Charte*»: *Law*, précité, au par. 39 (souligné dans l’original).

64 In *Egan, supra*, this Court unanimously affirmed that sexual orientation is an analogous ground to those enumerated in s. 15(1). Sexual

Dans l’arrêt *Egan*, précité, notre Cour a affirmé à l’unanimité que l’orientation sexuelle est un motif analogue à ceux qui sont mentionnés au

orientation is “a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs” (para. 5). In addition, a majority of this Court explicitly recognized that gays, lesbians and bisexuals, “whether as individuals or couples, form an identifiable minority who have suffered and continue to suffer serious social, political and economic disadvantage” (para. 175, *per Cory J.*; see also para. 89, *per L’Heureux-Dubé J.*).

5. The Existence of Discrimination in a Purposive Sense

The determination of whether differential treatment imposed by legislation on an enumerated or analogous ground is discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter* is to be undertaken in a purposive and contextual manner. The relevant inquiry is whether the differential treatment imposes a burden upon or withholds a benefit from the claimant in a manner that 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: *Law, supra*, at para. 88.

The respondent H. has argued that the differential treatment imposed by s. 29 of the *FLA* does not deny the respondent M. the equal benefit of the law since same-sex spouses are not being denied an economic benefit, but simply the opportunity to gain access to a court-enforced process. Such an analysis takes too narrow a view of “benefit” under the law. It is a view this Court should not adopt. 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: *Egan, supra*, at paras. 158-59; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 87. Further, the spousal support provisions of the *FLA* help protect the economic interests of individuals in intimate relationships. When a relationship breaks

par. 15(1). L’orientation sexuelle est «une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n’être modifiée qu’à un prix personnel inacceptable» (par. 5). En outre, notre Cour, à la majorité, a explicitement reconnu que les gays, les lesbiennes et les bisexuels, «à titre individuel ou comme couples, forment une minorité identifiable, victime encore aujourd’hui de désavantages sociaux, politiques et économiques graves» (par. 175, le juge Cory; voir également, par. 89, le juge L’Heureux-Dubé).

5. L’existence d’une discrimination établie en fonction de l’objet visé

C’est en fonction de l’objet visé et du contexte qu’il faut déterminer si la différence de traitement imposée par la loi sur le fondement d’un motif énuméré ou analogue est discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Il faut se demander si la différence de traitement impose un fardeau au demandeur ou le prive d’un avantage d’une manière qui dénote l’application stéréotypée de présomptions 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 moins digne d’être reconnu ou valorisé en tant qu’être humain ou en tant que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération: *Law*, précité, au par. 88.

L’intimée H. a soutenu que la différence de traitement imposée par l’art. 29 de la *LDF* n’entraîne pas la négation du droit de l’intimée M. au même bénéfice de la loi étant donné que les conjoints de même sexe ne se voient pas refuser un avantage économique, mais simplement l’accès à un processus dont les tribunaux assurent l’application. Une telle analyse est fondée sur une conception trop étroite du mot «bénéfice» en droit. Notre Cour ne doit pas y souscrire. 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: *Egan*, précité, aux par. 158 et 159; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, au par. 87. En outre, les dispositions relatives à l’obligation alimentaire

65

66

down, the support provisions help to ensure that a member of a couple who has contributed to the couple's welfare in intangible ways will not find himself or herself utterly abandoned. This protective aspect of the spousal support provisions is properly considered in relation to s. 15(1). Thus it is appropriate to conclude that s. 29 of the *FLA* creates a distinction that withholds a benefit from the respondent M. The question is whether this denial of a benefit violates the purpose of s. 15(1).

entre conjoints de la *LDF* contribuent à protéger les intérêts économiques des personnes qui ont formé une union intime. À la rupture de l'union, les dispositions relatives à l'obligation alimentaire tendent à faire en sorte que le membre du couple qui a contribué au bien-être du couple de manière intangible ne se retrouve pas complètement abandonné. Cet aspect protecteur des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints est à juste titre pris en compte dans le cadre de l'analyse fondée sur le par. 15(1). Par conséquent, il y a lieu de conclure que l'art. 29 de la *LDF* crée une distinction qui prive l'intimée M. d'un avantage. Il s'agit de savoir si ce refus d'accorder un avantage porte atteinte à l'objet du par. 15(1).

67 In *Law*, Iacobucci J. explained that there are a variety of contextual factors that may be referred to by a s. 15(1) claimant in order to demonstrate that legislation demeans his or her dignity. The list of factors is not closed, and there is no specific formula that must be considered in every case. In *Law* itself, Iacobucci J. listed four important contextual factors in particular which may influence the determination of whether s. 15(1) has been infringed. He emphasized, at paras. 59-61, that in examining these contextual factors, a court must adopt the point of view of a reasonable person, in circumstances similar to those of the claimant, who takes into account the contextual factors relevant to the claim.

Dans *Law*, le juge Iacobucci a expliqué qu'il existe une gamme de facteurs contextuels sur lesquels peut s'appuyer le demandeur qui invoque le par. 15(1) pour démontrer qu'une loi porte atteinte à sa dignité. La liste des facteurs n'est pas exhaustive, et il n'existe pas de combinaison précise de facteurs qui doivent être pris en considération dans toutes les affaires. Dans l'arrêt *Law* lui-même, le juge Iacobucci a énuméré quatre facteurs contextuels importants en particulier qui peuvent aider à déterminer s'il y a eu atteinte au par. 15(1). Aux paragraphes 59 à 61, il a insisté sur le fait qu'en examinant ces facteurs contextuels, le tribunal doit adopter le point de vue d'une personne raisonnable, placée dans une situation semblable à celle du demandeur, qui tient compte des facteurs contextuels pertinents aux fins de la plainte.

68 One factor which may demonstrate that legislation that treats the claimant differently has the effect of demeaning the claimant's dignity is the existence of pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability experienced by the individual or group at issue. As stated by Iacobucci J. in *Law*, *supra*, at para. 63:

L'un des facteurs susceptibles de démontrer que la loi traitant le demandeur différemment a pour effet de porter atteinte à sa dignité est la préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés dont souffre la personne ou le groupe en question. Comme l'a déclaré le juge Iacobucci dans *Law*, précité, au par. 63:

As has been consistently recognized throughout this Court's jurisprudence, probably the most compelling factor favouring a conclusion that differential treatment imposed by legislation is truly discriminatory will be, where it exists, pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice experienced by the individual or group [citations omitted]. These factors are relevant because, to the extent that the claimant is already subject

Comme la jurisprudence de notre Cour l'a reconnu de façon constante, le facteur qui sera probablement le plus concluant pour démontrer qu'une différence de traitement imposée par une disposition législative est vraiment discriminatoire sera, le cas échéant, la préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par la personne ou par le groupe [citations omises]. Ces facteurs sont pertinents parce

to unfair circumstances or treatment in society by virtue of personal characteristics or circumstances, persons like him or her have often not been given equal concern, respect, and consideration. It is logical to conclude that, in most cases, further differential treatment will contribute to the perpetuation or promotion of their unfair social characterization, and will have a more severe impact upon them, since they are already vulnerable.

In this case, there is significant pre-existing disadvantage and vulnerability, and these circumstances are exacerbated by the impugned legislation. The legislative provision in question draws a distinction that prevents persons in a same-sex relationship from gaining access to the court-enforced and -protected support system. This system clearly provides a benefit to unmarried heterosexual persons who come within the definition set out in s. 29, and thereby provides a measure of protection for their economic interests. This protection is denied to persons in a same-sex relationship who would otherwise meet the statute's requirements, and as a result, a person in the position of the claimant is denied a benefit regarding an important aspect of life in today's society. Neither common law nor equity provides the remedy of maintenance that is made available by the *FLA*. The denial of that potential benefit, which may impose a financial burden on persons in the position of the claimant, contributes to the general vulnerability experienced by individuals in same-sex relationships.

A second contextual factor that was discussed in *Law* as being potentially relevant to the s. 15(1) inquiry is the correspondence, or the lack of it, between the ground on which a claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others: para. 70. Iacobucci J. nonetheless cautioned that the mere fact that the impugned legislation takes into account the claimant's actual situation will not necessarily defeat a s. 15(1)

que, dans la mesure où le demandeur se trouve déjà dans une situation injuste ou fait déjà l'objet d'un traitement inéquitable dans la société du fait de caractéristiques ou d'une situation qui lui sont propres, il est arrivé souvent que des personnes dans la même situation n'aient pas fait l'objet du même intérêt, du même respect et de la même considération. Il s'ensuit logiquement que, dans la plupart des cas, une différence de traitement additionnelle contribuera à la perpétuation ou à l'accentuation de leur caractérisation sociale injuste et aura sur elles un effet plus graves puisqu'elles sont déjà vulnérables.

Dans la présente affaire, il y a dans une large mesure préexistence d'une vulnérabilité et d'un désavantage, et cette situation est accentuée par la loi contestée. La disposition législative en cause établit une distinction qui empêche les personnes formant une union avec une personne du même sexe d'invoquer le régime de l'obligation alimentaire qui est appliqué et protégé par les tribunaux. Ce régime accorde clairement un avantage aux hétérosexuels non mariés qui sont visés par la définition de l'art. 29, et il constitue de ce fait une mesure protectrice de leurs intérêts économiques. Cette protection est refusée aux personnes formant une union avec une personne du même sexe qui satisfont par ailleurs aux exigences de la loi et, par conséquent, une personne placée dans la situation de la demanderesse est privée d'un avantage concernant un aspect important de la vie dans la société actuelle. Ni la common law ni l'*equity* ne permettent d'obtenir la réparation que constitue la pension alimentaire qu'offre la *LDF*. Cette négation d'un avantage potentiel, qui est susceptible d'imposer un fardeau financier aux personnes placées dans la situation de la demanderesse, est pour quelque chose dans la vulnérabilité générale dont souffrent les personnes formant une union avec une personne du même sexe.

Un deuxième facteur contextuel susceptible d'être pertinent quant à l'analyse fondée sur le par. 15(1) qui est abordé dans *Law* est la correspondance, ou l'absence de correspondance, entre le motif sur lequel la demande est fondée et les besoins, les capacités et la situation véritables du demandeur ou d'autres personnes: par. 70. Néanmoins, le juge Iacobucci a fait une mise en garde: le simple fait que la disposition législative contes-

claim, as the focus of the inquiry must always remain upon the central question of whether, viewed from the perspective of the claimant, the differential treatment imposed by the legislation has the effect of violating human dignity. However, the legislation at issue in the current appeal fails to take into account the claimant's actual situation. As I have already discussed, access to the court-enforced spousal support regime provided in the *FLA* is given to individuals in conjugal relationships of a specific degree of permanence. Being in a same-sex relationship does not mean that it is an impermanent or a non-conjugal relationship.

tée tienne compte de la situation véritable du demandeur ne sera pas nécessairement suffisant pour faire échouer une demande fondée sur le par. 15(1) car l'accent de l'analyse fondée sur le par. 15(1) doit toujours être mis sur la question centrale de savoir si, dans la perspective du demandeur, la différence de traitement imposée par la disposition législative a pour effet de violer la dignité humaine. Cependant, la loi en cause dans le présent pourvoi ne tient pas compte de la situation véritable de la demanderesse. Je le répète, l'accès au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF* et dont l'application est assurée par les tribunaux est accordé aux personnes qui forment des unions conjugales remplissant des conditions de durée précises. L'union entre personnes de même sexe n'est pas synonyme d'union non durable ou non conjugale.

71 A third contextual factor referred to by Iacobucci J. in *Law, supra*, at para. 72, is the question of whether the impugned legislation has an ameliorative purpose or effect for a group historically disadvantaged in the context of the legislation:

An ameliorative purpose or effect which accords with the purpose of s. 15(1) of the *Charter* will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater need or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation. I emphasize that this factor will likely only be relevant where the person or group that is excluded from the scope of ameliorative legislation or other state action is more advantaged in a relative sense. Underinclusive ameliorative legislation that excludes from its scope the members of an historically disadvantaged group will rarely escape the charge of discrimination: see *Vriend, supra*, at paras. 94-104, per Cory J.

In other words, the existence of an ameliorative purpose or effect may help to establish that human dignity is not violated where the person or group that is excluded is more advantaged with respect to the circumstances addressed by the legislation. Gonthier J. argues that the legislation under scrutiny in the present appeal is just such ameliorative legislation — that it is meant to target women in

Un troisième facteur contextuel évoqué par le juge Iacobucci dans *Law*, précité, au par. 72, est la question de savoir si la loi contestée a un objet ou un effet d'amélioration eu égard à un groupe historiquement défavorisé dans le contexte de la loi:

Un objet ou un effet apportant une amélioration qui est compatible avec l'objet du par. 15(1) de la *Charte* ne violera vraisemblablement pas la dignité humaine de personnes plus favorisées si l'exclusion de ces personnes concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives. Je souligne que ce facteur ne sera probablement pertinent que dans la mesure où la personne ou le groupe exclu de l'application de dispositions ou d'une autre mesure étatique apportant une amélioration est relativement plus favorisé. Des dispositions apportant une amélioration, mais au caractère limitatif, qui excluent les membres d'un groupe historiquement défavorisé seront presque toujours taxées de discrimination: voir *Vriend*, précité, aux par. 94 à 104, le juge Cory.

Autrement dit, l'existence d'un objet ou d'un effet d'amélioration peut aider à établir qu'il n'y a pas atteinte à la dignité humaine lorsque la personne ou le groupe qui est exclu est plus favorisé en ce qui concerne la situation visée par la loi. Le juge Gonthier soutient que la loi examinée dans le présent pourvoi est justement une loi ayant cet effet d'amélioration — conçue pour cibler les femmes

married or opposite-sex relationships. He proceeds to argue that in this legal context, women in same-sex relationships are not similarly disadvantaged. For the reasons expressed elsewhere, we disagree with this characterization of the legislation. Accordingly, we reject the idea that the allegedly ameliorative purpose of this legislation does anything to lessen the charge of discrimination in this case.

A fourth contextual factor specifically adverted to by Iacobucci J. in *Law*, at para. 74, was the nature of the interest affected by the impugned legislation. Drawing upon the reasons of L'Heureux-Dubé J. in *Egan*, *supra*, Iacobucci J. stated that the discriminatory calibre of differential treatment cannot be fully appreciated without considering whether 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. In the present case, the interest protected by s. 29 of the *FLA* is fundamental, namely the ability to meet basic financial needs following the breakdown of a relationship characterized by intimacy and economic dependence. Members of same-sex couples are entirely ignored by the statute, notwithstanding the undeniable importance to them of the benefits accorded by the statute.

The societal significance of the benefit conferred by the statute cannot be overemphasized. The exclusion of same-sex partners from the benefits of s. 29 of the *FLA* promotes the view that M., and individuals in same-sex relationships generally, are less worthy of recognition and protection. It implies that they are judged to be incapable of forming intimate relationships of economic interdependence as compared to opposite-sex couples, without regard to their actual circumstances. As the intervenor EGALE submitted, such exclusion perpetuates the disadvantages suffered

mariées ou celles faisant partie d'unions entre personnes de sexe différent. Il fait valoir que, dans ce contexte juridique, les femmes qui forment une union avec une personne du même sexe ne sont pas défavorisées de la même façon. Pour les motifs que nous avons formulés ailleurs, nous ne sommes pas d'accord avec cette qualification de la loi. Par conséquent, nous rejetons l'idée que l'objet d'amélioration qu'aurait cette loi atténuée de quelque façon l'allégation de discrimination en l'espèce.

Un quatrième facteur contextuel expressément mentionné par le juge Iacobucci dans *Law*, au par. 74, est la nature du droit touché par la loi contestée. S'appuyant sur les motifs du juge L'Heureux-Dubé dans *Egan*, précité, le juge Iacobucci a dit qu'on ne pouvait évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une différence de traitement sans vérifier si la 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. Dans la présente affaire, le droit protégé par l'art. 29 de la *LDF* est fondamental, savoir la capacité de satisfaire à des besoins financiers de base après la rupture d'une union caractérisée par l'intimité et la dépendance financière. La loi passe complètement sous silence les membres des couples de même sexe, malgré l'importance indéniable que revêtent pour ces derniers les avantages qu'elle confère.

L'on ne saurait trop insister sur la portée sociale de l'avantage conféré par la loi. L'exclusion des partenaires de même sexe du bénéfice de l'art. 29 de la *LDF* conduit à penser que M., et en général les personnes formant des unions avec une personne du même sexe, sont moins dignes de reconnaissance et de protection. C'est laisser entendre qu'elles sont jugées incapables de former des unions intimes marquées par l'interdépendance financière par rapport aux couples de sexe différent, indépendamment de leur situation réelle. Comme l'intervenante EGALE l'a soutenu, une telle exclusion perpétue les désavantages que subissent les personnes formant une union avec

72

73

by individuals in same-sex relationships and contributes to the erasure of their existence.

74

Therefore I conclude that an examination of the four factors outlined above, in the context of the present appeal, indicate that the human dignity of individuals in same-sex relationships is violated by the impugned legislation. In light of this, I conclude that the definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA* violates s. 15(1).

IACOBUCCI J. —

C. *Is Section 29 of the FLA Justified Under Section 1 of the Charter?*

1. *Stare Decisis* and *Egan*

75

At the outset, I wish to address the appellant’s submission that an independent examination of the s. 1 issues is unnecessary in the present case. The appellant asserts that the principle of *stare decisis* binds this Court to the decision in *Egan, supra*, and that the s. 1 analysis in that case ought to apply with equal force to the case at bar. Although I recognize the fundamental role of precedent in legal analysis, I cannot accept this submission. Granted, *Egan*, like the case now before this Court, was also concerned with the opposite-sex definition of “spouse” in provincial legislation. However, the similar focus of the two cases is not sufficient to bind the Court to the *Egan* decision. The instant case is based on entirely different legislation with its own unique objectives and legislative context. As a result, it must be evaluated on its own merits.

2. *Approach to Section 1*

76

The analytical framework for determining whether a law constitutes a “reasonable” limit that can be “demonstrably justified in a free and democratic society” under s. 1 of the *Charter* was first set out by Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Although it has since been refined, the general approach is now well established

une personne du même sexe et contribue à les rendre invisibles.

Par conséquent, il ressort de l’examen des quatre facteurs exposés ci-dessus, dans le contexte du présent pourvoi, que la loi contestée porte atteinte à la dignité humaine des personnes formant une union avec une personne du même sexe. Compte tenu de ce qui précède, je conclus que la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29 de la *LDF* viole le par. 15(1).

LE JUGE IACOBUCCI —

C. *L’article 29 de la LDF est-il justifié en vertu de l’article premier de la Charte?*

1. *Le stare decisis* et l’arrêt *Egan*

Je désire examiner dès le départ la thèse de l’appelant selon laquelle il n’est pas nécessaire en l’espèce de procéder à un examen distinct des questions liées à l’article premier. L’appelant affirme qu’en vertu du principe du *stare decisis*, notre Cour est liée par l’arrêt *Egan*, précité, et que l’analyse fondée sur l’article premier effectuée dans cet arrêt devrait s’appliquer tout autant en l’espèce. Bien que je reconnaisse le rôle fondamental des précédents en matière d’analyse juridique, je ne peux accepter cette thèse. Je conviens que l’arrêt *Egan*, comme le présent pourvoi, portait lui aussi sur une définition du mot «conjoint» fondée sur la différence de sexe énoncée dans un texte législatif provincial. Toutefois, la similitude du point central dans ces deux affaires ne suffit pas pour que notre Cour soit liée par l’arrêt *Egan*. Le présent pourvoi est fondé sur une loi tout à fait différente qui possède ses propres objectifs et un contexte législatif bien à elle. Par conséquent, il doit faire l’objet d’une évaluation au fond.

2. *L’interprétation de l’article premier*

Le schéma d’analyse permettant de déterminer si une règle de droit constitue une limite «raisonnable» dont la «justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique» aux termes de l’article premier de la *Charte* a été exposé pour la première fois par le juge en chef Dickson dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S.

(see, e.g., *Egan, supra, per Cory and Iacobucci JJ.*, at para. 182; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 84, *per La Forest J.*; *Miron, supra*, at para. 163, *per McLachlin J.*, and *Vriend, supra*, at para. 108, *per Cory and Iacobucci JJ.*).

However, it is important not to lose sight of the underlying principles animating this general approach. As Dickson C.J. so eloquently put it in *Oakes, supra*, at p. 136, the inclusion of the words “free and democratic” as the standard of justification in s. 1 of the *Charter*

refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

As noted by this Court in *Vriend, supra*, at para. 134, the introduction of the *Charter* brought about “a redefinition of our democracy”. Central to this democratic vision is a dialogue of mutual respect between the courts and the legislatures, which includes the idea that:

In carrying out their duties, courts are not to second-guess legislatures and the executives; they are not to make value judgments on what they regard as the proper policy choice; this is for the other branches. Rather, the courts are to uphold the Constitution and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the

103. Bien qu'elle ait été raffinée depuis, la méthode générale est maintenant bien établie (voir par exemple *Egan*, précité, les juges Cory et Iacobucci, au par. 182; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 84, le juge La Forest; *Miron*, précité, au par. 163, le juge McLachlin; et *Vriend*, précité, au par. 108, les juges Cory et Iacobucci).

Toutefois, il est important de ne pas perdre de vue les principes fondamentaux sur lesquels repose cette méthode générale. Comme le juge en chef Dickson l'a si éloquemment dit dans *Oakes*, précité, à la p. 136, l'inclusion des mots «libre et démocratique» à titre de norme de justification à l'article premier de la *Charte*

rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Comme l'a noté notre Cour dans *Vriend*, précité, au par. 134, l'adoption de la *Charte* a donné lieu à une «redéfinition de la démocratie canadienne». Au centre de cette vision démocratique, un dialogue empreint de respect mutuel entre les tribunaux et les législateurs, et notamment l'idée selon laquelle:

Les tribunaux n'ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu'ils considèrent comme les politiques à adopter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois,

other branches respect each others' role and the role of the courts. [*Vriend*, at para. 136.]

This Court has often stressed the importance of deference to the policy choices of the legislature in the context of determining whether the legislature has discharged its burden of proof under s. 1 of the *Charter*: see, for example, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 993-94, *per* Dickson C.J. and Lamer J. (now Chief Justice) and Wilson J.; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at pp. 502-4, *per* Sopinka J.; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 135-37, *per* McLachlin J. However, it is important to note that deference is not a kind of threshold inquiry under s. 1. As a general matter, the role of the legislature demands deference from the courts to those types of policy decisions that the legislature is best placed to make. The simple or general claim that the infringement of a right is justified under s. 1 is not such a decision. As Cory J. stated in *Vriend*, *supra*, at para. 54: "The notion of judicial deference to legislative choices should not . . . be used to completely immunize certain kinds of legislative decisions from *Charter* scrutiny."

il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux. [*Vriend*, au par. 136.]

Notre Cour a maintes fois souligné l'importance de la retenue à l'égard des choix de principe du législateur quand vient le temps de décider si le législateur s'est déchargé de son fardeau de la preuve aux termes de l'article premier de la *Charte*: voir, par exemple, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 993 et 994, le juge en chef Dickson et les juges Lamer (maintenant Juge en chef) et Wilson; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, aux pp. 502 à 504, le juge Sopinka; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, aux par. 135 à 137, le juge McLachlin. Cependant, il est important de remarquer que la retenue n'est pas une sorte d'analyse préliminaire prévue à l'article premier. De façon générale, le rôle du législateur exige que les tribunaux fassent preuve de retenue à l'égard des décisions de principe que le législateur est le mieux placé pour prendre. La simple affirmation ou la proposition générale selon laquelle l'atteinte à un droit est justifiée par l'article premier n'est pas une décision de ce genre. Comme le juge Cory l'a dit dans *Vriend*, précité, au par. 54: «La notion de retenue judiciaire envers les choix du législateur ne devrait [. . .] pas servir à soustraire certains types de décisions d'ordre législatif à tout examen fondé sur la *Charte*.»

79

Under s. 1, the burden is on the legislature to prove that the infringement of a right is justified. In attempting to discharge this burden, the legislature will have to provide the court with evidence and arguments to support its general claim of justification. Sometimes this will involve demonstrating why the legislature had to make certain policy choices and why it considered these choices to be reasonable in the circumstances. These policy choices may be of the type that the legislature is in a better position than the court to make, as in the case of difficult policy judgments regarding the claims of competing groups or the evaluation of complex and conflicting social science research: *Irwin Toy*, *supra*, at p. 993, *per* Dickson C.J. and

En vertu de l'article premier, le législateur a le fardeau de prouver que l'atteinte à un droit est justifiée. Pour tenter de se décharger de ce fardeau, le législateur devra fournir au tribunal des éléments de preuve et des arguments qui étayent l'affirmation générale voulant que l'atteinte soit justifiée. Parfois, le législateur devra démontrer pourquoi il a fait certains choix de principe et pourquoi il a estimé que ces choix étaient raisonnables compte tenu des circonstances. Il peut s'agir de choix de principe que le législateur est mieux en mesure de faire que le tribunal, comme par exemple des jugements de principe difficiles concernant les demandes de principe concurrents ou l'évaluation de recherches complexes et contradictoires en

Lamer and Wilson JJ. Courts must be cautious not to overstep the bounds of their institutional competence in reviewing such decisions. The question of deference, therefore, is intimately tied up with the nature of the particular claim or evidence at issue and not in the general application of the s. 1 test; it can only be discussed in relation to such specific claims or evidence and not at the outset of the analysis.

I therefore agree with my colleague, Bastarache J., that an examination of context is essential in determining whether deference is appropriate. It may also be the case that a discussion of context is appropriate at the outset of a s. 1 analysis, depending on the nature of the evidence at issue, for ease of reference when later applying the various steps of s. 1: see, for example, *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 88, *per* Bastarache J. However, with respect to his reasons in the present appeal, I am concerned that Bastarache J. implies that the question of deference in a general sense should also be determined at the outset of the inquiry. For example, Bastarache J. states that the question to ask in this case is whether the Court can “rewrite the boundary in order to include that smaller number of individuals [in same-sex relationships] who are in such a position [of dependency], or must it defer to legislative determination of the issue?” (para. 304). The question of rewriting boundaries is, to my mind, at most a question of the appropriate remedy should the rights infringement be unjustified. The question of deference to the role of the legislature certainly enters into any discussion of remedy, as discussed in *Vriend, supra*, and can enter into the discussion of whether the legislature has discharged its burden under any of the steps of the s. 1 test. However, the question of deference is not an issue that can be determined prior to engaging in any of these specific inquiries. Nor should it be determined at the outset of the inquiry, given the court’s important role in applying s. 1 of the *Charter* to determine whether the infringement of

sciences humaines: *Irwin Toy*, précité, à la p. 993, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson. Les tribunaux doivent prendre garde de ne pas dépasser les limites de leur compétence institutionnelle en examinant de telles décisions. La question de la retenue, en conséquence, est étroitement liée à la nature de la demande ou des preuves en cause et non à l’application générale du critère relatif à l’article premier; elle ne peut être abordée qu’en rapport avec ces demandes ou preuves particulières et non dès le début de l’analyse.

Par conséquent, je partage l’avis de mon collègue, le juge Bastarache, selon lequel l’examen du contexte est essentiel pour décider s’il convient de faire preuve de retenue. Il peut également arriver qu’une discussion du contexte soit appropriée au début de l’analyse fondée sur l’article premier, selon la nature de la preuve en cause, pour qu’il soit plus facile d’y faire référence quand on franchit par la suite les différentes étapes de l’analyse fondée sur l’article premier: voir, par exemple, *Thomson Newspapers c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au par. 88, le juge Bastarache. Cependant, avec égards pour les motifs que le juge Bastarache a exposés dans le présent pourvoi, je suis préoccupé par le fait qu’il laisse entendre que la question de la retenue dans un sens général devrait également être tranchée dès le début de l’analyse. Par exemple, le juge Bastarache dit qu’il faut se demander dans la présente affaire si la Cour peut «tracer une nouvelle ligne de démarcation afin d’inclure les quelques personnes [formant une union avec une personne du même sexe] se trouvant dans cette situation [de dépendance], ou [si elle doit] s’en remettre à la décision prise par le législateur sur la question?» (par. 304). À mon sens, l’établissement de nouvelles lignes de démarcation est au mieux une question concernant la réparation appropriée si l’atteinte aux droits est jugée injustifiée. La retenue à l’égard du rôle du législateur fait certainement partie des questions à aborder au moment de déterminer la réparation, comme il a été dit dans *Vriend*, précité, et peut faire partie de la question de savoir si le législateur s’est déchargé du fardeau lui incombant à chacune des étapes du critère rela-

a guaranteed right can be justified in a free and democratic society.

tif à l'article premier. Cependant, la question de la retenue ne peut être tranchée avant qu'on ne se soit livré à ces analyses particulières. Elle ne devrait pas non plus être tranchée au début de l'analyse, compte tenu du rôle important que joue le tribunal dans l'application de l'article premier de la *Charte* en vue de décider si l'atteinte à un droit garanti peut se justifier dans une société libre et démocratique.

81 I will therefore not deal with the question of deference at the outset and will instead discuss it, where appropriate, under the various steps of the s. 1 test.

Par conséquent, je ne traiterai pas de la question de la retenue dès le départ, je l'aborderai plutôt, lorsque cela s'avérera approprié, au cours des diverses étapes du critère relatif à l'article premier.

3. Pressing and Substantial Objective

3. Un objectif urgent et réel

82 Section 29 of the *FLA* defines "spouse" as being either of a man and woman who are married to each other or cohabiting within the meaning of the Act. Same-sex couples are necessarily excluded from this definition, thereby giving rise to the charge that the legislation is underinclusive. In *Vriend, supra*, at paras. 109-11, this Court found that where a law violates the *Charter* owing to under-inclusion, the first stage of the s. 1 analysis is properly concerned with the object of the legislation as a whole, the impugned provisions of the Act, and the omission itself.

Selon l'art. 29 de la *LDF*, le mot «conjoint» est soit l'homme, soit la femme qui sont mariés ensemble ou cohabitent au sens de la Loi. Les couples de même sexe sont nécessairement exclus de cette définition, ce qui donne lieu à la contestation de la loi pour le motif que sa portée est trop limitative. Dans *Vriend*, précité, aux par. 109 à 111, notre Cour a conclu que, lorsqu'une loi est jugée contraire à la *Charte* en raison de sa portée trop limitative, c'est tout à la fois l'objet de la loi considérée dans son ensemble, les dispositions contestées ainsi que l'omission elle-même qu'il y a lieu de prendre en compte à la première étape de l'analyse fondée sur l'article premier.

83 As to the objective of the *FLA* as a whole, I note that the submissions of the appellant do not directly address this issue. Nevertheless, I am of the view, as was Charron J.A. in the court below, that a suitable starting point for determining the purpose of the *FLA* is the preamble of the Act:

Je remarque que l'appelant, dans son argumentation, n'a pas traité directement de l'objectif de la *LDF* considérée dans son ensemble. Néanmoins, je suis d'avis, comme l'était le juge Charron en Cour d'appel, que le préambule de la *LDF* est un bon point de départ pour déterminer l'objet de la Loi:

Whereas it is desirable to encourage and strengthen the role of the family; and whereas for that purpose it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership; 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 breakdown of the partnership, and to provide for other mutual obligations in family relationships, including the equitable sharing by parents of responsibility for their children;

Attendu qu'il est souhaitable d'encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu'il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société; attendu que cette reconnaissance doit s'étayer de dispositions législatives qui prévoient le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société et qui définissent d'autres obligations réciproques dans le cadre des rapports familiaux, y compris la participation équitable de chaque conjoint aux responsabilités parentales;

Although the preamble of the *FLA* provides some insight into the objective of the Act, its utility is limited. For example, the reference to “marriage” is somewhat misleading. As recognized by members of the legislature during debate concerning the *Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, c. 2 (“*FLRA*”), this reference does not reflect the full purpose of the amended Act, which accords rights to both married and unmarried couples. Further, it was also noted in debate that the emphasis on encouraging and strengthening the role of the family is inaccurate as the legislation is actually intended to deal with the breakup of the family: *Legislature of Ontario Debates*, October 18, 1977, at p. 904.

It seems to me that a more complete and accurate statement of the objective of the current version of the *FLA* is provided by the Ontario Law Reform Commission (“*OLRC*”) in the following excerpt from the *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* (1993), at pp. 43-44:

The purpose of the *Family Law Act* is to provide for the equitable resolution of economic disputes that arise when intimate relationships between individuals who have been financially interdependent break down (Parts I-IV). As well, it ensures that family members have a means to seek redress when an immediate relative is injured or killed through the negligence of a third party (Part V).

This statement is largely consistent with the preamble but better reflects the design of the current legislation.

Turning to the objective of the impugned provisions, s. 29 of the *FLA* defines the term “spouse” as it appears in the support obligation provisions of Part III of the Act. There is considerable disagreement between the parties as to the underlying purpose of these provisions. The appellant submits that their objective is twofold. First, Part III of the *FLA* is said to have been designed to remedy the systemic inequality associated with opposite-sex relationships, including the economic dependence of women on men resulting from women assuming primary responsibility for child care and from

Bien que le préambule de la *LDF* jette de la lumière sur l’objectif de la Loi, son utilité est limitée. Par exemple, l’emploi du mot «mariage» peut induire en erreur. Comme l’ont reconnu les députés au cours des débats de l’assemblée législative concernant la *Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, ch. 2 («*FLRA*»), ce renvoi ne reflète pas l’intégralité des fins de la Loi modifiée, qui accorde des droits tant aux couples non mariés qu’aux couples mariés. En outre, on a aussi fait remarquer au cours de ces débats que l’accent mis sur la promotion et le renforcement du rôle de la famille est trompeur étant donné que le texte législatif vise en fait la rupture de la famille: *Legislature of Ontario Debates*, 18 octobre 1977, à la p. 904.

Il me semble que l’extrait suivant du *Report of the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* (1993), publié par la Commission de réforme du droit de l’Ontario («*CRDO*»), énonce de façon plus complète et exacte l’objectif de la version actuelle de la *LDF*, aux pp. 43 et 44:

[TRADUCTION] La *Loi sur le droit de la famille* vise le règlement équitable des différends d’ordre économique survenant à la rupture d’unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes (parties I à IV). De même, elle garantit que les membres de la famille ont un recours en réparation lorsqu’un proche parent est blessé ou tué par suite de la négligence d’un tiers (partie V).

Cet énoncé est compatible dans une large mesure avec le préambule, mais il reflète mieux l’esprit de la loi actuelle.

Quant à l’objectif des dispositions contestées, l’art. 29 de la *LDF* définit le terme «conjoint» pour l’application des dispositions relatives à l’obligation alimentaire de la partie III de la Loi. Les parties sont en profond désaccord en ce qui concerne l’objet sous-jacent de ces dispositions. L’appelant soutient que leur objectif comporte deux volets. Premièrement, il affirme que la partie III de la *LDF* a été conçue pour corriger l’inégalité systémique constatée dans les unions entre personnes de sexe différent, notamment la dépendance financière des femmes envers les hommes en raison du

84

85

86

gender-based inequality in earning power. In his reasons in this appeal, Bastarache J. has identified this same inequality as the “mischief and defect” that the Part III provisions were meant to address. Second, Part III is said to reflect a concern for children and the conditions under which they are raised.

fait que celles-ci assument la plus grande partie des responsabilités liées à l'éducation des enfants et que l'inégalité de la capacité de gain est fondée sur le sexe. Dans les motifs qu'il expose dans le présent pourvoi, le juge Bastarache a qualifié cette inégalité de «mal et [d]e vice» que les dispositions de la partie III visaient à corriger. Deuxièmement, l'appelant affirme que la partie III montre que les enfants et les conditions dans lesquelles ils sont éduqués ont retenu l'attention.

87 Although I do not dispute the claim that economically dependent heterosexual women and children are well served by the spousal support provisions in Part III of the *FLA*, in my view, there is insufficient evidence to demonstrate that the protection of these groups informs the fundamental legislative objectives behind this part of the Act. In fact, with respect to Bastarache J., it seems to me that the legislative history and the terms of the provisions themselves contradict the appellant's assertions.

Bien que je ne conteste pas que les femmes hétérosexuelles financièrement dépendantes et les enfants soient bien servis par les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF*, à mon avis, on n'est pas parvenu à faire la preuve que la protection de ces groupes soit à la base des objectifs fondamentaux de cette partie de la Loi. En fait, avec égards pour le juge Bastarache, il me semble que l'historique de la loi et le libellé des dispositions elles-mêmes contredisent les affirmations de l'appelant.

88 With respect to the first of the proposed objectives described above, the appellant submits that the government accepted the conclusion of the OLRC in 1974-75 that married women tend to become economically dependent upon their partners owing to the traditional division of labour between husbands and wives. By enacting Part II of the *FLRA* (now Part III of the *FLA*), the government was said to have recognized and addressed the need of such women for spousal support. However, it seems to me that these submissions overlook the import of the changes introduced by the new legislation.

En ce qui concerne le premier des objectifs proposés ci-dessus, l'appelant soutient que le gouvernement a accepté la conclusion tirée par la CRDO en 1974-1975, selon laquelle les femmes mariées tendent à se retrouver financièrement dépendantes de leur partenaire en raison de la division traditionnelle du travail entre mari et femme. En adoptant la partie II de la *FLRA* (maintenant la partie III de la *LDF*), le gouvernement aurait reconnu la nécessité de prévoir au profit de ces femmes le versement d'une pension alimentaire par le conjoint. Cependant, il me semble que ces observations ne tiennent pas compte de la teneur des changements apportés par la nouvelle loi.

89 In contrast to predecessor legislation (i.e., the *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, c. 211 (as amended by S.O. 1954, c. 22; S.O. 1958, c. 23; R.S.O. 1960, c. 105; R.S.O. 1970, c. 128; S.O. 1971, c. 98; S.O. 1973, c. 133)), the 1978 *FLRA* abandoned a statutory spousal support regime under which only a wife could oblige her husband to pay support in favour of one which imposed mutual support obligations on both men and women. Indeed, the thrust of the OLRC's 1975 remarks which preceded the new

Au contraire des textes législatifs précédents (par exemple la *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, ch. 211 (modifiée par S.O. 1954, ch. 22; S.O. 1958, ch. 23; R.S.O. 1960, ch. 105; R.S.O. 1970, ch. 128; S.O. 1971, ch. 98; S.O. 1973, ch. 133)), la *FLRA* de 1978 délaisse un régime d'obligation alimentaire dans lequel seule la femme pouvait forcer le mari à fournir des aliments, en faveur d'un régime faisant peser des obligations alimentaires réciproques sur les femmes et les hommes. En fait, l'orientation

legislation emphasize the importance of a gender-neutral scheme. Although the Commission recognized the financial dependence of many married women upon their husbands, as is evident from the following passages, the OLRC's recommendations encouraged the government to premise support obligations on need and actual dependence rather than on the assumption that wives are inherently dependent upon their husbands for support because of the traditional roles assumed by men and women:

Any reform of the provincial law governing inter-spousal support obligations should include amongst its primary objectives the elimination of the underlying assumption that a wife is inherently dependent upon her husband for support.

. . . .

[W]e have concluded that the courts, in awarding support, should place much greater emphasis upon the need of dependent spouses and the reasons for their dependency Circumstances can certainly arise in which a husband becomes dependent upon his wife for support, whether by reason of his infirmity or incapacity, or for reasons related simply to the domestic arrangements which they have adopted. . . .

[T]he law might be regarded as lacking in flexibility if it was incapable of recognizing a domestic arrangement between the spouses which was based upon a degree of dependency by the husband upon his wife for support. An example of this situation is shown by spouses who agree to advance the wife's career at the expense of the husband's. Although this is currently not a common phenomenon in Canada, the law should take account of new developments in society even though they may appear to run counter to the conventions of the day.

Ontario Law Reform Commission, *Report on Family Law*, Part VI, "Support Obligations" (1975), at pp. 7 and 10-11. Similar sentiments were expressed by a government position paper produced prior to the introduction of the 1978 *FLRA*: Ministry of the Attorney General for Ontario, *Family Law Reform* (1976), at p. 9.

générale des propositions présentées en 1975 par la CRDO avant l'adoption de la nouvelle loi souligne l'importance d'un régime n'établissant pas de distinction fondée sur le sexe. La Commission reconnaissait la dépendance financière de nombreuses femmes mariées envers leur mari, comme cela ressort des passages qui suivent, mais ses recommandations incitaient le gouvernement à faire reposer l'obligation alimentaire sur l'existence d'un état de besoin et d'une dépendance réelle plutôt que sur la présomption que les épouses sont naturellement à la charge de leur mari en raison des rôles traditionnels assumés par les hommes et les femmes:

[TRADUCTION] Toute réforme de la loi provinciale régissant les obligations alimentaires entre conjoints devrait viser principalement à éliminer la présomption sous-jacente voulant que la femme soit naturellement à la charge de son mari.

. . . .

[N]ous avons conclu que les tribunaux, dans leurs ordonnances alimentaires, devraient bien davantage mettre l'accent sur l'état de besoin des conjoints à charge et sur la raison de leur dépendance [. . .] Il y a certainement des cas où le mari se trouve à la charge de sa femme, que ce soit en raison d'une infirmité ou d'une incapacité, ou pour des raisons liées simplement à la façon dont ils ont organisé leur vie commune. . . .

[O]n pourrait considérer que la loi n'est pas suffisamment souple si elle n'arrive pas à reconnaître que les conjoints peuvent décider que le mari sera dans un certaine mesure à la charge de sa femme. Par exemple, certains conjoints peuvent décider de favoriser la carrière de la femme au détriment de celle du mari. Bien que cela ne soit pas très courant au Canada, la loi devrait prendre en compte l'évolution sociale, même lorsque cela semble aller à l'encontre de conventions courantes.

Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Family Law*, Part VI, «Support Obligations» (1975), aux pp. 7, 10 et 11. Des points de vue similaires ont été exprimés dans une déclaration de principe du gouvernement publiée avant le dépôt de la *FLRA* de 1978: Ministère du Procureur général de l'Ontario, *Family Law Reform* (1976), à la p. 9.

90 The inaccuracy of the appellant's submissions with respect to the first of the purported objectives is also reflected in the terms of Part III of the Act. For example, the provisions of the *FLA* that establish the right to receive support as well as the obligation to provide it use gender-neutral language. Under s. 33(2), an application for an order for support may be made by a "dependant", who is a "person" to whom another has an obligation to provide support (s. 29). The support obligation is borne by "spouses" who are defined as "either of a man and woman" in ss. 29 and 1(1) of the Act.

L'inexactitude des affirmations de l'appelant quant au premier des prétendus objectifs ressort aussi du libellé de la partie III de la Loi. Par exemple, les dispositions de la *LDF* qui prévoient le droit aux aliments et l'obligation de les fournir n'établissent aucune distinction fondée sur le sexe. Aux termes du par. 33(2), la requête relative à l'ordonnance alimentaire peut être présentée par la «personne à charge», qui est une «personne» à qui une autre personne est tenue de fournir des aliments (art. 29). L'obligation alimentaire incombe aux «conjoints» qui sont soit l'homme, soit la femme selon les définitions du par. 1(1) et de l'art. 29 de la Loi.

91 In addition, s. 33(9), which sets out various factors for the courts to consider in determining the amount and duration of support, is also cast in gender-neutral terms and makes no mention of the position of heterosexual women or their needs. Moreover, s. 33(8) establishes the purposes of an order for the support of a spouse but is silent with respect to the economic vulnerability of heterosexual women, their tendency to take on primary responsibility for parenting, the greater earning capacity of men, and systemic sexual inequality. In the face of this clearly gender-neutral scheme, the fact that a significant majority of the spousal support claimants are women does not, in my view, establish that the goal of Part III of the *FLA* is to address the special needs of women in opposite-sex relationships.

De plus, le par. 33(9) qui énonce divers facteurs que les tribunaux doivent prendre en considération pour déterminer le montant et la durée des aliments ne fait pas non plus de distinction fondée sur le sexe et ne fait aucune mention de la situation des femmes hétérosexuelles ni de leurs besoins. Au surplus, le par. 33(8), qui établit les buts de l'ordonnance alimentaire prononcée au profit du conjoint, est muet en ce qui concerne la vulnérabilité économique des femmes hétérosexuelles, leur tendance à assurer la plus grande partie des responsabilités liées à l'éducation des enfants, la capacité de gain supérieure des hommes et l'inégalité sexuelle systémique. Vu l'absence manifeste de distinction fondée sur le sexe dans ce régime, le fait que les femmes représentent une importante majorité des demandeurs d'aliments n'établit pas, selon moi, que le but de la partie III de la *LDF* est de répondre aux besoins particuliers des femmes qui forment une union avec une personne de sexe différent.

92 The terms of the spousal support provisions of Part III are also inconsistent with the second of the appellant's proposed objectives, namely, protecting children and ensuring that the conditions under which they are raised are adequate. Although the provisions of Part III that deal exclusively with child support clearly reflect these legitimate legislative concerns (see ss. 31 and 33(7)), it seems to me that the spousal support provisions do not share the same focus. Part III of the *FLA* imposes spousal support obligations on opposite-sex

Le libellé des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la partie III est aussi incompatible avec le deuxième des objectifs proposés par l'appelant, à savoir protéger les enfants et garantir qu'ils sont élevés dans des conditions adéquates. Bien que les dispositions de la partie III, qui ont trait exclusivement à l'obligation alimentaire établie au profit de l'enfant, reflètent clairement ces préoccupations légitimes du législateur (voir l'art. 31 et le par. 33(7)), il me semble que les dispositions relatives à l'obligation alimen-

couples irrespective of whether or not they have children. Indeed, as noted by the intervener EGALE, cohabiting opposite-sex partners who are not the parents of a child are expressly included in the s. 29 definition of “spouse” after three years of cohabitation.

As I see the matter, the objectives of the impugned spousal support provisions were accurately identified by Charron J.A. in the court below. Relying in part on the OLRC description of the goal of the *FLA* set out above, she identified the objectives of the Part III provisions as both a means to provide “for the equitable resolution of economic disputes that arise when intimate relationships between individuals who have been financially interdependent break down” and to “alleviate the burden on the public purse by shifting the obligation to provide support for needy persons to those parents and spouses who have the capacity to provide support to these individuals” (p. 450). I find support for this position in the legislative debates, the terms of the provisions, as well as the jurisprudence of this Court.

In keeping with the 1975 OLRC recommendations discussed above, the government moved to introduce legislation that would confer “no privileges” and impose “no disability on either men or women as a group but rather tak[e] account of the individual situation in each matrimonial dispute” (*Legislature of Ontario Debates*, October 26, 1976, at p. 4102). With the emphasis of spousal support now fixed on need and actual dependence as opposed to presumptions regarding relations between the sexes, the 1978 *FLRA* was regarded as “a code of economic relations between the spouses upon the severance of that union” (*Legislature of Ontario Debates*, October 18, 1977, at p. 901). In my view, these statements are entirely consistent

taire entre conjoints ne sont pas centrées sur la même idée maîtresse. La partie III de la *LDF* assujettit à l’obligation alimentaire entre conjoints les couples de sexe différent sans égard à la question de savoir s’ils ont des enfants. En fait, comme l’intervenante EGALE l’a fait remarquer, les partenaires de sexe différent qui cohabitent et ne sont pas les parents d’un enfant sont expressément inclus, après trois ans de cohabitation, dans la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29.

À mon sens, le juge Charron de la Cour d’appel a correctement défini les objectifs des dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints qui sont contestées. S’appuyant en partie sur la description faite ci-dessus par la CRDO quant au but de la *LDF*, elle a reconnu que les objectifs des dispositions de la partie III permettaient à la fois [TRADUCTION] «d’assurer le règlement équitable des différends d’ordre économique survenant à la rupture d’unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes» et d’«alléger le fardeau financier de l’État en faisant peser l’obligation de fournir des aliments aux personnes indigentes non plus sur l’État mais sur les parents et les conjoints qui sont en mesure de le faire» (p. 450). Selon moi, cette position est étayée par les débats de l’assemblée législative, le libellé des dispositions de même que la jurisprudence de notre Cour.

Donnant suite aux recommandations faites en 1975 par la CRDO que j’ai mentionnées ci-dessus, le gouvernement a déposé un projet de loi qui n’aurait conféré [TRADUCTION] «aucun privilège» et n’aurait créé «aucune incapacité à l’égard des hommes ou des femmes en tant que groupe, mais aurait tenu compte des circonstances particulières de chaque conflit matrimonial» (*Legislature of Ontario Debates*, 26 octobre 1976, à la p. 4102). L’accent en matière d’obligation alimentaire entre conjoints étant dorénavant mis sur l’état de besoin et la dépendance véritable et non sur des présomptions concernant les relations entre les sexes, la *FLRA* de 1978 était considérée comme [TRADUCTION] «un code régissant les relations économiques entre conjoints à la rupture de l’union» (*Legislature of Ontario Debates*, 18 octobre 1977, à la p. 901). À mon avis, ces déclarations sont tout à

93

94

with the first of the objectives suggested by the majority of the Court of Appeal.

95 The terms of Part III of the *FLA* are also consonant with the first objective advanced by the Court of Appeal. Expressly included among the purposes of a spousal support order in s. 33(8) of the Act are the relief of financial hardship, the recognition of the spouse's contribution to the relationship, and the economic consequences of the relationship for the spouse.

96 In addition, this Court has previously used language similar to that chosen by the Court of Appeal to describe the purpose of the spousal support provisions in the *Divorce Act*. In *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 848, L'Heureux-Dubé J., writing on behalf of the majority of the Court, stated that "the support provisions of the Act are intended to deal with the economic consequences, for both parties, of the marriage or its breakdown" (emphasis in original). She continued, noting that "[w]hat the Act requires is a fair and equitable distribution of resources to alleviate the economic consequences of marriage or marriage breakdown for both spouses, regardless of gender" (p. 849). As these remarks were made with respect to legislation different from that under review in the case at bar, I do not suggest that they are determinative of the objective of Part III of the *FLA*. Nevertheless, in light of the virtually identical list of purposes for a support order found in each statute, it seems to me that the objective described in *Moge* has considerable bearing on the present case (see s. 33(8) of the *FLA* and s. 15(7) of the *Divorce Act*).

97 I note that Bastarache J. has also relied on *Moge*, *supra*, to support his position that redressing the disadvantages suffered by women in opposite-sex relationships is the pressing and substantial objective of the s. 29 definition of "spouse" in the *FLA*. Indeed, at pp. 853-54 of that decision L'Heureux-Dubé J. undertook an extensive examination of the power imbalances that are typical of such relationships. However, in my

fait compatibles avec le premier des objectifs relevés par les juges majoritaires de la Cour d'appel.

Le libellé de la partie III de la *LDF* est en accord aussi avec le premier objectif énoncé par la Cour d'appel. Le paragraphe 33(8) de la Loi prévoit expressément que l'ordonnance alimentaire à l'égard d'un conjoint vise notamment à alléger les difficultés financières et à reconnaître l'apport du conjoint à l'union ainsi que les conséquences économiques de l'union pour le conjoint.

De plus, notre Cour s'est déjà exprimée en des termes semblables à ceux utilisés par la Cour d'appel pour décrire l'objet des dispositions de la *Loi sur le divorce* portant sur les aliments dus aux époux. Dans *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, à la p. 848, le juge L'Heureux-Dubé, exprimant l'opinion des juges majoritaires de la Cour, a affirmé que «les dispositions de la Loi portant sur l'obligation alimentaire conjugale visent les conséquences économiques du mariage ou de son échec pour les deux partenaires» (souligné dans l'original). Plus loin, elle fait remarquer que «[l]a Loi 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» (p. 849). Étant donné que ces remarques ont été faites au sujet d'une loi différente de celle qui est examinée en l'espèce, je ne dis pas qu'elles permettent de déterminer l'objectif de la partie III de la *LDF*. Néanmoins, comme la liste des buts de l'ordonnance alimentaire exposés dans chaque loi est presque identique, il me semble que l'objectif énoncé dans *Moge* revêt une importance considérable quant à l'issue du présent pourvoi (voir le par. 33(8) de la *LDF* et le par. 15(7) de la *Loi sur le divorce*).

Je remarque que le juge Bastarache s'est également appuyé sur *Moge*, précité, pour conclure que l'objectif urgent et réel de la définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29 de la *LDF* est de corriger les désavantages subis par les femmes qui ont formé une union avec une personne de sexe différent. De fait, aux pp. 853 et 854 de cet arrêt, le juge L'Heureux-Dubé examine en profondeur le déséquilibre des forces qui caractérise ces unions.

view, this general social reality does not detract from the principle that dependencies can and do develop irrespective of gender in intimate conjugal relationships. It seems to me that this is the true mischief which the gender-neutral support provisions of the *FLA* are designed to address.

As to the goal of reducing the strain on the public purse, members of the legislature have complained publicly about the number of dependent people who turn to the welfare rolls upon the breakdown of their relationships. The notion that the spousal support provisions of the *FLA* and its predecessors were in large part aimed at shifting the financial burden away from the government and on to those partners with the capacity to provide support for dependent spouses has been voiced several times in legislative debates. For example, prior to the passing of the 1978 *FLRA*, the Honourable Mr. McMurtry made the following comments regarding dependent spouses:

They have been induced to enter into the relationship and to stay home and raise the children arising from the union, or children of another union, and have thus been put in a position of total dependency on the person as a result of being out of the labour market for a lengthy period of time. Many of these people are later abandoned and, under the present law, they have nowhere to turn but to the welfare authorities for support.

This is not a small problem.

Legislature of Ontario Debates, November 18, 1976, at p. 4793. See also *Legislature of Ontario Debates*, October 26, 1976, at p. 4103; November 22, 1976, at pp. 4898 and 4890-91.

My colleague, Bastarache J., argues that the Court of Appeal had no basis for determining that “intimacy” is part of the purpose of s. 29 of the *FLA* (at para. 347). With respect, I disagree. Section 29 refers to individuals who have “cohabited”. Section 1(1), as noted by Cory J., at para. 56, defines “cohabit” as “to live together in a conjugal relationship, whether within or outside marriage”.

Toutefois, à mon avis, cette réalité sociale ne porte pas atteinte au principe selon lequel la dépendance peut survenir et survient effectivement sans distinction de sexe au sein des unions conjugales intimes. Il me semble que c’est là le véritable mal que visent à réparer les dispositions relatives aux aliments de la *LDF* dont le libellé n’établit aucune distinction fondée sur le sexe.

En ce qui concerne la réduction du fardeau financier de l’État, les députés se sont plaints publiquement au sujet du nombre des personnes à charge qui se tournent vers l’aide sociale à la suite de la rupture de leur union. L’idée que les dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* et des lois qu’elle a remplacées visaient en grande partie à faire peser le fardeau financier jusque-là supporté par l’État sur les partenaires qui sont en mesure de fournir des aliments aux conjoints à leur charge a été exprimée plusieurs fois au cours des débats législatifs. Par exemple, avant l’adoption de la *FLRA* de 1978, l’honorable Roy McMurtry a fait les commentaires suivants au sujet des conjoints qui sont à la charge de leur partenaire:

[TRADUCTION] Elles ont été incitées à former une union et à rester au foyer pour élever les enfants issus de l’union ou ceux nés d’une autre union. Elles se trouvent ainsi à dépendre entièrement de l’autre du fait qu’elles ont quitté le marché du travail pendant une longue période. Bon nombre sont plus tard abandonnées et, vu l’état actuel du droit, il ne leur reste qu’à s’adresser à l’aide sociale.

Il s’agit d’un problème d’envergure.

Legislature of Ontario Debates, 18 novembre 1976, à la p. 4793. Voir également *Legislature of Ontario Debates*, 26 octobre 1976, à la p. 4103; 22 novembre 1976, à la p. 4898 et aux pp. 4890 et 4891.

Mon collègue, le juge Bastarache, soutient qu’aucun motif ne permettait à la Cour d’appel de décider que l’«intimité» est liée à l’objet de l’art. 29 de la *LDF* (au par. 347). Avec égards, je ne partage pas son avis. L’article 29 fait référence à des personnes qui ont «cohabité». Aux termes du par. 1(1), comme l’a signalé le juge Cory au par. 56, le mot «cohabiter» s’entend du fait de

The accepted characteristics of a conjugal relationship, as outlined by Cory J. at para. 59, go to the core of what we would generally refer to as “intimacy”.

«[v]ivre ensemble dans une union conjugale, qu’il y ait eu mariage ou non». Les caractéristiques acceptées de l’union conjugale, telles qu’elles ont été énoncées par le juge Cory au par. 59, constituent l’essentiel de ce que nous appellerions de manière générale l’«intimité».

100

Having discussed the objective of the legislation as a whole and of the impugned provision, I turn to the objective of the omission. As I have already stated, when dealing with underinclusive legislation it is important also to consider the impugned omission when construing the objective. Often legislation does not simply further one goal but rather strikes a balance among several goals, some of which may be in tension. This balancing exercise may only become apparent after asking whether, in the case of underinclusive legislation, there is any objective being furthered by the impugned omission. A consideration of what is omitted from legislation may also lead a court to refine its interpretation of the objectives of the impugned legislation, perhaps reducing its scope. I agree with my colleague, Bastarache J., at para. 329, that if the omission is not taken into account in construing the objective then it is more likely that the omission will cause the impugned legislation to fail the rational connection step of the proportionality analysis.

Ayant abordé l’objectif de la loi dans son ensemble et celui de la disposition contestée, je passe maintenant à l’examen de l’objectif de l’omission. Comme je l’ai déjà dit, quand on analyse une loi dont la portée est trop limitative, il est également important de tenir compte de l’omission contestée dans l’interprétation de l’objectif. Il arrive souvent que la loi ne poursuive pas simplement un but, mais cherche plutôt à atteindre un équilibre entre plusieurs buts, dont certains peuvent s’opposer. Cette mise en équilibre ne peut devenir évidente qu’après que l’on s’est demandé si, dans le cas d’une loi dont la portée est trop limitative, l’omission contestée favorise la réalisation d’un objectif quelconque. Un examen de ce qui est omis par la loi peut également amener le tribunal à revoir son interprétation des objectifs de la loi contestée, peut-être à en réduire la portée. Je suis d’accord avec mon collègue, le juge Bastarache qui dit, au par. 329, que si l’omission n’est pas prise en compte pour interpréter l’objectif, il y a de fortes chances pour que la loi contestée ne résiste pas à l’étape de l’examen du lien rationnel de l’analyse de la proportionnalité.

101

However, the concerns just outlined do not imply that the court must find that there is a separate objective being furthered by the omission. Even if there is no such objective the omission must still be evaluated as part of the means chosen to further the objective of the specific provision in question, under the proportionality analysis. Otherwise the court risks collapsing the two stages of the *Oakes* test (pressing and substantial objective and proportionality) into a general question regarding the reasonableness of the omission. There may be exceptions to this general approach, such as when there is evidence of a deliberate omission by the legislature that is “on its face the very antithe-

Toutefois, les observations que je viens de faire ne signifient pas que le tribunal doit conclure que l’omission favorise la réalisation d’un objectif distinct. Même en l’absence d’un tel objectif, l’omission doit être évaluée comme une partie intégrante des moyens choisis pour atteindre l’objectif précis de la disposition en cause dans le cadre de l’analyse de la proportionnalité. Sinon, le tribunal risque de ramener les deux volets du critère de l’arrêt *Oakes* (objectif urgent et réel, et proportionnalité) à une question générale portant sur le caractère raisonnable de l’omission. Il peut y avoir des exceptions à cette méthode générale, s’il est prouvé par exemple que l’omission délibérée du

sis of the principles embodied in the legislation as a whole”: *Vriend, supra*, at para. 116.

With these concerns in mind, I turn to the present appeal. The appellant does not argue that a separate objective is furthered by the impugned omission. Rather, the argument is that a proper consideration of the exclusion of same-sex couples from the definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA* reduces the apparent scope of the objective furthered by that provision. The appellant made two arguments in this regard. First, the appellant argued that the *FLA* is a remedial statute designed to address the power imbalance that continues to exist in many opposite-sex relationships. Thus, it was submitted that the inclusion of same-sex couples in a scheme established to deal with problems that are not typical of their relationships is inappropriate. Further, the appellant asserted that where persons fall outside the rationale for which a benefit was established, the legislature is justified in withholding it from those persons.

With respect, I disagree with these submissions. As I stated above, I do not believe that the purpose of the *FLA* in general, nor Part III in particular, is to remedy the disadvantages suffered by women in opposite-sex relationships.

The second objective for the omission advanced by the appellant is the promotion of opposite-sex relationships to ensure the protection of children. Having found that neither the *FLA* as a whole nor the spousal support provisions in Part III of the Act are primarily concerned with the protection of children, I must also reject the submission that this is part of the objective of s. 29 of the *FLA*.

Finally, I note that Bastarache J. accepts that the rejection of the *Equality Rights Statute Law Amendment Act, 1994* by the Ontario legislature can provide evidence regarding the objective of s. 29 of the *FLA*. In particular, he argues, at

législateur est «à première vue l’antithèse des principes qu’incarne le texte dans son ensemble»: *Vriend*, précité, au par. 116.

Ces observations à l’esprit, je passe maintenant à l’examen du présent pourvoi. L’appelant ne soutient pas que l’omission contestée favorise la réalisation d’un objectif distinct. Il allègue plutôt que la prise en compte adéquate de l’exclusion des couples de même sexe de la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29 de la *LDF* réduit la portée apparente de l’objectif que vise à réaliser cette disposition. L’appelant a présenté deux arguments à ce sujet. Premièrement, il soutient que la *LDF* est une loi réparatrice conçue pour corriger le déséquilibre des forces qui continue d’exister dans de nombreuses unions entre personnes de sexe différent. Par conséquent, il fait valoir qu’il ne convient pas d’inclure les couples de même sexe dans un régime établi pour corriger des problèmes que l’on ne retrouve pas d’ordinaire dans ces unions. Il affirme en outre que lorsque les raisons fondamentales pour lesquelles un avantage est prévu ne s’appliquent pas à certaines personnes, le législateur est justifié de ne pas le leur accorder.

Avec égards, je ne puis être d’accord avec ces arguments. Comme je l’ai dit précédemment, je ne crois pas que la *LDF* en général, ni la partie III en particulier, visent à corriger les désavantages que subissent les femmes ayant formé une union avec une personne de sexe différent.

Le deuxième objectif de l’omission selon l’appelant est la promotion des unions entre personnes de sexe différent en vue d’assurer la protection des enfants. Ayant conclu que ni la *LDF* dans son ensemble ni les dispositions de la partie III de la Loi portant sur l’obligation alimentaire entre conjoints ne visent principalement la protection des enfants, je dois aussi rejeter l’argument voulant qu’il s’agisse d’une partie de l’objectif de l’art. 29 de la *LDF*.

