

Delwin Vriend, Gala-Gay and Lesbian Awareness Society of Edmonton, Gay and Lesbian Community Centre of Edmonton Society and Dignity Canada Dignité for Gay Catholics and Supporters *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Alberta and Her Majesty's Attorney General in and for the Province of Alberta *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Alberta Civil Liberties Association, Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE), the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF), the Foundation for Equal Families, the Canadian Human Rights Commission, the Canadian Labour Congress, the Canadian Bar Association — Alberta Branch, the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA), the Canadian AIDS Society, the Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada, the Canadian Jewish Congress, the Christian Legal Fellowship, the Alberta Federation of Women United for Families, the Evangelical Fellowship of Canada and Focus on the Family (Canada) Association *Interveners*

INDEXED AS: VRIEND v. ALBERTA

File No.: 25285.

1997: November 4; 1998: April 2.

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

* Sopinka J. took no part in the judgment.

Delwin Vriend, Gala-Gay and Lesbian Awareness Society of Edmonton, le Gay and Lesbian Community Centre of Edmonton Society et Dignity Canada Dignité for Gay Catholics and Supporters *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le procureur général de la province de l'Alberta *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, l'Alberta Civil Liberties Association, Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE), le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ), la Foundation for Equal Families, la Commission canadienne des droits de la personne, le Congrès du travail du Canada, l'Association du Barreau canadien — Division de l'Alberta, l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne (ACCDP), la Société canadienne du SIDA, l'Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada, le Congrès juif canadien, le Christian Legal Fellowship, l'Alberta Federation of Women United for Families, l'Evangelical Fellowship of Canada et la Focus on the Family (Canada) Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: VRIEND c. ALBERTA

N° du greffe: 25285.

1997: 4 novembre; 1998: 2 avril.

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

* Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Practice — Standing — Charter challenge — Teacher's employment at college terminated because of his homosexuality — Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination — Whether appellants have standing to challenge legislative provisions other than those relating to employment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Legislative omission — Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination — Whether Charter applies to legislation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination — Whether non-inclusion of sexual orientation infringes right to equality — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Reading in — Non-inclusion of sexual orientation in provincial human rights legislation infringing right to equality — Whether sexual orientation should be read into legislation — Constitution Act, 1982, s. 52 — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

The appellant V was employed as a laboratory coordinator by a college in Alberta, and was given a permanent, full-time position in 1988. Throughout his term of employment he received positive evaluations, salary increases and promotions for his work performance. In 1990, in response to an inquiry by the president of the college, V disclosed that he was homosexual. In early 1991, the college's board of governors adopted a position statement on homosexuality, and shortly thereafter, the president of the college requested V's resignation. V declined to resign, and his employment was terminated by the college. The sole reason given was his non-compliance with the college's policy on homosexual prac-

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

Pratique — Qualité pour agir — Contestation fondée sur la Charte — Professeur congédié par un collège en raison de son homosexualité — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — Les appelants ont-ils la qualité pour contester les dispositions législatives ne portant pas sur l'emploi? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Omission du législateur — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — La Charte s'applique-t-elle à la législation? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — La non-inclusion de l'orientation sexuelle porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Interprétation large — La non-inclusion de l'orientation sexuelle dans la législation provinciale sur les droits de la personne porte atteinte au droit à l'égalité — L'orientation sexuelle devrait-elle être tenue pour incluse dans la législation? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

L'appelant V a été engagé comme coordonnateur de laboratoire par un collège albertain, et il a obtenu un poste permanent à temps plein en 1988. Pendant toute la durée de son emploi, son travail a été évalué favorablement, et son rendement lui a valu des augmentations de salaire et de l'avancement. En 1990, en réponse à une demande formulée par le président de l'établissement, V a révélé qu'il était homosexuel. Au début de 1991, le conseil des gouverneurs du collège a adopté un énoncé de principe sur l'homosexualité et, peu après, le président de l'établissement a demandé à V de démissionner. Ce dernier a refusé, et il a été congédié par le collège. Le seul motif donné pour justifier le congédiement était

tice. V appealed the termination and applied for reinstatement, but was refused. He attempted to file a complaint with the Alberta Human Rights Commission on the grounds that his employer had discriminated against him because of his sexual orientation, but the Commission advised V that he could not make a complaint under the *Individual's Rights Protection Act (IRPA)*, because it did not include sexual orientation as a protected ground. V and the other appellants filed a motion in the Court of Queen's Bench for declaratory relief. The trial judge found that the omission of protection against discrimination on the basis of sexual orientation was an unjustified violation of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. She ordered that the words "sexual orientation" be read into ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1) and 10 of the *IRPA* as a prohibited ground of discrimination. The majority of the Court of Appeal allowed the Alberta government's appeal.

Held (Major J. dissenting in part on the appeal): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed. The preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA* infringe s. 15(1) of the *Charter* and the infringement is not justifiable under s. 1. As a remedy, the words "sexual orientation" should be read into the prohibited grounds of discrimination in these provisions.

Per Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Bastarache JJ.: The appellants have standing to challenge the validity of the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA*. A serious issue as to constitutional validity is raised with respect to all these provisions. V and the other appellants also have a direct interest in the exclusion of sexual orientation from all forms of discrimination. Finally, the only other way the issue could be brought before the Court with respect to the sections of the Act other than those relating to employment would be to wait until someone is discriminated against on the ground of sexual orientation in housing, goods and services, etc. and challenge the validity of the provision in each appropriate case. This would not only be wasteful of judicial resources, but also unfair in that it would impose burdens of delay, cost and personal vulnerability to discrimination for the individuals involved in those eventual cases. Since the provisions are all very similar and do not depend on any particular factual context in order

le non-respect de la politique du collège en matière d'homosexualité. V en a appelé du congédiement et a demandé sa réintégration, ce qui lui a été refusé. Il a tenté de saisir l'Alberta Human Rights Commission d'une plainte dans laquelle il soutenait que son employeur avait fait preuve de discrimination à son égard en raison de son orientation sexuelle mais la commission a informé V qu'il ne pouvait formuler une plainte en application de l'*Individual's Rights Protection Act* (l'*IRPA*) parce que l'orientation sexuelle ne figurait pas au nombre des motifs de distinction illicites. V et les autres appelants ont présenté une requête à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta en vue d'obtenir un jugement déclaratoire. Le juge de première instance a conclu que l'omission de protéger les citoyens contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle constituait une violation injustifiée de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a ordonné que «l'orientation sexuelle» soit tenue pour un motif de distinction illicite pour l'application des art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1) et 10 de l'*IRPA*. L'appel du gouvernement a été accueilli par la majorité des juges de la Cour d'appel de l'Alberta.

Arrêt (le juge Major est dissident en partie quant au pourvoi principal): Le pourvoi principal est accueilli et le pourvoi incident est rejeté. Le préambule et les art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) de l'*IRPA* portent atteinte au par. 15(1) de la *Charte* et cette violation n'est pas justifiable en vertu de l'article premier. À titre de mesure corrective, les mots «orientation sexuelle» sont tenus pour inclus dans les motifs de distinction interdits par ces dispositions.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Bastarache: Les appelants ont qualité pour contester la validité du préambule et des art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 et 16(1) de l'*IRPA*. Une question sérieuse est soulevée quant à la validité constitutionnelle de chacune de ces dispositions. V et les autres appelants ont également un intérêt direct à l'égard de l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'ensemble des formes de discrimination. Enfin, la seule autre façon dont notre Cour pourrait être saisie de la question relativement aux autres dispositions de la Loi qui ne concernent pas l'emploi serait d'attendre qu'une personne soit victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'habitation, de consommation et de services, etc. et qu'elle conteste la validité de la disposition pertinente. Ce serait non seulement peu rentable sur le plan des ressources judiciaires, mais également injuste pour les personnes en cause, parce qu'elles auraient à surmonter les obstacles que sont les délais, les frais et la vulnérabilité personnelle face à la discrimina-

to resolve their constitutional status, there is really no need to adduce additional evidence regarding the provisions concerned with discrimination in areas other than employment.

The respondents' argument on their cross-appeal that because this case concerns a legislative omission, s. 15 of the *Charter* should not apply pursuant to s. 32 cannot be accepted. The threshold test that there be some "matter within the authority of the legislature" which is the proper subject of a *Charter* analysis has been met. The fact that it is the underinclusiveness of the *IRPA* which is at issue does not alter the fact that it is the legislative act which is the subject of *Charter* scrutiny in this case. Furthermore, the language of s. 32 does not limit the application of the *Charter* merely to positive actions encroaching on rights or the excessive exercise of authority. Where, as here, the challenge concerns an Act of the legislature that is underinclusive as a result of an omission, s. 32 should not be interpreted as precluding the application of the *Charter*. The application of the *Charter* to the *IRPA* does not amount to applying it to private activity. Since the constitutional challenge here concerns the *IRPA*, it deals with laws that regulate private activity, and not the acts of a private entity.

While this Court has not adopted a uniform approach to s. 15(1), in this case any differences in approach would not affect the result. The essential requirements of a s. 15(1) analysis will be satisfied by inquiring first, whether there is a distinction which results in the denial of equality before or under the law, or of equal protection or benefit of the law; and second, whether this denial constitutes discrimination on the basis of an enumerated or analogous ground. The omission of sexual orientation as a protected ground in the *IRPA* creates a distinction that is simultaneously drawn along two different lines. The first is the distinction between homosexuals and other disadvantaged groups which are protected under the Act. Gays and lesbians do not have formal equality with reference to other protected groups, since those other groups are explicitly included and they are not. The second, more fundamental, distinction is between homosexuals and heterosexuals. The exclusion of the ground of sexual orientation, considered in the context of the social reality of discrimination against gays and lesbians, clearly has a disproportionate impact on them as opposed to heterosexuals. The *IRPA* in its underinclusive state therefore denies substantive equality to the former group. By reason of its underinclusive-

tion. Comme toutes les dispositions se ressemblent beaucoup et que leur constitutionnalité ne dépend pas d'un contexte factuel particulier, il n'est pas vraiment nécessaire de produire des éléments de preuve supplémentaires quant aux dispositions relatives à la discrimination dans les autres domaines que l'emploi.

Dans le cadre de leur pourvoi incident, les intimés font valoir que, parce qu'il s'agit en l'espèce d'une omission du législateur, l'art. 15 de la *Charte* ne devrait pas s'appliquer en vertu de l'art. 32. Cet argument ne saurait être accepté. Il a été satisfait au critère préliminaire selon lequel il doit s'agir d'un «domaine relevant de [la] législature» lequel est le véritable sujet de l'analyse fondée sur la *Charte*. Que la portée trop limitative de l'*IRPA* soit en cause ne change rien au fait qu'en l'espèce, l'examen fondé sur la *Charte* porte sur l'acte législatif. En outre, le libellé de l'art. 32 n'a pas pour effet de limiter l'application de la *Charte* aux actions positives qui empiètent sur des droits ou à l'exercice abusif d'un pouvoir. Lorsque, comme en l'espèce, la contestation vise une loi adoptée par la législature qui est trop limitative en raison d'une omission, l'art. 32 ne devrait pas être interprété comme faisant obstacle à l'application de la *Charte*. Appliquer la *Charte* à l'*IRPA* ce n'est pas appliquer la *Charte* à une activité privée. Comme la présente contestation constitutionnelle porte sur l'*IRPA*, elle porte sur une loi qui régit l'activité privée et non sur les actes d'une entité privée.

Bien que la Cour n'ait pas adopté une approche uniforme à l'égard du par. 15(1), dans la présente espèce, toute différence pouvant exister quant à la méthode à employer relativement à cette disposition ne modifie en rien le résultat. Les exigences essentielles d'une analyse fondée sur le par. 15(1) sont respectées si l'on se demande premièrement s'il y a une distinction entraînant la négation du droit à l'égalité devant la loi ou dans la loi ou la négation du droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi et, deuxièmement, si cette négation constitue une discrimination fondée sur un motif énuméré au par. 15(1) ou sur un motif analogue. L'omission de l'orientation sexuelle dans les motifs de distinction interdits par l'*IRPA* établit une distinction et ce, sous deux rapports différents simultanément. Premièrement, une distinction est créée entre les homosexuels, d'une part, et les autres groupes défavorisés qui bénéficient de la protection de l'*IRPA*, d'autre part. Les homosexuels ne jouissent pas d'une égalité formelle par rapport aux autres groupes protégés puisque ceux-ci sont explicitement inclus alors que les homosexuels ne le sont pas. Deuxièmement, une distinction encore plus fondamentale est créée entre homosexuels et hétérosexuels. Compte tenu de la réalité sociale de la discrimi-

ness, the *IRPA* creates a distinction which results in the denial of the equal benefit and protection of the law on the basis of sexual orientation, a personal characteristic which is analogous to those enumerated in s. 15(1). This, in itself, is sufficient to conclude that discrimination is present and that there is a violation of s. 15. The serious discriminatory effects of the exclusion of sexual orientation from the Act reinforce this conclusion. The distinction has the effect of imposing a burden or disadvantage not imposed on others and of withholding benefits or advantages which are available to others. The first and most obvious effect of the exclusion of sexual orientation is that lesbians or gay men who experience discrimination on the basis of their sexual orientation are denied recourse to the mechanisms set up by the *IRPA* to make a formal complaint of discrimination and seek a legal remedy. The dire and demeaning effect of denial of access to remedial procedures is exacerbated by the fact that the option of a civil remedy for discrimination is precluded and by the lack of success that lesbian women and gay men have had in attempting to obtain a remedy for discrimination on the ground of sexual orientation by complaining on other grounds such as sex or marital status. Furthermore, the exclusion from the *IRPA*'s protection sends a message to all Albertans that it is permissible, and perhaps even acceptable, to discriminate against individuals on the basis of their sexual orientation. Perhaps most important is the psychological harm which may ensue from this state of affairs. In excluding sexual orientation from the *IRPA*'s protection, the government has, in effect, stated that "all persons are equal in dignity and rights" except gay men and lesbians. Such a message, even if it is only implicit, must offend s. 15(1).

The exclusion of sexual orientation from the *IRPA* does not meet the requirements of the *Oakes* test and accordingly cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. Where a law has been found to violate the *Charter* owing to underinclusion, the legislation as a whole, the impugned provisions, and the omission itself are all properly considered in determining whether the legislative objective is pressing and substantial. In the absence of any submissions regarding the pressing and substantial nature of the objective of the omission at issue here, the respondents have failed to discharge their eviden-

nation exercée contre les homosexuels, l'exclusion de l'orientation sexuelle a de toute évidence un effet disproportionné sur ces derniers par comparaison avec les hétérosexuels. En raison de sa portée trop limitative, l'*IRPA* nie donc aux homosexuels le droit à l'égalité réelle. De par sa portée trop limitative, l'*IRPA* crée une distinction qui conduit à la négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi sur le fondement de l'orientation sexuelle reconnue comme étant une caractéristique personnelle analogue à celles énumérées au par. 15(1). En soi, cela suffit pour conclure qu'il y a discrimination et, partant, violation de l'art. 15. Les effets discriminatoires graves de l'exclusion de l'orientation sexuelle de la Loi renforcent cette conclusion. La distinction a pour effet d'imposer un fardeau ou un désavantage non imposé à d'autres et d'empêcher l'accès aux avantages offerts à d'autres. Le premier effet, et le plus évident, de l'exclusion de l'orientation sexuelle est que les homosexuels victimes de discrimination fondée sur leur orientation sexuelle n'ont pas accès à la procédure établie par l'*IRPA* pour le dépôt d'une plainte officielle et l'obtention d'une réparation. Les conséquences tragiques et infamantes du nonaccès aux recours prévus par la Loi sont exacerbées tant par l'exclusion de tout recours au civil que par le peu de succès qu'ont eu les homosexuels qui ont tenté d'obtenir réparation pour une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en invoquant d'autres motifs comme le sexe ou l'état matrimonial. Au surplus, l'exclusion de la protection de l'*IRPA* envoie à tous les Albertains le message qu'il est permis et, peut-être même, acceptable d'exercer une discrimination à l'égard d'une personne sur le fondement de son orientation sexuelle. La souffrance psychologique est peut-être le préjudice le plus important dans de telles circonstances. En soustrayant à l'application de l'*IRPA* la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, le gouvernement a, dans les faits, affirmé que «chacun joui[t] de la même dignité et des mêmes droits», sauf les homosexuels. Un tel message, même s'il n'est que tacite, ne peut que violer le par. 15(1).

L'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* ne satisfait pas aux exigences du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* et elle ne peut, en conséquence, être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Lorsqu'une loi est jugée contraire à la *Charte* en raison de sa portée trop limitative, c'est tout à la fois la loi considérée dans son ensemble, les dispositions contestées ainsi que l'omission elle-même qu'il y a lieu de prendre en compte pour déterminer si l'objectif législatif est urgent et réel. Vu l'absence d'observations quant à la nature urgente et réelle de l'objectif de l'omission en cause, les

tiary burden and their case must thus fail at this first stage of the s. 1 analysis. Even if the evidentiary burden were to be put aside in an attempt to discover an objective for the omission from the provisions of the *IRPA*, the result would be the same. 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.

Far from being rationally connected to the objective of the impugned provisions, the exclusion of sexual orientation from the Act is antithetical to that goal. With respect to minimal impairment, the Alberta government has failed to demonstrate that it had a reasonable basis for excluding sexual orientation from the *IRPA*. Gay men and lesbians do not have any, much less equal, protection against discrimination on the basis of sexual orientation under the *IRPA*. The exclusion constitutes total, not minimal, impairment of the *Charter* guarantee of equality. Finally, since the Alberta government has failed to demonstrate any salutary effect of the exclusion in promoting and protecting human rights, there is no proportionality between the attainment of the legislative goal and the infringement of the appellants' equality rights.

Reading sexual orientation into the impugned provisions of the *IRPA* is the most appropriate way of remedying this underinclusive legislation. When determining whether reading in is appropriate, courts must have regard to the twin guiding principles of respect for the role of the legislature and respect for the purposes of the *Charter*. The purpose of the *IRPA* is the recognition and protection of the inherent dignity and inalienable rights of Albertans through the elimination of discriminatory practices. Reading sexual orientation into the offending sections would minimize interference with this clearly legitimate legislative purpose and thereby avoid excessive intrusion into the legislative sphere whereas striking down the *IRPA* would deprive all Albertans of human rights protection and thereby unduly interfere with the scheme enacted by the legislature. It is reasonable to assume that, if the legislature had been faced with the choice of having no human rights statute or having one that offered protection on the ground of sexual orientation, the latter option would have been chosen.

intimés ne se sont pas déchargés de leur fardeau de preuve et partant, n'ont pas réussi à franchir cette première étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Même si la question du fardeau de la preuve était écartée en vue de discerner l'objectif de l'omission dans les dispositions de l'*IRPA*, le résultat serait le même. 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.

Loin d'être rationnellement liée à l'objectif des dispositions contestées, l'exclusion de l'orientation sexuelle en est l'antithèse. En ce qui concerne l'atteinte minimale, le gouvernement de l'Alberta n'a pas démontré qu'il avait un motif raisonnable d'exclure l'orientation sexuelle de l'*IRPA*. Cette loi ne confère aux homosexuels aucune protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, et encore moins une protection égale. Une telle exclusion constitue une atteinte intégrale, et non minimale, à la garantie d'égalité énoncée par la *Charte*. Enfin, comme le gouvernement de l'Alberta n'a pas établi quels bienfaits cette exclusion apportait à la promotion et à la protection des droits de la personne, il n'y a aucune proportionnalité entre l'atteinte de l'objectif législatif et la violation des droits à l'égalité des appelants.

L'inclusion de l'orientation sexuelle dans les dispositions contestées de l'*IRPA* par le recours à l'interprétation large est la meilleure façon de corriger la portée trop limitative de ce texte de loi. Lorsqu'ils examinent s'il convient d'adopter une interprétation large, les tribunaux doivent tenir compte de deux principes directeurs, savoir le respect du rôle du législateur et le respect des objets de la *Charte*. L'*IRPA* a pour objet de reconnaître et de protéger la dignité inhérente et les droits inaliénables des Albertains au moyen de l'élimination des pratiques discriminatoires. Le recours à l'interprétation large en vue d'inclure l'orientation sexuelle dans les dispositions fautives réduirait l'empiètement sur cet objet manifestement légitime et éviterait ainsi une ingérence excessive dans le domaine législatif, alors que l'annulation de l'*IRPA* priverait tous les Albertains de la protection des droits de la personne, ce qui modifierait indûment l'économie de la loi adoptée par le législateur. Il est raisonnable de supposer que si le législateur avait eu le choix entre renoncer à faire passer une loi relative aux droits de la personne ou en adopter une qui interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, il aurait opté pour la deuxième solution.

Per L'Heureux-Dubé J.: There is general agreement with the results reached by the majority. While the approach to s. 1 is agreed with, the proper approach to s. 15(1) of the *Charter* is reiterated. Section 15(1) is first and foremost an equality provision. Its primary mission is the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. A s. 15(1) analysis should focus on uncovering and understanding the negative impacts of a legislative distinction (including, as in this case, a legislative omission) on the affected individual or group, rather than on whether the distinction has been made on an enumerated or analogous ground. Integral to an inquiry into whether a legislative distinction is discriminatory within the meaning of s. 15(1) is an appreciation of both the social vulnerability of the affected individual or group, and the nature of the interest which is affected in terms of its importance to human dignity and personhood. Section 15(1) is engaged when the impact of a legislative distinction deprives an individual or group who has been found to be disadvantaged in our society of the law's protection or benefit in a way which negatively affects their human dignity and personhood. Although the presence of enumerated and analogous grounds may be indicia of discrimination, or may even raise a presumption of discrimination, it is in the appreciation of the nature of the individual or group who is being negatively affected that they should be examined.

Per Major J. (dissenting in part on the appeal): The Alberta legislature, having enacted comprehensive human rights legislation that applies to everyone in the province, has then selectively denied the protection of the Act to people with a different sexual orientation. No explanation was given for the exclusion of sexual orientation from the prohibited grounds of discrimination in the *IRPA*, and none is apparent from the evidence filed by the province. The inescapable conclusion is that there is no reason to exclude that group from s. 7 of the *Charter* and to do so is discriminatory and offends their constitutional rights. The words "sexual orientation" should not be read into the Act, however. While reading in may be appropriate where it can be safely assumed that the legislature itself would have remedied the underinclusiveness by extending the benefit or protection to the previously excluded group, that assumption cannot be made in this appeal. It may be that the legislature would

Le juge L'Heureux-Dubé: Il y a accord pour l'essentiel avec les résultats auxquels parviennent les juges majoritaires. Bien que l'approche retenue à l'égard de l'article premier de la *Charte* recueille l'adhésion, la façon dont il convient d'aborder le par. 15(1) est exposée à nouveau. Cette disposition porte d'abord et avant tout sur l'égalité. Son objet principal est de favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. L'analyse fondée sur le par. 15(1) devrait principalement viser à détecter et à comprendre les incidences négatives d'une distinction législative (et notamment, comme en l'espèce, d'une omission du législateur) sur la personne ou le groupe concerné plutôt qu'à déterminer si la distinction en cause a été établie sur le fondement d'un motif énuméré ou d'un motif analogue. L'un des éléments essentiels de l'examen permettant de déterminer si une distinction législative est, de fait, discriminatoire au sens du par. 15(1) est la prise en compte tant de la vulnérabilité sociale de l'individu ou du groupe concerné que de la nature du droit auquel il est porté atteinte quant à son importance pour la dignité humaine et la personnalité. Le paragraphe 15(1) entre en jeu lorsque l'impact négatif d'une distinction législative prive une personne ou un groupe considéré comme défavorisé dans notre société de la protection et du bénéfice de la loi en portant atteinte à leur dignité humaine et à leur personnalité. Quoique les motifs énumérés et les motifs analogues puissent être des indices de discrimination ou puissent même donner naissance à une présomption de discrimination, c'est à l'étape de l'appréciation de la nature de la personne ou du groupe lésé qu'ils doivent être examinés.

Le juge Major (dissident en partie quant au pourvoi principal): La législature de l'Alberta, après avoir adopté une loi d'ensemble sur les droits de la personne qui s'applique à toutes les personnes dans la province, a ensuite sélectivement privé de la protection de la Loi les personnes ayant une orientation sexuelle différente. Aucune explication n'a été fournie pour expliquer l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs de distinction interdits par l'*IRPA* et aucune ne ressort de la preuve déposée par la province. On doit inévitablement conclure qu'il n'existe aucune raison d'exclure le groupe visé de l'art. 7 de la *Charte*, et une telle exclusion est discriminatoire et porte atteinte aux droits constitutionnels des personnes faisant partie de ce groupe. Toutefois, il n'y a pas lieu de recourir à l'interprétation large pour inclure les mots «orientation sexuelle» dans la Loi. Bien que l'interprétation large puisse être appropriée lorsque l'on peut supposer sans risque d'erreur que

prefer no human rights Act over one that includes sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. As well, there are numerous ways in which the legislation could be amended to address the underinclusiveness. As an alternative, given the legislature's persistent refusal to protect against discrimination on the basis of sexual orientation, it may be that it would choose to override the *Charter* breach by invoking the notwithstanding clause in s. 33 of the *Charter*. In any event it should lie with the elected legislature to determine this issue. The offending sections should be declared invalid and the legislature provided with an opportunity to rectify them. The declaration of invalidity should be restricted to the employment-related provisions of the *IRPA*, namely ss. 7(1), 8(1) and 10. While the same conclusions may apply to the remaining provisions of the *IRPA*, *Charter* cases should not be considered in a factual vacuum. The declaration of invalidity should be suspended for one year to allow the legislature an opportunity to bring the impugned provisions into line with its constitutional obligations.

Cases Cited

By Cory and Iacobucci JJ.

Referred to: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xii; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *Andrews v. Law Society of*

la législature elle-même aurait remédié à la nature trop limitative de la Loi en étendant le bénéfice ou la protection en question au groupe antérieurement exclu, une telle supposition ne peut être faite dans le présent pourvoi. Il se peut que la législature préfère ne pas adopter de loi sur les droits de la personne plutôt que d'en adopter une qui comprenne l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite. De même, il existe de nombreuses façons de modifier la Loi afin de remédier à sa nature trop limitative. Par ailleurs, vu qu'elle persiste dans son refus d'accorder une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la législature pourrait décider d'invoquer l'art. 33 de la *Charte* pour protéger les dispositions qui portent atteinte à la *Charte*. De toute façon, il incombe à la législature, dont les membres ont été élus, de trancher cette question. Il est préférable de déclarer invalides les dispositions fautives et de permettre à la législature de les rectifier. La déclaration d'invalidité devrait être limitée aux dispositions de l'*IRPA* relatives à l'emploi, soit les art. 7(1), 8(1) et 10. Bien que les mêmes conclusions puissent s'appliquer aux autres dispositions de l'*IRPA*, les causes fondées sur la *Charte* ne doivent pas être examinées dans un vide factuel. La déclaration d'invalidité devrait être suspendue pour une période d'un an afin de permettre à la législature de modifier les dispositions contestées de façon à les rendre conformes à ses obligations constitutionnelles.

Jurisprudence

Citée par les juges Cory et Iacobucci

Arrêts mentionnés: *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xii; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Tremblay c. Daigle*,

British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Romer v. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Newfoundland (Human Rights Commission) v. Newfoundland (Minister of Employment and Labour Relations)* (1995), 127 D.L.R. (4th) 694.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418.

By Major J. (dissenting in part)

Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1), 24(1), 32(1), 33.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 3(1).
Constitution Act, 1867, s. 92.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 718.2(a)(i) [ad. 1995, c. 22, s. 6].
Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 1980, c. H-11.7, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7, 8, 10, 11.1, 16(1).
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2 [am. 1985, c. 33; am. 1990, c. 23], preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7, 8, 10, 11.1, 16(1).
Individual's Rights Protection Act, S.A. 1972 [am. 1980, c. 27], c. 2, ss. 2, 3, 4, 6, 7, 9.
Individual's Rights Protection Amendment Act, 1996, S.A. 1996, c. 25.

