

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — La question en litige dans ce pourvoi est de savoir si la distinction législative qui restreint aux conjoints «de sexe opposé» l'admissibilité à un supplément au conjoint sous le régime de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, est discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si elle est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Bien que je souscrive en grande partie aux propos de mes collègues les juges Cory et Iacobucci, de même qu'au résultat auquel ils en arrivent, j'ai toutefois quelques préoccupations quant à la façon appropriée d'aborder l'art. 15 de la *Charte*, dont je traiterai ci-après.

□♦♦□

Bref, au cœur de l'art. 15 se situe la promotion d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît en tant qu'êtres humains égaux, tous aussi capables et méritants les uns que les autres. Une personne ou un groupe de personnes est victime de discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte* si, du fait de la distinction législative contestée, les membres de ce groupe ont l'impression d'être moins capables ou de moins mériter d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. Ce sont là les éléments essentiels de la définition de la «discrimination» — une définition qui insiste davantage sur l'impact (c'est-à-dire l'effet discriminatoire) que sur les éléments constitutifs (c'est-à-dire les motifs de la distinction).

À ce moment-ci, il y a lieu d'apporter trois précisions. Premièrement, je reconnais que la définition qui précède tente essentiellement de traduire la notion de dignité humaine fondamentale. La dignité étant cependant un concept notoirement vague, il est évident que cette définition ne saurait, en soi, porter sur ses épaules le poids de la tâche qui relève de l'art. 15. Elle doit être précisée et approfondie. Je tenterai de démontrer comment cette conception de la discrimination peut se traduire de façon plus concrète et davantage fondée sur des principes en utilisant un bon nombre des critères qui se sont révélés dans le passé fort opportuns dans le contexte de la démarche suivie par notre Cour dans l'arrêt *Andrews*. À cet égard, il deviendra évident que l'approche que je suggère s'écarte beaucoup moins de celle qui a été élaborée dans l'arrêt *Andrews* qu'on pourrait le croire à première vue. Nombre de ces outils analytiques sont à mon avis valides. La difficulté, à mon sens, ne réside pas tant dans les outils que dans le cadre dans lequel ils ont été utilisés dans le passé. Bref, si le cadre ne convient pas parfaitement aux outils, alors on ne tire pas parti de leur plein potentiel.

Deuxièmement, je remarque que, bien qu'un idéal utopique consisterait en une société où per-

sonne ne se sentirait rabaissé, dévalorisé ou dénigré du fait de distinctions d'origine législative, cet idéal est nettement irréaliste. La garantie de protection contre toute discrimination ne peut absolument pas imposer à l'État une norme de conduite qui soit fonction de ses citoyens les plus fragiles. De toute évidence, on doit assortir cette détermination d'une dose d'objectivité. Cela étant dit, il serait en revanche paradoxal et, dans une grande mesure, néfaste pour les objectifs de l'art. 15, d'évaluer l'absence ou l'existence d'un effet discriminatoire suivant la norme de l'«homme blanc, raisonnable, laïc et robuste». La norme subjective-objective est plus appropriée — l'opinion raisonnable d'une personne qui possède des caractéristiques semblables dans une situation semblable, et qui est objective et bien informée des circonstances. Le principe important que notre Cour a reconnu, cependant, est que les effets discriminatoires doivent être considérés du point de vue de la victime plutôt que de celui de l'État.

Troisièmement, je me sens tenue de commenter le rôle de la «pertinence» dans le cadre de l'art. 15. La pertinence a été invoquée par des auteurs comme le professeur Gibson en tant que moyen de rendre la portée de l'art. 15 encore moins limitative de façon à étendre son champ d'application au-delà de celui que notre Cour a approuvé dans l'arrêt *Andrews*. Si je le comprends bien, cet auteur traiterait la «non-pertinence» comme un aspect intégral de la conclusion portant qu'il y a discrimination. Voir Gibson, «Equality for Some» (1991), 40 *R.D. U.N.-B.* 2; «Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772; *The Law of the Charter: Equality Rights* (1990). Si je loue ses efforts pour faire en sorte que l'art. 15 ne soit pas d'une portée excessivement limitée, je ne saurais toutefois être d'accord avec le moyen par lequel il tente de lui attribuer cette nature non limitative.