Enfin, je remarque que le juge Bastarache accepte que le rejet de la *Loi de 1994 modifiant des lois en ce qui concerne les droits à l’égalité* par l’Assemblée législative de l’Ontario puisse fournir des éléments de preuve en ce qui concerne l’objec-

102

103

104

105

para. 349: “It can therefore be inferred that the legislature’s purpose was also to exclude all types of relationships not typically characterized by the state of economic dependency apparent in traditional family relationships.” With respect, I cannot agree that a failed amendment can provide evidence as to the objective of the legislation that was to have been amended. Section 17 of the *Interpretation Act*, R.S.O. 1990, c. I.11, provides: “The repeal or amendment of an Act shall be deemed not to be or to involve any declaration as to the previous state of the law.” If the amendment of an Act may not be used to interpret the meaning of the Act prior to the amendment, then I do not see how a failed amendment may be used in this manner.

tif de l’art. 29 de la *LDF*. Il affirme notamment, au par. 349: «On peut donc conclure que le législateur visait également à exclure tous les types d’unions qui ne sont pas habituellement caractérisées par la dépendance financière constatée au sein des familles traditionnelles». Avec égards, je ne puis admettre qu’une modification rejetée puisse fournir des éléments de preuve quant à l’objectif de la loi qui devait être modifiée. L’article 17 de la *Loi d’interprétation*, L.R.O. 1990, ch. I.11, prévoit: «L’abrogation ou la modification d’une loi n’est pas réputée constituer ou impliquer une déclaration portant sur l’état antérieur du droit.» Si la modification apportée à une loi ne peut pas servir à interpréter le sens de la loi avant la modification, je ne vois pas comment la modification qui a été rejetée pourrait le faire.

106 Therefore I endorse the description of the objectives of the impugned provisions provided by Charron J.A. in the court below. These objectives are consonant with the overall scheme of the *FLA* and are not plausibly reinterpreted through examining the omission of same-sex spouses. Providing for the equitable resolution of economic disputes when intimate relationships between financially interdependent individuals break down, and alleviating the burden on the public purse to provide for dependent spouses, are to my mind pressing and substantial objectives. These objectives promote both social justice and the dignity of individuals — values Dickson C.J. identified in *Oakes*, *supra*, at p. 136, as values underlying a free and democratic society.

En conséquence, j’appuie la description des objectifs des dispositions contestées faite par le juge Charron de la Cour d’appel. Ces objectifs concordent avec l’économie générale de la *LDF* et ne peuvent pas être réinterprétés par l’examen de l’omission des conjoints de même sexe. Prévoir le règlement équitable des différends d’ordre économique à la rupture d’unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes et alléger le fardeau de l’État quant aux conjoints dépendants, sont à mon avis des objectifs urgents et réels. Ces objectifs promeuvent la justice sociale et la dignité des personnes, des valeurs que le juge en chef Dickson a définies dans *Oakes*, précité, à la p. 136, comme étant des valeurs sous-jacentes d’une société libre et démocratique.

107 In saying this, I wish to note my disagreement with my colleague, Bastarache J., who argues, at para. 354, that s. 29 of the *FLA* “must be respectful of the equality of status and opportunity of all persons” in order to be consistent with *Charter* values and therefore pass this stage of the s. 1 analysis. While I agree that an objective must be consistent with the principles underlying the *Charter* in order to pass the first stage of the s. 1 analysis, I find Bastarache J.’s approach unnecessarily narrow. It may be that a violation of s. 15(1) can be justified because, although not designed to promote equality, it is designed to promote other values and

Cela dit, je veux souligner mon désaccord avec mon collègue le juge Bastarache qui soutient, au par. 354, que l’art. 29 de la *LDF* «doit être respectueux de l’égalité de statut et de l’égalité des chances de tous les individus» afin d’être compatible avec les valeurs véhiculées par la *Charte* et, en conséquence, de franchir cette étape de l’analyse fondée sur l’article premier. Bien que je convienne qu’un objectif doit être compatible avec les principes sous-jacents de la *Charte* afin de résister à la première étape de l’analyse fondée sur l’article premier, j’estime inutilement étroite l’approche du juge Bastarache. Il se peut qu’une violation du

principles of a free and democratic society. This possibility must be left open, as the inquiry into *Charter* values under s. 1 is a broad inquiry into the values and principles that, as Dickson C.J. stated in *Oakes, supra*, at p. 136, “are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*” (emphasis added).

4. Proportionality Analysis

(a) *Rational Connection*

At the second stage of the s. 1 analysis, the focus shifts from the objective alone to the nexus between the objective of the provisions under attack and the means chosen by the government to implement this objective. As I have already stated, the means chosen include both the impugned provision and the omission in question. It falls to the party invoking s. 1 to demonstrate that there is a rational connection between the objective and the means (see, e.g., *Oakes, supra*, at p. 141; *Vriend, supra*, at para. 118). I concluded above that the dual objectives put forth by the appellant do not reflect the true purposes of the spousal support provisions in Part III of the *FLA* and relied instead on those set out by the court below. Nevertheless, it seems to me that no rational connection exists irrespective of which of the objectives is relied upon for this analysis.

Even if I were to accept that Part III of the Act is meant to address the systemic sexual inequality associated with opposite-sex relationships, the required nexus between this objective and the chosen measures is absent in this case. In my view, it defies logic to suggest that a gender-neutral support system is rationally connected to the goal of improving the economic circumstances of heterosexual women upon relationship breakdown. In addition, I can find no evidence to demonstrate

par. 15(1) puisse se justifier parce que, même si elle n’est pas conçue pour promouvoir l’égalité, elle est conçue pour promouvoir d’autres valeurs et principes d’une société libre et démocratique. Cette possibilité doit être envisagée, étant donné que l’analyse des valeurs véhiculées par la *Charte* effectuée en vertu de l’article premier est une analyse générale des valeurs et des principes qui, comme le juge en chef Dickson l’a énoncé dans *Oakes*, précité, à la p. 136, «sont à l’origine des droits et libertés garantis par la *Charte*» (je souligne).

4. L’analyse de la proportionnalité

a) *Le lien rationnel*

À la deuxième étape de l’analyse fondée sur l’article premier, l’accent ne porte plus seulement sur l’objectif mais sur le lien entre l’objectif des dispositions contestées et les moyens choisis par le gouvernement pour mettre en œuvre cet objectif. Comme je l’ai déjà dit, les moyens choisis comprennent à la fois la disposition contestée et l’omission en cause. Il incombe à la partie qui invoque l’article premier de démontrer qu’il existe un lien rationnel entre l’objectif et les moyens (voir, par exemple, *Oakes*, précité, à la p. 141; *Vriend*, précité, au par. 118). J’ai conclu précédemment que les deux objectifs avancés par l’appelant ne reflètent pas les véritables objets des dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF* et qu’il convient plutôt de s’appuyer sur ceux qu’a exposés la juridiction d’instance inférieure. Quoi qu’il en soit, il me semble qu’il n’y a pas de lien rationnel, peu importe l’objectif que l’on retient pour cette analyse.

Même si j’acceptais que la partie III de la Loi vise à corriger l’inégalité systémique des sexes au sein des unions entre personnes de sexe différent, le lien nécessaire entre cet objectif et les moyens choisis est absent en l’espèce. À mon avis, il est contraire à la logique d’affirmer qu’un régime d’obligation alimentaire ne faisant aucune distinction fondée sur le sexe est rationnellement lié à l’amélioration de la situation économique des femmes hétérosexuelles à la rupture d’une union.

108

109

that the exclusion of same-sex couples from the spousal support regime of the *FLA* in any way furthers the objective of assisting heterosexual women.

110 Although there is evidence to suggest that same-sex relationships are not typically characterized by the same economic and other inequalities which affect opposite-sex relationships (see, e.g., M. S. Schneider, "The Relationships of Cohabiting Lesbian and Heterosexual Couples: A Comparison", *Psychology of Women Quarterly*, 10 (1986), at p. 237, and J. M. Lynch and M. E. Reilly, "Role Relationships: Lesbian Perspectives", *Journal of Homosexuality*, 12(2) (Winter 1985/86), at pp. 53-54, 66), this does not, in my mind, explain why the right to apply for support is limited to heterosexuals. As submitted by LEAF, the infrequency with which members of same-sex relationships find themselves in circumstances resembling those of many heterosexual women is no different from heterosexual men who, notwithstanding that they tend to benefit from the gender-based division of labour and inequality of earning power, have as much right to apply for support as their female partners.

111 Put another way, it is important to recall that the ability to make a claim for spousal support does not automatically translate into a support order. To the extent that any relationship is characterized by more or less economic dependence, this will affect the amount and duration, if any, of an award under s. 33(9) of the *FLA*. Thus, it is no answer to say that same-sex couples should not have access to the spousal support scheme because their relationships are typically more egalitarian. In the case at bar, the respondent does not seek a support order, but rather only access to the support structure provided by the Act. In much the same way, the appellant in *Vriend, supra*, did not ask this Court to comment upon the primacy of gay and lesbian concerns over other competing interests. The legisla-

En outre, aucun des éléments de preuve soumis n'établit que l'exclusion des couples de même sexe du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* puisse contribuer de quelque façon que ce soit à la réalisation de l'objectif qui consiste à aider les femmes hétérosexuelles.

Bien qu'il y ait des éléments de preuve tendant à démontrer que les unions entre personnes de même sexe ne sont pas d'ordinaire caractérisées par les mêmes inégalités, économiques et autres, que celles qui frappent les unions entre personnes de sexe différent (voir, par exemple, M. S. Schneider, «The Relationships of Cohabiting Lesbian and Heterosexual Couples: A Comparison», *Psychology of Women Quarterly*, 10 (1986), à la p. 237; J. M. Lynch et M. E. Reilly, «Role Relationships: Lesbian Perspectives», *Journal of Homosexuality*, 12(2) (Winter 1985/86), aux pp. 53, 54 et 66), cela n'explique pas, à mon sens, pourquoi le droit de demander des aliments est limité aux hétérosexuels. Comme l'a affirmé le FAEJ, le fait que les membres des unions entre personnes de même sexe soient peu souvent placés dans une situation ressemblant à celle de nombreuses femmes hétérosexuelles, ne les distingue en rien des hommes hétérosexuels qui, même s'ils profitent généralement de la division du travail fondée sur le sexe et de l'inégalité de la capacité de gain, ont tout autant le droit de demander des aliments que leurs partenaires féminines.

Autrement dit, il est important de rappeler que la capacité de demander des aliments à son conjoint n'aboutit pas automatiquement à une ordonnance alimentaire. Dans la mesure où toute union est caractérisée par une dépendance financière plus ou moins grande, le montant et la durée de la pension éventuellement accordée en vertu du par. 33(9) de la *LDF* varieront. Par conséquent, ce n'est pas une réponse que d'affirmer que les couples de même sexe ne devraient pas avoir accès au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints parce que leurs unions sont habituellement plus égalitaires. Dans le présent pourvoi, l'intimée ne cherche pas à obtenir une ordonnance alimentaire, mais simplement à avoir accès au régime de l'obligation alimentaire prévue par la Loi. De façon similaire,

tion had an existing internal balancing mechanism to deal with such issues and the appellant only sought access to Alberta's human rights machinery. In both cases, it is the denial of access to the legislative schemes that cannot be justified.

The second of the objectives put forth by the appellant, namely, the protection of children, also fails the rational connection test. The appellant submits that the exclusion of same-sex partners from Part III of the *FLA* is rationally connected to this objective as such couples are far less likely to engage in parenting than opposite-sex couples. I have several comments to make by way of response.

Even if I were to accept that the object of the legislation is the protection of children, I would have to conclude that the spousal support provisions in Part III of the *FLA* are simultaneously underinclusive and overinclusive. They are overinclusive because members of opposite-sex couples are entitled to apply for spousal support irrespective of whether or not they are parents and regardless of their reproductive capabilities or desires. Thus, if the legislation was meant to protect children, it would be incongruous that childless opposite-sex couples were included among those eligible to apply for and to receive the support in question.

The impugned provisions are also underinclusive. An increasing percentage of children are being conceived and raised by lesbian and gay couples as a result of adoption, surrogacy and donor insemination. Although their numbers are still fairly small, it seems to me that the goal of protecting children cannot be but incompletely achieved by denying some children the benefits that flow from a spousal support award merely because their parents were in a same-sex relationship. As Cory J. and I noted in *Egan, supra*, at para. 191, "[i]f there is an intention to ameliorate

l'appelant dans *Vriend*, précité, ne demandait pas à notre Cour de se prononcer sur la primauté des intérêts des gais et des lesbiennes par rapport à d'autres intérêts concurrents. La loi comportait un mécanisme de pondération interne permettant de résoudre de telles questions et l'appelant ne cherchait qu'à avoir accès aux rouages des droits de la personne en Alberta. Dans les deux cas, c'est le refus d'accorder l'accès au régime prévu par la loi qui ne peut être justifié.

Le second objectif avancé par l'appelant, soit la protection des enfants, ne satisfait pas non plus au critère du lien rationnel. L'appelant soutient que l'exclusion des partenaires de même sexe de la partie III de la *LDF* a un lien rationnel avec cet objectif étant donné que ces couples sont beaucoup moins susceptibles de devenir parents que les couples de sexe différent. J'ai plusieurs observations à faire en guise de réponse.

Même si j'acceptais que l'objet de la loi est de protéger les enfants, je serais obligé de conclure que la portée des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF* est à la fois trop limitative et trop large. Leur portée est trop large parce que les membres des couples de sexe différent ont le droit de demander des aliments à leur conjoint peu importe qu'ils aient une progéniture ou non et indépendamment de leur capacité ou désir d'en avoir une. Par conséquent, si la loi a été conçue pour protéger les enfants, il serait incongru que les couples de sexe différent sans enfants soient inclus parmi ceux qui peuvent demander et recevoir les aliments en question.

Les dispositions contestées ont également une portée trop limitative. Un pourcentage croissant d'enfants sont conçus et élevés par des couples de lesbiennes ou de gais grâce à l'adoption, aux contrats de grossesse et à l'insémination par don de sperme. Bien que le nombre de ces enfants soit encore relativement réduit, il me semble que la protection des enfants ne peut être que partiellement assurée si l'on refuse à certains d'entre eux les avantages résultant de l'ordonnance alimentaire à l'égard du conjoint simplement parce que leurs parents forment une union avec une personne du

112

113

114

the position of a group, it cannot be considered entirely rational to assist only a portion of that group.”

même sexe. Comme le juge Cory et moi-même l’avons souligné dans l’arrêt *Egan*, précité, au par. 191, «[s]i la loi cherche à améliorer la situation d’un groupe, on ne peut considérer la décision d’aider une partie seulement de ce groupe comme étant entièrement rationnelle.»

115 The same result follows from the objectives identified by Charron J.A. in the court below. No evidence has been supplied to support the notion that the exclusion of same-sex couples from the spousal support regime furthers the objective of providing for the equitable resolution of economic disputes that arise upon the breakdown of financially interdependent relationships. Similarly, it is nonsensical to suggest that the goal of reducing the burden on the public purse is advanced by limiting the right to make private claims for support to heterosexuals. The impugned legislation has the deleterious effect of driving a member of a same-sex couple who is in need of maintenance to the welfare system and it thereby imposes additional costs on the general taxpaying public.

Les objectifs relevés par le juge Charron en Cour d’appel mènent au même résultat. Aucun élément de preuve n’a été présenté pour étayer l’idée que l’exclusion des couples de même sexe du régime de l’obligation alimentaire entre conjoints favorisait la réalisation de l’objectif qui consiste à assurer une résolution équitable des différends d’ordre économique survenant à la rupture des unions marquées par l’interdépendance financière. De la même façon, il est absurde de supposer que l’on arrivera à réduire le fardeau financier de l’État en ne conférant qu’aux hétérosexuels le droit de demander des aliments à titre privé. La loi contestée a un effet préjudiciable: elle dirige vers l’aide sociale les membres des couples de même sexe qui sont dans le besoin et impose ainsi des coûts additionnels au contribuable.

116 If anything, the goals of the legislation are undermined by the impugned exclusion. Indeed, the inclusion of same-sex couples in s. 29 of the *FLA* would better achieve the objectives of the legislation while respecting the *Charter* rights of individuals in same-sex relationships. In these circumstances, I conclude that the exclusion of same-sex couples from s. 29 of the Act is simply not rationally connected to the dual objectives of the spousal support provisions of the legislation.

L’exclusion contestée risque plutôt de nuire à la réalisation des buts de la loi. En fait, l’inclusion des couples de même sexe à l’art. 29 de la *LDF* favoriserait davantage la réalisation des objectifs de la loi tout en respectant les droits constitutionnels des personnes formant une union avec une personne du même sexe. Dans ces circonstances, je conclus que l’exclusion des couples de même sexe à l’art. 29 de la Loi n’est tout simplement pas rationnellement liée aux deux objectifs des dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints de la Loi.

117 Given this lack of a rational connection, s. 29 of the *FLA* is not saved by s. 1 of the *Charter*. Although it is therefore not strictly necessary to consider the other two branches of the second stage of the *Oakes* test, I will discuss them briefly in order to clarify some fundamental misunderstandings advanced in this appeal.

Compte tenu de l’absence de lien rationnel, l’art. 29 de la *LDF* n’est pas sauvegardé par l’article premier de la *Charte*. Bien qu’il ne soit donc pas strictement nécessaire d’examiner les deux autres éléments du deuxième volet du critère énoncé dans *Oakes*, je les aborderai brièvement pour rectifier certaines erreurs fondamentales relevées dans le présent pourvoi.

(b) *Minimal Impairment*

When legislative action impairs constitutional rights, the government must demonstrate that the impairment is no more than is reasonably necessary to achieve its goals (see, e.g., *Eldridge, supra*, at para. 86, *Miron, supra*, at para. 163). The appellant suggests that the exclusion of same-sex couples from s. 29 of the *FLA* minimally impairs the respondent's s. 15 rights since reasonable alternative remedies are available where economic dependence does occur in such relationships. I cannot accept these submissions.

The appellant's arguments on this point are based on the remedies available under the equitable doctrine of unjust enrichment (e.g. constructive trust) and the law of contract. Turning first to the equitable remedies, the doctrine of unjust enrichment allows claimants to found an action on indirect or non-financial contributions to the acquisition, maintenance, or preservation of an asset held by the other spouse. However, to be successful, the applicant must demonstrate his or her spouse's enrichment, a corresponding personal deprivation and the absence of any juristic reason for the enrichment. See *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *OLRC Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act, supra*, at pp. 10-11.

Moreover, I note, as did the motions judge, that equitable common law remedies such as a constructive trust are proprietary in nature and that not all relationships will give rise to property claims. Indeed, as submitted by LEAF, the *FLA* expressly recognizes that entitlement to the division of property is in addition to, and not in lieu of entitlement to support. Thus, it seems to me that compared to awards of spousal support, the equitable remedies are less flexible, impose more onerous requirements on claimants, and are available under far narrower circumstances. I do not accept that they

b) *L'atteinte minimale*

Lorsque l'action législative empiète sur des droits constitutionnels, le gouvernement doit démontrer qu'il n'y est porté atteinte que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour réaliser ses objectifs (voir, par exemple, *Eldridge*, précité, au par. 86; *Miron*, précité, au par. 163). L'appellant soutient que l'exclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la *LDF* ne porte atteinte que de façon minimale aux droits garantis à l'intimée par l'art. 15 étant donné que d'autres recours peuvent raisonnablement être exercés en cas de dépendance financière au sein de telles unions. Je ne puis accepter cette thèse.

Les arguments de l'appellant sur ce point reposent sur les recours pouvant être exercés en vertu de la doctrine de l'enrichissement sans cause en *equity* (par exemple la fiducie par interprétation) et du droit des contrats. Pour ce qui est d'abord des recours en *equity*, la doctrine de l'enrichissement sans cause permet de fonder une action sur les contributions indirectes ou non financières à l'acquisition, à l'entretien ou à la conservation d'un bien détenu par l'autre conjoint. Toutefois, pour avoir gain de cause, le demandeur doit apporter la preuve de l'enrichissement de son conjoint, d'un appauvrissement personnel correspondant et de l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement. Voir *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *CRDO, Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act, op. cit.*, aux pp. 10 et 11.

Au surplus, je remarque, comme l'a fait le juge des requêtes, que les recours en *equity* prévus par la common law, telle la fiducie par interprétation, concernent essentiellement la propriété et que ce ne sont pas toutes les unions qui donneront lieu à des réclamations fondées sur le droit des biens. En fait, comme l'a affirmé le FAEJ, la *LDF* reconnaît expressément que le droit au partage des biens s'ajoute au droit aux aliments et ne se substitue pas à celui-ci. Par conséquent, il me semble que, par rapport aux ordonnances alimentaires à l'égard d'un conjoint, les recours en *equity* sont moins souples, imposent des exigences plus grandes aux demandeurs et ne peuvent être exercés qu'en des

118

119

120

provide an adequate alternative to spousal support under the *FLA*.

121 In my view, the law of contract is an equally unacceptable alternative to the spousal support scheme under the *FLA*. The appellant emphasizes that the impugned provisions of the Act do not preclude same-sex partners from contracting for mutual support obligations. However, the voluntary assumption of such obligations is not equivalent to a statutory entitlement to apply for a support order.

122 Firstly, the *FLA* establishes a default system of support rights. Opposite-sex partners who have not turned their minds to the economic consequences of relationship breakdown are automatically protected under the statute, while those who have considered the issue and prefer alternative arrangements are free to contract out of the regime. In contrast, same-sex partners are denied the protection that default legislation inherently provides. Those who want to resolve support issues before the relationship breaks down are forced either to expend resources to devise a suitable contractual arrangement or risk being left without a remedy in law.

123 Secondly, as noted by EGALÉ, the protection that a domestic contract provides to economically vulnerable individuals is markedly inferior to that offered by the *FLA*. For example, support orders issued under the Act are subject to bankruptcy provisions and special enforcement mechanisms that protect the recipient should the payor default on support payments. These same protections are not available to individuals who have only a contractual right to spousal support (*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 121(4), 136(1)(d.1), 178(1)(c); the *Family Responsibility and Support Arrears Enforcement Act*, 1996, S.O. 1996, c. 31).

circonstances bien plus restreintes. Je n'accepte pas qu'ils constituent une solution de rechange valable aux dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*.

À mon avis, le droit des contrats est une solution tout aussi inacceptable pour remplacer le régime de l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*. L'appelant souligne que les dispositions contestées de la Loi n'empêchent pas les partenaires de même sexe de s'engager par contrat à se fournir mutuellement des aliments. Toutefois, le fait d'assumer volontairement de telles obligations n'équivaut pas à un droit reconnu par la loi de demander une ordonnance alimentaire.

Premièrement, la *LDF* établit un régime supplétif en matière d'aliments. Les partenaires de sexe différent qui n'ont pas songé aux conséquences économiques de la rupture de leur union sont automatiquement protégés par la loi, alors que ceux qui y ont pensé et préfèrent prendre d'autres dispositions sont libres de convenir de s'exclure du régime. Par contraste, les partenaires de même sexe se voient refuser la protection que la loi supplétive accorde naturellement. Ceux qui veulent régler la question avant la rupture de l'union sont obligés soit de faire préparer à leur frais une convention adéquate, soit de prendre le risque de se retrouver sans recours juridique.

Deuxièmement, comme l'a noté EGALÉ, la protection qu'un contrat familial offre à des personnes économiquement vulnérables est bien inférieure à celle accordée par la *LDF*. Par exemple, les ordonnances alimentaires rendues en vertu de la Loi sont assujetties aux dispositions relatives à la faillite et à des mécanismes d'exécution spéciaux qui protègent le bénéficiaire pour le cas où le débiteur d'aliments ne paierait pas la pension alimentaire. Les personnes qui ont droit à une pension alimentaire en vertu d'un contrat ne bénéficient pas des mêmes protections (*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, par. 121(4), al. 136(1)d.1), 178(1)c); *Loi de 1996 sur les obligations familiales et l'exécution des arriérés d'aliments*, L.O. 1996, ch. 31).

In sum, neither the common law equitable remedies nor the law of contract are adequate substitutes for the *FLA*'s spousal support regime. Indeed, if these remedies were considered satisfactory there would have been no need for the spousal support regime, or its extension to unmarried, opposite-sex couples. It must also be remembered that the exclusion of same-sex partners from this support regime does not simply deny them a certain benefit, but does so in a manner that violates their right to be given equal concern and respect by the government. The alternative regimes just outlined do not address the fact that exclusion from the statutory scheme has moral and societal implications beyond economic ones, as discussed by my colleague, Cory J., at paras. 71-72. Therefore the existence of these remedies fails to minimize sufficiently the denial of same-sex partners' constitutionally guaranteed equality rights.

However, the appellant asserts that the circumstances of this case call for a measure of deference to the decision of the Ontario legislature. In this context, it is argued that it was reasonable for the government to conclude that it had impaired the rights of same-sex partners as little as possible.

As I see the matter, the deferential approach advocated by the appellant is inappropriate in the case at bar. This Court has resorted to such an approach where the impugned legislation involves the balancing of claims of competing groups (see, e.g., *Irwin Toy, supra*, at pp. 999-1000; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at pp. 317-19, *per* La Forest J.; and *Egan, supra*, at para. 29, *per* La Forest J. and at paras. 105-8, *per* Sopinka J.). As Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. stated in *Irwin Toy, supra*, at p. 993:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on

En somme, ni les recours en *equity* prévus par la common law ni le droit des contrats ne peuvent être adéquatement substitués au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF*. À vrai dire, si ces recours étaient jugés satisfaisants, le régime de l'obligation alimentaire entre conjoints serait inutile, tout comme son extension aux couples de sexe différent non mariés. Il faut également se rappeler que l'exclusion des partenaires de même sexe de ce régime ne les prive pas simplement d'un avantage certain, elle les en prive de telle façon que leur droit au même intérêt et au même respect de la part du gouvernement est violé. Les régimes de rechange que je viens d'évoquer passent sous silence le fait que l'exclusion du régime prévu par la loi a des incidences morales et sociétales qui débordent le cadre économique, comme le fait remarquer mon collègue le juge Cory aux par. 71 et 72. Par conséquent, l'existence de ces recours ne réussit pas à minimiser suffisamment l'atteinte portée aux droits à l'égalité garantis aux partenaires de même sexe par la Constitution.

Toutefois, l'appellant affirme que les circonstances de l'espèce commandent une certaine retenue quant à la décision du législateur ontarien. Il prétend que, dans ce contexte, il était raisonnable pour le gouvernement de conclure qu'il avait empiété le moins possible sur les droits des partenaires de même sexe.

À mon sens, l'attitude de retenue que l'appellant voudrait nous voir adopter n'est pas appropriée en l'espèce. Notre Cour a choisi cette voie lorsque la loi contestée nécessitait de trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents (voir, par exemple, *Irwin Toy*, précité, aux pp. 999 et 1000; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, aux pp. 317 à 319, le juge La Forest; *Egan*, précité, au par. 29, le juge La Forest, et aux par. 105 à 108, le juge Sopinka). Comme le juge en chef Dickson ainsi que les juges Lamer et Wilson l'ont dit dans *Irwin Toy*, précité, à la p. 993:

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires

124

125

126

scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function.

This is not such a case. As no group will be disadvantaged by granting members of same-sex couples access to the spousal support scheme under the *FLA*, the notion of deference to legislative choices in the sense of balancing claims of competing groups has no application to this case.

127 I acknowledge that some individuals in same-sex relationships, including H. herself, have expressed reservations about being treated as "spouses" within the family law system (see, e.g., *OLRC Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act, supra*; B. Cossman and B. Ryder, *Gay, Lesbian and Unmarried Heterosexual Couples and the Family Law Act: Accommodating a Diversity of Family Forms* (1993), a Research Paper prepared for the OLRC, at pp. 135-39). However, these differences of opinion within the same constitutionally relevant group do not constitute a reason to defer to the choices of the legislature. Indeed, as noted by EGALE, given that the members of equality-seeking groups are bound to differ to some extent in their politics, beliefs and opinions, it is unlikely that any s. 15 claims would survive s. 1 scrutiny if unanimity with respect to the desired remedy were required before discrimination could be redressed.

128 In addition, the deferential approach is not warranted, as submitted by the appellant, on the basis that Part III of the *FLA* and s. 29 thereof are steps in an incremental process of reform of spousal support. As this Court noted in *Vriend, supra*, government incrementalism, or the notion that government ought to be accorded time to amend discrimi-

quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif.

Ce n'est pas le cas en espèce. Étant donné qu'aucun groupe ne sera défavorisé par l'octroi aux membres des couples de même sexe de l'accès au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF*, la notion de retenue à l'égard des choix du législateur appelé à trouver un point d'équilibre entre des groupes concurrents n'a aucune application en l'espèce.

Je reconnais que certaines personnes formant une union avec une personne du même sexe et que H. elle-même ont exprimé des réserves au sujet de leur assimilation à des «conjoints» en ce qui concerne le droit de la famille (voir, par exemple: *CRDO, Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act, op. cit.*; B. Cossman et B. Ryder, *Gay, Lesbian and Unmarried Heterosexual Couples and the Family Law Act: Accommodating a Diversity of Family Forms* (1993), rapport de recherche préparé pour la CRDO, aux pp. 135 à 139). Cependant, ces divergences d'opinion au sein d'un même groupe visé par l'analyse constitutionnelle ne constituent pas une raison pour faire preuve de retenue à l'égard des choix du législateur. En fait, comme l'a souligné EGALE, étant donné que les membres des groupes qui revendiquent l'égalité auront forcément certaines divergences pour ce qui est des principes, des croyances et des opinions, peu de contestations concernant l'art. 15 survivraient à l'analyse fondée sur l'article premier s'il fallait exiger l'unanimité quant aux réparations souhaitées avant de pouvoir corriger la discrimination.

Au surplus, la retenue n'est pas justifiée, comme le prétend l'appelant, parce que la partie III de la *LDF* et son art. 29 constituent des étapes d'une réforme graduelle de l'obligation alimentaire entre conjoints. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans *Vriend*, précité, la nécessité pour le gouvernement d'agir graduellement, ou l'idée qu'il faut

natory legislation, is generally an inappropriate justification for *Charter* violations. However, even if I were to accept that such a justification might be suitable in the present case, it seems to me that its application to the facts of the case at bar cannot legitimize the continued exclusion of same-sex couples from the *FLA*'s spousal support regime.

The appellant contends that the decision to provide equal status to both sexes under the *FLRA*, followed by the extension of the right to claim support to opposite-sex common-law couples and the further broadening of the definition of "spouse" under the *FLA* by reducing the requisite period of cohabitation from five to three years, is significant evidence of incremental progress toward the ideal of equality. Therefore, it is submitted that this Court ought to be wary of interfering with the existing legislation. I disagree. None of the reforms cited by the appellant has addressed the equal rights and obligations of individuals in same-sex relationships. In fact, there is no evidence of any progress with respect to this group since the inception of the spousal support regime. If the legislature refuses to act so as to evolve towards *Charter* compliance then deference as to the timing of reforms loses its *raison d'être*.

Moreover, in contrast to *Egan, supra*, where Sopinka J. relied in part on incrementalism in upholding the impugned legislation under s. 1 of the *Charter*, there is no concern regarding the financial implications of extending benefits to gay men and lesbians in the case at bar. As already pointed out, rather than increasing the strain on the public coffers, the extension will likely go some way toward alleviating those concerns because same-sex couples as a group will be less reliant on government welfare if the support scheme is available to them. Thus, I conclude that government

donner du temps au gouvernement pour qu'il modifie ses lois discriminatoires, ne constitue pas en général une justification appropriée des violations de la *Charte*. Cependant, même si j'acceptais qu'une telle justification puisse être valable en l'espèce, il me semble que son application aux faits en cause ne peut faire admettre le maintien de l'exclusion des couples de même sexe du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*.

L'appellant affirme que la décision d'accorder l'égalité aux deux sexes sous le régime de la *FLRA*, suivie par l'attribution du droit de demander des aliments aux conjoints de fait de sexe différent et l'élargissement supplémentaire de la définition donnée au mot «conjoint» dans la *LDF*, grâce à la réduction de la période de cohabitation exigée qui passe de cinq à trois ans, constituent une preuve importante d'une progression vers l'idéal d'égalité. Par conséquent, soutient-il, notre Cour ne devrait intervenir qu'avec beaucoup de circonspection. Je ne suis pas d'accord. Aucune des réformes mentionnées par l'appellant ne porte sur l'égalité des droits et des obligations des personnes formant une union avec une personne du même sexe. En fait, il n'y a aucune preuve que des progrès aient été réalisés en ce qui a trait à ce groupe depuis l'adoption du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints. Si le législateur refuse d'agir de façon à se conformer graduellement à la *Charte*, la retenue en ce qui concerne l'échéancier des réformes perd sa *raison d'être*.

129

Qui plus est, contrairement à l'arrêt *Egan*, précité, où le juge Sopinka a notamment invoqué le gradualisme pour confirmer en vertu de l'article premier de la *Charte* la validité de la loi contestée, en l'espèce, les incidences financières de l'extension des avantages prévus par la loi aux gais et aux lesbiennes ne suscitent aucune inquiétude. Comme je l'ai déjà fait remarquer, plutôt que d'accroître le fardeau financier de l'État, cette solution contribuera vraisemblablement à dissiper les craintes à ce sujet parce que les couples de même sexe, en tant que groupe, s'adresseront moins à l'aide sociale si le régime de l'obligation alimentaire leur est applicable. Par conséquent, je conclus que le

130

incrementalism cannot constitute a reason to show deference to the legislature in the present case.

gradualisme du gouvernement ne constitue pas en l'espèce une raison de faire preuve de retenue envers le législateur.

131 Finally, as this Court has emphasized on other occasions, “[d]eference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable”: *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 136, *per* McLachlin J. See also *Eldridge*, *supra*; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; and *Vriend*, *supra*.

Finalement, comme notre Cour l’a souligné à d’autres occasions, «[l]e respect porté ne doit pas aller jusqu’au point de libérer le gouvernement de l’obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu’il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables»: *RJR-MacDonald*, précité, au par. 136, le juge McLachlin. Voir également *Eldridge*, précité; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; et *Vriend*, précité.

132 In the present case, the government has failed to show that it had a reasonable basis for concluding that the rights of same-sex couples were impaired no more than was reasonably necessary to achieve its goals. The exclusion from the s. 29 definition of “spouse”, and consequently from the *FLA* spousal support regime, is absolute. No effort has been made to tailor the limiting measure. I conclude that the appellant’s case also fails at the minimal impairment stage of the s. 1 analysis.

En l’espèce, le gouvernement n’a pas réussi à établir qu’il était fondé à conclure que l’atteinte aux droits des couples de même sexe ne dépassait pas ce qui était raisonnablement nécessaire pour réaliser ses objectifs. L’exclusion de la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29, et par conséquent du régime de l’obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF*, est absolue. Aucun effort n’a été fait pour adapter la mesure restrictive. Je conclus que l’argumentation de l’appelant échoue aussi à l’étape de l’atteinte minimale de l’analyse fondée sur l’article premier.

(c) *Proportionality Between the Effect of the Measure and the Objective*

c) *La proportionnalité entre l’effet de la mesure et l’objectif*

133 In order for the impugned legislation to survive the final stage of the s. 1 analysis, there “must be a proportionality between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective, and there must be a proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures”: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889 (emphasis in original). The damaging effects engendered by the exclusion of same-sex couples from s. 29 of the *FLA*, as noted by Cory J., are numerous and severe. Such harms cannot be justified where the statute has not achieved what it set out to do. Where, as here, the impugned measures actually undermine the objectives of the legislation it cannot be said that the deleterious effects of the mea-

Pour que la loi contestée franchisse la dernière étape de l’analyse fondée sur l’article premier, «il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l’objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques»: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 889 (souligné dans l’original). Comme l’a fait remarquer le juge Cory, les effets préjudiciables de l’exclusion des couples de même sexe à l’art. 29 de la *LDF* sont nombreux et graves. Ces préjudices ne peuvent se justifier lorsque la loi n’atteint pas l’objectif qu’elle visait. Lorsque, comme en l’espèce, les mesures contestées vont dans les faits à l’encontre des objectifs de la loi, on ne peut affirmer que la promotion de buts législatifs louables ni que

sures are outweighed by the promotion of any laudable legislative goals, nor by the salutary effects of those measures.

I therefore conclude that the exclusion of same-sex couples from s. 29 of the *FLA* cannot be justified as a reasonable limit on constitutional rights under s. 1 of the *Charter*. Before turning to a discussion of the appropriate remedy, I wish to emphasize, like Cory J., that the sole issue presented by this case is whether the *Charter* mandates that same-sex couples be accorded the right to apply for spousal support under the *FLA*. This appeal does not challenge traditional conceptions of marriage, as s. 29 of the Act expressly applies to unmarried opposite-sex couples. That being said, I do not wish to be understood as making any comment on marriage or indeed on related issues.

In addition, despite the contentions of the appellant, the facts of this case do not require me to consider whether financially interdependent individuals who live together in non-conjugal relationships, such as friends or siblings, ought to be constitutionally entitled to apply for support upon the breakdown of their relationships. Any such claims would require an independent constitutional analysis, the outcome of which cannot be predicted in advance. Thus, arguments based on the possible extension of the definition of “spouse” beyond the circumstances of this case are entirely speculative and cannot justify the violation of the constitutional rights of same-sex couples in the case at bar.

VI. Remedy

Having found that the exclusion of same-sex couples from s. 29 of the *FLA* is unconstitutional and cannot be saved under s. 1 of the *Charter*, I must now consider the issue of remedy under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In the court below, the words “a man and woman” were read out of the definition of “spouse” in s. 29 of the

les effets bénéfiques de ces mesures l'emportent sur leurs effets préjudiciables.

Je conclus par conséquent que l'exclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la *LDF* ne peut se justifier comme limite raisonnable apportée à des droits constitutionnels en vertu de l'article premier de la *Charte*. Avant de passer à l'examen de la réparation appropriée, je désire souligner, comme l'a fait le juge Cory, que la seule question en litige soulevée par le présent pourvoi est celle de savoir si la *Charte* exige que soit conféré aux couples de même sexe le droit de demander des aliments à leur conjoint sous le régime de la *LDF*. Le présent pourvoi ne remet pas en question les conceptions traditionnelles du mariage, étant donné que l'art. 29 de la Loi s'applique expressément aux couples de sexe différent non mariés. Cela dit, que l'on ne se méprenne pas, je ne fais aucun commentaire sur le mariage ni, même, sur des questions connexes.

En outre, en dépit des affirmations de l'appelant, les faits de l'espèce n'exigent pas que je détermine si d'autres personnes financièrement interdépendantes qui vivent ensemble sans former une union conjugale, tels des amis ou des frères et sœurs, devraient avoir le droit constitutionnel de demander des aliments à la rupture de leur relation. Pour trancher, il faudrait effectuer une analyse constitutionnelle distincte dont il est impossible de connaître l'issue à l'avance. Par conséquent, les arguments fondés sur l'extension possible de la définition du mot «conjoint» au-delà des circonstances de la présente affaire relèvent entièrement de la conjecture et ne peuvent justifier la violation des droits constitutionnels des couples de même sexe en l'espèce.

VI. La réparation

Ayant conclu que l'exclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la *LDF* est inconstitutionnelle et qu'elle ne peut être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*, je dois maintenant examiner la question de la réparation sous le régime de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En Cour d'appel, les mots «l'homme et la

134

135

136

FLA and replaced with the words “two persons”. The application of the order was suspended for a period of one year. With respect, I am not convinced that that is a suitable remedy in the circumstances of the present case.

femme» ont été retranchés de la définition du terme «conjoint» à l’art. 29 de la *LDF* et ils ont été remplacés par les mots «deux personnes». L’exécution de l’ordonnance a été suspendue pour un an. Avec égards, je ne suis pas convaincu qu’il s’agisse de la réparation appropriée dans les circonstances de l’espèce.

137 In the leading case on constitutional remedies, *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, and more recently in *Vriend, supra*, this Court stated that the first step in selecting the appropriate remedial course is to determine the extent of the inconsistency between the impugned legislation and the *Charter*. In the case at bar, the inconsistency emanates from the underinclusive definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA*. As I have concluded above, the exclusion of same-sex partners from this definition violates the equality rights guaranteed in s. 15 of the *Charter* and cannot survive any of the stages of review that comprise the s. 1 analysis.

Dans l’arrêt de principe en matière de réparations constitutionnelles, *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, et plus récemment dans l’arrêt *Vriend*, précité, notre Cour a statué que la première étape à suivre pour choisir la mesure corrective appropriée consistait à déterminer l’étendue de l’incompatibilité de la loi contestée avec la *Charte*. Dans le présent pourvoi, l’incompatibilité émane de la portée trop limitative de la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29 de la *LDF*. Comme je l’ai conclu précédemment, l’exclusion des partenaires de même sexe de cette définition viole les droits à l’égalité garantis par l’art. 15 de la *Charte* et ne peut franchir aucune des étapes de l’analyse fondée sur l’article premier.

138 Having identified the extent of the inconsistency, the Court must determine the appropriate remedy. *Schachter* provides several options in the present case: (1) “striking down”: the Court may hold that the *FLA* in its entirety is of no force or effect; or (2) “severance”: the Court may hold that only the offending portion of the statute, namely, s. 29 is of no force or effect and that the rest of the Act remains in force; or (3) “reading in/reading down”: the Court may engage in some combination of reading in and reading down so as to replace the offending words with language that will include the wrongly excluded group (as the inconsistency in the instant case stems from an omission, reading down alone is inappropriate); or (4) striking down, severance, or reading in/reading down with a temporary suspension of the Court’s order so that the government has an opportunity to enact a constitutionally valid spousal support scheme.

Ayant déterminé l’étendue de l’incompatibilité, la Cour doit choisir la réparation appropriée. L’arrêt *Schachter*, énonce diverses options applicables en l’espèce: (1) l’«annulation»: la Cour peut statuer que la *LDF* en entier est inopérante; (2) la «dissociation»: la Cour peut décider que seules les dispositions irrégulières de la Loi, soit l’art. 29, sont inopérantes et que le reste de la Loi reste en vigueur; (3) l’«interprétation large» et l’«interprétation atténuée»: la Cour peut combiner ces techniques de manière à remplacer les mots irréguliers par d’autres qui incluront le groupe exclu à tort (comme l’incompatibilité en l’espèce découle d’une omission, le recours à l’interprétation atténuée seule n’est pas approprié); (4) l’annulation, la dissociation ou l’interprétation large et l’interprétation atténuée assortie d’une suspension temporaire de l’ordonnance de la Cour de manière à donner au gouvernement la possibilité d’adopter un régime qui soit valide sur le plan constitutionnel en matière d’obligation alimentaire entre conjoints.

139 In determining whether the reading in/reading down option is more appropriate than either striking down or severance, the Court must consider

Pour déterminer si l’option de l’interprétation large et de l’interprétation atténuée est plus appropriée que l’annulation ou la dissociation, la Cour

how precisely the remedy can be stated, budgetary implications, the effect the remedy would have on the remaining portion of the legislation, the significance or long-standing nature of the remaining portion and the extent to which a remedy would interfere with legislative objectives (see *Schachter, supra*; *Vriend, supra*). As to the first of these criteria, the remedy of reading in is only available where the court can direct with a sufficient degree of precision what is to be read in to comply with the Constitution. Remedial precision requires that the insertion of a handful of words will, without more, ensure the validity of the legislation and remedy the constitutional wrong (see *Egan, supra*, at para. 223, *per Cory and Iacobucci JJ.*; *Vriend, supra*, at para. 155).

In the present case, the defect in the definition of “spouse” can be precisely traced to the use of the phrase “a man and woman”, which has the effect of excluding same-sex partners from the spousal support scheme under the *FLA*. I recognize that there is remedial precision in so far as reading down this phrase and reading in the words “two persons” will, without more “remedy the constitutional wrong”. However, I am not persuaded that reading in will also “ensure the validity of the legislation”.

If the remedy adopted by the court below is allowed to stand, s. 29 of the *FLA* will entitle members of same-sex couples who otherwise qualify under the definition of “spouse” to apply for spousal support. However, any attempt to opt out of this regime by means of a cohabitation agreement provided for in s. 53 or a separation agreement set out in s. 54 would not be recognized under the Act. Both ss. 53 and 54 extend to common-law cohabitants but apply only to agreements entered into between “a man and woman”. Any extension of s. 29 of the Act would have no effect upon these Part IV domestic contract provisions of the *FLA*, which do not rely upon the Part III definition of “spouse”. Thus, same-sex partners would find themselves in the anomalous position of hav-

doit prendre en considération le degré de précision de la réparation, les conséquences financières, l’incidence que la réparation aurait sur les autres dispositions de la loi, le poids ou le caractère historique de ces dispositions et la mesure dans laquelle une réparation nuirait à la réalisation des objectifs législatifs (voir *Schachter*, précité; *Vriend*, précité). En ce qui concerne le premier de ces critères, le recours à l’interprétation large n’est possible que lorsque la cour peut décider avec suffisamment de précision ce qui devrait être ajouté pour qu’il y ait conformité avec la Constitution. Pour qu’une mesure corrective soit précise, il faut que l’insertion de quelques mots ait pour seul effet d’assurer la validité de la loi et d’en corriger l’inconstitutionnalité (voir *Egan*, précité, au par. 223, les juges Cory et Iacobucci; *Vriend*, précité, au par. 155).

Dans le présent pourvoi, le défaut de la définition du mot «conjoint» peut être cerné avec précision: l’utilisation de l’expression «l’homme et la femme», qui a pour effet d’exclure les partenaires de même sexe du régime de l’obligation alimentaire entre conjoints établi par la *LDF*. Je reconnais que la mesure corrective est précise en ce que l’interprétation atténuée de cette expression et l’insertion, par interprétation large, des mots «deux personnes» aura pour seul effet de «corriger l’inconstitutionnalité». Toutefois, je ne suis pas persuadé que l’interprétation large aura aussi pour effet d’«assurer la validité de la loi».

Si la réparation accordée par la Cour d’appel est maintenue, l’art. 29 de la *LDF* autorisera les membres des couples de même sexe qui satisfont par ailleurs aux exigences de la définition du mot «conjoint» à demander des aliments à leur conjoint. Cependant, la Loi n’admettrait pas la possibilité qu’ils s’excluent du régime au moyen de l’accord de cohabitation prévu à l’art. 53 ou de l’accord de séparation visé à l’art. 54. Tant l’art. 53 que l’art. 54 s’appliquent aux conjoints de fait qui cohabitent, mais uniquement dans la mesure où les accords sont conclus entre «l’homme et la femme». Aucun élargissement de la portée de l’art. 29 de la Loi n’aurait d’effet sur les dispositions relatives aux contrats familiaux de la partie IV, puisque la définition donnée au mot «conjoint»

140

141

ing no means of opting out of the default system of support rights. As this option is available to opposite-sex couples, and protects the ability of couples to choose to order their own affairs in a manner reflecting their own expectations, reading in would in effect remedy one constitutional wrong only to create another, and thereby fail to ensure the validity of the legislation.

142 In addition, reading into the definition of “spouse” in s. 29 of the Act will have the effect of including same-sex couples in Part V of the *FLA* (Dependants’ Claim for Damages), as that part of the Act relies upon the definition of “spouse” as it is defined in Part III. In my opinion, where reading in to one part of a statute will have significant repercussions for a separate and distinct scheme under that Act, it is not safe to assume that the legislature would have enacted the statute in its altered form. In such cases, reading in amounts to the making of *ad hoc* choices, which Lamer C.J. in *Schachter*, *supra*, at p. 707, warned is properly the task of the legislatures, not the courts.

143 In cases where reading in is inappropriate, the court must choose between striking down the legislation in its entirety and severing only the offending portions of the statute. As noted by Lamer C.J. in *Schachter*, at p. 697, “[w]here the offending portion of a statute can be defined in a limited manner it is consistent with legal principles to declare inoperative only that limited portion. In that way, as much of the legislative purpose as possible may be realized.”

144 In the case at bar, striking down the whole of the *FLA* would be excessive as only the definition of “spouse” in Part III of the Act has been found to violate the *Charter*. This is not a case where the parts of the legislative scheme which do offend the *Charter* are so inextricably bound up with the non-offending portions of the statute that what remains cannot independently survive. As a result, it would be safe to assume that the legislature would have

dans la partie III ne s’y applique pas. Par conséquent, les partenaires de même sexe se retrouveraient dans la situation anormale de n’avoir aucune possibilité de s’exclure du régime supplétif établi en matière d’aliments. Comme cette option est ouverte aux couples de sexe différent et qu’elle préserve l’autonomie des couples qui peuvent choisir de régler leurs propres affaires selon leurs propres attentes, l’interprétation large corrigerait une incompatibilité inconstitutionnelle en en créant une autre, et n’assurerait pas la validité de la loi.

De plus, l’interprétation large de la définition du mot «conjoint» à l’art. 29 de la Loi aura pour effet d’inclure les couples de même sexe dans la partie V de la *LDF* (dommages-intérêts dus aux personnes à charge), étant donné que la définition donnée au mot «conjoint» à la partie III s’applique à cette partie de la Loi. À mon avis, lorsque l’interprétation large d’une partie d’une loi a des repercussions importantes sur un autre régime distinct prévu par la même loi, il n’est pas prudent de présumer que le législateur aurait adopté la loi dans sa version modifiée. Dans ces cas, le recours à l’interprétation large équivaut à faire des choix particuliers, responsabilité qui incombe au législateur, et non aux tribunaux, comme le juge en chef Lamer l’a appelé dans *Schachter*, précité, à la p. 707.

Lorsque l’interprétation large n’est pas appropriée, le tribunal doit choisir entre l’annulation de la loi en entier et la dissociation des seules parties inconstitutionnelles de la loi. Comme le juge en chef Lamer l’a fait remarquer dans *Schachter*, à la p. 697, «[s]i la partie irrégulière d’une loi peut être isolée, il est conforme aux principes juridiques de déclarer inopérante seulement cette partie. On peut ainsi réaliser autant que possible l’objectif législatif.»

En l’espèce, annuler toute la *LDF* serait excessif étant donné que seule la définition du mot «conjoint» de la partie III de la Loi a été jugée contraire à la *Charte*. Il ne s’agit pas d’un cas où les parties inconstitutionnelles du régime prévu par la loi sont liées si inextricablement aux parties de la loi qui ne sont pas contraires à la *Charte* que ces dernières ne peuvent subsister indépendamment. Par conséquent, on peut sans danger présumer que le

passed the constitutionally sound parts of the statute without the unsound parts. See *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, at p. 518; *Schachter, supra*, at p. 697.

On the basis of the foregoing, I conclude that severing s. 29 of the Act such that it alone is declared of no force or effect is the most appropriate remedy in the present case. This remedy should be temporarily suspended for a period of six months. Although we have been advised against the imposition of a suspension by both the appellant and the respondent, for the reasons which follow, I find that a suspension is necessary.

In *Egan, supra*, at para. 226, writing in dissent on behalf of myself and Cory J., I would have granted a suspension of the remedy on the basis that “the extension of the spousal allowance, while certainly a legal issue, is also a concern of public policy”. In this respect, I noted that “some latitude ought to be given to Parliament to address the issue and devise its own approach to ensuring that the spousal allowance be distributed in a manner that conforms with the equality guarantees of the *Charter*”. These same concerns arise in the case at bar with respect to the spousal support scheme under the *FLA*.

In addition, I note that declaring s. 29 of the *FLA* to be of no force or effect may well affect numerous other statutes that rely upon a similar definition of the term “spouse”. The legislature may wish to address the validity of these statutes in light of the unconstitutionality of s. 29 of the *FLA*. On this point, I agree with the majority of the Court of Appeal which noted that if left up to the courts, these issues could only be resolved on a case-by-case basis at great cost to private litigants and the public purse. Thus, I believe the legislature ought to be given some latitude in order to address these issues in a more comprehensive fashion.

législateur aurait adopté les parties constitutionnelles de la loi sans les parties inconstitutionnelles. Voir *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, à la p. 518; *Schachter*, précité, à la p. 697.

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que la dissociation de l’art. 29 de la Loi, de telle sorte que seul cet article soit déclaré inopérant, est la réparation la plus appropriée en l’espèce. L’application de cette réparation serait suspendue temporairement pendant six mois. Bien que tant l’appelant que l’intimée aient conseillé à la Cour de ne pas imposer une suspension, pour les motifs qui suivent, je conclus qu’une suspension est nécessaire.

Dans *Egan*, précité, au par. 226, dissident avec le juge Cory, j’étais d’avis d’accorder une suspension de la réparation pour le motif que, «s’il pose certainement une question juridique, l’élargissement de la portée de l’allocation de conjoint est également une question d’intérêt public». À cet égard, je notais qu’«il y a lieu de laisser au législateur une certaine latitude afin qu’il se penche sur la question et conçoive sa propre méthode pour permettre que l’allocation de conjoint soit distribuée d’une manière compatible avec les droits à l’égalité garantis par la *Charte*». Le présent pourvoi soulève les mêmes préoccupations en ce qui concerne le régime de l’obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF*.

En outre, je fais remarquer qu’une déclaration portant que l’art. 29 de la *LDF* est inopérant pourrait bien avoir des incidences sur de nombreuses autres lois qui reposent sur une définition similaire du terme «conjoint». Il se peut que le législateur veuille régler la question de la validité de ces lois compte tenu de l’inconstitutionnalité de l’art. 29 de la *LDF*. Sur ce point, je suis d’accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel qui ont noté que, si ces questions étaient laissées à l’appréciation des tribunaux, elles ne pourraient être tranchées que sur la base du cas par cas, à grands frais pour les plaideurs privés et pour le contribuable. Par conséquent, je crois qu’il faut accorder au législateur une certaine latitude pour lui permettre d’aborder ces questions d’une façon plus globale.

145

146

147

VII. Costs

148 At trial, the motions judge ordered the Attorney General for Ontario (the appellant before this Court) to pay M.'s costs. This decision was unanimously upheld on appeal. However, Charron J.A. in the Court of Appeal made no order as to costs in the proceedings before her, finding that because the appeal raised a constitutional issue of significant public importance, each party and the interveners should bear their own costs. This Court gave the Attorney General leave to appeal on the condition that it pay M.'s costs at this level regardless of the result.

149 M. now submits on cross-appeal that the Court of Appeal erred in failing to grant costs to the successful party. I disagree. Costs are a discretionary determination and absent any clear error, this Court should be loath to interfere: *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 39. As I can find no such error in the case at bar, I would therefore make no order with respect to costs in the Court of Appeal.

150 As to costs in this Court, I would order that the appellant pay the respondent M.'s costs on a solicitor-and-client scale. The appellant chose to pursue this matter despite the fact that the original parties to the action, M. and H., had settled their claim prior to the commencement of proceedings before this Court. As this case no longer relates to the *lis* between the parties, the proceedings were in large measure an attempt by the appellant to obtain judicial clarification of the state of the law. In these circumstances, the respondent should not be put to any expense for costs.

151 For the same reasons outlined above, namely that there is no longer a *lis* between the parties and the Attorney General brought this appeal to determine an issue of public importance, the Attorney

VII. Les dépens

En première instance, le juge des requêtes a ordonné au procureur général de l'Ontario (l'appelant dans le présent pourvoi) de payer les dépens de M. Cette décision a été confirmée à l'unanimité en appel. Toutefois, le juge Charron, de la Cour d'appel, n'a rendu aucune ordonnance quant aux dépens afférents aux procédures devant elle, statuant que, parce que l'appel soulevait une question constitutionnelle d'une importance considérable pour le public, chaque partie de même que les intervenants devaient supporter leurs propres dépens. Notre Cour a accordé au procureur général l'autorisation de se pourvoir à la condition qu'il paye les dépens supportés par M. dans notre Cour, quelle que soit l'issue de la cause.

M. soutient maintenant dans un pourvoi incident que la Cour d'appel a commis une erreur en omettant d'accorder les dépens à la partie qui a eu gain de cause. Je ne suis pas d'accord. L'adjudication des dépens relève d'un pouvoir discrétionnaire et, sauf erreur manifeste, notre Cour devrait hésiter à intervenir: *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, au par. 39. Étant donné que je ne peux conclure qu'une telle erreur a été commise en l'espèce, je suis d'avis de ne pas rendre d'ordonnance relativement aux dépens en Cour d'appel.

Quant aux dépens devant notre Cour, je suis d'avis d'ordonner à l'appelant de payer les dépens de l'intimée M. sur la base procureur-client. L'appelant a choisi de poursuivre l'affaire en dépit du fait que les parties originaires à l'action, M. et H., étaient parvenues à un règlement avant le commencement de la procédure devant notre Cour. Étant donné que l'affaire ne se rapporte plus au litige entre les parties, la procédure constituait en grande partie une tentative de l'appelant d'obtenir une clarification sur l'état du droit. Dans ces circonstances, l'intimée ne devrait avoir à supporter aucuns dépens.

Pour les motifs exposés ci-dessus, savoir qu'il n'existe plus de litige entre les parties et que le procureur général a formé le présent pourvoi pour que soit tranchée une question d'intérêt public, le

General has agreed that the respondent H. should be afforded the same treatment as M. and consents to an order to pay H.'s costs of this appeal. I would therefore make such an order. As I have ordered costs on a solicitor-client basis to M., I would also do so for H.

VIII. Conclusions and Disposition

For the reasons set out by Cory J., I conclude that the exclusion of same-sex couples from the definition of "spouse" in s. 29 of the *FLA* violates the equality rights guaranteed in s. 15 of the *Charter*. Further, for the reasons outlined above, I find that the impugned limitation is not saved under s. 1 of the *Charter*. I would declare s. 29 of no force or effect but temporarily suspend the effect of that declaration for a period of six months. Accordingly, I would dismiss the appeal and the cross-appeal with solicitor-and-client costs to both M. and H. in the proceedings before this Court.

I would thus answer the constitutional questions as follows:

1. Does the definition of "spouse" in s. 29 of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, infringe or deny s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

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

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. (dissenting) —

I. Introduction

Does the inability of a woman to bring a claim for spousal support under provincial family legis-

procureur général a reconnu que l'intimée H. devrait recevoir le même traitement que M. et il consent à ce que soit rendue une ordonnance de paiement des dépens de H. dans le présent pourvoi. Par conséquent, je suis d'avis de rendre une telle ordonnance. Comme j'ai adjugé les dépens à M. sur la base procureur-client, je suis d'avis de le faire également pour H.

VIII. Conclusions et dispositif

Pour les motifs exposés par le juge Cory, je conclus que l'exclusion des couples de même sexe de la définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29 de la *LDF* viole les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*. En outre, pour les motifs exposés ci-dessus, je conclus que la restriction contestée n'est pas sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Je suis d'avis de déclarer que l'art. 29 est inopérant, mais de suspendre temporairement l'effet de cette déclaration pendant six mois. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident, avec dépens sur la base procureur-client dans notre Cour en faveur de M. et de H.

Je suis donc d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Est-ce que la définition de «conjoint» à l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, a pour effet de nier les droits garantis au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou d'y porter atteinte?

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la question 1 est «oui», est-ce que cette négation ou atteinte est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) —

I. Introduction

Le fait qu'une femme ne soit pas admise en vertu du droit de la famille provincial à demander

152

153

154

lation against her same-sex partner upon the breakdown of their relationship violate the equality guarantee contained in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? That is the question raised by this appeal. The answer depends upon whether s. 29 of Ontario's *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3 ("*FLA*"), and in particular, the definition of "spouse" contained in that section, infringes s. 15(1) of the *Charter* because it is underinclusive. If so, the Court must consider whether that infringement can be upheld as a demonstrably justified limit under s. 1 of the *Charter*. For the reasons which follow, I believe that the impugned section is constitutionally sound. In my view, s. 29 of the *FLA* does not infringe s. 15(1) of the *Charter*, and consequently, no such claim may be brought.

155 Plainly, this appeal raises elemental social and legal issues. Indeed, it is no exaggeration to observe that it represents something of a watershed. I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues Cory and Iacobucci JJ. I gratefully adopt their account of the facts of this appeal. However, I am unable to agree with my colleagues' disposition of this appeal or their underlying reasons for so doing. I believe that the stance adopted by the majority today will have far-reaching effects beyond the present appeal. The majority contends, at para. 135, that it need not consider whether a constitutionally mandated expansion of the definition of "spouse" would open the door to a raft of other claims, because such a concern is "entirely speculative". I cannot agree. The majority's decision makes further claims not only foreseeable, but very likely. Because the nature of my disagreement with the majority in this case is basic, I have felt it necessary to set out my views at some length.

156 The disagreement in this appeal arises from differing views on the purpose of the legislation. Cory and Iacobucci JJ. ascribe a purpose to s. 29 of the *FLA* that centres on the interdependency of

des aliments à sa partenaire de même sexe à la rupture de leur union viole-t-il le droit à l'égalité garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*? C'est la question soulevée par le présent pourvoi. Pour y répondre, il faut déterminer si l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. F.3 («*LDF*»), et en particulier la définition du mot «conjoint» qu'il renferme, porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte* parce qu'il est trop limitatif. Dans l'affirmative, la Cour doit décider si cette atteinte peut être maintenue à titre de limite dont la justification peut être démontrée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Pour les motifs qui suivent, je crois que l'article contesté est valide sur le plan constitutionnel. À mon avis, l'art. 29 de la *LDF* ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte* et, par conséquent, une telle demande ne saurait être formée.

Manifestement, le présent pourvoi soulève des questions sociales et juridiques fondamentales. En fait, il n'est pas exagéré de dire qu'il constitue en quelque sorte un point tournant. J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Cory et Iacobucci. J'adopte avec reconnaissance leur exposé des faits du présent pourvoi. Cependant, je ne puis être d'accord avec eux sur le dispositif ni sur les motifs qui l'étayaient. Je crois que la position prise par les juges majoritaires aujourd'hui aura des conséquences d'une portée considérable qui débordent le cadre du présent pourvoi. Les juges majoritaires affirment, au par. 135, qu'il n'est pas nécessaire de se demander si l'obligation constitutionnelle d'élargir la définition du mot «conjoint» pourrait ouvrir la porte à une série d'autres demandes, parce que cela relève «entièrement de la conjecture». Je ne puis être d'accord. La décision des juges majoritaires rend ces autres demandes non seulement prévisibles, mais très vraisemblables. Étant donné que mon désaccord avec les juges majoritaires en l'espèce est fondamental, j'éprouve le besoin d'exposer mon point de vue de façon assez détaillée.