[1989] 2 R.C.S. 530; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Romer c. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Newfoundland (Human Rights Commission) c. Newfoundland (Minister of Employment and Labour Relations)* (1995), 127 D.L.R. (4th) 694.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

Citée par le juge Major (dissident en partie)

Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15(1), 24(1), 32(1), 33.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2a)(i) [aj. 1995, ch. 22, art. 6].
Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 1980, ch. H-11.7, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7, 8, 10, 11.1, 16(1).
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2 [mod. 1985, ch. 33; mod. 1990, ch. 23], préambule, art. 2(1), 3, 4, 7, 8, 10, 11.1, 16(1).
Individual's Rights Protection Act, S.A. 1972 [mod. 1990, ch. 27], ch. 2, art. 2, 3, 4, 6, 7, 9.
Individual's Rights Protection Amendment Act, 1996, S.A. 1996, ch. 25.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Authors Cited

- Ackerman, Bruce. "The Rise of World Constitutionalism" (1997), 83 *Va. L. Rev.* 771.
- Alberta. *Our Commitment to Human Rights: The Government's Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel*. Edmonton: Alberta Community Development, 1995.
- Alberta *Hansard*, November 22, 1972, at p. 80-63.
- Alberta Human Rights Review Panel. *Equal in Dignity and Rights: A Review of Human Rights in Alberta*. Edmonton: The Panel, 1994.
- Beatty, David M. *Constitutional Law in Theory and Practice*. Toronto: University of Toronto Press, 1995.
- Beatty, David M. "Law and Politics" (1996), 44 *Am. J. Comp. L.* 131.
- Beatty, David M., ed. *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 1994.
- Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- Black, William. "Vriend, Rights and Democracy" (1996), 7 *Constitutional Forum* 126.
- Dickson, R. G. B. "Keynote Address", in *The Cambridge Lectures 1985*. Montréal: Yvon Blais, 1985.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures" (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.
- Khullar, Ritu. "Vriend: Remedial Issues for Unremedied Discrimination" (1998), 7 *N.J.C.L.* 221.
- Knopff, Rainer, and F. L. Morton. *Charter Politics*. Scarborough, Ont.: Nelson Canada, 1992.
- Mandel, Michael. *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*. Toronto: Wall & Thompson, 1994.
- Monahan, Patrick. "A Theory of Judicial Review Under the Charter", in *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*. Toronto: Carswell, 1987, 97.
- O'Byrne, Shannon K., and James F. McGinnis. "Case Comment: *Vriend v. Alberta: Plessy* Revisited: Lesbian and Gay Rights in the Province of Alberta" (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 892.
- Peacock, Anthony A., ed. *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform*,

Doctrine citée

- Ackerman, Bruce. «The Rise of World Constitutionalism» (1997), 83 *Va. L. Rev.* 771.
- Alberta. *Our Commitment to Human Rights: The Government's Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel*. Edmonton: Alberta Community Development, 1995.
- Alberta *Hansard*, November 22, 1972, at p. 80-63.
- Alberta Human Rights Review Panel. *Equal in Dignity and Rights: A Review of Human Rights in Alberta*. Edmonton: The Panel, 1994.
- Beatty, David M. *Constitutional Law in Theory and Practice*. Toronto: University of Toronto Press, 1995.
- Beatty, David M. «Law and Politics» (1996), 44 *Am. J. Comp. L.* 131.
- Beatty, David M., ed. *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 1994.
- Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- Black, William. «Vriend, Rights and Democracy» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 126.
- Dickson, R. G. B. «Keynote Address», in *The Cambridge Lectures 1985*. Montréal: Yvon Blais, 1985.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures» (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.
- Khullar, Ritu. «Vriend: Remedial Issues for Unremedied Discrimination» (1998), 7 *N.J.C.L.* 221.
- Knopff, Rainer, and F. L. Morton. *Charter Politics*. Scarborough, Ont.: Nelson Canada, 1992.
- Mandel, Michael. *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*. Traduit de l'anglais par Hervé Juste. Québec: Boréal, 1996.
- Monahan, Patrick. «A Theory of Judicial Review Under the Charter», in *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*. Toronto: Carswell, 1987, 97.
- O'Byrne, Shannon K., and James F. McGinnis. «Case Comment: *Vriend v. Alberta: Plessy* Revisited: Lesbian and Gay Rights in the Province of Alberta» (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 892.
- Peacock, Anthony A., ed. *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform*,

Interpretation, and Theory. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 1996.

Pothier, Dianne. "The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak" (1996), 7 *Constitutional Forum* 113.

Renke, Wayne N. "Case Comment: *Vriend v. Alberta*: Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice" (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 925.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1997, release 4).

Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In Robert J. Sharpe, ed. *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 233.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1996), 181 A.R. 16, 116 W.A.C. 16, 37 Alta. L.R. (3d) 364, [1996] 5 W.W.R. 617, 132 D.L.R. (4th) 595, 18 C.C.E.L. (2d) 1, 96 C.L.L.C. ¶230-013, 25 C.H.R.R. D/1, 34 C.R.R. (2d) 243, [1996] A.J. No. 182 (QL), reversing a decision of the Court of Queen's Bench (1994), 152 A.R. 1, 18 Alta. L.R. (3d) 286, [1994] 6 W.W.R. 414, 94 C.L.L.C. ¶17,025, 20 C.H.R.R. D/358, [1994] A.J. No. 272 (QL), finding that the omission of protection against discrimination on the basis of sexual orientation from the Alberta *Individual's Rights Protection Act* was an unjustified violation of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal allowed, Major J. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.

Sheila J. Greckol, Douglas R. Stollery, Q.C., June Ross and Jo-Ann R. Kolmes, for the appellants.

John T. McCarthy, Q.C., and Donna Grainger, for the respondents.

Brian Saunders and James Hendry, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert E. Charney, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Shirish P. Chotalia and Brian A. F. Edy, for the intervener the Alberta Civil Liberties Association.

Interpretation, and Theory. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 1996.

Pothier, Dianne. «The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 113.

Renke, Wayne N. «Case Comment: *Vriend v. Alberta*: Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice» (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 925.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1997, release 4).

Rogerson, Carol. «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness». In Robert J. Sharpe, ed. *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 233.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1996), 181 A.R. 16, 116 W.A.C. 16, 37 Alta. L.R. (3d) 364, [1996] 5 W.W.R. 617, 132 D.L.R. (4th) 595, 18 C.C.E.L. (2d) 1, 96 C.L.L.C. ¶230-013, 25 C.H.R.R. D/1, 34 C.R.R. (2d) 243, [1996] A.J. No. 182 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine (1994), 152 A.R. 1, 18 Alta. L.R. (3d) 286, [1994] 6 W.W.R. 414, 94 C.L.L.C. ¶17,025, 20 C.H.R.R. D/358, [1994] A.J. No. 272 (QL), portant que l'omission d'une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans l'*Individual's Rights Protection Act* constitue une violation injustifiée du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pourvoi principal accueilli, le juge Major est dissident en partie. Pourvoi incident rejeté.

Sheila J. Greckol, Douglas R. Stollery, c.r., June Ross et Jo-Ann R. Kolmes, pour les appelants.

John T. McCarthy, c.r., et Donna Grainger, pour les intimés.

Brian Saunders et James Hendry, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert E. Charney, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Shirish P. Chotalia et Brian A. F. Edy, pour l'intervenante l'Alberta Civil Liberties Association.

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

Gwen Brodsky and Claire Klassen, for the intervener Women's Legal Education and Action Fund (LEAF).

Raj Anand and Andrew M. Pinto, for the intervener the Foundation for Equal Families.

William F. Pentney and Patricia Lawrence, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Steven M. Barrett and Vanessa Payne, for the intervener the Canadian Labour Congress.

James L. Lebo, Q.C., James F. McGinnis and Julia C. Lloyd, for the intervener the Canadian Bar Association — Alberta Branch.

Thomas S. Kuttner and Rebecca Johnson, for the intervener the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA).

R. Douglas Elliott and Patricia A. LeFebour, for the intervener the Canadian AIDS Society.

Dale Gibson, for the intervener the Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada.

Lyle S. R. Kanee, for the intervener the Canadian Jewish Congress.

Barbara B. Johnston, for the intervener Christian Legal Fellowship.

Dallas K. Miller, for the intervener the Alberta Federation of Women United for Families.

Gerald D. Chipeur and Cindy Silver, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and Focus on the Family (Canada) Association.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Bastarache was delivered by

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

Gwen Brodsky et Claire Klassen, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ).

Raj Anand et Andrew M. Pinto, pour l'intervenante la Foundation for Equal Families.

William F. Pentney et Patricia Lawrence, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Steven M. Barrett et Vanessa Payne, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

James L. Lebo, c.r., James F. McGinnis et Julia C. Lloyd, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien — Division de l'Alberta.

Thomas S. Kuttner et Rebecca Johnson, pour l'intervenante l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne (ACCDP).

R. Douglas Elliott et Patricia A. LeFebour, pour l'intervenante la Société canadienne du SIDA.

Dale Gibson, pour l'intervenante l'Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada.

Lyle S. R. Kanee, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

Barbara B. Johnston, pour l'intervenant le Christian Legal Fellowship.

Dallas K. Miller, pour l'intervenante l'Alberta Federation of Women United for Families.

Gerald D. Chipeur et Cindy Silver, pour les intervenants l'Evangelical Fellowship of Canada et la Focus on the Family (Canada) Association.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Bastarache rendu par

CORY AND IACOBUCCI JJ. — In these joint reasons Cory J. has dealt with the issues pertaining to standing, the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the breach of s. 15(1) of the *Charter*. Iacobucci J. has discussed s. 1 of the *Charter*, the appropriate remedy, and the disposition.

CORY J.

The *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2 (“*IRPA*” or the “Act”), was first enacted in 1973. When the legislation was introduced in 1972, the Minister responsible commented upon and emphasized the nature and importance of the Act, stating: “it is . . . the commitment of this legislature that we regard The Individual's Rights Protection Act in primacy to any other legislative enactment. . . . [W]e have committed ourselves to suggest that Alberta is not the place for partial rights or half freedoms, but that Alberta hopefully will become the place where each and every man and woman will be able to stand on his own two feet and be recognized as an individual and not as a member of a particular class” (*Alberta Hansard*, November 22, 1972, at p. 80-63). These are courageous words that give hope and comfort to members of every group that has suffered the wounds and indignities of discrimination. Has this laudable commitment been met?

I. Factual Background

A. History of the IRPA

The *IRPA* prohibits discrimination in a number of areas of public life, and establishes the Human Rights Commission to deal with complaints of discrimination. The *IRPA* as first enacted (S.A. 1972, c. 2) prohibited discrimination in public notices (s. 2), public accommodation, services or facilities (s. 3), tenancy (s. 4), employment practices (s. 6), employment advertising (s. 7) or trade union membership (s. 9) on the basis of race, religious beliefs, colour, sex, marital status (in ss. 6 and 9), age (except in ss. 3 and 4), ancestry or place of origin. The Act has since been expanded to include other

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI — Dans les présents motifs conjoints, le juge Cory examine les questions relatives à la qualité pour agir, à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la violation de son par. 15(1). Pour sa part, le juge Iacobucci se penche sur l'article premier de la *Charte* et sur la réparation appropriée; il est en outre l'auteur du dispositif.

LE JUGE CORY

L'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2 («l'*IRPA*» ou la «Loi»), a initialement été adoptée en 1973. En présentant le projet de loi en 1972, le ministre responsable a formulé certaines observations et a insisté sur la nature et l'importance de la Loi: [TRADUCTION] «. . . notre législature s'engage à reconnaître la primauté de l'Individual's Rights Protection Act sur tout autre texte législatif [. . .] [N]ous nous sommes engagés à montrer que l'Alberta n'est pas un territoire où des droits partiels ou des demi-libertés sont accordés, mais un lieu où, nous l'espérons, chacun, homme ou femme, pourra affirmer son autonomie et être reconnu en tant qu'individu et non en tant que membre d'une catégorie particulière» (*Alberta Hansard*, 22 novembre 1972, à la p. 80-63). Il s'agit de propos courageux qui suscitent l'espoir et apportent du réconfort aux membres de tous les groupes qui ont subi les blessures et les outrages de la discrimination. Ce noble engagement a-t-il été respecté?

I. Les faits

A. L'histoire de l'IRPA

L'*IRPA* interdit la discrimination dans un certain nombre de domaines de la vie publique et elle prévoit la création de la Human Rights Commission pour l'examen des plaintes relatives à la discrimination. Dans sa version initiale (S.A. 1972, ch. 2), elle interdisait la discrimination dans les avis publics (art. 2), l'hébergement, les services et les équipements offerts au public (art. 3), la location (art. 4), les pratiques d'embauchage (art. 6), la publicité en matière d'emploi (art. 7) et l'activité syndicale (art. 9), sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de

1

2

3

grounds, in a series of amendments (S.A. 1980, c. 27; S.A. 1985, c. 33; S.A. 1990, c. 23; S.A. 1996, c. 25). These additions were apparently, at least in part, made in response to the enactment of the *Charter* and its judicial interpretation. In the most recent amendments the name of the Act was changed to the *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*. In 1990, the Act included the following list of prohibited grounds of discrimination: race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry and place of origin. At the present time it also includes marital status, source of income and family status.

l'état matrimonial (art. 6 et 9), de l'âge (sauf les art. 3 et 4), de l'ascendance ou du lieu d'origine. Depuis, une série de modifications (S.A. 1980, ch. 27; S.A. 1985, ch. 33; S.A. 1990, ch. 23; S.A. 1996, ch. 25) a eu pour effet d'ajouter d'autres motifs à ceux déjà prévus. Ces ajouts faisaient apparemment suite, du moins en partie, à l'adoption de la *Charte* et à la jurisprudence s'y rapportant. Lors des plus récentes modifications, le titre de la Loi est devenu *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*. En 1990, la Loi énumérait les motifs de distinction illicites suivants: la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'âge, l'ascendance et le lieu d'origine. Depuis, l'état matrimonial, la source de revenu et la situation familiale ont été ajoutés.

4 Despite repeated calls for its inclusion sexual orientation has never been included in the list of those groups protected from discrimination. In 1984 and again in 1992, the Alberta Human Rights Commission recommended amending the *IRPA* to include sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. In an attempt to effect such an amendment, the opposition introduced several bills; however, none went beyond first reading. Although at least one Minister responsible for the administration of the *IRPA* supported the amendment, the correspondence with a number of cabinet members and members of the Legislature makes it clear that the omission of sexual orientation from the *IRPA* was deliberate and not the result of an oversight. The reasons given for declining to take this action include the assertions that sexual orientation is a "marginal" ground; that human rights legislation is powerless to change public attitudes; and that there have only been a few cases of sexual orientation discrimination in employment brought to the attention of the Minister.

Malgré des demandes répétées en ce sens, l'orientation sexuelle n'a jamais figuré au nombre des motifs de distinction illicites. En 1984, et à nouveau en 1992, l'Alberta Human Rights Commission a recommandé de modifier l'*IRPA* pour y ajouter l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite. En vue d'obtenir une telle modification, l'opposition a présenté plusieurs projets de loi; cependant, aucun n'a franchi une étape ultérieure à la première lecture. Même si au moins un ministre responsable de l'administration de l'*IRPA* a appuyé la modification, la correspondance avec un certain nombre de membres du Cabinet et de députés établit clairement que l'omission de l'orientation sexuelle était délibérée, et non le résultat d'un oubli. Les raisons invoquées pour ne pas donner suite à la recommandation comprennent les suivantes: l'orientation sexuelle est un motif «marginal», la législation sur les droits de la personne ne peut modifier les mentalités et seulement un petit nombre de cas de discrimination dans l'emploi fondée sur l'orientation sexuelle ont été portés à l'attention du ministre.

5 In 1992, the Human Rights Commission decided to investigate complaints of discrimination on the basis of sexual orientation. This decision was immediately vetoed by the Government and the Minister directed the Commission not to investigate the complaints.

En 1992, la Human Rights Commission a décidé de faire enquête sur les plaintes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le gouvernement s'y est immédiatement opposé, et le ministre a interdit à la commission de mettre son projet à exécution.

In 1993, the Government appointed the Alberta Human Rights Review Panel to conduct a public review of the *IRPA* and the Human Rights Commission. When it had completed an extensive review, the Panel issued its report, entitled *Equal in Dignity and Rights: A Review of Human Rights in Alberta* (1994) (the “Dignity Report”). The report contained a number of recommendations, one of which was that sexual orientation should be included as a prohibited ground of discrimination in the Act. In its response to the Dignity Report (*Our Commitment to Human Rights: The Government’s Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel* (1995)), the Government stated that the recommendation regarding sexual orientation would be dealt with through this case.

B. Vriend’s Dismissal From King’s College and Complaint to the Alberta Human Rights Commission

In December 1987 the appellant Delwin Vriend was employed as a laboratory coordinator by King’s College in Edmonton, Alberta. He was given a permanent, full-time position in 1988. Throughout his term of employment he received positive evaluations, salary increases and promotions for his work performance. On February 20, 1990, in response to an inquiry by the President of the College, Vriend disclosed that he was homosexual. In early January 1991, the Board of Governors of the College adopted a position statement on homosexuality, and shortly thereafter, the President of the College requested Vriend’s resignation. He declined to resign, and on January 28, 1991, Vriend’s employment was terminated by the College. The sole reason given for his termination was his non-compliance with the policy of the College on homosexual practice. Vriend appealed the termination and applied for reinstatement, but was refused.

On June 11, 1991, Vriend attempted to file a complaint with the Alberta Human Rights Commission on the grounds that his employer discriminated against him because of his sexual orientation. On July 10, 1991, the Commission advised

En 1993, le gouvernement a confié à l’Alberta Human Rights Review Panel le mandat de procéder à un examen public de l’*IRPA* et de la Human Rights Commission. Après un examen approfondi, le comité a présenté son rapport intitulé *Equal in Dignity and Rights: A Review of Human Rights in Alberta* (1994) (le «rapport sur la dignité»). Celui-ci renfermait un certain nombre de recommandations, l’une d’entre elles étant l’inclusion dans la Loi de l’orientation sexuelle comme motif de distinction illicite. Dans sa réponse au rapport sur la dignité (*Our Commitment to Human Rights: The Government’s Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel* (1995)), le gouvernement a indiqué que le sort de la recommandation relative à l’orientation sexuelle dépendait de l’issue de la présente affaire.

B. Le congédiement de M. Vriend du King’s College et la plainte à l’Alberta Human Rights Commission

En décembre 1987, l’appelant Delwin Vriend a été engagé comme coordonnateur de laboratoire au King’s College d’Edmonton (Alberta). En 1988, il a obtenu un poste permanent à temps plein. Pendant toute la durée de son emploi, son travail a été évalué favorablement, et son rendement lui a valu des augmentations de salaire et de l’avancement. Le 20 février 1990, en réponse à une demande formulée par le président de l’établissement, M. Vriend a révélé qu’il était homosexuel. Au début de janvier 1991, le conseil des gouverneurs du King’s College a adopté un énoncé de principe sur l’homosexualité et, peu après, le président de l’établissement a demandé à M. Vriend de démissionner. Ce dernier refusant de le faire, il a été congédié le 28 janvier 1991. Le seul motif donné pour justifier le congédiement était le non-respect de la politique du King’s College en matière d’homosexualité. Monsieur Vriend en a appelé du congédiement et a demandé sa réintégration, ce qui lui a été refusé.

Le 11 juin 1991, M. Vriend a tenté de saisir l’Alberta Human Rights Commission d’une plainte dans laquelle il soutenait que son employeur avait fait preuve de discrimination à son égard en raison de son orientation sexuelle. Le 10 juillet suivant, la

6

7

8

Vriend that he could not make a complaint under the *IRPA*, because the Act did not include sexual orientation as a protected ground.

commission a informé M. Vriend qu'il ne pouvait formuler une plainte en application de l'*IRPA*, l'orientation sexuelle ne figurant pas au nombre des motifs de distinction illicites.

⁹ Vriend, the Gay and Lesbian Awareness Society of Edmonton (GALA), the Gay and Lesbian Community Centre of Edmonton Society and Dignity Canada Dignité for Gay Catholics and Supporters (collectively the "appellants") applied by originating notice of motion to the Court of Queen's Bench of Alberta for declaratory relief. The appellants challenged the constitutionality of ss. 2(1), 3, 4, 7(1) and 8(1) of the *IRPA* on the grounds that these sections contravene s. 15(1) of the *Charter* because they do not include sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. The standing of the appellants to bring the application was not challenged. The trial judge found that the omission of protection against discrimination on the basis of sexual orientation was an unjustified violation of s. 15 of the *Charter*. She ordered that the words "sexual orientation" be read into ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1) and 10 of the *IRPA* as a prohibited ground of discrimination. The majority of the Court of Appeal of Alberta granted the Government's appeal. The appellants were granted leave to appeal to this Court and the respondents were granted leave to cross-appeal. An order of the Chief Justice stating constitutional questions was issued on February 10, 1997.

Monsieur Vriend, la Gay and Lesbian Awareness Society of Edmonton (GALA), le Gay and Lesbian Community Centre of Edmonton Society et Dignity Canada Dignité for Gay Catholics and Supporters (collectivement appelés les «appellants») ont demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, par voie d'avis de requête introductive d'instance, de rendre un jugement déclaratoire. Les appellants contestaient la constitutionnalité des par. 2(1), 7(1) et 8(1) ainsi que des art. 3 et 4 de l'*IRPA*, pour le motif que ceux-ci étaient contraires au par. 15(1) de la *Charte* en raison de l'omission de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite. La qualité pour agir des appelants n'a pas été contestée. Le juge de première instance a conclu que l'omission de protéger les citoyens contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle constituait une violation injustifiée de l'art. 15 de la *Charte*. Elle a ordonné que l'«orientation sexuelle» soit tenue pour un motif de distinction illicite pour l'application des art. 3, 4 et 10 ainsi que des par. 2(1), 7(1) et 8(1) de l'*IRPA*. L'appel du gouvernement a été accueilli par la majorité des juges de la Cour d'appel de l'Alberta. Les appellants ont obtenu l'autorisation d'en appeler devant notre Cour, et les intimés ont été autorisés à interjeter un pourvoi incident. Une ordonnance du juge en chef énonçant les questions constitutionnelles soulevées en l'espèce a été rendue le 10 février 1997.

II. Relevant Statutory Provisions

II. Les dispositions législatives pertinentes

¹⁰ Since the time the appellant made his claim in 1992, the relevant statute was amended (*Individual's Rights Protection Amendment Act, 1996*, S.A. 1996, c. 25). The Act is now known as the *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*. In these reasons, however, we refer to the statute, as amended, as the *Individual's Rights Protection Act* or *IRPA*, since that is how the legislation was most often referred to by the parties on this appeal. For the sake of convenience, the provisions are set out

La loi applicable a été modifiée (*Individual's Rights Protection Amendment Act, 1996*, S.A. 1996, ch. 25) depuis que l'appelant a présenté sa demande en 1992. Aujourd'hui le titre de la loi est *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*. Dans les présents motifs, toutefois, nous employons le titre *Individual's Rights Protection Act* ou l'abréviation *IRPA* pour la désigner puisque c'est le plus souvent ainsi que les parties y ont fait référence dans le présent pourvoi. Par souci de

below first as they existed at the time the action commenced, and then as they currently stand.

Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, am. S.A. 1985, c. 33, S.A. 1990, c. 23

Preamble

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all persons is the foundation of freedom, justice and peace in the world; and

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all persons are equal in dignity and rights without regard to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin; and

WHEREAS it is fitting that this principle be affirmed by the Legislature of Alberta in an enactment whereby those rights of the individual may be protected . . .

2(1) No person shall publish or display before the public or cause to be published or displayed before the public any notice, sign, symbol, emblem or other representation indicating discrimination or an intention to discriminate against any person or class of persons for any purpose because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin of that person or class of persons.

3 No person, directly or indirectly, alone or with another, by himself or by the interposition of another, shall

(a) deny to any person or class of persons any accommodation, services or facilities customarily available to the public, or

(b) discriminate against any person or class of persons with respect to any accommodation, services or facilities customarily available to the public,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, ancestry or place

commodité, nous reproduisons les dispositions applicables d'abord dans la version qui était en vigueur à l'époque où l'action a été intentée, puis dans la version actuelle.

Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, mod. S.A. 1985, ch. 33, S.A. 1990, ch. 23

[TRADUCTION] Préambule

ATTENDU QUE la reconnaissance de la dignité inhérente et des droits égaux et inaliénables de chacun constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde;

ATTENDU QUE l'Alberta reconnaît qu'il est fondamental et dans l'intérêt public que chacun jouisse de la même dignité et des mêmes droits sans égard à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance ou au lieu d'origine;

ATTENDU QU'il est opportun que ce principe soit consacré par la législature de l'Alberta au moyen d'un texte législatif garantissant ces droits de la personne . . .

2(1) Nul ne doit publier, faire publier, exposer ni faire exposer un avis, un panneau, un symbole, un emblème ou une autre représentation marquant une discrimination ou l'intention d'exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes, à quelque fin que ce soit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine de cette personne ou de cette catégorie de personnes.

3 Nul ne doit, directement ou indirectement, seul ou avec un tiers, personnellement ou par l'entremise d'un tiers, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'ascendance ou du lieu d'origine d'une personne ou d'une catégorie de personnes:

a) soit refuser à une personne ou à une catégorie de personnes l'hébergement, les services ou les équipements habituellement offerts au public;

b) soit exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes relativement à l'hébergement, aux services ou aux équipements habituellement offerts au public.

of origin of that person or class of persons or of any other person or class of persons.

4 No person, directly or indirectly, alone or with another, by himself or by the interposition of another, shall

(a) deny to any person or class of persons the right to occupy as a tenant any commercial unit or self-contained dwelling unit that is advertised or otherwise in any way represented as being available for occupancy by a tenant, or

(b) discriminate against any person or class of persons with respect to any term or condition of the tenancy of any commercial unit or self-contained dwelling units,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, ancestry or place of origin of that person or class of persons or of any other person or class of persons.

7(1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

(a) refuse to employ or refuse to continue to employ any person, or

(b) discriminate against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or of any other person.

(2) Subsection (1) as it relates to age and marital status does not affect the operation of any bona fide retirement or pension plan or the terms or conditions of any bona fide group or employee insurance plan.

(3) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

8(1) No person shall use or circulate any form of application for employment or publish any advertisement in connection with employment or prospective employment or make any written or oral inquiry of an applicant

4 Nul ne doit, directement ou indirectement, seul ou avec un tiers, personnellement ou par l'entremise d'un tiers, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'ascendance ou du lieu d'origine d'une personne ou d'une catégorie de personnes:

a) soit refuser de louer à une personne ou à une catégorie de personnes un local commercial ou un logement individuel annoncé ou par ailleurs offert en location;

b) soit exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes relativement aux conditions de location d'un local commercial ou d'un logement individuel.

7(1) Nul employeur ni quiconque agissant pour son compte ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine:

a) soit refuser d'employer une personne ou refuser de continuer de l'employer;

b) soit exercer une discrimination à l'égard d'une personne en matière d'emploi ou de conditions d'emploi.

(2) En ce qui concerne l'âge et l'état matrimonial, le paragraphe (1) est sans effet sur l'application de tout régime de retraite légitime ou des modalités de tout régime d'assurance collective ou d'employés légitime.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux restrictions, aux conditions, aux préférences ni aux refus fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

8(1) Nul ne doit utiliser ou mettre en circulation une formule de demande d'emploi, publier une annonce relative à un poste, existant ou éventuel, ni adresser par écrit ou de vive voix à un candidat une demande de renseignements qui:

(a) that expresses either directly or indirectly any limitation, specification or preference indicating discrimination on the basis of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of any person, or

(b) that requires an applicant to furnish any information concerning race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin.

(2) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

10 No trade union, employers' organization or occupational association shall

(a) exclude any person from membership in it,

(b) expel or suspend any member of it, or

(c) discriminate against any person or member,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or member.

11.1 A contravention of this Act shall be deemed not to have occurred if the person who is alleged to have contravened the Act shows that the alleged contravention was reasonable and justifiable in the circumstances.