Brièvement, je crains que la «pertinence» ne soit un couteau à deux tranchants. Bien qu'il puisse certainement arriver que des distinctions non pertinentes déclenchent l'examen fondé sur l'art. 15 alors que celui-ci n'aurait pas été invoqué autre-

ment, j'estime tout aussi facile d'envisager des situations où on aura recours à la pertinence pour nier les protections prévues à l'art. 15 à des groupes qui par ailleurs les méritent. En particulier, lorsqu'une distinction est pertinente quant à l'objectif de la loi, elle n'est pas discriminatoire aux fins de l'art. 15. À mon avis, une telle conception épouse une perspective beaucoup trop étroite de la discrimination. Par définition, la pertinence ne peut être appréciée que par rapport à l'objectif de la loi contestée. Elle néglige donc la possibilité qu'une distinction, pertinente quant à l'objectif de la loi, ait néanmoins un effet discriminatoire. Si l'article 15 consacre l'égalité de la valeur et de la dignité des êtres humains, ce serait faire obstacle à ce sens d'égalité de valeur que de conclure qu'il n'a pas été attaqué pour la seule raison que la distinction créée par la loi a un rapport avec quelque fin législative légitime. Qui sommes-nous, par exemple, pour dire à des personnes de plus de 65 ans que, la retraite obligatoire étant pertinente pour de nombreux objectifs sociaux importants, elles ne peuvent raisonnablement se sentir diminuées en tant qu'êtres humains par la loi qui impose cette retraite obligatoire?

Le recours à la notion de pertinence pour se prononcer sur l'existence ou l'absence de discrimination soulève d'autres difficultés. Il ne sert à rien, par exemple, qu'une distinction soit pertinente relativement à un objectif législatif si celui-ci est en soi discriminatoire. En outre, inscrire un critère de «pertinence» dans le cadre d'une décision fondée sur l'art. 15 imposerait à celui qui fait valoir un droit le fardeau de qualifier avec justesse l'objectif législatif qui, à son avis, n'est pas pertinent dans le cas de la loi contestée. Cela me paraît peu souhaitable puisque, entre la personne qui se réclame d'un droit et le gouvernement, ce dernier est manifestement mieux à même de qualifier avec justesse l'objectif de sa propre loi. Du reste, je ne sais pas exactement quelle norme de pertinence serait appropriée dans le cadre d'une telle détermination. Pour conclure qu'une distinction est discriminatoire, il semble tout à fait raisonnable, par exemple, d'exiger une mesure de non-pertinence moins élevée lorsque les conséquences de la distinction sur les individus touchés sont graves, que

lorsque les conséquences sont négligeables. Enfin, une norme de «pertinence» paraît imposer à l'art. 15 une restriction interne qui ne découle pas naturellement de son sens manifeste. Étant donné que la décision d'imposer une restriction quant au droit lui-même a des conséquences sur la question de savoir à qui incombe la tâche de surmonter cette restriction, notre Cour a toujours évité, dans la mesure du possible, de fixer des limites internes aux droits: *Andrews*, précité, à la p. 178.

Bref, je crois davantage exact et souhaitable de traiter la pertinence comme une justification des distinctions qui ont un effet discriminatoire sur des personnes ou sur des groupes, et de la considérer sous le régime de l'article premier de la *Charte*. Je traiterai de cette question plus en détail ci-après.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This appeal raises the question of whether a legislative distinction that limits eligibility for a spousal supplement under the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, to “opposite sex” spouses is discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether it is saved by s. 1 of the *Charter*. Although I agree with much of what is said by my colleagues Justices Cory and Iacobucci, as well as with the result they reach, I have some concerns as to the proper approach to be taken to s. 15 of the *Charter*, which I shall outline below.

[. . .]

To summarize, at the heart of s. 15 is the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as equal human beings, equally capable, and equally deserving. A person or group of persons has been discriminated against within the meaning of s. 15 of the *Charter* when members of that group have been made to feel, by virtue of the impugned legislative distinction, that they are less capable, or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. These are the core elements of a definition of “discrimination” — a definition that focuses on impact (i.e. discriminatory effect) rather than on constituent elements (i.e. the grounds of the distinction).