Le désaccord dans le présent pourvoi tient à une divergence de vues sur l'objet législatif. Selon les juges Cory et Iacobucci, l'objet de l'art. 29 de la *LDF* est axé sur l'interdépendance constatée au

“intimate” relationships which they refer to as “conjugal” relationships of a specific degree of duration. In contrast, Bastarache J. believes that this legislation deals with individuals in “permanent and serious” relationships which cause or enhance economic disparity between the partners. In my opinion, this legislation seeks to recognize the specific social function of opposite-sex couples in society, and to address a dynamic of dependence unique to both men and women in opposite-sex couples that flows from three basic realities. First, this dynamic of dependence relates to the biological reality of the opposite-sex relationship and its unique potential for giving birth to children and its being the primary forum for raising them. Second, this dynamic relates to a unique form of dependence that is unrelated to children but is specific to heterosexual relationships. And third, this dynamic of dependence is particularly acute for women in opposite-sex relationships, who suffer from pre-existing economic disadvantage as compared with men. Providing a benefit (and concomitantly imposing a burden) on a group that uniquely possesses this social function, biological reality and economic disadvantage, in my opinion, is not discriminatory. Although the legislature is free to extend this benefit to others who do not possess these characteristics, the Constitution does not impose such a duty on that sovereign body.

These differing views on the purpose of the legislation are determinative in this appeal. Because Cory and Iacobucci JJ. (and Major J. by reference) suggest that the *FLA* targets intimate relationships, they understandably conclude that the legislation is unnecessarily underinclusive. Bastarache J. concludes that the *FLA* targets relationships typically characterized by permanence and economic dependency, and notes that same-sex relationships are not typically characterized by economic dependency. Nonetheless, Bastarache J. sees no reason to exclude individuals in same-sex relationships. In my judgment, the respondent M.’s claim

sein des unions «intimes» qu’ils désignent par l’expression unions «conjugales» d’une durée déterminée. Par contraste, le juge Bastarache croit que cette disposition vise les personnes formant une union «permanente» et «sérieuse» qui engendre ou accentue l’inégalité économique entre les partenaires. À mon avis, cette disposition vise à reconnaître la fonction sociale particulière des couples de sexe différent dans la société et à apporter une solution à la dynamique de dépendance propre aux femmes et aux hommes membres d’un couple de sexe différent laquelle résulte de trois réalités fondamentales. En premier lieu, cette dynamique a trait à la réalité biologique de l’union entre personnes de sexe différent et à son potentiel unique de procréation et au fait qu’il s’agit du principal cadre dans lequel sont élevés les enfants. En second lieu, cette dynamique est liée à une forme particulière de dépendance qui n’a aucun rapport avec les enfants mais qui est spécifique de l’union hétérosexuelle. En troisième lieu enfin, cette dynamique se fait sentir de façon particulièrement aiguë chez les femmes qui forment une union avec une personne de sexe différent car elles sont déjà défavorisées sur le plan économique par rapport aux hommes. Selon moi, le fait de conférer un avantage (et, du même coup, d’imposer un fardeau) au seul groupe auquel sont rattachés cette fonction sociale, cette réalité biologique et ce désavantage économique n’est pas discriminatoire. Bien qu’il soit loisible à l’Assemblée législative de conférer cet avantage à d’autres personnes qui ne possèdent pas ces caractéristiques, la Constitution n’impose pas une telle obligation à cet organe souverain.

Ces divergences de vues quant à l’objet de la loi sont déterminantes dans le présent pourvoi. Comme les juges Cory et Iacobucci (et le juge Major par renvoi) soutiennent que la *LDF* vise les unions intimes, ils concluent naturellement que la portée de la loi est inutilement limitative. Le juge Bastarache conclut que la *LDF* cible les unions habituellement caractérisées par la permanence et la dépendance financière, et il fait remarquer que les unions entre personnes de même sexe ne sont habituellement pas caractérisées par la dépendance financière. Néanmoins, le juge Bastarache ne voit aucune raison d’exclure les personnes formant une

fails because the legislation targets individuals who are in relationships which are fundamentally different from same-sex relationships. The legislation “corresponds” to the actual need, capacity, and circumstances of the claimant and those of the group the legislation targets. As such, I find that there is no “discrimination” within the meaning of that term in s. 15(1) of the *Charter* on the facts of this appeal. Accordingly, I would allow the Attorney General’s appeal.

158

I begin these reasons with a brief review of the approach this Court has taken in analysing s. 15(1) claims. With this understanding, I move to explain the purpose and practical operation of the *FLA*’s spousal support regime, reviewing the history of the law of spousal support generally and the support regime legislated in Ontario specifically. I explain why the purpose of the legislation is to target a specific group of people who possess unique characteristics, and I contrast this interpretation with those of my colleagues. Establishing the proper purpose of the legislation is critical to the s. 15(1) analysis. I begin this analysis by considering the proper comparison group, and then ask whether there has been a distinction created by the legislation between the claimant and this comparison group. Having established a distinction, I then analyse whether that distinction rests on enumerated or analogous grounds. Finally, I examine whether this distinction rests on the stereotypical application of presumed group or individual characteristics, or otherwise has the effect of demeaning the claimant’s human dignity. It is my conclusion that there is no stereotype at work: the legislation corresponds with the claimant’s need, capacity and circumstances. A full analysis of all of the contextual factors discussed in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, reveals that this differential treatment does not discriminate, and the claim must fail.

union avec une personne du même sexe. J’estime que la demande de l’intimée M. échoue parce que la loi vise les personnes qui forment des unions fondamentalement différentes des unions entre personnes de même sexe. La loi «correspond» aux besoins, à la capacité et à la situation propres à la demanderesse et au groupe visé par la loi. Ceci étant, les faits du présent pourvoi n’établissent pas comme tels l’existence d’une «discrimination» au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi du procureur général.

Je commence l’exposé des présents motifs par un bref examen de la méthode retenue par notre Cour pour l’analyse des demandes fondées sur le par. 15(1). Dans ce cadre, j’explique l’objet et l’application concrète du régime de l’obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF* en passant en revue l’historique des règles de droit applicables à l’obligation alimentaire entre conjoints en général et celle du régime de l’obligation alimentaire prévu par la loi ontarienne en particulier. J’explique pourquoi l’objet de la loi vise un groupe précis de personnes qui possèdent des caractéristiques uniques, et j’oppose cette interprétation à celles de mes collègues. Établir le véritable objet de la loi est capital pour l’analyse selon le par. 15(1). Je commence cette analyse en examinant le groupe de comparaison approprié, et je pose la question de savoir si la loi crée une distinction entre la demanderesse et ce groupe de comparaison. Après avoir établi l’existence d’une distinction, je détermine si cette distinction est fondée sur des motifs énumérés ou analogues. Finalement, j’examine si cette distinction découle de l’application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou si elle a par ailleurs pour effet de porter atteinte à la dignité humaine de la demanderesse. Je conclus à l’absence de stéréotype: la loi correspond aux besoins, à la capacité et à la situation propres à la demanderesse. L’analyse exhaustive de l’ensemble des facteurs contextuels exposés dans l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, révèle que cette différence de traitement n’est pas discriminatoire, de sorte que la demande doit échouer.

II. Analysis

A. *Approach to Section 15(1) of the Charter*

The appropriate analytical approach to be taken to claims arising under s. 15(1) of the *Charter* has been addressed by this Court in *Law, supra*. This Court unanimously held that in analysing a s. 15(1) claim, one must take into account certain contextual factors, having regard to the purpose of s. 15(1) in protecting human dignity. There are three broad inquiries which a court must make in its analysis. First, does the impugned legislative provision draw a distinction between the claimant and others who are relevant comparators based on one or more personal characteristics, or fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society, resulting in substantively differential treatment between the claimant and others? That distinction may be apparent on the face of the legislation, or it may be that the effect of the legislation is to draw such a distinction. Either type of distinction will suffice. The court must then consider whether that distinction is based on one or more enumerated or analogous grounds. The third step in this exercise is to establish discriminatory treatment. Here, the court considers a variety of contextual factors in establishing whether a burden has been imposed or a benefit withheld in a manner that "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" (*Law, supra*, at para. 88).

At this stage of the analysis, several contextual factors are considered. Among them are: pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability; the correspondence between the ground of distinction and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant and others; the ameliorative purpose of the legislation (if any); and the nature and scope of the interest affected.

II. Analyse

A. *Application du par. 15(1) de la Charte*

Dans l'arrêt *Law*, précité, notre Cour expose la méthode d'analyse à suivre relativement aux demandes fondées sur le par. 15(1) de la *Charte*. Notre Cour conclut à l'unanimité que pour analyser une demande fondée sur le par. 15(1), il faut tenir compte de certains facteurs contextuels étant donné l'objet du par. 15(1) qui est de protéger la dignité humaine. Dans le cadre de son analyse, le tribunal doit examiner trois grandes questions. D'abord, la disposition législative contestée établit-elle une distinction fondée sur une ou plusieurs caractéristiques personnelles entre le demandeur et d'autres personnes qui sont des objets de comparaison valables ou omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle se trouve déjà le demandeur dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre le demandeur et d'autres personnes? Cette distinction peut ressortir du libellé de la loi ou résulter de l'effet de la loi. L'un ou l'autre type de distinction suffit. Le tribunal doit ensuite déterminer si cette distinction est fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues. La troisième étape de ce processus consiste à établir le traitement discriminatoire. À ce stade, le tribunal examine divers facteurs contextuels pour déterminer s'il y a eu imposition d'un fardeau ou privation 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» (*Law*, précité, au par. 88).

À cette étape de l'analyse, plusieurs facteurs contextuels sont examinés. Parmi ceux-ci, signalons la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité; la correspondance entre le motif de distinction et les besoins, la capacité ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes; l'objet d'amélioration de la loi (le cas échéant); la nature et

159

160

These factors are to be taken into account in light of the purpose of s. 15(1), the protection of human dignity. Discrimination will generally exist only where an enumerated or analogous ground has been relied upon in a stereotypical fashion as the basis for a legislative distinction. In the absence of reliance upon a stereotype, discrimination is unlikely to have been made out. If reliance on a stereotype is found to exist, and the claimant's human dignity has been violated, then an infringement of s. 15(1) will have been established, and the court must then consider whether the infringement may be justified under s. 1 of the *Charter*.

B. *The Family Law Act's Spousal Support Scheme*

161 A proper understanding of both the theory and practical operation of the *FLA's* spousal support regime is essential both for establishing appropriate comparison groups and for determining whether there has been discrimination in this case. At para. 57 of *Law, supra*, Iacobucci J. explained that in order to establish the appropriate comparator, "the purpose and the effect of the legislation must be considered" (emphasis added). Locating the appropriate comparator will affect the analysis of many of the contextual factors contained in the discrimination analysis: *Law*, at para. 56. It is also clear that the purpose of the legislation is also relevant in other areas of the s. 15(1) analysis. In particular, we are to ask whether the legislation has a discriminatory purpose (*Law*, at para. 80). We are also to determine if the legislation has an ameliorative purpose in order to decide whether it is under-inclusive of a comparatively disadvantaged group (*Law*, at para. 72). Therefore, determining the purpose of the legislation will be relevant for both the s. 15(1) and the s. 1 analysis, as each of the reasons in this case aptly demonstrates.

162 In this appeal, the four differing sets of reasons of my colleagues ascribe different purposes to the legislation, and each utilizes a different comparator, which results in a different understanding of

l'étendue des intérêts touchés. Il faut apprécier ces facteurs selon l'optique de l'objet du par. 15(1) qui est la protection de la dignité humaine. Il n'y aura généralement discrimination que dans les cas où la distinction législative a été fondée de façon stéréotypée sur un motif énuméré ou analogue. En l'absence de stéréotype, il est peu probable que la discrimination soit établie. Si le tribunal conclut que la distinction est fondée sur un stéréotype et qu'il y a eu atteinte à la dignité humaine du demandeur, l'atteinte au par. 15(1) est établie, de sorte qu'il doit alors déterminer si l'atteinte peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

B. *Le régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu par la Loi sur le droit de la famille*

Il est essentiel de bien comprendre à la fois la théorie et l'application pratique du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF* tant pour établir les groupes de comparaison appropriés que pour déterminer s'il y a eu discrimination en l'espèce. Au paragraphe 57 de l'arrêt *Law*, précité, le juge Iacobucci explique qu'afin de déterminer l'objet de comparaison approprié, «[i]l faut examiner à la fois l'objet et l'effet des dispositions» (je souligne). Le choix de l'objet de comparaison aura des répercussions sur l'examen de nombreux facteurs contextuels dans l'analyse de la discrimination: *Law*, précité, au par. 56. Il est également clair que l'objet de la loi est aussi pertinent à d'autres égards dans le cadre de l'analyse fondée sur le par. 15(1). En particulier, il faut se demander si la loi a un objet discriminatoire (*Law*, précité, au par. 80). Il faut aussi déterminer si la loi a un objet d'amélioration afin de décider si sa portée est trop limitative à l'égard d'un groupe comparativement défavorisé (*Law*, précité, au par. 72). Par conséquent, la détermination de l'objet de la loi sera pertinente en ce qui a trait à la fois à l'analyse selon le par. 15(1) et à l'analyse prévue par l'article premier, comme le démontre éloquentement chacun des exposés des motifs en l'espèce.

Dans le présent pourvoi, les quatre exposés des motifs de mes collègues attribuent chacun des objets différents à la loi et chacun utilise un objet de comparaison différent, d'où une appréciation

the contextual factors. In my reasons, I provide a brief review of the history of support obligations at common law, and the development of the statutory scheme that eventually replaced most of the common law in this area. In my view, it is against this background that the purpose and effect of the *FLA*'s spousal support regime should be scrutinized under the *Charter*. The Court has recognized on many occasions — most recently in *Law* — that such a contextual examination is essential. I continue to adhere to that approach here.

Historical Overview of the Law Governing Spousal Support

I begin with the observation that our law imposes no general obligation of support between persons. As a general rule, individuals are expected to provide for themselves. Although governments intervene in myriad ways to provide assistance to those in need, that does not affect the principle advanced here. Government intervention is, as a general rule, limited to assisting those in need, not imposing legal obligations upon third parties to assist them. To the general rule that individuals have no obligation to support each other, our law has long made specific exceptions. I address one of those exceptions in some detail below, but I wish to emphasize here that it has always been considered to be an exception to a general rule. Where exceptions have been made, they have been narrowly tailored to achieve specific purposes.

The history of family law is, in many ways, the history of the gradual emancipation of women from legal impediments to full equality. At common law, marriage was a status with reciprocal (though not identical) rights and duties. Husbands were under a duty to support their wives and this duty continued for so long as the parties remained married. The obligation upon husbands to support their wives was a counterpart to the control of all real property held by their wives, and outright ownership of their wives' personal property, which husbands acquired upon marriage. The capacity of

différente des facteurs contextuels. Dans mes motifs, je fais une brève revue de l'historique des obligations alimentaires en common law et de l'évolution du régime législatif qui a finalement remplacé la majeure partie des règles de common law dans ce domaine. Selon moi, c'est sur cette toile de fond que l'objet et l'effet du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF* doivent être examinés en application de la *Charte*. La Cour a reconnu à de nombreuses reprises — et tout dernièrement dans l'arrêt *Law* — que cet examen du contexte est essentiel. Je réitère en l'espèce mon adhésion à cette façon de procéder.

Aperçu historique des règles de droit régissant l'obligation alimentaire entre conjoints

Je commence par noter que notre droit n'impose aucune obligation alimentaire générale entre les personnes. En règle générale, chacun est censé subvenir à ses propres besoins. Les gouvernements interviennent de multiples façons pour aider les personnes dans le besoin mais cela ne change rien au principe avancé ici. L'intervention gouvernementale se limite, en règle générale, à aider les personnes dans le besoin, sans assujettir des tiers à l'obligation légale de les secourir. À cette règle générale que les individus n'ont pas d'obligation alimentaire les uns envers les autres, notre droit a depuis longtemps apporté des exceptions précises. J'examine l'une de ces exceptions de façon assez détaillée ci-dessous, mais je désire souligner qu'elle a toujours été considérée comme une exception à une règle générale. Lorsque des exceptions ont été établies, elles ont été conçues de façon stricte afin de réaliser un objectif précis.

L'histoire du droit de la famille c'est, à de nombreux égards, l'histoire de l'affranchissement graduel des femmes de leurs entraves juridiques jusqu'à la pleine égalité. En common law, le mariage créait entre les conjoints des droits et des obligations réciproques (bien que non identiques). Les maris étaient tenus de subvenir aux besoins de leurs femmes et cette obligation durait aussi longtemps que durait le mariage. L'obligation faite aux maris de subvenir aux besoins de leurs femmes était la contrepartie du contrôle qu'ils exerçaient sur tous les biens immeubles possédés

163

164

a married woman to own or dispose of property was severely constrained. The doctrine of *coverture* dictated that a woman's separate legal identity disappeared upon marriage. Blackstone thus observed that, "[b]y marriage, the husband and wife are one person in law . . . [and] the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband": W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Book I, at p. 442. Upon marriage, women suffered "civil death": L. Chambers, *Married Women and Property Law in Victorian Ontario* (1997), at p. 3.

par leurs épouses et du droit de propriété qu'ils acquéraient à titre définitif sur les biens meubles de leurs femmes en raison du mariage. La capacité de la femme mariée de posséder ou d'aliéner des biens était grandement restreinte. Selon la théorie de la protection maritale (*coverture*), la femme perdait son identité juridique distincte lors du mariage. C'est ainsi que Blackstone constate que «[p]ar le mariage, l'homme et la femme deviennent une seule personne aux yeux de la loi [et] l'être même ou l'existence légale de la femme est suspendue pendant le mariage, ou du moins incorporée et renfermée dans celle du mari»: W. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises* (1822), t. 2, à la p. 215. Lorsqu'elles se mariaient, les femmes subissaient la [TRADUCTION] «mort civile»: L. Chambers, *Married Women and Property Law in Victorian Ontario* (1997), à la p. 3.

165

Wives were thus in a perilous situation in the event of marital breakdown. Marriage was, as a practical matter, indissoluble, because the ecclesiastical courts — which were the sole curial *fora* for divorce petitions in England — were not established in Canada. A wife, being without property, had no means to support herself independently. Evidently, the maintenance obligation owed to a wife by her husband was of considerable importance to her. While theoretically enforceable, in practice a wife's ability to enforce the maintenance obligation owed to her was severely constrained. The law was not designed to address the breakdown of marriages, and so, unsurprisingly, it proved inadequate to the task. This left married women in an extremely vulnerable position.

Les femmes se trouvaient donc dans une situation périlleuse en cas de rupture du mariage. Le mariage était, en pratique, indissoluble, étant donné que les tribunaux ecclésiastiques — qui étaient les seuls tribunaux pouvant statuer sur les demandes de divorce en Angleterre — n'existaient pas au Canada. Démunie de biens, la femme n'avait aucun moyen de subvenir elle-même à ses propres besoins. Évidemment, l'obligation alimentaire dont le mari était tenu à l'égard de sa femme revêtait une importance considérable pour cette dernière. Bien que cette obligation alimentaire fût exécutoire en théorie, la capacité d'une femme d'en obtenir l'exécution était grandement limitée en pratique. La loi n'ayant pas été conçue en fonction de la rupture du mariage, il n'est pas étonnant qu'elle se soit avérée inadéquate. Les femmes mariées étaient extrêmement vulnérables.

166

First, as long as the husband and wife lived together, their standard of living was considered to be a matter entirely within the discretion of the husband. Second, a wife was deemed to have waived her right to maintenance if, for whatever reason, she and her husband were not living together, even by agreement. Third, the mechanism for enforcing the maintenance obligation was entirely inadequate. Indeed, the common law, rely-

Premièrement, tant que les conjoints vivaient ensemble, leur niveau de vie était considéré comme une question relevant exclusivement du mari. Deuxièmement, la femme était réputée avoir renoncé à son droit aux aliments si, pour quelque raison que ce soit, son mari et elle ne vivaient pas ensemble, même d'un commun accord. Troisièmement, le mécanisme d'exécution de l'obligation alimentaire était complètement inadéquat. En fait,

ing upon the unity of their legal personality, did not permit an action between husband and wife. Finally, while in theory, the court had the power to order maintenance where a wife had committed adultery, in practice this was rarely done. This was so even if her husband had himself committed adultery or treated her with great cruelty. Thus, a wife had to show desertion, adultery, or cruelty on the husband's part, and yet remain blameless herself. See the discussion of these points in S. M. Cretney and J. M. Masson, *Principles of Family Law* (6th ed. 1997), at pp. 81-82; D. J. MacDougall, "Alimony and Maintenance", c. 6, in D. Mendes da Costa, ed., *Studies in Canadian Family Law* (1972), vol. 1, 283, at pp. 288-89; R. R. Evans, *The Law and Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes* (1923), at pp. 303-4.

From its establishment in 1837, the Court of Chancery in Upper Canada intervened on occasion to mitigate the harshness of the common law regime. The court was authorized by its constituting statute to award alimony: see *An Act to establish a Court of Chancery in this Province*, S.U.C. 1837, 7 Wm. IV, c. 2, s. 3. In addition, a statutory framework slowly developed to address the perceived inadequacies of the common law regime. A patchwork of legislation, including the *Married Women's Property Acts* of 1859, 1872, and 1884 (subsequently R.S.O. 1970, c. 262), and the *Married Woman's Real Estate Act, 1873*, S.O. 1873, c. 18, sought to ameliorate the position of married women. Later, the *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, c. 211, as amended (subsequently R.S.O. 1970, c. 128), imposed both a support obligation and a mechanism for enforcing it upon husbands who left their wives, by deeming a wife to have been deserted in cases of cruelty or neglect where the wife had not herself committed uncondoned adultery. As this Court observed in *Reference re Authority to Perform Functions Vested by the Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, at p. 419, the purpose of such legislation was to "aim at declaring and enforcing

la common law ne permettait pas aux conjoints de se poursuivre en justice vu l'unité de leur personnalité juridique. Finalement, même si, en théorie, le tribunal avait le pouvoir d'ordonner le versement d'une pension alimentaire lorsque l'épouse avait commis l'adultère, cela se produisait rarement en pratique. Il en était ainsi même si son mari avait lui-même commis l'adultère ou avait fait preuve à l'endroit de sa femme d'une grande cruauté. Ainsi, la femme devait prouver l'abandon, l'adultère ou la cruauté de la part de son mari, tout en demeurant elle-même irréprochable. Voir l'analyse de ces points dans S. M. Cretney et J. M. Masson, *Principles of Family Law* (6^e éd. 1997), aux pp. 81 et 82; D. J. MacDougall, «Alimony and Maintenance», ch. 6, dans D. Mendes da Costa, dir., *Studies in Canadian Family Law* (1972), vol. 1, 283, aux pp. 288 et 289; R. R. Evans, *The Law and Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes* (1923), aux pp. 303 et 304.

À partir de sa création en 1837, la Cour de la chancellerie du Haut-Canada est intervenue à l'occasion pour tempérer la rigueur du régime de common law. Sa loi constitutive l'autorisait à accorder des pensions alimentaires: voir *An Act to establish a Court of Chancery in this Province*, S.U.C. 1837, 7 Wm. IV, ch. 2, art. 3. De plus, un cadre législatif fut peu à peu élaboré pour remédier aux insuffisances constatées dans le régime prévu par la common law. Un ensemble de lois disparates, dont les *Married Women's Property Acts* de 1859, 1872 et 1884 (devenues R.S.O. 1970, ch. 262) et la *Married Woman's Real Estate Act, 1873*, S.O. 1873, ch. 18, visaient à améliorer la situation des femmes mariées. Par la suite, la *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, ch. 211, et ses modifications (devenue R.S.O. 1970, ch. 128), prévoyaient à la fois une obligation alimentaire et un mécanisme d'exécution contre les maris qui avaient abandonné leur épouse, la femme étant réputée abandonnée dans les cas de cruauté ou de délaissement lorsqu'elle-même n'avait pas commis un adultère non pardonné. Comme notre Cour le note dans *Reference re Authority to Perform Functions Vested by the Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, à la p. 419, cette loi visait à

the obligations of husbands and parents to maintain their wives and children". See also *The Matrimonial Causes Act, 1931*, S.O. 1931, c. 25 (subsequently R.S.O. 1970, c. 265). However, these legislative interventions were plainly insufficient. As women began to benefit from the social, technological and demographic changes that emerged during and after the Second World War, the spousal support regime, explicitly predicated as it was upon the legal inequality of husbands and wives, was increasingly viewed as an anachronism, and an impediment to gender equality.

[TRADUCTION] «établir l'obligation d'entretien des maris et des parents à l'égard de leur épouse et de leurs enfants et à en assurer l'exécution». Voir également *The Matrimonial Causes Act, 1931*, S.O. 1931, ch. 25 (devenue R.S.O. 1970, ch. 265). Cependant, ces interventions législatives étaient nettement insuffisantes. À mesure que les femmes ont commencé à bénéficier des changements sociaux, technologiques et démographiques survenus pendant et après la Seconde Guerre mondiale, ce régime de l'obligation alimentaire du mari qui dépendait si explicitement de l'inégalité juridique des conjoints a été de plus en plus considéré comme un anachronisme et un obstacle à l'égalité des sexes.

168

In the face of this anachronistic and jumbled system of family law, pressure mounted for a comprehensive overhaul of family law legislation more generally, and marital property and support obligations in particular. In 1964, the Ontario Law Reform Commission was charged with the task of producing a comprehensive report and recommendations on the reform of family law in Ontario. That Report, in six volumes, was released in 1975. In the foreword to its report on family property law, the Commission made note of the context in which it had been asked to make recommendations (*Report on Family Law*, Part IV, "Family Property Law" (1974), at pp. 4-5):

Devant ce système de droit de la famille embrouillé et anachronique, des pressions se sont fait sentir en faveur d'une révision complète de la législation familiale en général, et des règles relatives aux biens matrimoniaux et aux obligations alimentaires en particulier. En 1964, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a été chargée de préparer un rapport complet et des recommandations visant à réformer le droit de la famille en Ontario. Ce rapport, en six volumes, a été publié en 1975. Dans la préface de son rapport sur le droit relatif aux biens familiaux, la Commission fait état du contexte dans lequel la mission de faire des recommandations lui a été confiée (*Report on Family Law*, Part IV, «Family Property Law» (1974), aux pp. 4 et 5):

The common law doctrine of unity of husband and wife, with the consequent extinguishment of the wife's legal personality and vesting of her property and right to her income in her husband, was necessarily accompanied by the concept of the dependency of the married woman. The Married Women's Property Acts have terminated most of the incidents of the unity of legal personality in the marital relation, but the dependency of the wife is still very much a fact in twentieth-century Ontario. On a secular basis, marriage can be characterized as an economic arrangement that assumes this dependency of the wife upon the husband with a legal framework that is designed to provide a remedy for the wife if the husband's obligation to maintain her is not properly discharged. [Footnotes omitted, emphasis added.]

[TRADUCTION] La théorie de l'unité du mari et de la femme en common law, qui conduisait à la disparition de la personnalité juridique de la femme et à l'attribution à son mari de ses biens et d'un droit sur ses revenus, allait nécessairement de pair avec le concept de la dépendance de la femme mariée. *Les Married Women's Property Acts* ont mis fin à la plupart des effets secondaires de l'unité de la personnalité juridique dans les relations matrimoniales, mais la dépendance de la femme demeure encore bien réelle dans l'Ontario du XX^e siècle. Sur le plan séculier, on pourrait dire que le mariage est une entente économique qui tient pour établie cette dépendance de la femme à l'égard de son mari qu'il régit par un cadre juridique accordant des recours à la femme si le mari ne s'acquitte pas convenablement de son obligation d'entretien. [Renvois omis; je souligne.]

In its recommendations, the Commission consciously rejected the “rigidities and inequalities” that characterized the existing law, which determined property rights as between spouses on the basis of their respective status as either a husband or a wife. The Commission took the view (at pp. 3-4) that:

Much of the present law presupposes and leads to a view of the parties to a marriage as the recipients of pre-determined socio-economic roles rather than as autonomous and independent human beings. The Commission believes that the law should be shaped consciously to allow all to choose their own roles within the modern society; avoiding as far as is possible past legal complacency in viewing married persons of either sex as stereotypes rather than individuals who are expected to conform to some pre-ordained social or economic condition. [Footnotes omitted.]

Consequently, the Commission’s recommendations were based on the premise that formal equality between spouses should be the legal norm in Ontario. However, the Commission did not stop there. Its recommendations were made with full awareness that according formal legal equality to women would not, in itself, be sufficient to address the obvious substantive inequalities faced by women. In the particular context of spousal support, the Commission was very much alive to the underlying social and economic realities of women: see generally Ontario Law Reform Commission, *Report on Family Law*, Part VI, “Support Obligations” (1975). Against this background, I turn to a discussion of the statutory scheme enacted by the legislature.

Ontario’s Spousal Support Scheme

The spousal support obligation at issue in this appeal is contained in s. 30 of the *FLA*:

Dans ses recommandations, la Commission a délibérément rejeté les [TRADUCTION] «rigidités et les inégalités» caractérisant le droit de l’époque, qui établissait les droits de propriété entre les conjoints en fonction de leur état respectif de mari ou de femme. La Commission a jugé que (aux pp. 3 et 4):

[TRADUCTION] Une bonne partie des règles de droit actuel présupposent et donnent à penser que les parties à un mariage sont des acteurs dont les rôles socio-économiques sont prédéterminés, plutôt que des êtres humains indépendants et autonomes. La Commission estime que les règles de droit doivent être délibérément conçues en vue de permettre à chacun de choisir son propre rôle dans la société moderne; il faut éviter autant que possible la complaisance manifestée par le droit dans le passé pour l’idée que les personnes mariées des deux sexes ne sont pas des individus mais des stéréotypes censés se conformer à une situation sociale ou économique prédéterminée. [Renvois omis.]

Par conséquent, la Commission a fondé ses recommandations sur la prémisse selon laquelle l’égalité formelle des conjoints devrait être la norme juridique en Ontario. Toutefois, la Commission ne s’est pas arrêtée là. En faisant ses recommandations, elle était bien consciente que le fait d’accorder l’égalité juridique formelle aux femmes ne suffirait pas en soi à aplanir les inégalités réelles évidentes auxquelles les femmes devaient faire face. Dans le contexte particulier de l’obligation alimentaire entre conjoints, la Commission était très au fait de la réalité sociale et économique sous-jacente vécue par les femmes: voir, en général, Commission de réforme du droit de l’Ontario, *Report on Family Law*, Part VI, «Support Obligations» (1975). C’est sur cette toile de fond que j’entreprends l’analyse du régime législatif édicté par le législateur.

Le régime ontarien de l’obligation alimentaire entre conjoints

L’obligation alimentaire entre conjoints en cause dans le présent pourvoi est prévue à l’art. 30 de la *LDF*:

169

170

171

30. Every spouse has an obligation to provide support for himself or herself and for the other spouse, in accordance with need, to the extent that he or she is capable of doing so.

30 Chaque conjoint est tenu de subvenir à ses propres besoins et à ceux de son conjoint, dans la mesure de ses capacités et des besoins.

172

It was argued before us that the nature of the spousal support obligation itself is not at issue in this appeal, but rather, simply the question of standing to invoke the spousal support provisions of the *FLA*. For reasons discussed in some detail below, I doubt that the nature of the spousal support obligation and the issue of standing to enforce it can be separated so neatly. That being said, the question of standing is governed by s. 29 of the *FLA*, which provides, in relevant part, that:

On a soutenu devant nous que ce n'est pas la nature de l'obligation alimentaire entre conjoints elle-même qui est en cause dans le présent pourvoi, mais plutôt simplement la qualité pour invoquer les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*. Pour des motifs que je précise plus loin, je doute que la nature de l'obligation alimentaire entre conjoints et la question de la qualité pour en demander l'exécution puissent être séparées de manière aussi claire. Cela dit, la question de la qualité pour agir est régie par l'art. 29 de la *LDF* dont le passage pertinent est ainsi conçu:

29. In this Part,

29 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

“spouse” means a spouse as defined in subsection 1 (1), and in addition includes either of a man and woman who are not married to each other and have cohabited,

«conjoint» S'entend au sens du paragraphe 1 (1). Sont également compris l'homme et la femme qui ne sont pas mariés ensemble et qui ont cohabité, selon le cas:

- (a) continuously for a period of not less than three years, or
- (b) in a relationship of some permanence, if they are the natural or adoptive parents of a child.

- a) de façon continue depuis au moins trois ans;
- b) dans une relation d'une certaine permanence, s'ils sont les parents naturels ou adoptifs d'un enfant.

173

The effect of ss. 29 and 30 of the *FLA* is to impose support obligations on members of married couples (because the reference in s. 29 to subs. 1(1) of the Act incorporates married couples, and those individuals who have entered into void or voidable marriages in good faith, within the scope of the definition of “spouse” in s. 29) and on members of unmarried opposite-sex couples who have cohabited continuously for at least three years, or, if they are the natural or adoptive parents of a child, “in a relationship of some permanence”. The challenge brought by the respondent M. to s. 29 of the *FLA* is that the section is underinclusive, because the definition of “spouse” therein is restricted to opposite-sex couples, thus, it is claimed, denying her equal benefit of the law under s. 15(1) of the *Charter*.

Les articles 29 et 30 de la *LDF* ont pour effet d'imposer des obligations alimentaires aux membres des couples mariés (parce que le renvoi dans l'art. 29 au par. 1(1) de la Loi incorpore les couples mariés et les personnes qui ont contracté de bonne foi un mariage nul de nullité relative ou absolue dans la définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29) et aux membres des couples de sexe différent non mariés qui ont cohabité de façon continue pendant au moins trois ans ou, s'ils sont les parents naturels ou adoptifs d'un enfant, «dans une relation d'une certaine permanence». L'intimée M. conteste l'art. 29 de la *LDF* pour le motif qu'il est trop limitatif, la définition du mot «conjoint» étant restreinte aux couples de sexe différent, ce qui entraîne une négation de son droit à l'égalité de bénéfice de la loi garanti par le par. 15(1) de la *Charte*.

The *Family Law Reform Act, 1975*, S.O. 1975, c. 41 (“*FLRA*”), was the first modern legislation in Ontario to reform the law applicable to marriage generally and spousal support in particular. The *FLRA* abolished the unity of legal personality between husband and wife and other restraints on the capacity of married persons. Formal equality between the sexes was thus established. Amendments were introduced in 1976 with a view to an expansion of the scope of family law legislation. The Legislative Assembly determined that cohabiting opposite-sex couples were also coming to play the social role previously filled almost exclusively by married couples. It was in response to the recognition that cohabiting opposite-sex couples were coming to serve as the functional equivalent of actual marriage that support obligations were first extended to cohabiting opposite-sex spouses.

The amendments became law in 1978 (*Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, c. 2), extending support obligations to members of opposite-sex couples who had cohabited continuously for at least five years, or, where there was a child of the relationship, when the parties had a “relationship of some permanence” (s. 14). The 1978 amendments also provided for the recognition of domestic contracts, thus enabling married couples or unmarried cohabiting opposite-sex couples to enter into such contracts relating to marital property and support obligations rather than rely upon the default provisions contained in the *FLRA* itself. Subsequent amendments in 1986 (*Family Law Act, 1986*, S.O. 1986, c. 4, s. 29) reduced the period of cohabitation required to trigger the spousal support provisions contained in the *FLRA* from five to three years.

I note parenthetically that the legislative framework governing spousal support varies considerably from province to province. In most provinces, and in the three territories, members of cohabiting opposite-sex couples are included within the scope

La *Family Law Reform Act, 1975*, S.O. 1975, ch. 41 («*FLRA*»), a été la première loi moderne adoptée en Ontario pour réformer les règles de droit applicables au mariage en général et à l’obligation alimentaire entre conjoints en particulier. La *FLRA* a aboli l’unité de la personnalité juridique des conjoints et d’autres restrictions à la capacité des personnes mariées. L’égalité formelle entre les sexes a donc été établie. Des modifications ont été adoptées en 1976 en vue d’étendre la portée de la législation familiale. L’Assemblée législative a conclu que les couples de sexe différent qui cohabitent se trouvaient aussi à assumer le rôle social antérieurement joué presque exclusivement par les couples mariés. C’est en reconnaissance du fait que les couples de sexe différent qui cohabitent en venaient à servir d’équivalent fonctionnel au véritable mariage qu’on a d’abord étendu l’obligation alimentaire aux membres de ces couples.

Ces modifications, introduites dans la législation en 1978 (*Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, ch. 2), étendaient les obligations alimentaires aux membres des couples de sexe différent qui avaient cohabité de façon continue pendant au moins cinq ans ou, lorsqu’un enfant était issu de cette union, aux couples qui vivaient une [TRADUCTION] «relation d’une certaine permanence» (art. 14). Les modifications apportées en 1978 prévoyaient aussi la reconnaissance des contrats familiaux, ce qui devait permettre aux couples mariés et aux couples de sexe différent qui cohabitent sans être mariés de conclure de tels contrats pour régir les biens matrimoniaux et les obligations alimentaires plutôt que de s’en remettre au régime supplétif prévu par la *FLRA* elle-même. D’autres modifications apportées en 1986 (*Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4, art. 29) ont réduit de cinq à trois ans la période de cohabitation requise pour l’application des dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints de la *FLRA*.

Je note en passant que le cadre législatif régissant l’obligation alimentaire entre conjoints varie considérablement d’une province à l’autre. Dans la plupart des provinces et dans les trois territoires, les membres des couples de sexe différent qui

174

175

176

of support obligations, although the precise definition varies, particularly with regard to the duration of cohabitation required to trigger the obligation: see *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 1; *Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c. F20, s. 4(3); *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, s. 112(3); *Family Law Act*, R.S.N. 1990, c. F-2, s. 35(c); *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, s. 2(m); *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, c. 12, ss. 1(g), 29; *Family Maintenance Act*, S.S. 1990-91, c. F-6.1, s. 2(1)(iii); *Family Law Act*, S.N.W.T. 1997, c. 18, s. 1; *Nunavut Act*, S.C. 1993, c. 28, s. 29(1), as am. by S.C. 1998, c. 15, s. 4; *Family Property and Support Act*, R.S.Y. 1986, c. 63, s. 35.

cohabitent sont assujettis à l'obligation alimentaire, bien que la définition comme telle ne soit pas identique, notamment en ce qui concerne la durée de cohabitation requise pour faire naître l'obligation: voir *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 1; *Loi sur l'obligation alimentaire*, L.R.M. 1987, ch. F20, par. 4(3); *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, par. 112(3); *Family Law Act*, R.S.N. 1990, ch. F-2, al. 35c); *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160, al. 2m); *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, ch. 12, al. 1g), art. 29; *Family Maintenance Act*, S.S. 1990-91, ch. F-6.1, al. 21)(iii); *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 18, art. 1; *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, ch. 28, par. 29(1), mod. L.C. 1998, ch. 15, art. 4; *Loi sur le patrimoine et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 1986, ch. 63, art. 35.

177

In Alberta and Quebec, by contrast, cohabiting opposite-sex couples are not within the scope of spousal support obligations. I note that the exclusion of cohabiting opposite-sex couples from the scope of the spousal support provisions of the Alberta *Domestic Relations Act*, R.S.A. 1980, c. D-37, was recently challenged successfully in *Taylor v. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266 (Alta. C.A.), but the question of whether provincial legislatures are constitutionally barred from restricting access to the spousal support mechanism to married couples has not yet been addressed by this Court, and I will say nothing further about it here. I simply raise the point to emphasize that there is diversity amongst the approaches taken by the provincial and territorial legislatures as to their spousal support schemes, but 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, and, as I discuss below, they exhibit similar needs.

En Alberta et au Québec, en revanche, les couples de sexe différent qui cohabitent ne sont pas assujettis à l'obligation alimentaire entre conjoints. Je note qu'en Alberta, l'exclusion des couples de sexe différent qui cohabitent du champ d'application des dispositions de la *Domestic Relations Act*, R.S.A. 1980, ch. D-37, a récemment été contestée avec succès dans *Taylor c. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266 (C.A. Alb.), mais que la question de savoir si la Constitution interdit aux législateurs des provinces de restreindre aux couples mariés l'accès au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints n'a pas encore été examinée par notre Cour, et je ne dirai rien de plus sur cette question ici. Je mentionne ce point simplement pour souligner que les législateurs des provinces et des territoires ont adopté des approches diverses quant au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints, et aussi 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 et, comme je l'explique plus loin, parce qu'ils ont des besoins similaires.

178

The *FLA* and the *FLRA* were high-profile pieces of legislation, and the extension of spousal support

La *LDF* et la *FLRA* ont beaucoup retenu l'attention et l'extension de l'obligation alimentaire entre

obligations to unmarried opposite-sex couples was the subject of extensive discussion and debate. Yet there is no evidence to indicate that the Legislative Assembly intended the *FLRA* or the *FLA* to extend spousal support obligations to members of same-sex couples. By contrast, where a province has intended to extend spousal support obligations to members of same-sex couples, it has done so by way of explicit language: see, e.g., *Family Relations Amendment Act, 1997*, S.B.C. 1997, c. 20, s. 1(c), and *Family Maintenance Enforcement Amendment Act, 1997*, S.B.C. 1997, c. 19, s. 1(d).

In the early 1990s, in anticipation of possible amendments to the *FLA*, the Ontario Law Reform Commission was requested to prepare a report addressing, among other concerns, this very issue. In its *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* (1993), the Commission indicated, at p. 3, that it was “more hesitant about making recommendations concerning same-sex couples” in respect of support obligations, and cautioned that “better information than the Commission now has before it concerning the attitudes and expectations of cohabiting same-sex couples would be a necessary foundation for any decision to ascribe rights and responsibilities under the *Family Law Act* to such couples”. In May and June 1994, the Legislative Assembly of Ontario contemplated extending the scope of s. 29 to include cohabiting same-sex couples. In the end, however, it declined to do so. Then Bill 167, the would-be *Equality Rights Statute Law Amendment Act, 1994*, was defeated by a free vote on second reading on June 9, 1994.

The statutory regime developed since the 1970s to govern spousal support in Ontario is based on an appreciation of the need both to accord formal legal equality to women, and to take into account that formal legal equality would not immediately be reflected in women’s social and economic sta-

conjoints aux couples de sexe différent non mariés a fait l’objet de discussions et de débats approfondis. Rien ne prouve cependant que l’Assemblée législative ait voulu que la *LDF* et la *FLRA* aient pour effet d’étendre l’obligation alimentaire entre conjoints aux membres des couples de même sexe. Au contraire, lorsqu’une province a voulu étendre l’obligation alimentaire entre conjoints aux membres des couples de même sexe, elle l’a fait au moyen d’un texte explicite: voir, par exemple, *Family Relations Amendment Act, 1997*, S.B.C. 1997, ch. 20, al. 1c), et *Family Maintenance Enforcement Amendment Act, 1997*, S.B.C. 1997, ch. 19, al. 1d).

Au début des années 90, en prévision de possibles modifications à la *LDF*, on a demandé à la Commission de réforme du droit de l’Ontario de préparer un rapport portant, entre autres, sur cette question précise. Dans le *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* (1993), la Commission a indiqué, à la p. 3, qu’elle [TRADUCTION] «hésitait davantage à faire des recommandations au sujet des couples de même sexe» en matière d’obligations alimentaires et elle a fait la mise en garde suivante: [TRADUCTION] «il faudrait de meilleurs renseignements que ceux dont la Commission a obtenu communication sur les attitudes et les attentes des couples de même sexe qui cohabitent pour appuyer toute décision d’attribuer des droits et des responsabilités à ces couples en vertu de la *Loi sur le droit de la famille*». En mai et juin 1994, l’Assemblée législative de l’Ontario a envisagé d’étendre la portée de l’art. 29 de manière à inclure les couples de même sexe qui cohabitent. Mais finalement, elle a refusé de le faire. Ce qui était le projet de loi 167 et devait devenir la *Loi de 1994 modifiant des lois en ce qui concerne les droits à l’égalité* a été défait lors d’un vote libre en deuxième lecture le 9 juin 1994.

Le régime législatif élaboré depuis les années 70 pour régir l’obligation alimentaire entre conjoints en Ontario est fondé sur la reconnaissance de la nécessité d’accorder l’égalité juridique formelle aux femmes et de tenir compte du fait que cette égalité ne se reflétera pas immédiatement dans la

tus. The legislation, along with the legislative history, the work of the Ontario Law Reform Commission, and the social background, confirm that the Legislative Assembly was well aware of this situation. In enacting the spousal support provisions of the *FLRA*, and later the *FLA*, the Legislative Assembly was aware of the unhappy historical experience of women under the previous family law regime, and had the primary purpose of ameliorating the position of women who had become dependent upon their partners in both married and conjugal opposite-sex relationships.

Purpose of Section 29 of the *Family Law Act*

181 The primary purpose of the *FLA* is to recognize the social function specific to opposite-sex couples and their position as a fundamental unit in society, and to address the dynamic of dependence unique to men and women in opposite-sex relationships. This dynamic of dependence stems from this specific social function, the roles regularly taken by one member of that relationship, the biological reality of the relationship, and the pre-existing economic disadvantage that is usually, but not exclusively, suffered by women. This purpose is apparent from the text of the provision, the preamble to the legislation, and the legislative history of the provision.

182 In determining the purpose of legislation, the first step must be to look to the language of the legislative provision itself. The language of the impugned provision must be viewed in the context of the statute as a whole, not taken in isolation. Where the statutory language, in the context of the statute as a whole, is unclear or ambiguous, resort may then be had to other indicia of legislative intent, such as statements made in the legislature, to inform the court's understanding of the purpose of the statute. However, as this Court has cautioned on previous occasions, such indicia of legislative intent, though of assistance in some cases, must be treated with circumspection, given practical concerns as to their reliability, and more theo-

situation sociale et économique des femmes. La loi, de même que son historique, les travaux de la Commission de réforme du droit de l'Ontario et le contexte social confirment que l'Assemblée législative était bien au fait de cette situation. En adoptant les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *FLRA*, puis la *LDF*, l'Assemblée législative savait ce que les femmes avaient dû subir sous le régime du droit de la famille précédent et avait pour objet principal l'amélioration de la situation des femmes devenues dépendantes de leurs partenaires dans les unions conjugales entre personnes de sexe différent, mariées ou non.

L'objet de l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille*

L'objet principal de la *LDF* est de reconnaître la fonction sociale particulière des couples de sexe différent ainsi que leur position de cellule fondamentale dans la société et de résoudre le problème de la dynamique de dépendance propre aux hommes et aux femmes formant de telles unions hétérosexuelles. Cette dynamique résulte de la fonction sociale particulière de ces couples, des rôles généralement assumés par l'un des membres de cette union, de la réalité biologique de l'union et du désavantage économique préexistant dont souffrent habituellement, mais non exclusivement, les femmes. Cet objet ressort du libellé de la disposition, du préambule de la loi et de l'historique législatif de la disposition.

Pour déterminer l'objet de la loi, il faut d'abord examiner le libellé de la disposition législative elle-même. Celui-ci doit être envisagé dans le contexte de l'ensemble de la loi, et non de façon isolée. Lorsque le libellé de la disposition, considéré dans le contexte de l'ensemble de la loi, n'est pas clair ou est ambigu, le tribunal peut se référer à d'autres indices de l'intention du législateur, telles les déclarations faites devant l'assemblée législative, pour mieux cerner l'objet de la loi. Cependant, comme notre Cour l'a déjà souligné, de tels indices de l'intention du législateur, bien qu'ils puissent être utiles dans certains cas, doivent être considérés avec circonspection, vu les préoccupations qu'ils suscitent en pratique quant à leur fiabi-

retical concerns regarding legislative sovereignty: see *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pp. 787-88. Ultimately, the language of the statute itself is authoritative: it may be interpreted in the case of ambiguity by reference to extrinsic sources, but it is the statute, not the sources, which governs.

Applying these principles of statutory interpretation to the impugned legislation at issue in the present appeal, it is plain that the purpose of s. 29 of the *FLA* cannot be understood without reference to Part III more generally, and indeed, to the *FLA* as a whole. One must begin with the language of the statute itself. The language of s. 29 itself reveals little. Section 33(8) indicates the purpose of a support order, as a guideline for the courts:

33. . . .

(8) An order for the support of a spouse should,

- (a) recognize the spouse's contribution to the relationship and the economic consequences of the relationship for the spouse;
- (b) share the economic burden of child support equitably;
- (c) make fair provision to assist the spouse to become able to contribute to his or her own support; and
- (d) relieve financial hardship, if this has not been done by orders under Parts I (Family Property) and II (Matrimonial Home).

However, s. 33(8) really only outlines the factors to be taken into account in making an order: it does not explain why an order should be made in the first place. A proper analysis of the purpose of the *FLA* must also take into account the statute's preamble:

Whereas it is desirable to encourage and strengthen the role of the family; and whereas for that purpose it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership; and whereas in support of such recognition it is necessary to provide in law for the

lité et celles qu'ils suscitent sur un plan plus théorique en ce qui concerne la souveraineté législative: *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, aux pp. 787 et 788. En dernière analyse, le libellé de la loi elle-même fait autorité: on peut l'interpréter, en cas d'ambiguïté, en ayant recours à des sources extrinsèques, mais c'est la loi, et non les sources, qui est déterminante.

Il ressort clairement de l'application de ces principes d'interprétation des lois à la disposition législative contestée dans le présent pourvoi que l'on ne peut comprendre l'objet de l'art. 29 de la *LDF* sans se rapporter à la partie III de façon plus générale et, de fait, à la *LDF* dans son ensemble. Il faut d'abord analyser le libellé de la loi. Le libellé de l'art. 29 lui-même ne révèle pas grand-chose. Le paragraphe 33(8) décrit l'objet d'une ordonnance alimentaire à l'intention des tribunaux:

33 . . .

(8) L'ordonnance alimentaire à l'égard d'un conjoint devrait:

- a) reconnaître l'apport du conjoint à l'union et les conséquences économiques de l'union pour le conjoint;
- b) distribuer équitablement le fardeau économique que représentent les aliments à fournir à un enfant;
- c) comprendre des dispositions équitables en vue d'aider le conjoint à devenir capable de subvenir à ses propres besoins;
- d) alléger les difficultés financières, si les ordonnances rendues en vertu de la partie I (Biens familiaux) et de la partie II (Foyer conjugal) ne l'ont pas fait.

Cependant, en réalité, le par. 33(8) ne fait qu'énumérer les facteurs dont les tribunaux doivent tenir compte en rendant une ordonnance: il n'explique pas pourquoi l'ordonnance doit être rendue. Une analyse convenable de l'objet de la *LDF* doit également tenir compte de son préambule:

Attendu qu'il est souhaitable d'encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu'il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société; attendu que cette reconnaissance doit s'étayer de dispositions législatives qui prévoient le

orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the breakdown of the partnership, and to provide for other mutual obligations in family relationships, including the equitable sharing by parents of responsibility for their children; [Emphasis added.]

règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société et qui définissent d'autres obligations réciproques dans le cadre des rapports familiaux, y compris la participation équitable de chaque conjoint aux responsabilités parentales; [Je souligne.]

185 Of course, in determining the purpose of a statute, the courts are not necessarily bound by the language of a preamble. Nevertheless, it must be recognized that the preamble is a valid indicator of the legislative intent animating the statute, and this Court has long held that the preamble to a statute may provide clues as to legislative intent: *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 94; *Athabasca Tribal Council v. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 1 S.C.R. 699; *Canada Labour Relations Board v. City of Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729, at p. 734. Indeed, the *Interpretation Act*, R.S.O. 1990, c. I.11, s. 8, specifically provides that “[t]he preamble of an Act shall be deemed a part thereof and is intended to assist in explaining the purport and object of the Act”. Moreover, in the province of Ontario, relatively few statutes contain a preamble. This may be taken as evidence that where the legislature does choose to make use of a preamble, the language contained therein should not be dismissed as mere hortatory boilerplate, but rather should receive the Court’s careful consideration.

Bien entendu, en déterminant l’objet d’une loi, les tribunaux ne sont pas nécessairement liés par le libellé de son préambule. Néanmoins, il faut reconnaître que le préambule constitue un indicateur valable de l’intention qu’avait le législateur en adoptant la loi, et notre Cour a jugé depuis longtemps que le préambule d’une loi peut fournir des indices de l’intention du législateur: *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, au par. 94; *Athabasca Tribal Council c. Compagnie de pétrole Amoco Canada Ltée*, [1981] 1 R.C.S. 699; *Conseil canadien des relations du travail c. Ville de Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729, à la p. 734. En fait, l’art. 8 de la *Loi d’interprétation*, L.R.O. 1990, ch. I.11, prévoit expressément que «[l]e préambule de la loi est réputé en faire partie et sert à en expliquer l’objet». En outre, relativement peu de lois ontariennes contiennent un préambule. On peut en conclure que lorsque le législateur décide de rédiger un préambule, le libellé de ce dernier ne doit pas être considéré comme une simple exhortation, mais doit plutôt être soigneusement pris en compte par la Cour.

186 Certainly, resort to the plain language of the statute may be insufficient to determine its purpose. The courts may then have resort to other extrinsic evidence of legislative intent. However, this does not mean that the courts may simply accept a purported purpose which sounds acceptable. The type of extrinsic evidence that may properly be considered is relatively narrow in scope. Legislative history is an acceptable source, although as indicated above, it must be viewed with caution.

Il se peut certainement qu’il soit insuffisant de se référer au seul libellé de la loi pour en déterminer l’objet. Dans ce cas, les tribunaux peuvent avoir recours à d’autres éléments de preuve extrinsèque établissant l’intention du législateur. Cependant, cela ne veut pas dire qu’ils peuvent simplement imputer un objet qui paraît acceptable. Le type d’éléments de preuve extrinsèque pouvant être considérés à bon droit est relativement restreint. L’historique de la loi est une source acceptable bien que, comme nous l’avons vu plus haut, elle doive être examinée avec prudence.

187 I turn, then, to the legislative history of Part III of the *FLA*. In introducing the *FLRA* in 1976, the then Attorney General, the Hon. Roy McMurtry,

J’aborde maintenant l’historique de la partie III de la *LDF*. En présentant la *FLRA* en 1976, le procureur général de l’époque, l’honorable

explained the “limited obligation” of one common law spouse to support the other. He stated:

Where two persons have lived together as if married, their relationship often takes on the same financial characteristics as a marriage. One person frequently becomes dependent on the other, especially if there is a child of the union. If one of these two people is no longer self-sufficient, it seems reasonable to look to the other to assist in restoring him or her to financial independence. Certainly, it is more desirable to place a support obligation on common law spouses than to have a large number of persons who are living common law looking to public welfare for support instead. [Emphasis added.]

(*Legislature of Ontario Debates*, October 26, 1976, at p. 4103).

One cannot read this passage without being struck by two observations. The first is the obvious intention of the Attorney General that the motive underlying the extension of support obligations to include unmarried cohabiting opposite-sex couples was premised on the social reality that such relationships often exhibit a dynamic of dependence, and that this dynamic of dependence usually arises because the couple has children and the mother is the primary caregiver. The second observation is that the legislation was not aimed at “need” abstractly defined, or need generated by “interdependence”. Instead, the legislation addressed the specific need arising when an individual (typically a woman) cohabits in an opposite-sex relationship, and relying upon the expectation of continued and future support from her partner, foregoes existing employment prospects that rendered her self-sufficient before entering into the relationship, and new ones that arise during the relationship. The above-quoted passage makes specific reference to a party who is “no longer self-sufficient” (emphasis added), implying that she once was, and indicates that the obligation being imposed on the other party is one of “restoring” her to her previous state

Roy McMurtry, a expliqué l’«obligation limitée» du conjoint de fait de fournir des aliments à l’autre. Il a dit:

[TRADUCTION] Lorsque deux personnes vivent ensemble comme si elles étaient mariées, souvent leur union revêt les mêmes caractéristiques que le mariage sur le plan financier. Il arrive fréquemment que l’un des membres du couple devienne dépendant de l’autre, surtout si un enfant est issu de l’union. Lorsque l’une de ces deux personnes ne parvient plus à subvenir elle-même à ses besoins, il semble raisonnable qu’elle demande à l’autre de l’aider à recouvrer son indépendance financière. Il est certainement plus souhaitable d’assujettir les conjoints de fait à une obligation alimentaire réciproque que de voir un grand nombre de personnes vivant en union de fait compter sur l’aide sociale pour subvenir à leurs besoins. [Je souligne.]

(*Legislature of Ontario Debates*, 26 octobre 1976, à la p. 4103).

À la lecture de cet extrait, deux remarques viennent immédiatement à l’esprit. La première a trait à l’intention manifeste du procureur général de faire reposer l’extension de l’obligation alimentaire aux couples de sexe différent non mariés qui cohabitent sur la prise en compte de la réalité sociale qui veut que de telles unions engendrent souvent une dynamique de dépendance habituellement attribuable à la présence d’enfants et au fait que c’est la mère qui s’en occupe principalement. La seconde remarque est que la loi ne visait pas à répondre à un «besoin» défini de façon abstraite ni à un besoin né de l’«interdépendance». Elle visait plutôt à répondre au besoin spécifique de la personne (habituellement une femme) qui forme une union avec une personne de sexe différent avec laquelle elle cohabite et qui renonce, parce qu’elle s’attend à ce que son partenaire lui fournisse des aliments de façon continue à l’avenir, aux possibilités d’emploi qui, avant le début de l’union, lui permettaient de subvenir elle-même à ses besoins, ainsi qu’aux nouvelles possibilités d’emploi qui s’offrent à elle au cours de l’union. L’extrait précité renvoie expressément à la partie qui «ne parvient plus à subvenir elle-même à ses besoins» (je souligne), ce qui laisse entendre qu’elle y parvenait autrefois, et montre que l’obligation imposée à l’autre partie consiste à l’aider à «recouvrer»

of self-sufficiency which was eroded by the relationship.

189 On second reading, the Attorney General responded to concerns that had been expressed to him that the proposed legislation was overinclusive, in the sense that it would apply to unmarried cohabiting opposite-sex couples who had entered into relationships “with no strings attached” — that is, in the expectation that no support obligations would be imposed on them — or that they would be otherwise adversely affected. The Attorney General stated that:

These are the very people who will be unaffected by this legislation because they do not form a financial dependency on each other. That is the very essence of their “no strings attached” relationship. If there is no financial dependency, there will be no need for support by the other party and there will not be a successful claim for support.

By contrast, however, there are many people living together in such relationships who are being exploited by their partner[s]. They have been induced to enter into the relationship and to stay home and raise the children arising from the union, or children of another union, and have thus been put in a position of total dependency on the person as a result of being out of the labour market for a lengthy period of time. Many of these people are later abandoned and, under the present law, they have nowhere to turn but to the welfare authorities for support.

This is not a small problem. For example, in September of this year, the government of Ontario has paid out family benefits to over 13,000 unmarried mothers and their 26,000 dependent children, totalling over \$3.5 million for that month alone.

(*Legislature of Ontario Debates*, November 18, 1976, at p. 4793).

190 In essence, then, the Attorney General acknowledged that the legislation was, to a certain degree, overinclusive, in that even those individuals in unmarried opposite-sex couples who had not become dependent upon their partners were included within its scope. He explained this over-inclusion on the basis that an order would only actually be made where dependency was demon-

l'indépendance financière que l'union a fait disparaître progressivement.

En deuxième lecture, le procureur général a répondu aux inquiétudes dont lui ont fait part ceux qui craignaient que la mesure législative proposée n'ait une portée trop large parce qu'elle s'appliquerait à des couples de sexe différent non mariés qui cohabitent et ont, à l'origine, formé une union «ne les engageant à rien» — c'est-à-dire, en s'attendant à ne faire l'objet d'aucune obligation alimentaire ni d'aucune autre incidence défavorable. Le procureur général a dit:

[TRADUCTION] Il s'agit précisément des personnes qui ne seront pas touchées par la présente loi vu qu'elles ne dépendent pas l'une de l'autre sur le plan financier. Il s'agit de l'essence même de leur union «ne les engageant à rien». En l'absence de dépendance financière, aucune des parties ne sera tenue de fournir des aliments à l'autre et aucune demande d'aliments ne sera accueillie.

Par contraste, cependant, de nombreuses personnes qui vivent ensemble au sein d'une telle union se font exploiter par leur[s] partenaire[s]. Elles ont été incitées à former une union et à rester au foyer pour élever les enfants issus de l'union ou ceux nés d'une autre union. Elles se trouvent ainsi à dépendre entièrement de l'autre du fait qu'elles ont quitté le marché du travail pendant une longue période. Bon nombre sont plus tard abandonnées et, vu l'état actuel du droit, il ne leur reste qu'à s'adresser à l'aide sociale.

Il s'agit d'un problème d'envergure. Par exemple, pour le seul mois de septembre cette année, le gouvernement de l'Ontario a versé des prestations familiales totalisant plus de 3,5 millions de dollars à plus de 13 000 mères non mariées et aux 26 000 enfants à leur charge.

(*Legislature of Ontario Debates*, 18 novembre 1976, à la p. 4793).

Le procureur général a donc essentiellement reconnu que la loi avait, dans une certaine mesure, une portée trop large en ce sens que même les personnes non mariées formant un couple de sexe différent qui n'étaient pas devenues dépendantes de leur partenaire étaient visées par la loi. Il a expliqué cette portée excessive de la loi en disant que dans les faits, une ordonnance ne serait rendue

strated. Those who truly did live in a “no strings attached” relationship would have no new obligations imposed upon them. However, the Attorney General’s position was that the very nature of cohabiting opposite-sex relationships meant that they had in fact generated an appreciable degree of dependency in a significant number of individuals. Strings may, in fact, have become attached even where the parties did not originally intend that this should be so.

This passage provides further evidence that the focus of the legislation was to ameliorate the condition of persons, the vast majority of whom were (and are) women, who had become dependent upon their spouses, commonly, though not exclusively, as a result of the mutual decision to raise children. This legislative history, when combined with the historical survey set out above, and the text of the legislation itself, leaves one in no doubt as to the purpose of the *FLA* in general, and of the spousal support provisions in particular.

Having established the legislative purpose, the Court must scrutinize the purpose of the impugned provision to ensure that it is not itself discriminatory: *Law, supra*, at para. 80. We must thus take seriously the respondent M.’s suggestion that the real purpose of the exclusion is discrimination itself. A legislative purpose may be discriminatory because that was the intention of the legislature. Here, I see no evidence that the exclusion of same-sex couples (or indeed, any other couples or groups) from the scope of s. 29 of the *FLA* is motivated by animus toward gays or lesbians. All the respondent M. can point to is the Legislative Assembly’s adherence to the existing definition. Yet that contention does not assist the respondent M. Merely asserting that something is discriminatory or stereotypical is insufficient: *Law, supra*, at para. 59. Even if it was not intended to be discriminatory, the legislative purpose can still objectively be shown to be discriminatory. To demonstrate that a legislative purpose is objectively discriminatory, we must assess the claim in light of all of the

que si l’existence d’un rapport de dépendance était établie. Les personnes ayant vraiment formé une union «ne les engageant à rien» ne seraient assujetties à aucune nouvelle obligation. Cependant, le procureur général était d’avis que de par leur nature les unions entre personnes de sexe différent qui cohabitent engendrent, en fait, un degré élevé de dépendance chez un nombre important de personnes. De telles unions peuvent engager les partenaires même si, au départ, cela n’a pas été leur intention.