16(1) It is the function of the Commission

(a) to forward the principle that every person is equal in dignity and rights without regard to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin,

(b) to promote an understanding of, acceptance of and compliance with this Act,

(c) to research, develop and conduct educational programs designed to eliminate discriminatory practices related to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin, and

a) comporte, directement ou indirectement, une restriction, une condition ou une préférence marquant une discrimination fondée sur la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'état matrimonial, l'âge, l'ascendance ou le lieu d'origine de qui que ce soit;

b) oblige le candidat à fournir de l'information relative à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'état matrimonial, à l'âge, à l'ascendance ou au lieu d'origine.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux restrictions, aux conditions, aux préférences ni aux refus fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

10 Nul syndicat, organisme professionnel et nulle association patronale, ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine d'une personne ou d'un adhérent:

a) exclure une personne de ses rangs;

b) expulser ou suspendre un adhérent;

c) exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'un adhérent.

11.1 La personne à qui l'on reproche d'avoir enfreint la Loi est réputée ne pas y avoir contrevenu si elle établit que les actes reprochés étaient raisonnables et justifiables dans les circonstances.

16(1) La commission a les attributions suivantes:

a) promouvoir le principe selon lequel chacun jouit de la même dignité et des mêmes droits sans égard à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance ou au lieu d'origine;

b) favoriser la compréhension, l'acceptation et le respect de la présente Loi;

c) faire de la recherche, ainsi que concevoir et mettre en œuvre des programmes d'éducation en vue de la suppression des pratiques discriminatoires fondées sur la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'âge, l'ascendance ou le lieu d'origine;

(d) to encourage and co-ordinate both public and private human rights programs and activities.

d) encourager et coordonner la mise en œuvre de programmes et d'activités publics et privés en matière de droits de la personne;

Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 1980, c. H-11.7

Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 1980, ch. H-11.7

Preamble

[TRADUCTION] Préambule

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all persons is the foundation of freedom, justice and peace in the world;

ATTENDU QUE la reconnaissance de la dignité inhérente et des droits égaux et inaliénables de chacun constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde;

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all persons are equal in: dignity, rights and responsibilities without regard to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status;

ATTENDU QUE l'Alberta reconnaît qu'il est fondamental et dans l'intérêt public que tous soient égaux en ce qui concerne la dignité, les droits et les obligations, sans égard à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance, au lieu d'origine, à l'état matrimonial, à la source de revenu ou à la situation familiale;

WHEREAS multiculturalism describes the diverse racial and cultural composition of Alberta society and its importance is recognized in Alberta as a fundamental principle and a matter of public policy;

ATTENDU QUE le multiculturalisme reflète la diversité raciale et culturelle de la société albertaine et que son importance est reconnue en Alberta à titre de principe fondamental et de question d'intérêt public;

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all Albertans should share in an awareness and appreciation of the diverse racial and cultural composition of society and that the richness of life in Alberta is enhanced by sharing that diversity;

ATTENDU QUE l'Alberta reconnaît qu'il est fondamental et dans l'intérêt public que tous les Albertains soient sensibilisés à la diversité raciale et culturelle de la société et la valorisent, et que la vie en Alberta est enrichie par l'ouverture à cette diversité;

WHEREAS it is fitting that these principles be affirmed by the Legislature of Alberta in an enactment whereby those equality rights and that diversity may be protected

ATTENDU QU'il est opportun que ces principes soient consacrés par la législature de l'Alberta au moyen d'un texte législatif protégeant ces droits à l'égalité et cette diversité

2(1) No person shall publish, issue or display or cause to be published, issued or displayed before the public any statement, publication, notice, sign, symbol, emblem or other representation that

2(1) Nul ne doit publier, exposer ou émettre en public, ni faire publier, exposer ou émettre en public une déclaration, une publication, un avis, un panneau, un symbole, un emblème ou une autre représentation qui

(a) indicates discrimination or an intention to discriminate against a person or a class of persons, or

a) soit dénote une discrimination ou l'intention de faire une discrimination à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'âge, de l'ascendance, du lieu d'origine, de l'état matrimonial, de la source de revenu ou de la situation familiale de cette personne ou de cette catégorie de personnes;

(b) is likely to expose a person or a class of persons to hatred or contempt

b) soit est susceptible d'exposer une personne ou une catégorie de personnes à la haine ou au mépris sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'âge, de l'ascendance, du lieu d'origine, de l'état matrimonial, de la source de revenu ou de la situation familiale de cette personne ou de cette catégorie de personnes.

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status of that person or class of persons.

3 No person shall

3 Nul ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'ascendance, du lieu d'origine, de l'état matrimonial, de la source de revenu ou de la situation familiale d'une personne ou d'une catégorie de personnes:

(a) deny to any person or class of persons any goods, services, accommodation or facilities that are customarily available to the public, or

a) soit refuser à cette personne ou à cette catégorie de personnes des biens, des services, l'hébergement ou l'accès à des équipements habituellement offerts au public;

(b) discriminate against any person or class of persons with respect to any goods, services, accommodation or facilities that are customarily available to the public,

b) soit exercer une discrimination à l'égard de cette personne ou de cette catégorie de personnes relativement à des biens, des services, l'hébergement ou des équipements habituellement offerts au public.

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status of that person or class of persons or of any other person or class of persons.

4 No person shall

4 Nul ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'ascendance, du lieu d'origine, de l'état matrimonial, de la source de revenu ou de la situation familiale d'une personne ou d'une catégorie de personnes:

(a) deny to any person or class of persons the right to occupy as a tenant any commercial unit or self-contained dwelling unit that is advertised or otherwise in any way represented as being available for occupancy by a tenant, or

a) soit refuser de louer à une personne ou à une catégorie de personnes un local commercial ou un logement individuel annoncé ou par ailleurs offert en location;

(b) discriminate against any person or class of persons with respect to any term or condition of the tenancy of any commercial unit or self-contained dwelling units,

b) soit exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes relativement aux conditions de location d'un local commercial ou d'un logement individuel.

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status of that person or class of persons or of any other person or class of persons.

7(1) No employer shall

(a) refuse to employ or refuse to continue to employ any person, or

(b) discriminate against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry, place of origin, family status or source of income of that person or of any other person.

(2) Subsection (1) as it relates to age and marital status does not affect the operation of any bona fide retirement or pension plan or the terms or conditions of any bona fide group or employee insurance plan.

(3) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

8(1) No person shall use or circulate any form of application for employment or publish any advertisement in connection with employment or prospective employment or make any written or oral inquiry of an applicant

(a) that expresses either directly or indirectly any limitation, specification or preference indicating discrimination on the basis of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry, place of origin, family status or source of income of any person, or

(b) that requires an applicant to furnish any information concerning race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry, place of origin, family status or source of income.

7(1) Nul employeur ne doit sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance, du lieu d'origine, de la situation familiale ou de la source de revenu d'une personne ni de quiconque:

a) soit refuser d'employer ou refuser de continuer d'employer cette personne;

b) soit exercer une discrimination à l'égard de cette personne en matière d'emploi ou de conditions d'emploi.

(2) En ce qui concerne l'âge et l'état matrimonial, le paragraphe (1) est sans effet sur l'application de tout régime de retraite légitime ou des modalités de tout régime d'assurance collective ou d'employés légitime.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux restrictions, aux conditions, aux préférences ni aux refus fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

8(1) Nul ne doit utiliser ou mettre en circulation une formule de demande d'emploi, publier une annonce relative à un poste, existant ou éventuel, ni adresser par écrit ou de vive voix à un candidat une demande de renseignements qui:

a) soit comporte, directement ou indirectement, une restriction, une condition ou une préférence exprimant une discrimination fondée sur la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'état matrimonial, l'âge, l'ascendance, le lieu d'origine, la situation familiale ou la source de revenu de qui que ce soit;

b) soit oblige le candidat à fournir de l'information relative à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'état matrimonial, à l'âge, à l'ascendance, au lieu d'origine, à la situation familiale ou à la source de revenu.

(2) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

10 No trade union, employers' organization or occupational association shall

- (a) exclude any person from membership in it,
- (b) expel or suspend any member of it, or
- (c) discriminate against any person or member,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry, place of origin, family status or source of income of that person or member.

11.1 A contravention of this Act shall be deemed not to have occurred if the person who is alleged to have contravened the Act shows that the alleged contravention was reasonable and justifiable in the circumstances.

16(1) It is the function of the Commission

- (a) to forward the principle that all persons are equal in: dignity, rights and responsibilities without regard to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status,
- (b) to promote awareness and appreciation of and respect for the multicultural heritage of Alberta society,
- (c) to promote an environment in which all Albertans can participate in and contribute to the cultural, social, economic and political life of Alberta,
- (d) to encourage all sectors of Alberta society to provide equality of opportunity,
- (e) to research, develop and conduct educational programs designed to eliminate discriminatory practices related to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status,

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux restrictions, aux conditions, aux préférences ni aux refus fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

10 Nul syndicat, organisme professionnel et nulle association patronale, ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance, du lieu d'origine, de la situation familiale ou de la source de revenu d'une personne ou d'un adhérent:

- a) exclure une personne de ses rangs;
- b) expulser ou suspendre un adhérent;
- c) exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'un adhérent.

11.1 La personne à qui l'on reproche d'avoir enfreint la Loi est réputée ne pas y avoir contrevenu si elle établit que les actes reprochés étaient raisonnables et justifiables dans les circonstances.

16(1) La commission a les attributions suivantes:

- a) promouvoir le principe selon lequel tous sont égaux en ce qui concerne la dignité, les droits et les obligations, sans égard à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance, au lieu d'origine, à l'état matrimonial, à la source de revenu ou à la situation familiale;
- b) promouvoir la sensibilisation au patrimoine multiculturel de la société albertaine, sa valorisation et son respect;
- c) promouvoir un milieu où tous les Albertains peuvent participer et contribuer à la vie culturelle, sociale, économique et politique de l'Alberta;
- d) inciter tous les secteurs de la société albertaine à offrir l'égalité des chances;
- e) faire de la recherche, ainsi que concevoir et mettre en œuvre des programmes d'éducation en vue de la suppression des pratiques discriminatoires fondées sur la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'âge, l'ascendance, le lieu d'origine, l'état matrimonial, la source de revenu ou la situation familiale;

(f) to promote an understanding of, acceptance of and compliance with this Act,

(g) to encourage and co-ordinate both public and private human rights programs and activities, and

(h) to advise the Minister on matters related to this Act.

f) promouvoir la compréhension, l'acceptation et le respect de la présente loi;

g) encourager et coordonner la mise en œuvre de programmes et d'activités publics et privés en matière de droits de la personne;

h) conseiller le ministre sur les questions se rapportant à la présente loi.

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.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

Constitution Act, 1982

52.(1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

III. Decisions Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1994), 152 A.R. 1

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.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Loi constitutionnelle de 1982

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

III. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (1994), 152 A.R. 1

The appellants applied to Russell J., as she then was, for an order (1) declaring that ss. 2(1), 3, 4 and 7(1) of the *IRPA* are inconsistent with s. 15(1) of the *Charter* and infringe the appellants' rights, as a result of the absence of sexual orientation from the list of proscribed grounds of discrimination; (2) that Vriend has the right to file a complaint under the *IRPA* alleging discrimination on the grounds of sexual orientation; and (3) that lesbians and gays have the right to the protections of the *IRPA*.

At the outset she found that the appellants had standing to challenge s. 10 as well as the other sections.

Russell J. was satisfied that the discrimination homosexuals suffer "is so notorious that [she could] take judicial notice of it without evidence" (p. 6). She went on to consider whether homosexuals are a discrete and insular minority entitled to protection under s. 15(1) of the *Charter*, and concluded that sexual orientation is properly considered an analogous ground under s. 15(1). This issue has since been resolved by the decision in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, which held that sexual orientation is an analogous ground.

Next, Russell J. considered whether the omission of sexual orientation under the *IRPA* constitutes discrimination under s. 15 of the *Charter*. She noted that it has been established that a discriminatory distinction in a law can arise from either a commission or an omission. The Ontario Court of Appeal in *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495, found that, considering the larger social, political and legal context, the omission of sexual orientation in the *Canadian Human Rights Act* constituted discrimination offending s. 15(1) of the *Charter*. Russell J. agreed with this conclusion. She took note of the *obiter* comments of L'Heureux-Dubé J. in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 436, that the provinces could prohibit discrimination on some

Les appelants ont demandé au juge Russell, maintenant juge à la Cour d'appel, de rendre un jugement déclaratoire portant 1) que les art. 3 et 4 ainsi que les par. 2(1) et 7(1) de l'*IRPA* sont incompatibles avec le par. 15(1) de la *Charte* et violent leurs droits en raison de l'omission de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, 2) que M. Vriend a le droit de formuler, en application de l'*IRPA*, une plainte pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et 3) que les homosexuels ont droit à la protection de l'*IRPA*.

Tout d'abord, le juge Russell a conclu que les appelants avaient qualité pour contester la validité de l'art. 10 de même que celle des autres dispositions.

Elle s'est dite convaincue que la discrimination exercée contre les homosexuels [TRADUCTION] «est si notoire qu'il y aurait lieu, pour le tribunal, d'en prendre connaissance d'office, à l'exclusion de tout élément de preuve» (p. 6). Elle a examiné ensuite la question de savoir si les homosexuels constituaient une minorité distincte et isolée ayant droit à la protection prévue au par. 15(1) de la *Charte* et elle a conclu que l'orientation sexuelle est à juste titre considérée comme un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1). Cette question a été depuis lors tranchée dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, où notre Cour a statué que l'orientation sexuelle constitue un motif analogue.

Le juge Russell s'est ensuite demandé si l'omission dans l'*IRPA* de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite constituait une discrimination en application de l'art. 15 de la *Charte*. Elle a rappelé qu'une distinction discriminatoire établie par la loi pouvait résulter soit d'une action, soit d'une omission. Dans l'arrêt *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495, la Cour d'appel de l'Ontario, tenant compte du contexte social, politique et juridique plus général, a conclu que l'omission de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* constituait une discrimination contraire au par. 15(1) de la *Charte*. Le juge Russell a souscrit à cette conclusion. Elle a pris note des remarques incidentes du juge L'Heureux-Dubé

11

12

13

14

grounds but not others without violating the *Charter*. However, in her opinion sexual orientation was related to sex or gender as a prohibited ground and “[w]hile there is no obligation on the Province to legislate to prohibit sexual discrimination, when it does so it must provide even-handed protection in a nondiscriminatory manner, or justify the exclusion” (p. 13).

dans l’arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 436, selon lesquelles les provinces pouvaient interdire la discrimination fondée sur certains motifs et non sur d’autres, sans violer pour autant la *Charte*. Toutefois, selon elle, l’orientation sexuelle est liée au sexe comme motif de distinction illicite et, [TRADUCTION] «[b]ien qu’elle n’ait pas l’obligation de légiférer pour interdire la discrimination sexuelle, lorsqu’elle le fait, la province doit garantir une protection égale de manière non discriminatoire, ou justifier l’exclusion» (p. 13).

- 15 Russell J. noted also that discrimination does not depend on a finding of invidious intent, and concluded (at pp. 13-14):

Regardless of whether there was any intent to discriminate, the effect of the decision to deny homosexuals recognition under the legislation is to reinforce negative stereotyping and prejudice thereby perpetuating and implicitly condoning its occurrence. The facts in this case demonstrate that the legislation had a differential impact on the applicant Vriend. When his employment was terminated because of his personal characteristics he was denied a legal remedy available to other similarly disadvantaged groups. That constitutes discrimination contrary to s. 15(1) of the *Charter*.

Le juge Russell a fait remarquer par ailleurs qu’il n’était pas nécessaire de conclure à l’existence d’une intention d’exercer une discrimination odieuse pour qu’il y ait discrimination et elle a ajouté (aux pp. 13 et 14):

[TRADUCTION] Peu importe qu’il y ait eu ou non intention d’exercer une discrimination, la décision du législateur de ne pas reconnaître les homosexuels dans la Loi a pour effet de renforcer les stéréotypes et préjugés négatifs et, par conséquent, de les perpétuer et de les tolérer tacitement. Il ressort des faits de cette affaire que la loi a eu un effet particulier sur l’appelant, M. Vriend. Lorsqu’il a été congédié sur la base de ses caractéristiques personnelles, il s’est vu privé du recours légal conféré aux membres d’autres groupes qui sont défavorisés de façon similaire. Il s’agit d’une discrimination portant atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

- 16 Turning to the s. 1 justification test, Russell J. held that since the Crown had failed to present any rationale to show that the violation was justified, it had failed to meet the requirements of s. 1. Even if the Crown were not required to show justification, she would have concluded that the violation was not justifiable. She found that the limitation was inconsistent with the objective and principles embodied in the preamble to the *IRPA*, and therefore, there was no legislative objective of pressing and substantial concern justifying the limitation. Russell J. further held that the denial of remedies provided by the *IRPA* was not rationally connected to the objective of protecting individual rights, and that, since the omission was complete, it did not represent minimal impairment.

En ce qui concerne la justification sous le régime de l’article premier, le juge Russell a conclu que le ministère public n’avait pas satisfait aux exigences de cette disposition, n’ayant présenté aucun élément susceptible de justifier la violation. Même si le ministère public n’avait pas été tenu d’établir la justification, elle aurait conclu que la violation n’était pas justifiable. Elle est arrivée à la conclusion que la limitation était incompatible avec l’objectif et les principes énoncés dans le préambule de l’*IRPA*, de sorte qu’aucun objectif législatif se rapportant à une préoccupation urgente et réelle ne la justifiait. Elle a conclu en outre que la négation des recours prévus par l’*IRPA* n’avait aucun lien rationnel avec l’objectif de protéger les droits individuels et que, l’omission étant totale, il ne s’agissait pas d’une atteinte minimale.

Russell J. reviewed the possible remedies under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* that were set out in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, and concluded that the only options in this case were striking down the legislation, with or without a suspension of the declaration of invalidity, or reading in. She decided that in this case, as in *Haig*, reading in was the most appropriate remedy. The omission was precisely defined and could be readily filled by reading in. As well, reading in was preferable because it left the objective of the legislation intact, was less intrusive than striking down, and would not have so great a budgetary impact as to substantially change the legislative scheme. Russell J. therefore ordered that the relevant sections of the Act be “interpreted, applied and administered as though they contained the words ‘sexual orientation’” (p. 19).

B. *Alberta Court of Appeal* (1996), 181 A.R. 16

1. McClung J.A.

McClung J.A. held that the first question to be resolved was whether the *IRPA* is “answerable, as it stands” to the *Charter* (at p. 22). He was of the opinion that the omission of “sexual orientation” from the discrimination provisions of the *IRPA* does not amount to governmental action for the purpose of s. 32(1) of the *Charter*. In his view the provisions of the *Charter* could not force the legislature to enact a provision dealing with a “divisive” issue if it has chosen not to do so. He concluded that the province had not exercised its authority with respect to a matter so as to come within s. 32(1)(b) of the *Charter*.

McClung J.A. criticized the reasons of Russell J. as proceeding from the proposition that human rights legislation must perfectly “mirror” the *Charter*. He noted the existence of some variation among provinces with respect to the prohibited grounds of discrimination included in rights legislation, and stated that provinces must have latitude

Le juge Russell a examiné les mesures correctives possibles en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui ont été énoncées dans l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, et elle a conclu que les seules solutions qui s’offraient en l’espèce étaient soit l’annulation des dispositions de la Loi, avec ou sans suspension de la déclaration d’invalidité, soit l’interprétation large. Elle a statué que, tout comme dans l’affaire *Haig*, l’interprétation large était la réparation la plus appropriée en l’espèce. L’omission était définie de manière précise et pouvait facilement être corrigée au moyen de l’interprétation large. Au surplus, cette dernière solution était préférable parce qu’elle préservait l’objectif de la Loi, empiétait moins que l’invalidation et n’avait pas de répercussions financières aussi importantes qu’une modification substantielle du texte législatif. Le juge Russell a donc ordonné que les dispositions pertinentes de la Loi soient [TRADUCTION] «interprétées et appliquées comme si les mots “orientation sexuelle” y figuraient» (p. 19).

B. *Cour d’appel de l’Alberta* (1996), 181 A.R. 16

1. Le juge McClung

Le juge McClung a conclu que la première question à trancher était de savoir si l’*IRPA* [TRADUCTION] «dans sa version actuelle, était visée» par la *Charte* (à la p. 22). Il s’est dit d’avis que l’omission de l’«orientation sexuelle» comme motif de distinction illicite n’équivalait pas à une action gouvernementale pour l’application du par. 32(1) de la *Charte*. Selon lui, les dispositions de la *Charte* ne pouvaient obliger la législature à adopter une disposition portant sur une question «controversée» lorsqu’elle avait décidé de ne pas le faire. Il a conclu que la province n’avait pas exercé son pouvoir dans un domaine de façon à être assujettie à l’al. 32(1)(b) de la *Charte*.

Le juge McClung a critiqué les motifs du juge Russell parce qu’ils s’appuient sur la proposition voulant que les dispositions des lois sur les droits de la personne doivent «refléter» exactement celles de la *Charte*. Il a signalé l’existence de certaines différences entre les provinces pour ce qui concerne les motifs de distinction illicites prévus dans

17

18

19

in implementing their powers under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. To require all legislation to be consistent with the *Charter* would be a “debacle for the autonomy of provincial law-making” (p. 24).

les lois sur les droits de la personne, et il a dit que les provinces devaient avoir une marge de manœuvre dans l’exercice des pouvoirs que leur confère l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Exiger que toute loi soit compatible avec la *Charte* [TRADUCTION] «sonnerait le glas de l’autonomie législative provinciale» (p. 24).

20 Even if the omission by the legislature is subject to *Charter* scrutiny under s. 32(1), McClung J.A. found no violation of s. 15(1). In his opinion the *IRPA* neither drew any distinction between homosexuals and heterosexuals nor resulted in the imposition of burdens, limitations or disadvantages or the denial of benefits or opportunities with respect to homosexuals. He found that any inequality that may exist between homosexuals and heterosexuals exists independently of the *IRPA*; the statute is neutral and “neither confers nor denies benefits to, or withdraws protection from, any Canadian” (p. 29).

Même si l’omission du législateur pouvait faire l’objet d’un examen fondé sur la *Charte* en application du par. 32(1), le juge McClung a conclu qu’il n’y avait pas violation du par. 15(1). Selon lui, l’*IRPA* n’établissait pas de distinction entre les homosexuels et les hétérosexuels non plus qu’elle ne créait de fardeaux, de limitations ou d’inconvénients pour les homosexuels ni ne les privait d’avantages ou de possibilités. Il a conclu que toute inégalité pouvant exister entre homosexuels et hétérosexuels existait indépendamment de l’*IRPA* car cette dernière était neutre, et [TRADUCTION] «n’accordait ni ne refusait d’avantage à personne et ne privait aucun Canadien de sa protection» (p. 29).

21 Although he found no violation of the *Charter*, McClung J.A. considered what the appropriate remedy would have been had there been a violation of the *Charter*. He disagreed with Russell J.’s decision to use the remedy of “reading in” and stated that the preferable response was to declare the Act unconstitutional and invalid, with a stay of the declaration to “permit legislative, not judicial, repair” (p. 29). McClung J.A. suggested that “reading up” constitutes an intrusion of the judiciary into the legislative domain which should be avoided whenever possible. Therefore, he would have, if necessary, declared the Act *ultra vires*, suspending this judgment for a period of one year to allow the legislature to address the defects in the *IRPA*. However, based on his reasons set out earlier he allowed the appeal.

Bien qu’il ait conclu à l’absence de violation de la *Charte*, le juge McClung s’est demandé quelle aurait été la réparation appropriée s’il y avait eu non-respect de la *Charte*. Il s’est dit en désaccord avec la décision du juge Russell de recourir à l’interprétation large et il a estimé qu’il était préférable de déclarer la Loi inconstitutionnelle et invalide, puis de suspendre la déclaration afin de [TRADUCTION] «permettre au législateur, plutôt qu’aux tribunaux, de corriger la situation» (p. 29). Le juge McClung a laissé entendre que l’interprétation large constituait un empiétement du pouvoir judiciaire sur le domaine législatif qui devait être évité dans la mesure du possible. Par conséquent, il aurait plutôt déclaré la Loi *ultra vires* et aurait suspendu ce jugement pour une période d’un an afin de permettre à la législature de remédier aux lacunes de l’*IRPA*. Cependant, pour les motifs indiqués précédemment, il a accueilli l’appel.

2. O’Leary J.A.

2. Le juge O’Leary

22 O’Leary J.A. agreed with McClung J.A. that the appeal should be allowed but for different reasons. He assumed that the *Charter* applied to the *IRPA*

À l’instar du juge McClung, le juge O’Leary a conclu que l’appel devait être accueilli, mais pour des motifs différents. Il a tenu pour acquis que la

and rested his conclusion on a finding that the *IRPA* does not create a distinction based on sexual orientation. In his opinion, therefore, there was no violation of s. 15(1).

O’Leary J.A. looked at the “initial hurdle” of the s. 15(1) analysis, which is to show that “there are one or more provisions in the legislation which create, expressly or by ‘adverse effect’, a distinction between individuals which is contrary to s. 15(1)” (p. 40). This state of affairs is to be distinguished from one in which the social circumstances exist independently of the provision. According to O’Leary J.A. the *IRPA*’s silence with respect to sexual orientation means that the Act makes no distinction between individuals on the basis of sexual orientation.

He found that the *IRPA* only distinguishes between “the specified prohibited grounds of discrimination and the various potential grounds (including sexual orientation) which could be included but are not” (p. 42) and that this cannot be called a distinction on the basis of sexual orientation. As a result, O’Leary J.A. would allow the appeal and set aside the declaration made by the trial judge, on the basis that the *IRPA* does not create a distinction that offends s. 15(1).

3. Hunt J.A. (dissenting)

Hunt J.A. partially agreed with the decision of Russell J., finding that ss. 7(1), 8(1) and 10 of the *IRPA* violate s. 15(1) and are not saved by s. 1, but she found that reading in was not the appropriate remedy. With respect to the s. 15 violation, she reached the same conclusion as Russell J. but on slightly different reasoning, in part due to the decisions in *Egan, supra*, *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, and *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627, which had by then been released.

Charte s’appliquait à l’*IRPA* et il a fondé sa décision sur le fait que, selon lui, la Loi n’établissait pas une distinction fondée sur l’orientation sexuelle. À son avis, il n’y avait donc aucune violation du par. 15(1).

Le juge O’Leary s’est penché sur l’«obstacle initial» de l’analyse fondée sur le par. 15(1) qui consiste à établir qu’ [TRADUCTION] «une ou plusieurs dispositions de la loi créent entre des personnes, expressément ou en raison d’un “effet préjudiciable”, une distinction qui est contraire au par. 15(1)» (p. 40). Il y a lieu de ne pas confondre avec une situation sociale dont l’existence n’a rien à voir avec l’adoption d’une disposition. Selon le juge O’Leary, en raison du silence de la l’*IRPA* au sujet de l’orientation sexuelle, aucune distinction n’était établie entre des personnes sur le fondement de l’orientation sexuelle.

Il a conclu que l’*IRPA* ne créait une distinction qu’entre [TRADUCTION] «les motifs de distinction illicites qu’elle prévoyait et les divers motifs qui auraient pu être interdits, mais ne l’étaient pas (dont l’orientation sexuelle)» (p. 42), et qu’il ne pouvait donc s’agir d’une distinction fondée sur l’orientation sexuelle. Par conséquent, le juge O’Leary était d’avis d’accueillir l’appel et d’annuler le jugement déclaratoire rendu par le juge de première instance, pour le motif que l’*IRPA* n’établissait aucune distinction contraire au par. 15(1).

3. Le juge Hunt (dissidente)

Le juge Hunt était en partie d’accord avec la décision du juge Russell, et elle a conclu que les par. 7(1) et 8(1) ainsi que l’art. 10 de l’*IRPA* violaient le par. 15(1) et n’étaient pas sauvegardés par l’article premier. Elle a estimé toutefois que l’interprétation large ne constituait pas la réparation appropriée. En ce qui concerne la violation de l’art. 15, elle est arrivée à la même conclusion que le juge Russell, mais à l’issue d’un raisonnement légèrement différent, en partie en raison des arrêts *Egan*, précité, *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, et *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, qui avaient alors été rendus.