Three clarifications should be made at this juncture. First, I acknowledge that the above definition essentially tries to put into words the notion of fundamental human dignity. Dignity being a notoriously elusive concept, however, it is clear that this definition cannot, by itself, bear the weight of s. 15's task on its shoulders. It needs precision and elaboration. I shall attempt to demonstrate shortly how this approach to discrimination can find more concrete and principled expression using many of the criteria that have in the past proven themselves to be highly apposite under the approach taken by this Court in *Andrews*. As such, it will become evident that the approach I suggest is far less a departure from that developed in *Andrews* than may appear at first blush. I believe many of those analytical tools to be valid. The problem, in my mind, lies not with the tools but with the framework within which they have in the past been employed. In short, if the framework is not perfectly suited for the tools, then we do not use the tools to their full potential.

Second, I note that although the utopian ideal would be a society in which nobody is made to feel

debased, devalued or denigrated as a result of legislative distinctions, such an ideal is clearly unrealistic. The guarantee against discrimination cannot possibly hold the state to a standard of conduct consistent with its most sensitive citizens. Clearly, a measure of objectivity must be incorporated into this determination. This being said, however, it would be ironic and, in large measure, self-defeating to the purposes of s. 15 to assess the absence or presence of discriminatory impact according to the standard of the “reasonable, secular, able-bodied, white male”. A more appropriate standard is subjective-objective — the reasonably held view of one who is possessed of similar characteristics, under similar circumstances, and who is dispassionate and fully apprised of the circumstances. The important principle, however, which this Court has accepted, is that discriminatory effects must be evaluated from the point of view of the victim, rather than from the point of view of the state.

Third, I feel compelled to comment on the role of “relevance” in s. 15. Relevance has been advocated by commentators such as Professor Gibson as a means of rendering s. 15 more open-ended, so as to extend its ambit beyond that endorsed by this Court in *Andrews*. If I understand him correctly, he would treat “irrelevance” as an integral aspect of a finding of discrimination. See Gibson, “Equality for Some” (1991), 40 *U.N.B.L.J.* 2; “Analogous Grounds of Discrimination Under the Canadian Charter: Too Much Ado About Next to Nothing” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 772; *The Law of the Charter: Equality Rights* (1990). Although I commend his efforts to ensure that s. 15 not be overly limited in its scope, I cannot agree with the means by which he seeks to achieve such open-endedness.

Briefly put, my concern is that “relevance” is a double-edged sword. Although there will certainly be instances in which irrelevant distinctions will trigger s. 15 scrutiny where s. 15 might not otherwise have been engaged, I find it equally easy to

envison situations where relevance will be used to deny protections under s. 15 to groups that are otherwise deserving of it. In particular, where a distinction is relevant to the purpose of the legislation, then it is not discriminatory for the purposes of s. 15. In my view, such an approach takes far too narrow a view of discrimination. Relevance can, by definition, only be evaluated as against the purpose of the impugned legislation. Consequently, it fails to take into account the possibility that a distinction that is relevant to the purpose of the legislation may nonetheless still have a discriminatory effect. If s. 15 is about recognizing the equal worth and dignity of each human being, it seems counter-productive to say that this sense of equal worth has not been impugned merely because the legislative distinction is relevant to some legitimate legislative purpose. Who are we, for instance, to say to persons over the age of 65 that, because mandatory retirement is relevant to several important social goals, those persons cannot reasonably feel demeaned as human beings by mandatory retirement legislation?

Using relevance to define the absence or presence of discrimination raises other difficulties. It is no good, for instance, for a distinction to be relevant to a legislative purpose if that purpose is, itself, discriminatory. Moreover, including a "relevance" test within a s. 15 determination would place the onus on the rights claimant to characterize properly the purpose of the legislation which it claims is irrelevant to the impugned distinction. This strikes me as undesirable, since between the rights claimant and the government, the government is clearly in the superior position to characterize properly the purpose of its own legislation. Moreover, it is unclear to me what standard of relevance would be appropriate for such a determination. To find a distinction to be discriminatory, it seems quite reasonable, for instance, to require a lesser degree of irrelevance where the consequences of the distinction on the affected individuals are severe than where they are minimal. Finally, a "relevancy" standard would appear to impose an internal limitation on s. 15 that does not

In sum, I believe that it is more accurate and more desirable to treat relevance as, in fact, a justification for distinctions that have a discriminatory impact on persons or groups, to be considered under s. 1 of the *Charter*. I shall elaborate upon this matter below.

arise naturally from its plain language. Given that the decision to impose a limitation at the level of the right itself has consequences in terms of who must bear the onus of overcoming the limitation, this Court has consistently eschewed imposing internal limitations on rights wherever possible: *Andrews, supra*, at p. 178.