Ce passage apporte une preuve de plus que la loi visait à améliorer la situation de personnes, dont la grande majorité étaient (et sont) des femmes, devenues dépendantes de leur conjoint, habituellement, bien que pas exclusivement, à la suite de la décision prise d’un commun accord d’avoir des enfants. Cet historique de la loi, considéré à la lumière du rappel historique qui précède et du libellé de la loi elle-même, ne laisse subsister aucun doute quant à l’objet de la *LDF*, en général, et à celui des dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints, en particulier.

Ayant établi l’objet législatif, notre Cour doit examiner l’objet de la disposition contestée pour s’assurer qu’il n’est pas lui-même discriminatoire: *Law*, précité, au par. 80. Il faut donc prendre au sérieux l’affirmation de l’intimée M. selon laquelle le véritable objet de l’exclusion est la discrimination elle-même. L’objet législatif peut être discriminatoire parce que telle était l’intention du législateur. En l’espèce, aucun élément de preuve n’établit que l’exclusion des couples de même sexe (ou, en fait, d’autres couples ou groupes) du champ d’application de l’art. 29 de la *LDF* soit motivée par une quelconque animosité à l’égard des gais et des lesbiennes. Le seul argument que l’intimée M. peut invoquer est que l’Assemblée législative a maintenu la définition qui existait. Néanmoins, cela n’est d’aucun secours à l’intimée M. Il ne suffit pas simplement d’affirmer que quelque chose est discriminatoire ou stéréotypé: *Law*, précité, au par. 59. Même si telle n’était pas l’intention du législateur, on peut démontrer objectivement que l’objet de la loi est discriminatoire. Pour démontrer

191

192

contextual factors set out in *Law*. I return to this second aspect later in these reasons.

Competing Views on the Family Law Act

193 Before considering whether s. 29 of the *FLA* violates s. 15(1) of the *Charter*, I wish to address the competing views on the purpose of the *FLA*. My colleagues have chosen to consider the purpose of the *FLA* only as part of their s. 1 analysis. Yet, as I explained in para. 162 above, identifying the purpose of the legislation under consideration is essential both to establishing the appropriate comparison group and to assessing the contextual factors at the third stage of the *Law* analysis. It is certainly not a task confined to s. 1. My primary objection to my colleagues' analysis is that they do not provide a coherent account of the purpose of the impugned legislation.

194 My colleague Iacobucci J. states that he does not "dispute the claim that economically dependent heterosexual women and children are well served by the spousal support provisions in Part III of the *FLA*", but he takes the view (at para. 87) that

there is insufficient evidence to demonstrate that the protection of these groups informs the fundamental legislative objectives behind this part of the Act. In fact, with respect to Bastarache J., it seems to me that the legislative history and the terms of the provisions themselves contradict the appellant's assertions.

For the reasons given above, I do not agree.

195 With respect, my colleagues attribute a purpose to the impugned provision, and the *FLA* as a whole, that it does not bear. Rather than analyze the *FLA* itself, Iacobucci J., like the majority of the Court of Appeal below, ascribes to the impugned legislation a purpose that bears little relation to the actual statute, its structure, or its history. It comes as no surprise that, having ascribed to the *FLA* a purpose that its language does not bear, my

que l'objet législatif est objectivement discriminatoire, il faut évaluer cette allégation à la lumière de l'ensemble des facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Law*. Je reviens à ce second aspect plus loin.

Les opinions divergentes quant à la Loi sur le droit de la famille

Avant d'examiner si l'art. 29 de la *LDF* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*, je désire aborder les opinions divergentes sur l'objet de la *LDF*. Mes collègues ont choisi de tenir compte de l'objet de la *LDF* seulement dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Pourtant, comme je l'ai expliqué au par. 162 ci-dessus, déterminer l'objet de la loi en cause est essentiel tant pour établir le groupe de comparaison approprié que pour évaluer les facteurs contextuels à la troisième étape de l'analyse exposée dans *Law*. Ce n'est certainement pas une tâche limitée au cadre de l'article premier. Ma principale objection à l'analyse faite par mes collègues est un manque de cohérence dans leur exposé de l'objet de la loi contestée.

Mon collègue le juge Iacobucci écrit qu'il ne «conteste pas que les femmes hétérosexuelles financièrement dépendantes et les enfants soient bien servis par les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF*», mais selon lui (au par. 87)

on n'est pas parvenu à faire la preuve que la protection de ces groupes soit à la base des objectifs fondamentaux de cette partie de la Loi. En fait, avec égards pour le juge Bastarache, il me semble que l'historique de la loi et le libellé des dispositions elles-mêmes contredisent les affirmations de l'appelant.

Pour les motifs exposés précédemment, je ne suis pas d'accord.

Avec égards, mes collègues attribuent à la disposition contestée et à la *LDF* considérée dans son ensemble un objet qu'elles n'ont pas. Au lieu d'analyser la *LDF* elle-même, le juge Iacobucci, à l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, reconnaît à la disposition législative contestée un objet qui a peu de rapport avec la loi elle-même, sa structure ou son historique. Il n'est pas étonnant qu'après avoir attribué à la *LDF* un objet non

colleague then strikes down the legislation for failing to fulfil a purpose never intended by the Legislative Assembly. Given that my colleague's analysis depends upon the purpose so chosen, my view is that his failure to determine the true purpose of the *FLA* fatally undermines that analysis.

Iacobucci J., following the majority in the Court of Appeal below, relies upon a definition of the purpose of the impugned legislation that bears but a tangential relationship to the text of the *FLA* or its history. My colleague derives the purpose from the Ontario Law Reform Commission's *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*, *supra*, at pp. 43-44:

The purpose of the *Family Law Act* is to provide for the equitable resolution of economic disputes that arise when intimate relationships between individuals who have been financially interdependent break down (Parts I-IV). As well, it ensures that family members have a means to seek redress when an immediate relative is injured or killed through the negligence of a third party (Part V).

The purpose attributed to the *FLA* in this passage is not necessarily inconsistent with the actual purpose of the *FLA*. However, I must emphasize that if mere consistency were the sole test, nothing would prevent the courts from inventing a supposed legislative purpose. This would be radical in theory, highly undesirable in practice, and conducive to indeterminacy in its consequences. Many supposed purposes are conceivably consistent with the purpose of the *FLA*. That does not, however, transform them into the purpose(s) of the *FLA*. To take but one example, the phrase "intimate relationship" nowhere appears in the *FLA*. This Court rejected the doctrine of shifting purpose in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 334-35, confirming that a law's purpose is set on its enactment, and cannot be subsequently altered other than by amendment.

Iacobucci J., himself relying upon certain legislative history, contends that the references in the *FLA*'s preamble to the goal of encouraging and

justifié par son libellé, mon collègue ait annulé la disposition législative pour le motif qu'elle ne permet pas de réaliser un objet que l'Assemblée législative n'a jamais visé. Puisque l'analyse de mon collègue dépend de l'objet qu'il attribue à la loi, j'estime que le fait de ne pas avoir déterminé le véritable objet de la *LDF* entache irrémédiablement son analyse.

Le juge Iacobucci, comme les juges majoritaires de la Cour d'appel, se fonde sur une définition de l'objet de la loi contestée qui n'a qu'un lien tangentiel avec le libellé de la *LDF* ou son historique. Mon collègue a puisé l'objet sur lequel il se fonde dans le *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*, *op. cit.*, aux pp. 43 et 44:

[TRADUCTION] La *Loi sur le droit de la famille* vise le règlement équitable des différends d'ordre économique survenant à la rupture d'unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes (parties I à IV). De même, elle garantit que les membres de la famille ont un recours en réparation lorsqu'un proche parent est blessé ou tué par suite de la négligence d'un tiers (partie V).

L'objet attribué à la *LDF* dans cet extrait n'est pas nécessairement incompatible avec son objet véritable. Cependant, je dois souligner que si le seul critère devait être celui de la compatibilité, rien n'empêcherait les tribunaux d'inventer un objet législatif présumé. Cela serait radical sur le plan théorique, très peu souhaitable sur le plan pratique et cela aurait pour conséquence de mener à l'incertitude. On peut concevoir bon nombre d'objets présumés qui sont compatibles avec l'objet de la *LDF*, mais cela n'en fait pas pour autant le ou les objet(s) de celle-ci. Pour ne prendre qu'un exemple, l'expression «union intime» ne figure nulle part dans la *LDF*. Notre Cour a rejeté la théorie de l'objet changeant dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 334 et 335, confirmant que l'objet d'une loi est fixé au moment de son adoption et que l'on ne peut le changer par la suite qu'en modifiant la loi.

Le juge Iacobucci, se fondant lui-même sur l'historique de certaines lois, affirme, au par. 84, que l'allusion faite dans le préambule de la *LDF* à

196

197

198

strengthening the role of the family have no application to the present appeal because “the legislation is actually intended to deal with the breakup of the family” (emphasis added) (para. 84). With respect, I do not agree. To begin, the support obligation addressed in Part III of the *FLA* does not arise solely upon the breakdown of a relationship. To the contrary, that obligation is fundamental throughout the course of a marriage or common law relationship. In practice, few cases may involve applications for support during the subsistence of a relationship, but that does not affect the general proposition that the obligation of spousal support exists throughout the relationship, and is not merely an incident of its breakdown.

199 Second, I am not persuaded that the legislative provisions creating a spousal support obligation that may be invoked during or upon the breakdown of a conjugal relationship cannot be said to encourage and strengthen the role of the family, in accordance with the language of the preamble to the *FLA*. Surely an individual contemplating marriage or a spousal relationship would be encouraged, rather than discouraged, from entering such a relationship by the knowledge that should the relationship break down in the future, he or she would be able to rely upon an efficient mechanism to provide him or her with support from his or her partner in the event that the individual had become dependent on his or her partner during the course of the relationship. One is not discouraged from a sea voyage by the presence of lifeboats on board. Consequently, I do not accept that this argument has any merit.

200 Iacobucci J. also suggests that the gender-neutral language of the spousal support provisions of the *FLA* weighs in favour of the view that the purpose of those provisions was to address economic dependency more generally. I do not agree. First, as a general proposition, I doubt that the use of gender-neutral language in legislation necessarily manifests such an attitude. The statute books are full of examples of legislation which, though framed in gender-neutral language, are intended as a practical matter to apply in the vast majority of cases to one gender. Second, in the particular

l’objectif visant à encourager et asseoir le rôle de la famille ne s’applique pas en l’espèce vu que «le texte législatif vise en fait la rupture de la famille» (je souligne). Avec égards, je ne suis pas d’accord. D’abord, l’obligation alimentaire dont traite la partie III de la *LDF* ne naît pas seulement lors de la rupture de l’union. Au contraire, il s’agit d’une obligation fondamentale pendant toute la durée du mariage ou de l’union de fait. En pratique, les requêtes alimentaires peuvent être peu fréquentes pendant la durée de l’union, mais cela ne dément pas la proposition générale selon laquelle l’obligation alimentaire entre conjoints existe pendant toute la durée de l’union et n’est pas une simple conséquence de sa rupture.

Deuxièmement, je ne suis pas convaincu que l’on ne puisse affirmer que les dispositions législatives qui créent une obligation alimentaire entre conjoints susceptible d’être invoquée au cours d’une union ou à la rupture de celle-ci encouragent et consolident le rôle de la famille, conformément au libellé du préambule de la *LDF*. La personne qui songe à se marier ou à vivre en union de fait serait sans aucun doute encouragée à former une telle union, plutôt que dissuadée de le faire, si elle sait qu’en cas de rupture, elle pourra avoir recours à un mécanisme efficace pour obtenir des aliments de son partenaire, dans l’éventualité où elle deviendrait dépendante de celui-ci au cours de l’union. On n’est pas dissuadé d’entreprendre un voyage en mer par la présence de canots de sauvetage à bord. En conséquence, j’estime que cet argument est dénué de fondement.

Le juge Iacobucci laisse également entendre que le libellé des dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*, qui ne fait pas de distinction de genre, étaye le point de vue voulant que ces dispositions visaient la dépendance économique de façon plus générale. Je ne suis pas d’accord. Premièrement, de manière générale, je doute que l’utilisation par le législateur d’un libellé sans distinction de genre reflète nécessairement une telle attitude. Les recueils de lois regorgent d’exemples de textes législatifs qui, bien que rédigés dans une langue n’établissant pas de

circumstances of this appeal, the use of gender-neutral language in the impugned legislation cannot be advanced as evidence that the purpose of the legislation was to address dependency generally, rather than, as I believe, to address (primarily, at least) the particular dynamic of dependence unique to certain heterosexual relationships, which has particular effects for women cohabiting in opposite-sex relationships. I concur with Bastarache J. (para. 342) that the use of gender-neutral language in the *FLA* provides no support for the implication that the purpose of the *FLA*'s spousal support provisions was to address "interdependence" unrelated to the social reality of the relationship. This Court specifically rejected such a theory in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 874, and I can see no reason why it should be exhumed here.

It is beyond dispute that at the time the 1978 amendments to the *FLRA* were enacted, the overwhelming majority of spouses claiming support were women. The same would likely be true today, although due to the relative improvement of the economic status of women as compared to men, I expect that the number of claims made by men against women will since have increased both in relative and in absolute terms. Nonetheless, even today, the vast majority of claims made under Part III of the *FLA* are made by women against men. When the 1978 amendments to the *FLRA* were first introduced, the tenor of the times favoured gender-neutral language. The Legislative Assembly recognized that in rare cases, a man might be able to make out a claim against a woman. However, it expected that the vast majority of claimants would be women. To argue that the use of gender-neutral language in the *FLA* manifests an intention on the part of the legislature to ignore historical and social fact is entirely unsubstantiated. It would be a strange triumph of form over substance. Iacobucci J. argues that "[i]n the face of this

distinction de genre, visent en fait dans la grande majorité des cas des personnes d'un sexe particulier. Deuxièmement, dans les circonstances particulières du présent pourvoi, l'utilisation d'un libellé sans distinction de genre dans la loi contestée ne peut être invoquée pour prouver que cette dernière avait pour objet la dépendance économique de façon générale, au lieu de viser, comme je le crois (de façon principale à tout le moins), la dynamique de dépendance propre à certaines unions hétérosexuelles, qui a des effets particuliers sur les femmes qui forment une union et cohabitent avec une personne de sexe différent. Je suis d'accord avec le juge Bastarache qui écrit, au par. 342, que l'utilisation, dans la *LDF*, d'un libellé n'établissant aucune distinction fondée sur le sexe ne permet nullement de conclure que les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* avaient pour objet l'«interdépendance» sans égard à la réalité sociale de l'union. Notre Cour a expressément rejeté une telle théorie dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, à la p. 874, et je ne vois aucune raison de l'exhumer dans la présente affaire.

Il ne fait aucun doute qu'au moment de l'adoption des modifications apportées en 1978 à la *FLRA*, la très grande majorité des conjoints qui présentaient des demandes d'aliments étaient des femmes. On pourrait probablement en dire autant aujourd'hui, bien qu'en raison de l'amélioration relative de la situation économique des femmes comparativement à celle des hommes, je m'attendrais à ce que le nombre de demandes présentées par des hommes contre des femmes ait augmenté depuis, tant en chiffres relatifs qu'en chiffres absolus. Néanmoins, même de nos jours, la grande majorité des demandes fondées sur la partie III de la *LDF* sont présentées par des femmes et dirigées contre des hommes. Lors de la présentation des modifications apportées en 1978 à la *FLRA*, la tendance était à l'adoption d'un libellé n'établissant aucune distinction fondée sur le sexe. L'Assemblée législative a reconnu que dans de rares cas, il se pourrait qu'un homme puisse arriver à établir le bien-fondé d'une demande dirigée contre une femme. Cependant, elle s'attendait à ce que la grande majorité des demandeurs soient des

clearly gender-neutral scheme, the fact that a significant majority of the spousal support claimants are women does not . . . establish that the goal of Part III of the *FLA* is to address the special needs of women in opposite-sex relationships” (para. 91). See also the reasons of Cory J., at para. 54. In response, it must be observed that even in the small number of cases in which men make claims against their female spouses, those claims are still claims arising out of opposite-sex relationships, which generate their own dynamic of dependence regardless of who is making a claim.

femmes. L’argument selon lequel l’emploi d’un libellé sans distinction de genre dans la *LDF* démontre l’intention du législateur de passer sous silence des faits historiques et sociaux est dénué de tout fondement. Ce serait un étrange triomphe de la forme sur le fond. Le juge Iacobucci soutient, au par. 91, que «[v]u l’absence manifeste de distinction fondée sur le sexe dans ce régime, le fait que les femmes représentent une importante majorité des demandeurs d’aliments n’établit pas [. . .] que le but de la partie III de la *LDF* est de répondre aux besoins particuliers des femmes qui forment une union avec une personne de sexe différent». Voir également les motifs du juge Cory, au par. 54. En réponse, nous constatons que même dans le petit nombre de cas où ce sont des hommes qui demandent des aliments à leur conjointe, il reste que ce sont des demandes résultant de la formation d’unions entre personnes de sexe différent qui génèrent leur propre dynamique de dépendance, peu importe quel conjoint présente la demande.

202

In this appeal, the Attorney General has submitted that the purpose of the spousal support provisions of the *FLA* is to remedy the systemic sexual inequality associated with opposite-sex relationships, including the economic dependence of women on men arising from the fact that women usually assume primary responsibility for parenting, and from gender-based inequalities in earning power and labour force participation. A review of the *FLA* provisions, properly interpreted, reveals that this is their purpose. Indeed, as our Court recognized in *Moge*, *supra*, at pp. 849-50, family law legislation such as the *FLA*, though facially gender-neutral in its provisions, is, as a practical matter, generally (though not exclusively) invoked by women upon the breakdown of a marriage. This Court also recognized that “[w]omen have tended to suffer economic disadvantages and hardships from marriage or its breakdown because of the traditional division of labour within that institution” (*Moge*, at p. 861). The Court went on to observe, at p. 867, that “[t]he most significant economic consequence of marriage or marriage breakdown, however, usually arises from the birth of children”. Moreover, the Court considered, at p. 869, that “[i]t is important to note that families

Dans le présent pourvoi, le procureur général soutient que l’objet des dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* est de corriger l’inégalité systémique des sexes constatée dans les unions entre personnes de sexe différent, notamment la dépendance économique des femmes envers les hommes en raison du fait que celles-ci assument la plus grande partie des responsabilités liées à l’éducation des enfants et des inégalités de rémunération et de la participation au marché du travail fondées sur le sexe. Il ressort d’une juste interprétation des dispositions de la *LDF* qu’il s’agit là de leur objet. En effet, comme notre Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Moge*, précité, aux pp. 849 et 850, la législation en matière familiale telle la *LDF*, bien qu’elle n’établisse apparemment aucune distinction fondée sur le sexe, est, en pratique, généralement (bien que non exclusivement) invoquée par des femmes à la suite de l’échec du mariage. Notre Cour a également reconnu que «[l]es femmes ont eu tendance à subir les inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec en raison de la répartition traditionnelle des tâches qu’on y retrouve» (*Moge*, à la p. 861). La Cour note, à la p. 867, que «[t]outefois, la conséquence économique la plus

need not fall strictly within a particular marriage model in order for one spouse to suffer disadvantages. For example, even in childless marriages, couples may also decide that one spouse will remain at home.” It will be seen that this is a gendered assumption, and so may occur even when there are no children.

A further argument advanced by my colleague is that one of the purposes of Part III of the *FLA* is to reduce provincial expenditures on social assistance, by relieving the province of the burden if a partner were to seek recourse to social assistance. That such a purpose is reflected in the legislation is undoubted, and there are certainly instances of support for such a view in the legislative history (e.g. *Legislature of Ontario Debates*, October 26, 1976, at p. 4103). It is of interest that dower, the old life interest held by a widow in her deceased husband’s estate, itself a form of maintenance obligation extending even beyond the death of the husband, was justified in part as a means to “prevent poorer widows from becoming a public liability”: Chambers, *supra*, at p. 19. Nevertheless, reducing expenditures on social assistance is not an overriding concern and cannot be pushed too far. What legislative scheme is not extolled by its proponents as saving money for the public purse, or operating existing benefit schemes more efficiently? The legislative history suggests that imposition of a support obligation upon unmarried spouses was seen primarily as a mechanism to encourage unmarried couples to marry: *Legislature of Ontario Debates*, October 26, 1976, at p. 4103. Fiscal considerations were decidedly secondary. Indeed, that purpose has, to a considerable degree, been achieved: Ontario Law Reform Commission, *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*, *supra*, at p. 6.

importante du mariage ou de son échec découle habituellement de la naissance d’enfants». En outre, la Cour considère, à la p. 869, qu’«[i]l est important de noter qu’il n’est pas nécessaire que les familles correspondent strictement à un modèle de mariage particulier pour qu’un conjoint subisse certains inconvénients. Il se peut, par exemple, que même des couples sans enfant décident que l’un des conjoints demeurera au foyer.» On voit qu’il s’agit d’une présomption fondée sur le sexe et donc, elle peut jouer même en l’absence d’enfants.

Mon collègue fait valoir en outre que l’un des objets de la partie III de la *LDF* est de réduire les sommes que la province doit consacrer à l’aide sociale, en déchargeant cette dernière du fardeau qu’elle doit assumer si l’un des conjoints décide de recourir à l’aide sociale. Il ne fait aucun doute qu’un tel objet se reflète dans la loi, et l’historique de celle-ci révèle certainement que des voix se sont élevées pour appuyer ce point de vue (voir, par exemple, *Legislature of Ontario Debates*, 26 octobre 1976, à la p. 4103). Il est intéressant de noter que le douaire, cet ancien droit viager de l’épouse survivante sur les biens de son mari, qui constitue lui-même une certaine forme d’obligation alimentaire qui perdure même après le décès du mari, était justifié en partie par l’idée qu’il s’agissait d’une mesure destinée à [TRADUCTION] «empêcher les veuves les plus démunies de tomber à la charge de l’État»: Chambers, *op. cit.*, à la p. 19. Néanmoins, la réduction des sommes devant être consacrées à l’aide sociale ne constitue pas une considération prédominante, et on ne doit pas y accorder une importance trop grande. Quel régime législatif n’est pas loué par ses partisans parce qu’il permet d’économiser des fonds publics ou d’assurer plus efficacement l’application d’un régime de prestations déjà en vigueur? Il ressort de l’historique de la loi que l’imposition d’une obligation alimentaire aux conjoints non mariés était principalement considérée comme un mécanisme visant à encourager les conjoints de fait à se marier: *Legislature of Ontario Debates*, 26 octobre 1976, à la p. 4103. Les considérations fiscales étaient certes secondaires. En fait, cet objectif a, dans une large mesure, été atteint: Commission de réforme du droit de l’Ontario, *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*, *op. cit.*, à la p. 6.

- 204 In conclusion, Iacobucci J. denies that the purpose of the *FLA* more broadly, and Part III in particular, is to address the dynamic of dependence unique to cohabiting opposite-sex couples, and to remedy the disadvantages suffered by women in opposite-sex relationships (at para. 103) as well as to ensure the protection of children (at para. 104). I cannot agree. In my opinion, the text of the legislation, the preamble, and the legislative history inescapably lead to the conclusion that such is its very purpose.
- 205 My colleague Bastarache J. describes the purpose of the *FLA* in various ways. One purpose is a desire to impose support obligations upon “partners in relationships in which they have consciously signalled a desire to be so bound”, where those relationships possess a level of “permanence and seriousness”, where one of the partners assumes a degree of household responsibilities, or other sacrifices for the common benefit of the couple, and which cause or enhance an economic disparity between the partners (at para. 347). A second purpose ascribed to the legislation is to ensure “a greater degree of autonomy and equality within the family unit” (para. 320). A third purpose he attributes to the legislation is a “recognition of the significance of the procreative and socializing role of the opposite-sex family” (para. 318). The final purpose Bastarache J. locates is the need to address “the widespread economic dependence faced by women, inside or outside the marital bond, upon the breakdown of the relationship” (para. 340).
- 206 In addition to these various purposes, Bastarache J. correctly points out that the extension of this obligation to individuals in common-law relationships was to reflect “the subordinated position of women in non-marital relationships” (para. 339). Further, he points out that the extension of this obligation to men was merely a reflection of the concern to “erase official gender bias” in legislation (para. 342).
- 207 In my view, the purposes as described by Bastarache J. are similar in many respects to the one I have identified. As I discuss above, I am in
- En conclusion, le juge Iacobucci rejette l’idée que la *LDF* de façon plus générale, et la partie III en particulier, visent à résoudre le problème de la dynamique de dépendance particulière aux couples de sexe différent qui cohabitent, à corriger les désavantages que subissent les femmes ayant formé une union avec une personne de sexe différent (au par. 103) et à assurer la protection des enfants (au par. 104). Je ne puis être d’accord. J’estime que le texte de la loi, son préambule et son historique mènent inéluctablement à la conclusion que tel est bien son objet.
- Mon collègue le juge Bastarache attribue divers objets à la *LDF*. L’un des objets répond à un désir d’imposer des obligations alimentaires aux «partenaires qui ont sciemment exprimé le désir d’être ainsi liés» dans une union relativement «permanente» et «sérieuse», au sein de laquelle l’un des partenaires assume une certaine part des tâches domestiques ou s’impose des sacrifices dans l’intérêt commun du couple et qui engendre ou accentue l’inégalité économique entre les partenaires (au par. 347). Un deuxième objet attribué à la loi est d’assurer «un plus haut degré d’autonomie et d’égalité au sein de la cellule familiale» (par. 320). Le troisième objet qu’il attribue à la loi est la reconnaissance de «l’importance [du] rôle [de la famille formée par des conjoints de sexe différent] en matière de procréation et de socialisation» (par. 318). Le dernier objet dégagé par le juge Bastarache est la nécessité de s’attaquer à «la dépendance économique généralisée des femmes, mariées ou conjointes de fait, à la rupture de l’union» (par. 340).
- En plus de ces divers objets, le juge Bastarache souligne à juste titre que l’extension de cette obligation aux conjoints de fait vise à refléter «la subordination des femmes vivant en union de fait» (par. 339). De plus, il souligne que l’ouverture aux hommes du recours prévu par la loi ne fait que traduire le souci de «supprimer tout sexisme officiel» dans la loi (par. 342).
- Selon moi, les objets qu’expose le juge Bastarache sont semblables à de nombreux égards à celui que j’ai relevé. Comme je l’ai mentionné,

agreement with his views on why the legislation was extended to include men in opposite-sex relationships. I am further in agreement as to the focus of this legislation on women in opposite-sex relationships, which generally possess characteristics of economic disparity between the woman and her partner. Where Bastarache J. and I part company is in our answers to the question “What is the purpose in excluding [same-sex couples]?” (para. 355). In my opinion, Bastarache J. has already answered that question in his reasons. He points out, at para. 298, that same-sex couples generally do not suffer the same economic and social inequalities in the relationship. Both partners in a same-sex relationship are generally wage-earners (at para. 298). There is not the same level of economic dependency between individuals in a same-sex relationship as there is in opposite-sex relationships (at para. 298). Opposite-sex relationships perform a “social function” of raising children, and this function is “typically applicable” only to them (para. 319). I wholly agree. However, in my opinion, these conclusions, coupled with an analysis of the rest of the contextual factors, lead to a finding that the s. 15(1) claim must fail.

My colleague Bastarache J. concludes that notwithstanding the numerous contextual factors that support the legislature’s initiative in alleviating the position of women in opposite-sex relationships, there is no reason to exclude individuals in same-sex relationships. My colleague’s position would make it extremely difficult for this Court to deny the expansion of the scope of the spousal support regime to any relationship of dependency. Making permanence the touchstone of the legislation will lead, in my view, to extending the *FLA* regime to any two (or more) people in relationships of permanence, so long as they can demonstrate exclusion on the basis of an enumerated or analogous ground. The category of potential claimants may conceivably be quite large: we simply do not know; the point is not addressed. Such a conse-

je partage son point de vue en ce qui a trait aux raisons pour lesquelles la loi a été étendue aux hommes formant une union avec une personne de sexe différent. Je suis également d’accord avec lui pour dire que cette loi vise d’abord les femmes formant une union avec une personne de sexe différent, laquelle est généralement caractérisée par un déséquilibre économique entre la femme et son partenaire. Notre divergence d’opinion réside dans la réponse que nous apportons à la question: «Quel objet vise-t-on en [...] excluant [les couples de même sexe]?» (par. 355). À mon avis, le juge Bastarache a déjà répondu à cette question dans ses motifs. Au paragraphe 298, il souligne que les couples de même sexe ne souffrent pas généralement des mêmes inégalités économiques et sociales. Dans une union entre personnes de même sexe, les deux partenaires occupent généralement un emploi rémunéré (au par. 298). On ne retrouve pas dans les unions entre personnes de même sexe le même degré de dépendance économique que dans les unions entre personnes de sexe différent (au par. 298). Ces dernières remplissent une «fonction sociale» d’éducation des enfants, et cette fonction est «traditionnellement applicable» à ces seules unions (par. 319). Je suis parfaitement d’accord. Cependant, selon moi, ces conclusions, jointes à l’analyse des autres facteurs contextuels, mènent à la conclusion que la demande fondée sur le par. 15(1) doit échouer.

Mon collègue le juge Bastarache conclut que, malgré les nombreux facteurs contextuels à l’appui de la mesure prise par le législateur pour améliorer la situation des femmes formant une union avec une personne de sexe différent, il n’y a aucune raison pour exclure les personnes formant une union avec une personne du même sexe. La position de mon collègue fait en sorte qu’il serait extrêmement difficile pour notre Cour de rejeter l’élargissement du champ d’application du régime de l’obligation alimentaire entre conjoints pour inclure toute relation de dépendance. Faire de la permanence le fondement de la loi conduira, selon moi, à l’extension du régime prévu par la *LDF* à tout groupe de deux (ou plusieurs) personnes dont l’union est permanente, pourvu qu’elles puissent établir que l’exclusion est fondée sur un motif énuméré ou analogue.

quence, however, flows inescapably from the premise underlying his reasons.

La catégorie des demandeurs potentiels pourrait être très large: nous l'ignorons, cette question n'ayant pas été traitée. Une telle conséquence, cependant, découle inéluctablement de la prémisse qui sous-tend ses motifs.

209 Bastarache J. asserts that underlying this concern for women rests the notion of dependency. Further, he concludes that barring any evidence demonstrating that no homosexuals are dependent, they should be included. In my view, this is too rigid and formalistic an application of the analysis set out in *Law, supra*. As I explain below, the reason for excluding individuals in same-sex relationships is that there is an absence of reasons for including them. The circumstances of opposite-sex couples are sufficiently unique to warrant granting a benefit (and imposing a burden). There is, to my mind, no reason why the Legislative Assembly cannot take these realities into consideration, and indeed, make specific efforts to alleviate the underlying problems. This is further developed in the evaluation of the contextual factor of "correspondence", below.

Le juge Bastarache affirme que cette préoccupation pour les femmes repose sur la notion de dépendance. Il conclut de plus qu'en l'absence d'élément de preuve démontrant qu'aucun homosexuel n'est dépendant, les homosexuels devraient être inclus. À mon avis, il s'agit d'une application trop stricte et trop formaliste de l'analyse établie dans l'arrêt *Law*, précité. Comme je l'explique plus loin, la raison pour laquelle les personnes formant une union avec une personne du même sexe sont exclues est qu'il n'existe aucune raison de les inclure. La situation des couples de sexe différent est suffisamment particulière pour justifier l'octroi d'un avantage (et l'imposition d'un fardeau). Il n'existe, à mon avis, aucune raison empêchant l'Assemblée législative de tenir compte de ces réalités et, en fait, de faire des efforts particuliers en vue de pallier les problèmes sous-jacents. Cette question est davantage approfondie dans le cadre de l'évaluation du facteur contextuel de la «correspondance», abordé plus loin.

C. *The Attorney General's Concession*

C. *La concession du procureur général*

210 I begin with an examination of whether s. 29 of the *FLA* violates s. 15(1) of the *Charter*. Before doing so, however, I must address a preliminary issue. In both oral and written argument before us, the Attorney General conceded that s. 29 of the *FLA* violates s. 15(1) of the *Charter*, but endeavoured to have the Court uphold the provision under s. 1. This Court has traditionally taken a dim view of concessions in constitutional cases, given their potentially wide ramifications for persons or governments not parties to the particular case. It is no different here. Intervenors may provide assistance to the Court, but their role is constrained, and in any event, their submissions are no substitute for full argument by the parties.

Je commence par la question de savoir si l'art. 29 de la *LDF* viole le par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, je dois auparavant aborder une question préliminaire. Dans l'argumentation orale et écrite qu'il a présentée à notre Cour, le procureur général a concédé que l'art. 29 de la *LDF* viole le par. 15(1) de la *Charte*, mais il a tenté d'en faire confirmer la validité par notre Cour en vertu de l'article premier. Notre Cour considère généralement d'un mauvais œil les admissions faites dans le cadre des litiges constitutionnels, étant donné l'ampleur des conséquences qu'elles pourraient avoir pour les personnes ou les gouvernements qui ne sont pas parties à l'affaire. C'est la même chose ici. Les intervenants peuvent aider la Cour, mais leur rôle est restreint et, de toute façon, leurs représentations ne peuvent tenir lieu d'argumentation complète par les parties.

I would not wish to be taken as suggesting that parties before this Court should refrain from making concessions where appropriate. A refusal to make appropriate concessions may undermine a litigant's position. That said, sometimes a concession is inappropriate, particularly where it deprives the Court of submissions on a central issue in the appeal. As Cory J. rightly notes (at para. 45), we are not bound by the Attorney General's concession, and speaking for myself, I think that it was the wrong position for the Attorney General to have adopted.

D. Locating the Appropriate Comparator Group in the Present Appeal

In *Law, supra*, Iacobucci J. pointed out at paras. 56-58, that it is essential to establish the appropriate comparator. The equality guarantee contained in s. 15(1) does not guarantee equality in the abstract, and does not protect against violations of human dignity *per se*. We must establish that there is differential treatment as between the claimant and another group. The factors to consider include the purpose and effects of the legislation, and the biological, historical and sociological similarities or dissimilarities of the claimant and the comparator. To establish who the correct comparator is, we begin with the choice made by the claimant. However, by analysing the various factors, it may be that the legislation in fact targets a different group, and the differential treatment is between the claimant and a comparator unselected by the claimant. In my view, that is the case here.

As I discuss below, many of the submissions made by the parties related to the similarities and dissimilarities between same-sex couples and opposite-sex couples. Given the subject-matter of this legislation, many of these dissimilarities are highly relevant. Again, it is my view that the subject-matter of this legislation relates to the unique social function played by opposite-sex couples, and to alleviate the economic disadvantages that flow from that social function. In so doing, it targets primarily, but not exclusively, women who

Que l'on ne se méprenne pas: je n'entends pas que les parties devant notre Cour devraient s'abstenir de faire des admissions lorsque cela est approprié. Le refus de faire celles qui s'imposent peut affaiblir la position d'une partie. Cela dit, parfois il ne convient pas de faire une admission, particulièrement lorsqu'elle prive la Cour de représentations sur une question qui est au cœur du pourvoi. Comme le juge Cory le fait remarquer, au par. 45, nous ne sommes pas liés par les admissions du procureur général et, pour ma part, j'estime que le procureur général a eu tort d'adopter cette position.

D. Déterminer le groupe de comparaison approprié dans le présent pourvoi

Dans l'arrêt *Law*, précité, le juge Iacobucci souligne, aux par. 56 à 58, qu'il est essentiel d'établir l'objet de comparaison approprié. Le droit à l'égalité prévu au par. 15(1) ne garantit pas l'égalité dans l'abstrait et il ne protège pas contre les atteintes à la dignité humaine en soi. Il faut établir qu'il y a une différence de traitement entre le demandeur et un autre groupe. Les facteurs dont il faut tenir compte comprennent l'objet et les effets de la loi ainsi que les ressemblances ou dissemblances biologiques, historiques et sociologiques entre le demandeur et l'objet de comparaison. Pour établir quel est l'objet de comparaison approprié, nous partons de celui qu'a choisi le demandeur. Toutefois, il peut ressortir de l'analyse des différents facteurs que la loi vise en fait un groupe différent et que la différence de traitement se fait sentir entre le demandeur et un groupe de comparaison que ce dernier n'a pas choisi. J'estime que c'est ce qui se produit en l'espèce.

Comme je le mentionne plus loin, bien des arguments invoqués par les parties portaient sur les ressemblances et les dissemblances entre les couples de même sexe et les couples de sexe différent. Étant donné la matière dont traite cette loi, bon nombre de ces dissemblances sont d'une grande pertinence. Je le répète, je suis d'avis que cette loi a trait à la fonction sociale unique remplie par les couples de sexe différent et vise à pallier les désavantages économiques qui découlent de cette fonction sociale. Ce faisant, elle vise principalement,

211

212

213

play a disproportionate child-rearing role in heterosexual relationships: *Moge, supra*.

E. *Does the Legislation Create a Distinction?*

214

As indicated above, the first step in a s. 15(1) analysis is to determine whether the legislature has drawn a distinction between the claimant and others. There can be little doubt in the present appeal that such a distinction exists. Individuals who are part of a married couple or a cohabiting opposite-sex couple of a specified duration are entitled to invoke the spousal support provisions of Part III of the *FLA*. By contrast, due to the definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA*, individuals who are part of same-sex couples have no access to the spousal support provisions. It must be emphasized, as this Court has held repeatedly, that not all distinctions drawn by the legislature will infringe s. 15(1). There must be more. I underscore the concern expressed by La Forest J. in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 7:

... not all distinctions resulting in disadvantage to a particular group will constitute discrimination. It would bring the legitimate work of our legislative bodies to a standstill if the courts were to question every distinction that had a disadvantageous effect on an enumerated or analogous group. This would open up a s. 1 inquiry in every case involving a protected group.

Nevertheless, the legislative provision under consideration in the present appeal clearly makes a distinction. It must still be determined whether the differential treatment results in discrimination. We must, therefore, proceed to the next step of the analysis.

F. *Is the Differential Treatment Based on One or More Enumerated or Analogous Grounds?*

215

The respondent M. asserts that she has been discriminated against on the basis of her sexual orientation. It is common ground, as this Court has held

mais non exclusivement, les femmes, qui jouent un rôle disproportionné dans l'éducation des enfants au sein des unions hétérosexuelles: *Moge*, précité.

E. *La loi crée-t-elle une distinction?*

Comme je l'ai indiqué précédemment, la première étape dans l'analyse fondée sur le par. 15(1) est de déterminer si le législateur a établi une distinction entre le demandeur et d'autres personnes. Il ne peut guère y avoir de doute en l'espèce sur l'existence d'une telle distinction. Les membres d'un couple marié ou les membres d'un couple de sexe différent qui cohabitent pendant la période requise ont le droit d'invoquer les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF*. Au contraire, en raison de la définition donnée du mot «conjoint» à l'art. 29 de la *LDF*, les membres d'un couple de même sexe ne peuvent s'appuyer sur ces dispositions. Il faut rappeler, comme notre Cour l'a affirmé à maintes reprises, que ce ne sont pas toutes les distinctions établies par le législateur qui violent le par. 15(1). Il faut davantage. Je souligne la mise en garde faite par le juge La Forest dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 7:

... ce ne sont pas toutes les distinctions causant un désavantage à un groupe particulier qui constituent de la discrimination. Si les tribunaux devaient remettre en question chaque distinction ayant un effet défavorable sur un groupe énuméré ou analogue, le travail légitime de nos organismes législatifs s'en trouverait paralysé. Il faudrait alors effectuer une analyse sous le régime de l'article premier dans tous les cas mettant en cause un groupe bénéficiant d'une protection.

Néanmoins, la disposition législative examinée dans le présent pourvoi établit clairement une distinction. Il reste encore à déterminer si la différence de traitement est discriminatoire. Nous devons donc passer à l'étape suivante de l'analyse.

F. *La différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues?*

L'intimée M. soutient qu'elle fait l'objet d'une discrimination fondée sur son orientation sexuelle. Il est reconnu, comme notre Cour l'a conclu à

on several occasions, including *Egan, supra*, and more recently, *Vriend, supra*, that sexual orientation is analogous to those grounds of discrimination enumerated in s. 15(1) of the *Charter*. Facially, the legislation does not draw a distinction on the basis of sexual orientation. The language of s. 29 of the *FLA* draws a distinction between relationships, not individuals. As McLachlin J. pointed out in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, 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 same is arguably true for conjugal relationships with members of the opposite sex. Although the choice to enter into conjugal relationships with members of the opposite sex is available in theory to homosexuals, in practice, it may be no choice at all. Nonetheless, it is clear that s. 29 does not facially draw a distinction on the basis of sexual orientation.

What the legislature has done by its enactment of Part III of the *FLA* is to draw a distinction between certain — though I note, not all — opposite-sex relationships and all other relationships of financial dependence. As La Forest J. underscored in *Egan, supra*, the legislature intended to make the facial distinction on the basis of spousal status, rather than sexual orientation. However, although the distinction drawn by the legislation is made on the basis of spousal status, the effect of this legislation is to include a distinction on the basis of sexual orientation. From the very beginning of our s. 15 jurisprudence, this Court has stated clearly that equality must be substantive as well as formal, and the principle continues to inform our law: *Vriend, supra*, at para. 83. Put another way, we must examine the effects of the impugned legislative distinction, and evaluate the statute’s consistency with the *Charter’s* equality provisions on that basis. Otherwise, we would create a victory of form over substance. Even though s. 29 of the *FLA* does not draw a facial distinction on the basis of

plusieurs occasions, notamment dans l’arrêt *Egan*, précité, et plus récemment dans l’arrêt *Vriend*, précité, que l’orientation sexuelle est un motif analogue aux motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) de la *Charte*. À première vue, la loi ne crée pas de distinction fondée sur l’orientation sexuelle. Le texte de l’art. 29 de la *LDF* établit une distinction entre les unions, et non entre les personnes. Comme le juge McLachlin l’a souligné dans l’arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, 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.» On pourrait soutenir que cela s’applique aussi aux unions conjugales formées de personnes de sexe différent. Bien que les homosexuels puissent théoriquement choisir de former une union conjugale avec une personne de sexe différent, en pratique, il se peut qu’ils n’aient pas le choix du tout. Il est néanmoins manifeste qu’à première vue, l’art. 29 ne crée aucune distinction fondée sur l’orientation sexuelle.

En édictant la partie III de la *LDF*, le législateur a établi une distinction entre certaines unions entre personnes de sexe différent — mais pas toutes, je le précise — et toutes les autres relations marquées par la dépendance financière. Comme le juge La Forest l’a souligné dans l’arrêt *Egan*, précité, le législateur voulait faire une distinction fondée à première vue sur l’état de conjoint plutôt que sur l’orientation sexuelle. Toutefois, bien que la distinction établie par la loi soit fondée sur l’état de conjoint, cette loi a pour effet d’établir une distinction fondée sur l’orientation sexuelle. Depuis les tout premiers arrêts qu’elle a rendus relativement à l’art. 15, notre Cour a établi clairement que l’égalité doit être aussi bien réelle que formelle, et ce principe imprègne toujours notre droit: *Vriend*, précité, au par. 83. En d’autres termes, nous devons examiner les effets de la distinction législative contestée et apprécier, sur ce fondement, la compatibilité de cette dernière avec les dispositions de la *Charte* en matière d’égalité. Agir autrement, ce serait assurer la victoire de la forme sur le fond. Même si l’art. 29 de la *LDF* n’établit pas à première vue de distinction fondée sur l’orientation sexuelle, la définition qu’il donne au mot

sexual orientation, the effect of s. 29's definition of "spouse" is to do so.

217

Although the distinction drawn by the legislature has the practical effect of excluding same-sex couples who may live in relationships of financial dependence, many other relationships of financial dependence are also excluded from the scope of Part III of the *FLA*. All individuals who cohabit in non-conjugal relationships are excluded from its scope. Indeed, even opposite-sex couples who have not cohabited continuously for a period of three years are excluded, unless they have children, despite the fact that they may exhibit financial dependence. Nonetheless, the fact that others may also be excluded does not alter the fact that individuals in same-sex relationships are treated differently, and we must therefore ask whether this differential treatment is discriminatory on the basis of the analogous ground of sexual orientation.

G. Does the Differential Treatment Discriminate?

1. Does the Legislation Impose a Burden or Withhold a Benefit?

218

The third broad inquiry involves the determination of whether the distinction based on enumerated or analogous grounds is discriminatory. The first aspect of this inquiry is to ask whether the legislature imposes a burden upon or withholds a benefit from the claimant. The direct or indirect effect of the impugned legislation is considered. Again, I agree with the majority that it cannot seriously be denied that the distinction drawn by the legislature in this case has resulted in disadvantage to the claimant. Part III undoubtedly bestows a benefit — access to a spousal support regime — the denial of which results in a disadvantage to the respondent M. Of course, as the majority rightly points out, the issue on this appeal is the threshold question of access to Part III of the *FLA*, not the viability or merit of any claim that the respondent M. might make under it. To that extent, at least, this case is broadly similar to *Vriend, supra*, in which this Court considered the threshold question of access

«conjoint» a pour effet d'établir une telle distinction.

Bien que la distinction établie par le législateur a pour effet concret d'exclure les couples de même sexe dont l'union peut être caractérisée par la dépendance financière, beaucoup d'autres relations marquées par la dépendance financière sont également exclues du champ d'application de la partie III de la *LDF*. Tous ceux qui cohabitent sans former une union conjugale sont exclus. D'ailleurs, même les couples de sexe différent qui n'ont pas cohabité de façon continue pendant trois ans sont exclus, à moins qu'ils n'aient des enfants, et ce, malgré le fait qu'ils soient dépendants financièrement. Néanmoins, le fait que d'autres puissent aussi être exclus ne change rien au fait que les personnes formant une union avec une personne de même sexe sont traitées différemment, et nous devons donc nous demander si cette différence de traitement est discriminatoire sur le fondement du motif analogue de l'orientation sexuelle.

G. La différence de traitement est-elle discriminatoire?

1. La loi impose-t-elle un fardeau ou prive-t-elle d'un avantage?

La troisième grande question vise à déterminer si la distinction fondée sur des motifs énumérés ou analogues est discriminatoire. La première étape de cet examen comporte la question de savoir si le législateur impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage. L'effet direct ou indirect de la loi contestée est examiné. Ici encore, je suis d'accord avec les juges majoritaires pour dire que l'on ne peut sérieusement nier que la distinction établie par le législateur en l'espèce tourne au désavantage de la demanderesse. La partie III confère indéniablement un avantage — l'accès au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints — dont le refus entraîne un désavantage pour l'intimée M. Évidemment, comme les juges majoritaires le font remarquer, il s'agit en l'espèce de trancher la question préliminaire de l'accès à la partie III de la *LDF*, et non de statuer sur les chances de succès ou le bien-fondé de toute demande que l'intimée M. pourrait présenter sous le régime de cette

to Alberta's human rights scheme rather than the merits of a claim made under that scheme.

I agree with the majority that access to the spousal support provisions of Part III of the *FLA* is a benefit in the way that this Court has defined that term for the purposes of s. 15(1) of the *Charter*. As Finlayson J.A. observed in the Court of Appeal below ((1996), 31 O.R. (3d) 417, at p. 427), the spousal support regime set out in Part III of the *FLA* "is far more comprehensive than any known to the civil law in other areas". Aside from imposing the legal obligation to support one's spouse, the *FLA* also provides a mechanism by which to apply for a support order (s. 33), outlines the powers of a court to make (s. 34) and to enforce (s. 35) such an order. Orders made pursuant to the *FLA* enjoy certain benefits: they bind an estate (s. 34(4)) and may be indexed (s. 34(5)), and are accorded a degree of priority in the event that the obligee defaults or becomes insolvent (*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 121(4), 136(1)(d.1), 178(1)(c); *Family Responsibility and Support Arrears Enforcement Act*, 1996, S.O. 1996, c. 31). The support process is also facilitated and expedited by the requirement, contained in s. 41, that the parties must exchange financial statements. In short, Part III of the *FLA* provides a relatively efficient and effective mechanism by which to resolve spousal support claims. Part III of the *FLA* provides a benefit to those entitled to invoke it, and denial of access to that benefit is a disadvantage for the purposes of s. 15(1) of the *Charter*.

At the same time, it is important to recognize, as my colleague Bastarache J. has done, that this legislation both provides a benefit to a class of people

partie. À cet égard, du moins, le présent pourvoi ressemble dans les grandes lignes à l'arrêt *Vriend*, précité, où notre Cour a examiné la question préliminaire de l'accès au régime des droits de la personne de l'Alberta plutôt que le bien-fondé d'une plainte présentée en vertu de ce régime.

Je suis d'accord avec les juges majoritaires pour dire que l'accès aux dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF* est un avantage au sens de la définition donnée par notre Cour à ce terme pour l'application du par. 15(1) de la *Charte*. Comme le juge Finlayson le note en Cour d'appel ((1996), 31 O.R. (3d) 417, à la p. 427), le régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu à la partie III de la *LDF* [TRADUCTION] «est beaucoup plus complet que tout autre régime de droit civil dans d'autres domaines». En plus d'imposer aux conjoints l'obligation légale de se fournir des aliments, la *LDF* prévoit un mécanisme pour demander une ordonnance alimentaire (art. 33) et elle définit les pouvoirs conférés au tribunal pour rendre (art. 34) et faire exécuter (art. 35) une telle ordonnance. Les ordonnances rendues sous le régime de la *LDF* comportent certains avantages: elles lient la succession (par. 34(4)), elles peuvent être indexées (par. 34(5)) et elles sont traitées en priorité lorsque l'obligé manque à ses obligations ou devient insolvable (*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, par. 121(4) et al. 136(1)(d.1) et 178(1)(c); *Loi de 1996 sur les obligations familiales et l'exécution des arriérés d'aliments*, L.O. 1996, ch. 31). L'application du régime est aussi facilitée et accélérée par l'obligation faite aux parties en vertu de l'art. 41 de se communiquer mutuellement leurs états financiers. Bref, la partie III de la *LDF* prévoit un mécanisme relativement valable et efficace pour le règlement des demandes d'aliments formées par un conjoint. La partie III de la *LDF* confère un avantage à ceux qui ont le droit d'invoquer ses dispositions et le refus de donner accès à cet avantage constitue un désavantage pour l'application du par. 15(1) de la *Charte*.

Par ailleurs, il est important de reconnaître, comme mon collègue le juge Bastarache le fait, que cette loi confère un avantage à une catégorie

219

220

and imposes a burden on that same class. He notes, at para. 300, that “[t]he cost of imposing the s. 29 regime is the reduction of autonomy of individuals affected.” The legislation alters the fundamental right of individuals to structure their affairs freely, and, where the circumstances so warrant, imposes a support obligation where none previously existed. Not only does the legislation impose a burden by reducing an individual’s autonomy, it also reduces some of the financial advantages of relationships that fall outside the definition of “spouse”. This was expressly noted by the then Attorney General, Hon. Roy McMurtry, when discussing the rationale for extending the support obligation to common law spouses (*Legislature of Ontario Debates*, October 26, 1976, at p. 4103):

We believe it is in the community’s interest that some legal responsibilities flow from a common law relationship. By imposing a support obligation on common law spouses in the same terms as the obligation on married persons, we will be removing at least some financial advantages of a common law union over a legal marriage.

2. Stereotypical Application of Presumed Characteristics and the Contextual Factor of Correspondence

221 Having established that the legislation confers a benefit, we must then turn to the question of whether the benefit is withheld “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”: *Law*, *supra*, at para. 88. As I explain below, the concept of “stereotyping” often is linked to the contextual factor of “correspondence”. Where the legislation takes into account the actual need, capacity or

de personnes et impose un fardeau à cette même catégorie. Il souligne, au par. 300, que «[l]e coût de l’imposition du régime prévu par l’art. 29 est la réduction de l’autonomie des personnes visées.» La loi modifie le droit fondamental des personnes d’organiser leurs affaires librement et, lorsque les circonstances le justifient, impose une obligation alimentaire là où aucune n’existait auparavant. Non seulement la loi impose-t-elle un fardeau en réduisant l’autonomie individuelle, mais elle diminue aussi certains des avantages financiers des unions auxquelles ne s’applique pas la définition du mot «conjoint». Le procureur général de l’époque, l’honorable Roy McMurtry, l’a expliqué clairement lorsqu’il a traité du bien-fondé de l’extension de l’obligation alimentaire aux conjoints de fait (*Legislature of Ontario Debates*, 26 octobre 1976, à la p. 4103):

[TRADUCTION] Nous croyons qu’il est dans l’intérêt de la collectivité que certaines obligations légales découlent d’une union de fait. En imposant aux conjoints de fait une obligation alimentaire qui est identique à l’obligation à laquelle sont tenues les personnes mariées, nous allons éliminer au moins certains des avantages financiers qui favorisent l’union de fait par rapport au mariage légitime.

2. L’application stéréotypée de caractéristiques présumées et le facteur contextuel de la correspondance

Ayant établi que la loi confère un avantage, nous devons maintenant aborder la question de savoir si le demandeur est privé 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 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»: *Law*, précité, au par. 88. Comme je l’explique plus loin, la notion de «l’application de stéréotypes» est souvent liée au facteur contextuel de la «correspondance». Lorsque la loi tient compte des besoins, de la capacité ou de la situation véritables du demandeur et de l’objet de comparaison, il est

circumstances of the claimant and the comparator, then it is unlikely to rest on a stereotype.

The concept of stereotyping is well-rooted in the equality jurisprudence. Although the central purpose of the s. 15(1) equality guarantee is to protect and promote human dignity, one of the principal mechanisms by which the *Charter's* equality guarantee achieves that purpose is by barring the use of stereotypes as a basis for legislative distinctions. The jurisprudence recognizes that in the absence of reliance on a stereotype, discrimination will be difficult to establish: *Law, supra*, at para. 64. Wilson J., dissenting on other grounds in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 387, confirmed that at the heart of s. 15(1) “is the promise of equality in the sense of freedom from the burdens of stereotype and prejudice in all their subtle and ugly manifestations”. McLachlin J. indicated in *Miron, supra*, at para. 128, that the unequal treatment at issue must be “based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics”. It is true that in *Law*, this Court unanimously held that there may be, on occasion, other infringements of s. 15(1) which are not rooted in stereotype or prejudice. However, such occasions will likely be rare.

Distinctions drawn on enumerated or analogous grounds usually rely upon the stereotypical application of presumed characteristics, rather than an accurate account of the true situation, or actual abilities, circumstances, or capacities. The language of s. 15(1) leads us to suspect that distinctions made on the basis of enumerated or analogous grounds are discriminatory. Indeed, that is precisely why they were selected as enumerated — and later, analogous — grounds, because our historical experience has shown that stereotypes and social disadvantage have often clung to them, with resulting infringements of human dignity: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 175. Legislative distinctions

alors peu probable qu'elle repose sur un stéréotype.

La notion de l'application de stéréotypes est bien établie dans les arrêts relatifs à l'égalité. Bien que l'objet principal de la garantie d'égalité du par. 15(1) soit de protéger et de promouvoir la dignité humaine, l'un des principaux mécanismes par lequel la garantie d'égalité de la *Charte* atteint ce but est l'interdiction du recours aux stéréotypes comme fondement des distinctions législatives. La jurisprudence reconnaît qu'en l'absence de stéréotype, la discrimination est difficile à établir: *Law, précité*, au par. 64. Le juge Wilson, dissidente pour d'autres motifs dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 387, a confirmé qu'au cœur du par. 15(1) «se trouve la promesse d'une égalité au sens d'une libération du poids des stéréotypes et des préjugés sous toutes leurs formes subtiles et répugnantes». Le juge McLachlin a indiqué, dans l'arrêt *Miron, précité*, au par. 128, que le traitement inégal en cause doit être «fondé sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe». Il est vrai que dans l'arrêt *Law*, notre Cour conclut à l'unanimité qu'il peut exister, à l'occasion, d'autres atteintes au par. 15(1), qui ne sont pas basées sur des stéréotypes ou des préjugés. Toutefois, cela sera probablement rare.

222

Les distinctions établies en raison de motifs énumérés ou analogues sont généralement fondées sur l'application stéréotypée de caractéristiques présumées plutôt que sur une juste appréciation de la véritable situation ou des aptitudes, des circonstances ou des capacités réelles. Le libellé du par. 15(1) nous donne à penser que les distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues sont discriminatoires. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ils ont été choisis en tant que motifs énumérés, et plus tard, en tant que motifs analogues, l'histoire ayant démontré que les stéréotypes et les désavantages sociaux s'y sont souvent rattachés, entraînant de ce fait des atteintes à la dignité humaine: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 175. Les distinctions législatives fondées sur ces motifs

223

drawn on those grounds will usually bear no relation to the “true situation” of the claimants.

n’ont généralement aucun rapport avec la «véritable situation» des demandeurs.

224 As Iacobucci J. noted in *Law, supra*, at para. 64, generally speaking, a stereotype is an inaccurate generalization made with reference to a personal characteristic. Specifically, it involves the attribution of a characteristic or set of characteristics to a group, which is then imputed to the individual members of that group because of their membership in it. One takes a preconceived or fixed notion about a group of individuals identified by a personal characteristic, and assumes that all individuals identified by that personal characteristic fit that preconceived idea. In invoking a stereotype, one either attributes characteristics which are not present, or fails to take into account characteristics which are present. Either way, one is failing to treat an individual as he or she really is.

Comme le juge Iacobucci le souligne dans l’arrêt *Law*, précité, au par. 64, un stéréotype est habituellement une généralisation erronée portant sur une caractéristique personnelle. En particulier, il comporte l’attribution d’une caractéristique ou d’un ensemble de caractéristiques à un groupe, laquelle est ensuite imputée à chacun de ses membres en raison de leur appartenance au groupe. L’on accepte une opinion préconçue ou une idée toute faite au sujet d’un groupe de personnes partageant une caractéristique personnelle et l’on présume que cette idée préconçue s’applique à toutes les personnes possédant cette caractéristique personnelle. En invoquant un stéréotype, on attribue des caractéristiques inexistantes ou on ignore des caractéristiques existantes. D’une façon ou d’une autre, l’on ne traite pas une personne telle qu’elle est vraiment.

225 The concept of “stereotyping” is often linked to the contextual factor of “correspondence”. At para. 70 of *Law, supra*, Iacobucci J. states that “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”. Where the distinction is so directly related to the objective reality of the ground under consideration as to be, in effect, a simple description or reflection of the circumstances, merit, or actual situation of the claimant, any differences that exist in such cases may be due to social, biological, or constitutional facts, rather than discrimination or prejudice, and exist apart from any legislative distinctions based upon them. They are beyond the scope of the ground of discrimination. Indeed, failure to treat those differences as differences may itself constitute a breach of the requirements of substantive equality. A description is unlikely to be a stereotype when it is

La notion de «l’application de stéréotypes» est souvent liée au facteur contextuel de la «correspondance». Au paragraphe 70 de l’arrêt *Law*, précité, le juge Iacobucci dit que «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 en tant que membres de la société canadienne, sera moins susceptible d’avoir un effet négatif sur la dignité humaine». Lorsqu’une distinction est si directement liée à la réalité objective du motif examiné qu’en fait, elle décrit ou reflète simplement les circonstances, les mérites ou la véritable situation du demandeur, il se peut que les différences soient attribuables à des données sociales, biologiques ou constitutionnelles plutôt qu’à de la discrimination ou à des préjugés, indépendamment de toute distinction législative fondée sur ces données. Cette disposition n’est pas visée par le motif de discrimination. En fait, l’omission de traiter ces différences comme telles peut, en soi, constituer un manquement aux exigences de l’égalité réelle. Il est peu probable qu’une description soit un stéréotype lorsqu’elle

an accurate account of the characteristic being described.

Where the legislation “takes into account the claimant’s actual situation” in a manner that reflects his or her human dignity, it will be less likely to infringe s. 15(1). With this understanding in mind, I now turn to consider these factors in light of the legislation under challenge in this case.

The contextual factor of correspondence is critical for determining the central issue in this appeal, whether the analogous ground of sexual orientation nourishes a challenge to the definition of “spouse” and renders the exclusion of gay and lesbian persons from that definition discriminatory under s. 15(1) of the *Charter*. The definition of “spouse”, as I have already suggested, is an extension of marriage. To be a spouse is, in essence, to be as if married, whether or not one is actually married. Spoushood is a social and cultural institution, not merely an instrument of economic policy. The concept of “spouse”, while a social construct, is one with deep roots in our history. It informs our legal system: the status of “spouse” is defined, recognized, and regulated by the legislature. Under the *Constitution Act, 1867*, the federal government regulates capacity to marry (s. 91(26)), and the provincial governments regulate solemnization of marriage, that is, matters of form and ceremony (s. 92(12)), along with property and civil rights (s. 92(13)). It is rooted in Western history, in which the concept of “spouse” has always referred to a member of a cohabiting opposite-sex couple. That is what it means to be a “spouse”: *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258 (H.C.J.), at p. 261; *Dean v. District of Columbia*, 653 A.2d 307 (D.C. 1995), at p. 362. That well-recognized definition does not discriminate on the basis of sexual orientation, any more than the status of “child” or “adult” discriminates on the

reflète fidèlement la caractéristique qui en fait l’objet.

Lorsque la loi «prend en considération la situation véritable du demandeur» d’une manière qui respecte sa dignité humaine, elle est moins susceptible de porter atteinte au par. 15(1). Gardant ces principes à l’esprit, j’aborde maintenant l’examen de ces facteurs à la lumière de la loi contestée en l’espèce.

Le facteur contextuel de la correspondance est d’une importance capitale pour trancher la principale question en litige dans le présent pourvoi, soit la question de savoir si le motif analogue que constitue l’orientation sexuelle peut être invoqué pour contester la définition du mot «conjoint» et faire reconnaître le caractère discriminatoire de l’exclusion des gais et des lesbiennes de cette définition, en vertu du par. 15(1) de la *Charte*. La définition du terme «conjoint», comme je l’ai déjà laissé entendre, est une extension du mariage. Le conjoint est essentiellement assimilé à la personne mariée, qu’il soit effectivement marié ou non. L’état de conjoint est une institution sociale et culturelle, et non un simple instrument de politique économique. Le concept de «conjoint», bien qu’il soit un concept de société, est profondément ancré dans notre histoire. Il anime notre système juridique: l’état de «conjoint» est défini, reconnu et réglementé par le législateur. En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le gouvernement fédéral réglemente la capacité de se marier (par. 91(26)), et les gouvernements provinciaux réglementent la célébration du mariage, soit les questions de forme et de cérémonie (par. 92(12)), de même que la propriété et les droits civils (par. 92(13)). Le concept de «conjoint» est ancré dans l’histoire occidentale, où il a toujours désigné chacun des membres d’un couple de sexe différent qui cohabitent. C’est ce que signifie le terme «conjoint»: *Andrews c. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258 (H.C.J.), à la p. 261; *Dean c. District of Columbia*, 653 A.2d 307 (D.C. 1995), à la p. 362. Cette définition bien établie ne crée pas de discrimination fondée sur l’orientation sexuelle, pas plus que l’état d’«enfant» ou d’«adulte» ne donne lieu à une discrimination fondée sur l’âge, ou celui

226

227

basis of age, or “male” or “female” discriminates on the basis of sex.