23

24

25

26 At the outset, Hunt J.A. dismissed the argument that s. 15(1) was not applicable in this case because it concerned private activity. It is an Act of the legislature which is being attacked in this case, not private activity, and provincial legislation is clearly subject to the *Charter*.

27 Hunt J.A. disagreed with Russell J.'s characterization of discrimination on the basis of sexual orientation as being "directly associated" with discrimination on the basis of gender and her analogy between this case and the cases of *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xii, and *McKinney*, *supra*, where protection was offered from discrimination on the basis of gender and age but only in a limited way.

28 She went on to examine the context and purpose of the law as well as its impact upon those to whom it applies and those whom it excludes. She found that the *IRPA* is a law that is dedicated to achieving equal treatment for all citizens of Alberta. The context is one of existing discrimination against a group which has suffered from historical disadvantage. Hunt J.A. concluded (at p. 58) that "[g]iven these considerations and the context here, it is my opinion that the failure to extend protection to homosexuals under the *IRPA* can be seen as a form of government action that is tantamount to approving ongoing discrimination against homosexuals. Thus, in this case, legislative silence results in the drawing of a distinction".

29 Therefore, Hunt J.A. would have concluded that there was a distinction drawn sufficient to find a potential violation of s. 15(1). In her opinion it was then "easy to conclude" (p. 59) that this distinction resulted in homosexuals as a group being denied equal benefit and protection of the law, since they are denied access to the *IRPA*'s protection and enforcement process.

D'entrée de jeu, le juge Hunt a écarté l'argument voulant que le par. 15(1) ne s'applique pas en l'espèce parce qu'il était question d'une activité privée. C'était une loi de la législature et non une activité privée qui était contestée dans la présente affaire et la législation provinciale était clairement assujettie à la *Charte*.

Le juge Hunt n'est pas d'accord avec le juge Russell pour dire que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est «directement liée» à la discrimination fondée sur le sexe et qu'une analogie devait être faite entre la présente espèce et les arrêts *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xii, et *McKinney*, précité, où une protection était offerte contre la discrimination fondée sur le sexe et l'âge, mais seulement de façon limitée.

Elle a examiné ensuite le contexte et l'objet de l'*IRPA*, de même que son incidence sur les personnes auxquelles elle s'applique et sur celles qui sont exclues de son champ d'application. Elle a conclu que la Loi visait à assurer à tous les citoyens de l'Alberta un traitement égal et que le contexte était celui de l'existence d'une discrimination contre un groupe qui avait de tout temps été défavorisé. Le juge Hunt est arrivée à la conclusion suivante (à la p. 58): [TRADUCTION] «compte tenu de ces éléments et du contexte en l'espèce, je suis d'avis que le fait de ne pas accorder la protection de l'*IRPA* aux homosexuels peut être considéré comme une forme d'action gouvernementale qui équivaut à approuver qu'une discrimination continue d'être exercée contre les homosexuels. Ainsi, en l'espèce, le silence de la loi établit une distinction».

Le juge Hunt aurait donc statué que la distinction établie était suffisante pour conclure à la violation potentielle du par. 15(1). Selon elle, il était dès lors [TRADUCTION] «facile de conclure» (p. 59) que cette distinction niait aux homosexuels, en tant que groupe, le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, étant donné qu'ils ne pouvaient pas invoquer la protection de l'*IRPA* ni recourir au mécanisme prévu pour la faire respecter.

The next question was whether this distinction results in discrimination. Hunt J.A. found that according to any of the approaches set out in *Egan*, discrimination could be found in this case. The denial of the equal protection and benefit of the law here is purely on the basis of sexual orientation, not merit or need, and reinforces the stereotype that homosexuals are less deserving of protection and therefore less worthy of value as human beings. Even taking into account the relevance of the distinction to the goals of the legislation, it is “impossible to see how a statute based upon notions of the inherent dignity of all can have as a relevant legislative goal the unequal treatment of some members of society” on the grounds of their membership in a group (at p. 60). This is a case in which the functional values underlying the omission are themselves discriminatory.

Turning to s. 1 of the *Charter*, Hunt J.A. noted that the Crown had not presented any evidence concerning justification under s. 1. Hunt J.A. found the material in the Crown’s factum inadequate to conduct a s. 1 analysis and thought that the paucity of the Crown’s case on this matter would, of itself, support the conclusion of the trial judge that s. 1 justification had not been established. In any case, the omission could not satisfy the *Oakes* test for justification.

Although she found an unjustifiable violation of s. 15(1), Hunt J.A. disagreed with the trial judge’s choice of remedy. Hunt J.A. was of the opinion that the remedy should be limited to the situation presented in this case and the provisions most closely related to it, i.e. discrimination in employment (s. 7), employment notices (s. 8) and union membership (s. 10), respectively.

La question qui se posait ensuite était de savoir si cette distinction engendrait une discrimination. Selon le juge Hunt, l’application de l’une ou l’autre des méthodes énoncées dans l’arrêt *Egan* permettait de conclure à l’existence d’une discrimination en l’espèce. La négation du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi était, dans la présente affaire, purement fondée sur l’orientation sexuelle, et non sur les mérites ou les besoins, et elle renforçait le stéréotype voulant que les homosexuels méritent moins d’être protégés et soient moins dignes d’être valorisés en tant qu’êtres humains. Même en analysant la pertinence de la distinction en fonction des objectifs de la loi, il est [TRADUCTION] «impossible de voir comment une loi fondée sur la notion de la dignité inhérente de chacun peut avoir, comme objectif législatif pertinent, le traitement inégal de certains membres de la société» en raison de leur appartenance à un groupe (à la p. 60). Il s’agit en l’espèce d’un cas où les valeurs fonctionnelles qui sous-tendent l’omission sont elles-mêmes discriminatoires.

Relativement à l’article premier de la *Charte*, le juge Hunt a fait observer que le ministère public n’avait présenté aucune preuve pour justifier l’omission conformément à cette disposition. Elle a conclu que les éléments compris dans le mémoire du ministère public ne permettaient pas de procéder à une analyse fondée sur l’article premier et elle a estimé que le caractère ténu de la preuve du ministère public à cet égard appuyait en soi la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n’a pas été établi que les dispositions incriminées sont justifiées conformément à l’article premier. De toute façon, l’omission ne pouvait satisfaire au critère énoncé dans l’arrêt *Oakes* en matière de justification.

Bien qu’elle ait estimé injustifiable la violation du par. 15(1), le juge Hunt n’était pas d’accord avec la réparation accordée par le juge de première instance. Elle privilégiait plutôt une réparation ne s’appliquant qu’à la situation considérée en l’espèce et aux dispositions les plus directement visées, soit la discrimination liée à l’emploi (art. 7), les avis en matière d’emploi (art. 8) et l’activité syndicale (art. 10), respectivement.

30

31

32

33 While there were some arguments here in favour of reading in, Hunt J.A. was concerned whether reading in could be accomplished with sufficient precision, and about the possible impact of reading in on s. 7(2) of the *IRPA*, which concerns retirement, pension and insurance plans.

34 Hunt J.A. therefore concluded that the preferable remedy was to declare invalid ss. 7(1), 8(1) and 10 of the *IRPA* to the extent of their inconsistency with the *Charter*. Since an immediate declaration of invalidity would remove protection from everyone, contrary to the *Charter's* objectives, she would have suspended the declaration of invalidity for a period of one year to allow the Legislature time to bring the *IRPA* into line with the *Charter*.

C. Alberta Court of Appeal Supplementary Reasons Regarding Costs (1996), 184 A.R. 351

35 O'Leary J.A. (McClung J.A. concurring) held that the circumstances in this case did not justify deviating from the customary rule of awarding costs to the successful party. O'Leary J.A. acknowledged that the court had discretion in awarding costs and that the public interest character of litigation could be used as an argument for depriving the successful litigant of costs. He noted, however, that such arguments had been rejected in some cases.

36 He therefore awarded the costs of the appeal on a party-and-party basis to the Crown, to include all reasonable disbursements except travelling and accommodation expenses, and including a fee in respect of its written submission on the issue of costs and a second counsel fee.

37 Hunt J.A. dissented. She noted that the decision of the Court of Appeal had involved a 2-1 split with three separate reasons for judgment, and that an important and novel point of law was at issue. She also noted several cases in which the courts

Malgré l'existence de certains éléments militant en faveur du recours à l'interprétation large, le juge Hunt s'est demandé si cette technique permettait une précision suffisante et quelle serait l'incidence possible de l'interprétation large sur le par. 7(2) de l'*IRPA*, qui porte sur les régimes de retraite, de pension et d'assurance.

Le juge Hunt est donc arrivée à la conclusion qu'il était préférable de déclarer invalides les par. 7(1) et 8(1) ainsi que l'art. 10 de l'*IRPA* dans la mesure où ils sont incompatibles avec la *Charte*. Comme une déclaration d'invalidité d'application immédiate priverait tous les citoyens de protection, contrairement aux objectifs de la *Charte*, elle aurait suspendu l'application de la déclaration d'invalidité pour une période d'un an afin de permettre à la législature d'harmoniser la Loi avec la *Charte*.

C. Motifs supplémentaires de la Cour d'appel de l'Alberta concernant les dépens (1996), 184 A.R. 351

Le juge O'Leary (avec l'appui du juge McClung) a statué que les circonstances de l'espèce ne justifiaient pas une entorse à la règle habituelle consistant à adjuger les dépens à la partie qui a gain de cause. Il a reconnu que la Cour d'appel avait un pouvoir discrétionnaire en la matière et que le caractère d'intérêt public de l'affaire pouvait être invoqué pour ne pas accorder les dépens à la partie qui a gain de cause. Il a fait cependant remarquer que cette avenue avait été écartée dans certaines affaires.

Il a donc adjugé au ministère public les dépens de l'appel sur la base des frais entre parties, ce qui inclut tous les débours raisonnables, sauf les frais de déplacement et d'hébergement, ainsi que les honoraires pour la présentation d'observations écrites sur la question des dépens et celle des honoraires d'un deuxième avocat.

Le juge Hunt, dissidente, a fait observer que la décision de la Cour d'appel était partagée à deux contre un, que les trois juges avaient rédigé des motifs distincts et qu'une question de droit à la fois importante et nouvelle était en cause. Elle a égale-

have made no costs award, including *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, and *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236.

Hunt J.A. agreed that governments should not be assumed to have limitless resources, and that relative resources of the parties is not the critical factor. She also noted, however, that there is no program in Alberta to subsidize the pursuit of important *Charter* litigation, as there is at the federal level. This case was not only novel but was also one that could “truly be described as a test case”, where the impact of the rule on the parties is of secondary importance to the settlement of the rule itself (at p. 358). Hunt J.A. was of the opinion that there was a “heavy public interest component” to the legal question (at p. 358).

As a result of all of these factors, Hunt J.A. concluded that she would have awarded costs against the respondents (appellants in the Court of Appeal), notwithstanding their success on the appeal. However since the appellants (respondents in the Court of Appeal) in this case merely sought a no costs order that is the order she would have made.

IV. Issues

The constitutional questions which have been stated by this Court are:

1. Do (a) decisions not to include sexual orientation or (b) the non-inclusion of sexual orientation, as a prohibited ground of discrimination in the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, as am., now called the *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 1980, c. H-11.7,

ment relevé plusieurs affaires où aucuns dépens n'ont été adjugés, dont *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, et *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

Le juge Hunt a convenu que les ressources de l'État ne devaient pas être tenues pour illimitées et que les ressources relatives des parties ne constituaient pas le facteur déterminant. Elle a fait aussi valoir que, contrairement au niveau fédéral, l'Alberta n'était pas dotée d'un programme d'appui financier aux personnes qui saisissent les tribunaux de questions importantes liées à l'application de la *Charte*. Il s'agissait en l'espèce non seulement d'une affaire sans précédent, mais également d'une affaire qui pouvait [TRADUCTION] «véritablement être qualifiée de cause type», c'est-à-dire que l'établissement de la règle elle-même avait plus d'importance que son incidence sur les parties (à la p. 358). Selon le juge Hunt, la question juridique soulevée comportait un [TRADUCTION] «important volet d'intérêt public» (à la p. 358).

Étant donné tous ces facteurs, le juge Hunt a conclu qu'il conviendrait de condamner les intimés (les appelants en cour d'appel) aux dépens, même s'ils avaient eu gain de cause en appel. Cependant, les appelants (intimés en cour d'appel) en l'espèce n'ayant demandé qu'une ordonnance sans frais, telle est l'ordonnance qu'elle aurait rendue.

IV. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles énoncées par notre Cour sont les suivantes:

1. Est-ce que a) soit la décision de ne pas inclure l'orientation sexuelle, b) soit la non-inclusion de l'orientation sexuelle, en tant que motif de discrimination illicite dans le préambule et dans les art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 et 16(1) de l'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, et ses modifications, intitulée maintenant *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 1980, ch. H-11.7, a pour effet de nier les droits garantis par

38

39

40

infringe or deny the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to Question 1 is “yes”, is the infringement or denial demonstrably justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

41 The parties have also raised issues with respect to standing, the application of the *Charter* and the appropriate remedy.

V. Analysis

A. *Standing*

42 The appellants seek to challenge the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA*. The respondents on this appeal submitted that the appellants should have standing to challenge only the sections of the *IRPA* relating to employment, namely ss. 7(1), 8(1) and 10, since the factual background of the case involves discrimination in employment. The Attorney General of Canada goes even further by arguing that the only provision at issue in this case is s. 7(1), which specifically addresses discrimination in employment practices.

43 The originating notice of motion filed by the appellants in the Court of Queen’s Bench referred to ss. 2(1), 3, 4 and 7(1) of the *IRPA*. At trial, they were allowed to amend their application to include s. 10, which had been omitted as the result of an oversight. In making this decision, Russell J. applied the test for public interest standing from *Canadian Council of Churches, supra*, and concluded that the appellants had standing to challenge s. 10 as well. The way in which she articulated this conclusion implies that the appellants also had standing to challenge the other sections of the Act referred to in the originating notice. There is no reason to disagree with this assessment.

le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou d’y porter atteinte?

2. Si la réponse à la question 1 est «oui», est-ce que la négation ou l’atteinte peut être justifiée en tant que limite raisonnable au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Les parties ont également soulevé certaines questions relativement à la qualité pour agir, à l’application de la *Charte* et à la réparation appropriée.

V. L’analyse

A. *La qualité pour agir*

Les appelants contestent la validité du préambule ainsi que celle des art. 3, 4 et 10 ainsi que des par. 2(1), 7(1), 8(1) et 16(1) de l’*IRPA*. Les intimés dans le cadre du présent pourvoi font valoir que les appelants ne devraient avoir qualité pour agir qu’à l’égard des dispositions de l’*IRPA* qui se rapportent à l’emploi, savoir les par. 7(1) et 8(1) ainsi que l’art. 10, étant donné que les faits de l’affaire concernent la discrimination dans l’emploi. Le procureur général du Canada va même plus loin en soutenant que la seule disposition pertinente en l’espèce est le par. 7(1), qui vise expressément la discrimination dans les pratiques en matière d’emploi.

L’avis de requête introductive d’instance produit par les appelants au greffe de la Cour du Banc de la Reine renvoie aux art. 3 et 4 ainsi qu’aux par. 2(1) et 7(1) de l’*IRPA*. Pendant l’instruction, les appelants ont été autorisés à modifier leur demande afin d’y ajouter l’art. 10 qui avait été omis par inadvertance. Pour rendre cette décision, le juge Russell a appliqué le critère établi dans l’arrêt *Conseil canadien des Églises*, précité, pour déterminer s’il y avait lieu de reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public, et elle a conclu que les appelants avaient aussi qualité pour contester l’art. 10. La formulation de cette conclusion donne à penser que les appelants avaient également qualité pour contester les autres dispositions de la Loi mentionnées dans l’avis de requête introductive d’instance. Aucun motif ne justifie une remise en question de cette évaluation.

In *Canadian Council of Churches* (at p. 253), it was stated that three aspects should be considered:

First, is there a serious issue raised as to the invalidity of legislation in question? Second, has it been established that the plaintiff is directly affected by the legislation or if not does the plaintiff have a genuine interest in its validity? Third, is there another reasonable and effective way to bring the issue before the court?

It is my opinion that these criteria are met with respect to all of the provisions named by the appellants (the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1)).

A serious issue as to constitutional validity is raised with respect to all of these provisions. The issue is substantially the same for all of the provisions from which sexual orientation is excluded as a prohibited ground of discrimination. There is nothing in particular about s. 7(1) or ss. 7(1), 8(1) and 10 that makes their validity any more questionable than the other provisions dealing with discrimination. The respondents argue that there is no serious issue as to the constitutional validity of the preamble and s. 16 (which sets out the functions of the Human Rights Commission), because those provisions do not confer any specific benefit or protection. Although neither of these two provisions directly confers a benefit or protection, arguably they do so indirectly. An omission from those provisions could well have at least some of the same effects as the omission of these rights from the other sections and therefore raises a serious issue of constitutional validity.

Further Vriend and the other appellants have a genuine and valid interest in all of the provisions they seek to challenge. Both Vriend as an individual and the appellant organizations have a direct interest in the exclusion of sexual orientation from all forms of discrimination. What is at issue here is the exclusion of sexual orientation as a protected ground from the *IRPA* and its procedures for the protection of human rights. This is not a case about employment discrimination as distinct from any other form of discrimination that occurs within the

Dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises* (à la p. 253), notre Cour a dit que trois aspects devaient être considérés:

Premièrement, la question de l'invalidité de la loi en question se pose-t-elle sérieusement? Deuxièmement, a-t-on démontré que le demandeur est directement touché par la loi ou qu'il a un intérêt véritable quant à sa validité? Troisièmement, y a-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour?

Je suis d'avis que ces critères sont respectés pour chacune des dispositions énumérées par les appellants (le préambule, les art. 3, 4 et 10, ainsi que les par. 2(1), 7(1), 8(1) et 16(1)).

Une question sérieuse est soulevée quant à la validité constitutionnelle de chacune de ces dispositions. La question se pose substantiellement de la même façon pour toutes les dispositions où l'orientation sexuelle est exclue des motifs de distinction illicites. La validité constitutionnelle du par. 7(1) ou des par. 7(1) et 8(1), ainsi que de l'art. 10, n'est pas davantage contestable que celle des autres dispositions relatives à la discrimination. Les intimés prétendent qu'aucune question sérieuse n'est soulevée quant à la validité constitutionnelle du préambule et de l'art. 16 (qui énonce les attributions de la Human Rights Commission), car ceux-ci ne confèrent aucune protection ni aucun avantage précis. Certes, ces dispositions ne confèrent pas directement un avantage ou une protection, mais on peut soutenir qu'elles le font de façon indirecte. Une omission dans ces dispositions pourrait bien avoir à tout le moins certains des effets d'une omission dans les autres dispositions, de sorte qu'elle soulève une question sérieuse sur le plan de la validité constitutionnelle.

En outre, M. Vriend et les autres appelants ont un intérêt véritable et valable à l'égard de l'ensemble des dispositions qu'ils cherchent à contester. Monsieur Vriend, en tant que particulier, et les organisations appelantes ont un intérêt direct à l'égard de l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'ensemble des formes de discrimination. La question en litige en l'occurrence est l'exclusion de l'orientation sexuelle comme motif ouvrant droit à la protection de la Loi et aux recours que celle-ci prévoit pour la protection des droits de la per-

44

45

46

private sphere and is covered by provincial human rights legislation. Insofar as the particular situation and factual background of the appellant Vriend is relevant to establishing the issues on appeal, it is the denial of access to the complaint procedures of the Alberta Human Rights Commission that is the essential element of this case and not his dismissal from King's College. The particular issues relating to his loss of employment would be for the Human Rights Commission to resolve and do not form part of this appeal. It must also be remembered that Vriend is only one of four appellants. The other three are organizations which are generally concerned with the rights of gays and lesbians and their protection from discrimination in all areas of their lives. There is nothing to restrict their involvement in this appeal to matters of employment.

sonne. Il ne s'agit pas d'un cas de discrimination dans l'emploi par opposition aux autres formes de discrimination exercées dans le secteur privé et visées par les dispositions législatives provinciales sur les droits de la personne. Dans la mesure où la situation particulière de l'appelant M. Vriend et les faits de l'espèce sont pertinents pour établir quelles sont les questions soulevées par le pourvoi, c'est le non-accès à la procédure relative aux plaintes présentées à l'Alberta Human Rights Commission qui est l'élément essentiel de la présente affaire, et non le congédiement de l'appelant par le King's College. Il appartient à la Human Rights Commission d'examiner les questions relatives au congédiement, lesquelles sont étrangères au présent pourvoi. Il convient aussi de rappeler que M. Vriend n'est que l'un des quatre appelants. Les trois autres sont des organisations qui s'intéressent généralement aux droits des homosexuels et à leur protection contre la discrimination dans tous les domaines. Rien ne limite leur participation au présent pourvoi aux questions liées à l'emploi.

⁴⁷ With respect to the third criterion, the only other way the issue could be brought before the Court with respect to the other sections would be to wait until someone is discriminated against on the ground of sexual orientation in housing, goods and services, etc. and challenge the validity of the provision in each appropriate case. This would not only be wasteful of judicial resources, but also unfair in that it would impose burdens of delay, cost and personal vulnerability to discrimination for the individuals involved in those eventual cases. This cannot be a satisfactory result.

Pour ce qui concerne le troisième critère, la seule autre façon dont notre Cour pourrait être saisie de la question relativement aux autres dispositions serait d'attendre qu'une personne soit victime de discrimination fondée sur son orientation sexuelle en matière d'habitation, de consommation et de services, etc. et qu'elle conteste la validité de la disposition pertinente. Ce serait non seulement peu rentable sur le plan des ressources judiciaires, mais également injuste pour les personnes en cause, parce qu'elles auraient à surmonter les obstacles que sont les délais, les frais et la vulnérabilité personnelle face à la discrimination. Ce résultat ne saurait donner satisfaction.

⁴⁸ As well it is important to recall that all of the provisions are very similar and do not depend on any particular factual context in order to resolve their constitutional status. The fact that homosexuals have suffered discrimination in all aspects of their lives was accepted in *Egan, supra*. It follows that there is really no need to adduce additional evidence regarding the provisions concerned with discrimination in areas other than employment.

Aussi, il importe de rappeler que toutes les dispositions se ressemblent beaucoup et que leur constitutionnalité ne dépend pas d'un contexte factuel particulier. Le fait que les homosexuels ont été victimes de discrimination dans tous les aspects de leur vie est reconnu dans l'arrêt *Egan*, précité. Il n'est donc vraiment pas nécessaire de produire des éléments de preuve supplémentaires quant aux dispositions relatives à la discrimination dans les autres domaines que l'emploi.

Therefore, the appellants have standing to challenge the validity of all of the provisions named in the constitutional questions, namely the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA*.

B. *Application of the Charter*

1. Application of the Charter to a Legislative Omission

Does s. 32 of the *Charter* prohibit consideration of a s. 15 violation when that issue arises from a legislative omission?

The respondents (appellants on the cross-appeal) argue on their cross-appeal that because this case concerns a legislative omission, s. 15 of the *Charter* should not apply pursuant to s. 32. This submission cannot be accepted.

This issue is resolved simply by determining whether the subject of the challenge in this case is one to which the *Charter* applies pursuant to s. 32. Questions relating to the nature of the legislature's decision, its effect, and whether it is neutral, are relevant instead to the s. 15 analysis. The threshold test demands only that there is some "matter within the authority of the legislature" which is the proper subject of a *Charter* analysis. At this preliminary stage no judgment should be made as to the nature or validity of this "matter" or subject. Undue emphasis should not be placed on the threshold test since this could result in effectively and unnecessarily removing significant matters from a full *Charter* analysis.

Further confusion results when arguments concerning the respective roles of the legislature and the judiciary are introduced into the s. 32 analysis. These arguments put forward the position that courts must defer to a decision of the legislature not to enact a particular provision, and that the scope of *Charter* review should be restricted so that such decisions will be unchallenged. I cannot accept this position. Apart from the very problematic distinction it draws between legislative action

En conséquence, les appelants ont qualité pour contester la validité de toutes les dispositions mentionnées dans les questions constitutionnelles, soit le préambule, les art. 3, 4 et 10 ainsi que les par. 2(1), 7(1), 8(1) et 16(1) de l'*IRPA*.

B. *L'application de la Charte*

1. Application de la Charte à l'omission du législateur

L'article 32 de la *Charte* soustrait-il l'omission du législateur à l'application de l'art. 15?

Les intimés (les appelants dans le cadre du pourvoi incident) font valoir que, parce qu'il s'agit en l'espèce d'une omission du législateur, l'art. 15 de la *Charte* ne devrait pas s'appliquer en vertu de l'art. 32. Cette prétention ne saurait être acceptée.

Cette question est donc tranchée simplement en déterminant si l'objet de la contestation en l'espèce en est un auquel la *Charte* s'applique en vertu de l'art. 32. Les questions relatives à la nature de la décision prise par le législateur, à l'effet de cette décision et à son caractère neutre concernent plutôt l'analyse fondée sur l'art. 15. Le critère préliminaire exige seulement qu'il s'agisse d'un «domaine relevant de [la] législature» lequel est le véritable sujet de l'analyse fondée sur la *Charte*. À ce stade initial, aucune conclusion ne doit être tirée concernant la nature ou la validité de ce «domaine» ou de ce sujet. Il ne faut pas accorder une trop grande importance à l'application du critère préliminaire, car cela pourrait bien soustraire inutilement des domaines importants à une véritable analyse fondée sur la *Charte*.

Une confusion supplémentaire résulte des arguments avancés relativement aux rôles respectifs du législateur et des tribunaux dans le cadre de l'analyse afférente à l'art. 32. Selon ces arguments, les tribunaux doivent respecter la décision du législateur de ne pas adopter une disposition en particulier, et la portée de l'examen fondé sur la *Charte* devrait être limitée de façon qu'une telle décision ne puisse être contestée. Je ne peux accepter cette thèse. Outre la distinction très problématique faite

49

50

51

52

53

and inaction, this argument seeks to substantially alter the nature of considerations of legislative deference in *Charter* analysis. The deference very properly due to the choices made by the legislature will be taken into account in deciding whether a limit is justified under s. 1 and again in determining the appropriate remedy for a *Charter* breach. My colleague Iacobucci J. deals with these considerations at greater length more fully in his reasons.

entre l'action et l'inaction du législateur, cet argument vise à modifier substantiellement la nature des considérations relatives au respect dû au législateur dans le cadre d'une analyse fondée sur la *Charte*. La retenue exercée à juste titre à l'égard des choix du législateur sera prise en compte d'abord pour décider si une limite est justifiée conformément à l'article premier et à nouveau pour déterminer la réparation qu'il convient d'accorder pour remédier à une violation de la *Charte*. Mon collègue le juge Iacobucci approfondit ces questions dans ses motifs.

54 The notion of judicial deference to legislative choices should not, however, be used to completely immunize certain kinds of legislative decisions from *Charter* scrutiny. McClung J.A. in the Alberta Court of Appeal criticized the application of the *Charter* to a legislative omission as an encroachment by the courts on legislative autonomy. He objected to what he saw as judges dictating provincial legislation under the pretext of constitutional scrutiny. In his view, a choice by the legislature not to legislate with respect to a particular matter within its jurisdiction, especially a controversial one, should not be open to review by the judiciary: "When they choose silence provincial legislatures need not march to the *Charter* drum. In a constitutional sense they need not march at all. . . . The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was not adopted by the provinces to promote the federal extraction of subsidiary legislation from them but only to police it once it is proclaimed — if it is proclaimed" (pp. 25 and 28).

La notion de retenue judiciaire envers les choix du législateur ne devrait cependant pas servir à soustraire certains types de décisions d'ordre législatif à tout examen fondé sur la *Charte*. Le juge McClung de la Cour d'appel de l'Alberta a critiqué l'application de la *Charte* à l'omission du législateur, qu'il voit comme un empiètement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif. Il s'est dit opposé à ce que les juges dictent les lois provinciales sous prétexte d'examen constitutionnel. À son avis, la décision du législateur de ne pas légiférer dans un domaine qui relève de sa compétence, spécialement un domaine controversé, devrait échapper à tout examen judiciaire: [TRADUCTION] «La législature provinciale qui opte pour le silence n'a pas à suivre la ligne tracée par la *Charte*. Sur le plan constitutionnel, elle n'a pas à suivre du tout.[. . .] Les provinces n'ont pas souscrit à la *Charte canadienne des droits et libertés* pour autoriser le gouvernement fédéral à établir des lois en leur lieu et place, mais seulement pour assujettir celles-ci à certaines exigences une fois qu'elles sont promulguées — si toutefois elles le sont» (pp. 25 et 28).