228

Our system of family law is, to a great degree, based upon the legal rights and duties flowing from marriage. The law recognizes marriage as a status voluntarily acquired through contract, and endows that status with both rights and duties. Individuals who do not live within the institution of marriage are, for the most part, not subject to the rights and obligations that attach to it. So, for example, the *FLA*'s sections on family property (Part I) and the matrimonial home (Part II) apply only to married couples, not unmarried, cohabiting opposite-sex couples, or anyone else. In general, unmarried individuals who cohabit outside marriage do not bear the full range of legal responsibilities of a married couple, and neither the benefits nor the burdens of marriage extend to them. As I explained in *Miron, supra* (and as La Forest J. outlined in greater detail in *Egan, supra*), marriage is a fundamental social institution because it is the crucible of human procreation and the usual forum for the raising of children. That is the primary, though not sole, purpose of the institution of marriage: *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993), 104 D.L.R. (4th) 214 (Ont. Div. Ct.), at pp. 222-23. The very importance of such an institution can render description of it difficult, as Dickson C.J. recognized in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at p. 1237. Distinguishing description from justification may be similarly difficult.

229

Mere appeal to history or tradition, of course, is insufficient to establish the existence of the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others: *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 134. The proper evaluation of an equality claim requires the Court to subject our social practices to critical evaluation, as Wilson J. explained in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1332. Nonetheless, the recog-

d'«homme» ou de «femme» ne crée de discrimination fondée sur le sexe.

Notre droit de la famille est fondé dans une large mesure sur les droits et les devoirs légaux qui découlent du mariage. La loi reconnaît que le mariage est un état qui s'acquiert volontairement, de façon contractuelle, et elle y attache des droits et des devoirs. Les personnes qui ne vivent pas au sein de l'institution du mariage ne sont pas, dans la plupart des cas, assujetties aux droits et obligations qui en résultent. Ainsi, par exemple, les parties de la *LDF* qui traitent des biens familiaux (partie I) et du foyer conjugal (partie II) ne s'appliquent qu'aux personnes mariées, et non aux couples de sexe différent qui ne sont pas mariés et qui cohabitent, ni à aucune autre personne. En général, les personnes qui cohabitent sans être mariées n'assument pas l'ensemble des responsabilités légales qui incombent aux personnes mariées, et ni les bénéfices ni les fardeaux découlant du mariage ne s'appliquent à elles. Comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *Miron*, précité (et comme l'a exposé plus en détail le juge La Forest dans l'arrêt *Egan*, précité), le mariage est une institution sociale fondamentale parce qu'il est le creuset de la procréation humaine et le cadre habituel dans lequel on élève les enfants. Il s'agit là de l'objet principal, bien que cela n'en soit pas l'objet unique, de l'institution du mariage: *Layland c. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993), 104 D.L.R. (4th) 214 (C. div. Ont.), aux pp. 222 et 223. L'importance même d'une telle institution peut en rendre la description difficile, comme l'a reconnu le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, à la p. 1237. De même, établir une distinction entre la description et la justification peut s'avérer difficile.

Bien entendu, il ne suffit pas simplement de s'en remettre à l'histoire ou à la tradition pour établir l'existence des besoins, des capacités ou de la situation véritables du demandeur ou d'autres personnes: *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), à la p. 134. Pour bien peser la valeur d'une demande fondée sur le droit à l'égalité, la Cour doit examiner de façon critique nos pratiques sociales, comme l'a expliqué le juge

dition that social values change and evolve does not alter the reality that certain biological and social realities endure. In *Big M Drug Mart, supra*, at p. 344, and on several occasions since, this Court has observed that the *Charter* was not enacted in a vacuum. The *Charter* requires the Court to subject our social institutions to a critical eye, but it does not mandate that we should sweep them away. Legislative distinctions based on an accurate appreciation of biological and social realities may not amount to discrimination, where the legislation corresponds to the characteristics in a manner that respects the claimant's human dignity.

Legislation such as Part III of the *FLA*, which provides differing economic and legal treatment for married couples and opposite-sex common law couples is premised on certain assumptions about the nature of the economic, social, and legal dynamic of the relationships those individuals have. That economic, social, and legal dynamic, I should emphasize, is a multi-faceted one, and some of its features will be shared by other relationships, including some long-term same-sex relationships. One of the central questions, therefore, is whether those underlying assumptions, embodied in the distinction drawn in s. 29, are based on stereotypes. As La Forest J. recognized in *Egan, supra*, at para. 25, an opposite-sex couple is

the social unit that uniquely has the capacity to procreate children and generally cares for their upbringing, and as such warrants support by Parliament to meet its needs. This is the only unit in society that expends resources to care for children on a routine and sustained basis. . . . [T]his is the unit in society that fundamentally anchors other social relationships and other aspects of society. [Emphasis in original.]

I pause to address the question of whether the present appeal can be distinguished from the decision of this Court in *Egan*. The initial response to

Wilson dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1332. Toutefois, même si l'on reconnaît que les valeurs sociales changent et évoluent avec le temps, il n'en demeure pas moins que certaines réalités biologiques et sociales perdurent. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, à la p. 344, et à plusieurs reprises par la suite, notre Cour a fait remarquer que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte. La *Charte* oblige la Cour à considérer nos institutions sociales d'un œil critique, mais elle ne lui donne pas pour mission de les balayer. Les distinctions législatives fondées sur une juste appréciation de réalités biologiques et sociales peuvent ne pas être discriminatoires lorsque la loi correspond aux caractéristiques d'une manière qui respecte la dignité humaine du demandeur.

Les dispositions législatives, comme celles de la partie III de la *LDF*, qui traitent différemment, sur les plans économique et juridique, les couples mariés et les conjoints de fait de sexe différent, reposent sur certaines prémisses concernant la nature de la dynamique économique, sociale et juridique de ces unions. J'insiste sur le fait que cette dynamique économique, sociale et juridique comporte des aspects multiples, et que certaines de ses caractéristiques se retrouvent aussi au sein d'autres unions, y compris certaines unions à long terme entre personnes du même sexe. L'une des principales questions est donc de savoir si ces prémisses sous-jacentes, concrétisées par la distinction établie à l'art. 29, sont fondées sur des stéréotypes. Comme l'a reconnu le juge La Forest dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 25, les couples de sexe différent constituent

l'unité sociale qui seule a la capacité de procréer et qui, en général, veille à l'éducation des enfants; à ce titre, elle mérite que le législateur lui offre son soutien de façon à ce qu'elle puisse satisfaire à ses besoins. C'est la seule unité dans la société qui consacre tous les jours et de façon constante des ressources au soin des enfants. [...] [C]'est l'unité dans laquelle sont enracinés d'autres relations sociales et d'autres aspects de la société. [Souligné dans l'original.]

Je m'arrête pour aborder la question de savoir si on peut distinguer le présent pourvoi de l'arrêt *Egan* de notre Cour. On peut d'abord répondre à

230

231

this claim is that *Egan* and this case deal with different legislation, and as such, I agree with Iacobucci J. that the case “must be evaluated on its own merits” (para. 75). Further, in my view, the present appeal is an easier case than was *Egan*. The present appeal is concerned with the support obligation, which, though extended to cohabiting opposite-sex couples, is an essential feature of marriage itself. That cannot be said (at least to the same degree) about the payment made by the state to opposite-sex couples which was at issue in *Egan*. The spousal support obligation is unquestionably a core feature of the institution of marriage itself. True, that obligation has been extended to unmarried cohabiting opposite-sex couples by legislative action. Yet that should not obscure the fact that the extension was carefully tailored for a specific purpose, and that the nature of the obligation was established in the marriage context before it was ever extended to unmarried cohabiting opposite-sex couples. I thus find Cory J.’s statement that “this appeal has nothing to do with marriage *per se*” (para. 52) entirely unconvincing.

cette question en disant que l’arrêt *Egan* et la présente affaire portent sur des lois différentes, de sorte que je partage l’opinion du juge Iacobucci, selon laquelle l’affaire «doit faire l’objet d’une évaluation au fond» (par. 75). De plus, j’estime que le présent pourvoi est plus simple que l’affaire *Egan*. En effet, il porte sur l’obligation alimentaire qui constitue une caractéristique essentielle du mariage lui-même, bien qu’elle ait été étendue aux couples de sexe différent qui cohabitent. On ne peut pas en dire autant (du moins pas dans la même mesure) des prestations que verse l’État aux couples de sexe différent dont il était question dans l’arrêt *Egan*. L’obligation alimentaire entre conjoints est indiscutablement une caractéristique essentielle de l’institution du mariage elle-même. Il est vrai que le législateur a étendu cette obligation aux couples de sexe différent non mariés qui cohabitent. Cependant, cela ne doit pas masquer le fait que cette extension a été soigneusement conçue pour atteindre un objectif précis, et que la nature de l’obligation a été établie dans le contexte du mariage bien avant qu’elle ne soit étendue aux couples de sexe différent non mariés qui cohabitent. J’estime donc que la déclaration faite par le juge Cory selon laquelle «le présent pourvoi n’a rien à voir avec le mariage comme tel» (par. 52) n’est pas du tout convaincante.

232

The Legislative Assembly has restricted the meaning of “spouse” in Part III of the *FLA*. However, it is critical to see that the restriction has not been made on the basis of stereotypical assumptions regarding group or personal characteristics, as set out in para. 64 of Iacobucci J.’s reasons in *Law*, and as I have set out above. To the contrary, s. 29’s definition of “spouse” corresponds with an accurate account of the actual needs, capacity and circumstances of opposite-sex couples as compared to others, including same-sex couples. Those differences stem, in part, from the biological reality that only opposite-sex couples can bear children. That biological reality means that opposite-sex couples play a unique social role. That social role often leads to the well-established economic vulnerability of women in long-term opposite-sex

L’Assemblée législative a restreint le sens du mot «conjoint» dans la partie III de la *LDF*. Cependant, il est crucial de constater que la restriction n’a pas été établie sur le fondement de prémisses stéréotypées relatives à des caractéristiques personnelles ou de groupe, comme le dit, au par. 64, le juge Iacobucci dans l’arrêt *Law* et comme je l’ai moi-même déjà expliqué dans les présents motifs. Au contraire, la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29 correspond à une appréciation juste des besoins, des capacités et de la situation propres aux couples de sexe différent, par rapport à d’autres personnes, dont les couples de même sexe. Ces différences découlent en partie de la réalité biologique qui veut que seuls les couples de sexe différent puissent procréer. Cette réalité biologique signifie que les couples de sexe différent jouent un rôle social unique. Ce rôle social conduit souvent à la vulnérabilité écono-

relationships, often (though not always) stemming from the decision to bear and raise children.

Cohabiting opposite-sex couples are the natural and most likely site for the procreation and raising of children. This is their specific, unique role. Section 29 of the *FLA* is specially structured to meet this reality. This can be seen from the fact that the necessary cohabitation period to come within the scope of the section is reduced where there is a child of the relationship. As well, a child may make a claim under Part III of the *FLA* against his or her parents, regardless of the parents' relationship when the child was conceived, raised, or thereafter (s. 31).

This unique social role of opposite-sex couples has two related features. First, it is notorious, as my colleague Iacobucci J. noted in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 762, that "women bear a disproportionate share of the child care burden in Canada", and that this burden is borne both by working mothers and mothers who stay at home with their children. The second feature is that one partner (most often the woman) tends to become economically dependent upon the other.

The evidence is uncontroverted that women in long-term opposite-sex relationships tend to become economically dependent upon their spouses. This dependence arises for several related reasons. First, women as a group are economically disadvantaged by comparison to men. Women, on average, earn less than men do. A woman cohabiting in an opposite-sex relationship is thus likely to earn less than her male partner. This relative economic disadvantage is both the cause and the effect of gender roles. Second, women in long-term opposite-sex relationships commonly — though, I emphasize, not inevitably — waive educational and employment opportunities or prospects for economic advancement in order to bear

mique, depuis longtemps reconnue, des femmes vivant en union à long terme avec une personne de sexe différent, vulnérabilité qui découle souvent (quoique pas toujours) de la décision d'avoir et d'élever des enfants.

Les couples de sexe différent qui cohabitent créent le milieu naturel et habituel pour la procréation et l'éducation des enfants. Il s'agit de leur rôle particulier et unique. L'article 29 de la *LDF* est formulé expressément en fonction de cette réalité. Cela ressort du fait que la période de cohabitation nécessaire pour qu'un couple soit visé par cet article est réduite lorsqu'un enfant naît de l'union. De même, un enfant peut présenter une demande fondée sur la partie III de la *LDF* et la diriger contre ses parents, quel que soit le lien qui unissait ses parents au moment où il a été conçu, élevé, ou par la suite (art. 31).

Ce rôle social propre aux couples de sexe différent, possède deux caractéristiques interreliées. En premier lieu, il est notoire, comme le souligne mon collègue le juge Iacobucci dans l'arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 762, que «les femmes assument une part disproportionnée du fardeau de la garde des enfants au Canada», et que ce fardeau est assumé tant par les mères qui travaillent à l'extérieur que par celles qui s'occupent des enfants au foyer. La deuxième caractéristique est que l'un des partenaires (le plus souvent la femme) tend à devenir financièrement dépendant de l'autre.

Il n'est pas contesté que les femmes qui vivent en union à long terme avec une personne de sexe différent ont tendance à devenir financièrement dépendantes de leur conjoint. Cette dépendance résulte de plusieurs facteurs connexes. Premièrement, les femmes en tant que groupe sont défavorisées sur le plan économique par rapport aux hommes. Le salaire moyen des femmes est inférieur à celui des hommes. La femme qui forme une union et cohabite avec une personne de sexe différent touche vraisemblablement un salaire inférieur à celui de son partenaire masculin. Ce désavantage économique relatif est à la fois la cause et l'effet des rôles masculins et féminins. Deuxièmement, il arrive souvent — bien que, je tiens à le souligner,

233

234

235

and raise children and to shoulder a greater share of domestic responsibilities. They are also more likely to choose employment that facilitates temporary exit from and subsequent re-entry into the work force, employment that tends to be more insecure and to pay less.

cela ne soit pas inévitable — que les femmes qui vivent en union à long terme avec une personne de sexe différent renoncent à des possibilités de formation et d'emploi qui auraient pu être bénéfiques sur le plan économique, afin d'avoir et d'élever des enfants et d'assumer une plus grande partie des obligations familiales. Elles sont également davantage susceptibles de choisir des emplois qui facilitent un retrait temporaire du marché du travail et un retour ultérieur, des emplois qui ont tendance à être moins stables et moins rémunérateurs.

236 Of course, not all procreation takes place within marriage. Indeed, recognition of this growing reality was an important impetus to the legislature's decision to extend certain rights and obligations to unmarried common law opposite-sex couples in the 1970s. There is, obviously, no requirement that married couples bear children, or have the capacity to do so. Some married couples are unable to have children. Some choose not to have children. Some married couples adopt children. Conversely, it is possible for same-sex couples to have children, either from previous opposite-sex relationships, through adoption, or through artificial insemination. So too, of course, can some single individuals. These circumstances are, however, as La Forest J. observed in *Egan, supra*, at para. 26, "exceptional". To acknowledge that they exist does not alter the demographic, social, and biological reality that the overwhelming majority of children are born to, and raised by, married or cohabiting couples of the opposite sex, and that they are the only couples capable of procreation. Indeed, by definition, no child can be born of a same-sex union: a third party must be involved.

Bien entendu, la procréation n'a pas exclusivement lieu dans le cadre du mariage. Certes, la reconnaissance de cette réalité de plus en plus répandue a été un facteur important qui a incité le législateur à étendre certains droits et obligations aux conjoints de fait de sexe différent dans les années 1970. Manifestement, il n'est pas obligatoire que les couples mariés aient des enfants ni qu'ils soient capables d'en avoir. Certains couples mariés sont incapables d'avoir des enfants. Certains choisissent de ne pas en avoir et certains en adoptent. Inversement, il est possible que certains couples de même sexe aient des enfants qui sont soit issus d'unions antérieures avec des personnes de sexe différent, soit adoptés, soit le fruit d'une insémination artificielle. Cela peut évidemment être aussi le cas de certains célibataires. De telles circonstances sont cependant «exceptionnel[les]», comme l'a fait remarquer le juge La Forest dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 26. Reconnaître leur existence ne change en rien la réalité démographique, sociale et biologique, soit que la très grande majorité des enfants sont procréés et élevés par des couples de sexe différent qui sont mariés ou cohabitent, et que seuls ces couples sont capables de procréer. En effet, par définition, aucun enfant ne peut être issu d'une union entre personnes de même sexe: un tiers doit nécessairement intervenir.

237 Even in the absence of children, women in cohabiting opposite-sex relationships often take on increased domestic responsibilities which limit their prospects for outside employment, precisely because their lower average earnings make this an efficient division of labour for the couple. Again,

Même en l'absence d'enfants, il arrive souvent que les femmes qui forment une union et cohabitent avec une personne de sexe différent s'acquittent d'un plus grand nombre d'obligations familiales qui diminuent leurs chances de se trouver un emploi sur le marché du travail, précisément parce

gender roles are both a cause and effect of this division of labour. If the relationship breaks down, the woman is usually left in a worse situation, probably with impaired earning capacity and limited employment opportunities. The economic disadvantages faced by women upon the breakdown of opposite-sex relationships, as indicated by reduced earning capacity, more fragile employment prospects, and underinvestment in education and training, occur for the very reason that the woman did not anticipate that she would have to support herself. She engaged in a division of labour with her former partner in the expectation that such an arrangement would yield a higher joint economic position.

Moreover, if there are children from the relationship, the woman is far more likely to have custody of them upon breakdown. Although the cost of supporting the children is addressed by the *FLA*'s recognition, in s. 31, of an obligation of parents to support their children, custody of children makes it more difficult for a woman to earn a living, because it reduces her opportunities to work. These features, of course, are not present in all long-term opposite-sex relationships, and such evidence as there is suggests that as women's legal equality is increasingly reflected in social and economic fact, women in long-term opposite-sex relationships as a group are likely to become less susceptible to economic dependence upon their male partners. Nonetheless, the dynamic I have described continues to be manifested in a great many such relationships and has a well-established empirical basis and deep historical roots.

Although in most cases, the woman in an opposite-sex relationship will be the one to suffer from the systemic dynamic of dependence, this will not

que leur salaire moyen moins élevé fait qu'un tel arrangement constitue un partage des tâches rentable pour le couple. Encore une fois, les rôles masculins et féminins sont à la fois la cause et l'effet de ce partage des tâches. En cas de rupture, la situation de la femme se détériore habituellement et il est probable que sa capacité de gagner sa vie soit diminuée et que ses chances de se trouver un emploi soient limitées. Les désavantages économiques que subissent des femmes à la suite de la rupture d'une union avec une personne de sexe différent, qui prennent la forme d'une diminution de leur capacité de gagner leur vie, de possibilités d'emploi plus précaires, et d'un manque d'instruction et de formation, découlent justement du fait qu'elles n'ont pas prévu qu'elles devraient un jour subvenir elles-mêmes à leurs besoins. Elles ont partagé les tâches avec leur ancien partenaire en pensant qu'un tel arrangement serait plus bénéfique pour la santé économique du couple.

En outre, lorsque des enfants sont nés de l'union, il est beaucoup plus probable que la femme en ait la garde à la suite de la rupture de l'union. Bien que l'art. 31 de la *LDL* tienne compte de ce qu'il en coûte pour subvenir aux besoins des enfants en reconnaissant que les parents ont l'obligation de leur fournir des aliments, les femmes qui ont la garde des enfants ont davantage de difficultés à gagner leur vie, car cela diminue leurs chances de se trouver un emploi. Bien entendu, toutes les unions à long terme entre personnes de sexe différent ne présentent pas ces caractéristiques, et les éléments de preuve donnent à penser que l'égalité des femmes sur le plan juridique se reflétant de plus en plus dans la vie sociale et économique, il est probable que les femmes qui forment de telles unions en viendront, en tant que groupe, à moins dépendre de leur conjoint sur le plan financier. Néanmoins, la dynamique que j'ai évoquée continue de se manifester dans de nombreuses unions de cette nature; elle a un fondement empirique bien établi et plonge ses racines profondément dans l'histoire.

Bien que dans la plupart des cas, ce sera la femme formant une union avec une personne de sexe différent qui souffrira d'une dynamique de

238

239

always be the case. As I discussed above, as women's economic situation improves, more claims will likely be brought by men in the future. However, I emphasize that while women are the primary group who suffer from this dynamic of dependence, they are not the exclusive group. The evidence before this Court demonstrates that when the female partner is not suffering from this dynamic of dependence, the male partner often is. In 1992, for example, 25.2 percent of all married couples were characterized by the wife being the full-time wage-earner, and the husband either working part-time or not at all: Statistics Canada, *Family Expenditure in Canada 1992* (1994), at p. 160. Studies presented to this Court demonstrate that when men are in such a position, they expect less from their partner in housework: P. Blumstein and P. Schwartz, *American Couples* (1983), at p. 151. In other words, the dynamic of dependence also exists for men in opposite-sex relationships, as a type of "division of labour" is created, where the man will often assume additional duties at home while his partner is at work: M. S. Schneider, "The Relationships of Cohabiting Lesbian and Heterosexual Couples: A Comparison", *Psychology of Women Quarterly*, 10 (1986), at p. 234. Other evidence submitted to this Court demonstrate other forms of dependency that are similarly unique to individuals in opposite-sex relationships: J. M. Lynch and M. E. Reilly, "Role Relationships: Lesbian Perspectives", *Journal of Homosexuality*, 12(2) (Winter 1985/86), at p. 53. Although the dynamic of dependence unique to opposite-sex relationships plays out differently for men, it flows from similar factors: in essence, the dynamic of dependence reduces autonomy and increases attachment in heterosexual relationships: *ibid.*, at p. 56.

dépendance systémique, il n'en sera pas toujours ainsi. Comme je l'ai dit précédemment, à mesure que la situation économique des femmes s'améliorera, le nombre des demandes présentées par des hommes augmentera probablement. Cependant, j'insiste sur le fait que si les femmes sont le principal groupe visé par cette dynamique de dépendance, il reste qu'elles ne constituent pas le seul groupe. Les éléments de preuve présentés devant notre Cour établissent que lorsque le partenaire féminin ne souffre pas de cette dynamique de dépendance, le partenaire masculin en est souvent victime. En 1992, par exemple, dans 25,2 pour 100 des couples mariés, la femme occupait un emploi rémunéré à temps plein alors que le mari travaillait à temps partiel ou n'occupait pas d'emploi rémunéré: Statistique Canada, *Dépenses des familles au Canada, 1992* (1994), à la p. 160. Des études produites devant notre Cour révèlent que lorsque les hommes sont placés dans cette situation, ils s'attendent à ce que leur partenaire assume une moindre part des travaux ménagers: P. Blumstein et P. Schwartz, *American Couples* (1983), à la p. 151. En d'autres termes, la dynamique de dépendance joue aussi pour les hommes qui forment une union avec une personne de sexe différent car il y a création d'une sorte de «partage des tâches» en vertu duquel l'homme s'acquittera souvent de travaux domestiques supplémentaires alors que sa partenaire travaille: M. S. Schneider, «The Relationships of Cohabiting Lesbian and Heterosexual Couples: A Comparison», *Psychology of Women Quarterly*, 10 (1986), à la p. 234. D'autres éléments de preuve soumis à notre Cour établissent l'existence d'autres formes de dépendance également particulières aux personnes formant une union avec une personne de sexe différent: J. M. Lynch et M. E. Reilly, «Role Relationships: Lesbian Perspectives», *Journal of Homosexuality*, 12(2) (Winter 1985/86), à la p. 53. Bien que la dynamique de dépendance particulière aux unions entre personnes de sexe différent s'articule de manière différente pour les hommes, elle découle de facteurs similaires: essentiellement, la dynamique de dépendance réduit l'autonomie et fait croître l'attachement au sein des unions hétérosexuelles: *ibid.*, à la p. 56.

These realities are captured in the status of “spouse”. To my mind, they are realities that the legislature may address by extending some (though not all) of the rights and obligations that attach to marriage to cohabiting opposite-sex couples (again, it must not be forgotten that not all opposite-sex couples are included within the scope of the definition) without transgressing constitutional boundaries on legislative action if it does not also extend them to same-sex couples. It is both legitimate and reasonable for the Legislative Assembly to extend special treatment to an important social institution. The position I advance also finds support in foreign jurisprudence, including the recent decision of the Court of Justice of the European Communities in *Grant v. South-West Trains Ltd.*, [1998] I.C.R. 449, at paras. 35-36.

It is this dynamic of dependence that the legislature has sought to address by way of Part III of the *FLA*. The question before this Court is whether the *Charter* compels the extension of the legislature’s efforts to address this problem to long-term same-sex couples. In arguing that the *Charter* does just that, the respondent M. and several of the interveners contend that long-term same-sex relationships manifest many of the features of long-term opposite-sex relationships. This may well be true. But to my mind, this argument is inadequate. It fails to demonstrate that the specific feature of long-term opposite-sex relationships that the legislature has sought to address by way of Part III of the *FLA*, what I have called the dynamic of dependence, is also present in long-term same-sex relationships. Indeed, it is almost certain that it could not be, because the dependency of women in long-term opposite-sex relationships arises precisely because they are opposite-sex relationships. There is simply no evidence that same-sex couples in long-term relationships exhibit this type of dependency in any significant numbers.

L’état de «conjoint» traduit ces réalités. À mon avis, il s’agit de réalités dont le législateur peut traiter en étendant certains (mais non l’ensemble) des droits et obligations rattachés au mariage aux couples de sexe différent qui cohabitent (encore une fois, il ne faut pas oublier que tous les couples de sexe différent ne sont pas visés par la définition), sans pour autant transgresser les limites constitutionnelles imposées à l’action législative s’il n’étend pas également ces droits et obligations aux couples de même sexe. L’Assemblée législative peut légitimement et raisonnablement accorder un traitement spécial à une institution sociale importante. Mon point de vue est également étayé par la jurisprudence étrangère, notamment par l’arrêt que la Cour de justice des Communautés européennes a récemment rendu dans l’affaire *Grant c. South-West Trains Ltd.*, [1998] I.C.R. 449, aux par. 35 et 36.

240

C’est précisément pour s’attaquer à cette dynamique de dépendance que le législateur a adopté la partie III de la *LDF*. La question que doit trancher notre Cour est de savoir si la *Charte* exige que les mesures prises par le législateur pour résoudre ce problème soient étendues aux couples de même sexe qui sont stables. En faisant valoir que tel est le cas, l’intimée M. et plusieurs des intervenants soutiennent que les unions durables entre personnes de même sexe présentent bon nombre des caractéristiques des unions durables entre personnes de sexe différent. C’est fort possible. Cependant, à mon avis, cet argument est insuffisant car il n’établit pas que la caractéristique particulière des unions durables entre personnes de sexe différent à laquelle le législateur a voulu s’attaquer en adoptant la partie III de la *LDF*, et que j’ai appelée la dynamique de dépendance, s’applique également aux unions durables entre personnes de même sexe. En fait, il est presque certain qu’il ne saurait en être ainsi, étant donné que la dépendance des femmes qui ont formé une union durable avec une personne de sexe différent résulte précisément de la formation d’une telle union. Il n’existe tout simplement aucune preuve établissant qu’un nombre important d’unions durables entre personnes de même sexe engendrent ce type de dépendance.

241

- 242 Indeed, the evidence before us is to the contrary. That evidence indicates that lesbian relationships are characterized by a more even distribution of labour, a rejection of stereotypical gender roles, and a lower degree of financial interdependence than is prevalent in opposite-sex relationships: Schneider, *supra*, at p. 237. Same-sex couples are much less likely to adopt traditional sex roles than are opposite-sex couples: M. Cardell, S. Finn and J. Marecek, "Sex-Role Identity, Sex-Role Behavior, and Satisfaction in Heterosexual, Lesbian, and Gay Male Couples", *Psychology of Women Quarterly*, 5(3) (Spring 1981), at pp. 492-93. Indeed, "research shows that most lesbians and gay men actively reject traditional husband-wife or masculine-feminine roles as a model for enduring relationships": L. A. Peplau, "Lesbian and Gay Relationships", in J. C. Gonsiorek and J. D. Weinrich, eds., *Homosexuality: Research Implications for Public Policy* (1991), 177, at p. 183.
- En fait, la preuve devant nous va dans le sens contraire. Elle indique que les unions de lesbiennes se caractérisent par un partage plus équitable des tâches, un rejet des rôles féminins et masculins stéréotypés et un degré plus faible d'interdépendance financière comparativement aux unions entre personnes de sexe différent: Schneider, *loc. cit.*, à la p. 237. Les couples de même sexe sont beaucoup moins susceptibles d'adopter des rôles féminins et masculins traditionnels que les couples de sexe différent: M. Cardell, S. Finn et J. Marecek, «Sex-Role Identity, Sex-Role Behavior, and Satisfaction in Heterosexual, Lesbian, and Gay Male Couples», *Psychology of Women Quarterly*, 5(3) (Printemps 1981), aux pp. 492 et 493. En fait, [TRADUCTION] «des travaux de recherche établissent que la plupart des lesbiennes et des gais rejettent activement les rôles traditionnels de mari et femme ou d'homme et de femme en tant que modèle d'unions durables»: L. A. Peplau, «Lesbian and Gay Relationships», dans J. C. Gonsiorek et J. D. Weinrich, dir., *Homosexuality: Research Implications for Public Policy* (1991), 177, à la p. 183.
- 243 The evidence before us also indicates that partners in a lesbian couple are more likely to each pursue a career and to work outside the home than are partners in an opposite-sex couple: *ibid.*, at pp. 183-84; N. S. Eldridge and L. A. Gilbert, "Correlates of Relationship Satisfaction in Lesbian Couples", *Psychology of Women Quarterly*, 14 (1990), at p. 44. As members of same-sex couples are, obviously, of the same sex, they are more likely than members of opposite-sex couples to earn similar incomes, because no male-female income differential is present. For the same reason, the gendered division of domestic and child-care responsibilities that continues to characterize opposite-sex relationships simply has no purchase in same-sex relationships.
- La preuve devant nous indique également que les membres d'un couple de lesbiennes sont plus susceptibles de faire carrière et de travailler à l'extérieur du foyer, que les membres d'un couple de sexe différent: *ibid.*, aux pp. 183 et 184; N. S. Eldridge et L. A. Gilbert, «Correlates of Relationship Satisfaction in Lesbian Couples», *Psychology of Women Quarterly*, 14 (1990), à la p. 44. Les membres d'un couple de même sexe étant, bien entendu, du même sexe, il est plus probable qu'ils aient des salaires similaires comparativement aux membres d'un couple de sexe différent puisque l'écart entre les revenus des hommes et des femmes ne se fait pas sentir dans leur cas. Pour la même raison, le partage des obligations familiales et des soins à donner aux enfants selon le sexe qui caractérise encore les unions entre personnes de sexe différent n'existe tout simplement pas dans le cas d'unions entre personnes de même sexe.
- 244 Undoubtedly, in some same-sex relationships, one partner may become financially dependent on the other. This may happen for any number of reasons, including explicit or implicit agreement,
- À l'évidence, il se peut que dans certaines unions entre personnes de même sexe, l'un des partenaires en vienne à dépendre de l'autre sur le plan financier. Cela peut se produire pour nombre

differences in age, health, or education, and so on. However, no pattern of dependence emerges. Put another way, dependence in same-sex relationships is not systemic: it does not exhibit the gendered dependency characteristic of many cohabiting opposite-sex relationships. Due to the high degree of equality observed in lesbian relationships, very few women were dependent on their same-sex partners for financial support, and even differences in income between same-sex partners did not affect women's perception of their financial dependence on one another in same-sex relationships: Lynch and Reilly, *supra*, at p. 66.

Mere need in an individual case, unrelated to systemic factors, is, in my view, insufficient to render the *FLA*'s scheme constitutionally underinclusive. This is especially true because the scheme involves, in counterpart to an access to support, a restriction on freedom and a burden. Taken as a group, same-sex relationships simply do not resemble opposite-sex relationships on this fundamental point. Consequently, I see no reason why the *Charter* requires the legislature to treat them identically with regard to it. The *FLA* scheme was intended to address need of a particular kind, and does so. There is no evidence that that particular need exists to any significant degree outside of long-term opposite-sex relationships. Consequently, although the distinction drawn by s. 29 of the *FLA* undoubtedly denies a benefit to individuals in same-sex couples, and the distinction may be seen, in its effects, to be drawn on the basis of sexual orientation, no discrimination arises, because no stereotypical assumptions motivate the distinction. On the contrary, the legislation takes into account the claimant's actual need, capacity and circumstances as compared with individuals in

de raisons, notamment la conclusion d'une entente explicite ou implicite, la présence de différences sur le plan de l'âge, de la santé ou de l'instruction, etc. Cependant, on ne peut en déduire un scénario-type donnant naissance à un lien de dépendance. En d'autres termes, la dépendance n'est pas systématique dans les unions entre personnes de même sexe: elle n'est pas fonction du sexe comme dans bon nombre d'unions entre personnes de sexe différent qui cohabitent. Vu le degré élevé d'égalité que l'on remarque chez les unions lesbiennes, très peu de femmes dépendent de leur partenaire de même sexe sur le plan financier, et même des différences entre les revenus des partenaires n'ont aucune incidence sur la façon dont les femmes vivant en union avec une personne de même sexe perçoivent l'interdépendance économique qui existe entre elles: Lynch et Reilly, *loc. cit.*, à la p. 66.

Selon moi, le simple état de besoin, non lié à des facteurs systémiques, ne permet pas de conclure que le régime prévu par la *LDF* a une portée trop limitative sur le plan constitutionnel. Cela est particulièrement vrai étant donné que le régime impose, en contrepartie du bénéfice de l'obligation alimentaire, une restriction à la liberté et un fardeau. Les unions entre personnes de même sexe, envisagées en tant que groupe, ne ressemblent tout simplement pas aux unions entre personnes de sexe différent sous cet aspect fondamental. En conséquence, je ne vois pas pourquoi la *Charte* exigerait que le législateur les traite de façon identique sur ce point. Le régime prévu par la *LDF* a été conçu pour répondre à un besoin d'une nature particulière, ce qu'il fait. Aucune preuve n'établit que ce besoin particulier se fait sentir avec quelque acuité hors des unions à long terme entre personnes de sexe différent. En conséquence, bien que la distinction établie par l'art. 29 de la *LDF* prive sans aucun doute d'un avantage les personnes qui forment des couples de même sexe et qu'elle puisse être considérée, en raison de ses effets, comme étant fondée sur l'orientation sexuelle, il n'en résulte aucune discrimination, étant donné qu'aucune prémisses stéréotypées ne motive la distinction établie par la loi. Au contraire, la loi prend en compte les besoins, les capacités et la situation

opposite-sex couples and by doing so it does not violate human dignity.

246

Indeed, the then Chair of the Ontario Law Reform Commission, discussing the Commission's 1993 Report, made just such an observation (J. D. McCamus, "Family Law Reform in Ontario", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993: Family Law: Roles, Fairness and Equality* (1994), 451, at pp. 470-71):

The provisions of the *Family Law Act* appear to be designed to give effect to the sorts of reasonable expectations and to compensate for the kinds of uncompensated contributions that are likely to occur in marital relationships and in unmarried heterosexual relationships that follow a similar pattern. The kinds of expectations and contributions that arise in these contexts rest, to some extent at least, on gender-based assumptions concerning such questions as the division of labour within the home and the making of decisions concerning career choices and other economic matters. . . . The general pattern of such relationships, and, moreover the confusion generated by partial coverage, was sufficient justification, in the Commission's view, to warrant inclusion of unmarried heterosexual couples on an ascriptive basis. It was also the Commission's view, however, that we have, at the present time, no sound basis for assuming that similar considerations would apply to significant numbers of gay and lesbian couples. It may be that gay and lesbian relationships do not, as a general proposition, correspond to the same model and accordingly, that equality considerations do not demand identical treatment. [Emphasis added.]

247

My colleague Iacobucci J. concedes this point in stating that "there is evidence to suggest that same-sex relationships are not typically characterized by the same economic and other inequalities which affect opposite-sex relationships" (para. 110). In his view, however, this only goes to show that allowing members of same-sex couples to bring applications under Part III of the *FLA* might not, as a practical matter, result in the award of many support orders, because such individuals would only

véritables de la demanderesse par rapport aux personnes formant des couples de sexe différent, et, ce faisant, elle ne porte pas atteinte à la dignité humaine.

En fait, le président de la Commission de réforme du droit de l'Ontario de l'époque, parlant du rapport de 1993 de la Commission, a justement fait une remarque en ce sens (J. D. McCamus, «Family Law Reform in Ontario», dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993: Family Law: Roles, Fairness and Equality* (1994), 451, aux pp. 470 et 471):

[TRADUCTION] Les dispositions de la *Loi sur le droit de la famille* paraissent avoir été conçues afin de répondre aux attentes raisonnables et de compenser les contributions auxquelles sont susceptibles de donner lieu les unions matrimoniales et les unions de nature similaire entre personnes non mariées de sexe différent. Les types d'attentes et de contributions auxquelles ces contextes donnent lieu reposent, du moins dans une certaine mesure, sur des prémisses fondées sur le sexe en ce qui concerne des questions telles le partage des tâches au foyer et la prise de décisions au sujet des choix de carrières et d'autres questions de nature économique. [. . .] Les situations qu'engendrent habituellement de telles unions et, en outre, la confusion qui résulte d'une couverture partielle, suffisaient à justifier, de l'avis de la Commission, l'inclusion, sur une base attributive, des couples hétérosexuels non mariés. La Commission était également d'avis, cependant, qu'aucun fondement solide ne nous permet présentement de supposer que des considérations similaires s'appliqueraient à un nombre important de couples de gais et de lesbiennes. Il se peut que les unions entre personnes de même sexe ne correspondent pas, en général, au même modèle et qu'en conséquence, des considérations en matière d'égalité n'exigent pas que leur soit accordé un traitement identique. [Je souligne.]

Mon collègue le juge Iacobucci concède ce point quand il dit qu'«il y [a] des éléments de preuve tendant à démontrer que les unions entre personnes de même sexe ne sont pas d'ordinaire caractérisées par les mêmes inégalités, économiques et autres, que celles qui frappent les unions entre personnes de sexe différent» (au par. 110). À son avis, cependant, cela démontre simplement que le fait de permettre aux membres de couples de même sexe de présenter des demandes en vertu de

infrequently exhibit the dependence or need necessary to obtain an award. This leads Iacobucci J. to the conclusion that the mere prediction that few claims by members of same-sex couples would succeed if such claims could be brought cannot be used to support the position that such claims should be barred from the beginning. As I discussed earlier, this same line of thought pervades the reasons of my colleague Bastarache J.

However, this contention also proves too much. Indeed, as Professor (now Dean) Hogg indicates (*Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at s. 52.7(b)), carried to its logical conclusion, few limitations upon the category of individuals eligible to seek a support order under Part III of the *FLA* could withstand constitutional scrutiny. Friends who share an apartment do not typically exhibit a relationship of financial dependence. Yet there may be particular cases in which they do, and if so, according to my colleague's reasoning, at least so long as an enumerated or analogous ground can be located, be it race, age, physical handicap or other, one of them should be able to seek a spousal support order under Part III of the *FLA*, because the legislation would have failed to take into account their already disadvantaged position within Canadian society: *Law, supra*, at para. 88. I find this reasoning unattractive. As I indicated in *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627, at para. 143, "legislation must be assessed in terms of the majority of cases to which it applies. The fact that it may create a disadvantage in certain exceptional cases while benefiting a legitimate group as a whole does not justify the conclusion that it is prejudicial." Indeed, such was the case in *Law*, where it was shown that, in the exceptional case, some younger women may be less capable of providing for their own long-term need. In this case, many couples (and indeed, groups) live in relationships not comprehended by s. 29's defini-

la partie III de la *LDF* pourrait, en pratique, ne pas entraîner de nombreuses ordonnances alimentaires, étant donné que ces demandeurs parviendraient rarement à démontrer l'existence dans leur cas du lien de dépendance ou de l'état de besoin nécessaire pour obtenir gain de cause. Cela amène le juge Iacobucci à conclure que le seul fait de prévoir que peu de demandes formulées par des membres de couples de même sexe seraient accueillies, dans l'hypothèse où ceux-ci pourraient présenter de telles demandes, ne peut étayer la prétention selon laquelle les demandes de cette nature devraient, au départ, être interdites. Comme je l'ai mentionné précédemment, le même genre de raisonnement se retrouve dans les motifs de mon collègue le juge Bastarache.

Toutefois, cette affirmation va, elle aussi, trop loin. En effet, comme l'indique le professeur (maintenant le doyen) Hogg (*Constitutional Law of Canada* (éd. à feuilles mobiles), vol. 2, à l'al. 52.7(b)), si l'on pousse ce raisonnement à sa conclusion logique, peu de restrictions apportées à la catégorie des personnes admises à présenter une demande visant à obtenir une ordonnance alimentaire en vertu de la partie III de la *LDF* résisteraient à un examen constitutionnel. Habituellement, les amis qui partagent un appartement n'ont pas de lien de dépendance financière. Pourtant, il se pourrait qu'un tel lien existe dans certains cas et, selon le raisonnement de mon collègue, du moins dans la mesure où il serait possible de déceler un motif énuméré ou analogue, qu'il s'agisse de la race, de l'âge, d'un handicap physique ou autre, l'un d'eux pourrait alors demander une ordonnance alimentaire à titre de conjoint en vertu de la partie III de la *LDF* parce que la loi n'aurait pas pris en compte leur situation déjà défavorisée dans la société canadienne: *Law*, précité, au par. 88. Je ne trouve pas ce raisonnement attrayant. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, au par. 143, «une loi doit être évaluée selon la généralité des cas auxquels elle s'adresse. Le désavantage qu'elle peut engendrer dans des cas d'exception alors qu'elle bénéficie à l'ensemble d'un groupe légitime ne justifie pas de conclure qu'elle cause préjudice». C'était d'ailleurs le cas dans l'affaire *Law*, où il est établi qu'il

tion of “spouse”. Thus, the distinction drawn by the *FLA* is not between (1) opposite-sex couples and (2) same-sex couples; it is between (1) certain opposite-sex couples and (2) all non-spousal relationships.

peut arriver, dans un cas exceptionnel, que des jeunes femmes soient moins en mesure d’assumer leurs propres besoins à long terme. Dans la présente affaire, bon nombre de couples (et de groupes, en fait) forment des unions qui ne sont pas visées par la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29. En conséquence, la distinction établie par la *LDF* n’est pas entre 1) les couples de sexe différent et 2) les couples de même sexe; elle est plutôt entre 1) certains couples de sexe différent et 2) toutes les unions entre personnes qui ne sont pas des conjoints.

249

I pause to underline that nothing in my reasons should be taken as suggesting that same-sex couples are incapable of forming enduring relationships of love and support, nor do I wish to imply that individuals living in same-sex relationships are less deserving of respect. To this end, I reiterate the position that the Court recently adopted in *Vriend, supra*, where I concurred with the majority reasons of Cory and Iacobucci JJ., that discrimination on the basis of sexual orientation is abhorrent and corrosive of our values. However, the difference between this case and *Vriend* is that in this case the Legislative Assembly has not discriminated on the basis of arbitrary distinctions or stereotypes. In *Vriend*, the stated purpose of the legislation was to address comprehensively discrimination in several contexts such as employment and housing. By failing to include sexual orientation as one of the protected grounds, the legislation was thus found to be “underinclusive”, having regard to its stated purpose. Unlike those listed in the legislation, homosexuals were denied access to the remedial procedures specifically designed to redress discrimination. Whereas in *Vriend*, the target of the legislation was those individuals who suffered discrimination in these contexts, the legislation here is entirely different. Here, we are asked whether the legislature violates the *Charter* by imposing a special support regime on individuals who are in a particular type of relationship that fulfills a special social function, and has special needs, without extending that support regime to other types of relationships which do not, as a group, fulfill a similar role or exhibit those needs. Considering all of the contextual factors,

J’ouvre une parenthèse pour souligner que rien dans mes motifs ne doit être interpréter comme donnant à penser que les couples de même sexe sont incapables de former des unions durables empreintes d’amour et d’entraide, ni que je veuille laisser entendre que les personnes qui vivent en union avec une personne du même sexe sont moins dignes de respect. À cette fin, je réitère l’opinion que notre Cour a récemment exprimée dans l’arrêt *Vriend*, précité, où j’ai souscrit aux motifs des juges majoritaires, exposés par les juges Cory et Iacobucci, selon lesquels la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle est odieuse et mine nos valeurs. Cependant, la différence entre la présente affaire et l’affaire *Vriend*, c’est qu’en l’espèce, l’Assemblée législative n’a pas fait de discrimination fondée sur des distinctions ou des stéréotypes arbitraires. Dans *Vriend*, l’objet déclaré de la loi était de remédier de façon globale à la discrimination existant dans plusieurs contextes, comme l’emploi et le logement. Parce qu’elle omettait d’inclure l’orientation sexuelle comme l’un des motifs contre lesquels la loi protégeait, elle a été jugée «trop limitative», compte tenu de son objet déclaré. Contrairement aux personnes se trouvant dans les situations énumérées dans la loi, les homosexuels étaient privés de l’accès aux procédures réparatrices expressément conçues pour remédier à la discrimination. Alors que dans *Vriend*, la loi visait les personnes victimes de discrimination dans ces situations, la loi en cause en l’espèce est totalement différente. Dans la présente affaire, on nous demande si le législateur porte atteinte à la *Charte* en imposant un régime d’obligation alimentaire particulier aux personnes qui

I believe that the question must be answered in the negative. While discrimination on the basis of sexual orientation is abhorrent, mere distinction that takes into account the actual circumstances of the claimant and comparison group in a manner which does not violate the claimant's human dignity is not.

Individuals must be treated with equal respect. They must not be discriminated against on the basis of the stereotypical application of irrelevant personal characteristics. Yet the state is not barred from recognizing that some relationships fulfil different social roles and have specific needs, and responding to this reality with positive measures to address those differences. The state may, in certain circumstances, draw distinctions on the basis of accurate personal characteristics, where those characteristics are germane to the legislative goal. As Iacobucci J. stated in *Law, supra*, in some cases "such a difference in treatment [will be] appropriate in light of the historical, biological and sociological differences" between the claimant and comparison group (para. 71). In my view, the principles adopted by the Legislative Assembly to govern spousal support under Part III of the *FLA* do not infringe any constitutional requirements, and as a consequence, are within the scope of legislative competence.

It is plain to any observer that same-sex couples may, and do, form relationships which are similar in many ways to those formed by opposite-sex couples. Much of the respondent M.'s argument and evidence sought to demonstrate the similarities between same-sex relationships and opposite-sex relationships. Same-sex couples may exhibit companionship, love, loyalty, and economic intermingling. The underlying assumption of the respondent M.'s argument is that s. 29 relies on a

forment un type précis d'unions qui remplit une fonction sociale spéciale et a des besoins particuliers, sans l'étendre à d'autres types d'unions qui, dans leur ensemble, ne jouent pas un rôle similaire ou n'ont pas les mêmes besoins. Tenant compte de l'ensemble des facteurs contextuels, j'estime que la question doit recevoir une réponse négative. Bien que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle soit ignoble, ce n'est pas le cas de la simple distinction qui prend en compte la situation véritable du demandeur et du groupe de comparaison d'une manière qui ne porte pas atteinte à la dignité humaine du demandeur.

Tous doivent être traités avec le même respect. La discrimination fondée sur l'application stéréotypée de caractéristiques personnelles non pertinentes est prohibée. Pourtant, il n'est pas interdit à l'État de reconnaître que certaines unions jouent des rôles sociaux différents et ont des besoins particuliers, non plus que de répondre à cette réalité en prenant des mesures positives pour traiter de ces différences. L'État peut, dans certaines circonstances, établir des distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles reflétant la réalité, lorsque ces caractéristiques sont liées au but poursuivi par la loi. Comme le juge Iacobucci le dit dans l'arrêt *Law*, précité; dans certains cas, «cette différence de traitement [est] appropriée compte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques» entre le demandeur et le groupe de comparaison (par. 71). À mon avis, les principes que l'Assemblée législative a adoptés pour régir l'obligation alimentaire entre conjoints dans la partie III de la *LDF* ne contreviennent à aucune exigence constitutionnelle et, en conséquence, ils relèvent de sa compétence législative.

Il est évident que des personnes de même sexe peuvent former, et forment effectivement, des unions qui, à de nombreux égards, sont semblables à celles que forment des personnes de sexe différent. L'argumentation et la preuve présentées par l'intimée M. visaient en grande partie à démontrer les similitudes qui existent entre les unions entre personnes de même sexe et les unions entre personnes de sexe différent. Les couples de même sexe peuvent avoir des rapports empreints de

250

251

stereotype in suggesting that only a couple made up of a “man and woman” exhibit these features.

camaraderie, d’amour, de fidélité et de partage sur le plan financier. L’hypothèse sous-jacente de l’argumentation de l’intimée M. est que l’art. 29 est fondé sur un stéréotype parce qu’il laisse entendre que seuls les couples formés d’un «homme et [d’une] femme» présentent de telles caractéristiques.

252

This argument, in my view, misses the mark. The distinction drawn by s. 29 does not discriminate because it does not involve the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, and it does not otherwise have the effect of perpetuating or promoting the view that individuals in same-sex relationships are less deserving of concern, respect, and consideration. The evidence bears out the contention that the legislative distinction is drawn on the basis of a true appreciation of the facts. As I see it, the key question is whether there is a correspondence between the ground on which the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others. I am convinced that there is. The one feature that distinguishes the two types of relationship is that which is addressed by the *FLA*: the necessarily gendered nature of the relationship, which in a great many cases leads to economic dependency based on gender, often (though not always) due to the presence of children. Moreover, the economic disparity between men and women in relationships only occurs in opposite-sex relationships. By definition, a same-sex relationship cannot exhibit these features. Dependency may arise in some same-sex relationships, to be sure, but it must by necessity stem from a different cause, and as I have discussed, it is much less likely to occur. Where a legislative distinction is drawn on the basis of an accurate picture of capacity and circumstance (no one suggests that merit is at issue here), there is no stereotype, and discrimination is unlikely:

Cet argument, à mon avis, ne répond pas à la question en litige. La distinction établie par l’art. 29 n’engendre pas de discrimination parce qu’elle ne comporte pas l’application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe et qu’elle n’a pas non plus pour effet de perpétuer ou de promouvoir l’idée que les personnes formant une union avec une personne du même sexe ne méritent pas le même intérêt, le même respect et la même considération. La preuve étaye l’affirmation voulant que cette distinction législative soit établie sur le fondement d’une juste appréciation des faits. Selon moi, la question clé est de savoir s’il existe une correspondance entre le motif sur lequel la demande est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d’autres personnes. Je suis convaincu qu’il y en a une. La seule caractéristique qui différencie les deux types d’union est celle dont traite la *LDF*: le fait qu’il s’agit nécessairement d’unions entre personnes de sexe différent, qui, dans un très grand nombre de cas, engendrent une dépendance économique fondée sur le sexe, souvent (quoique pas toujours) en raison de la présence d’enfants. De plus, le déséquilibre économique entre les hommes et les femmes formant une union ne se manifeste que dans les unions entre personnes de sexe différent. Par définition, les unions entre personnes du même sexe ne peuvent présenter ces caractéristiques. Il se peut fort bien que certaines unions entre personnes du même sexe engendrent une dépendance, mais celle-ci découlera nécessairement d’une cause différente et, comme je l’ai fait voir, son existence est beaucoup moins probable dans le cadre de telles unions. Lorsqu’une distinction législative est établie sur le fondement d’une appréciation juste de la capacité et de la situation des personnes visées (nul ne suggère que le mérite soit en cause dans la présente affaire), aucun stéréotype n’intervient et

Law, supra; Miron, supra, at para. 132 (per McLachlin J.).

3. Contextual Factors of Pre-Existing Disadvantage, Stereotyping, Prejudice or Vulnerability, and Ameliorative Purpose

Having established that the legislation does not rest on a stereotype, but rather on the correspondence between the ground of the distinction and the claimant's actual needs, capacity or circumstances, we must consider whether any of the remaining contextual factors establish that the legislation perpetuates or promotes "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" (*Law*, at para. 88). One of the contextual factors to consider is whether the claimant experiences "[p]re-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability". Iacobucci J. explained in *Law* that an analysis of these factors is relevant because "the perpetuation or promotion of their unfair social characterization . . . will have a more severe impact upon them, since they are already vulnerable" (para. 63). Additionally, where legislation has an ameliorative purpose, we should consider whether it excludes a historically disadvantaged group (at para. 72). If it does, it will be an important indicator of discrimination.

My colleague Cory J. appears to take judicial notice of the fact that "there is significant pre-existing disadvantage and vulnerability" experienced by homosexuals, which is exacerbated by this legislation (para. 69). With respect, a more detailed understanding of the pre-existing disadvantage and prejudice experienced by individuals in same-sex relationships is called for, in order to properly assess whether this legislation perpetuates the view that the claimant is less deserving of concern or respect. By simply labelling same-sex couples as a "disadvantaged group", Cory J. appears to fall into the trap of creating a "strict dichotomy of advantaged and disadvantaged groups, within which each claimant must be classified" (*Law*, at para. 68). In my view, it would be

l'existence de discrimination est improbable: *Law*, précité; *Miron*, précité, au par. 132, le juge McLachlin.

3. Les facteurs contextuels: la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité, et l'objet d'amélioration

Ayant établi que la loi ne repose pas sur un stéréotype, mais plutôt sur la correspondance entre le motif de distinction et les besoins, les capacités ou la situation propres à la demanderesse, nous devons déterminer si d'autres facteurs contextuels établissent que la loi perpétue ou favorise «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» (*Law*, au par. 88). L'un des facteurs contextuels à examiner est de se demander si la demanderesse souffre de «[l]a préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité». Dans l'arrêt *Law*, le juge Iacobucci explique que l'analyse de ces facteurs est pertinente parce que «la perpétuation ou [. . .] l'accentuation de leur caractérisation sociale injuste [. . .] aura sur elles un effet plus grave puisqu'elles sont déjà vulnérables» (par. 63). Lorsque la loi a un objet d'amélioration, nous devons en outre déterminer si elle exclut un groupe historiquement défavorisé (au par. 72). Si tel est le cas, il s'agira d'un indice important de discrimination.

Mon collègue le juge Cory semble prendre connaissance d'office, au par. 69, du fait qu'«il y a dans une large mesure préexistence d'une vulnérabilité et d'un désavantage» que subissent les homosexuels et que cette loi accentue. Avec égards, il y a lieu de cerner de façon plus précise le désavantage et les préjugés subis par les personnes formant une union entre personnes de même sexe afin de pouvoir trancher correctement la question de savoir si la loi perpétue l'opinion que la demanderesse est moins digne d'intérêt ou de respect. En se contentant de qualifier les couples de même sexe de «groupe défavorisé», le juge Cory paraît tomber dans le piège qui consiste à créer une «dichotomie stricte entre groupes favorisés et groupes défavorisés, qui doit servir à classer tous

253

254

incongruous with the purpose of s. 15(1) that a member of a (“generally”) disadvantaged group should have a higher entitlement to the protection of the *Charter*, even if they are relatively advantaged in relation to the subject-matter of the legislation. This is why, in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, Wilson J. believed it to be important that “[r]elative to citizens, non-citizens are a group lacking in political power and as such vulnerable to having their interests overlooked and their rights to equal concern and respect violated” (emphasis added) (p. 152). As Iacobucci J. pointed out in *Law*, *supra*, at para. 67, “[t]here is no principle or evidentiary presumption that differential treatment for historically disadvantaged persons is discriminatory.” We must identify what disadvantages the group faces, because no group will be uniformly disadvantaged in all respects. Simply labelling a group as “disadvantaged” results in a mechanistic and rigid application of s. 15(1), which this Court repeatedly has rejected.

les demandeurs» (*Law*, au par. 68). À mon avis, il serait contraire à l’objet du par. 15(1) qu’un membre d’un groupe («généralement») défavorisé jouisse d’un droit supérieur à la protection de la *Charte*, même si ce groupe est relativement favorisé par rapport au sujet de la loi. C’est pourquoi, dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, le juge Wilson estimait important le fait que, «[c]omparativement aux citoyens, les personnes qui n’ont pas la citoyenneté constituent un groupe dépourvu de pouvoir politique et sont, à ce titre, susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d’être considéré et respecté également violé» (je souligne) (p. 152). Comme le juge Iacobucci le fait remarquer dans l’arrêt *Law*, précité, au par. 67, «[i]l n’y a aucun principe ni aucune présomption de preuve qu’une différence de traitement à l’égard des personnes historiquement défavorisées soit discriminatoire.» Nous devons déterminer quels sont les désavantages auxquels le groupe est confronté, car aucun groupe n’est défavorisé de la même façon à tous les égards. Se contenter de qualifier un groupe de «défavorisé» constitue une application mécanique et stricte du par. 15(1), que notre Cour a rejetée à de nombreuses reprises.

255 The types of disadvantage suffered by homosexual individuals, and by extension, same-sex couples in Canadian society, were canvassed by Cory J. in dissent in *Egan*, *supra*. He explained that the disadvantage experienced by homosexuals include being the victims of public harassment and verbal abuse, violent crime, and exclusion from some employment and services. All of these forms of discrimination are abhorrent, and any legislation tending to aggravate or failing to offer equal protection against these pre-existing disadvantages would likely infringe s. 15(1). However, there are two questions which still must be answered: are same-sex couples disadvantaged in the area covered by the legislation, and does the *FLA* aggravate this pre-existing disadvantage?

Les types de désavantages subis par les personnes homosexuelles et, par extension, les couples de même sexe au sein de la société canadienne ont été examinés par le juge Cory, dissident dans l’arrêt *Egan*, précité. Il a expliqué que les désavantages subis par les homosexuels comprennent le fait d’être victimes de harcèlement public, de violence verbale et de crimes violents, ainsi que l’inadmissibilité à certains emplois et à certains services. Toutes ces formes de discrimination sont ignobles, et toute loi qui tendrait à accentuer ces désavantages préexistants ou qui n’offrirait pas l’égalité de protection contre ces derniers porterait probablement atteinte au par. 15(1). Il y a toutefois deux questions qu’il faut encore trancher: les couples de même sexe sont-ils défavorisés dans le domaine auquel s’applique la loi, et la *LDF* accentue-t-elle ce désavantage préexistant?

256 Are individuals in same-sex relationships disadvantaged in relation to the subject-matter of the

Les personnes formant une union entre personnes de même sexe sont-elles défavorisées

legislation? As I have described in the preceding section, they are not. Individuals in same-sex relationships do not carry the same burden of fulfilling the social role that those in opposite-sex relationships do. They do not exhibit the same degree of systemic dependence. They do not experience a structural wage differential between the individuals in the relationship. In this sense, individuals in same-sex relationships are an advantaged group as compared to individuals in opposite-sex relationships. As such, there is no need to consider whether the legislation aggravates or exacerbates any pre-existing disadvantage.

Nor can it be said that the ameliorative legislation excludes a group which is disadvantaged in relation to the subject-matter of the legislation. The main targets of the ameliorative legislation, partners in opposite-sex relationships (particularly women), suffer a structural disadvantage which is unknown to individuals in same-sex relationships. Just because one form of disadvantage is addressed by this legislation does not mean that all forms of disadvantage must be addressed by it. In essence, this legislation is the type of ameliorative legislation expressly contemplated by L'Heureux-Dubé J. in *McKinney, supra*, and by Cory J. in *Vriend, supra*, at para. 96:

It is not as if the Legislature had merely chosen to deal with one type of discrimination. In such a case it might be permissible to target only that specific type of discrimination and not another. This is, I believe, the type of case to which L'Heureux-Dubé J. was referring in the comments she made in *obiter* in her dissenting reasons in *McKinney* (at p. 436): "in my view, if the provinces chose to enact human rights legislation which only prohibited discrimination on the basis of sex, and not age, this legislation could not be held to violate the *Charter*".

4. Contextual Factor of the Nature and Scope of the Affected Interest

The fourth factor to consider is the nature and scope of the affected interest. Here, we are to con-

relativement au sujet de la loi? Comme je l'ai expliqué dans la partie qui précède, elles ne le sont pas. Ces personnes ne s'acquittent pas du fardeau que constitue le rôle social rempli par les personnes formant une union avec une personne de sexe différent. Elles ne présentent pas le même degré de dépendance systémique. Elles ne vivent pas de différence structurelle de revenus avec leur partenaire. En ce sens, les personnes formant une union avec une personne du même sexe constituent un groupe favorisé comparativement aux personnes formant une union avec une personne de sexe différent. Ainsi, il est inutile de déterminer si la loi accentue un désavantage préexistant.

On ne peut pas dire non plus que la loi, qui apporte une amélioration, exclut un groupe qui est défavorisé par rapport au sujet de la loi. Ceux que la loi vise principalement, soit les partenaires formant une union entre personnes de sexe différent (en particulier, les femmes), subissent un désavantage structurel que ne connaissent pas les personnes formant une union avec une personne du même sexe. Ce n'est pas parce qu'une forme de désavantage est visée par cette loi que toutes les formes de désavantage doivent l'être. Cette loi constitue essentiellement le genre de loi apportant une amélioration expressément évoquée par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *McKinney*, précité, et par le juge Cory dans l'arrêt *Vriend*, précité, au par. 96:

Ce n'est pas comme si la législature avait simplement choisi de s'attaquer à un type de discrimination en particulier. En pareil cas, il aurait pu être acceptable de ne viser que ce type de discrimination, et pas les autres. C'est la situation à laquelle fait allusion, je crois, le juge L'Heureux-Dubé dans les remarques incidentes formulées dans son opinion dissidente dans l'arrêt *McKinney* (à la p. 436): «j'estime que si les provinces choisissaient d'adopter des lois sur les droits de la personne qui n'interdisent que la discrimination fondée sur le sexe et non sur l'âge, on ne pourrait dire que ces lois violent la *Charte*».

4. Le facteur contextuel de la nature et de l'étendue de l'intérêt touché

Le quatrième facteur à examiner est la nature et l'étendue du droit touché. En l'espèce, nous

257

258

sider how “severe and localized the . . . consequences on the affected group” are: *Egan, supra, per L’Heureux-Dubé J.*, as adopted by Iacobucci J. in *Law, supra*, at para. 74. The economic, constitutional, and societal significance of the interest is to be considered at this stage. If the legislation restricts access to a fundamental social institution, or unnecessarily promotes non-recognition of a particular group, then it is a factor which supports the conclusion that the legislation is discriminatory.

259

In this case, it is clear that there is an impact on the claimant’s group. Of course, the same could be true of any legislation which targets a specific group to receive a benefit (and a corresponding burden). However, it must be emphasized that the claimants are not deprived of access to support, but rather, they are not forced to participate in a mandatory support regime. The cost of receiving this benefit is the imposition of a burden on a class of people. The burden is not only a reduction in autonomy, but also is an imposition of financial obligations. It is a departure from the general principle in Western societies that individuals enjoy freedom and are expected to provide for themselves. Fully aware of the historical and systemic disadvantage faced by individuals in opposite-sex relationships (mainly women), the legislature saw fit to depart from this fundamental principle of self-sufficiency and to restrict their freedom by imposing this burden on individuals in opposite-sex relationships.

260

While the legislature does not force individuals in same-sex relationships to provide support, it also does not prevent them from doing so. Individuals in same-sex relationships are free to formulate contracts which impose support obligations upon themselves, just as the *FLA* does for some opposite-sex couples. I do not understand how it could be said that individuals in same-sex relationships are rendered “invisible” by non-inclusion in a regime merely because they have the same rights and obligations as all persons other than certain opposite-sex couples, particularly as they can

devons examiner à quel point «les conséquences [. . .] ressenties par le groupe touché sont graves et localisées»: *Egan*, précité, les motifs du juge L’Heureux-Dubé repris par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Law*, précité, au par. 74. L’importance économique, constitutionnelle et sociétale de l’intérêt en cause doit être examinée à cette étape. Si la loi limite l’accès à une institution sociale fondamentale ou promet inutilement la non-reconnaissance d’un groupe particulier, il s’agit d’un facteur qui appuie la conclusion que la loi est discriminatoire.

En l’espèce, il est évident qu’il y a des incidences sur le groupe auquel appartient la demanderesse. On pourrait naturellement en dire autant de toute loi visant à conférer un avantage (et à imposer un fardeau correspondant) à tout groupe particulier. Toutefois, il y a lieu de souligner que les demanderesses ne sont pas privées de l’accès aux aliments, c’est plutôt qu’elles ne sont pas assujetties à un régime d’obligation alimentaire impératif. Le prix à payer pour cet avantage est l’imposition d’un fardeau à une catégorie de personnes. Ce fardeau consiste non seulement en la réduction de l’autonomie, mais aussi en l’imposition d’obligations financières. Il s’agit d’une exception au principe, généralement reconnu dans les sociétés occidentales, que les personnes sont libres et qu’elles doivent subvenir à leurs propres besoins. Parfaitement conscient du désavantage historique et systémique subi par les personnes formant une union avec une personne de sexe différent (surtout les femmes), le législateur a jugé bon de s’écarter de ce principe fondamental d’autosuffisance et de restreindre leur liberté en leur imposant ce fardeau.

Bien que le législateur n’oblige pas les personnes formant une union avec une personne de même sexe à se fournir des aliments, il ne les empêche pas non plus de le faire. Elles sont libres de conclure des contrats qui leur impose des obligations alimentaires, comme la *LDF* le fait pour certains couples de sexe différent. Je ne comprends pas comment on peut dire que leur non-inclusion dans un régime rend ces personnes «invisibles» uniquement parce qu’elles ont les mêmes droits et les mêmes obligations que les autres, à l’exception de certains couples de sexe différent, d’autant plus

impose equivalent support obligations by way of contract. It is clear that this may result in some additional expenses relating to the contract, but it is difficult to see how this possible expense results in discriminatory non-recognition of the group, and how it results in “severe and localized consequences”. Clearly, when compared with the consequences that flowed from arbitrary non-recognition in the Alberta *Individual’s Rights Protection Act* in *Vriend, supra* (firing from jobs, denial of housing, etc.), these consequences do not appear nearly as “severe”. More importantly, as I explain in the following section, neither the non-recognition of same-sex couples in s. 29 nor these consequences constitute a violation of human dignity.

5. Human Dignity

The central purpose of the equality guarantee in s. 15(1) of the *Charter* is the protection and promotion of human dignity. The concept of human dignity is concerned with the autonomy, self-worth, and self-respect of individuals. As Iacobucci J. points out in *Law, supra*, “[h]uman dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits” (para. 53). Human dignity is the lifeblood of the equality guarantee, and forms the basis of each of the contextual factors I have already identified. However, s. 15(1) is not a guarantee of human dignity *per se*. It is a comparative equality guarantee which focuses on discrimination as between groups or persons that leads to a denial of human dignity.

As I have laboured to point out at every step in this analysis, in no way does this legislation violate the claimant’s human dignity. It must be recalled that the vantage point used in making this conclusion is “the reasonable person, in circumstances similar to those of the claimant, who takes into account the contextual factors relevant to the claim”: *Law, supra, per* Iacobucci J., at para. 88.

qu’elles peuvent s’imposer une obligation alimentaire équivalente au moyen d’un contrat. Il est clair que cela peut occasionner des frais supplémentaires liés au contrat, mais il est difficile de voir comment ces dépenses éventuelles peuvent constituer une non-reconnaissance discriminatoire du groupe et comment elles causent des «conséquences graves et localisées». Il est manifeste que, lorsqu’on les compare avec les conséquences découlant de la non-reconnaissance arbitraire constatée dans l’*Individual’s Rights Protection Act* de l’Alberta dans l’arrêt *Vriend*, précité (congédiements, refus de logement, etc.), ces conséquences sont loin de paraître aussi «graves». Fait plus important, comme je l’explique dans la partie suivante, ni la non-reconnaissance des couples de même sexe dans l’art. 29, ni ces conséquences ne constituent une atteinte à la dignité humaine.

5. La dignité humaine

L’objet principal de la garantie d’égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte* est la protection et la promotion de la dignité humaine. La notion de dignité humaine concerne l’autonomie, l’estime de soi et le respect de soi-même. Comme le juge Iacobucci le souligne dans l’arrêt *Law*, précité, «[l]a 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» (par. 53). La dignité humaine se trouve au cœur de la garantie d’égalité et constitue le fondement de chacun des facteurs contextuels que j’ai déjà mentionnés. Cependant, le par. 15(1) n’est pas une garantie de dignité humaine en soi. Il s’agit d’une garantie d’égalité relative, portant principalement sur la discrimination, entre les groupes et entre les personnes, qui conduit à une atteinte à la dignité humaine.

Comme je me suis efforcé de le souligner à chaque étape de la présente analyse, la présente loi ne porte en aucune façon atteinte à la dignité de la demanderesse. Il faut rappeler que la perspective utilisée pour arriver à cette conclusion est celle de «la personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur et qui tient compte des facteurs contextuels pertinents»:

261

262

As L'Heureux-Dubé J. points out in *Corbière v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, "the 'reasonable person' considered by the subjective-objective perspective understands and recognizes not only the circumstances of those like him or her, but also appreciates the situation of others" (emphasis in original) (para. 65). It is important to note that it is not a denial of human dignity to recognize difference; to the contrary, acknowledging individual personal traits is a means of fostering human dignity. By recognizing individuality, and rejecting forced uniformity, the law celebrates differences, fostering the autonomy and integrity of the individual.

Law, précité, le juge Iacobucci, au par. 88. Comme le juge L'Heureux-Dubé le fait remarquer dans l'arrêt *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, «la "personne raisonnable" prise en considération dans cette analyse subjective-objective comprend et admet non seulement la situation des personnes qui sont comme elle, mais elle est également sensible à la situation d'autrui» (souligné dans l'original) (par. 65). Il est important de se rappeler que le fait de reconnaître une différence ne constitue pas une atteinte à la dignité humaine et, qu'au contraire, le fait de reconnaître l'existence de caractéristiques personnelles est un moyen de la favoriser. En reconnaissant la particularité de chaque individu et en rejetant l'uniformité imposée, la loi fait l'éloge de la différence, favorisant l'autonomie et l'intégrité de la personne.

263

Therefore, we must ask, having considered all of the contextual factors discussed above, should a reasonable person in circumstances similar to the claimant feel her dignity is demeaned? In my view, I cannot see how she could. The legislation in question is ameliorative legislation that seeks to better the position of a group of people who are uniquely disadvantaged. Although the claimant is a member of a group that suffers pre-existing, historical disadvantage, the claimant's group is relatively advantaged in relation to the subject-matter at hand. The evidence does not demonstrate that there is the same level of dependency in same-sex relationships that warrants granting the benefit (and imposing the burden) of access to the mandatory spousal obligation regime. The evidence does not suggest that same-sex relationships fulfil the same social role, nor that they suffer the consequences of that unique social role. In sum, the legislation takes into account accurate differences between that group and the claimant in a manner which respects the claimant's human dignity by not relying on a stereotype.

Par conséquent, après avoir examiné l'ensemble des facteurs contextuels susmentionnés, nous devons nous demander si une personne raisonnable placée dans une situation semblable à celle de la demanderesse devrait se sentir bafouée dans sa dignité. Je ne vois pas comment elle le pourrait. La loi en question vise à améliorer la situation d'un groupe de personnes qui sont défavorisées d'une façon particulière. Bien que la demanderesse soit membre d'un groupe qui souffre déjà d'un désavantage historique, ce groupe est relativement favorisé pour ce qui est de la matière en cause. La preuve n'établit pas qu'il existe, dans les unions entre personnes de même sexe, le même niveau de dépendance qui justifie l'octroi de l'avantage (et l'imposition du fardeau) que constitue l'accès au régime impératif de l'obligation alimentaire entre conjoints. Il ne ressort pas de la preuve que les unions entre personnes de même sexe remplissent le même rôle social ni qu'elles subissent les conséquences qu'entraîne ce rôle social particulier. En somme, la loi prend en compte les différences réelles entre ce groupe et la demanderesse d'une manière qui respecte la dignité humaine de la demanderesse en ne se fondant pas sur un stéréotype.

6. Competing Views on Whether Section 29 of the *FLA* is Discriminatory

I wish to address briefly the opinion of my colleagues on this third broad inquiry about whether the legislation is discriminatory. Bastarache J. acknowledges that *Law, supra*, has set out a number of contextual factors we are to consider, but instead of analysing them, he appears content to simply conclude that “[i]n this case, discrimination exists because of the exclusion of persons from the regime on the basis of an arbitrary distinction, sexual orientation. Having regard to these contextual factors, I am convinced that this distinction is one that puts into question the dignity of the person affected” (para. 291). With respect, I do not agree with arriving at conclusions on the contextual factors set out in *Law* so quickly. In particular, as I discussed above, it appears to me that much of Bastarache J.’s points clearly demonstrate that the legislation corresponds with the reality of the claimant.

My colleagues Cory and Iacobucci JJ. similarly contend that extending the spousal support regime in Part III of the *FLA* to cohabiting same-sex couples would not undermine the objectives of the legislation, and would enhance the dignity of the claimant. However, this proposition is the understandable consequence of defining the legislative purpose as Cory and Iacobucci JJ. have done. It is not responsive to the argument that what the Legislative Assembly has attempted to achieve by way of the *FLA* is to impose a mandatory support regime on individuals who are in a certain social condition or set of circumstances. As I have outlined above, excluding cohabiting same-sex couples from the scope of Part III of the *FLA* does not mean that individuals who are cohabiting in same-sex relationships are any less worthy of respect, nor does it have any objective impact on their dignity as individuals. To the contrary, the *FLA* does not impose spousal support obligations upon cohabiting same-sex couples because, in the legislature’s view (and, I might add, in the view of some gays and lesbians, including the respondent

6. Les opinions divergentes sur la question de savoir si l’art. 29 de la *LDF* est discriminatoire

Je désire aborder brièvement l’opinion de mes collègues sur ce troisième grand volet de l’enquête visant à déterminer si la loi est discriminatoire. Le juge Bastarache reconnaît que l’arrêt *Law*, précité, énonce un certain nombre de facteurs contextuels qu’il nous faut examiner, mais au lieu de les analyser, il semble se borner à conclure qu’«[e]n l’espèce, il y a discrimination parce que des personnes sont exclues du régime sur le fondement d’une distinction arbitraire, soit l’orientation sexuelle. Compte tenu de ces facteurs contextuels, je suis convaincu que cette distinction met en doute la dignité de la personne visée» (par. 291). Avec égards, je ne suis pas d’accord pour conclure si aisément selon les facteurs contextuels énoncés dans l’arrêt *Law*. Surtout, comme je l’ai dit précédemment, qu’il me semble que bon nombre des points formulés par le juge Bastarache montrent clairement que la loi correspond à la réalité de la demanderesse.

Mes collègues, les juges Cory et Iacobucci, soutiennent que l’extension du régime de l’obligation alimentaire entre conjoints prévu par la partie III de la *LDF* aux couples de même sexe qui cohabitent ne compromettrait pas la réalisation des objectifs visés par la loi et valoriserait la demanderesse dans sa dignité. Cependant, cette proposition est la conséquence logique de la définition donnée à l’objet législatif par les juges Cory et Iacobucci. Cela ne répond pas à l’argument selon lequel l’Assemblée législative, en adoptant la *LDF*, a tenté d’imposer un régime impératif d’obligations alimentaires à des personnes placées dans une certaine condition sociale ou dans des circonstances particulières. Comme je l’ai déjà souligné, l’exclusion des couples de même sexe qui cohabitent du champ d’application de la partie III de la *LDF* ne signifie pas que les personnes qui forment une union et cohabitent avec une personne du même sexe soient moins dignes de respect et cela n’a pas non plus d’incidence objective sur leur dignité en tant que personnes. Au contraire, la *LDF* ne leur impose pas l’obligation alimentaire entre conjoints

264

265

H.), same-sex couples do not have the same structural needs as opposite-sex couples, and same-sex couples do not, as a group, fulfil the same social function. Those needs arise out of the very nature of opposite-sex relationships, and stem from a biological reality.

266 This differing view of the purpose and target of the legislation results in a different analysis throughout each of the contextual factors. For example, Cory J. explains that because, in his view, the legislation targets conjugal, permanent relationships (which he previously referred to as “intimate” relationships), the legislation does not correspond to the reality of the claimant, who is in a conjugal, permanent (“intimate”) relationship (para. 70). At para. 69, he explains that the legislation’s ameliorative purpose excludes individuals such as the claimant, who are equally disadvantaged as the target group.

267 In the s. 1 analysis, Iacobucci J. gets to the heart of the matter with his observation that the spousal support provisions contained in Part III of the *FLA* are “simultaneously underinclusive and overinclusive” (para. 113). I agree, although in my view, having advanced this proposition, he draws the wrong lesson from it. In and of itself, the proposition is not remarkable. It describes almost all legislation. To legislate is to draw distinctions between people on specified grounds. Given the capacity of a legislature in a modern regulatory state to govern a province populated by millions of people, those distinctions can never entirely correspond with the particular circumstances of individuals, as was the case in *Law, supra*. This point was made well by La Forest J. in *Egan, supra*, at para. 25:

I add that I do not think the courts should attempt to require meticulous line drawing that would ensure that only couples that had children were included. This could impose on Parliament the burden of devising administrative procedures to ensure conformity that could be

parce que le législateur (et, je tiens à le préciser, certains gais et certaines lesbiennes, dont l’intimée H.) estime que les couples de même sexe n’ont pas les mêmes besoins structurels que les couples de sexe différent et qu’ils ne remplissent pas, en tant que groupe, la même fonction sociale. Ces besoins tiennent à la nature même des unions entre personnes de sexe différent et découlent d’une réalité biologique.

Cette divergence de vues quant à l’objet et à l’objectif de la loi conduit à une analyse différente de chacun des facteurs contextuels. Par exemple, le juge Cory explique que parce que, selon lui, la loi vise les unions conjugales permanentes (qu’il avait auparavant appelées unions «intimes»), la loi ne correspond pas à la réalité que vit la demanderesse, soit une union conjugale permanente («intime») (par. 70). Au paragraphe 69, il explique que l’objet d’amélioration visé par la loi exclut les personnes comme la demanderesse qui peuvent être également défavorisées comme le groupe visé.

Dans l’analyse fondée sur l’article premier, le juge Iacobucci va au cœur de la question lorsqu’il note que la portée des dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF* est «à la fois trop limitative et trop large» (par. 113). J’en conviens, bien qu’à mon avis, ayant avancé cette proposition, il n’en tire pas la bonne leçon. La proposition en soi n’est guère digne de mention. Elle s’applique à presque toutes les lois. Légiférer, c’est établir des distinctions entre des personnes pour des motifs précis. Compte tenu de la capacité du législateur d’un État moderne de gouverner une province peuplée de millions de personnes, de telles distinctions ne peuvent jamais entièrement correspondre à la situation particulière de chaque individu, comme c’était le cas dans l’arrêt *Law*, précité. Le juge La Forest dans l’arrêt *Egan*, précité, au par. 25, a bien établi ce point:

J’ajouterai que selon moi les tribunaux ne doivent pas tenter d’exiger une ligne de démarcation bien précise afin que seuls les couples qui ont des enfants soient inclus. Cela pourrait imposer au législateur, pour s’assurer qu’il y ait conformité, le fardeau d’élaborer des pro-

both unnecessarily intrusive and difficult to administer, thereby depriving Parliament of that “reasonable room to manoeuvre” which this Court has frequently recognized as necessary. . . .

The *Charter* cannot possibly require the Legislative Assembly to revise the *FLA* to exclude non-procreative opposite-sex couples from its scope. As La Forest J. indicated, the legislative and administrative scheme necessary to do so would be highly intrusive and would likely violate *Charter* privacy guarantees. By contrast, exclusion of same-sex couples, who are inherently, rather than situationally, non-procreative, from the *FLA* support regime raises none of these concerns.

My colleagues, relying upon the statement of Charron J.A. in the Court of Appeal below, suggest that it was the extension of s. 29 of the *FLA* from married couples alone to cohabiting opposite-sex couples that grounds the respondent M.’s claim in the present appeal. As my colleagues observe, many of the provisions of the *FLA* are limited in their application to married couples alone. The argument, as I understand it, is that although limiting support obligations to married couples alone might be a defensible legislative goal, once the legislature took the step of extending support obligations to unmarried opposite-sex couples, the entire *FLA* spousal support scheme was imperiled, because the legislature could not fashion a constitutionally sound distinction between unmarried opposite-sex couples and unmarried same-sex couples. Although not without its initial attractions, this argument ultimately founders.

The entire issue in this appeal is whether the distinction drawn by the Legislative Assembly between cohabiting opposite-sex couples and all other relationships is maintainable. My colleagues’ implicit suggestion is that the simplest way to render s. 29 constitutionally viable would be to

cédures administratives qui pourraient être à la fois inutilement envahissantes et difficiles à administrer, et qui le priveraient de ce fait de cette «marge de manœuvre raisonnable» que notre Cour a fréquemment jugée nécessaire . . .

La *Charte* ne peut absolument pas exiger de l’Assemblée législative qu’elle modifie la *LDF* afin d’exclure de sa portée les couples de sexe différent qui ne procréent pas. Comme l’a souligné le juge La Forest, les régimes législatif et administratif nécessaires seraient très envahissants et porteraient probablement atteinte aux droits que la *Charte* garantit en matière de vie privée. Par contraste, l’exclusion du régime de l’obligation alimentaire prévu par la *LDF* des couples de même sexe, qui, par définition et non par le jeu des circonstances, ne procréent pas, ne soulève aucune de ces inquiétudes.

S’appuyant sur les propos du juge Charron de la Cour d’appel, mes collègues affirment que c’est l’extension du champ d’application de l’art. 29 de la *LDF*, qui visait les seuls couples mariés, aux couples de sexe différent qui cohabitent, qui fonde la demande présentée par l’intimée M. dans le présent pourvoi. Comme mes collègues le font remarquer, bon nombre des dispositions de la *LDF* ne s’appliquent qu’aux couples mariés. Leur raisonnement, si je comprends bien, est que même si la restriction des obligations alimentaires aux seuls couples mariés pourrait constituer un objectif législatif défendable, dès que le législateur étend ces obligations aux couples de sexe différent non mariés, l’ensemble du régime de l’obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF* est menacé parce qu’il est impossible d’établir une distinction valable sur le plan constitutionnel entre les couples de sexe différent non mariés et les couples de même sexe non mariés. Bien qu’attrayant à première vue, cet argument doit ultimement être rejeté.

Toute la question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la distinction établie par le législateur entre les couples de sexe différent qui cohabitent et toutes les autres unions peut être maintenue. Mes collègues laissent entendre implicitement que la façon la plus simple de rendre

268

269

270

restrict its application to married couples alone. I see no reason to conclude that the *Charter* operates so restrictively. Here, the Legislative Assembly has made a distinction on the basis of a fundamental biological and social reality to address a unique form of disadvantage specific to opposite-sex couples. On the other hand, if the Legislative Assembly is obliged to address all of the manifestations of economic interdependence between individuals, it is difficult to see how drawing the line to include same-sex couples, but to exclude those relationships which are not conjugal (and which can be similarly distinguished on enumerated or analogous grounds), can itself withstand constitutional challenge.

l'art. 29 viable sur le plan constitutionnel serait d'en restreindre l'application aux seuls couples mariés. Je ne vois aucune raison de conclure que la *Charte* s'applique de façon aussi restrictive. En l'espèce, le législateur a établi une distinction se fondant sur une réalité sociale et biologique fondamentale pour corriger une forme particulière de désavantage propre aux couples de sexe différent. Par contre, si le législateur est tenu de s'attaquer à toutes les manifestations de l'interdépendance financière entre les individus, il est difficile de voir comment on peut tracer une ligne de démarcation qui permette d'inclure les couples de même sexe, mais d'exclure les unions non conjugales (qui peuvent, de la même façon, faire l'objet d'une distinction fondée sur des motifs énumérés ou analogues), et qui puisse elle-même résister à une contestation constitutionnelle.

271 It may be, of course, that extending the definition of "spouse" to include same-sex couples or other relationships or otherwise providing for support obligations based on dependency would be a prudent or reasonable policy decision. My colleague Iacobucci J.'s view, for example, is that to make this extension would advance what he sees as the purpose of the legislation. However, the wisdom or desirability of such an extension is not itself a matter properly within the consideration of this Court. The legislature itself considered the desirability of extending the scope of s. 29 to same-sex couples, but in the end, decided to the contrary. We must take seriously the contention that the legislation violates the *Charter*. Yet we must be careful not to jump from the assertion that a legislative change would be prudent to the contention that such a change is constitutionally mandated. In my view, my colleagues make that jump. For this reason, I respectfully disagree.

Il se pourrait, bien entendu, que l'extension de la définition du mot «conjoint» de façon à inclure les couples de même sexe ou d'autres unions, ou de prévoir autrement des obligations alimentaires fondées sur la dépendance, constitue une décision de principe prudente et raisonnable. Mon collègue le juge Iacobucci estime, par exemple, que cela favoriserait la réalisation de ce qu'il considère comme étant l'objet de la loi. Cependant, la question de savoir s'il serait judicieux ou souhaitable de prendre une telle mesure n'en est pas une qui doit relever de notre Cour. Le législateur lui-même a examiné l'opportunité d'étendre l'application de l'art. 29 aux couples de même sexe, mais il a finalement décidé de ne pas le faire. Nous devons examiner sérieusement l'affirmation voulant que la loi viole la *Charte*. Toutefois, nous devons prendre soin de ne pas passer de la conclusion qu'il serait prudent de modifier la loi à la conclusion qu'une telle modification s'impose en vertu de la Constitution. À mon avis, c'est ce que font mes collègues. Pour cette raison, en toute déférence, je ne puis être d'accord.

H. Section 1 of the Charter

H. L'article premier de la Charte

272 As it is my view that the respondent M. has not demonstrated an infringement of s. 15(1) of the *Charter* in the present appeal, it is not necessary to engage in a s. 1 analysis.

Comme je suis d'avis que l'intimée M. n'a pas établi dans le présent pourvoi qu'il y avait atteinte au par. 15(1) de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de faire une analyse selon l'article premier.

III. Conclusion

One of the fundamental principles in Canadian society is that individuals enjoy freedom and are expected to provide for their own needs. This rule is obviously not absolute. Canadians take pride in our social programs which lend a hand to those who, for differing reasons, cannot provide for themselves. At the same time, these social programs have specific policy goals, and in pursuit of those goals, they target specific groups of people. When the state provides assistance, only those who need the assistance should receive it. In this appeal, the impugned legislation sought to redress a historical fact that individuals in opposite-sex relationships suffer a systemic dynamic of dependence, which manifests in a support obligation that exists not only while the two individuals are in the relationship, but also after the relationship breaks down. Usually, it is the female partner who suffers the greatest burden upon marriage or common-law relationship breakdown: *Moge, supra*. The legislature has, since 1859, used a variety of legislative tools to alleviate this systemic suffering, which is unique to opposite-sex relationships. The statutory language, the preamble, and the legislative debates reveal that this legislation is one of those tools.

In my view, the s. 15(1) claim in this case fails because s. 29 of the *FLA* seeks to ameliorate a historical and structural disadvantage specific to individuals in certain types of opposite-sex relationships, and in so doing, accurately corresponds with the needs, capacity, and circumstances of the claimant and these opposite-sex couples. Although individuals in same-sex relationships suffer pre-existing disadvantage in many areas of life, it has not been shown that this is one of them. In fact, the contrary has been shown: individuals in same-sex relationships generally exhibit less dependency in the relationship; they do not have a structural wage differential between the partners in the relationship; and they do not exhibit the same gendered division of domestic and child-care responsibilities. Although any of these elements may be

III. Conclusion

L'un des principes fondamentaux de la société canadienne est que les personnes sont libres et qu'elles doivent subvenir à leurs propres besoins. Cette règle n'est évidemment pas absolue. Les Canadiens considèrent avec fierté leurs programmes sociaux, qui aident ceux qui, pour diverses raisons, ne peuvent subvenir à leurs besoins. Parallèlement, ces programmes sociaux ont des objectifs stratégiques précis et, en vue de les atteindre, ils visent des groupes particuliers de personnes. Lorsque l'État fournit une aide, seuls ceux qui en ont besoin devraient la recevoir. Dans le présent pourvoi, la loi contestée cherche à remédier au fait historique que les personnes formant une union avec une personne de sexe différent souffrent d'une dynamique de dépendance systémique, qui se manifeste par une obligation de soutien non seulement pendant la durée de l'union, mais aussi après la rupture. C'est généralement la partenaire féminine qui hérite du fardeau le plus lourd après l'échec du mariage ou la rupture de l'union de fait: *Moge*, précité. Depuis 1859, le législateur a mis en œuvre divers mécanismes législatifs pour atténuer ces effets systémiques particuliers aux unions entre personnes de sexe différent. Le texte de la loi, le préambule et les débats législatifs montrent que cette loi constitue l'un de ces mécanismes.

Je suis d'avis que la demande fondée sur le par. 15(1) en l'espèce échoue parce que l'art. 29 de la *LDF* vise à pallier un désavantage historique et structurel particulier à certaines unions entre personnes de sexe différent et, ce faisant, correspond parfaitement aux besoins, aux capacités et à la situation propres à la demanderesse et à ces couples de sexe différent. Bien que les personnes formant une union avec une personne du même sexe soient déjà défavorisées à nombreux égards dans la vie, il n'a pas été établi qu'elles subissaient ce désavantage. En fait, le contraire a été établi: on constate généralement chez les personnes formant une union avec une personne du même sexe une moins grande dépendance; il n'y a pas de différence structurelle de revenus entre les partenaires; le partage des tâches domestiques et des tâches

273

274

present in a same-sex relationship, none will have been created by the structural dynamic of dependence which the legislature has seen fit to address, but rather will be attributable to the individual idiosyncrasies of the claimant.

275

In this case, the respondent M. claimed that a benefit granted opposite-sex couples has been denied her on a distinction based on the analogous ground of sexual orientation. However, the contextual factors demonstrate that there has been no discrimination and the claimant falls outside the scope of protection accorded by that ground. This distinction does not rest on the stereotypical application of presumed group or individual characteristics; to the contrary, it rests on the correspondence between the ground of distinction and the actual needs, capacity, and circumstances of the claimant and those of the group the legislation targets. The right to equality in s. 15(1) does not guarantee equality in the abstract; it rests on a comparison with others. This requires us to examine whether the claimant group suffers pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability as compared with the selected comparison group, and as related to the subject-matter of the legislation. In this case, individuals in same-sex relationships are not disadvantaged in relation to the dynamic of dependence which the legislation seeks to address. As such, the ameliorative purpose of the *FLA* is not underinclusive of a group which is disadvantaged in relation to that purpose. Moreover, although the claimant is affected by her exclusion from the mandatory support regime, this regime both confers a benefit and imposes a burden. Mandatory support restricts personal choice and reduces the concomitant financial advantages. The legislation does not render individuals in same-sex relationships “invisible”. They are fully entitled to impose support obligations upon themselves, if they so choose. However, the circumstances unique to individuals in opposite-sex relationships which warrant the reduction of

liées au soin des enfants ne se fait pas de la même façon selon le sexe. Bien que n’importe lequel de ces éléments puisse se retrouver dans une union entre personnes de même sexe, il ne sera pas attribuable à la dynamique de dépendance structurelle à laquelle le législateur a jugé bon de s’attaquer mais plutôt aux préférences personnelles du demandeur.

Dans la présente affaire, l’intimée M. soutient qu’on l’a privée d’un avantage accordé aux couples de sexe différent en raison d’une distinction fondée sur le motif analogue de l’orientation sexuelle. Les facteurs contextuels montrent toutefois l’absence de discrimination, de sorte que la demanderesse ne bénéficie pas de la protection accordée par ce motif. Cette distinction ne repose pas sur l’application stéréotypée de présomées caractéristiques personnelles ou de groupe; elle repose au contraire sur une correspondance entre le motif de distinction et les besoins, les capacités et la situation propres à la demanderesse et au groupe visé par la loi. Le droit à l’égalité protégé par le par. 15(1) ne garantit pas l’égalité dans l’abstrait, mais repose plutôt sur une comparaison avec les autres. Cela nous oblige à déterminer si le groupe demandeur souffre de la préexistence d’un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité par rapport au groupe de comparaison choisi et relativement au sujet de la loi. En l’espèce, les personnes formant une union avec une personne du même sexe ne sont pas défavorisées relativement à la dynamique de dépendance que la loi cherche à pallier. Ainsi, l’objet d’amélioration de la *LDF* n’est pas trop limitatif à l’égard d’un groupe défavorisé relativement à cet objet. De plus, bien que la demanderesse soit touchée par son exclusion du régime impératif de l’obligation alimentaire, ce régime à la fois impose un fardeau et confère un avantage. L’imposition d’une obligation alimentaire impérative restreint la liberté personnelle et réduit les avantages financiers concomitants. La loi ne rend pas «invisibles» les personnes formant une union avec une personne du même sexe. Ces dernières ont parfaitement le droit de s’engager à se verser des aliments, si telle est leur volonté. Toutefois, les conditions particulières qui justifient la réduction de l’autonomie des

that group's autonomy do not similarly exist in same-sex relationships.

By analysing all of the contextual factors, it is apparent that the claimant's human dignity is not violated by s. 29 of the *FLA*. A reasonable person in the position of the claimant, having taken into account all of the contextual factors relevant to the claim, would not find their human dignity violated by a provision which appropriately takes into account their actual needs, capacity, and circumstances as compared to those of opposite-sex couples subject to the legislation. For these reasons, it is my view that the s. 15(1) claim must fail.

IV. Disposition

For all of the above reasons, I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal, and answer the constitutional questions as follows:

1. Does the definition of "spouse" in s. 29 of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, infringe or deny s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

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

Answer: Given my response to question 1, the question is not applicable.

I concur with my colleagues on the disposition as to costs.

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. — Although I agree with much of the reasoning of my colleagues and their result, I reach the same result on a narrow basis.

personnes formant une union avec une personne de sexe différent ne sont pas constatées au sein des unions entre personnes de même sexe.

Il ressort clairement de l'analyse de l'ensemble des facteurs contextuels que l'art. 29 de la *LDF* ne porte pas atteinte à la dignité humaine de la demanderesse. La personne raisonnable, placée dans la situation de la demanderesse qui tiendrait compte de tous les facteurs contextuels pertinents aux fins de la demande, n'estimerait pas que sa dignité humaine est bafouée par une disposition qui tient dûment compte de ses besoins, de ses capacités et de sa situation, par rapport aux couples de sexe différent qui font l'objet de la loi. Pour ces motifs, je suis d'avis que la demande fondée sur le par. 15(1) doit échouer.

IV. Dispositif

Pour tous ces motifs, je serais d'avis d'accueillir le pourvoi, de casser l'ordonnance de la Cour d'appel et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Est-ce que la définition de «conjoint» à l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, a pour effet de nier les droits garantis au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou d'y porter atteinte?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à la question 1 est «oui», est-ce que cette négation ou atteinte est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Compte tenu de ma réponse à la question 1, la question ne se pose pas.

Je souscris à l'opinion de mes collègues pour ce qui est des dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR — Bien que je souscrive dans une large mesure au raisonnement suivi par mes collègues et au résultat auquel ils parviennent, j'arrive au même résultat selon un raisonnement succinct.

276

277

278

279

- 280 I agree with Justices Cory and Iacobucci that the respondent M. in this case was excluded from applying for a benefit as a result of her relationship on the basis of sexual orientation contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As my colleagues conclude, that exclusion served no purpose and unnecessarily burdened the public purse; it was, therefore, unjustified.
- 281 The purpose of s. 29 of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, as stated in para. 53 of Justices Cory and Iacobucci's reasons is to allow persons who become financially dependent on one another in the course of a lengthy "conjugal" relationship some relief from financial hardship resulting from the breakdown of that relationship. The relationship at issue in this case meets those requirements. The Ontario Court of Appeal ((1996), 31 O.R. (3d) 417) found a lengthy conjugal relationship that resulted in financial dependence. The exclusion of same-sex couples from the scheme to determine and redress this dependence on the basis of their sexual orientation denies them equal benefit of the law contrary to s. 15(1) of the *Charter*.
- 282 In order to dispose of this appeal it is unnecessary to consider whether other types of long-term relationship may also give rise to dependency and relief. The respondent M. asks nothing more than the government recognize that her relationship with H. existed, and that it might have given rise to the sort of financial dependency contemplated in the *FLA*. The statute's categorical exclusion of an individual whose situation falls squarely within its mandate, and who might be entitled to its benefits and protection, denies that person the equal concern and respect to which every Canadian is entitled, and constitutes discrimination.
- 283 The exclusion at issue in this case could not be shown to further any purpose. In fact, it undermines the intention of the legislation which was designed in part to reduce the demands on the public welfare system, a factor which I find compelling. By leaving potentially dependent individuals
- Je conviens avec les juges Cory et Iacobucci qu'en l'espèce, l'intimée M. a été privée du droit de demander un avantage résultant de son union en raison de son orientation sexuelle en violation du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et des libertés*. Mes collègues l'ont dit, cette exclusion est sans raison et elle alourdit inutilement le fardeau financier de l'État; elle est par conséquent injustifiée.
- L'objet de l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, énoncé au par. 53 des motifs des juges Cory et Iacobucci est de prévoir au profit des personnes qui deviennent financièrement interdépendantes au cours d'une longue union «conjugale» certains recours afin de faire face aux difficultés financières résultant de la rupture de l'union. L'union en cause en l'espèce satisfait à ces exigences. La Cour d'appel de l'Ontario ((1996), 31 O.R. (3d) 417) a conclu à l'existence d'une longue union conjugale qui a engendré une dépendance financière. L'exclusion fondée sur l'orientation sexuelle de couples de même sexe du régime conçu pour corriger cette dépendance les prive du même bénéfice de la loi en violation du par. 15(1) de la *Charte*.
- Pour trancher le présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de se demander si d'autres types d'unions à long terme peuvent également entraîner une dépendance et donner ouverture à des recours. L'intimée M. ne demande rien de plus que la reconnaissance par le gouvernement de l'existence de son union avec H. et du fait qu'elle aurait pu engendrer la dépendance financière envisagée par la *LDF*. L'exclusion catégorique par la loi d'une personne qui est placée dans une situation nettement visée par la mission de la loi et qui pourrait avoir droit au bénéfice et à la protection de la loi la prive de la considération et du respect auxquels chaque Canadien a droit et constitue de la discrimination.
- L'on n'a pas pu établir que l'exclusion en cause en l'espèce favorisait quelque objet que ce soit. En fait, elle va à l'encontre de l'intention du législateur qui a conçu le texte de loi en partie pour réduire le fardeau de l'aide sociale, et c'est un facteur que j'estime concluant. Parce qu'il laisse des

without a means of obtaining support from their former partners, s. 29 burdens the public purse with their care. Therefore, the offending provisions are not rationally connected to the valid aims of the legislation and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

Accordingly, I would dispose of the appeal in the manner proposed by my colleagues.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. — On June 9, 1994, the Ontario legislature defeated Bill 167, which sought to extend the definition of “spouse” in various Acts to include same-sex couples. This has been interpreted as a deliberate exclusion of same-sex couples from the definition of “spouse” in s. 29 of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3 (“*FLA*”), which is impugned in the case before this Court. In that sense, it is true that this case is about the status of same-sex couples in the family law regime of Ontario. Things are, however, not as simple as they may appear. It has been argued before us that this case is essentially about the degree of deference to be given to legislatures in designing public policy and that the central legal issue here is to determine whether there is a constitutional obligation on the legislature to afford same-sex couples the same status under the family law regime as that afforded to opposite-sex couples. These are very contentious questions. The scope of the legal issues raised and the implications of our decision may in fact be greater than expected when the action was first initiated. This explains why we have heard forceful presentations by interveners, and why emotions run high. It is easy to understand, in this context, why the Court has been invited by some parties to take sides; but this is not the role of a court. A court’s role is to give a generous and liberal interpretation to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and to apply s. 1 of the *Charter* in a fair and reasonable way in order to determine, in legal terms, whether

personnes potentiellement dépendantes sans moyen d’obtenir des aliments de leur ancien partenaire, l’art. 29 alourdit d’autant le fardeau de l’État. Les dispositions ne sont donc pas rationnellement liées aux fins valides de la loi et ne peuvent être justifiées en vertu de l’article premier de la *Charte*.

Par conséquent, je suis d’avis de trancher le pourvoi de la manière proposée par mes collègues.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE — Le 9 juin 1994, l’Assemblée législative de l’Ontario a rejeté le projet de loi 167 qui visait à élargir la définition du mot «conjoint» dans plusieurs lois de manière à inclure les couples de même sexe. Ce rejet a été interprété comme une exclusion intentionnelle des couples de même sexe de la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3 («*LDF*»), lequel est contesté en l’espèce. En ce sens, il est vrai que la présente affaire porte sur la situation des couples de même sexe au regard du régime du droit de la famille ontarien. Toutefois, les choses ne sont pas aussi simples qu’il y paraît. Il a été soutenu devant nous que l’affaire porte essentiellement sur le degré de retenue dont il convient de faire preuve à l’égard des choix politiques du législateur, et que la principale question de droit qu’elle soulève est de savoir si la Constitution oblige ce dernier à accorder aux couples de même sexe le même traitement qu’aux couples de sexe différent dans le régime du droit de la famille. Il s’agit de questions très litigieuses. La portée des questions de droit soulevées en l’espèce et les répercussions de notre décision pourraient en effet s’avérer plus importantes que ce à quoi l’on s’attendait lorsque l’action a été intentée. C’est la raison pour laquelle il nous a été donné d’entendre des plaidoiries aussi énergiques de la part des intervenants et c’est ce qui explique pourquoi l’affaire soulève autant les passions. Il est facile de comprendre, dans ce contexte, pourquoi certaines parties ont invité la Cour à se ranger dans un camp, ce qui n’est pas le rôle d’un tribunal. Le rôle d’un tribunal consiste plutôt à interpréter de façon généreuse et libérale le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et*

284

285

the legislature has breached its obligations under the *Charter*.

libertés et à appliquer son article premier de manière équitable et raisonnable afin de déterminer, sur le plan juridique, si le législateur a violé les obligations qui lui incombent en vertu de la *Charte*.

286 This case, like all *Charter* challenges to legislation, represents another episode in the continuing dialogue between the branches of government. As this Court recently outlined in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, when Canadians collectively chose to adopt the *Charter*, Canada changed from a system of parliamentary supremacy to a system of constitutional supremacy. In doing so, Canadians assigned the role of judicial review to the courts so that the rights given to individuals under the *Charter* could not be unjustifiably infringed by any legislature or government. This Court, in *Vriend*, set out the proper role of the courts on judicial review of government action. At para. 136, Cory and Iacobucci JJ., for the majority, state:

Because the courts are independent from the executive and legislature, litigants and citizens generally can rely on the courts to make reasoned and principled decisions according to the dictates of the constitution even though specific decisions may not be universally acclaimed. In carrying out their duties, courts are not to second-guess legislatures and the executives; they are not to make value judgments on what they regard as the proper policy choice; this is for the other branches. Rather, the courts are to uphold the Constitution and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others' role and the role of the courts.

La présente affaire, à l'instar de toutes les contestations de dispositions législatives fondées sur la *Charte*, constitue un autre épisode du dialogue continu entre les différents pouvoirs de l'État. Comme notre Cour l'a souligné récemment dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, lorsque les Canadiens ont collectivement décidé d'adopter la *Charte*, le Canada est passé du système de la suprématie parlementaire à celui de la suprématie constitutionnelle. La population canadienne a ainsi confié aux tribunaux une mission de contrôle afin que les droits conférés à l'individu sous le régime de la *Charte* ne puissent être violés de façon injustifiée par aucun législateur ni gouvernement. Notre Cour, dans l'arrêt *Vriend*, a exposé le rôle que doivent jouer les tribunaux en matière de contrôle judiciaire de l'action gouvernementale. Au paragraphe 136, les juges Cory et Iacobucci ont dit, s'exprimant au nom des juges majoritaires:

Parce que les tribunaux sont indépendants des pouvoirs exécutif et législatif, les justiciables et les citoyens en général peuvent habituellement s'attendre à ce qu'ils rendent des décisions motivées et étayées, conformes aux prescriptions constitutionnelles, même si certaines d'entre elles peuvent ne pas faire l'unanimité. Les tribunaux n'ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu'ils considèrent comme les politiques à adopter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux.

287 Although I agree with Cory and Iacobucci JJ. on the outcome and applicable remedies in this case, I have come to a different conclusion regarding the objectives of the legislation under review. While I find that the purpose of the legislation is constitu-

Je suis d'accord avec les juges Cory et Iacobucci sur la solution du présent litige et les réparations qu'il convient d'accorder, mais je suis arrivé à une conclusion différente pour ce qui est des objectifs visés par la loi en cause. Bien que je

tional, I am of the opinion that the effect of the legislation is to discriminate contrary to s. 15(1). My analysis is therefore at variance with that proposed by my colleagues. In regard to the description of the facts, the account of the decisions at trial and in the Court of Appeal, I simply adopt the reasons of Cory J.

Analysis

This Court's approach to the s. 15 inquiry has been recently revisited in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. According to this unanimous decision, the analysis should focus on three central issues: (a) whether a law imposes differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect; (b) whether one or more enumerated or analogous grounds of discrimination are the basis for the differential treatment; and (c) whether the law in question has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee.

I agree with Charron J.A. that s. 29 of the *FLA* has drawn a distinction between opposite-sex partners and same-sex partners in relationships of permanence. The comparison is best made, not with married couples, whose status was consensually acquired, but with unmarried cohabiting couples. In essence it is the inclusion of unmarried couples in the support scheme and the failure to deal with same-sex couples that creates the impugned distinction.

Section 29 of the *FLA* creates a distinction because M. is denied the right to make an application for support under the *FLA* against her partner H. Same-sex couples are capable of meeting all of the statutory prerequisites set out in ss. 29 and 1(1) of the *FLA*, but for the requirement that they be a man and a woman. Charron J.A. was correct in holding that the main distinction drawn by the legislation between M. as a person in a same-sex relationship and a person in an opposite-sex relationship is based on sexual orientation. Same-sex

conclue que l'objet de la loi est constitutionnel, j'estime que l'effet de la loi est discriminatoire en violation du par. 15(1). Mon analyse est donc différente de celle que proposent mes collègues. En ce qui concerne la description des faits, le compte rendu des décisions rendues par le juge de première instance et la Cour d'appel, j'adopte simplement les motifs exposés par le juge Cory.

Analyse

La méthode retenue par notre Cour pour effectuer l'analyse fondée sur l'art. 15 a été récemment examinée à nouveau dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. Selon cette décision unanime, l'analyse doit porter sur trois questions centrales: A) La loi a-t-elle pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes? B) La différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? C) La loi en question a-t-elle un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité?

Je suis d'accord avec le juge Charron de la Cour d'appel pour dire que l'art. 29 de la *LDF* établit une distinction entre partenaires de sexe différent et partenaires de même sexe formant une union permanente. 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. Pour l'essentiel, c'est l'inclusion des couples non mariés dans le régime de l'obligation alimentaire et le fait de passer sous silence les couples de même sexe qui crée la distinction attaquée.

L'article 29 établit une distinction parce que M. est privée du droit de présenter une demande d'aliments dirigée contre sa partenaire H. sous le régime de la *LDF*. Les couples de même sexe peuvent remplir toutes les conditions préalables fixées par l'art. 29 et le par. 1(1) de la *LDF*, sauf en ce qui concerne l'exigence d'être un homme et une femme. Le juge Charron de la Cour d'appel a eu raison de conclure que la principale distinction établie par la loi entre M. à titre de personne formant une union avec une personne du même sexe et une

288

289

290

couples who cohabit for the requisite time would qualify as spouses within the meaning of s. 29 of the *FLA* were it not for their sexual orientation. It is now well established that sexual orientation is a personal characteristic analogous to those found in s. 15(1).

291 In order to determine whether the distinction is discriminatory within the meaning of s. 15, *Law* suggests that the court consider the contextual factors relevant to the claim such as pre-existing disadvantage, correspondence with actual need, the ameliorative purpose of the law and the nature and scope of the interest protected. In this case, discrimination exists because of the exclusion of persons from the regime on the basis of an arbitrary distinction, sexual orientation. Having regard to these contextual factors, I am convinced that this distinction is one that puts into question the dignity of the person affected. Section 29 of the *FLA*, in effect, blocks gay men and lesbians from accessing the legal procedure by which they might seek support from their partner after a relationship has ended. This exclusion suggests that their union is not worthy of recognition or protection. There is therefore a denial of equality within the meaning of s. 15.

Justification Under Section 1 of the *Charter*

292 Infringements on the broad guarantees in the *Charter* may be legally justified according to the standard set out in s. 1:

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

293 This Court has developed a consistent approach to whether legislation is a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society, as required by s. 1. There are two stages to this analysis. At the first stage, the objective or purpose

personne formant une union avec une personne de sexe différent est fondée sur l'orientation sexuelle. Les couples de même sexe qui cohabitent pendant la durée prescrite rempliraient toutes les conditions requises pour être des conjoints au sens de l'art. 29 de la *LDF*, si ce n'était leur orientation sexuelle. Il est maintenant bien établi que l'orientation sexuelle est une caractéristique personnelle analogue à celles qui sont mentionnées au par. 15(1).

Pour déterminer si la distinction est discriminatoire au sens de l'art. 15, l'arrêt *Law* propose que le tribunal prenne en compte des facteurs contextuels relatifs à la demande tels la préexistence de désavantages, la correspondance avec les besoins véritables, l'objet d'amélioration de la loi et la nature ainsi que la portée du droit protégé. En l'espèce, il y a discrimination parce que des personnes sont exclues du régime sur le fondement d'une distinction arbitraire, soit l'orientation sexuelle. Compte tenu de ces facteurs contextuels, je suis convaincu que cette distinction met en doute la dignité de la personne visée. L'article 29 fait effectivement obstacle à l'accès par les gais et les lesbiennes à la procédure prévue par la loi par laquelle ils pourraient réclamer des aliments à leur partenaire après la rupture de l'union. Cette exclusion donne à penser que leur union n'est pas digne d'être reconnue ni protégée. Il y a donc dénégation du droit à l'égalité au sens de l'art. 15.

Justification en vertu de l'article premier de la *Charte*

Les atteintes aux garanties générales prévues par la *Charte* peuvent se justifier sur le plan légal conformément à la norme prévue à l'article premier:

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

Notre Cour a élaboré une méthode cohérente pour trancher la question de savoir si la loi constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, comme l'exige l'article

behind the limit on the *Charter* guarantee is evaluated to determine if it is of sufficient importance; the second stage considers whether the legislative means chosen are rationally connected to the legislative objective, whether those means minimally impair the *Charter* guarantee that has been infringed, and, finally, whether the infringement of the *Charter* right is nevertheless too severe relative to the benefits arising from the measure. In short, the first stage evaluates legislative ends, while the second stage evaluates legislative means. Both evaluations are made in light of the underlying values of the *Charter*, which inform the application of s. 1 at every stage.

Contextual Approach to Analysis Under Section 1

A number of contextual factors must be considered in order to determine the degree of deference owed to the legislature in applying the various steps inherent in the s. 1 analysis. As I explained in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87:

The analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses. Similarly, the proportionality of the means used to fulfil the pressing and substantial objective can only be evaluated through a close attention to detail and factual setting. In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right.

Background is particularly important in determining the deference to be afforded to the legisla-

premier. Il s'agit d'une analyse en deux étapes. À la première étape, on évalue l'objectif ou l'objet qui sous-tend la restriction apportée au droit garanti par la *Charte* afin de déterminer s'il est suffisamment important; à la seconde étape, on se demande s'il existe un lien rationnel entre les moyens choisis par le législateur et l'objectif législatif, si ces moyens constituent une atteinte minimale au droit garanti par la *Charte* qui a été violé et, enfin, si l'atteinte au droit garanti par la *Charte* n'est pas, malgré tout, trop grave comparativement aux avantages qui résultent de la mesure. En résumé, la première étape sert à évaluer les fins du législateur, alors que la seconde concerne l'évaluation des moyens qu'il a choisis. Ces deux évaluations se font en fonction des valeurs qui sous-tendent la *Charte*, lesquelles guident l'application de l'article premier à chaque étape.

Approche contextuelle à l'analyse fondée sur l'article premier

Il faut tenir compte d'un certain nombre de facteurs contextuels pour déterminer le degré de retenue dont il convient de faire preuve à l'égard du législateur au cours des diverses étapes inhérentes à l'analyse fondée sur l'article premier. Comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au par. 87:

L'analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause. De même, la proportionnalité des moyens utilisés pour réaliser l'objectif urgent et réel visé ne peut être évaluée qu'en s'attachant étroitement au détail et au contexte factuel. Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*.

Le contexte est particulièrement important lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de retenue dont

ture. The degree of deference cannot be determined by a crude distinction between legislation that pits the state against the individual and legislation that mediates between different groups within society. A court should consider a variety of factors when assessing whether a limit has been demonstrably justified in accordance with s. 1. In *Thomson Newspapers*, I considered the following factors to be of importance: the vulnerability of the group which the legislator seeks to protect (as in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 88); that group's own subjective fears and apprehension of harm (as in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, *per* McLachlin J., at p. 857); and the inability to measure scientifically a particular harm in question, or the efficaciousness of a particular remedy (as in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 502). These are not rigid categories of justification, but rather instances of relevant contextual factors.

Context of the Exclusion: The Social Science Evidence

296

I have been greatly aided in my consideration of the existing social science evidence by the voluminous Brandeis briefs and articles submitted by the respondent. While this evidence is an important source of information for this Court, I must stress that care should be taken with social science data. When dealing with studies exploring the general characteristics of a socially disadvantaged group, a court should be cautious not to adopt conclusions that may in fact be based on, or influenced by, the very discrimination that the courts are bound to eradicate. Judges, in fact, should be diligent in examining all social science material for experimental, systemic or political bias of any kind. With

il convient de faire preuve à l'égard du législateur. On ne saurait déterminer ce degré de retenue en distinguant sommairement les dispositions législatives qui opposent l'État à l'individu de celles qui concilient les intérêts de différents groupes au sein de la société. Le tribunal doit tenir compte d'un ensemble de facteurs lorsqu'il détermine si la justification d'une limite a été démontrée conformément à l'article premier. Dans *Thomson Newspapers*, j'ai estimé que les facteurs suivants étaient importants: la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger (comme dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, au par. 88), les craintes subjectives ou la crainte de préjudice entretenues par ce groupe (comme dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, le juge McLachlin, à la p. 857), et l'impossibilité de mesurer scientifiquement le préjudice en cause ou l'efficacité d'une réparation donnée (comme dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à la p. 502). Ce ne sont pas des catégories de justification rigides, mais plutôt des exemples de facteurs contextuels pertinents.

Contexte de l'exclusion: la preuve tirée des sciences humaines

Les volumineux mémoires de Brandeis et articles déposés par l'intimée m'ont été d'un grand secours dans l'examen de la preuve tirée des données actuelles des sciences humaines. Bien que cette preuve constitue une source d'information importante pour notre Cour, je dois insister sur le fait que la prudence est de mise en ce qui concerne les données des sciences humaines. Lorsqu'il est saisi d'études explorant les caractéristiques générales d'un groupe défavorisé sur le plan social, le tribunal doit se garder de faire siennes des conclusions qui peuvent dans les faits avoir été inspirées ou influencées par la discrimination même que les tribunaux doivent éliminer. Dans les faits, les juges doivent soigneusement examiner toutes les données des sciences humaines pour déceler tout préjugé, qu'il soit expérimental, systémique ou politique. Ce conseil de prudence à l'esprit,

this caution in mind, I will briefly consider the material before this Court.

The 1993 Ontario Law Reform Commission *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* discusses the possible rationales for the exclusion of same-sex couples from the spousal support provisions of the *FLA*. It states (at pp. 45-46):

A second possible rationale for restricting the definition of spouse to couples of the opposite sex is the argument that the rights granted to spouses in the *Family Law Act* respond to the particular needs of women. Traditionally, heterosexual relationships adhere to a pattern in which there is a sexual division of labour. Men have primary responsibility for earning an income and women have primary responsibility for unwaged labour in the home. Even in relationships in which women work outside of the home, a greater responsibility for child care and household services may force them to limit their involvement in the workforce or may hinder their career development. As well, because of systemic discrimination against women in the workforce, they may earn less than their male spouses. The fact that a woman earns a lower wage creates an economic incentive for the couple to further the male spouse's career. These economic and social pressures frequently result in women suffering disproportionately from the breakdown of a heterosexual relationship. . . .

The relationships of same-sex couples may not correspond to the traditional heterosexual model. In addition, if both partners are of the same sex, any wage differential between the two cannot be ascribed to systemic discrimination in the workplace. Of course, the relationships of some same-sex couples may mimic the heterosexual pattern, with one partner performing unwaged labour in the home or restricting her involvement in the paid workforce, but we do not have sufficient information to know how many same-sex relationships adopt this pattern. We can be certain, however, that systemic discrimination against women in the workplace will not influence the economic relationship of same-sex couples in the same way as it does heterosexual couples. This difference might appear to justify restricting the *Family Law Act* protections to hetero-

j'examinerai brièvement les pièces produites devant notre Cour.

Le Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act publié en 1993 par la Commission de réforme du droit de l'Ontario analyse les motifs sur lesquels a pu être fondée l'exclusion des couples de même sexe des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*. Il dit (aux pp. 45 et 46):

[TRADUCTION] Un deuxième motif sur lequel a pu être fondée la restriction de la définition du mot «conjoint» aux seuls conjoints de sexe différent est l'argument voulant que les droits accordés aux conjoints en vertu de la *Loi sur le droit de la famille* répondent aux besoins particuliers des femmes. Traditionnellement, les unions hétérosexuelles correspondent à un modèle en vertu duquel les tâches sont partagées en fonction des sexes. L'homme s'occupe principalement d'apporter un soutien financier, tandis que la femme s'acquitte des tâches ménagères non rémunérées. Même dans les unions où la femme travaille à l'extérieur du foyer, elle assume une plus large part des soins à donner aux enfants et des travaux ménagers de sorte qu'il se peut qu'elle doive limiter sa participation au marché du travail ou que sa carrière en subisse les contrecoups. De plus, en raison de la discrimination systémique dont les femmes sont victimes sur le marché du travail, il se peut que le salaire de la femme soit inférieur à celui de son conjoint de sexe masculin. Le fait que le salaire de la femme soit moindre est un facteur économique qui incite le couple à favoriser la carrière de l'homme. Il résulte souvent de telles pressions économiques et sociales que la femme souffre démesurément lors de la rupture d'une union hétérosexuelle. . . .

Il se peut que les unions entre personnes de même sexe ne correspondent pas au modèle hétérosexuel traditionnel. De plus, si les deux partenaires sont de même sexe, la différence de salaire entre eux ne peut être imputée à une discrimination systémique sur le marché du travail. Bien entendu, il se peut que des partenaires de même sexe adoptent le modèle hétérosexuel, l'un d'eux s'acquittant des tâches ménagères non rémunérées ou limitant sa participation au marché du travail, mais faute de données suffisantes, nous ne savons pas combien de couples de même sexe adoptent ce modèle. Il est certain, cependant, que la discrimination systémique dont sont victimes les femmes sur le marché du travail n'aura pas la même influence sur les rapports économiques des couples de même sexe que sur ceux des couples de sexe différent. Cette différence semblerait

sexual couples. Yet the *Family Law Act* is not drafted to respond to this objective; the terms of the statute apply generally, granting rights and responsibilities to both men and women, whether or not their relationship conforms to the traditional pattern. As a result, the restrictive definition of spouse does not appear rationally connected to this objective. [Emphasis added.]

justifier la limitation des protections offertes par la *Loi sur le droit de la famille* aux seuls couples hétérosexuels. Pourtant, la *Loi sur le droit de la famille* n'est pas conçue pour atteindre cet objectif; les dispositions de cette loi s'appliquent de façon générale, accordant des droits et imposant des responsabilités tant aux hommes qu'aux femmes, peu importe que leur union corresponde au modèle traditionnel ou non. Par conséquent, la définition restrictive du mot conjoint ne paraît pas être liée de façon rationnelle à cet objectif. [Je souligne.]

298

The statements of fact made by the Commission's Report crystallize the key issue: that same-sex couples may not suffer from the same economic and social inequalities which tend to create a likelihood of dependence in heterosexual unions. This simply means that the dynamic of gender inequality does not propel same-sex unions in that direction in the way that it does for opposite-sex couples. In discussing evidence of actual characteristics of dependence in same-sex relationships, the Report states (at p. 47):

Les faits exposés dans le rapport de la Commission cristallisent la question cruciale: il se peut que les couples de même sexe ne souffrent pas des inégalités économiques et sociales qui tendent à rendre vraisemblable l'existence d'un lien de dépendance au sein des unions hétérosexuelles. Cela signifie simplement que la dynamique de l'inégalité des sexes ne pousse pas les unions entre personnes de même sexe dans cette direction comme elle le fait pour les couples de sexe différent. Examinant si les unions entre personnes de même sexe présentent effectivement les caractéristiques de la dépendance, les auteurs du rapport affirment ce qui suit (à la p. 47):

This justification for excluding same-sex couples from the definitions of spouse used in the *Family Law Act* is difficult to evaluate without more evidence than is available. A recent Canadian study of the relationships of lesbian cohabitants identified points of similarity and distinction. While the lesbian relationships studied were found to have similar qualities of intimacy, these couples had relatively lesser feelings of stability than heterosexual relationships. This may reflect the absence of societal support for lesbian relationships. The lesbian couples were also less economically interdependent than heterosexual couples and shared unwaged household work more equitably. Other commentators have observed that '(m)ost lesbians and gay men are in 'dual-worker' relationships, so that neither partner is the exclusive 'breadwinner' and each partner has some measure of economic independence. Further, examinations of the division of household tasks, sexual behaviour, and decision making in same-sex couples find that clear-cut and consistent husband-wife roles are uncommon'. While this material is suggestive, it is not

[TRADUCTION] Une telle justification de l'exclusion des couples de même sexe des définitions du mot conjoint prévues dans la *Loi sur le droit de la famille* est difficile à apprécier en l'absence d'éléments supplémentaires. Une étude canadienne récente sur les rapports entre lesbiennes qui cohabitent a établi l'existence de similitudes et de différences. L'étude a conclu que, même s'ils présentaient des similitudes avec les couples hétérosexuels sur le plan de l'intimité, les couples de lesbiennes ressentaient un sentiment de stabilité moindre que ces derniers. Il se pourrait que cela reflète l'absence de soutien des couples de femmes dans la société. L'étude a également conclu que les femmes vivant en couple étaient aussi moins interdépendantes sur le plan financier que les conjoints de sexe différent et que le partage entre elles des tâches ménagères non rémunérées était plus équitable. D'autres commentateurs ont fait remarquer que «(d)ans la plupart des couples de même sexe, les deux partenaires travaillent, ce qui fait que ni l'un ni l'autre des partenaires n'est le seul soutien de famille et que chacun jouit d'une certaine indépendance sur le plan financier. En outre, il ressort d'un examen du partage des tâches domestiques entre partenaires de même sexe, du comportement sexuel et du processus de prise de décision de ces derniers qu'il est rare que les

sufficient to confirm the anti-assimilationist position. [Emphasis added.]

This description is directly relevant to the question at hand and I have found from a survey of the social science evidence that this view is widely supported, especially with respect to economic power relations within same-sex relationships. Many sociological studies indicate that both partners are wage-earners in the vast majority of same-sex relationships. A study which provides an overview of the social science research states:

Same-sex relationships may be less likely than heterosexual relationships to involve gender-typed roles. Available data indicate that most lesbians and gay men do *not* play rigid “husband/wife” roles in such areas as decision-making, sexual behavior, and the division of household tasks; although task specialization often occurs, it typically is based on individual skills and preferences, with neither partner assuming exclusively “masculine” or “feminine” tasks. [Emphasis in original.]

(G. M. Herek, “Myths About Sexual Orientation: A Lawyer’s Guide to Social Science Research” (1991), 1 *Law & Sexuality* 133, at p. 163.)

In a study of various aspects of patterns in lesbian relationships, one researcher makes the following remarks (S. Slater, *The Lesbian Family Life Cycle* (1995), at pp. 50-51):

Lesbians tend to work especially hard to equalize relational power in the financial arrangements between the partners. As women, many lesbians have personally experienced financial obstacles resulting from the culture’s reserving the majority of its resources for white men. Already schooled in the link between money and power, lesbians commonly grapple with how to allocate the family’s money, with both partners being aware of

rapports entre de tels partenaires s’apparentent clairement et systématiquement à ceux qui existent entre mari et femme». Bien que ces données en disent long, elles ne sont pas suffisantes pour confirmer le point de vue défavorable à l’assimilation. [Je souligne.]