55 There are several answers to this position. The first is that in this case, the constitutional challenge concerns the *IRPA*, legislation that has been proclaimed. The fact that it is the underinclusiveness of the Act which is at issue does not alter the fact that it is the legislative act which is the subject of *Charter* scrutiny in this case. Furthermore, the language of s. 32 does not limit the application of the *Charter* merely to positive actions encroaching on rights or the excessive exercise of authority, as

Plusieurs éléments peuvent être avancés pour réfuter cette proposition. Premièrement, la contestation constitutionnelle vise en l'espèce une loi dûment promulguée. Que la portée trop limitative de l'*IRPA* soit en cause ne change rien au fait qu'en l'occurrence, l'examen fondé sur la *Charte* porte sur l'acte législatif. En outre, le libellé de l'art. 32 n'a pas pour effet de limiter l'application de la *Charte* aux actions positives qui empiètent sur des droits ou à l'exercice abusif d'un pouvoir,

McClung J.A. seems to suggest. These issues will be dealt with shortly. Yet at this point it must be observed that McClung J.A.'s reasons also imply a more fundamental challenge to the role of the courts under the *Charter*, which must also be answered. This issue is addressed in the reasons of my colleague Iacobucci J. below, and that discussion need not be repeated here. However, at the present stage of the analysis it may be useful to clarify the role of the judiciary in responding to a legislative omission which is challenged under the *Charter*.

It is suggested that this appeal represents a contest between the power of the democratically elected legislatures to pass the laws they see fit, and the power of the courts to disallow those laws, or to dictate that certain matters be included in those laws. To put the issue in this way is misleading and erroneous. Quite simply, it is not the courts which limit the legislatures. Rather, it is the Constitution, which must be interpreted by the courts, that limits the legislatures. This is necessarily true of all constitutional democracies. Citizens must have the right to challenge laws which they consider to be beyond the powers of the legislatures. When such a challenge is properly made, the courts must, pursuant to their constitutional duty, rule on the challenge. It is said, however, that this case is different because the challenge centres on the legislature's failure to extend the protection of a law to a particular group of people. This position assumes that it is only a positive act rather than an omission which may be scrutinized under the *Charter*. In my view, for the reasons that will follow, there is no legal basis for drawing such a distinction. In this as in other cases, the courts have a duty to determine whether the challenge is justified. It is not a question, as McClung J.A. suggested, of the courts imposing their view of "ideal" legislation, but rather of determining whether the challenged legislative act or omission is constitutional or not.

comme le juge McClung semble le laisser entendre. Je reviendrai sur ces questions un peu plus loin. Je tiens à signaler à ce stade-ci que les motifs du juge McClung impliquent également une remise en question plus fondamentale du rôle des tribunaux sous le régime de la *Charte*, à laquelle il faut réagir. Mon collègue le juge Iacobucci se penche sur la question dans ses motifs, et il n'y a pas lieu de reprendre ici l'analyse qu'il en fait. Toutefois, il peut être utile, à ce moment-ci, de clarifier le rôle des tribunaux appelés à se prononcer sur une omission du législateur contestée sur le fondement de la *Charte*.

On prétend que le présent pourvoi constitue un affrontement entre le pouvoir des législatures démocratiquement élues d'adopter les lois qu'elles jugent appropriées et celui des tribunaux d'invalider ces lois ou de prescrire l'intégration de certains éléments à celles-ci. Il s'agit d'une façon trompeuse et erronée de présenter le litige. Ce ne sont tout simplement pas les tribunaux qui imposent des limites au législateur, mais bien la Constitution, que les tribunaux doivent interpréter. Il en est nécessairement ainsi dans toutes les démocraties constitutionnelles. Les citoyens doivent avoir le droit de contester les lois qui outrepassent à leur avis les pouvoirs d'une législature. Lorsqu'un tel recours est dûment exercé, les tribunaux sont constitutionnellement tenus de trancher. On prétend toutefois que la présente affaire se distingue parce que la contestation porte essentiellement sur le fait que le législateur n'a pas accordé la protection d'une loi à un groupe de personnes en particulier. Les tenants de cette théorie tiennent pour acquis que seule l'action positive, par opposition à l'omission, peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Pour les motifs exposés ci-après, j'estime qu'une telle distinction n'a aucun fondement juridique. Dans toute affaire, y compris en l'espèce, les tribunaux ont l'obligation de déterminer si la contestation est justifiée. Contrairement à ce qu'a laissé entendre le juge McClung, il ne s'agit pas pour les tribunaux d'imposer leur vision de la législation «idéale», mais bien de déterminer la constitutionnalité de l'action ou de l'omission du législateur qui est attaquée.

57 McClung J.A.'s position that judicial interference is inappropriate in this case is based on the assumption that the legislature's "silence" in this case is "neutral". Yet, questions which raise the issue of neutrality can only be dealt with in the context of the s. 15 analysis itself. Unless that analysis is undertaken, it is impossible to say whether the omission is indeed neutral or not. Neutrality cannot be assumed. To do so would remove the omission from the scope of judicial scrutiny under the *Charter*. The appellants have challenged the law on the ground that it violates the Constitution of Canada, and the courts must hear and consider that challenge. If, as alleged, the *IRPA* excludes some people from receiving benefits and protection it confers on others in a way that contravenes the equality guarantees in the *Charter*, then the courts have no choice but to say so. To do less would be to undermine the Constitution and the rule of law.

58 Let us now consider the substance of the respondents' position on this issue.

59 The respondents contend that a deliberate choice not to legislate should not be considered government action and thus does not attract *Charter* scrutiny. This submission should not be accepted. They assert that there must be some "exercise" of "s. 32 authority" to bring the decision of the legislature within the purview of the *Charter*. Yet there is nothing either in the text of s. 32 or in the jurisprudence concerned with the application of the *Charter* which requires such a narrow view of the *Charter*'s application.

60 The relevant subsection, s. 32(1)(b), states that the *Charter* applies to "the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province". There is nothing in that wording to suggest that a positive act encroaching on rights is required; rather the subsection speaks only of matters within the authority of the legislature. Dianne Pothier has correctly observed that s. 32 is "worded broadly enough to cover positive obligations on a legislature such that the *Charter* will be

La proposition du juge McClung selon laquelle l'intervention des tribunaux est inopportune en l'espèce s'appuie sur le postulat voulant que le «silence» du législateur soit «neutre» en l'occurrence. Or, les questions que soulève la prétendue neutralité ne peuvent être analysées que dans le contexte de l'art.15, à défaut de quoi on ne saurait dire si l'omission est neutre ou non. La neutralité ne peut être présumée, sinon l'omission échapperait à l'examen judiciaire fondé sur la *Charte*. Les appelants ont contesté la loi pour le motif qu'elle viole la Constitution du Canada, et les tribunaux doivent statuer sur leurs allégations. Si, comme le soutiennent les appelants, l'*IRPA* prive certaines personnes des avantages et de la protection qu'elle accorde à d'autres et ce, d'une façon qui va à l'encontre des droits à l'égalité garantis par la *Charte*, les tribunaux n'ont d'autre choix que de rendre un jugement en ce sens. Se soustraire à cette obligation compromettrait la Constitution et la primauté du droit.

Examinons maintenant les points essentiels de la thèse des intimés sur la question.

Les intimés prétendent que le choix délibéré de ne pas légiférer ne doit pas être assimilé à une action gouvernementale et, par conséquent, ne peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Cette thèse ne saurait être retenue. Les intimés font valoir qu'il doit y avoir un certain «exercice» du pouvoir dans un «domaine visé à l'art. 32» pour que la *Charte* s'applique à la décision de la législature. Or, ni le libellé de l'art. 32 ni la jurisprudence relative à l'application de la *Charte* n'exigent une telle limitation du champ d'application de la *Charte*.

L'alinéa 32(1)b) dit que la *Charte* s'applique «à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature». Rien n'indique qu'une action positive empiétant sur des droits soit nécessaire; en fait, l'alinéa parle uniquement des domaines relevant de cette législature. Dianne Pothier a fait remarquer à juste titre que l'art. 32 est [TRADUCTION] «rédigé d'une manière assez générale pour viser les obligations positives du législateur, de telle sorte que la *Charte* s'appliquera même lorsque le

engaged even if the legislature refuses to exercise its authority” (“The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak” (1996), 7 *Constitutional Forum* 113, at p. 115). The application of the *Charter* is not restricted to situations where the government actively encroaches on rights.

The *IRPA* is being challenged as unconstitutional because of its failure to protect *Charter* rights, that is to say its underinclusiveness. The mere fact that the challenged aspect of the Act is its underinclusiveness should not necessarily render the *Charter* inapplicable. If an omission were not subject to the *Charter*, underinclusive legislation which was worded in such a way as to simply omit one class rather than to explicitly exclude it would be immune from *Charter* challenge. If this position was accepted, the form, rather than the substance, of the legislation would determine whether it was open to challenge. This result would be illogical and more importantly unfair. Therefore, where, as here, the challenge concerns an Act of the legislature that is underinclusive as a result of an omission, s. 32 should not be interpreted as precluding the application of the *Charter*.

It might also be possible to say in this case that the deliberate decision to omit sexual orientation from the provisions of the *IRPA* is an “act” of the Legislature to which the *Charter* should apply. This argument is strengthened and given a sense of urgency by the considered and specific positive actions taken by the government to ensure that those discriminated against on the grounds of sexual orientation were excluded from the protective procedures of the Human Rights Commission. However, it is not necessary to rely on this position in order to find that the *Charter* is applicable.

It is also unnecessary to consider whether a government could properly be subjected to a challenge under s. 15 of the *Charter* for failing to act at all, in contrast to a case such as this where it acted in an underinclusive manner. It has been held that certain provisions of the *Charter*, for example those dealing with minority language rights (s. 23),

législateur refuse d’exercer son pouvoir» («The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 113, à la p. 115). L’application de la *Charte* n’est pas limitée aux cas où par son action le gouvernement empiète sur des droits.

La constitutionnalité de l’*IRPA* est contestée pour le motif qu’elle ne protège pas des droits garantis par la *Charte*, c’est-à-dire en raison de sa portée trop limitative. Le seul fait que la Loi soit contestée pour sa portée trop limitative ne devrait pas nécessairement rendre la *Charte* inapplicable. Si l’omission n’était pas assujettie à la *Charte*, la loi trop limitative, rédigée de façon à simplement omettre une catégorie plutôt qu’à l’exclure expressément, serait à l’abri de toute contestation fondée sur la *Charte*. Si ce point de vue était jugé valable, la forme et non le fond déterminerait si la loi peut être contestée, ce qui serait illogique, mais surtout injuste. Par conséquent, lorsque, comme en l’espèce, la contestation vise une loi adoptée par la législature qui est trop limitative en raison d’une omission, l’art. 32 ne devrait pas être interprété comme faisant obstacle à l’application de la *Charte*.

L’on pourrait également soutenir, en l’espèce, que la décision délibérée d’omettre l’orientation sexuelle dans les dispositions de l’*IRPA* est un «acte» du législateur à laquelle la *Charte* devrait s’appliquer. Les mesures concrètes et réfléchies que le gouvernement a prises pour faire en sorte que les victimes de discrimination fondée sur l’orientation sexuelle ne puissent présenter une plainte à la Human Rights Commission étayent cet argument qui n’en est que plus convaincant. Cependant, il n’est pas nécessaire de l’invoquer pour arriver à la conclusion que la *Charte* s’applique.

Il est également inutile de se demander si un gouvernement pourrait à juste titre faire l’objet d’une contestation fondée sur l’art. 15 de la *Charte* parce qu’il n’a pas agi du tout, par opposition à un cas où, comme en l’espèce, il a agi d’une manière trop limitative. Notre Cour a statué que certaines dispositions de la *Charte*, notamment celles qui

61

62

63

do indeed require a government to take positive actions to ensure that those rights are respected (see *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at p. 393; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, at pp. 862-63 and 866).

portent sur les droits d'une minorité linguistique (art. 23), imposent en effet à un gouvernement l'obligation positive de prendre des mesures pour assurer le respect de ces droits (voir *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, à la p. 393, et *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, aux pp. 862, 863 et 866).

64

It has not yet been necessary to decide in other contexts whether the *Charter* might impose positive obligations on the legislatures or on Parliament such that a failure to legislate could be challenged under the *Charter*. Nonetheless, the possibility has been considered and left open in some cases. For example, in *McKinney*, Wilson J. made a comment in *obiter* that "[i]t is not self-evident to me that government could not be found to be in breach of the *Charter* for failing to act" (p. 412). In *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1038, L'Heureux-Dubé J., speaking for the majority and relying on comments made by Dickson C.J. in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, suggested that in some situations, the *Charter* might impose affirmative duties on the government to take positive action. Finally, in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, La Forest J., speaking for the Court, left open the question whether the *Charter* might oblige the state to take positive actions (at para. 73). However, it is neither necessary nor appropriate to consider that broad issue in this case.

Il n'a pas été nécessaire jusqu'ici de déterminer si dans d'autres contextes la *Charte* pouvait faire peser sur le législateur provincial ou fédéral, des obligations positives, de telle sorte que le fait de ne pas légiférer pourrait être contesté en vertu de la *Charte*. Cette possibilité a cependant été envisagée, sans être écartée, dans certaines affaires. Par exemple, dans l'arrêt *McKinney*, le juge Wilson a fait la remarque incidente suivante: «il n'est pas évident en soi que le gouvernement ne pourrait être reconnu coupable de violation de la *Charte* pour avoir omis d'agir» (p. 412). Dans l'arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1038, s'exprimant au nom de la majorité et s'appuyant sur les observations du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge L'Heureux-Dubé laisse entendre que la *Charte* pourrait, dans certaines situations, imposer au gouvernement l'obligation positive de prendre des mesures concrètes. Enfin, dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, s'exprimant au nom de notre Cour, le juge La Forest laisse sans réponse la question de savoir si la *Charte* pourrait obliger l'État à prendre des mesures concrètes (au par. 73). Toutefois, il n'est ni nécessaire ni opportun d'examiner cette vaste question en l'espèce.

2. Application of the *Charter* to Private Activity

2. L'application de la *Charte* à l'activité privée

65

The respondents further argue that the effect of applying the *Charter* to the *IRPA* would be to regulate private activity. Since it has been held that the *Charter* does not apply to private activity (*RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *McKinney, supra*), it is said that the application of the *Charter* in this case would not be appropriate.

Les intimés soutiennent en outre qu'appliquer la *Charte* à l'*IRPA* ce serait réglementer une activité privée. Comme il a été décidé que la *Charte* ne s'applique pas aux activités privées (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *McKinney, précité*), les intimés font valoir qu'il serait inapproprié d'appliquer la *Charte* en l'espèce. Cet argu-

This argument cannot be accepted. The application of the *Charter* to the *IRPA* does not amount to applying it to private activity. It is true that the *IRPA* itself targets private activity and as a result will have an “effect” upon that activity. Yet it does not follow that this indirect effect should remove the *IRPA* from the purview of the *Charter*. It would lead to an unacceptable result if any legislation that regulated private activity would for that reason alone be immune from *Charter* scrutiny.

The respondents’ submission has failed to distinguish between “private activity” and “laws that regulate private activity”. The former is not subject to the *Charter*, while the latter obviously is. It is the latter which is at issue in this appeal. This case can be compared to *McKinney*, where La Forest J., speaking for the majority, stated that “[t]here is no question that, the [Human Rights] Code being a law, the *Charter* applies to it” (p. 290). Those words are applicable to the situation presented in this case. The constitutional challenge here concerns the *IRPA*, an Act of the Alberta Legislature. It does not concern the acts of King’s College or any other private entity or person. This, I think, is sufficient to dispose of the respondents’ submissions on this point.

C. Section 15(1)

1. Approach to Section 15(1)

The rights enshrined in s. 15(1) of the *Charter* are fundamental to Canada. They reflect the fondest dreams, the highest hopes and finest aspirations of Canadian society. When universal suffrage was granted it recognized to some extent the importance of the individual. Canada by the broad scope and fundamental fairness of the provisions of s. 15(1) has taken a further step in the recognition of the fundamental importance and the innate dignity of the individual. That it has done so is not only praiseworthy but essential to achieving the magnificent goal of equal dignity for all. It is the means of giving Canadians a sense of pride. In order to achieve equality the intrinsic worthiness and importance of every individual must be recognized regardless of the age, sex, colour, origins, or

ment ne peut être accepté. Appliquer la *Charte* à l’*IRPA* ce n’est pas appliquer la *Charte* à une activité privée. Il est vrai que l’*IRPA* vise des activités privées et, par conséquent, elle a une «incidence» sur de telles activités. Mais il ne s’ensuit pas que cette incidence indirecte devrait soustraire l’*IRPA* à l’application de la *Charte*. Il serait inacceptable qu’une loi échappe à l’examen fondé sur la *Charte* pour le seul motif qu’elle régit des activités privées.

L’argumentation des intimés ne fait aucune distinction entre l’«activité privée» et la «loi qui régit l’activité privée». La première n’est pas assujettie à la *Charte*, mais la seconde l’est manifestement. Le présent pourvoi porte sur une loi qui régit des activités privées. Il s’apparente à l’affaire *McKinney*, où le juge La Forest, au nom de la majorité de notre Cour, a dit qu’«[i]l n’y a aucun doute que puisque le [Human Rights] Code est une loi, la *Charte* s’y applique» (p. 290). Cette conclusion s’applique à la situation considérée en l’espèce. La présente contestation constitutionnelle porte sur l’*IRPA*, qui a été adoptée par la législature albertaine, et non sur les actes du King’s College ou d’une autre personne ou entité privée, ce qui, selon moi, est suffisant pour rejeter les prétentions des intimés à cet égard.

C. Le paragraphe 15(1)

1. Façon d’appliquer le par. 15(1)

Les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte* sont fondamentaux pour le Canada. Ils reflètent les rêves les plus chers, les espérances les plus élevées et les aspirations les plus nobles de la société canadienne. L’adoption du suffrage universel a eu pour effet de reconnaître, jusqu’à un certain point, l’importance de l’individu. En adoptant le par. 15(1), dont les dispositions ont une large portée et se caractérisent par un grand souci de justice fondamentale, le Canada a franchi une autre étape dans la reconnaissance de l’importance fondamentale et de la dignité inhérente de chacun. Cette démarche est non seulement louable, mais essentielle à la réalisation d’un objectif admirable: le droit de chacun à la dignité. C’est le moyen d’inspirer aux Canadiens un sentiment de fierté. Pour qu’il y ait

66

67

other characteristics of the person. This in turn should lead to a sense of dignity and worthiness for every Canadian and the greatest possible pride and appreciation in being a part of a great nation.

68 The concept and principle of equality is almost intuitively understood and cherished by all. It is easy to praise these concepts as providing the foundation for a just society which permits every individual to live in dignity and in harmony with all. The difficulty lies in giving real effect to equality. Difficult as the goal of equality may be it is worth the arduous struggle to attain. It is only when equality is a reality that fraternity and harmony will be achieved. It is then that all individuals will truly live in dignity.

69 It is easy to say that everyone who is just like “us” is entitled to equality. Everyone finds it more difficult to say that those who are “different” from us in some way should have the same equality rights that we enjoy. Yet so soon as we say any enumerated or analogous group is less deserving and unworthy of equal protection and benefit of the law all minorities and all of Canadian society are demeaned. It is so deceptively simple and so devastatingly injurious to say that those who are handicapped or of a different race, or religion, or colour or sexual orientation are less worthy. Yet, if any enumerated or analogous group is denied the equality provided by s. 15 then the equality of every other minority group is threatened. That equality is guaranteed by our constitution. If equality rights for minorities had been recognized, the all too frequent tragedies of history might have been avoided. It can never be forgotten that discrimination is the antithesis of equality and that it is the recognition of equality which will foster the dignity of every individual.

70 How then should the analysis of s. 15 proceed? In *Egan* the two-step approach taken in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R.

égalité, la valeur et l'importance intrinsèques de chaque individu doivent être reconnues sans égard à l'âge, au sexe, à la couleur, aux origines ou à d'autres caractéristiques de la personne. Cette reconnaissance devrait alors susciter chez tous les Canadiens un sentiment de dignité et de valorisation tout en leur inspirant la plus grande fierté et la satisfaction d'appartenir à une grande nation.

Presque intuitivement, tous comprennent la notion et le principe de l'égalité et y sont attachés. Il est facile de louer l'égalité comme le fondement d'une société juste qui permet à chacun de vivre dans la dignité et l'harmonie au sein de la collectivité. La difficulté consiste à la réaliser concrètement. Si difficile soit-il, cet objectif mérite qu'on livre une rude bataille pour l'atteindre. Ce n'est que dans un contexte d'égalité réelle que la fraternité et l'harmonie peuvent exister. C'est alors que chacun peut véritablement vivre dans la dignité.

Il est facile de dire que quiconque «nous» ressemble a droit à l'égalité. Chacun de vous trouve cependant plus difficile de soutenir que les gens «différents», sous un aspect ou un autre, doivent jouir des mêmes droits à l'égalité que nous. Pourtant, dès que nous affirmons qu'un groupe énuméré au par. 15(1) ou un groupe analogue ne mérite pas la même protection et le même bénéfice de la loi, ou n'en est pas digne, toutes les minorités et toute la société canadienne se trouvent avilies. Il est si simple, en apparence, mais tellement préjudiciable, de dire de ceux qui ont une déficience ou dont la race, la religion, la couleur ou l'orientation sexuelle est différente qu'ils sont moins dignes d'estime. Or, lorsque l'égalité prévue à l'art. 15 est niée à un groupe visé ou à un groupe analogue, c'est l'égalité de chacune des autres minorités qui est menacée. Notre Constitution garantit le droit à l'égalité. La reconnaissance de ce droit aux minorités aurait pu, dans le passé, éviter les trop nombreuses tragédies qui ont ponctué l'histoire. Il ne faut jamais oublier que la discrimination est l'antithèse de l'égalité et que c'est la reconnaissance de l'égalité qui assure la dignité de chacun.

Comment, dès lors, l'analyse fondée sur l'art. 15 doit-elle être effectuée? Dans l'arrêt *Egan*, la méthode comportant deux étapes employée dans

143, and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, was summarized and described in this way (at paras. 130-31):

The first step is to determine whether, due to a distinction created by the questioned law, a claimant's right to equality before the law, equality under the law, equal protection of the law or equal benefit of the law has been denied. During this first step, the inquiry should focus upon whether the challenged law has drawn a distinction between the claimant and others, based on personal characteristics.

Not every distinction created by legislation gives rise to discrimination. Therefore, the second step must be to determine whether the distinction created by the law results in discrimination. In order to make this determination, it is necessary to consider first, whether the equality right was denied on the basis of a personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or which is analogous to those enumerated, and second, whether that distinction has the effect on the claimant of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to benefits or advantages which are available to others.

A similar approach was taken by McLachlin J. in *Miron* (at para. 128):

The analysis under s. 15(1) involves two steps. First, the claimant must show a denial of "equal protection" or "equal benefit" of the law, as compared with some other person. Second, the claimant must show that the denial constitutes discrimination. At this second stage, in order for discrimination to be made out, the claimant must show that the denial rests on one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground and that the unequal treatment is based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics.

In *Miron* and *Egan*, Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Major JJ. articulated a qualification which, as described in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358 (at para. 64), "focuses on the relevancy of a distinction to the purpose of the legislation where that purpose is not itself discriminatory and recognizes that certain distinctions are outside the scope of s. 15". This

les arrêts *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, et *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, est résumée et décrite comme suit (aux par. 130 et 131):

La première [étape] consiste à déterminer si, en raison de la distinction créée par la disposition contestée, il y a eu violation du droit d'un plaignant à l'égalité devant la loi, à l'égalité dans la loi, à la même protection de la loi et au même bénéfice de la loi. À cette étape de l'analyse, il s'agit principalement de vérifier si la disposition contestée engendre, entre le plaignant et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles.

Les distinctions créées par les lois n'emportent pas toutes discrimination. C'est pourquoi il faut, à la seconde étape, déterminer si la distinction ainsi créée donne lieu à une discrimination. À cette fin, il faut se demander, d'une part, si le droit à l'égalité a été enfreint sur le fondement d'une caractéristique personnelle qui est soit énumérée au par. 15(1), soit analogue à celles qui y sont énumérées et, d'autre part, si la distinction a pour effet d'imposer au plaignant des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres.

Le juge McLachlin adopte une méthode semblable dans l'arrêt *Miron* (au par. 128):

L'analyse fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il y a eu négation de son droit «à la même protection» ou «au même bénéfice» de la loi qu'une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination. À cette seconde étape, pour établir qu'il y a discrimination, le demandeur doit prouver que la négation repose sur l'un des motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue et que le traitement inégal est fondé sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe.

Dans les arrêts *Miron* et *Egan*, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Major ont apporté un tempérament dont l'arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358 (au par. 64), dit qu'il «met l'accent sur la pertinence d'une distinction par rapport à l'objet du texte de loi, lorsque cet objet n'est pas lui-même discriminatoire, et elle reconnaît que certaines dis-

approach is, to a certain extent, compatible with the notion that discrimination commonly involves the attribution of stereotypical characteristics to members of an enumerated or analogous group.

72

It has subsequently been explained, however, that it is not only through the “stereotypical application of presumed group or personal characteristics” that discrimination can occur, although this may be common to many instances of discrimination. As stated by Sopinka J. in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at paras. 66-67:

... the purpose of s. 15(1) of the *Charter* is not only to prevent discrimination by the attribution of stereotypical characteristics to individuals, but also to ameliorate the position of groups within Canadian society who have suffered disadvantage by exclusion from mainstream society as has been the case with disabled persons.

The principal object of certain of the prohibited grounds is the elimination of discrimination by the attribution of untrue characteristics based on stereotypical attitudes relating to immutable conditions such as race or sex. . . . The other equally important objective seeks to take into account the true characteristics of this group which act as headwinds to the enjoyment of society’s benefits and to accommodate them.

73

These approaches to the analysis of s. 15(1) have been summarized and adopted in subsequent cases, e.g. *Eaton* (at para. 62), *Benner* (at para. 69) and, most recently, *Eldridge*. In *Eldridge*, La Forest J., writing for the unanimous Court, stated (at para. 58):

While this Court has not adopted a uniform approach to s. 15(1), there is broad agreement on the general analytic framework; see *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at para. 62, *Miron*, *supra*, and *Egan*, *supra*. A person claiming a violation of s. 15(1) must first establish that, because of a distinction drawn between the claimant and others, the claimant has been denied “equal protection” or “equal benefit” of the law. Secondly, the claimant must show that the denial constitutes discrimination on the basis of one

distinctions ne sont pas visées par l’art. 15». Cette méthode est dans une certaine mesure compatible avec l’idée que la discrimination comporte habituellement l’attribution de caractéristiques stéréotypées aux membres d’un groupe énuméré ou analogue.

Toutefois, notre Cour a par la suite précisé que la discrimination ne résulte pas seulement de «l’application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe», bien que celle-ci puisse être observée dans de nombreux cas de discrimination. Comme le dit le juge Sopinka dans l’arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, aux par. 66 et 67:

... le par. 15(1) de la *Charte* a non seulement pour objet d’empêcher la discrimination par l’attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais également d’améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclus de l’ensemble de la société ordinaire comme ce fut le cas pour les personnes handicapées.

Certains des motifs illicites visent principalement à éliminer la discrimination par l’attribution de caractéristiques fausses fondées sur des attitudes stéréotypées se rapportant à des conditions immuables comme la race ou le sexe. [. . .] L’autre objectif, tout aussi important, vise à tenir compte des véritables caractéristiques de ce groupe qui l’empêchent de jouir des avantages de la société, et à les accommoder en conséquence.