Cette description est tout à fait pertinente à l’égard de la question soulevée en l’espèce et j’ai conclu, après avoir examiné la preuve tirée des sciences humaines, que ce point de vue était largement accepté, surtout en ce qui concerne les rapports de domination économique au sein des unions entre personnes de même sexe. Bon nombre d’études sociologiques révèlent que dans la plupart de ces unions, les deux partenaires occupent un emploi rémunéré. Voici ce qui dit une étude qui donne une vue d’ensemble des résultats de la recherche en sciences humaines effectuée sur ce sujet:

[TRADUCTION] Il se pourrait que les unions entre personnes de même sexe soient moins susceptibles de confiner les partenaires dans des rôles fondés sur les sexes que les unions hétérosexuelles. Il ressort des données que nous avons en main que la plupart des lesbiennes et des gais *ne* se cantonnent *pas* dans le rôle rigide du «mari» ou de la «femme» relativement à des questions telles le processus de prise de décision, le comportement sexuel et le partage des tâches ménagères; bien qu’il arrive souvent que les partenaires se spécialisent, ils le font habituellement en fonction de leurs aptitudes et préférences personnelles, ni l’un ni l’autre ne s’acquittant exclusivement des tâches «masculines» ou des tâches «féminines». [En italique dans l’original.]

(G. M. Herek, «Myths About Sexual Orientation: A Lawyer’s Guide to Social Science Research» (1991), 1 *Law & Sexuality* 133, à la p. 163.)

Dans son étude des divers aspects des modèles d’unions entre lesbiennes, un chercheur fait les remarques suivantes (S. Slater, *The Lesbian Family Life Cycle* (1995), aux pp. 50 et 51):

[TRADUCTION] Les partenaires lesbiennes ont tendance à s’efforcer particulièrement d’établir une relation de pouvoir égalitaire entre elles sur le plan financier. En leur qualité de femmes, de nombreuses lesbiennes ont été personnellement confrontées à des obstacles de nature financière du fait que notre culture réserve la plus grande partie des ressources aux hommes de race blanche. Connaissant déjà le lien entre l’argent et le pouvoir, les lesbiennes s’efforcent en général de résoudre le problème de savoir comment sera employé l’argent de la

these decisions' symbolic importance with regard to the balance of power between the partners.

famille, les deux partenaires étant conscientes de l'importance symbolique que revêtent ces décisions en ce qui a trait à l'équilibre des forces au sein du couple.

Frequently lesbians struggle to have financial agreements demonstrate their simultaneous commitments to the partners' independence, equality, and interdependence. While lesbian couples do typically expect both partners to be employed (unless there are small children at home or there are other extenuating circumstances), they may not bring home equal paychecks. Nevertheless, lesbians commonly strive to break the traditional linkage between income size and relational power seen in heterosexual couples and to reject the concept of there being a head of the household. As Blumstein and Schwartz report, "Lesbians do not expect to support another adult or be head of a family in the same way a husband expects to take on the position of breadwinner. A lesbian sees herself as a worker, not a provider or a dependent." These researchers found sufficient distinction among lesbians to report that "money establishes the balance of power in relationships, except among lesbians." [Emphasis added.]

Souvent, les lesbiennes s'efforcent de conclure des ententes sur le plan financier qui attestent simultanément leur engagement à l'égard de l'autonomie et de l'égalité du partenaire et à l'égard de l'interdépendance des membres du couple. Bien que les couples de lesbiennes s'attendent habituellement à ce que les deux partenaires occupent un emploi rémunéré (à moins que l'une des partenaires ne doive prendre soin de jeunes enfants à la maison ou qu'il n'y ait d'autres circonstances atténuantes), il se peut que leurs contributions financières ne soient pas égales. Néanmoins, les lesbiennes s'efforcent généralement de rompre le lien qui existe traditionnellement, et que l'on constate souvent chez les couples de sexe différent, entre l'importance du revenu et l'importance relative du pouvoir de chacun des conjoints, et de rejeter le concept de chef de ménage. Comme le disent Blumstein et Schwartz, «[L]es lesbiennes ne s'attendent ni à prendre un autre adulte en charge, ni à jouer le rôle de chef de famille de la même façon que le mari s'attend à devenir le soutien de famille. La lesbienne se considère comme une travailleuse et non comme un soutien de famille ou une personne à charge». Ces chercheurs ont constaté suffisamment de distinctions parmi les lesbiennes pour conclure que «l'argent détermine l'équilibre des forces au sein des couples, sauf en ce qui concerne les couples de lesbiennes». [Je souligne.]

299

The preponderance of this social science evidence indicates that same-sex, particularly lesbian, relationships do not generally share the imbalance in power that is characteristic of opposite-sex couples and which causes economic dependency in the course of an intimate relationship. Moreover, the likelihood of household responsibilities becoming a strong source of interdependence and division of labour is lessened with the smaller number of children in same-sex households. Although this is not determinative on its own, it does indicate that a catalyst for dependence and division of labour within the relationship is significantly more

La prépondérance de cette preuve tirée des sciences humaines indique que les couples de même sexe, en particulier les unions entre lesbiennes, ne donnent généralement pas lieu au déséquilibre des forces qui caractérise les couples de sexe différent et engendre la dépendance financière au sein d'une union intime. En outre, la probabilité que les responsabilités domestiques deviennent une source importante de l'interdépendance et du partage des tâches entre les conjoints est réduite dans les ménages de même sexe en raison du nombre moins élevé d'enfants qui y vivent. Bien que ces données ne soient pas concluantes en elles-mêmes, elles indiquent néanmoins que la présence d'un catalyseur de la dépendance et du partage des tâches entre conjoints est beaucoup plus fréquente parmi les couples de sexe différent que parmi les

common in opposite-sex couples than in same-sex relationships, particularly gay male relationships.

The legislative structure at issue in this case involves mandatory ascription of status, obligations and entitlements. This case is not about the right to choose to be bound by support obligations — that choice already exists within the law of contract. The cost of imposing the s. 29 regime is the reduction of the autonomy of individuals affected. It is argued that while the imposition of such a regime makes sense in the context of a situation of social inequality which itself interferes with the exercise of autonomy, the situation of gay and lesbian couples generally does not suggest that their autonomy is impaired.

On the other hand, it is important to consider that same-sex couples do not have the benefit of consensual access to the family law regime through marriage and that the obligations incurred through the importation of the regime will impose no actual costs on those same-sex partners who are in a situation of equality. The *FLA*'s support provisions affect only those relationships in which there is actual economic dependence of one partner on the other. The issue is whether relationships of dependence in one category can be differentiated from relationships of dependence in the others.

The context in which the present s. 1 analysis must be pursued is one in which, although there are fundamental differences in the general economic relationships between heterosexual and same-sex partners, there is also recognition of the ascription of family status to same-sex relationships in society in general, as well as in some legislation and government policies, i.e., the proposed amendments to the *Immigration Act*; see *Building on a Strong Foundation for the 21st Century: New Directions for Immigration and Refugee Policy and Legislation* (1998); *Adoption Act*, R.S.B.C.

couples de même sexe, en particulier les couples de gais.

Le régime législatif en cause dans la présente affaire comporte l'attribution d'un état, d'obligations et de droits. La présente affaire ne porte pas sur le droit de choisir d'être assujéti à des obligations alimentaires — ce choix est déjà prévu par le droit des contrats. Le coût de l'imposition du régime prévu par l'art. 29 est la réduction de l'autonomie des personnes visées. On prétend que si l'imposition d'un tel régime est logique dans le contexte d'une situation d'inégalité sociale faisant elle-même obstacle à l'exercice de l'autonomie, la situation dans laquelle se trouvent les couples homosexuels en général ne donne pas à penser que leur autonomie est réduite.

En revanche, il est important de tenir compte du fait que, ne pouvant se marier, les couples de même sexe ne bénéficient pas d'un accès consensuel au régime du droit de la famille et que les obligations auxquelles l'importation du régime donne naissance n'imposeront aucun coût réel aux partenaires de même sexe dont l'union est empreinte d'égalité. Les dispositions relatives à l'obligation alimentaire de la *LDF* ne visent que les unions dans lesquelles l'un des partenaires dépend effectivement de l'autre sur le plan financier. La question est de savoir si une distinction peut être établie entre les rapports de dépendance au sein d'une catégorie et les rapports de dépendance au sein des autres catégories.

Bien qu'il y ait des différences fondamentales dans les rapports économiques généraux entre partenaires de sexe différent et partenaires de même sexe, le contexte dans lequel doit être faite l'analyse fondée sur l'article premier en l'espèce révèle également une reconnaissance de l'assimilation de l'union entre personnes de même sexe à la famille au sein de la société en général ainsi que dans certaines dispositions législatives et politiques gouvernementales, soit les modifications proposées à la *Loi sur l'immigration*; voir *De solides assises pour le 21^e siècle: Nouvelles orientations pour la politique et la législation relatives aux immigrants et aux réfugiés* (1998); *Adoption*

300

301

302

1996, c. 5, s. 5(1); *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 1(1).

Act, R.S.B.C. 1996, ch. 5, par. 5(1); *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, par. 1(1).

303 The recognition of the prevalence of discrimination against non-heterosexuals and of the need to eradicate this form of discrimination is another part of the social context to be considered in this case. As Cory J. considered in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at paras. 175-78, many legislators in Canada and other jurisdictions have recognized sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. Indeed, the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, and the human rights acts of all of the provinces prohibit discrimination based on sexual orientation. This is further reflected in s. 718.2(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which establishes heightened penalties for crimes motivated by bias, prejudice or hate based on, *inter alia*, sexual orientation.

La reconnaissance de la fréquence de la discrimination exercée à l'endroit des personnes non hétérosexuelles et de la nécessité d'éliminer ce genre de discrimination constitue un autre aspect du contexte social dont il faut tenir compte dans la présente affaire. Comme le juge Cory l'a noté dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, aux par. 175 à 178, bien des législateurs, aussi bien au Canada qu'à l'étranger, ont reconnu l'orientation sexuelle au nombre des motifs de discrimination prohibés. En effet, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, et les lois sur les droits de la personne de toutes les provinces interdisent la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Cela se reflète également au sous-al. 718.2a(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui prévoit des peines plus sévères pour les crimes motivés par de la haine ou des préjugés fondés notamment sur l'orientation sexuelle.

Does This Context Suggest that More or Less Deference Should Be Accorded to Legislative Choices in This Area?

Selon ce contexte, faut-il faire preuve de plus ou de moins de retenue à l'égard des choix du législateur dans ce domaine?

304 The s. 1 analysis in the present case must evaluate what degree of underinclusion in the accomplishment of the purposes behind the definition of "spouse" is permitted when these purposes, and those of the Act as a whole, are balanced against *Charter* values. In other words, even if most individual partners in same-sex relationships are not in a position more typical of a woman in an opposite-sex relationship, some are. If the Court can perceive this to be the case, can it rewrite the boundary in order to include that smaller number of individuals who are in such a position, or must it defer to legislative determination of the issue? In reviewing the factors relevant to determining the level of deference to be accorded to the legislature, I have concluded that deference should not be given a dominant role in the present instance.

L'analyse fondée sur l'article premier dans la présente affaire doit évaluer jusqu'à quel point il y a lieu de limiter la catégorie visée pour atteindre les objets qui sous-tendent la définition du mot «conjoint», ces objets et ceux de la Loi dans son ensemble étant appréciés en fonction des valeurs véhiculées par la *Charte*. En d'autres termes, même si dans les unions entre personnes de même sexe la majorité des partenaires ne sont pas dans une situation qui s'apparente à celle de la femme dans les unions entre personnes de sexe différent, c'est le cas pour certains. Si la Cour constate que c'est effectivement ce qui se produit, peut-elle tracer une nouvelle ligne de démarcation afin d'inclure les quelques personnes se trouvant dans cette situation, ou doit-elle s'en remettre à la décision prise par le législateur sur la question? En examinant les facteurs pertinents quant à la détermination du degré de retenue dont il faut faire preuve à l'égard du législateur, j'ai conclu que la retenue ne devait pas jouer un rôle prédominant en l'espèce.

There are several criteria for determining the degree of deference which ought to be shown legislative classifications which are challenged as a violation of s. 15. First, there is the nature of the interest actually affected by the inclusion or exclusion from the class. The more fundamental the interest affected, the less deference a court should be prepared to accord to the legislature. In this case, although the respondent is not left in a total legal vacuum, she is denied the assistance of counselling and mediation of the family law regime, as well as the benefit of access to the specific remedy of spousal support. In particularly egregious cases, remedies are available against a long-time partner with whom one has laboured to build up common wealth through the equitable doctrine of the constructive trust (*Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980), but this does not alter the fact that the consequences of the failure to include the respondent in s. 29 are significant.

The respondent M. submits that the harm that arises due to the inapplicability of s. 29 goes beyond the inability to recover a share of what has been invested in the relationship. She argues that the true significance of the inapplicability of s. 29 is that it renders gay and lesbian couples invisible to the law, and it treats them as less worthy of respect and dignity because their intimate relationships are not accorded any legal recognition. There is force to this argument.

The respondent H. replies to this argument by noting that the source of this invisibility is not the failure to stretch s. 29 to cover same-sex couples; rather, it is the government's failure to provide a unique legislative framework to legally recognize the significance and legal ramifications of same-sex unions. The Law Reform Commission itself, *supra*, at p. 45, stated that "we do not have sufficient information to know how many same-sex relationships adopt [the opposite-sex] pattern" with respect to division of labour in the household. It proposed a number of policy alternatives that

Plusieurs critères permettent de déterminer le degré de retenue dont un tribunal doit faire preuve à l'égard des classifications législatives qui sont contestées en vertu de l'art. 15. Premièrement, il y a la nature du droit réellement visé par l'inclusion dans la catégorie ou l'exclusion de cette dernière. Plus le droit concerné est fondamental, moins le tribunal doit faire preuve de retenue à l'égard du législateur. En l'espèce, bien que l'intimée ne soit pas confrontée à un vide juridique complet, elle est privée des services de counseling et de médiation qu'offre le régime du droit de la famille, de même que de l'accès à la réparation particulière que constitue l'obligation alimentaire entre conjoints. Dans les cas particulièrement flagrants, la personne pourra obtenir réparation de son partenaire de longue date avec lequel elle a travaillé en vue d'accumuler un patrimoine commun, en invoquant la doctrine de la fiducie par interprétation, reconnue en *equity* (*Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980), mais cela ne change pas le fait que les conséquences de l'omission d'inclure l'intimée à l'art. 29 sont importantes.

L'intimée M. soutient que le préjudice qui résulte de l'inapplicabilité de l'art. 29 va au-delà de l'incapacité de recouvrer une partie de ce qui a été investi dans l'union. Elle fait valoir que l'inapplicabilité de l'art. 29 rend véritablement invisibles aux yeux de la loi les couples de gais et de lesbiennes qui sont traités comme s'ils méritaient moins le respect et la dignité parce que leur union intime n'est pas reconnue sur le plan juridique. Cet argument n'est pas dénué de fondement.

L'intimée H. répond à cet argument en faisant remarquer que la source de cette invisibilité n'est pas l'omission d'étendre l'application de l'art. 29 aux couples de même sexe, mais plutôt l'omission, de la part du gouvernement, d'élaborer un cadre législatif unique pour reconnaître légalement la portée et les conséquences juridiques des unions entre personnes de même sexe. La Commission de réforme du droit a elle-même dit, à la p. 45 de son rapport, précité, que [TRADUCTION] «faute de données suffisantes, nous ne savons combien de couples de même sexe adoptent [l]e modèle [hété-

305

306

307

would specifically address the position of same-sex couples and perhaps others.

308 I agree that the failure to provide same-sex couples with any consensual avenue for mutual and public recognition perpetuates a legal invisibility which is inconsistent with the moral obligation of inclusion that informs the spirit of our *Charter*. The best means of eliminating this invisibility may be for the government to conduct consultation and studies in order to create legislation that accords with the expectations and circumstances of same-sex couples. In my view, there is nothing preventing the legislature from taking this initiative even if the only present means of addressing the discrimination is to declare that same-sex partners shall have access to the existing family law regime.

309 The vulnerability of the group that is excluded by the definition in question is also relevant in assessing the quality of the interest affected by the exclusion, and the degree of deference that is appropriate with respect to other *Charter* guarantees (*Irwin Toy, supra*, at p. 995; *Ross, supra*, at para. 88). This can be an ambiguous factor in cases involving social legislation since the vulnerability of the included group will often bespeak a higher degree of deference to the government's program, while the vulnerability of the excluded group will support the opposite approach. This case, however, does not involve a balancing of interests, although there is clear evidence of adverse impact on a vulnerable group.

310 Another factor militating in favour of deference is complexity. In deciding the standard of review of administrative decisions, one of the criteria to be considered is the level of expertise required of the decision-maker in settling the question in dispute. The animating principle is not that a court should shy away from difficult decisions, but

rosexuel]» pour ce qui est du partage des tâches. Elle a proposé un certain nombre de principes directeurs qui s'appliqueraient expressément aux couples de même sexe et peut-être même à d'autres.

Je conviens que le fait de ne pas offrir aux couples de même sexe la possibilité d'obtenir par voie consensuelle une reconnaissance mutuelle et publique perpétue une invisibilité juridique qui est incompatible avec l'obligation morale d'inclusion dont est empreint l'esprit de notre *Charte*. Il se peut que la meilleure façon d'éliminer cette invisibilité soit que le gouvernement effectue des consultations et des études afin d'élaborer des lois qui s'accordent avec les attentes des couples de même sexe et la situation dans laquelle ils se trouvent. À mon avis, rien n'empêche le législateur de s'engager dans cette voie, même si le seul moyen qui s'offre présentement à la Cour pour combattre la discrimination est de déclarer que les partenaires de même sexe auront accès au régime actuel du droit de la famille.

La vulnérabilité du groupe exclu par la définition en question est également pertinente quant à l'appréciation de la nature du droit visé par l'exclusion et du degré de retenue dont il convient de faire preuve en ce qui concerne d'autres droits garantis par la *Charte* (*Irwin Toy, précité*, à la p. 995; *Ross, précité*, au par. 88). Ce facteur peut être une source d'ambiguïté dans des affaires faisant intervenir une loi à caractère social, car souvent, la vulnérabilité du groupe inclus appellera un plus haut degré de retenue envers le programme établi par le gouvernement, alors que celle du groupe exclu favorisera l'adoption de l'approche opposée. La présente affaire, cependant, n'exige pas l'établissement d'un équilibre entre des droits, bien que la preuve démontre clairement l'existence d'un effet préjudiciable sur un groupe vulnérable.

Un autre facteur militant en faveur de la retenue est la complexité de la question. Pour décider de la norme à appliquer au contrôle des décisions administratives, l'un des critères dont il faut tenir compte est le degré de connaissances spécialisées que doit posséder le décideur pour trancher la question litigieuse. Le principe clé n'est pas que le

rather that, with regard to certain types of questions, a greater degree of deference might be owed to non-judicial decision-makers. In my view, the polycentricity of the issues relating to definitions of marriage and common-law spousal status warrant judicial caution in overruling legislative classifications. Section 29 is part of an elaborate network of obligations and entitlements contained not only in other provisions of the *FLA*, but also in many other statutes. Many of these obligations and entitlements are directly related to the central role of the traditional family in social legislation. We must recognize the value of establishing integrated social programs and norms that reflect clear policy objectives. When the Court decides to redraw the classificatory boundary, it removes a single piece from that interlocking scheme. Consequently, a situation arises in which some legislative provisions which apply to opposite-sex couples will apply to same-sex couples, while others will not, depending upon whether a particular section has been challenged, and the judicial outcome of the challenge. Courts are simply ill-suited to manage holistic policy reform. If a court must intervene, it must therefore circumscribe that intervention as much as possible. As this Court acknowledged in *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925, at para. 24:

This change to the law of tort is fraught with complexities and ramifications, the consequences of which cannot be precisely foretold. At what stage would a fetus acquire rights? Could women who choose to terminate a pregnancy face injunctive relief prohibiting termination, relief which this Court rejected in *Tremblay v. Daigle*? Alternatively, could they face an action for damages brought on behalf of the fetus for its lost life? If a pregnant woman is killed as a consequence of negligence on the highway, may a family sue not only for her death, but for that of the unborn child? If it is established that a fetus can feel discomfort, can it sue its mother (or perhaps her doctor) and claim damages for the discomfort? If the unborn child is a legal person with legal rights, arguments can be made in favour of all

tribunal devrait répugner à trancher des questions épineuses, c'est plutôt qu'il se pourrait qu'un degré plus élevé de retenue s'impose à l'égard des décideurs non judiciaires en certaines matières. À mon avis, la polycentricité des questions que soulèvent les définitions du mariage et de l'état de conjoint de fait justifie que les tribunaux agissent avec prudence lorsqu'ils sont invités à annuler des classifications législatives. L'article 29 fait partie d'un réseau complexe d'obligations et de droits visés non seulement par d'autres dispositions de la *LDF*, mais également par de nombreuses autres lois. Bon nombre de ces obligations et de ces droits sont directement liés au rôle central que joue la famille traditionnelle dans la législation sociale. Nous devons reconnaître l'intérêt d'établir des normes et des programmes sociaux intégrés qui reflètent des objectifs clairs. Lorsque la Cour décide de tracer une nouvelle ligne de démarcation délimitant la catégorie visée, elle retire une pièce de ce régime aux éléments imbriqués. En conséquence, certaines dispositions législatives applicables aux couples de sexe différent viseront les couples de même sexe, alors que d'autres ne seront pas applicables, selon que la disposition aura été contestée ou non devant les tribunaux et selon l'issue de la contestation. Les tribunaux ne sont tout simplement pas en mesure de gérer des réformes politiques globales. Le tribunal qui doit intervenir doit donc circonscrire le plus possible son intervention. Comme l'a reconnu notre Cour dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925, au par. 24:

Une telle mutation du droit de la responsabilité délictuelle comporte à la fois des difficultés et des ramifications, dont les conséquences ne peuvent être prévues avec exactitude. À quel moment le fœtus deviendra-t-il sujet de droit? La femme qui décide de mettre fin à sa grossesse s'exposera-t-elle à une injonction lui interdisant de le faire, pareille injonction ayant été refusée par notre Cour dans *Tremblay c. Daigle*? Subsidièrement, pourrait-elle faire l'objet d'une action en dommages-intérêts intentée au nom du fœtus, le préjudice étant la vie perdue? Lorsqu'une femme enceinte périt à cause de la négligence d'un conducteur, la famille peut-elle poursuivre non seulement pour son décès, mais aussi pour celui de l'enfant qu'elle portait? S'il est établi qu'un fœtus peut ressentir un malaise, peut-il poursuivre sa

these propositions. Some might endorse such changes, others deplore them. The point is that they are major changes attracting an array of consequences that would place the courts at the heart of a web of thorny moral and social issues which are better dealt with by elected legislators than by the courts. Having broken the time-honoured rule that legal rights accrue only upon live birth, the courts would find it difficult to limit application of the new principle to particular cases. By contrast, the legislature, should it choose to introduce a law permitting action to protect unborn children against substance abuse, could limit the law to that precise case. [Emphasis added.]

311

Of course, complexity alone cannot be a justification for a breach of a *Charter* right. But a court should, as in cases of administrative judicial review, be aware of the limits to its own institutional competence in deciding at what point it should replace legislative judgment with its own judgment as to acceptable classificatory distinctions. As Dickson C.J. remarked in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 781-82: “A ‘reasonable limit’ is one which, having regard to the principles enunciated in *Oakes*, it was reasonable for the legislature to impose. The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line.” These words are even more apposite in the context of legislation implicating a chain of interconnecting interests of which a court can be only dimly aware in any one case brought before it.

312

In the particular circumstances of this case, I believe it is possible to isolate the feature of the family law regime which has been challenged because the advocated extension of its application has no impact on the integrity of the regime or its purposes. Obviously, this may not be the case with regard to other features of this same regime. Accordingly, a challenge to other provisions of the *FLA* would require separate judicial analysis.

mère (ou peut-être son médecin) et demander une indemnité à ce titre? Si l'enfant à naître est une personne juridique titulaire de droits, des arguments peuvent être formulés à l'appui de toutes ces propositions. Certains pourront souscrire à une telle évolution, d'autres la déploreront. Il reste qu'il s'agit d'une modification substantielle aux conséquences multiples qui placeraient les tribunaux au cœur d'un épineux débat d'ordre moral et social relevant davantage des élus que des tribunaux. En rompant avec la règle traditionnelle selon laquelle les droits ne s'acquièrent qu'à la naissance vivante, les tribunaux auraient du mal à restreindre l'application du nouveau principe à certains cas particuliers. [Je souligne.]

Bien entendu, la complexité de la question ne saurait à elle seule justifier la violation d'un droit garanti par la *Charte*. Cependant, le tribunal doit, comme il le fait lorsqu'il tranche une demande de contrôle judiciaire d'une décision administrative, être conscient des limites que comporte sa propre compétence institutionnelle en décidant à quel moment il doit substituer sa propre opinion à celle du législateur sur la question de savoir si les distinctions servant à définir une catégorie sont acceptables ou non. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 781 et 782: «Une “limite raisonnable” est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation.» Cette remarque est encore plus juste dans le contexte d'une loi faisant intervenir toute une série de droits interreliés dont le tribunal peut n'être qu'obscurément conscient dans une affaire donnée.

Dans les circonstances particulières de la présente affaire, j'estime qu'il est possible d'isoler la caractéristique contestée du régime du droit de la famille parce que l'élargissement préconisé de son champ d'application n'a pas d'incidence sur l'intégrité du régime ni sur ses objets. Il se peut bien entendu qu'il n'en soit pas ainsi pour d'autres caractéristiques de ce régime. En conséquence, la contestation d'autres dispositions de la *LDF* exigerait une analyse judiciaire distincte.

I do not agree with the proposition that the novelty of the basis of a challenge to a legislative classification leaves the Court powerless; nor do I accept that a process of incremental legislative change necessarily provides justification in the face of a classificatory scheme which is found to be substantially underinclusive or underinclusive with respect to fundamental interests (*per Sopinka J. in Egan, supra*, at para. 111). Alone, these considerations do not provide any rationale for granting deference to the legislature's choice. The only relevance of incrementalism is that social realities may evolve over time and affect the justification under s. 1. If social realities emerge which demonstrate that a legislative classification fails to recognize a significant number of individuals who fall within the purpose of the definition, and that this failure indicates that a *Charter* right has been infringed, then the marker must be altered. Subject to that consideration, the legislature is perfectly entitled to address the situations that it considers most severe or most deserving of immediate legislative attention. It need not identify all the perceived harm in society and address it in every context and in every degree (*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, and *Edwards, supra*). This is because the cost-benefit balance to the state and to others affected by the legislation changes as different social situations are addressed.

In this case, with regard to the specific issue of support obligations between spouses, the issue is neither administrative difficulty nor a strain on financial resources. The legislature defined a classification which it perceived to present the most unequal of these domestic relationships whose legal status had not been consensually determined, and where it perceived the cost-benefit analysis to be most favourable. There is no reason to give special deference to legislative choices in this case on the basis that the arbitration of social needs had to be made and priorities established.

Je n'adhère pas à la proposition voulant que la nouveauté du fondement de la contestation d'une classification législative rende la Cour impuissante; je n'accepte pas non plus que le gradualisme des modifications législatives justifie nécessairement la classification dont la portée est jugée beaucoup trop limitative ou trop limitative à l'égard de droits fondamentaux (le juge Sopinka dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 111). À elles seules, de telles considérations ne sauraient motiver une attitude de retenue à l'égard du choix du législateur. La seule pertinence du gradualisme tient au fait que les réalités sociales peuvent évoluer avec le temps et avoir une incidence sur la justification en vertu de l'article premier. S'il s'avérait, à la lumière des réalités sociales, qu'une classification législative ne reconnaît pas un nombre important de personnes visées par l'objet de la définition et que cette omission dénote la violation d'un droit garanti par la *Charte*, il faudrait modifier le critère employé. Sous réserve de cette considération, le législateur a parfaitement le droit de régler les situations qui, à ses yeux, sont les plus graves ou méritent le plus son attention. Il n'a pas à s'attaquer à tous les maux perçus dans la société et à y remédier dans tous les contextes, quelle qu'en soit la gravité (voir les arrêts *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, et *Edwards*, précité). Il en est ainsi parce que l'équilibre coûts-avantages pour l'État et les autres personnes touchées par les modifications législatives varie en fonction des différentes situations sociales.

En l'espèce, pour ce qui est de la question particulière des obligations alimentaires entre conjoints, la question litigieuse ne porte pas sur des difficultés administratives ni des contraintes financières. Le législateur a établi une classification regroupant les ménages dont la situation juridique n'a pas été déterminée de façon consensuelle et qui, selon lui, donnent lieu aux plus grandes inégalités et pour lesquels l'analyse coûts-avantages est la plus favorable. Il n'y a aucune raison de faire preuve d'une retenue particulière à l'égard des choix du législateur en l'espèce parce qu'il fallait arbitrer des conflits entre des besoins sociaux et établir des priorités.

313

314

315

Another helpful criterion which is used in determining the proper attitude of deference is the source of the rule. Although I would be reluctant to place significant weight on this factor alone, it can be used as a helpful indicator of the quality of the decision. Rules that are the product of common law development, or which are made by unelected decision-makers, ought to be accorded less deference in the absence of other factors. Delegated decision-makers are presumptively less likely to have ensured that their decisions have taken into account the legitimate concerns of the excluded group, while a legislative expression of will presumptively indicates that all interests have been adequately weighted (see M. Jackman, "Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the *Charter*" (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661, at pp. 668-69). If, as Professor J. H. Ely (*Democracy and Distrust* (1980)) and Professor R. Dworkin (*Freedom's Law* (1996)) suggest, one of our principal preoccupations in the equality guarantee is to ensure that the rights of all have been taken into account in the decision-making process, then processes which are more procedurally careful and open deserve greater deference. That presumption will certainly not immunize legislation from review. The specific refusal by the Alberta legislature to include sexual orientation as a prohibited ground of discrimination of the *Individual's Rights Protection Act* did not prevent this Court from finding that distinction to be a violation of the equality guarantee (*Vriend, supra*, at para. 115; see also *Romer v. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996), where even an amendment by plebiscite was struck down as a patent infringement on the right to equality). In those cases, despite the democratic nature of the processes, there was no significant justification for the distinction given in the course of the deliberations. Rather than a guarantee that equal consideration has been given, a democratic procedure merely gives greater weight to the facts, and the interpretation of facts, upon which the legislator has relied and that are open to reasonable disagreement.

Un autre critère utile pour déterminer le degré de retenue dont il convient de faire preuve est la source de la règle. J'hésiterais à accorder beaucoup de poids à ce seul facteur, mais j'estime qu'il peut être utile pour préciser la nature de la décision. Il convient de faire preuve de moins de retenue à l'égard des règles qui tirent leur origine de la common law ou qui ont été établies par des décideurs non élus, en l'absence d'autres facteurs. On doit présumer qu'il est moins probable que les décideurs titulaires d'un pouvoir délégué aient tenu compte des intérêts légitimes du groupe exclu en prenant leur décision, alors qu'on doit présumer qu'en exprimant sa volonté, le législateur a convenablement soupesé tous les intérêts en jeu (voir M. Jackman, «Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the *Charter*» (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661, aux pp. 668 et 669). Si, comme l'affirment les professeurs J. H. Ely (*Democracy and Distrust* (1980)) et R. Dworkin (*Freedom's Law* (1996)), l'un des principaux objectifs du droit à l'égalité est de veiller à ce qu'il soit tenu compte des droits de tous dans le processus décisionnel, il s'ensuit que les processus plus prudents et transparents sur le plan procédural méritent un plus grand respect. Une telle présomption ne mettra certainement pas une loi à l'abri du contrôle judiciaire. Le refus explicite du législateur albertain d'inclure l'orientation sexuelle en tant que motif illicite de discrimination dans l'*Individual's Rights Protection Act* n'a pas empêché notre Cour de conclure que la distinction en cause portait atteinte au droit à l'égalité (voir l'arrêt *Vriend*, précité, au par. 115; voir également l'arrêt *Romer c. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996), dans lequel même une modification par plébiscite a été annulée pour le motif qu'elle portait manifestement atteinte au droit à l'égalité). Dans ces affaires, malgré la nature démocratique des processus, aucune justification valable de la distinction n'avait été fournie au cours des délibérations. Plutôt que de garantir que tous les intérêts ont été également considérés, la procédure démocratique accorde tout simplement une plus grande importance aux faits et à l'interprétation des faits sur lesquels le législateur s'est fondé, et qui sont susceptibles d'être raisonnablement contestés.

In reviewing the debates leading to the rejection of Bill 167, the *Equality Rights Statute Law Amendment Act, 1994*, I noted two objections voiced by the Justice Critic for the Conservative Party: first, that the institution of marriage was being altered by these amendments; and second, that there were other groups to whom some or all of the benefits and burdens of legal recognition of interdependence might also be extended should the foundation for the present classification be changed (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, June 1, 1994, at p. 6583). These objections are neither patently fallacious nor do they indicate an animus or prejudice against same-sex couples. The problem is that they do not address the *Charter* right to equal concern and respect and that they were voiced in the context of a wide-ranging amendment that would have affected a variety of statutes with different foundations and purposes.

A final factor with regard to deference which must be examined in this case is the role of moral judgments in setting social policy. In this respect, the comments of Sopinka J. in *Butler, supra*, at pp. 492-93, are instructive:

The obscenity legislation and jurisprudence prior to the enactment of s. 163 were evidently concerned with prohibiting the “immoral influences” of obscene publications and safeguarding the morals of individuals into whose hands such works could fall. The *Hicklin* philosophy posits that explicit sexual depictions, particularly outside the sanctioned contexts of marriage and procreation, threatened the morals or the fabric of society. . . .

I agree with Twaddle J.A. of the Court of Appeal that this particular objective is no longer defensible in view of the *Charter*. . . .

On the other hand, I cannot agree with the suggestion of the appellant that Parliament does not have the right to legislate on the basis of some fundamental conception of morality for the purposes of safeguarding the values which are integral to a free and democratic society.

En examinant les débats qui ont conduit au rejet du projet de loi 167, la *Loi de 1994 modifiant des lois en ce qui concerne les droits à l'égalité*, j'ai noté deux objections formulées par le représentant du Parti conservateur chargé de critiquer le gouvernement en matière de justice: premièrement, ces modifications changeaient la nature du mariage en tant qu'institution et, deuxièmement, il y avait d'autres groupes auxquels certains, voire l'ensemble des avantages et des fardeaux résultant de la reconnaissance juridique de l'existence d'une relation d'interdépendance pourraient être étendus si la base de la classification en cause était modifiée (Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, 1^{er} juin 1994, à la p. 6583). Ces objections ne sont pas manifestement trompeuses et ne dénotent pas l'existence d'une hostilité ou de préjugés envers les couples de même sexe. Le problème est qu'elles ne tiennent pas compte du droit d'être traité avec le même intérêt et le même respect que garantit la *Charte*, et qu'elles ont été soulevées dans le contexte d'une modification importante qui aurait eu une incidence sur tout un lot de lois aux fondements et aux objets différents.

Le dernier facteur qui doit être examiné en l'es-
pèce en ce qui concerne la retenue judiciaire est le rôle que jouent les jugements de valeur dans l'élaboration des politiques sociales. À cet égard, les remarques du juge Sopinka dans l'arrêt *Butler*, précité, aux pp. 492 et 493, sont intéressantes:

Avant l'adoption de l'art. 163, la législation et la jurisprudence en matière d'obscénité visaient évidemment à éliminer les «influences immorales» des publications obscènes et à sauvegarder la moralité des personnes qui pourraient les voir. La philosophie de l'arrêt *Hicklin* pose en principe que les représentations sexuelles explicites, notamment en dehors des contextes approuvés du mariage et de la procréation, menacent la moralité ou la structure de la société. . . .

Je suis d'accord avec le juge Twaddle de la Cour d'appel que cet objectif particulier n'est plus défendable compte tenu de la *Charte*. . . .

Par contre, je ne puis souscrire à l'opinion de l'appellant que le Parlement n'a pas le droit de légiférer en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique.

316

317

The Court came to the conclusion in *Butler* that although the obscenity provisions of the *Criminal Code* had their origins in moral considerations, there was nevertheless an objective harm to society which, in contemporary society, was the principal objective of the section. The social science evidence demonstrated a reasonable apprehension of harm to women arising from these depictions that justified infringing on the freedom of expression in the *Charter*.

La Cour a conclu dans cet arrêt que même si les dispositions du *Code criminel* en matière d'obscénité tiraient leur origine de considérations morales, il y avait néanmoins un fléau social objectif qui constituait dans la société contemporaine le principal objectif du texte législatif. La preuve tirée des sciences humaines montrait que ces représentations suscitaient la crainte raisonnable d'un préjudice porté aux femmes, ce qui justifiait l'atteinte à la liberté d'expression garantie par la *Charte*.

318 I am struck by the similarity between the evolving moral values ascribed to the family unit by society and these observations by Sopinka J. Society has an interest in the traditional family. The vast majority of children born in our society are born and raised in this environment, notwithstanding the development of reproductive technologies which arguably make this family form biologically unnecessary. In truth, this opposite-sex family form is a product of socialization. In recognition of the significance of the procreative and socializing role of the opposite-sex family, the modern state has created a host of inducements for this family form, in addition to the obligations between the parties which are intended to mitigate the insecurities created by traditional patterns of gender inequality and specialization.

Je trouve frappante la similitude entre l'évolution de la valeur morale que la société attache à la famille et ces remarques du juge Sopinka. La société s'intéresse à la famille traditionnelle. Dans notre société, la vaste majorité des enfants naissent et sont élevés dans ce cadre, malgré l'avènement de méthodes de procréation dont on pourrait soutenir qu'elles rendent ce type de famille inutile sur le plan biologique. En fait, la famille traditionnelle, qui repose sur l'union d'un homme et d'une femme, est un produit de la socialisation. Reconnaissant l'importance de son rôle en matière de procréation et de socialisation, l'État moderne a pris toute une série de mesures pour favoriser ce type de famille, en plus d'imposer aux conjoints des obligations visant à atténuer les insécurités découlant de l'inégalité des sexes et de la spécialisation des rôles dont la présence est régulièrement constatée au sein de la famille traditionnelle.

319 Both the inducements, and the rights and obligations within the couple, confer an objective benefit to society by creating a regime in which opposite-sex partners will suffer the least harm by virtue of engaging in the sometimes risky enterprise of a family. Even though the institution of marriage is imbued with moral significance for many people, which is the source of their objection to the extension of any marital or quasi-marital status to same-sex couples, there is a social function performed by that legal status which grants a benefit on society, and which is typically applicable to male-female unions, given the current social context of gender inequality. To the extent that moral factors play a role in supporting an important social institution, I do not believe it is wrong for the Court to be aware of the special sensitivities of those

Les mesures favorisant la famille de même que les droits et obligations des conjoints profitent de façon objective à la société, car ils créent un régime dans le cadre duquel les conjoints de sexe différent subiront le moins de préjudice en se lançant dans l'entreprise parfois risquée de la famille. Même si l'institution du mariage revêt une signification morale aux yeux de nombreuses personnes, laquelle est à l'origine de leur opposition à toute reconnaissance de l'état matrimonial ou quasi matrimonial aux couples de même sexe, ce statut juridique qui profite à la société et qui est traditionnellement applicable aux unions entre un homme et une femme, remplit une fonction sociale vu le contexte actuel d'inégalité des sexes. Dans la mesure où des facteurs d'ordre moral contribuent à soutenir une institution sociale importante, rien ne

judgments in society. Like all factors, they must necessarily be assessed in light of *Charter* values.

I am satisfied, however, that the government's legitimate interest in setting social policies designed to encourage family formation can be met without imposing through exclusion a hardship on non-traditional families. There is no evidence that the social purpose of s. 29 would be endangered by the extension in its application. In fact, the extension sought is consistent with the legislative purpose of ensuring a greater degree of autonomy and equality within the family unit.

A review of the foregoing factors indicates that there is no need to be deferential to the legislative choice in this case. The nature of the interest affected by the exclusion is fundamental, the group affected is vulnerable, it is possible to isolate the challenged provision from the complex legislative scheme, there is no evidence of the government establishing priorities or arbitrating social needs, the legislative history indicates that there was no consideration given to the *Charter* right to equal concern and respect, and the government's interest in setting social policy can be met without imposing a burden on non-traditional families. Thus, as there is no basis on which to defer to the legislature, I will proceed to a strict application of the traditional test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Legislative Purpose

Determining legislative purpose is theoretically and practically a difficult task. As Professor Hogg has remarked (*Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 35-17):

s'oppose à ce que la Cour soit consciente des sensibilités particulières qui sous-tendent ces jugements dans la société. Comme tous les facteurs, elles doivent nécessairement être appréciées en fonction des valeurs véhiculées par la *Charte*.

Je suis convaincu, cependant, qu'il est possible de répondre à l'intérêt légitime porté par le gouvernement à l'élaboration de politiques sociales conçues de manière à favoriser la formation des familles sans que les familles non traditionnelles soient soumises à des contraintes excessives par la voie d'une exclusion. Aucune preuve n'établit que l'objet social visé par l'art. 29 serait compromis si on en étendait l'application. En fait, l'extension recherchée est compatible avec l'objet législatif, qui vise à favoriser un plus haut degré d'autonomie et d'égalité au sein de la cellule familiale.

Il ressort d'un examen des facteurs qui précèdent qu'il n'est pas nécessaire de faire preuve de retenue à l'égard des choix du législateur dans la présente affaire. La nature du droit visé par l'exclusion est fondamentale, le groupe concerné est vulnérable, il est possible de détacher la disposition contestée du régime législatif complexe dont elle fait partie, aucune preuve n'établit que le gouvernement ait voulu fixer des priorités ou arbitrer des conflits entre des besoins sociaux, l'historique de la loi montre que le droit d'être traité avec le même intérêt et le même respect, qui est garanti par la *Charte*, n'a pas été pris en compte et, enfin, il est possible de répondre à l'intérêt porté par le gouvernement à l'élaboration des politiques sociales sans imposer un fardeau aux familles non traditionnelles. En conséquence, étant donné qu'il n'y a aucune raison de faire preuve de retenue à l'égard du législateur, je passe à l'application stricte du critère traditionnel énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

L'objet législatif

Il est difficile, tant en théorie qu'en pratique, de déterminer l'objet législatif. Comme l'a fait remarquer le professeur Hogg (*Constitutional Law of Canada* (éd. à feuilles mobiles), vol. 2, à la p. 35-17):

320

321

322

At the practical level, the objective of the legislators in enacting the challenged law may be unknown. To be sure, the courts will now willingly receive the legislative history of the law, but this is often silent or unclear with respect to the provision under attack. Courts have not been troubled by this difficulty as much as one might expect. They usually assume that the statute itself reveals its objective, and they may pronounce confidently on the point even if there is no supporting evidence.

Despite these obstacles, the search for legislative intention has been laid as the cornerstone of the s. 1 analysis. It has even been suggested that “how the Court characterizes the objective of the impugned legislation essentially determines whether legislation should be struck down or upheld” (E. P. Mendes, “The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1”, in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (3rd ed. 1996), at p. 3-14). Given the particular difficulties surrounding the determination of the legislative purpose in this case, it may be necessary at this point to sound some of the theoretical underpinnings of this approach, and to define precisely the nature of the task.

323 The search for legislative purpose as a method of statutory interpretation is not a novel concept. In *Heydon’s Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637, Lord Coke reports, at p. 638:

And it was resolved by them, that for the sure and true interpretation of all statutes in general . . . four things are to be discerned and considered: —

1st. What was the common law before the making of the Act.

2nd. What was the mischief and defect for which the common law did not provide.

3rd. What remedy the Parliament hath resolved and appointed to cure the disease of the commonwealth.

And, 4th. The true reason of the remedy; and then the office of all the Judges is always to make such construction as shall suppress the mischief . . . according to the

[TRADUCTION] Sur le plan pratique, il se peut que l’on ignore l’objectif que visait le législateur en adoptant la loi contestée. Il est vrai que de nos jours, les tribunaux acceptent volontiers l’historique de la loi, mais souvent celui-ci ne dit rien au sujet de la disposition contestée ou n’est pas clair sur ce point. Cela n’a pas dérangé les tribunaux autant qu’on aurait pu s’y attendre. Habituellement, ils présument que la loi elle-même révèle son objectif et qu’ils peuvent se prononcer avec assurance même en l’absence de preuve à l’appui.

Malgré ces obstacles, la recherche de l’intention du législateur a été présentée comme la pierre angulaire de l’analyse fondée sur l’article premier. Un auteur a même laissé entendre que [TRADUCTION] «la qualification par la Cour de l’objectif de la loi contestée détermine essentiellement si celle-ci doit être annulée ou confirmée» (E. P. Mendes, «The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1», dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, *Charte canadienne des droits et libertés* (3^e éd. 1996), à la p. 114). Vu les difficultés particulières que soulève la détermination de l’objet législatif en l’espèce, il peut s’avérer nécessaire, à ce stade-ci, d’examiner certains des fondements théoriques de cette méthode pour définir de façon précise la nature de la tâche à accomplir.

La recherche de l’objet législatif comme méthode d’interprétation des lois n’est pas une idée nouvelle. Déjà dans l’affaire *Heydon* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637, lord Coke écrivait, à la p. 638:

[TRADUCTION] Et ils ont décidé que pour interpréter avec certitude et justesse toutes les lois en général [. . .] il fallait tenir compte de quatre choses:

Premièrement, quel était l’état de la common law avant l’adoption de la loi?

Deuxièmement, quel était le mal ou le vice auxquels la common law ne pouvait remédier?

Troisièmement, quelle mesure corrective le Parlement a-t-il retenue pour enrayer le mal dont souffrait la collectivité?

Enfin, quatrièmement, quel est le véritable motif de la mesure corrective? Par ailleurs, le rôle de tous les juges consiste toujours à interpréter la loi de façon à enrayer le

true intent of the makers of the Act. . . . [Emphasis added.]

The “mischief and defect” formulation does not refer to the actual impact of the legislation, but rather to the category of harm at which the legislation was addressed. In this passage, purpose is portrayed as an objective fact which can be determined independently of any statement of intention by the legislature, rather than an elaborate search for a fleeting legislative intent. This may be explained by the fact that, until the landmark decision by the House of Lords in 1993, English courts were strictly prohibited from examining legislative debates as material aids to construction (*Pepper v. Hart*, [1993] A.C. 593). However, Canadian courts may consider a wide range of intrinsic and extrinsic sources when searching for legislative purpose (R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at pp. 51-59). Although legislative history will often be helpful in determining the precise harm sought to be remedied by lawmakers, the ultimate standard for determining the category of harm is the provisions of the legislation itself and the social facts to which it is addressed. There is, thus, an objective and subjective component to the search for legislative intent and their relative importance will often depend upon the evidence before the court.

Usually, the objective and subjective aspects of the search for legislative purpose work hand in hand. On the one hand, the court must examine the social context of the terms of the legislation, and on the other, it should heed unambiguous indications in the legislative history of what the legislature believed it was addressing. Only where the two are manifestly inconsistent should legislative history be given little weight. Such an approach not only accords with general principles of statutory interpretation, but more precisely accords with the role of s. 1, which is to demand of the government a justification for its interference with a *Charter* guarantee. Since that onus of justification is placed on the government by virtue of s. 1, it is appropriate that the legislature’s own views

mal visé [. . .] conformément à la véritable intention du législateur. . . . [Je souligne.]

L’expression «le mal ou le vice» ne renvoie pas à l’incidence réelle de la loi, mais plutôt au type de préjudice qu’elle vise. Dans ce passage, l’objet est décrit comme un fait objectif pouvant être établi indépendamment de toute déclaration d’intention de la part du législateur plutôt que comme le fruit d’une recherche compliquée visant à découvrir une intention éphémère de ce dernier. Cela s’explique par le fait que, jusqu’à ce que la Chambre des lords rende son arrêt de principe en 1993, il était strictement interdit aux tribunaux anglais de prendre connaissance du compte rendu des débats de l’assemblée législative à des fins d’interprétation (*Pepper c. Hart*, [1993] A.C. 593). Cependant, les tribunaux canadiens peuvent examiner toute une gamme de sources intrinsèques et extrinsèques pour déterminer l’objet législatif (R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), aux pp. 51 à 59). Bien que l’historique de la loi soit souvent utile pour déterminer avec exactitude le préjudice que le législateur a voulu réparer, la norme par excellence pour déterminer le type de préjudice est l’examen des dispositions de la loi elle-même et des faits sociaux qu’elle vise. La recherche de l’intention du législateur comporte donc une composante objective et une composante subjective, et leur importance relative dépendra souvent de la preuve dont est saisi le tribunal.

Habituellement, les aspects objectif et subjectif de la recherche de l’objet législatif vont de pair. D’une part, le tribunal doit examiner le contexte social dans lequel s’inscrit le libellé de la loi et, d’autre part, il doit tenir compte des indices non équivoques que peut fournir l’historique de la loi en ce qui concerne la question dont la législature croyait traiter. C’est seulement lorsque ces deux aspects sont manifestement incompatibles qu’il faut accorder peu d’importance à l’historique de la loi. Cette méthode est compatible non seulement avec les principes généraux de l’interprétation des lois, mais plus précisément avec l’article premier, dont l’objet est d’exiger du gouvernement qu’il justifie l’atteinte qu’il porte à un droit garanti par la *Charte*. Comme le fardeau de justification

and characterization of a social problem be taken seriously.

325 This is particularly true in evaluating challenges based on s. 15. Although a social problem could change so drastically as to render a subjective Parliamentary purpose anachronistic, there will be many cases where the evaluation of social relationships is more subtle and open to disagreement by reasonable people, not only because the interpretation of facts may be debatable, but also because normative judgments often play a significant role in setting policy. In those cases, legislative determinations must be given some scope. The Court should not simply substitute its own opinion for that of the legislature where the nature of the legislative classification involves disputable social phenomena.

326 There are various theoretical justifications for giving careful consideration to legislative history when considering the legislative purpose of an equality claim. The legislative history may reveal that the legislature has misapprehended in some fundamental way, whether through prejudice or ignorance, the circumstances of a particular group that is affected by a classification. Rooting out this kind of unequal treatment based on a serious misunderstanding of the characteristics of a group, or based on sheer antipathy, emphasizes the importance of subjective legislative purpose, however obscure it may be. It is simply impossible to analyse whether the legislature has failed to take into account, on an equal footing, the concerns and characteristics of a particular group without, to some degree, examining the terms of their deliberations.

327 Also, an examination of the legislative history may demonstrate that the legislature failed to accord equal concern to the welfare of some disadvantaged groups. Again, only a review of the processes of evaluation by a legislature can unveil whether this is what has taken place. It is, however, necessary to consider whether the inclusive-

incombe au gouvernement en vertu de l'article premier, il convient de prendre au sérieux le point de vue de la législature à l'égard du problème social en cause et la façon dont elle le qualifie.

Cela est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'apprécier le bien-fondé des contestations fondées sur l'art. 15. Bien qu'un problème social donné puisse évoluer de façon si radicale que l'objet visé par le Parlement paraîtra anachronique, dans bien des cas, l'appréciation des rapports sociaux est plus subtile et plus facilement contestable par des personnes raisonnables, non seulement parce que l'interprétation des faits peut susciter la controverse, mais également parce que les jugements normatifs jouent souvent un rôle important dans l'élaboration des politiques. Dans de tels cas, il importe d'accorder de l'importance aux décisions du législateur. La Cour ne devrait pas simplement substituer sa propre opinion à celle du législateur quand la classification législative concerne des phénomènes sociaux contestables.

Diverses justifications théoriques autorisent l'examen attentif de l'historique de la loi lorsque vient le moment d'analyser l'objet législatif dans le cadre d'une demande fondée sur le droit à l'égalité. L'historique de la loi peut révéler que le législateur s'est foncièrement mépris, par suite de préjugés ou par ignorance, sur la situation d'un groupe particulier visé par la classification. L'élimination de ce genre de traitement inégal fondé sur une grave méconnaissance des caractéristiques d'un groupe, ou sur la seule antipathie éprouvée à son endroit, met l'accent sur l'importance de l'objet législatif subjectif, si obscur soit-il. Il est tout simplement impossible de déterminer si le législateur a omis de placer sur un pied d'égalité les préoccupations et les caractéristiques d'un groupe particulier sans examiner, dans une certaine mesure, les débats de l'assemblée législative.

De même, l'examen de l'historique de la loi peut montrer que le législateur n'a pas accordé le même intérêt au bien-être de certains groupes défavorisés. Encore une fois, ce n'est qu'en examinant les processus d'évaluation du législateur que l'on peut déterminer si c'est effectivement ce qui s'est produit. Il est cependant nécessaire de se demander

ness requirement is offended at the time of the claim, and not only at the time of the adoption of the legislation under review. Many statutes adopted before the *Charter* were unassailable when first enacted, but were held to offend the *Charter* at a later date. Examples of this phenomenon include *Oakes, supra*, which struck down s. 8 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, which struck down the federal *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, which struck down s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34; and *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, which struck down s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26. It is also important to note here, as in *Vriend, supra*, the deliberate decision of the legislature to exclude same-sex couples from the regime.

From a theoretical standpoint, it makes sense that legislative history should play a particularly important role in the s. 1 analysis. Within the broad guarantees of the *Charter*, there can be no doubt that judges share with the legislature the task of making the law in many areas. For some, this is a regrettable situation involving an irreducible struggle between the legislative and judicial branches of government. Others have conceived of the relationship differently. I pointed out in my introductory remarks that a court's true task is cooperation and dialogue with the legislature in order to ensure that the democratic will is given the clearest expression possible, within the limits imposed by the *Charter* (P. W. Hogg and A. A. Bushell, "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter* of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, at p. 105):

Judicial review is not "a veto over the politics of the nation," but rather the beginning of a dialogue as to how best to reconcile the individualistic values of the *Char-*

s'il a été porté atteinte à l'exigence en matière d'inclusion au moment du dépôt de la demande, et non seulement au moment de l'adoption du texte législatif en cause. Bien des lois adoptées avant l'avènement de la *Charte*, qui étaient inattaquables à l'époque où elles ont été édictées, ont été plus tard jugées contraires à ce texte. À titre d'exemples, citons l'arrêt *Oakes*, précité, qui a annulé l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1, l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, qui a annulé une loi fédérale, soit la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, ch. L-13, l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, qui a annulé l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, qui a annulé l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 26. Il importe également de souligner en l'espèce la décision délibérée du législateur d'exclure du régime les couples de même sexe, comme c'était le cas dans l'affaire *Vriend*, précité.

D'un point de vue théorique, il est logique que l'historique de la loi joue un rôle particulièrement important dans l'analyse fondée sur l'article premier. Dans le cadre des garanties générales énoncées dans la *Charte*, il ne fait aucun doute que les juges se trouvent à partager avec le législateur la tâche de légiférer dans bon nombre de domaines. D'aucuns prétendent qu'il s'agit d'une situation regrettable qui est à l'origine d'une lutte irréductible entre les pouvoirs législatif et judiciaire. D'autres conçoivent différemment les rapports entre ces deux pouvoirs. J'ai souligné dans mes remarques préliminaires que la véritable tâche du tribunal consistait à collaborer et à dialoguer avec le législateur pour faire en sorte que la volonté démocratique puisse s'exprimer le plus clairement possible, à l'intérieur des limites imposées par la *Charte* (P. W. Hogg et A. A. Bushell, «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter* of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, à la p. 105):

[TRADUCTION] Le contrôle judiciaire n'est pas «un veto opposable aux choix politiques de la nation», mais plutôt le début d'un dialogue sur la meilleure façon de con-

ter with the accomplishment of social and economic policies for the benefit of the community as a whole.

See also P. L. Strauss, “The Courts and The Congress: Should Judges Disdain Political History?” (1998), 98 *Colum. L. Rev.* 242, at pp. 262-64. Engaging in that dialogue requires the courts and the legislatures to be speaking the same language. Rather than being an impermissible incursion into the legislative domain, judicial consideration of legislative intent is a way of respecting the voice of the government of the community and, hence, of the community itself. The s. 1 analysis places a burden on the government to justify the legislative incursion on the *Charter* right. It is therefore appropriate that governmental intention should, where possible, be considered and evaluated on its own terms to explain why the restriction on a *Charter* right is justifiable.

cilier les valeurs individualistes inscrites dans la *Charte* avec les politiques sociales et économiques adoptées pour le bénéfice de la collectivité dans son ensemble.

Voir également P. L. Strauss, «The Courts and The Congress: Should Judges Disdain Political History?» (1998), 98 *Colum. L. Rev.* 242, aux pp. 262 à 264. Pour entamer un tel dialogue, les tribunaux et les législateurs doivent être sur la même longueur d’onde. Plutôt que de constituer une incursion inadmissible dans le domaine législatif, l’examen par les tribunaux de l’intention du législateur constitue une façon de respecter la voix du gouvernement dont s’est dotée la collectivité et, partant, celle de la collectivité elle-même. L’analyse fondée sur l’article premier impose au gouvernement le fardeau de justifier l’atteinte portée par la loi au droit garanti par la *Charte*. Il convient donc, dans la mesure du possible, d’examiner l’intention du gouvernement en elle-même pour savoir comment la restriction d’un droit garanti par la *Charte* pourrait se justifier.

329

Determining the legislative purpose behind the creation of a category that grants benefits to some, and withholds them from others, may sometimes be a difficult task. This is because social legislation often explains explicitly why the category is being created, not why it is being limited to certain persons and not others. Yet both of these facts are fundamental to the s. 1 analysis since the limitation on the right to equality necessarily involves a claim by an individual that he or she is not being treated equally relative to others. Determining whether differential treatment is justified involves an analysis of the legislature’s reasons for the creation of the benefit or burden, but also its reasons for limiting it to a certain class. The reasons for limitation do not always flow logically from the reasons for inclusion. For example, the scope of many acts granting financial benefits are circumscribed by a government’s need to operate within fiscal constraints. Such a concern is usually totally separate and distinct from the reasons for granting a benefit in the first place. Thus, as *Driedger, supra*, states in describing the interpretation of statutes in general: “To appreciate the purpose of the provision the court must ask not only why the credit [the benefit] was created but also why it was available

La détermination de l’objet législatif qui sous-tend la création d’une catégorie en vertu de laquelle des avantages sont accordés à certaines personnes mais refusés à d’autres peut parfois s’avérer difficile. C’est que, souvent, les lois à caractère social énoncent expressément la raison pour laquelle la catégorie est créée, mais non les motifs pour lesquels la catégorie vise certaines personnes et pas les autres. Pourtant, ces deux faits sont fondamentaux en ce qui concerne l’analyse fondée sur l’article premier, étant donné que la restriction du droit à l’égalité concerne nécessairement un individu affirmant qu’il ne bénéficie pas d’un traitement égal par rapport à d’autres. Pour déterminer si un traitement différent est justifié, il faut analyser non seulement les motifs qui ont incité le législateur à créer l’avantage ou le fardeau, mais également les motifs pour lesquels il a limité celui-ci à une certaine catégorie de personnes. Les motifs de la limitation ne découlent pas toujours logiquement des motifs de l’inclusion. Par exemple, la portée de bon nombre de lois conférant des avantages financiers est souvent limitée par les contraintes financières du gouvernement. Habituellement, une telle considération est complètement étrangère aux motifs pour lesquels le

for some investments but not for others. Until this second question has been answered, the purpose of the provision is not fully known” (p. 63). The danger with identifying only the broad purposes for inclusion in an act, without any appreciation of the reasons for limiting that definition to a particular group, is that it makes any exclusion that is not inherent in the reasons for inclusion appear not rationally connected to the purpose. This approach was recently affirmed in *Vriend, supra*, at para. 110:

Section 1 of the *Charter* states that it is the limits on *Charter* rights and freedoms that must be demonstrably justified in a free and democratic society. It follows that under the first part of the *Oakes* test, the analysis must focus upon the objective of the impugned limitation, or in this case, the omission. Indeed, in *Oakes, supra*, at p. 138, Dickson C.J. noted that it was the objective “which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve” (emphasis added) that must be pressing and substantial. [Emphasis in original.]

The “limit” on the equality right in this case is the failure to treat individuals in same-sex relationships that otherwise meet the criteria of Part III of the *FLA* in the same way as individuals in opposite-sex relationships exhibiting similar characteristics. The relevant reasons for that limit are not only the reasons for having created a regime of spousal support, but also the reasons for limiting the scope of that regime. Of course, the legislature may not have explicitly considered the position of the claimant’s group. Legislative intent is seldom so transparent or individuated; nor does it always address future circumstances or developments, or provide articulated rebuttals of future constitutional challenges. In such circumstances, the proper approach is to consider first, the legislation’s objectives in creating the category, and

législateur a, à l’origine, accordé l’avantage en question. Comme le dit *Driedger, op. cit.*, en décrivant l’interprétation des lois de façon générale: [TRADUCTION] «Pour apprécier l’objet de la disposition, le tribunal doit se demander non seulement pourquoi le crédit [l’avantage] a été créé, mais également pourquoi il était applicable à certains investissements mais non à d’autres. Tant que la deuxième question n’a pas reçu de réponse, on ne connaît pas à fond l’objet de la disposition» (p. 63). Le danger à ne déterminer que les objets généraux de l’inclusion dans une loi, sans examiner les raisons pour lesquelles la définition a été limitée à un groupe particulier, est le risque que toute exclusion non inhérente aux motifs de l’inclusion paraisse n’avoir aucun lien rationnel avec l’objet visé. Cette approche a été récemment confirmée dans l’arrêt *Vriend*, précité, au par. 110:

L’article premier de la *Charte* dispose que ce sont les restrictions apportées aux droits et libertés qui y sont garantis dont la justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Il s’ensuit que suivant la première partie du critère de l’arrêt *Oakes*, l’analyse doit être axée sur l’objectif de la restriction contestée ou, en l’occurrence, de l’omission. De fait, dans l’arrêt *Oakes*, précité, à la p. 138, le juge en chef Dickson a souligné que c’était l’objectif «que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*» (je souligne) qui devait être urgent et réel. [Souligné dans l’original.]

La «restriction» du droit à l’égalité en l’espèce est le fait de ne pas traiter de la même façon les personnes qui forment avec une personne du même sexe une union qui satisfait par ailleurs aux critères établis à la partie III de la *LDF* et les personnes qui forment avec une personne de sexe différent une union présentant des caractéristiques similaires. Les motifs pertinents quant à cette restriction sont non seulement les raisons pour lesquelles le régime de l’obligation alimentaire entre conjoints a été créé, mais également celles qui sont à l’origine de la limitation de la portée de ce régime. Bien entendu, il se peut que le législateur n’ait pas explicitement envisagé la situation du groupe auquel appartient le demandeur. L’intention du législateur est rarement aussi transparente ou précise; elle ne tient pas toujours compte des

second, any evidence as to the general reasons for limiting the category, even if it is impossible to say with precision why the group in question was excluded. In considering the broader reasons for inclusion and for limitation, the court may undertake the s. 1 analysis with a full view of the legislature's objectives.

situations ou des événements à venir, pas plus qu'elle ne fournit d'arguments clairs pour réfuter d'éventuelles contestations constitutionnelles. Il convient alors d'examiner en premier les objectifs que visait la loi en établissant la catégorie en cause et, ensuite, tout élément de preuve se rapportant aux motifs généraux pour lesquels la catégorie a été limitée, même s'il est impossible de dire précisément pourquoi le groupe en question a été exclu. En examinant les motifs plus généraux qui ont justifié l'inclusion et la limitation, le tribunal peut entreprendre l'analyse fondée sur l'article premier bien au fait des objectifs du législateur.