Ces méthodes préconisées relativement à l’analyse fondée sur le par. 15(1) ont été résumées et adoptées dans des arrêts ultérieurs, p. ex. *Eaton*, précité (au par. 62), *Benner*, précité (au par. 69), et plus récemment, *Eldridge*. Dans ce dernier arrêt, le juge La Forest a dit ce qui suit au nom de notre Cour (au par. 58):

Bien que notre Cour n’ait pas adopté une approche uniforme à l’égard de cette disposition, il y a un large accord général sur le cadre d’analyse général: voir *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, au par. 62, *Miron* et *Egan*, précités. La personne qui allègue une violation du par. 15(1) doit d’abord établir que, en raison d’une distinction faite entre elle et d’autres personnes, elle est privée de la «même protection» ou du «même bénéfice» de la loi. En deuxième lieu, elle doit démontrer que cette privation

of the enumerated grounds listed in s. 15(1) or one analogous thereto.

In this case, as in *Eaton, Benner* and *Eldridge*, any differences that may exist in the approach to s. 15(1) would not affect the result, and it is therefore not necessary to address those differences. The essential requirements of all these cases will be satisfied by enquiring first, whether there is a distinction which results in the denial of equality before or under the law, or of equal protection or benefit of the law; and second, whether this denial constitutes discrimination on the basis of an enumerated or analogous ground.

2. The IRPA Creates a Distinction Between the Claimant and Others Based on a Personal Characteristic, and Because of That Distinction, It Denies the Claimant Equal Protection or Equal Benefit of the Law

(a) *Does the IRPA Create a Distinction?*

The respondents have argued that because the *IRPA* merely omits any reference to sexual orientation, this “neutral silence” cannot be understood as creating a distinction. They contend that the *IRPA* extends full protection on the grounds contained within it to heterosexuals and homosexuals alike, and therefore there is no distinction and hence no discrimination. It is the respondents’ position that if any distinction is made on the basis of sexual orientation that distinction exists because it is present in society and not because of the *IRPA*.

These arguments cannot be accepted. They are based on that “thin and impoverished” notion of equality referred to in *Eldridge* (at para. 73). It has been repeatedly held that identical treatment will not always constitute equal treatment (see for example *Andrews, supra*, at p. 164). It is also clear that the way in which an exclusion is worded should not disguise the nature of the exclusion so as to allow differently drafted exclusions to be

constitue une discrimination fondée sur l’un des motifs énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue.

Dans la présente espèce, comme dans les affaires *Eaton, Benner* et *Eldridge*, toute différence pouvant exister quant à la méthode à employer relativement au par. 15(1) ne modifie en rien le résultat, de sorte qu’il n’est pas nécessaire de s’y attarder. Les exigences essentielles établies dans ces affaires sont respectées si l’on se demande premièrement s’il y a une distinction entraînant la négation du droit à l’égalité devant la loi ou dans la loi ou la négation du droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi et, deuxièmement, si cette négation constitue une discrimination fondée sur un motif énuméré au par. 15(1) ou sur un motif analogue.

2. L’IRPA établit une distinction entre le plaignant et d’autres personnes sur le fondement d’une caractéristique personnelle et, à cause de cette distinction, elle prive le plaignant du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi

a) *L’IRPA établit-elle une distinction?*

Les intimés prétendent que, l’*IRPA* omettant simplement de mentionner l’orientation sexuelle, on ne peut conclure que ce «silence neutre» crée une distinction. Ils font valoir que l’*IRPA* assure tant aux hétérosexuels qu’aux homosexuels une protection entière contre la discrimination fondée sur les motifs qu’elle prévoit de sorte qu’aucune distinction n’est établie et, partant, aucune discrimination n’est exercée. Selon eux, si une distinction est établie sur le fondement de l’orientation sexuelle, elle est imputable à la société, et non à l’*IRPA*.

Ces arguments ne peuvent être acceptés. Ils sont fondés sur la notion «étroite et peu généreuse» de l’égalité que mentionne *Eldridge* (au par. 73). Il est bien établi qu’un traitement identique ne constitue pas toujours un traitement égal (voir notamment l’arrêt *Andrews*, précité, à la p. 164). Il est également clair que la formulation d’une exclusion ne devrait pas en masquer la nature de telle sorte que des exclusions libellées différemment soient trai-

74

75

76

treated differently. For example *Schachter*, at p. 698, discussed this point in the context of remedies, and quoted *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (S.C.), at pp. 384-85:

Where the state makes a distinction between two classes of individuals, A and B, . . . the manner in which the legislative provision or law is drafted is irrelevant for constitutional purposes; i.e., it is immaterial whether the subject law states: (1) A benefits; or (2) Everyone benefits except B. In both cases, the impact upon the individual within group B is the same.

77 The respondents concede that if homosexuals were excluded altogether from the protection of the *IRPA* in the sense that they were not protected from discrimination on any grounds, this would be discriminatory. Clearly that would be discrimination of the most egregious kind. It is true that gay and lesbian individuals are not entirely excluded from the protection of the *IRPA*. They can claim protection on some grounds. Yet that certainly does not mean that there is no discrimination present. For example, the fact that a lesbian and a heterosexual woman are both entitled to bring a complaint of discrimination on the basis of gender does not mean that they have equal protection under the Act. Lesbian and gay individuals are still denied protection under the ground that may be the most significant for them, discrimination on the basis of sexual orientation.

78 The respondents also seek to distinguish this case from *McKinney, supra*, and *Blainey, supra*. In *Blainey*, the Ontario human rights legislation prohibited discrimination on the basis of gender, but expressly allowed it in athletic organizations. Similarly, in *McKinney*, the impugned legislation prohibited discrimination on the basis of age, but in circumstances of employment, "age" was defined as 18 to 65, thereby depriving elderly workers of a benefit under the statute on the basis of their age. In both cases the legislation was found to violate s. 15(1).

tées différemment. Par exemple, dans l'arrêt *Schachter*, à la p. 698, cette question est examinée dans le contexte de la réparation à accorder et l'arrêt *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (C.S.), est cité, aux pp. 384 et 385:

[TRADUCTION] Lorsque l'État établit une distinction entre deux catégories de personnes, A et B, [. . .] la façon dont la disposition législative ou la loi est rédigée n'est pas pertinente sur le plan constitutionnel; c.-à-d. qu'il importe peu que la loi visée dispose: (1) A a droit aux bénéfices ou (2) tous ont droit aux bénéfices, sauf B. Dans les deux cas, le résultat est le même pour les membres du groupe B.

Les intimés concèdent que si les homosexuels étaient complètement exclus de la protection de l'*IRPA*, c'est-à-dire si elle ne les protégeait contre aucun des motifs de distinction qu'elle énumère, il y aurait discrimination. Manifestement, il s'agirait d'une discrimination des plus insignes. Il est vrai que les homosexuels ne sont pas entièrement exclus de la protection de l'*IRPA*. Ils peuvent en effet réclamer cette protection pour certains motifs. Cela ne veut pas dire pour autant qu'il n'y a pas de discrimination. Par exemple, le fait qu'une homosexuelle et qu'une hétérosexuelle aient toutes deux le droit de déposer une plainte de discrimination fondée sur le sexe ne signifie pas qu'elles jouissent d'une protection égale sous le régime de la Loi. Les homosexuels sont toujours privés de protection contre la discrimination fondée sur le motif le plus susceptible de revêtir pour eux la plus grande importance, soit l'orientation sexuelle.

Les intimés tentent également d'établir une distinction entre la présente espèce et les arrêts *McKinney* et *Blainey*, précités. Dans *Blainey*, la loi ontarienne sur les droits de la personne interdisait la discrimination fondée sur le sexe, mais l'autorisait expressément au sein des organisations sportives. De même, dans *McKinney*, la loi incriminée interdisait la discrimination fondée sur l'âge, mais en matière d'emploi; l'«âge» était défini comme étant la période comprise entre 18 et 65 ans, ce qui privait les travailleurs âgés du bénéfice de la loi en raison de leur âge. Dans les deux cas, le tribunal a conclu que la loi violait le par. 15(1).

The respondents suggest that because the government in those cases had decided to provide protection, it had to do so in a non-discriminatory manner, but that the present case is distinguishable because the *IRPA* remains silent with respect to sexual orientation. The fact that the legislation explicitly places limits on protection (to some within a category as in *McKinney*, or excluding a particular area of discrimination as in *Blainey*) cannot provide the sole basis for determining whether a distinction has been drawn by the legislation. This case too is one of partial protection although the exclusion or limit on protection takes a different form from that presented in *McKinney* and *Blainey*. Protection from discrimination is provided by the Government, by means of the *IRPA*, but only to some groups.

If the mere silence of the legislation was enough to remove it from s. 15(1) scrutiny then any legislature could easily avoid the objects of s. 15(1) simply by drafting laws which omitted reference to excluded groups. Such an approach would ignore the recognition that this Court has given to the principle that discrimination can arise from under-inclusive legislation. This principle was expressed with great clarity by Dickson C.J. in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at p. 1240. There he stated: “Underinclusion may be simply a backhanded way of permitting discrimination”.

It is clear that the *IRPA*, by reason of its underinclusiveness, does create a distinction. The distinction is simultaneously drawn along two different lines. The first is the distinction between homosexuals, on one hand, and other disadvantaged groups which are protected under the Act, on the other. Gays and lesbians do not even have formal equality with reference to other protected groups, since those other groups are explicitly included and they are not.

The second distinction, and, I think, the more fundamental one, is between homosexuals and heterosexuals. This distinction may be more diffi-

Selon les intimés, dans ces cas, le gouvernement ayant décidé d’assurer une protection, il devait le faire d’une façon non discriminatoire, mais en l’espèce, il y a lieu d’établir une distinction puisque l’*IRPA* est muette au sujet de l’orientation sexuelle. Le fait que le texte législatif limite explicitement la protection prévue (en l’accordant à certaines personnes au sein d’une catégorie, comme dans *McKinney*, ou en excluant un type particulier de discrimination, comme dans *Blainey*) ne permet à lui seul de déterminer si la loi établit une distinction. En l’espèce aussi, une protection partielle est accordée, bien que l’exclusion ou la limitation du régime de protection revête une forme différente de celles considérées dans les arrêts *McKinney* et *Blainey*. La protection contre la discrimination est assurée par le gouvernement, au moyen de l’*IRPA*, mais seulement à certains groupes.

Si le simple silence de l’*IRPA* suffisait à la soustraire à l’examen fondé sur le par. 15(1), le législateur pourrait facilement contourner les objectifs de cette disposition en rédigeant des textes législatifs qui ne mentionne pas à dessein les groupes exclus. Ce serait faire fi de la reconnaissance, par notre Cour, du principe voulant qu’une loi trop limitative puisse être discriminatoire, lequel a été énoncé très clairement par le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, à la p. 1240. S’exprimant au nom de la Cour, il a dit: «La couverture sélective constitue peut-être simplement un moyen détourné de permettre la discrimination».

Il est évident que l’*IRPA*, en raison de sa portée trop limitative, établit effectivement une distinction et ce, sous deux rapports différents simultanément. Premièrement, une distinction est créée entre les homosexuels, d’une part, et les autres groupes défavorisés qui bénéficient de la protection de l’*IRPA*, d’autre part. Les homosexuels ne jouissent même pas d’une égalité formelle par rapport aux groupes protégés, puisque, ceux-ci sont explicitement inclus alors que les homosexuels ne le sont pas.

Deuxièmement, une distinction encore plus fondamentale, selon moi, est créée entre homosexuels et hétérosexuels. Elle peut être plus difficile à

79

80

81

82

cult to see because there is, on the surface, a measure of formal equality: gay or lesbian individuals have the same access as heterosexual individuals to the protection of the *IRPA* in the sense that they could complain to the Commission about an incident of discrimination on the basis of any of the grounds currently included. However, the exclusion of the ground of sexual orientation, considered in the context of the social reality of discrimination against gays and lesbians, clearly has a disproportionate impact on them as opposed to heterosexuals. Therefore the *IRPA* in its underinclusive state denies substantive equality to the former group. This was well expressed by W. N. Renke, "Case Comment: *Vriend v. Alberta: Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice*" (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 925, at pp. 942-43:

If both heterosexuals and homosexuals equally suffered discrimination on the basis of sexual orientation, neither might complain of unfairness if the *IRPA* extended no remedies for discrimination on the basis of sexual orientation. A person belonging to one group would be treated like a person belonging to the other. Where, though, discrimination is visited virtually exclusively against persons with one type of sexual orientation, an absence of legislative remedies for discrimination based on sexual orientation has a differential impact. The absence of remedies has no real impact on heterosexuals, since they have no complaints to make concerning sexual orientation discrimination. The absence of remedies has a real impact on homosexuals, since they are the persons discriminated against on the basis of sexual orientation. Furthermore, a heterosexual has recourse to all the currently available heads of discrimination, should a complaint be necessary. A homosexual, it is true, may also have recourse to those heads of discrimination, but the only type of discrimination he or she may suffer may be sexual orientation discrimination. He or she would have no remedy for this type of discrimination. Seen in this way, the *IRPA* does distinguish between homosexuals and heterosexuals.

See also Pothier, *supra*, at p. 119. It is possible that a heterosexual individual could be discriminated against on the ground of sexual orientation. Yet this is far less likely to occur than discrimination against a homosexual or lesbian on that same ground. It thus is apparent that there is a clear dis-

déceler parce qu'il y a en apparence une certaine égalité formelle: les homosexuels ont un même droit à la protection de l'*IRPA* que les hétérosexuels dans la mesure où ils peuvent saisir la commission d'une plainte de discrimination fondée sur l'un des motifs actuellement énumérés. Cependant, compte tenu de la réalité sociale de la discrimination exercée contre les homosexuels, l'exclusion de l'orientation sexuelle a de toute évidence un effet disproportionné sur ces derniers par comparaison avec les hétérosexuels. En raison de son caractère trop limitatif, l'*IRPA* nie donc aux homosexuels le droit à l'égalité réelle. Cela est fort bien expliqué par W. N. Renke dans «Case Comment: *Vriend v. Alberta: Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice*» (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 925, aux pp. 942 et 943:

[TRADUCTION] Si hétérosexuels et homosexuels étaient également victimes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, ni les uns ni les autres ne pourraient se plaindre d'injustice si l'*IRPA* ne conférait aucun recours à l'égard de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Les personnes appartenant à un groupe seraient traitées comme celles faisant partie de l'autre. Cependant, lorsque la discrimination est exercée presque exclusivement contre les personnes ayant une orientation sexuelle donnée, l'absence de recours légaux dans le cas de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle a un effet différent. L'absence de recours n'a aucune incidence réelle sur les hétérosexuels, puisqu'ils n'ont aucun motif de plainte concernant l'orientation sexuelle. Elle a par contre un effet véritable sur les homosexuels, car ils sont les victimes de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. En outre, l'hétérosexuel peut, au besoin, invoquer tous les motifs de discrimination actuellement énumérés dans la Loi. Il est vrai que c'est également le cas pour l'homosexuel, mais il se peut que la seule discrimination exercée contre lui soit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Il n'aurait aucun recours contre ce type de discrimination. Dans cette optique, l'*IRPA* établit bel et bien une distinction entre homosexuels et hétérosexuels.

Voir également Pothier, *loc. cit.*, à la p. 119. Il est possible qu'un hétérosexuel soit victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Mais cela risque beaucoup moins de se produire que la discrimination contre un homosexuel pour le même motif. Il appert donc qu'une nette distinc-

inction created by the disproportionate impact which arises from the exclusion of the ground from the *IRPA*.

This case is similar in some respects to the recent case of *Eldridge, supra*. There the *Charter's* requirement of substantive, not merely formal, equality was unanimously affirmed. It was, as well, recognized that substantive equality may be violated by a legislative omission. At paras. 60-61 the principle was explained in this way:

The only question in this case, then, is whether the appellants have been afforded "equal benefit of the law without discrimination" within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. On its face, the medicare system in British Columbia applies equally to the deaf and hearing populations. It does not make an explicit "distinction" based on disability by singling out deaf persons for different treatment. Both deaf and hearing persons are entitled to receive certain medical services free of charge. The appellants nevertheless contend that the lack of funding for sign language interpreters renders them unable to benefit from this legislation to the same extent as hearing persons. Their claim, in other words, is one of "adverse effects" discrimination.

This Court has consistently held that s. 15(1) of the *Charter* protects against this type of discrimination. . . . Section 15(1), the Court held [in *Andrews*], was intended to ensure a measure of substantive, not merely formal equality.

Finally, the respondents' contention that the distinction is not created by law, but rather exists independently of the *IRPA* in society, cannot be accepted. It is, of course, true that discrimination against gays and lesbians exists in society. The reality of this cruel and unfortunate discrimination was recognized in *Egan*. Indeed it provides the context in which the legislative distinction challenged in this case must be analysed. The reality of society's discrimination against lesbians and gay men demonstrates that there is a distinction drawn in the *IRPA* which denies these groups equal protection of the law by excluding lesbians and gay men from its protection, the very protection they so urgently need because of the existence of dis-

tion est créée par l'effet disproportionné qu'a l'exclusion de ce motif dans l'*IRPA*.

La présente espèce s'apparente à certains égards à la récente affaire *Eldridge*, précitée, où notre Cour a confirmé à l'unanimité que l'égalité doit être réelle, et non seulement formelle. Cet arrêt établit également qu'une omission du législateur peut porter atteinte à l'égalité réelle. Le principe est expliqué comme suit aux par. 60 et 61:

La seule question à trancher en l'espèce est donc de savoir si les appelants ont droit au «même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination» aux termes du par. 15(1) de la *Charte*. À première vue, le régime d'assurance-maladie de la Colombie-Britannique s'applique d'une manière égale aux entendants et aux personnes atteintes de surdité. Il ne fait pas de «distinction» explicite fondée sur la d ficiency en accordant un traitement diff rent aux personnes atteintes de surdité. Tant ces dernières que les entendants ont droit de recevoir certains services médicaux gratuitement. Les appelants prétendent néanmoins que l'absence de financement pour les services d'interprètes gestuels les empêche de bénéficier du régime établi par la loi dans la même mesure que les entendants. Autrement dit, ils invoquent la discrimination découlant d'«effets préjudiciables».

Notre Cour a statué de façon constante que le par. 15(1) de la *Charte* protège contre ce type de discrimination. [. . .] Le paragraphe 15(1), a statué la Cour [dans *Andrews*], vise à assurer une certaine égalité matérielle et non simplement formelle.

Enfin, la prétention des intimés selon laquelle la distinction n'est pas établie par la loi, mais existe en fait indépendamment de celle-ci dans la société, ne peut être acceptée. Il est évidemment vrai que les homosexuels sont victimes de discrimination dans la société. La réalité de cette discrimination cruelle et déplorable est reconnue dans l'arrêt *Egan*. Cet  tat de fait fournit le contexte dans lequel la distinction l gislativ  contestée en l'espèce doit être analys e. La réalité de la discrimination sociale dont les homosexuels sont victimes montre que l'*IRPA*  tablit une distinction qui nie à ces personnes le droit à la même protection de la loi en les excluant alors même qu'elles ont un pressant besoin de protection à cause de la discri-

83

84

crimination against them in society. It is not necessary to find that the legislation creates the discrimination existing in society in order to determine that it creates a potentially discriminatory distinction.

85 Although the respondents try to distinguish this case from *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, the reasoning they put forward is very much reminiscent of the approach taken in that case. (See S. K. O'Byrne and J. F. McGinnis, "Case Comment: *Vriend v. Alberta: Plessy Revisited: Lesbian and Gay Rights in the Province of Alberta*" (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 892, at pp. 920-22.) There it was held that a longer qualifying period for unemployment benefits relating to pregnancy was not discriminatory because it applied to all pregnant individuals, and that if this category happened only to include women, that was a distinction created by nature, not by law. This reasoning has since been emphatically rejected (see e.g. *Brooks*). *Eldridge* also emphatically rejected an argument that underinclusive legislation did not discriminate because the inequality existed independently of the benefit provided by the state (at paras. 68-69).

86 The omission of sexual orientation as a protected ground in the *IRPA* creates a distinction on the basis of sexual orientation. The "silence" of the *IRPA* with respect to discrimination on the ground of sexual orientation is not "neutral". Gay men and lesbians are treated differently from other disadvantaged groups and from heterosexuals. They, unlike gays and lesbians, receive protection from discrimination on the grounds that are likely to be relevant to them.

(b) *Denial of Equal Benefit and Protection of the Law*

87 It is apparent that the omission from the *IRPA* creates a distinction. That distinction results in a denial of the equal benefit and equal protection of the law. It is the exclusion of sexual orientation from the list of grounds in the *IRPA* which denies

mination exercée contre elles dans la société. Il n'est pas nécessaire de conclure que la loi crée la discrimination qui a cours dans la société pour déterminer qu'elle établit une distinction potentiellement discriminatoire.

Les intimés tentent de distinguer la présente espèce de l'arrêt *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, mais le raisonnement qu'ils avancent rappelle beaucoup le point de vue adopté dans cette affaire. (Voir S. K. O'Byrne et J. F. McGinnis, «Case Comment: *Vriend v. Alberta: Plessy Revisited: Lesbian and Gay Rights in the Province of Alberta*» (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 892, aux pp. 920 à 922.) Dans cet arrêt, il a été décidé que la fixation d'une période de référence plus longue pour l'obtention des prestations d'assurance-chômage en cas de grossesse n'était pas discriminatoire, car elle s'appliquait à toutes les personnes enceintes, et le fait que cette catégorie n'inclut que des femmes était attribuable à une distinction établie par la nature, non par la loi. Ce raisonnement a été rejeté catégoriquement depuis lors (voir, p. ex., l'arrêt *Brooks*). Dans l'arrêt *Eldridge*, elle a aussi rejeté de manière énergique l'argument voulant qu'une loi trop limitative ne soit pas discriminatoire parce que l'inégalité existe indépendamment de l'avantage que confère l'État (aux par. 68 et 69).

L'omission de l'orientation sexuelle dans les motifs de distinction interdits par l'*IRPA* crée une distinction fondée sur l'orientation sexuelle. Ce «silence» de l'*IRPA* en ce qui concerne la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'est pas «neutre». Les homosexuels sont traités différemment d'autres groupes défavorisés et des hétérosexuels. Ceux-ci, contrairement aux homosexuels, sont protégés contre la discrimination fondée sur des motifs susceptibles de les concerner.

b) *La négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi*

Il appert que l'omission du législateur crée une distinction et que cette distinction emporte la négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi. C'est l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs de distinction interdits par

lesbians and gay men the protection and benefit of the Act in two important ways. They are excluded from the government's statement of policy against discrimination, and they are also denied access to the remedial procedures established by the Act.

Therefore, the *IRPA*, by its omission or underinclusiveness, denies gays and lesbians the equal benefit and protection of the law on the basis of a personal characteristic, namely sexual orientation.

3. The Denial of Equal Benefit and Equal Protection Constitutes Discrimination Contrary to Section 15(1)

In *Egan*, it was said that there are two aspects which are relevant in determining whether the distinction created by the law constitutes discrimination. First, "whether the equality right was denied on the basis of a personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or which is analogous to those enumerated". Second "whether that distinction has the effect on the claimant of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to benefits or advantages which are available to others" (para. 131). A discriminatory distinction was also described as one which is "capable of either promoting or perpetuating the view that the individual adversely affected by this distinction is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration" (*Egan*, at para. 56, *per* L'Heureux-Dubé J.). It may as well be appropriate to consider whether the unequal treatment is based on "the stereotypical application of presumed group or personal characteristics" (*Miron*, at para. 128, *per* McLachlin J.).

l'*IRPA* qui prive les homosexuels du droit à la même protection et au même bénéfice de la Loi et ce, de deux manières importantes. Les homosexuels ne sont pas visés par l'énoncé de politique du gouvernement contre la discrimination, et on leur refuse l'accès aux recours permettant d'obtenir réparation en application de la Loi.

Par conséquent, en raison de l'omission du législateur ou de la portée trop limitative de l'*IRPA*, celle-ci nie aux homosexuels le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi sur le fondement d'une caractéristique personnelle, à savoir l'orientation sexuelle.

3. La négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi constitue une discrimination contraire au par. 15(1)

Dans l'arrêt *Egan*, notre Cour a dit que deux aspects sont pertinents aux fins de déterminer si la distinction créée par une loi constitue une discrimination. Premièrement, il faut se demander «si le droit à l'égalité a été enfreint sur le fondement d'une caractéristique personnelle qui est soit énumérée au par. 15(1), soit analogue à celles qui y sont énumérées». Deuxièmement, il faut se demander si «la distinction a pour effet d'imposer au plaignant des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres» (par. 131). Notre Cour a également dit qu'une distinction est discriminatoire lorsqu'elle est «susceptible de favoriser ou de perpétuer l'opinion que les individus lésés par cette distinction sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération» (*Egan*, au par. 56, le juge L'Heureux-Dubé). On peut également se demander si le traitement inégal se fonde sur «l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe» (*Miron*, au par. 128, le juge McLachlin).

88

89

(a) *The Equality Right is Denied on the Basis of a Personal Characteristic Which Is Analogous to Those Enumerated in Section 15(1)*

90 In *Egan*, it was held, on the basis of “historical social, political and economic disadvantage suffered by homosexuals” and the emerging consensus among legislatures (at para. 176), as well as previous judicial decisions (at para. 177), that sexual orientation is a ground analogous to those listed in s. 15(1). Sexual orientation is “a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs” (para. 5). It is analogous to the other personal characteristics enumerated in s. 15(1); and therefore this step of the test is satisfied.

91 It has been noted, for example by Iacobucci J. in *Benner*, at para. 69, that:

Where the denial is based on a ground expressly enumerated in s. 15(1), or one analogous to them, it will generally be found to be discriminatory, although there may, of course, be exceptions: see, e.g., *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872.

It could therefore be assumed that a denial of the equal protection and benefit of the law on the basis of the analogous ground of sexual orientation is discriminatory. Yet in this case there are other factors present which support this conclusion.

(b) *The Distinction Has the Effect of Imposing a Burden or Disadvantage Not Imposed on Others and Withholds Benefits or Advantages Which Are Available to Others*

(i) Discriminatory Purpose

92 It was submitted by the appellants and several of the interveners that the purpose of the Alberta Government in excluding sexual orientation was itself discriminatory. The appellants suggest that the purpose behind the deliberate choice of the Government not to include sexual orientation as a protected ground is to deny that homosexuals are or were disadvantaged by discrimination, or alternatively to deny that homosexuals are worthy of protection against that discrimination. This, they

a) *Le droit à l'égalité est nié sur le fondement d'une caractéristique personnelle analogue à celles énumérées au par. 15(1)*

Dans l'arrêt *Egan*, il a été décidé, en raison des «désavantages sociaux, politiques et économiques» dont souffrent les homosexuels, de l'émergence d'un consensus législatif (au par. 176) et des décisions judiciaires antérieures (au par. 177), que l'orientation sexuelle constitue un motif analogue à ceux énumérés au 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). Elle est analogue aux autres caractéristiques personnelles énumérées au par. 15(1), de sorte que ce volet du critère est respecté.

Il a été souligné, par exemple, par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Benner*, au par. 69:

Lorsque la négation du droit en cause est fondée sur l'un des motifs expressément énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue, elle sera généralement jugée discriminatoire, bien qu'il puisse évidemment y avoir des exceptions: voir, par exemple, *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872.

Pourrait donc être tenue pour discriminatoire la négation du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi fondée sur le motif analogue de l'orientation sexuelle. Cependant, d'autres facteurs appuient en l'espèce cette conclusion.

b) *La distinction a pour effet d'imposer des fardeaux ou des désavantages non imposés à d'autres et d'empêcher l'accès aux avantages offerts à d'autres.*

(i) Objet discriminatoire

Les appelants et plusieurs des intervenants font valoir que l'objet que cherchait à atteindre le gouvernement albertain en excluant l'orientation sexuelle est lui-même discriminatoire. Les appelants prétendent qu'en décidant délibérément de ne pas prévoir l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite le gouvernement cherchait à nier que les homosexuels sont ou ont été victimes de discrimination ou, subsidiairement, à nier que les homosexuels soient dignes d'être protégés contre

contend, is a discriminatory purpose. The respondents, on the other hand, argued that there is insufficient evidence of a deliberate discriminatory intent on the part of the Government.

It is, however, unnecessary to decide whether there is evidence of a discriminatory purpose on the part of the provincial government. It is well-established that a finding of discrimination does not depend on an invidious, discriminatory intent (see e.g. *Turpin*, *supra*, and more recently *Eldridge*, at para. 62). Even unintentional discrimination may violate the *Charter*. In any *Charter* case either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect is sufficient to invalidate the challenged legislation (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 331). Therefore a finding of a discriminatory purpose in this case would merely provide another ground for the conclusion that the law is discriminatory, but is not necessary for that conclusion. In this case, the discriminatory effects of the legislation are sufficient in themselves to establish that there is discrimination in this case.

(ii) Discriminatory Effects of the Exclusion

The effects of the exclusion of sexual orientation from the protected grounds listed in the *IRPA* must be understood in the context of the nature and purpose of the legislation. The *IRPA* is a broad, comprehensive scheme for the protection of individuals from discrimination in the private sector. The preamble of the *IRPA* sets out the purposes and principles underlying the legislation in this manner:

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all persons is the foundation of freedom, justice and peace in the world; and

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all persons are equal in dignity and rights without regard to race,

la discrimination. Il s'agit selon eux d'un objet discriminatoire. Pour leur part, les intimés font valoir l'insuffisance de la preuve concernant l'intention discriminatoire délibérée du gouvernement.

Il n'est pas nécessaire, toutefois, de statuer sur l'existence d'une preuve établissant l'objet discriminatoire que cherche à réaliser le gouvernement provincial. Il est bien établi que la preuve d'une intention discriminatoire odieuse n'est pas nécessaire pour conclure à l'existence d'une discrimination (voir, p. ex., *Turpin*, précité, et, plus récemment, l'arrêt *Eldridge*, au par. 62). Même une discrimination involontaire peut contrevenir à la *Charte*. Dans toute affaire relative à l'application de celle-ci, un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre suffire à rendre la loi contestée invalide (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 331). Par conséquent, la preuve qu'un objet discriminatoire était poursuivi en l'espèce fournirait simplement un motif supplémentaire de conclure que la loi est discriminatoire, elle ne serait pas nécessaire pour fonder une telle conclusion. Dans la présente affaire, les effets discriminatoires de la loi considérée suffisent en eux-mêmes pour établir l'existence de la discrimination.

(ii) Effets discriminatoires de l'exclusion

Les effets de l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs ouvrant droit à la protection prévue par l'*IRPA* doivent être considérés dans le contexte de la nature et de l'objet du texte législatif. L'*IRPA* crée un régime général et complet pour la protection des individus contre la discrimination dans le secteur privé. Son préambule énumère comme suit les objets et les principes qui la sous-tendent:

[TRADUCTION]

ATTENDU QUE la reconnaissance de la dignité inhérente et des droits égaux et inaliénables de chacun constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde;

ATTENDU QUE l'Alberta reconnaît qu'il est fondamental et dans l'intérêt public que chacun jouisse de la même dignité et des mêmes droits sans égard à la race,

religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin; and

WHEREAS it is fitting that this principle be affirmed by the Legislature of Alberta in an enactment whereby those rights of the individual may be protected

95 The commendable goal of the legislation, then, is to affirm and give effect to the principle that all persons are equal in dignity and rights. It prohibits discrimination in a number of areas and with respect to an increasingly expansive list of grounds.

96 The comprehensive nature of the Act must be taken into account in considering the effect of excluding one ground from its protection. 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*". McClung J.A. in the Alberta Court of Appeal was of the opinion that these comments were binding on the court and compelled the allowance of the appeal. With respect I believe he was mistaken. Those comments contemplated a type of legislation different from that at issue in this case, namely, legislation which seeks to address one specific problem or type of discrimination. The case at bar presents a very different situation. It is concerned with legislation that purports to provide comprehensive protection from discrimination for all individuals in Alberta. The selective exclusion of one group from that comprehensive protection therefore has a very different effect.

97 The first and most obvious effect of the exclusion of sexual orientation is that lesbians or gay men who experience discrimination on the basis of their sexual orientation are denied recourse to the mechanisms set up by the *IRPA* to make a formal

aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance ou au lieu d'origine;

ATTENDU QU'il est opportun que ce principe soit consacré par la législature de l'Alberta au moyen d'un texte législatif garantissant ces droits de la personne

L'objectif louable de la loi est donc d'affirmer et de mettre en œuvre le principe selon lequel chacun jouit de la même dignité et des mêmes droits. La discrimination est interdite dans un certain nombre de domaines et sur le fondement de motifs de plus en plus nombreux.

Le fait que la Loi établit un régime complet doit être pris en considération dans l'analyse de l'effet qu'a l'exclusion d'un motif de distinction illicite. 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*». Le juge McClung de la Cour d'appel de l'Alberta a estimé que ces remarques liaient la cour et l'obligeaient à accueillir l'appel. En toute déférence, je crois qu'il a été induit en erreur. Ces remarques avaient trait à une loi d'un caractère différent de celle qui est contestée en l'espèce, savoir une loi visant un problème ou type particulier de discrimination. Les faits de la présente espèce sont très différents. Le texte législatif incriminé vise à assurer à chacun une protection complète contre la discrimination en Alberta. L'exclusion sélective d'un groupe en particulier de cette protection complète a donc un effet très différent.

Le premier effet, et le plus évident, de l'exclusion de l'orientation sexuelle est que les homosexuels victimes de discrimination fondée sur leur orientation sexuelle n'ont pas accès à la procédure établie par l'*IRPA* pour le dépôt d'une plainte offi-

complaint of discrimination and seek a legal remedy. Thus, the Alberta Human Rights Commission could not hear Vriend's complaint and cannot consider a complaint or take any action on behalf of any person who has suffered discrimination on the ground of sexual orientation. The denial of access to remedial procedures for discrimination on the ground of sexual orientation must have dire and demeaning consequences for those affected. This result is exacerbated both because the option of a civil remedy for discrimination is precluded and by the lack of success that lesbian women and gay men have had in attempting to obtain a remedy for discrimination on the ground of sexual orientation by complaining on other grounds such as sex or marital status. Persons who are discriminated against on the ground of sexual orientation, unlike others protected by the Act, are left without effective legal recourse for the discrimination they have suffered.

It may at first be difficult to recognize the significance of being excluded from the protection of human rights legislation. However it imposes a heavy and disabling burden on those excluded. In *Romer v. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996), the U.S. Supreme Court observed, at p. 1627:

. . . the [exclusion] imposes a special disability upon those persons alone. Homosexuals are forbidden the safeguards that others enjoy or may seek without constraint. . . . These are protections taken for granted by most people either because they already have them or do not need them; these are protections against exclusion from an almost limitless number of transactions and endeavors that constitute ordinary civic life in a free society.

While that case concerned an explicit exclusion and prohibition of protection from discrimination, the effect produced by the legislation in this case is similar. The denial by legislative omission of protection to individuals who may well be in need of it is just as serious and the consequences just as grave as that resulting from explicit exclusion.

cielle et l'obtention d'une réparation. Ainsi, l'Alberta Human Rights Commission n'a pu connaître de la plainte de M. Vriend et ne peut être saisie de la plainte d'une victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ni prendre quelque mesure que ce soit pour le compte d'une telle personne. Les conséquences tragiques et infamantes que ne peut manquer d'avoir le nonaccès des victimes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle aux recours prévus par la Loi sont exacerbées tant par l'exclusion de tout recours au civil que par le peu de succès qu'ont eu les homosexuels qui ont tenté d'obtenir réparation pour une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en invoquant d'autres motifs comme le sexe ou l'état matrimonial. Contrairement aux personnes protégées par l'*IRPA*, les victimes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle sont privées de tout recours juridique efficace à cet égard.

Il peut être difficile de saisir d'emblée l'importance d'être exclu de la protection assurée par une loi sur les droits de la personne. Il en résulte cependant un fardeau lourd qui réduit la capacité des personnes touchées par cette exclusion. Comme l'a fait observer la Cour suprême des États-Unis dans *Romer c. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996), à la p. 1627:

[TRADUCTION] . . . en raison de l'exclusion une incapacité particulière frappe ces seules personnes. Les homosexuels se voient refuser les garanties accordées aux autres ou que les autres peuvent revendiquer sans contrainte. [. . .] Il s'agit d'une protection que la plupart des gens tiennent pour acquise parce qu'ils en bénéficient déjà ou qu'ils n'en ont pas besoin; il s'agit d'une protection contre l'exclusion à l'égard d'un nombre presque illimité de rapports et d'activités dont est faite la vie du citoyen ordinaire dans une société libre.

Bien que cette affaire porte sur un cas explicite d'exclusion du régime de protection contre la discrimination, l'effet de la loi est semblable en l'espèce. Le refus, par la voie d'une omission du législateur, d'accorder la protection à des personnes fort susceptibles d'en avoir besoin est tout aussi grave que l'exclusion explicite du régime de protection, et ses conséquences sont toutes aussi sérieuses.

99

Apart from the immediate effect of the denial of recourse in cases of discrimination, there are other effects which, while perhaps less obvious, are at least as harmful. In *Haig*, the Ontario Court of Appeal based its finding of discrimination on both the “failure to provide an avenue for redress for prejudicial treatment of homosexual members of society” and “the possible inference from the omission that such treatment is acceptable” (p. 503). It can be reasonably inferred that the absence of any legal recourse for discrimination on the ground of sexual orientation perpetuates and even encourages that kind of discrimination. The respondents contend that it cannot be assumed that the “silence” of the *IRPA* reinforces or perpetuates discrimination, since governments “cannot legislate attitudes”. However, this argument seems disingenuous in light of the stated purpose of the *IRPA*, to prevent discrimination. It cannot be claimed that human rights legislation will help to protect individuals from discrimination, and at the same time contend that an exclusion from the legislation will have no effect.

100

However, let us assume, contrary to all reasonable inferences, that exclusion from the *IRPA*'s protection does not actually contribute to a greater incidence of discrimination on the excluded ground. Nonetheless that exclusion, deliberately chosen in the face of clear findings that discrimination on the ground of sexual orientation does exist in society, sends a strong and sinister message. The very fact that sexual orientation is excluded from the *IRPA*, which is the Government's primary statement of policy against discrimination, certainly suggests that discrimination on the ground of sexual orientation is not as serious or as deserving of condemnation as other forms of discrimination. It could well be said that it is tantamount to condoning or even encouraging discrimination against lesbians and gay men. Thus this exclusion clearly gives rise to an effect which constitutes discrimination.

Outre l'effet immédiat de la privation de tout recours en cas de discrimination, il existe d'autres répercussions qui, bien qu'elles puissent être moins évidentes, sont à tout le moins aussi préjudiciables. Dans l'arrêt *Haig*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu à l'exercice d'une discrimination sur le fondement à la fois [TRADUCTION] «de l'omission de prévoir une voie de recours au bénéfice des homosexuels qui sont victimes d'actes préjudiciables» et «du fait que l'omission permet de conclure que de tels actes sont acceptables» (p. 503). Il est plausible que l'absence de tout recours légal en cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle perpétue, voire encourage, ce genre de discrimination. Les intimés soutiennent qu'on ne peut supposer que le «silence» de l'*IRPA* renforce ou perpétue la discrimination, étant donné que l'État «ne peut régir les mentalités». Toutefois, cet argument semble captieux étant donné que l'*IRPA* vise expressément à empêcher la discrimination. On ne peut dire qu'une loi sur les droits de la personne contribuera à protéger les individus contre la discrimination et, en même temps, prétendre qu'une exclusion du bénéfice de la loi n'aura aucun effet.

Cependant, supposons, malgré toutes les conclusions qu'il est raisonnable de tirer, que l'exclusion d'un motif ouvrant droit à la protection prévue par l'*IRPA* n'a pas pour effet d'accroître la discrimination fondée sur ce motif. Cette exclusion, établie délibérément dans un contexte où il est évident que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle existe dans la société, transmet néanmoins un message à la fois clair et sinistre. Le fait même que l'orientation sexuelle ne soit pas un motif de distinction illicite aux termes de l'*IRPA*, laquelle constitue le principal énoncé de politique du gouvernement contre la discrimination, laisse certainement entendre que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'est pas aussi grave ou condamnable que les autres formes de discrimination. On pourrait même soutenir que cela équivaut à tolérer ou même à encourager la discrimination contre les homosexuels. En conséquence, cette exclusion a manifestement un effet qui constitue de la discrimination.

The exclusion sends a message to all Albertans that it is permissible, and perhaps even acceptable, to discriminate against individuals on the basis of their sexual orientation. The effect of that message on gays and lesbians is one whose significance cannot be underestimated. As a practical matter, it tells them that they have no protection from discrimination on the basis of their sexual orientation. Deprived of any legal redress they must accept and live in constant fear of discrimination. These are burdens which are not imposed on heterosexuals.

Perhaps most important is the psychological harm which may ensue from this state of affairs. Fear of discrimination will logically lead to concealment of true identity and this must be harmful to personal confidence and self-esteem. Compounding that effect is the implicit message conveyed by the exclusion, that gays and lesbians, unlike other individuals, are not worthy of protection. This is clearly an example of a distinction which demeans the individual and strengthens and perpetrates the view that gays and lesbians are less worthy of protection as individuals in Canada's society. The potential harm to the dignity and perceived worth of gay and lesbian individuals constitutes a particularly cruel form of discrimination.

Even if the discrimination is experienced at the hands of private individuals, it is the state that denies protection from that discrimination. Thus the adverse effects are particularly invidious. This was recognized in the following statement from *Egan* (at para. 161):

The law confers a significant benefit by providing state recognition of the legitimacy of a particular status. The denial of that recognition may have a serious detrimental effect upon the sense of self-worth and dignity of members of a group because it stigmatizes them Such legislation would clearly infringe s. 15(1) because its provisions would indicate that the excluded groups were inferior and less deserving of benefits.

L'exclusion envoie à tous les Albertains le message qu'il est permis et, peut-être même, acceptable d'exercer une discrimination à l'égard d'une personne sur le fondement de son orientation sexuelle. On ne saurait sous-estimer l'ampleur des répercussions d'un tel message sur les homosexuels. Sur le plan pratique, ce message leur dit qu'ils ne sont pas protégés contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Privés de tout recours légal, ils doivent accepter la discrimination et craindre constamment d'en être victimes. Il s'agit là de fardeaux que n'ont pas à porter les hétérosexuels.

La souffrance psychologique est peut-être le préjudice le plus important dans de telles circonstances. La crainte d'être victime de discrimination mènera logiquement à la dissimulation de son identité véritable, ce qui nuit certainement à la confiance en soi et à l'estime de soi. S'ajoute à cet effet le message tacite découlant de l'exclusion, savoir que les homosexuels, contrairement aux autres personnes, ne méritent aucune protection. Il s'agit clairement d'une distinction qui avilit la personne et qui renforce et perpétue l'idée voulant que les homosexuels soient des personnes moins dignes de protection au sein de la société canadienne. L'atteinte potentielle à la dignité des homosexuels et à la valeur qu'on leur reconnaît constitue une forme particulièrement cruelle de discrimination.

Même si la discrimination est le fait de particuliers, c'est l'État qui nie toute protection aux victimes. Ainsi, les répercussions défavorables sont particulièrement odieuses. C'est ce qui a été reconnu dans l'extrait suivant de l'arrêt *Egan* (au par. 161):

La loi confère un avantage considérable en attribuant la reconnaissance de l'État à la légitimité d'un statut particulier. Le refus d'une telle reconnaissance risque d'avoir un effet gravement préjudiciable sur le sentiment de valeur personnelle et de dignité des membres d'un groupe car, même s'ils ne subissent aucune perte financière, ils s'en trouvent stigmatisés. [. . .] Une telle loi porterait clairement atteinte au par. 15(1) parce que ses dispositions feraient croire que les groupes exclus sont inférieurs et ne sont pas aussi dignes que les autres de bénéficier des avantages.

101

102

103

This reasoning applies *a fortiori* in a case such as this where the denial of recognition involves something as fundamental as the right to be free from discrimination.

Ce raisonnement s'applique à plus forte raison dans le cas où, comme en l'espèce, le refus de reconnaissance porte sur quelque chose d'aussi fondamental que le droit d'être protégé contre la discrimination.

104 In excluding sexual orientation from the *IRPA*'s protection, the Government has, in effect, stated that "all persons are equal in dignity and rights", except gay men and lesbians. Such a message, even if it is only implicit, must offend s. 15(1), the "section of the *Charter*, more than any other, which recognizes and cherishes the innate human dignity of every individual" (*Egan*, at para. 128). This effect, together with the denial to individuals of any effective legal recourse in the event they are discriminated against on the ground of sexual orientation, amount to a sufficient basis on which to conclude that the distinction created by the exclusion from the *IRPA* constitutes discrimination.

En soustrayant à l'application de l'*IRPA* la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, le gouvernement a, dans les faits, affirmé que «chacun joui[t] de la même dignité et des mêmes droits», sauf les homosexuels. Un tel message, même s'il n'est que tacite, ne peut que violer le par. 15(1), la «disposition de la *Charte*, plus que toute autre, qui reconnaît et défend la dignité humaine innée de chacun» (*Egan*, au par. 128). Cet effet, combiné à la privation de tout recours juridique efficace en cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, suffit pour conclure que la distinction créée par l'exclusion de l'*IRPA* constitue une discrimination.

4. "Mirror" Argument

4. L'argument relatif au «reflet»

105 The respondents take the position that if the appellants are successful, the result will be that human rights legislation will always have to "mirror" the *Charter* by including all of the enumerated and analogous grounds of the *Charter*. This would have the undesirable result of unduly constraining legislative choice and allowing the *Charter* to indirectly regulate private conduct, which should be left to the legislatures.

Les intimés font valoir que si les appelants ont gain de cause, toute loi sur les droits de la personne devra toujours être le «reflet» de la *Charte* et prévoir tous les motifs énumérés dans celle-ci, de même que les motifs analogues. Un tel résultat n'est pas souhaitable selon eux parce que ce serait restreindre indûment les choix du législateur et permettre que la *Charte* régie indirectement l'activité privée, laquelle devrait continuer de ressortir aux législatures.

106 It is true that if the appellants' position is accepted, the result might be that the omission of one of the enumerated or analogous grounds from key provisions in comprehensive human rights legislation would always be vulnerable to constitutional challenge. It is not necessary to deal with the question since it is simply not true that human rights legislation will be forced to "mirror" the *Charter* in all cases. By virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, the *Charter* is part of the "supreme law of Canada", and so, human rights legislation, like all other legislation in Canada, must conform to its requirements. However, the

Il est vrai que si les prétentions des appelants sont acceptées, l'omission de l'un des motifs énumérés au par. 15(1) ou des motifs analogues dans les dispositions clés d'une loi d'ensemble sur les droits de la personne serait toujours susceptible d'être contestée sur le plan constitutionnel. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'examiner la question car il n'est tout simplement pas exact de dire que les dispositions sur les droits de la personne devront toujours être l'exact «reflet» de la *Charte*. Aux termes de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la *Charte* fait partie de la «loi suprême du Canada», de sorte que les dispositions relatives aux

notion of “mirroring” is too simplistic. Whether an omission is unconstitutional must be assessed in each case, taking into account the nature of the exclusion, the type of legislation, and the context in which it was enacted. The determination of whether a particular exclusion complies with s. 15 of the *Charter* would not be made through the mechanical application of any “mirroring” principle, but rather, as in all other cases, by determining whether the exclusion was proven to be discriminatory in its specific context and whether the discrimination could be justified under s. 1. If a provincial legislature chooses to take legislative measures which do not include all of the enumerated and analogous grounds of the *Charter*, deference may be shown to this choice, so long as the tests for justification under s. 1, including rational connection, are satisfied.

5. Conclusion Regarding Section 15

In summary, this Court has no choice but to conclude that the *IRPA*, by reason of the omission of sexual orientation as a protected ground, clearly violates s. 15 of the *Charter*. The *IRPA* in its underinclusive state creates a distinction which results in the denial of the equal benefit and protection of the law on the basis of sexual orientation, a personal characteristic which has been found to be analogous to the grounds enumerated in s. 15. This, in itself, would be sufficient to conclude that discrimination is present and therefore there is a violation of s. 15. The serious discriminatory effects of the exclusion of sexual orientation from the Act reinforce this conclusion. As a result, it is clear that the *IRPA*, as it stands, violates the equality rights of the appellant Vriend and of other gays and lesbians. It is therefore necessary to determine whether this violation can be justified under s. 1. This analysis will be undertaken by my colleague.

droits de la personne, à l’instar de toute autre loi au Canada, doivent se conformer à ses exigences. Cependant, la notion de «reflet» est trop simpliste. La constitutionnalité d’une omission doit être évaluée en fonction des faits de chaque espèce, compte tenu de la nature de l’exclusion et de la loi en cause, ainsi que du contexte dans lequel cette dernière a été adoptée. La détermination de la conformité d’une exclusion donnée à l’art. 15 de la *Charte* ne consiste pas à appliquer, de façon mécanique, un principe de reflet, mais plutôt, comme c’est le cas pour toute autre mesure, à se demander si l’exclusion s’avère discriminatoire dans son contexte particulier et si la discrimination peut être justifiée conformément à l’article premier. Les tribunaux pourront faire preuve de retenue à l’égard du choix d’un législateur provincial qui décide de prendre des mesures législatives qui n’incluent pas tous les motifs énumérés de la *Charte* ou les motifs analogues dans la mesure où il est satisfait aux critères de justification de l’article premier, y compris le critère du lien rationnel.

5. Conclusion concernant l’art. 15

En résumé, notre Cour n’a d’autre choix que de conclure qu’étant donné l’omission de l’orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, l’*IRPA* viole manifestement l’art. 15 de la *Charte*. De par sa portée trop limitative, l’*IRPA* crée une distinction qui conduit à la négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi sur le fondement de l’orientation sexuelle, caractéristique personnelle reconnue comme étant analogue aux motifs énumérés à l’art. 15. En soi, cela suffirait pour conclure qu’il y a discrimination et, partant, violation de l’art. 15. Les effets discriminatoires graves de l’exclusion de l’orientation sexuelle de la Loi renforcent cette conclusion. En conséquence, l’*IRPA*, dans sa version actuelle, viole de toute évidence les droits à l’égalité de l’appellant Vriend et des autres homosexuels. Il est donc nécessaire de décider si cette violation peut être justifiée conformément à l’article premier, analyse à laquelle procédera mon collègue.

IACOBUCCI J.I. AnalysisA. Section 1 of the Charter

108 Section 1 of the *Charter* guarantees the rights and freedoms set out therein, but allows for *Charter* infringements provided that the state can establish that they are reasonably justifiable in a free and democratic society. The analytical framework for determining whether a statutory provision is a reasonable limit on a *Charter* right or freedom has been set out many times since it was first established in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. It was recently restated in *Egan, supra*, at para. 182, which was quoted with approval in *Eldridge, supra*, at para. 84:

A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right. In all s. 1 cases the burden of proof is with the government to show on a balance of probabilities that the violation is justifiable.

1. Pressing and Substantial Objective

109 The appellants note that the jurisprudence is somewhat divided with respect to the proper focus of the analysis at this stage of the s. 1 inquiry. While some authorities have examined the purpose of the legislation in its entirety (see e.g. *Miron, supra*; *Egan, supra*), others have considered only the purpose of the limitation that allegedly infringes the *Charter* (see e.g. *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, per McLachlin J.; *McKinney, supra*).

LE JUGE IACOBUCCII. AnalyseA. L'article premier de la Charte

L'article premier de la *Charte* garantit les droits et libertés énoncés dans ce texte de loi, mais prévoit qu'il peut y être porté atteinte dans la mesure où l'État peut démontrer que la violation est raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique. Le cadre analytique servant à déterminer si une disposition législative constitue une limite raisonnable apportée à une liberté ou à un droit garantis par la *Charte* a été exposé à maintes reprises depuis qu'il a été énoncé la première fois dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le dernier exposé qui en a été fait dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 182, a été cité et approuvé dans l'arrêt *Eldridge*, précité, au par. 84:

L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera valide à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif. Dans le contexte de l'article premier, il incombe toujours au gouvernement de prouver selon la prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier.

1. Objectif urgent et réel

Les appelants font observer que la jurisprudence paraît quelque peu divisée sur la portée de l'examen qu'il convient d'effectuer à cette étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Dans certaines décisions, en effet, la Cour a examiné l'objet de la loi prise dans son ensemble (notamment dans les arrêts *Miron* et *Egan*, précités), tandis que dans d'autres, seul l'objectif de la disposition limitative censée enfreindre la *Charte* a fait l'objet d'un examen (voir, par ex., les arrêts *RJR-MacDonald Inc.*

In my view, where, as here, a law has been found to violate the *Charter* owing to underinclusion, the legislation as a whole, the impugned provisions, and the omission itself are all properly considered.

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.

However, in my opinion, 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.

Applying these principles to the case at bar, the preamble of the *IRPA* suggests that the object of the Act in its entirety is the recognition and protection of the inherent dignity and inalienable rights of Albertans through the elimination of discriminatory practices. Clearly, the protection of human rights in our society is a laudable goal and is aptly described as pressing and substantial. As to the impugned provisions, their objective can generally be described as the protection against discrimination for Albertans belonging to specific groups in various settings, for example, employment and accommodation. This too is properly regarded as a pressing and substantial objective.

c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199, le juge McLachlin, et *McKinney*, précité). À mon avis, lorsque, comme en l’espèce, une loi est jugée contraire à la *Charte* en raison de sa portée trop limitative, c’est tout à la fois la loi considérée dans son ensemble, les dispositions contestées ainsi que l’omission elle-même qu’il y a lieu de prendre en compte.

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.

À mon avis, toutefois, 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.

Appliquons ces principes à la présente espèce. Le préambule de l’*IRPA* donne à entendre que, dans son ensemble, la Loi vise à reconnaître et à protéger la dignité inhérente et les droits inaliénables des citoyens de l’Alberta par l’élimination des pratiques discriminatoires. Dans notre société, la protection des droits de la personne est certainement un objectif louable qu’on peut à bon droit qualifier d’urgent et de réel. Pour ce qui est des dispositions contestées, on peut dire que de manière générale leur objectif est la protection des Albertains appartenant à des groupes déterminés contre la discrimination exercée dans divers domaines, tel l’emploi et l’hébergement. Cet objectif peut à juste titre être également considéré comme un objectif urgent et réel.

110

111

112

113

Against this backdrop, what can be said of the objective of the omission? The respondents submit that only the overall goal of the Act need be examined and offer no direct submissions in answer to this question. In the Court of Appeal, absent any evidence on this point, Hunt J.A. relied on the factum of the respondents from which she gleaned several possible reasons why, when the matter was debated by the Alberta Legislature in 1985 and considered at various other times, a decision was made not to add sexual orientation to the *IRPA*. Some of these same reasons appear in the factum that the respondents have submitted to this Court and include the following:

- The *IRPA* is inadequate to address some of the concerns expressed by the homosexual community (e.g. parental acceptance) (paragraph 57);
- Attitudes cannot be changed by order of the Human Rights Commission (paragraph 57);
- Despite the Minister asking for examples which would be ameliorated by the inclusion of sexual orientation in the *IRPA* (e.g. employment), only a few illustrations were provided (paragraph 57);
- Codification of marginal grounds which affect few persons raises objections from larger numbers of others, adding to the number of exemptions that would have been needed to satisfy both groups (paragraph 66).