331 This Court has been very careful in its jurisprudence to avoid the error of looking only at the reasons for inclusion, even if this has sometimes required great sensitivity in discerning the legislative reasons for limiting the defined class in a particular way. In *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, the failure to provide interpretation services to the deaf in the provincial act providing universal medical care was challenged. The analysis for s. 1 purposes clearly focused on the specific objectives of the exclusionary decision in question, not on the overall purposes of the Act (at para. 84):

Notre Cour a pris grand soin, dans sa jurisprudence, d'éviter de commettre l'erreur qui consiste à n'examiner que les motifs d'inclusion, même si cela a exigé parfois qu'elle fasse preuve d'une grande perspicacité pour distinguer les motifs pour lesquels le législateur avait limité, comme il l'avait fait, la catégorie définie. Dans *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, l'omission des services d'interprètes à l'intention des personnes atteintes de surdité dans la loi provinciale établissant un régime universel de soins de santé a été contestée. L'analyse fondée sur l'article premier a été clairement ax e sur les objectifs particuliers de la décision d'exclure certains services et non sur les objets généraux de la Loi (au par. 84):

Assuming without deciding that the decision not to fund medical interpretation services for the deaf constitutes a limit "prescribed by law", that the objective of this decision — controlling health care expenditures — is "pressing and substantial", and that the decision is rationally connected to the objective, I find that it does not constitute a minimum impairment of s. 15(1). [Emphasis added.]

  supposer, sans trancher la question, que la décision de ne pas financer des services d'interprètes médicaux à l'intention des personnes atteintes de surdité constitue une limite prescrite par une «règle de droit», que l'objectif de cette décision — limiter les dépenses au titre des soins de santé — est «urgent et réel» et que la décision a un lien rationnel avec l'objectif, je conclus qu'elle n'est pas une atteinte minimale au par. 15(1). [Je souligne.]

In *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, the provision of the *Citizenship Act* challenged under s. 15(1) allowed children of a Canadian father to apply for citizenship without conditions, while children of Canadian mothers were required to undergo a security check and swear allegiance. Iacobucci J. articulated the

Dans l'arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d' tat)*, [1997] 1 R.C.S. 358, la disposition de la *Loi sur la citoyenneté* contestée en vertu du par. 15(1) permettait aux enfants dont le père était Canadien de présenter une demande de citoyenneté sans devoir remplir de conditions, alors que les enfants dont la mère était Canadienne devaient se soumettre à une

objective relevant for s. 1 purposes as follows (at para. 94):

The appellant accepted that the objectives of the impugned provisions — to provide access to citizenship while establishing a commitment to Canada and safeguarding the security of its citizens — were sufficiently pressing and substantial to warrant limiting a *Charter* right. I believe he was correct to do so. Ensuring that potential citizens are committed to Canada and do not pose a risk to the country are pressing and substantial objectives. [Emphasis added.]

In both of these cases, the Court was careful to consider the reasons for exclusion in conjunction with the overall aims of the legislation. Indeed, it is impossible to define the reasons for excluding the class claiming a violation of the right to equality without understanding the reasons for inclusion. As this Court emphasized in *Vriend, supra*, at para. 111:

... the objective of the omission cannot be fully understood in isolation. It seems to me that some consideration must also be given to both the purposes of the Act as a whole and the specific impugned provisions so as to give the objective of the omission the context that is necessary for a more complete understanding of its operation in the broader scheme of the legislation.

The necessity of this approach also emerges from the particular nature of most social legislation conferring benefits. The reason for this approach is clear. The *Oakes* analysis presupposes a tension between the objectives of the *Charter* right and the objectives of the particular legislative provision that is alleged to constitute a violation of the *Charter* guarantee. Only after that tension is identified does it make sense to ask whether that legislative objective is pressing and substantial, and whether the precise means adopted are so closely related and narrowly tailored to that objective as to warrant derogation from the *Charter* guarantee. If the tension of objectives is removed, then almost any exclusion that detracts from the ambit of the broad legislative goal will fail the s. 1 test, because, simply by virtue of being an exclusion, it cannot be rationally connected with the goal. Only when the

enquête de sécurité et prêter serment. Le juge Iacobucci a clairement exposé l'objet pertinent quant à l'article premier (au par. 94):

L'appelant a reconnu que les objectifs visés par les dispositions contestées — donner accès à la citoyenneté tout en s'assurant de l'engagement des intéressés envers le Canada et en préservant la sécurité de ses citoyens — étaient suffisamment urgents et réels pour justifier la limitation d'un droit garanti par la *Charte*. Je crois qu'il a eu raison de le reconnaître. Le fait de s'assurer de l'engagement envers le Canada des candidats à la citoyenneté et le fait de s'assurer qu'ils ne constituent pas un risque pour le pays sont des objectifs urgents et réels. [Je souligne.]

Dans ces deux affaires, la Cour a pris soin d'examiner les motifs de l'exclusion en se référant aux fins générales de la loi. En effet, il est impossible de définir les motifs pour lesquels la catégorie alléguant la violation de son droit à l'égalité a été exclue sans comprendre les motifs de l'inclusion. Comme l'a souligné notre Cour dans l'arrêt *Vriend*, précité, au par. 111:

... on ne peut appréhender pleinement l'objectif visé par l'omission si on l'analyse isolément. Il me semble qu'il faut prendre également en considération tant les objets de la Loi dans son ensemble que les dispositions particulières contestées, de façon à situer l'objectif de l'omission dans un contexte permettant d'en mieux saisir le sens eu égard à l'économie générale de la loi.

La nécessité de cette méthode tient également à la nature particulière de la plupart des lois sociales conférant des avantages. La raison pour laquelle il y a lieu d'adopter cette approche est claire. L'analyse élaborée dans l'arrêt *Oakes* presuppose qu'il existe une tension entre les objectifs du droit garanti par la *Charte* et ceux de la disposition législative qui est censée porter atteinte à ce droit. C'est seulement après que cette tension a été identifiée qu'il est logique de se demander si l'objectif législatif est urgent et réel et si les moyens particuliers qui ont été choisis pour y parvenir sont si intimement liés et si étroitement adaptés à cet objectif que cela justifie la dérogation à la *Charte*. Si on élimine cette tension entre les objectifs, à peu près aucune des exclusions qui diminuent la portée de l'objectif général de la loi ne pourront satisfaire au critère de l'article premier, pour la simple raison

332

333

specific purpose or objective of the exclusion is articulated are the tests under *Oakes, supra*, properly engaged. This is particularly true in cases involving the guarantee of equality. Unlike most legislation which infringes ss. 2(a), (b), (d) and 7 to 14 of the *Charter*, the broad purposes of entitlement-granting legislation will seldom come into conflict with s. 15. Usually, the purposes are perfectly congruent and it is necessary to articulate the purpose of the limitation in order to identify the underlying tension between the legislative purpose and the *Charter*.

qu'étant des exclusions, elles ne peuvent être rationnellement liées à cet objectif. Ce n'est que lorsque l'objet ou l'objectif précis de l'exclusion est clairement formulé qu'il convient d'appliquer les critères énoncés dans l'arrêt *Oakes*, précité. C'est particulièrement vrai dans les affaires concernant le droit à l'égalité. Contrairement à ceux de la plupart des lois qui portent atteinte aux al. 2a), b) ou d) ou aux art. 7 à 14 de la *Charte*, les objets généraux des lois qui accordent des droits sont rarement incompatibles avec l'art. 15. Habituellement, les objets correspondent parfaitement et il est nécessaire de formuler clairement l'objet de la limitation pour cerner la tension sous-jacente entre l'objet législatif et la *Charte*.

334 Another danger in not rigorously following this approach is the tendency to suggest that nothing is taken away from the included class by making others eligible for the benefit. Such a formulation misses the point. The issue under s. 1 is whether the government acted in a reasonable fashion in limiting the class based on one of the prohibited enumerated or analogous characteristics described in s. 15. That requires an analysis of its reasons for limiting the class as it did. If the government had a valid reason for limiting the class, and it used means which were proportional to this objective, then the limitation on the equality rights of those excluded is justified. Whether anything is taken away from the included class is entirely irrelevant. The inquiry is not into a possible detriment to the included class.

En n'appliquant pas rigoureusement cette méthode, on s'expose à un autre danger qui est la tendance à dire que l'on enlève rien à ceux qui sont inclus dans la catégorie en rendant d'autres personnes admissibles. Une telle affirmation n'a rien à voir avec la question. Le point soulevé par l'article premier est de savoir si le gouvernement a agi de façon raisonnable en limitant la catégorie visée sur le fondement de l'une des caractéristiques prohibées qui sont énumérées à l'art. 15 ou d'une caractéristique analogue. Cela exige une analyse des raisons pour lesquelles le gouvernement a ainsi limité la catégorie. S'il avait une raison valable pour limiter la catégorie, et s'il s'est servi de moyens proportionnels à cet objectif, la restriction des droits à l'égalité des personnes exclues est justifiée. La question de savoir si l'on a enlevé quelque chose aux personnes incluses dans la catégorie n'a aucune pertinence. Il ne s'agit pas de vérifier si ces personnes ont pu subir un préjudice.

335 In this case, the majority of the Court of Appeal defined the relevant purpose for the s. 1 analysis in the following manner, at p. 450: "Part III of the FLA on Support Obligations is clearly part of a legislative scheme aimed at providing 'for the equitable resolution of economic disputes that arise when intimate relationships between individuals who have been financially interdependent break down'" (emphasis added). A second purpose was found, at p. 450, to be that "the legislature intended, where applicable, to alleviate the burden

En l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont défini de la façon suivante l'objet pertinent en ce qui concerne l'analyse fondée sur l'article premier, à la p. 450: [TRADUCTION] «la partie III de la LDF, qui traite des obligations alimentaires, fait clairement partie d'un régime législatif qui vise "le règlement équitable des différends d'ordre économique survenant à la rupture d'unions intimes entre personnes interdépendantes financièrement"» (je souligne). Ils ont également conclu, à la p. 450, que la LDF avait un deuxième

on the public purse by shifting the obligation to provide support for needy persons to those parents and spouses who have the capacity to provide support to these individuals". In considering the specific extension to common law spouses by amendment in 1978, Charron J.A. states, at p. 451:

I am unable to identify any additional purposes distinct from those already raised. In my view, the legislature must simply be taken to have recognized that, in so far as spousal support obligations were concerned, it was neither fair nor effective to choose marriage as the exclusive marker for the identification of intimate relationships giving rise to economic interdependence which might require, upon breakdown, some access to the equitable dispute-resolution scheme created by the legislation.

The limit on the right to equality that is challenged in this case is a definition which includes a particular class, but excludes all other classes. The relevant purpose for the s. 1 analysis, then, is the rationale behind the definition itself. The only rationale for the definition adopted, according to Charron J.A., is that it sought to recognize "intimate" relationships going beyond marriage, and to reduce dependency on government assistance.

In my view, this is an unwarranted recharacterization of the legislative purpose. Rather than being a justification for the definition adopted by the government, Charron J.A. offers little more than a description of one characteristic of the class which falls within s. 29 and a reference to a mere incident of the failure to enforce the obligations of equal sharing in the conjugal partnership. In fact, there is much more to the story that must be examined before the rationale behind the definition in s. 29 can be fully appreciated.

The respondent M. relied heavily on the extension of spousal support benefits to opposite-sex common law relationships and much debate on the *Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, c. 2,

objet: [TRADUCTION] «le législateur a voulu, lorsque c'était approprié, alléger le fardeau financier de l'État en faisant peser l'obligation de fournir des aliments aux personnes indigentes non plus sur l'État mais sur les parents et les conjoints qui sont en mesure de le faire». En examinant l'assujettissement exprès des conjoints de fait à cette obligation par l'entremise de la modification de 1978, le juge Charron de la Cour d'appel dit, à la p. 451:

[TRADUCTION] Je ne vois pas d'autre objet que ceux qui ont déjà été mentionnés. À mon avis, on doit simplement conclure que le législateur a reconnu qu'en ce qui concerne les obligations alimentaires entre conjoints, il n'était ni juste ni efficace de retenir le mariage comme seul critère pour décider quelles unions intimes marquées par l'interdépendance financière sont susceptibles, à la rupture, de nécessiter l'accès au régime prévu par la loi en vue de la résolution équitable des différends pouvant surgir.

La restriction du droit à l'égalité contestée en l'espèce est une définition qui inclut une catégorie particulière de personnes mais exclut toutes les autres catégories. L'objet pertinent quant à l'analyse fondée sur l'article premier, c'est donc la raison d'être de la définition elle-même. Selon le juge Charron, la seule raison qu'on puisse invoquer est que le législateur cherchait à reconnaître les unions «intimes» en dehors du cadre du mariage pour diminuer le nombre des personnes à la charge de l'État.

À mon avis, il s'agit là d'une nouvelle qualification injustifiée de l'objet législatif. Loin de justifier la définition adoptée par le gouvernement, le juge Charron s'en tient à la description d'une caractéristique de la catégorie visée par l'art. 29 et relève tout au plus une simple conséquence de l'omission de faire respecter les obligations relatives au partage égal que fait naître le lien conjugal. En fait, la situation présente beaucoup d'autres aspects qu'il faut examiner pour saisir pleinement les raisons qui ont conduit à l'adoption de la définition prévue à l'art. 29.

L'intimée M. a beaucoup invoqué le fait que les avantages de l'obligation alimentaire entre conjoints étaient conférés aux unions de fait entre personnes de sexe différent, et une grande partie des

336

337

338

focused on this particular aspect of the definition. In introducing the bill to the legislature, the Attorney General of the day, the Honourable Roy McMurtry, sought to justify the extension of benefits beyond the relationship of marriage (*Legislature of Ontario Debates*, October 26, 1976, at p. 4103):

This part also creates a limited obligation of one common law spouse to support the other. Where two persons have lived together as if married, their relationship often takes on the same financial characteristics as a marriage. One person frequently becomes dependent on the other, especially if there is a child of the union. If one of these two people is no longer self-sufficient, it seems reasonable to look to the other to assist in restoring him or her to financial independence. Certainly it is more desirable to place a support obligation on common law spouses than to have a large number of persons who are living common law looking to public welfare for support instead.

On a later day, the Attorney General responded to criticism that support obligations ought not to be imposed on relationships outside of marriage, and made the purpose behind that part of the definition even clearer (*Legislature of Ontario Debates*, November 18, 1976, at p. 4793):

If there is no financial dependency, there will be no need for support by the other party and there will not be a successful claim for support.

By contrast, however, there are many people living together in such relationships who are being exploited by their partner. They have been induced to enter into the relationship and to stay home and raise the children arising from the union, or children of another union, and have thus been put in a position of total dependency on the person as a result of being out of the labour market for a lengthy period of time. Many of these people are later abandoned and, under the present law, they have nowhere to turn but to the welfare authorities for support.

This is not a small problem. For example, in September of this year, the government of Ontario has paid out family benefits to over 13,000 unmarried mothers and

débats qui ont précédé l'adoption de la *Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, ch. 2, a porté sur cet aspect précis de la définition. En déposant le projet de la loi devant l'assemblée législative, le procureur général de l'époque, l'honorable Roy McMurtry, a cherché à justifier l'extension des avantages au-delà du cadre du mariage (*Legislature of Ontario Debates*, 26 octobre 1976, à la p. 4103):

[TRADUCTION] Cette partie fait également peser sur les conjoints de fait une obligation alimentaire réciproque limitée. Lorsque deux personnes vivent ensemble comme si elles étaient mariées, souvent leur union revêt les mêmes caractéristiques que le mariage sur le plan financier. Il arrive fréquemment que l'un des membres du couple devienne dépendant de l'autre, surtout si un enfant est issu de l'union. Lorsque l'une de ces deux personnes ne parvient plus à subvenir elle-même à ses besoins, il semble raisonnable qu'elle demande à l'autre de l'aider à recouvrer son indépendance financière. Il est certainement plus souhaitable d'assujettir les conjoints de fait à une obligation alimentaire réciproque que de voir un grand nombre de personnes vivant en union de fait compter sur l'aide sociale pour subvenir à leurs besoins.

Plus tard, le procureur général, répondant aux critiques de ceux qui s'opposaient à ce que des obligations alimentaires soient imposées aux conjoints non mariés, a exposé encore plus clairement l'objet de cette partie de la définition (*Legislature of Ontario Debates*, 18 novembre 1976, à la p. 4793):

[TRADUCTION] En l'absence de dépendance financière, aucune des parties ne sera tenue de fournir des aliments à l'autre et aucune demande d'aliments ne sera accueillie.

Par contraste, cependant, de nombreuses personnes qui vivent ensemble au sein d'une telle union se font exploiter par leur partenaire. Elles ont été incitées à former une union et à rester au foyer pour élever les enfants issus de l'union ou ceux nés d'une autre union. Elles se trouvent ainsi à dépendre entièrement de l'autre du fait qu'elles ont quitté le marché du travail pendant une longue période. Bon nombre sont plus tard abandonnées et, vu l'état actuel du droit, il ne leur reste plus qu'à s'adresser à l'aide sociale.

Il s'agit d'un problème d'envergure. Par exemple, pour le seul mois de septembre cette année, le gouvernement de l'Ontario a versé des prestations familiales

their 26,000 dependent children, totalling over \$3.5 million for that month alone. [Emphasis added.]

The primary legislative purpose in extending support obligations outside the marriage bond was to address the subordinated position of women in non-marital relationships. But for this social problem, no legislation would have been passed to impose support obligations on unmarried cohabitants. Support for this interpretation of the purpose of the Act is also to be found in previous judgments of this Court. In *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, L'Heureux-Dubé J. stated, at para. 97:

Both the courts and the legislatures have, in recent years, acknowledged and responded to the injustices that often flow from power imbalances of this type and have thereby given increasing recognition to non-traditional forms of relationships. Why else did the Ontario legislature in 1986 extend benefits from married persons to cohabiting partners in over 30 Ontario statutes, several of which raised issues of financial interdependence that are analogous to the impugned provisions of the *Insurance Act*? Why else has the Ontario *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, imposed an obligation of mutual support on common law spouses since 1978? . . . In all of these cases, although the language has generally employed gender-neutral references to "spouses", it is indisputable that much of the impetus for these changes stemmed from courts' and legislatures' increasing recognition of the disadvantage endured by dependent spouses, most often women, within the context of those relationships. [Emphasis added.]

The legislative history suggests unequivocally that the social harm which this definition was seeking to address was the widespread economic dependence faced by women, inside or outside the marital bond, upon the breakdown of the relationship. The Attorney General's second statement and reference to 13,000 mothers on social assistance makes it clear that this is the social problem which his government has in mind, first in order to ameliorate their economic position, and second to reduce reliance on public resources. Moreover, his

totalisant plus de 3,5 millions de dollars à plus de 13 000 mères non mariées et aux 26 000 enfants à leur charge. [Je souligne.]

Le principal objet législatif visé par l'extension des obligations alimentaires au-delà du cadre du lien conjugal était d'apporter une solution à la subordination des femmes vivant en union de fait. N'eût été ce problème social, aucune disposition législative imposant des obligations alimentaires aux personnes non mariées qui cohabitent n'aurait été adoptée. Notre Cour a déjà rendu des jugements qui étayaient une telle interprétation de l'objet de la *LDF*. Dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, le juge L'Heureux-Dubé dit, au par. 97:

Au cours des dernières années, tant les tribunaux que les législatures ont reconnu les injustices qui résultent souvent d'un déséquilibre de pouvoir de cette nature et ont pris des mesures pour y remédier, accordant ainsi une reconnaissance accrue aux unions non traditionnelles. Pour quelle autre raison la législature ontarienne aurait-elle, en 1986, étendu aux partenaires qui cohabitent les avantages auparavant accordés aux seules personnes mariées, dans plus de 30 lois, dont plusieurs visaient des questions d'interdépendance financière analogues aux dispositions attaquées de la *Loi sur les assurances*? Pour quelle autre raison la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. F.3, imposerait-elle une obligation alimentaire réciproque aux conjoints de fait depuis 1978? [. . .] Il va sans dire que dans tous ces cas, bien que l'on n'ait généralement fait aucune distinction de sexe relativement au terme «conjoint», ces modifications résultent en grande partie du fait que les tribunaux et les législatures reconnaissent de plus en plus le désavantage subi par les conjoints en état de dépendance, le plus souvent les femmes, dans le contexte de ces unions. [Je souligne.]

L'historique de la loi laisse clairement supposer que le problème social que cette définition visait à corriger était la dépendance économique généralisée des femmes, mariées ou conjointes de fait, à la rupture de l'union. La seconde déclaration du procureur général et la référence aux 13 000 mères vivant de l'aide sociale indiquent clairement qu'il s'agissait du problème social que visait son gouvernement, en vue d'abord d'améliorer la situation économique de ces femmes et, ensuite, de réduire le recours aux fonds publics. En outre, le fait qu'il

339

340

strong references to exploitation and inducement to enter into common law relationships reveals that the government was responding to a wider context of gender inequality which pressures women into remaining in unsatisfactory legal situations *vis à vis* their partner because the man refuses to undertake any of the legal obligations of marriage. Nor is this purpose disjunctive with that of the support obligation in the family law regime as it existed prior to 1975. As the Law Reform Commission noted in Part VI of its *Report on Family Law* (1975), dealing with support obligations between married spouses, at pp. 6-7:

There are historical reasons why the law still adopts a protective posture towards married women. . . .

The force of the conventional view that married women should occupy an exclusively domestic role was the most substantial contributing factor to the practical disabilities faced by those who were inclined to strive for economic self-sufficiency. . . . In short, although married women secured the right to acquire separate property in 1884, if the law had not imposed a strict support obligation on husbands, it might have been said then of most married women that they merely acquired the legal capacity for destitution in their own right.

341 Ultimately, the Commission recommended that spousal obligations should be extended to wives because “[i]f a spouse’s need or dependency is to assume increased importance as a basis upon which support obligations are determined [as distinguished from marital fault], then the law must recognize that a husband’s need may also be such as to cast a positive obligation upon the wife for its alleviation” (p. 10).

342 The extension of the legislative remedy to men represents a separate strand of legislative intent. The Attorney General was concerned, particularly at the introduction of the legislation, to avoid using gender-specific language. In my view, this simply reflects a wider concern to erase official gender bias from the language of the *FLA*, rather than a concern to place “intimacy” and “interdepend-

ait mis l’accent sur l’exploitation et l’incitation à vivre en union de fait indique que le gouvernement réagissait à un contexte plus général d’inégalité entre les sexes dans lequel les femmes sont amenées à se contenter d’une situation insatisfaisante sur le plan juridique vis-à-vis de leurs partenaires, parce que ceux-ci refusent de contracter les obligations légales du mariage. Il n’y a pas non plus disjonction de cet objet et de celui de l’obligation alimentaire prévue par le régime du droit de la famille avant 1975. Comme l’a fait remarquer la Commission de réforme du droit, dans la partie VI du *Report on Family Law* (1975), consacré aux obligations alimentaires entre conjoints mariés, aux pp. 6 et 7:

[TRADUCTION] Des raisons historiques expliquent pourquoi le droit adopte encore une attitude protectrice à l’égard des femmes mariées . . .

Le poids des conventions voulant que les femmes mariées soient confinées au rôle de ménagères était le facteur qui contribuait le plus aux obstacles pratiques qui se dressaient devant celles qui s’efforçaient de parvenir à l’autonomie sur le plan économique. [. . .] En bref, bien que les femmes mariées eurent obtenu le droit d’acquérir séparément des biens en 1884, si la loi n’avait pas imposé aux maris une obligation alimentaire stricte, on aurait pu dire de la plupart des femmes mariées qu’elles n’avaient acquis que la capacité juridique de se retrouver elles-mêmes dans la misère.

En bout de ligne, la Commission a recommandé que la femme soit également assujettie aux obligations alimentaires entre conjoints parce que [TRADUCTION] «[s]i l’on décide d’accorder davantage d’importance à l’état de besoin ou à la dépendance du conjoint pour conclure à l’existence d’une obligation alimentaire [par opposition à la faute conjugale], la loi doit reconnaître que l’état de besoin du mari peut lui aussi être tel que l’épouse soit tenue de le secourir» (p. 10).

L’ouverture aux hommes du recours prévu par la loi constitue un aspect distinct de l’intention du législateur. Le procureur général a voulu éviter, en particulier lors du dépôt du projet de loi, l’emploi de termes établissant des distinctions entre les sexes. À mon avis, il faut y voir un souci plus général de supprimer tout sexisme officiel dans le libellé de la *LDF* plutôt qu’une volonté de faire de

ence” as the sole rationale for granting spousal support. The Attorney General himself describes as one of the “basic themes” of the reform bill that it “recognizes the equality of the sexes. It confers no privileges and imposes no disability on either men or women as a group” (*Legislature of Ontario Debates*, October 26, 1976, at p. 4102). This is confirmed by Part VI of the Ontario Law Reform Commission’s *Report on Family Law*, *supra*. It states, at p. 10:

If a support obligation is to be imposed upon wives under provincial law, it is reasonably clear that the justification for so doing cannot be founded upon evidence of widespread present need on the part of dependent husbands. If it were otherwise, there would have been many more reported instances of claims by husbands for support under section 11 of the *Divorce Act* which has given the court power, since July, 1968, to award support to a husband on very general criteria. Clearly, this has not occurred in the reported cases. [Emphasis added.]

The major controversy with respect to the definition of those entitled to support at the time of these debates and reports was the ascription of legal obligations to the parties in the absence of a formal, legal recognition by both parties that this is what they desired (*Legislature of Ontario Debates*, November 18, 1976, at p. 4801). The *FLA* fundamentally altered the nature of those obligations by extending them beyond marriage and therefore beyond the realm of consensual undertaking. It did so because of a pressing social concern: that many women found themselves in a legal vacuum at the end of a relationship; that their economic dependence was worsened as a result of those relationships; and that the economic position of women generally in society relative to men placed them in a position where they might be induced to enter or remain in those relationships without the legal safeguards of marriage even when they might otherwise want the mutual rights and obligations

l’«intimité» et de l’«interdépendance» les seuls fondements justifiant l’attribution d’aliments au conjoint. Le procureur général lui-même a dit que l’un des «thèmes principaux» de ce projet de loi portant réforme était [TRADUCTION] «la reconnaissance de l’égalité des sexes. Il ne confère aucun privilège et ne crée aucune incapacité à l’égard des hommes ou des femmes en tant que groupe» (*Legislature of Ontario Debates*, 26 octobre 1976, à la p. 4102). Ceci est confirmé par la partie VI du *Report on Family Law*, *op. cit.*, de la Commission de réforme du droit de l’Ontario qui porte sur les obligations alimentaires entre conjoints mariés. Il y est dit, à la p. 10:

[TRADUCTION] S’il faut assujettir les épouses à une obligation alimentaire en vertu du droit provincial, il est raisonnablement clair que ce n’est pas sur le fondement d’une preuve établissant l’existence, à l’heure actuelle, d’un état de besoin généralisé parmi des maris devenus personnes à charge. S’il en était autrement, il y aurait eu statistiquement beaucoup plus de demandes de pension alimentaire présentées par des maris en vertu de l’art. 11 de la *Loi sur le divorce*, lequel confère à la cour, depuis le mois de juillet 1968, le pouvoir d’ordonner le versement d’une pension alimentaire au mari s’il est satisfait à des critères très généraux. Cela n’est manifestement pas ce qui s’est produit dans les cas recensés. [Je souligne.]

Le principal sujet de controverse relativement à la définition des personnes ayant droit aux aliments à l’époque était la soumission des parties à des obligations prévues par la loi en l’absence d’une reconnaissance formelle et légale de leur part que c’était bien ce qu’elles désiraient (*Legislature of Ontario Debates*, 18 novembre 1976, à la p. 4801). La *LDF* modifiait fondamentalement la nature de ces obligations en les étendant au-delà du cadre du mariage et, par conséquent, du domaine consensuel. Des préoccupations sociales urgentes avaient poussé le législateur à agir: de nombreuses femmes se retrouvaient dans un vide juridique quand cessait leur union, leur dépendance économique s’était accentuée en raison de cette union et la situation économique des femmes dans la société en général par rapport à celle des hommes était telle que ces dernières pouvaient être incitées à former ces unions ou à y demeurer sans bénéficier des garanties juridiques qu’offre le mariage,

which would thereby be imposed. In that context, the government chose to extend spousal support beyond marriage and into the realm of an ascribed status based upon objective criteria of the length of cohabitation, or the presence of children from the relationship. The fact that the language of the Act gives men the same access to spousal support reflects the government's expressed desire to ensure gender equality in the language of the Act, and the Law Commission's concern to refute the notion that women are legally dependent on men but not *vice versa*. To my mind, in determining the purpose of the definition, and in particular, the extension of support based on ascribed status, it would be absurd for the purposes of the s. 1 analysis to ignore the pressing social harm to which the government was consciously responding.

même si elles pouvaient souhaiter voir s'appliquer à elles les droits et obligations réciproques découlant du mariage. C'est dans ce contexte que le gouvernement a décidé d'étendre l'obligation alimentaire entre conjoints au-delà du cadre du mariage en attribuant à d'autres personnes que les gens mariés l'état de conjoint selon des critères objectifs tels la durée de la cohabitation ou la présence d'enfants issus de l'union. Le fait que le libellé de la *LDF* donne aux hommes le même accès aux aliments fournis par le conjoint reflète la volonté exprimée par le gouvernement de veiller à ce que le libellé de la loi respecte le principe de l'égalité des sexes, de même que le souci de la Commission de réformer le droit de réfuter l'idée que les femmes dépendent des hommes sur le plan juridique mais que l'inverse n'est pas vrai. À mon avis, à l'étape de la détermination de l'objet de la définition et, en particulier, de l'extension de l'obligation alimentaire en fonction de l'attribution d'un état, il serait absurde, pour les fins de l'analyse fondée sur l'article premier, de ne pas tenir compte du problème social urgent auquel le gouvernement s'attaquait sciemment.

344 It is also important to take into account the legislative context in which the impugned section is being considered. This requires that I examine the general nature of the *FLA*, the interrelationship between Part III, where the impugned definition is found, and the other parts of the *FLA*, and the interrelationship between this Act and related social legislation.

Il est également important de tenir compte du contexte législatif dans lequel l'article contesté est examiné. À cette fin, je dois examiner la nature générale de la *LDF*, les interrelations entre la partie III, dont fait partie la définition contestée, et les autres parties de la *LDF*, et, les interrelations entre cette loi et les autres lois à caractère social connexes.

345 The general nature of the Act can be determined in part by reference to its preamble and nomenclature. The original title of the 1978 Act was *An Act to reform the Law respecting Property Rights and Support Obligations between Married Persons and in other Family Relationships*. This title has now been shortened to the *Family Law Act*. The Act concerns the rights and obligations of men and women who are married or living in common law relationships akin to marriage. The Act also creates other familial support obligations including the obligations of parents to support children and obligations of children to support parents. The preamble states: "Whereas it is desirable to encourage

On peut déterminer en partie la nature générale de la *LDF* en examinant son préambule et ses rubriques. Le titre original de la loi de 1978 était *An Act to reform the Law respecting Property Rights and Support Obligations between Married Persons and in other Family Relationships*. Ce titre a été abrégé: la loi s'intitule maintenant *Loi sur le droit de la famille*. La Loi traite des droits et obligations des hommes et des femmes qui sont mariés ou qui forment des unions de fait qui s'apparentent au mariage. La Loi crée également d'autres obligations alimentaires concernant la famille, dont celle des parents à l'égard des enfants et celle des enfants à l'égard des parents.

and strengthen the role of the family; and whereas for that purpose it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership . . . and to provide for other mutual obligations in family relationships, including the equitable sharing by parents of responsibility for their children". The *FLA* deals with family property, the matrimonial home, support obligations, domestic contracts, a dependant's claim for damages, and amendments to the common law. In essence, it provides for a regime that is required to ensure equality of spouses and the security of children and parents in the traditional family. It addresses on various points the imbalance resulting from the situation of women with regard to men in conjugal relationships.

The *FLA* cannot be dissociated from other Acts dealing with family matters. Without giving a complete list, I would name the *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, regarding spousal consent for child placement or adoption, the *Change of Name Act*, R.S.O. 1990, c. C.7, *Consent to Treatment Act*, 1992, S.O. 1992, c. 31, *Absentees Act*, R.S.O. 1990, c. A.3, *Coroners Act*, R.S.O. 1990, c. C.37, *Estates Act*, R.S.O. 1990, c. E.21, *Succession Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. S.26, *Execution Act*, R.S.O. 1990, c. E.24, *Family Support Plan Act*, R.S.O. 1990, c. S.28, *Workers' Compensation Act*, R.S.O. 1990, c. W.11, *Mental Health Act*, R.S.O. 1990, c. M.7, *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8, *Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M.45, *Partnerships Act*, R.S.O. 1990, c. P.5, *Income Tax Act*, R.S.O. 1990, c. I.2, *Ontario Guaranteed Annual Income Act*, R.S.O. 1990, c. O.17, *Land Transfer Tax Act*, R.S.O. 1990, c. L.6, *Retail Sales Tax Act*, R.S.O. 1990, c. R.31, *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, *Election Act*, R.S.O. 1990, c. E.6, *Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23, *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, *Members' Conflict of Interest Act*, R.S.O. 1990, c. M.6, *Municipal Elections Act*, R.S.O. 1990, c. M.53, *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, *Small Business Development Corporations Act*, R.S.O.

Son préambule prévoit: «Attendu qu'il est souhaitable d'encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu'il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société; [. . .] et qui définissent d'autres obligations réciproques dans le cadre des rapports familiaux, y compris la participation équitable de chaque conjoint aux responsabilités parentales». La *LDF* traite des biens familiaux, du foyer conjugal, des obligations alimentaires, des contrats familiaux, des dommages-intérêts dus aux personnes à charge et des modifications apportées à la common law. Elle prévoit essentiellement un régime qui est nécessaire pour assurer l'égalité des conjoints et la sécurité des enfants et des parents au sein de la famille traditionnelle. Elle traite de plusieurs aspects du déséquilibre qui résulte de la situation des femmes par rapport à celle des hommes dans les unions conjugales.

La *LDF* ne peut être dissociée d'autres lois concernant des questions touchant la famille. En voici quelques-unes (cette liste n'est pas exhaustive): la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, en ce qui a trait au consentement du conjoint en matière de placement ou d'adoption d'un enfant, la *Loi sur le changement de nom*, L.R.O. 1990, ch. C.7, la *Loi de 1992 sur le consentement au traitement*, L.O. 1992, ch. 31, la *Loi sur les absents*, L.R.O. 1990, ch. A.3, la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1990, ch. C.37, la *Loi sur les successions*, L.R.O. 1990, ch. E.21, la *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, ch. S.26, la *Loi sur l'exécution forcée*, L.R.O. 1990, ch. E.24, la *Loi sur le régime des obligations alimentaires envers la famille*, L.R.O. 1990, ch. S.28, la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.O. 1990, ch. W.11, la *Loi sur la santé mentale*, L.R.O. 1990, ch. M.7, la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8, la *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45, la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.O. 1990, ch. P.5, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.O. 1990, ch. I.2, la *Loi sur le revenu annuel garanti en Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.17, la *Loi sur les droits de cession immobilière*, L.R.O. 1990, ch. L.6, la *Loi sur la taxe de vente au détail*, L.R.O. 1990, ch. R.31,

1990, c. S.12, *Nursing Homes Act*, R.S.O. 1990, c. N.7, *Rent Control Act, 1992*, S.O. 1992, c. 11, *Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23, and the *Marriage Act*, R.S.O. 1990, c. M.3. This legislation is further evidence of the fact that Ontario has recognized the special nature of the traditional family and its predominant social form in our society, involving well-recognized and complex rules, obligations and rights.

la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, ch. B.16, la *Loi électorale*, L.R.O. 1990, ch. E.6, la *Loi sur la preuve*, L.R.O. 1990, ch. E.23, la *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, ch. J.3, la *Loi sur les conflits d'intérêts des membres de l'Assemblée*, L.R.O. 1990, ch. M.6, la *Loi sur les élections municipales*, L.R.O. 1990, ch. M.53, la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, ch. S.5, la *Loi sur les sociétés pour l'expansion des petites entreprises*, L.R.O. 1990, ch. S.12, la *Loi sur les maisons de soins infirmiers*, L.R.O. 1990, ch. N.7, la *Loi de 1992 sur le contrôle des loyers*, L.O. 1992, ch. 11, la *Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. 1990, ch. T.23, et la *Loi sur le mariage*, L.R.O. 1990, ch. M.3. Cette législation montre bien que l'Ontario reconnaît la nature particulière et la forme prédominante de la famille traditionnelle dans notre société, laquelle obéit à des règles, obligations et droits à la fois complexes et bien établis.

347

A scrupulous examination of the provisions of the *FLA*, including s. 29, and of the legislative debates surrounding its passage, does not suggest that there was any specific purpose behind defining the category so as to exclude same-sex couples. Rather, those debates and the text of the law indicate that the general purpose of the legislator was to confine the non-voluntarily assumed support obligations as narrowly as possible to those who actually needed the intervention of a mandatory scheme. In particular, the legislative debates focus on the disadvantaged economic position of women relative to men, the household division of labour as between women and men, and the hardships that women frequently suffer upon the breakdown of non-marital relationships of significant interdependence. I would define the legislative purpose of the definition in Part III of the *FLA* as follows: to impose support obligations upon partners in relationships in which they have consciously signalled a desire to be so bound (i.e., through marriage); and upon those partners in relationships of sufficient duration to indicate permanence and seriousness, and which involve the assumption of household responsibilities, or other career or financial sacrifices, by one partner for the common benefit of the couple, and which cause or enhance an economic disparity between the part-

Un examen minutieux des dispositions de la *LDF*, dont l'art. 29, et du compte rendu des débats de l'assemblée législative qui en ont précédé l'adoption, ne révèle pas que la définition de la catégorie visait précisément à exclure les couples de même sexe. Il ressort plutôt de ces débats et du libellé de la loi que l'objet général du législateur était de limiter aussi strictement que possible les obligations alimentaires non volontairement assumées aux personnes qui avaient vraiment besoin de l'intervention d'un régime obligatoire. En particulier, les débats de l'assemblée législative ont porté principalement sur la situation économique désavantageuse des femmes par rapport à celle des hommes, le partage des tâches domestiques entre hommes et femmes, et les difficultés qu'éprouvent souvent les femmes à la rupture d'unions de fait considérablement marquées par l'interdépendance. Je définirais l'objet législatif de la définition que contient la partie III de la *LDF* de la façon suivante: imposer une obligation alimentaire aux partenaires qui ont sciemment exprimé le désir d'être ainsi liés (c.-à-d. par le mariage), de même qu'aux partenaires formant une union depuis assez longtemps pour qu'elle soit qualifiée de permanente et de sérieuse, au sein de laquelle l'un des partenaires assume des responsabilités domestiques ou consent des sacrifices professionnels ou

ners. I would add that there is nothing upon which, in coming to this purpose, one can rely to determine that “intimacy” is in part, or substantially, related to the purpose in question. I cannot understand why, on one hand, the Court of Appeal would extract “intimacy” as the sole criterion on which the government relied for its definition of the eligible category while, on the other, excluding the glaring reality of gender inequality which the legislative history establishes was clearly uppermost in the legislator’s mind in extending benefits into the non-consensual domain.

In coming to this purpose, I have examined the text of the *FLA*, the social context, and the legislative history of the provision, with an emphasis on the latter two. I have come to the conclusion that the inclusion or exclusion of same-sex couples was not contemplated in 1975-1976. The inference with regard to excluded categories is that they were not recognized as forming families in the traditional sense. This analysis is however complicated by subsequent legislative history, in particular the rejection of the *Equality Rights Statute Law Amendment Act, 1994* by the Ontario legislature. The question is, to what extent could an amendment — whether failed or successful — alter the original purpose underlying a limitation on a *Charter* right? The basic principle spelled out by this Court in *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 335, is that the purpose of a law does not shift over time. While there may be a shift in emphasis in a purpose, the purpose itself may not be fundamentally re-articulated by a court in light of subsequent societal changes. To be sure, whether a purpose is pressing and substantial may well depend on the state of society, and on the effects of the legislation; but the objective which is tested remains the same. A new intervention by the legislature may however constitute the reaffirmation of a legislative purpose, or provide evidence of a new or redefined purpose. In this case, the failed legislative amendment provides evidence relative to the

financiers au profit du couple et qui engendre ou accentue l’inégalité économique entre les partenaires. J’ajouterais qu’aucun des éléments examinés pour définir cet objet ne permet de conclure que l’«intimité» est liée, en partie ou substantiellement, à l’objet en question. Je n’arrive pas à comprendre pourquoi la Cour d’appel a pu conclure que l’«intimité» constituait le seul critère sur lequel le gouvernement se fondait pour définir la catégorie admissible tout en écartant, la réalité flagrante de l’inégalité entre les sexes qui, selon l’historique de la loi, constituait clairement la principale raison pour laquelle le législateur étendait les avantages conférés par la Loi au domaine non consensuel.

Pour définir cet objet, j’ai examiné le texte de la *LDF*, l’historique de la disposition et le contexte social dans lequel elle s’inscrivait, en mettant l’accent sur les deux derniers éléments. J’en suis venu à la conclusion que ni l’inclusion, ni l’exclusion des couples de même sexe n’a été envisagée en 1975-1976. L’inférence en ce qui concerne les catégories d’unions exclues est que celles-ci n’étaient pas reconnues comme des familles au sens traditionnel. Cette analyse se complique cependant en raison de l’évolution législative subséquente, en particulier du rejet de la *Loi de 1994 modifiant des lois en ce qui concerne les droits à l’égalité* par l’assemblée législative de l’Ontario. La question est de savoir dans quelle mesure une modification — qu’elle ait été acceptée ou non — peut-elle transformer l’objet initial qui sous-tend la restriction d’un droit garanti par la *Charte*? Le principe fondamental énoncé par notre Cour dans *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 335, est que l’objet d’une loi ne change pas au fil du temps. Bien que l’importance attachée à l’objet puisse varier, l’objet lui-même ne peut être fondamentalement reformulé par un tribunal à la lumière des changements sociaux survenus par la suite. Il est vrai que la question de savoir si l’objet est urgent et réel peut fort bien dépendre de l’état de la société et des effets de la loi; toutefois, l’objet examiné demeure le même. Une nouvelle intervention du législateur peut cependant réaffirmer un objet législatif ou établir qu’un objet nouveau ou redéfini a été formulé. En l’espèce, les modifications

purpose of the exclusion created by the definition in s. 29.

législatives rejetées constituent des éléments de preuve concernant l'objet de l'exclusion créée par la définition de l'art. 29.

349 The proposed amendments failed and therefore failed to alter the text of the Act in any way. But leaving the legislative text intact in light of a changed social context is itself indicative of legislative purpose. Although the legislative debates indicate much discussion irrelevant to the impact of the amendment on s. 29 of the *FLA*, what is relevant in the 1994 debates is the clear indication that the legislature desired to reaffirm its recognition of the categories of persons then subject to the family law regime and not put in question its long-standing support for the traditional family. It can therefore be inferred that the legislature's purpose was also to exclude all types of relationships not typically characterized by the state of economic dependency apparent in traditional family relationships.

Les modifications proposées ont été rejetées et, partant, n'ont aucunement modifié le texte de la *LDF*. Toutefois, le fait de laisser le libellé de la Loi intact malgré un changement du contexte social porte en soi l'indication de l'objet législatif. Bien que le compte rendu des débats de l'assemblée législative révèle qu'une bonne partie des questions discutées n'étaient pas pertinentes en ce qui concerne l'incidence de la modification sur l'art. 29 de la *LDF*, l'élément pertinent des débats tenus en 1994 est qu'ils indiquaient clairement la volonté du législateur de réaffirmer la reconnaissance des catégories de personnes alors assujetties au régime du droit de la famille et de ne pas remettre en question son soutien de longue date à l'égard de la famille traditionnelle. On peut donc conclure que le législateur visait également à exclure tous les types d'unions qui ne sont pas habituellement caractérisées par la dépendance financière constatée au sein des familles traditionnelles.

350 Constitutional review of the validity of legislation is not an exercise of ordinary statutory interpretation. The object of considering the legislative purpose is not to determine the scope of the legislation or of the impugned provision. In the present instance, the object of the constitutional review is, rather, to determine whether there is evidence that the legislature intended to limit the benefit of the *FLA* and s. 29 for a purpose that is inconsistent with its *Charter* obligations. In the absence of such evidence, the object is to determine whether the criteria chosen to limit the categories of beneficiaries under the Act are consistent with *Charter* values, in light of the fact that the application of the criteria is detrimental to an analogous group as defined by s. 15(1) of the *Charter*.

Contrôler la validité constitutionnelle d'un texte législatif, ce n'est pas une interprétation des lois ordinaires. L'analyse de l'objet législatif ne vise pas à déterminer la portée du texte législatif ou de la disposition contestée. En l'espèce, l'examen constitutionnel vise plutôt à déterminer s'il y a des éléments de preuve qui permettent de conclure que le législateur voulait limiter le bénéfice de la *LDF* et de l'art. 29 dans un but incompatible avec ses obligations en vertu de la *Charte*. En l'absence de tels éléments de preuve, il s'agit de déterminer si les critères choisis pour limiter les catégories de bénéficiaires prévues par la loi s'accordent avec les valeurs véhiculées par la *Charte*, étant donné que l'application des critères retenus est préjudiciable à un groupe analogue au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

Is the Objective of Section 29 Pressing and Substantial?

L'objectif de l'art. 29 est-il urgent et réel?

351 In the analysis above, I have looked closely at legislative history and social context in order to determine the purpose of the impugned definition.

Dans l'analyse qui précède, j'ai examiné attentivement l'historique de la loi et le contexte social afin de déterminer l'objet de la définition

This is an important part of taking seriously the rationale urged by the government for distinguishing between ascribed status for same-sex relationships and gendered relationships. In determining whether the objective is pressing and substantial, it is necessary first to examine whether the creation of a class according to the government's purposes fulfills some important social function.

In my view, in taking male-female relationships as the basic group with which the legislature was concerned, it is all too obvious that there is recognition of the fact that many women are still in a position of vulnerability in their long-term relationships with men. This arises from the general social context of women in our society relative to men. In *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at pp. 853-54 and 861-62, this Court made numerous observations on the feminization of poverty and disproportionate impact of divorce on women and children.

These statements make clear that the problem perceived in 1976 by the government of Ontario is still of great importance. Indeed, the potential incidence of this problem with respect to unmarried relationships has increased substantially in the last few years. The 1996 Census indicates that the number of children living in a family of married relationships remained static, while the number of children living in a family of common-law relationships increased by 52 percent (Statistics Canada, "More lone-parent and common-law families" in *Infomat: A Weekly Review* (October 17, 1997), at p. 4). The census statistics also show that 73.7 percent of all families are headed by a married couple, and 61 percent of those families have children in the household. 11.7 percent of families were headed by a common-law couple, 47 percent of whom have children living in the household. Another Statistics Canada study reports that among breakdowns of marital relationships that had children in the household, women suffer a median loss in adjusted family income of 23 percent, while men's adjusted income rises by 10 percent in the

contestée. Il s'agit là d'un aspect important de la prise en compte sérieuse des raisons avancées par le gouvernement pour justifier la distinction établie entre les unions formées par des personnes de même sexe et les unions entre personnes de sexe différent quant à l'attribution de l'état de conjoint. Pour déterminer si l'objectif est urgent et réel, il faut d'abord voir si la création d'une catégorie conforme à l'objet du gouvernement remplit une fonction sociale importante.

À mon avis, en prenant les couples formés d'un homme et d'une femme comme groupe de base visé par le législateur, il n'est que trop évident que l'on reconnaît que bon nombre de femmes formant une union à long terme avec un homme sont encore vulnérables. Cela tient à la situation générale des femmes dans notre société par rapport aux hommes. Dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, aux pp. 853 et 854, de même qu'aux pp. 861 et 862, notre Cour a fait de nombreuses remarques sur la féminisation de la pauvreté et les répercussions disproportionnées du divorce sur les femmes et les enfants.

Il ressort clairement de ces remarques que le problème noté par le gouvernement de l'Ontario en 1976 est toujours très sérieux. En fait, la possibilité que ce problème se fasse sentir dans les unions de fait a beaucoup augmenté au cours des dernières années. Le recensement de 1996 indique que le nombre d'enfants dont les parents sont mariés est demeuré inchangé, alors que le nombre d'enfants dont les parents vivent en union libre a augmenté de 52 pour 100 (Statistique Canada, «Plus de familles monoparentales et de familles vivant en union libre» dans *Infomat: Revue hebdomadaire* (17 octobre 1997), à la p. 4). Il ressort également de ce recensement que 73,7 pour 100 des familles sont dirigées par des couples mariés et que 61 pour 100 de ces familles comprennent des enfants. Par ailleurs, 11,7 pour 100 des familles ont à leur tête un couple vivant en union libre dont 47 pour 100 comprennent des enfants. Une autre étude menée par Statistique Canada révèle qu'à la rupture du mariage dans les foyers où vivent des enfants, les femmes subissent une diminution médiane du revenu familial ajusté de 23 pour 100 alors que le

352

353

year after separation (Statistics Canada, *Family Income After Separation* (1997), at p. 17). Given the findings in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, and *Moge*, there can be no doubt that the presence of these children enhances the likelihood of the economic vulnerability of women upon the breakdown of a conjugal and permanent relationship.

revenu ajusté des hommes augmente de 10 pour 100 pendant l'année suivant la séparation (Statistique Canada, *Revenu familial après séparation* (1997), à la p. 18). Vu les conclusions tirées dans les arrêts *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, et *Moge*, il ne fait aucun doute que la présence de ces enfants rend plus probable la vulnérabilité économique des femmes à la rupture d'une union conjugale et permanente.

354

I conclude from these statistical figures and judicial statements that the need for imposition of support payments by one party to a relationship to the other, in the case of traditional family relationship breakdown, is a pressing and substantial objective in Canadian society. It is clear that with respect to at least one category captured by the government's legislative purposes, gendered relationships of some permanence, there is a high likelihood of serious economic detriment to women on the breakdown of those relationships. The justification for legislative intervention affecting the autonomy of heterosexual couples does not however explain the pressing need to exclude all other family relationships from the governmental regime. There is no evidence that their inclusion would cause any particular difficulty. The only arguments given to justify exclusion are that inclusion would undermine the traditional family and that there is evidence that same-sex relationships are not typically characterized by the economic imbalance observed in traditional conjugal relationships. When evaluating the legislative objective of s. 29, it is necessary to consider whether the objective is consistent with *Charter* values. We cannot limit the inquiry to the positive purpose of the legislation, and not take into account its effect on excluded groups. In order to be consistent with *Charter* values, the purpose of the definition in s. 29 must be respectful of the equality of status and opportunity of all persons. It would be consistent with *Charter* values of equality and inclusion to treat all members in a family relationship equally and all types of family relationships equally. It is, however, inconsistent with s. 15 to deny equal treatment to a member of a family relationship on the basis of an analogous ground. Where an enumerated or analogous ground forms

Ces données statistiques et les arrêts précités m'amènent à conclure que la nécessité d'obliger l'une des parties à verser des aliments à l'autre en cas de rupture de la famille traditionnelle constitue un objectif urgent et réel dans la société canadienne. Manifestement, en ce qui concerne au moins une catégorie visée par l'objet législatif, soit l'union entre homme et femme ayant une certaine permanence, il est fort probable que la femme subisse un important préjudice économique par suite de la rupture de l'union. La justification d'une intervention du législateur touchant l'autonomie des couples hétérosexuels n'explique cependant pas la nécessité urgente d'exclure du régime étatique tous les autres types de famille. Aucune preuve n'établit que leur inclusion créerait une difficulté quelconque. Les seuls arguments avancés pour justifier l'exclusion sont d'une part que l'inclusion minerait la famille traditionnelle et d'autre part, qu'il existe des éléments de preuve établissant que les unions entre personnes de même sexe ne se caractérisent habituellement pas par le déséquilibre économique observé au sein des unions conjugales traditionnelles. Pour apprécier l'objectif législatif que sous-tend l'art. 29, il faut déterminer si l'objectif est compatible avec les valeurs véhiculées par la *Charte*. Nous ne pouvons nous contenter d'examiner l'objet positif du texte législatif en cause sans tenir compte de son effet sur les groupes exclus. Pour être compatible avec les valeurs véhiculées par la *Charte*, l'objet de la définition de l'art. 29 doit être respectueux de l'égalité de statut et de l'égalité des chances de tous les individus. Le fait d'accorder le même traitement à tous les membres de la famille et à tous les types de famille serait compatible avec les valeurs véhiculées par la *Charte* en matière d'égalité et d'inclusion. Il est cependant incompatible avec

the basis of the discrimination, as in this case, then s. 15 is triggered. However, where the distinction is drawn along other lines, the onus is on the claimant to demonstrate that it involves a new analogous ground. For example, two sisters living together in an economically dependent relationship will not *a priori* satisfy this requirement.

The appellant Attorney General insists that the exclusion is serving a valid purpose by not imposing on same-sex couples a reduction in freedom and autonomy that is mandated by economic imperatives largely irrelevant to same-sex couples. Even if one were to accept that the government's true purpose in adopting the limitation is justified for the above mentioned reasons, there would be no rational connection between that purpose (excluding classes not generally experiencing economic imbalance because there is no need of special protection in their case and because there is no justification for limiting their freedom and autonomy) and the total exclusion dictated by s. 29. Can it be said that this exclusion assists in achieving the objective of eradicating economic dependency within families? No. The gravamen of the respondent M.'s case is that her relationship was one of dependency resulting in serious economic detriment, and that her situation falls four square within the purposes of the legislation defined by the government. In essence, the respondent M. is claiming that her equality rights have been impaired because of an underinclusive marker to define dependent family relationships, which is the government's purpose. Even though most same-sex couples do not experience economic imbalance, some do. What is the purpose in excluding them?

This exclusion is not a valid means of achieving the positive purpose of s. 29, economic equality within the family. By defining restrictively the

l'art. 15 de refuser l'égalité de traitement à l'un des membres d'une famille sur le fondement d'un motif analogue. Lorsque la discrimination est fondée sur un motif énuméré ou analogue, comme c'est le cas en l'espèce, l'art. 15 est mis en jeu. Cependant, lorsque la distinction est établie selon d'autres critères, il incombe au demandeur d'établir qu'elle est fondée sur un nouveau motif analogue. Par exemple, deux sœurs qui vivent ensemble et sont unies par un lien de dépendance financière ne satisfont pas *a priori* à cette exigence.

Le procureur général appelant insiste sur le fait que l'exclusion permet d'atteindre un objet valide en ne réduisant pas la liberté et l'autonomie des couples de même sexe au nom d'impératifs économiques qui n'ont pas grand-chose à voir avec ces couples. Même si l'on acceptait que le véritable objet visé par le gouvernement en adoptant la restriction est justifié pour les raisons susmentionnées, il n'y aurait aucun lien rationnel entre cet objet (l'exclusion des catégories non marquées, en général, par un déséquilibre économique parce qu'elles n'ont pas besoin de protection particulière et qu'aucune justification ne permet de restreindre leur liberté et leur autonomie) et l'exclusion complète imposée par l'art. 29. Peut-on soutenir que cette exclusion contribue à l'atteinte de l'objectif qui consiste à éliminer la dépendance économique qui règne au sein des familles? Non. L'intimée M. plaide essentiellement que son union était marquée par une dépendance qui a engendré un important préjudice économique, et que sa situation est exactement celle que visent les objets de la loi définis par le gouvernement. L'intimée M. soutient principalement que ses droits à l'égalité sont violés en raison de la portée trop limitative de la caractéristique retenue par le gouvernement pour définir les familles marquées par la dépendance lesquelles constituent son objet. Même si la plupart des couples de même sexe n'éprouvent pas de déséquilibre économique, certains de ces couples subissent effectivement un tel déséquilibre. Quel objet vise-t-on en les excluant?

Cette exclusion ne constitue pas un moyen valable pour atteindre l'objet positif de l'art. 29, soit l'égalité économique au sein de la famille.

355

356

scope of the family concept, s. 29 in effect is restricting the reach of equality. When, as here, the exclusion specifically detracts from the general legislative purpose, the objective of the restriction cannot be considered pressing and substantial. This follows from the reasons of Cory and Iacobucci JJ. in *Vriend, supra*, where they state, at para. 116:

In my view, where, as here, a legislative omission is on its face the very antithesis of the principles embodied in the legislation as a whole, the Act itself cannot be said to indicate any discernible objective for the omission that might be described as pressing and substantial so as to justify overriding constitutionally protected rights.

Even if the primary purpose of s. 29 was simply to recognize and promote the traditional family, and not to secure economic equality within the couple, which could be considered simply a means to an end, the exclusion of same-sex partners could not be demonstrably justified. Denial of status and benefits to same-sex partners does not *a priori* enhance respect for the traditional family, nor does it reinforce the commitment of the legislature to the values in the *Charter*. No evidence was adduced showing any beneficial impact of the exclusion on society, or what *Charter* values would be served by the exclusion; but the detrimental effects clearly exist, both for the individual without recourse to the family law regime, and for society, faced with the prospect of giving social assistance to that aggrieved individual in need. As for the protection of the freedom and autonomy of persons engaged in a same-sex relationships, s. 29 will only affect those who are in fact in situations of economic imbalance analogous to that which more commonly occurs in the case of heterosexual relationships. The entitlement resulting from a wider definition of “spouse” does not create an absolute right to support. The justification for interference with personal autonomy is therefore

En définissant de façon restrictive la portée du concept de la famille, l’art. 29 se trouve à restreindre la portée de l’égalité. Lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, l’exclusion réduit expressément l’objet législatif général, l’objectif de la restriction ne peut être considéré comme urgent et réel. C’est ce qui ressort des motifs exposés par les juges Cory et Iacobucci dans l’arrêt *Vriend*, précité, au par. 116:

À mon sens, lorsque, comme en l’espèce, une omission du législateur est à première vue l’antithèse des principes qu’incarne le texte dans son ensemble, on ne peut dire que l’omission correspond à un objectif qui ressort de la Loi elle-même et qui serait urgent et réel, de telle sorte que soit justifiée une dérogation à des droits constitutionnellement protégés.

Même si l’objet principal de l’art. 29 était simplement de reconnaître et de favoriser la famille traditionnelle et non d’instaurer l’égalité économique au sein du couple, ce qui pourrait être simplement considéré comme un moyen de parvenir à une fin, l’exclusion des partenaires de même sexe n’a pu faire l’objet d’une justification pouvant se démontrer. Le refus d’attribuer l’état de conjoint et des avantages aux partenaires de même sexe n’augmente pas *a priori* le respect porté à la famille traditionnelle et ne renforce pas l’engagement du législateur à l’égard des valeurs véhiculées par la *Charte*. Aucun élément de preuve n’a été produit pour établir une quelconque incidence bénéfique sur la société de l’exclusion ni pour montrer quelles valeurs véhiculées par la *Charte* l’exclusion favoriserait; mais il existe clairement des effets préjudiciables, tant pour l’individu ne pouvant se prévaloir du régime du droit de la famille que pour la société, éventuellement tenue de secourir cette personne lésée se trouvant dans le besoin. En ce qui concerne la protection de la liberté et de l’autonomie des personnes vivant en union avec une personne du même sexe, l’art. 29 ne s’appliquera qu’à celles qui sont effectivement placées dans une situation de déséquilibre économique analogue à celle qui est constatée le plus souvent dans les unions hétérosexuelles. L’admissibilité qui résulte d’une définition plus large du mot «conjoint» ne crée pas un droit absolu aux aliments. La justification de l’atteinte à l’autonomie personnelle est donc la même en ce qui concerne

the same for same-sex partners and opposite-sex partners.

Conclusion

Accordingly, I find that the definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA* is an infringement of s. 15(1) of the *Charter*, and that it is not demonstrably justified in a free and democratic society according to s. 1. I agree with Iacobucci J.’s treatment of remedy and costs and would, like him, dismiss the appeal and the cross-appeal with solicitor-client costs to both respondents M. and H. in the proceedings before this Court.

Appeal and cross-appeal dismissed with costs, GONTHIER J. dissenting on the appeal.

Solicitors for the appellant: Robert E. Charney and Peter C. Landmann, Toronto.

Solicitors for the respondent M.: McMillan Binch, Toronto.

Solicitors for the respondent H.: Borden & Elliot, Toronto.

Solicitors for the intervener the Foundation for Equal Families: Elliott & Kim, Toronto.

Solicitor for the intervener the Women’s Legal Education and Action Fund (LEAF): Carol A. Allen, Toronto.

Solicitors for the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Joanne D. Rosen, Toronto.

Solicitors for the intervener the United Church of Canada: Weir & Foulds, Toronto.

Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada, the Ontario Council of

les partenaires de même sexe et les partenaires de sexe différent.

Conclusion

En conséquence, je conclus que la définition du mot «conjoint» à l’art. 29 de la *LDF* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*, et que la justification de cette atteinte ne peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique en vertu de l’article premier. Je souscris à la façon dont le juge Iacobucci a traité de la réparation à accorder et des dépens et, comme lui, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident et d’accorder aux deux intimées M. et H. les dépens sur la base procureur-client dans notre Cour.

Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens, le juge GONTHIER est dissident quant au pourvoi principal.

Procureurs de l’appellant: Robert E. Charney et Peter C. Landmann, Toronto.

Procureurs de l’intimée M.: McMillan Binch, Toronto.

Procureurs de l’intimée H.: Borden & Elliot, Toronto.

Procureurs de l’intervenante la Foundation for Equal Families: Elliott & Kim, Toronto.

Procureur de l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes (FAEJ): Carol A. Allen, Toronto.

Procureurs de l’intervenante Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l’intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne: Joanne D. Rosen, Toronto.

Procureurs de l’intervenante l’Église unie du Canada: Weir & Foulds, Toronto.

Procureurs des intervenantes l’Evangelical Fellowship of Canada, l’Ontario Council of Sikhs,

Sikhs, the Islamic Society of North America and Focus on the Family: Lerner & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener REAL Women of Canada: Stikeman, Elliott, Toronto.

l'Islamic Society of North America et Focus on the Family: Lerner & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenante REAL Women of Canada: Stikeman, Elliott, Toronto.