114

In my view, although these statements go some distance toward explaining the Legislature's choice to exclude sexual orientation from the *IRPA*, this is not the type of evidence required under the first step of the *Oakes* test. At the first stage of that test, the government is asked to demonstrate that the "objective" of the omission is pressing and substantial. An "objective", being a goal or a purpose to be achieved, is a very different concept from an "explanation" which makes plain that which is not immediately obvious. In my opin-

Avec cette toile de fond, que dire de l'objectif de l'omission? Les intimés soutiennent qu'il ne faut examiner que l'objectif d'ensemble de la Loi, et leur argumentation ne permet pas de répondre directement à cette question. En cour d'appel, faute de preuve sur ce point, le juge Hunt s'est fondée sur le mémoire des intimés. Elle en a dégagé plusieurs raisons pouvant expliquer pourquoi, lorsque la question a été débattue par la législature de l'Alberta en 1985 et examinée à diverses autres occasions, on a décidé de ne pas ajouter l'orientation sexuelle dans l'*IRPA*. Les intimés ont repris certaines de ces raisons dans le mémoire qu'ils ont présenté à notre Cour, dont les suivantes:

- L'*IRPA* n'offre pas le cadre approprié pour répondre à certaines des préoccupations exprimées par la communauté homosexuelle (par ex. l'acceptation parentale) (paragraphe 57);
- Ce n'est pas une ordonnance de la Commission des droits de la personne qui peut changer les attitudes (paragraphe 57);
- Bien que le ministre ait demandé qu'on lui donne des exemples de cas où l'inclusion de l'orientation sexuelle dans l'*IRPA* (par ex. en matière d'emploi) pourrait apporter une amélioration, seuls quelques cas lui ont été fournis (paragraphe 57);
- La codification de motifs marginaux touchant un petit nombre de personnes soulève des objections de la part de groupes numériquement supérieurs, ce qui ajoute au nombre des exemptions qui seraient nécessaires pour satisfaire les deux groupes (paragraphe 66).

Bien que ces énoncés contribuent, dans une certaine mesure, à expliquer le choix du législateur d'exclure l'orientation sexuelle de l'*IRPA*, ce n'est pas, à mon sens, le type de preuve qu'il faut faire dans le cadre de la première étape du critère de *Oakes*. À cette première étape, le gouvernement doit démontrer que l'«objectif» de l'omission est urgent et réel. Or, la notion d'«objectif», savoir un but ou un objet à atteindre, est très différente de la notion d'«explication», qui signifie rendre clair ce qui n'apparaît pas évident d'emblée. À mon avis,

ion, the above statements fall into the latter category and hence are of little help.

In his reasons for judgment, McClung J.A. alludes to “moral” considerations that likely informed the Legislature’s choice. However, even if such considerations could be said to amount to a pressing and substantial objective (a position which I find difficult to accept in this case), I note that it is well established that the onus of justifying a *Charter* infringement rests on the government (see e.g. *Andrews v. Law Society of British Columbia, supra*). In the absence of any submissions regarding the pressing and substantial nature of the objective of the omission, the respondents have failed to discharge their evidentiary burden, and thus, I conclude that their case must fail at this first stage of the s. 1 analysis.

Often, the objective of an omission is discernible from the Act as a whole. Where it is not, one can look to the effects of the omission. Even if I were to put the evidentiary burden aside in an attempt to discover an objective for the omission from the provisions of the *IRPA*, in my view, the result would be the same. As I noted above, the overall goal of the *IRPA* is the protection of the dignity and rights of all persons living in Alberta. The exclusion of sexual orientation from the Act effectively denies gay men and lesbians such protection. 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. Thus, on either analysis, the respondents’ case fails at the initial step of the *Oakes* test.

2. Proportionality Analysis

(a) *Rational Connection*

On the basis of my conclusion above, it is not necessary to analyse the second part of the *Oakes* test to dispose of this appeal. However, to deal

les énoncés susmentionnés relèvent de la dernière catégorie et ne sont donc pas d’un grand secours.

Dans ses motifs, le juge McClung fait allusion aux considérations «morales» qui ont vraisemblablement guidé le choix du législateur. Toutefois, même si ces considérations pouvaient être qualifiées d’urgentes et réelles (opinion difficilement acceptable à mon sens en l’espèce), je souligne que, selon une jurisprudence constante, c’est au gouvernement qu’incombe la responsabilité de justifier la violation de la *Charte* (voir par ex. *Andrews c. Law Society of British Columbia, précité*). Vu l’absence d’observations quant à la nature urgente et réelle de l’objectif de l’omission, les intimés ne se sont pas déchargés de leur fardeau de preuve et j’en conclus qu’ils n’ont pas réussi à franchir cette première étape de l’analyse fondée sur l’article premier.

L’objectif d’une omission se dégage souvent de la Loi considérée dans son ensemble. Dans le cas contraire, l’on peut examiner les effets de l’omission. Toutefois, même si j’écarterais la question du fardeau de la preuve pour tenter de discerner l’objectif de l’omission dans les dispositions de l’*IRPA*, le résultat serait à mon avis le même. Comme je l’ai indiqué précédemment, le but général de l’*IRPA* est la protection de la dignité et des droits de tous les habitants de l’Alberta. Or, l’exclusion de l’orientation sexuelle nie de fait cette protection aux homosexuels. 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. Donc, suivant l’une ou l’autre analyse, les intimés échouent à l’étape initiale du critère de l’arrêt *Oakes*.

2. Évaluation de la proportionnalité

a) *Lien rationnel*

Compte tenu de la conclusion que je viens de tirer, il n’est pas nécessaire d’analyser la seconde partie du critère de l’arrêt *Oakes* pour trancher le

115

116

117

with this matter more fully, I will go on to consider the remainder of the test. I will assume, solely for the sake of the analysis, that the respondents correctly argued that where the objective of the whole of the legislation is pressing and substantial, this is sufficient to satisfy the first stage of the inquiry under s. 1 of the *Charter*.

présent pourvoi. Toutefois, pour analyser cette question plus avant, j'examinerai les autres aspects du critère. Je présume, uniquement aux fins de l'analyse, que les intimés ont prétendu à bon droit que lorsque le texte législatif dans son ensemble vise un objectif urgent et réel, cela suffit à satisfaire à la première étape de l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*.

118 At the second stage of the *Oakes* test, the preliminary inquiry is a consideration of the rationality of the impugned provisions (*Oakes, supra*, at p. 141). The party invoking s. 1 must demonstrate that a rational connection exists between the objective of the provisions under attack and the measures that have been adopted. Thus, in the case at bar, it falls to the Legislature to show that there is a rational connection between the goal of protection against discrimination for Albertans belonging to specific groups in various settings, and the exclusion of gay men and lesbians from the impugned provisions of the *IRPA*.

À la seconde étape du critère de l'arrêt *Oakes*, l'examen préliminaire porte sur la rationalité des dispositions contestées (*Oakes*, précité, à la p. 141). La partie invoquant l'article premier doit établir qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif des dispositions attaquées et les mesures qui ont été adoptées. En l'espèce, il incombe donc au législateur de prouver qu'il y a un lien rationnel entre d'une part le but à atteindre, soit la protection des Albertains appartenant à des groupes déterminés contre la discrimination exercée dans divers domaines, et d'autre part l'exclusion des homosexuels des dispositions contestées de l'*IRPA*.

119 Far from being rationally connected to the objective of the impugned provisions, the exclusion of sexual orientation from the Act is antithetical to that goal. Indeed, it would be nonsensical to say that the goal of protecting persons from discrimination is rationally connected to, or advanced by, denying such protection to a group which this Court has recognized as historically disadvantaged (see *Egan, supra*).

Loin d'être rationnellement liée à l'objectif des dispositions contestées, l'exclusion de l'orientation sexuelle en est l'antithèse. Il serait absurde, en vérité, d'affirmer qu'il existe un lien rationnel entre la protection contre la discrimination et le refus d'accorder cette même protection à un groupe qui, d'après la jurisprudence de notre Cour, a été victime d'un désavantage historique (voir l'arrêt *Egan*, précité), ou de soutenir que l'objectif de protection peut être atteint de cette façon.

120 However, relying on the reasons of Sopinka J. in *Egan*, the respondents submit that a rational connection to the purpose of a statute can be achieved through the use of incremental means which, over time, expand the scope of the legislation to all those whom the legislature determines to be in need of statutory protection. The respondents further suggest that the legislative history of the *IRPA* demonstrates a pattern of progressive incrementalism sufficient to meet the Government's onus under the rational connection stage of the *Oakes*

Les intimés, toutefois, s'appuyant sur les motifs du juge Sopinka dans l'arrêt *Egan*, soutiennent que le lien rationnel peut s'établir de façon graduelle, par élargissement progressif de la portée de la loi, de façon que celle-ci s'applique avec le temps à tous ceux qui, d'après le législateur, ont besoin de protection législative. Les intimés affirment en outre que l'historique de l'*IRPA* montre l'existence d'un élargissement progressif permettant au gouvernement de s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombe à l'étape relative au lien rationnel

test. In my view, this argument cannot be sustained.

The incrementalism approach was advocated in *Egan* by Sopinka J. in a context very different from that in the case at bar. Firstly, in *Egan*, where the concern was the exclusion of same-sex couples from the *Old Age Security Act's* definition of the term "spouse", the Attorney General took the position that more acceptable arrangements could be worked out over time. In contrast, in the present case, the inclusion of sexual orientation in the *IRPA* has been repeatedly rejected by the Alberta Legislature. Thus, it is difficult to see how any form of "incrementalism" is being applied with regard to the protection of the rights of gay men and lesbians. Secondly, in *Egan* there was considerable concern regarding the financial impact of extending a benefits scheme to a previously excluded group. Including sexual orientation in the *IRPA* does not give rise to the same concerns. Indeed, the trial judge, despite the absence of evidence on this matter, assumed that the budgetary impact on the Human Rights Commission would not be substantial enough to change the scheme of the legislation. Having not heard anything persuasive to the contrary, I am prepared to make this same assumption.

In addition, in *Egan*, writing on behalf of myself and Cory J., I took the position that the need for governmental incrementalism was an inappropriate justification for *Charter* violations. I remain convinced that this approach is generally not suitable for that purpose, especially where, as here, the statute in issue is a comprehensive code of human rights provisions. In my opinion, groups that have historically been the target of discrimination cannot be expected to wait patiently for the protection of their human dignity and equal rights while governments move toward reform one step at a time. If the infringement of the rights and freedoms of these groups is permitted to persist while governments fail to pursue equality diligently, then the

de l'application du critère établi dans l'arrêt *Oakes*. Selon moi, cet argument n'est pas fondé.

Le contexte ayant amené le juge Sopinka à préconiser la formule graduelle dans l'arrêt *Egan* diffère passablement de la présente situation. Premièrement, dans cette affaire portant sur l'exclusion des couples de même sexe de la définition du terme «conjoint» énoncée dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, le procureur général avait soutenu qu'il était possible de parvenir, avec le temps, à des solutions plus acceptables. En l'espèce, par contre, la législature de l'Alberta a refusé à maintes reprises d'ajouter l'orientation sexuelle aux motifs de discrimination interdits par l'*IRPA*. Il est difficile d'y voir une progression graduelle de la protection des droits des homosexuels. Deuxièmement, on s'était beaucoup intéressé, dans l'affaire *Egan*, à la question des répercussions financières qu'entraînerait l'application d'un régime de prestations à un groupe auparavant exclu. L'ajout de l'orientation sexuelle dans l'*IRPA* ne suscite pas les mêmes préoccupations. En fait, le juge de première instance a tenu pour acquis, malgré l'absence de preuve sur ce point, que les conséquences de cet ajout sur le budget de la Human Rights Commission ne seraient pas assez importantes pour modifier l'économie de la Loi. Comme on ne m'a pas convaincu du contraire, j'incline à tirer la même conclusion.

En outre, j'ai exprimé l'opinion, dans les motifs que j'ai exposés en mon nom et au nom du juge Cory dans l'arrêt *Egan*, que la nécessité pour le gouvernement de procéder par étape ne pouvait justifier une violation de la *Charte*. Je demeure convaincu que cette approche ne convient pas en général, surtout lorsque la loi en cause est, comme en l'espèce, un code complet des droits de la personne. À mon avis, on ne peut demander à des groupes qui sont depuis longtemps victimes de discrimination d'attendre patiemment que les gouvernements en viennent, étape par étape, à protéger leur dignité et leur droit à l'égalité. Si on tolère que les atteintes aux droits et aux libertés de ces groupes se poursuivent pendant que les gouverne-

121

122

guarantees of the *Charter* will be reduced to little more than empty words.

(b) *Minimal Impairment*

123 The respondents contend that an *IRPA* which is silent as to sexual orientation minimally impairs the appellants' s. 15 rights. The *IRPA* is alleged to be the type of social policy legislation that requires the Alberta Legislature to mediate between competing groups. It is suggested that the competing interests in the present case are religious freedom and homosexuality. Relying upon Sopinka J.'s reasons in *Egan*, the respondents advocate judicial deference in these circumstances. I reject these submissions for several reasons.

124 To begin, I cannot accede to the suggestion that the Alberta Legislature has been cast in the role of mediator between competing groups. To the extent that there may be a conflict between religious freedom and the protection of gay men and lesbians, the *IRPA* contains internal mechanisms for balancing these rival concerns. Section 11.1 of the *IRPA* provides a defence where the discrimination was "reasonable and justifiable in the circumstances". In addition, ss. 7(3) and 8(2) excuse discrimination which can be linked to a *bona fide* occupational requirement. The balancing provisions ensure that no conferral of rights is absolute. Rather, rights are recognized in tandem, with no one right being automatically paramount to another.

125 Given the presence of the internal balancing mechanisms, the argument that the Government's choices regarding the conferral of rights are constrained by its role as mediator between competing concerns cannot be sustained. The Alberta Legislature is not being asked to abandon the role of mediator. Rather, by virtue of the provisions of the *IRPA*, this is a task which is carried out as the Act is applied on a case-by-case basis in specific factual contexts. Thus, in the present case it is no answer to say that rights cannot be conferred upon one group because of a conflict with the rights of

ments négligent de prendre des mesures diligentes pour réaliser l'égalité, les garanties inscrites dans la *Charte* ne seront guère plus que des vœux pieux.

b) *Atteinte minimale*

Les intimés prétendent que l'*IRPA*, qui ne fait pas mention de l'orientation sexuelle, porte le moins possible atteinte aux droits des appelants garantis par l'art. 15. Selon eux, l'*IRPA* est un instrument législatif de politique sociale qui requiert de la législature de l'Alberta qu'elle agisse comme arbitre des revendications de groupes opposés. Ils affirment que les intérêts opposés en cause sont la liberté de religion et l'homosexualité. Invoquant les motifs du juge Sopinka dans l'arrêt *Egan*, les intimés exhortent la Cour à faire preuve de retenue judiciaire. Plusieurs raisons s'opposent à ce que je me rende à leurs arguments.

D'abord, je ne puis souscrire à l'opinion selon laquelle la législature de l'Alberta assume un rôle d'arbitre entre des groupes opposés. Si tant est qu'il y ait conflit entre la liberté de religion et la protection des homosexuels, l'*IRPA* renferme des mécanismes permettant de pondérer ces intérêts rivaux. En effet, l'art. 11.1 de l'*IRPA* prévoit un moyen de défense lorsque la discrimination est [TRADUCTION] «raisonnable et justifiable dans les circonstances», et les par. 7(3) et 8(2) excusent la discrimination lorsqu'elle se rattache à une exigence professionnelle justifiée. Ces dispositions de pondération font en sorte qu'aucun des droits conférés n'est absolu. Les droits sont reconnus les uns par rapport aux autres, et aucun n'a automatiquement préséance sur un autre.

Étant donné l'existence de ces mécanismes internes de pondération, l'argument voulant que le rôle d'arbitre entre des intérêts opposés que joue le gouvernement réduit les options qui lui sont ouvertes en matière d'octroi de droits ne saurait être retenu. Il ne s'agit pas de demander à la législature de l'Alberta de renoncer à son rôle de médiateur. En vertu de l'*IRPA*, cette tâche doit plutôt être accomplie, au cas par cas, en fonction des faits de chaque affaire. En l'espèce, par conséquent, il n'est pas fondé d'affirmer que des droits ne peuvent être conférés à un groupe en raison

others. A complete solution to any such conflict already exists within the legislation.

In any event, although this Court has recognized that the Legislatures ought to be accorded some leeway when making choices between competing social concerns (see e.g. *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Egan, supra, per Sopinka J.*), judicial deference is not without limits. In *Eldridge, supra*, La Forest J. quoted with approval from his reasons in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 44, wherein he stated that “the deference that will be accorded to the government when legislating in these matters does not give them an unrestricted licence to disregard an individual’s *Charter* rights”. This position was echoed by McLachlin J. in *RJR-MacDonald, supra*, at para. 136:

... care must be taken not to extend the notion of deference too far. Deference 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. Parliament has its role: to choose the appropriate response to social problems within the limiting framework of the Constitution. But the courts also have a role: to determine, objectively and impartially, whether Parliament’s choice falls within the limiting framework of the Constitution. The courts are no more permitted to abdicate their responsibility than is Parliament. To carry judicial deference to the point of accepting Parliament’s view simply on the basis that the problem is serious and the solution is difficult, would be to diminish the role of the courts in the constitutional process and to weaken the structure of rights upon which our constitution and our nation is founded.

In the present case, the Government of Alberta has failed to demonstrate that it had a reasonable basis for excluding sexual orientation from the *IRPA*. Gay men and lesbians do not have any, much less equal, protection against discrimination on the basis of sexual orientation under the *IRPA*. The exclusion constitutes total, not minimal, impairment of the *Charter* guarantee of equality.

d’un conflit avec les droits des autres. La Loi prévoit déjà la façon de régler de tels conflits.

Quoi qu’il en soit, même si notre Cour a reconnu que le législateur doit jouir d’une certaine latitude lorsqu’il fait des choix entre des intérêts sociaux divergents (voir les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *Egan*, précité, le juge Sopinka), le principe de la retenue judiciaire n’est pas sans limite. Dans l’arrêt *Eldridge*, précité, le juge La Forest a repris les motifs qu’il avait prononcés dans l’arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la p. 44, et dans lesquels il affirmait que «la retenue dont il sera fait preuve à l’égard du gouvernement qui légifère en ces matières ne lui permet pas d’enfreindre en toute impunité les droits dont bénéficie un individu en vertu de la *Charte*». Le juge McLachlin a fait écho à cette position dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, au par. 136:

... il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect. Le 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. Le Parlement a son rôle: choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle: déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s’inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n’ont pas plus le droit que le Parlement d’abdiquer leur responsabilité. Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l’intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s’ils portaient le respect jusqu’au point d’accepter le point de vue du Parlement simplement pour le motif que le problème est sérieux et la solution difficile.

En l’espèce, le gouvernement de l’Alberta n’a pas démontré qu’il avait un motif raisonnable d’exclure l’orientation sexuelle de l’*IRPA*. Cette loi ne confère aux homosexuels aucune protection contre la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle, et encore moins une protection égale. Une telle exclusion constitue une atteinte intégrale, et non minimale, à la garantie d’égalité énoncée

In these circumstances, the call for judicial deference is inappropriate.

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

128 The respondents did not address this third element of the proportionality requirement. However, in my view, the deleterious effects of the exclusion of sexual orientation from the *IRPA*, as noted by Cory J., are numerous and clear. As the Alberta Government has failed to demonstrate any salutary effect of the exclusion in promoting and protecting human rights, I cannot accept that there is any proportionality between the attainment of the legislative goal and the infringement of the appellants' equality rights. I conclude that the exclusion of sexual orientation from the *IRPA* does not meet the requirements of the *Oakes* test and accordingly, it cannot be saved under s. 1 of the *Charter*.

II. Remedy

A. *Introduction: The Relationship Between the Legislatures and the Courts Under the Charter*

129 Having found the exclusion of sexual orientation from the *IRPA* to be an unjustifiable violation of the appellants' equality rights, I now turn to the question of remedy under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Before discussing the jurisprudence on remedies, I believe it might be helpful to pause to reflect more broadly on the general issue of the relationship between legislatures and the courts in the age of the *Charter*.

130 Much was made in argument before us about the inadvisability of the Court interfering with or otherwise meddling in what is regarded as the proper role of the legislature, which in this case was to decide whether or not sexual orientation would be added to Alberta's human rights legislation. Indeed, it seems that hardly a day goes by without some comment or criticism to the effect that under

par la *Charte*. Dans ces circonstances, il ne convient pas d'invoquer le principe de la retenue judiciaire.

c) *Proportionnalité entre l'effet de la mesure et l'objectif de la loi*

Les intimés n'ont pas abordé ce troisième élément de l'exigence relative à la proportionnalité. J'estime toutefois que les effets néfastes de l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* sont, ainsi que le juge Cory l'a mentionné, nombreux et clairs. Comme le gouvernement de l'Alberta n'a pas établi quels bienfaits cette exclusion apportait à la promotion et à la protection des droits de la personne, je ne puis conclure à l'existence d'une quelconque proportionnalité entre l'atteinte de l'objectif législatif et la violation des droits à l'égalité des appelants. Je suis donc d'avis que l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* ne satisfait pas aux exigences du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* et qu'elle ne peut, en conséquence, être justifiée en vertu de l'article premier.

II. Réparation

A. *Introduction: la relation entre le législateur et les tribunaux sous le régime de la Charte*

Vu ma conclusion selon laquelle l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* contrevient de façon injustifiable aux droits des appelants à l'égalité, j'aborde maintenant la question de la réparation à accorder sous le régime de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il pourrait être utile, avant d'analyser la jurisprudence en cette matière, d'approfondir la question plus générale de la relation existant entre le législateur et les tribunaux à l'ère de la *Charte*.

On a soutenu avec insistance, au cours de l'argumentation, qu'il n'était pas souhaitable que la Cour intervienne ou s'imisce autrement dans ce qui est considéré comme le rôle propre du législateur, savoir, en l'espèce, trancher la question de l'ajout de l'orientation sexuelle au nombre des motifs de discrimination interdits par la loi albertaine relative aux droits de la personne. De fait, il

the *Charter* courts are wrongfully usurping the role of the legislatures. I believe this allegation misunderstands what took place and what was intended when our country adopted the *Charter* in 1981-82.

When the *Charter* was introduced, Canada went, in the words of former Chief Justice Brian Dickson, from a system of Parliamentary supremacy to constitutional supremacy (“Keynote Address”, in *The Cambridge Lectures 1985* (1985), at pp. 3-4). Simply put, each Canadian was given individual rights and freedoms which no government or legislature could take away. However, as rights and freedoms are not absolute, governments and legislatures could justify the qualification or infringement of these constitutional rights under s. 1 as I previously discussed. Inevitably disputes over the meaning of the rights and their justification would have to be settled and here the role of the judiciary enters to resolve these disputes. Many countries have assigned the important role of judicial review to their supreme or constitutional courts (for an excellent analysis on these developments see D. M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (1994); B. Ackerman, “The Rise of World Constitutionalism” (1997), 83 *Va. L. Rev.* 771).

We should recall that it was the deliberate choice of our provincial and federal legislatures in adopting the *Charter* to assign an interpretive role to the courts and to command them under s. 52 to declare unconstitutional legislation invalid.

However, giving courts the power and commandment to invalidate legislation where necessary has not eliminated the debate over the “legitimacy” of courts taking such action. As eloquently put by A. M. Bickel in his outstanding work *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2nd ed. 1986), “it thwarts the will of representatives of the . . . people” (p. 17). So judicial review, it is alleged, is illegitimate

se passe rarement une journée, semble-t-il, sans qu’on entende des commentaires ou des critiques selon lesquels la *Charte* permet aux tribunaux d’usurper le rôle du législateur. Je crois que ces propos reflètent une méconnaissance de ce qui s’est passé et de ce que l’on cherchait à accomplir quand notre pays a adopté la *Charte* en 1981-1982.

Lorsque la *Charte* a été introduite, le Canada est passé du système de la suprématie parlementaire à celui de la suprématie constitutionnelle, pour reprendre les propos de l’ancien juge en chef Brian Dickson («Keynote Address», dans *The Cambridge Lectures 1985* (1985), aux pp. 3 et 4). Plus simplement, chaque citoyen canadien a reçu des droits et des libertés qu’aucun gouvernement ni aucune législature ne pouvait lui reprendre. Ces droits et libertés n’étant pas absolus, toutefois, les gouvernements et les législatures pouvaient justifier la restriction ou la violation de ces droits constitutionnels en conformité avec l’article premier, ainsi que je l’ai déjà expliqué. Il était inévitable que surgissent des litiges concernant la portée des droits et leur justification et que les tribunaux soient appelés à les régler. Dans de nombreux pays, l’importante tâche de la révision judiciaire a été confiée à la cour suprême ou à la cour constitutionnelle (pour une excellente analyse de cette tendance nouvelle, voir D. M. Beatty, dir., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (1994); B. Ackerman, «The Rise of World Constitutionalism» (1997), 83 *Va. L. Rev.* 771).

Souvenons-nous que les législatures provinciales et le Parlement ont volontairement décidé, en adoptant la *Charte*, de confier un rôle interprétatif aux tribunaux et de leur prescrire, sous le régime de l’art. 52, de déclarer invalides les lois inconstitutionnelles.

Toutefois, le fait de conférer aux tribunaux le pouvoir et l’obligation d’invalider des lois lorsque cela était nécessaire n’a pas éliminé le débat entourant la «légitimité» d’une telle action par les tribunaux. Comme A. M. Bickel l’exprime éloquentement dans son remarquable ouvrage *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2^e éd. 1986), [TRADUCTION] «cela contredit la volonté des représentants du peuple»

131

132

133

because it is anti-democratic in that unelected officials (judges) are overruling elected representatives (legislators) (see e.g. A. A. Peacock, ed., *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory* (1996); R. Knopff and F. L. Morton, *Charter Politics* (1992); M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada* (1994), c. 2).

(p. 17). Ainsi, les tenants de cette opinion soutiennent que la révision judiciaire est illégitime parce qu'elle permet à des personnes qui n'ont pas été élues (les juges) d'infirmes les décisions des élus (le législateur), ce qui est antidémocratique (voir par ex. A. A. Peacock, dir., *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory* (1996); R. Knopff et F. L. Morton, *Charter Politics* (1992); M. Mandel, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada* (1996), ch. 2).

134 To respond, it should be emphasized again that our *Charter's* introduction and the consequential remedial role of the courts were choices of the Canadian people through their elected representatives as part of a redefinition of our democracy. Our constitutional design was refashioned to state that henceforth the legislatures and executive must perform their roles in conformity with the newly conferred constitutional rights and freedoms. That the courts were the trustees of these rights insofar as disputes arose concerning their interpretation was a necessary part of this new design.

Pour répondre à ces arguments, il faut, encore une fois, insister sur le fait que, par le truchement de ses élus, le peuple canadien a choisi, dans le cadre de la redéfinition de la démocratie canadienne, d'adopter la *Charte* et, par suite, de donner au tribunaux un rôle correctif à jouer. Notre Constitution a été réaménagée de façon à déclarer que dorénavant le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif devront exercer leurs fonctions dans le respect des libertés et droits constitutionnels nouvellement reconnus. La dévolution aux tribunaux du rôle de fiduciaires à l'égard de ces droits en cas de litiges quant à leur interprétation constituait un élément nécessaire de ce nouveau régime.

135 So courts in their trustee or arbiter role must perforce scrutinize the work of the legislature and executive not in the name of the courts, but in the interests of the new social contract that was democratically chosen. All of this is implied in the power given to the courts under s. 24 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Il s'ensuit obligatoirement qu'en leur qualité de fiduciaires ou d'arbitres, les tribunaux doivent examiner les actes du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, non en leur nom propre mais pour l'exécution du nouveau contrat social démocratiquement conclu. Ce rôle découle implicitement du pouvoir conféré aux tribunaux par l'art. 24 de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

136 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

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 adop-

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.

This mutual respect is in some ways expressed in the provisions of our constitution as shown by the wording of certain of the constitutional rights themselves. For example, s. 7 of the *Charter* speaks of no denial of the rights therein except in accordance with the principles of fundamental justice, which include the process of law and legislative action. Section 1 and the jurisprudence under it are also important to ensure respect for legislative action and the collective or societal interests represented by legislation. In addition, as will be discussed below, in fashioning a remedy with regard to a *Charter* violation, a court must be mindful of the role of the legislature. Moreover, s. 33, the notwithstanding clause, establishes that the final word in our constitutional structure is in fact left to the legislature and not the courts (see P. Hogg and A. Bushell, "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75).

As I view the matter, the *Charter* has given rise to a more dynamic interaction among the branches of governance. This interaction has been aptly described as a "dialogue" by some (see e.g. Hogg and Bushell, *supra*). In reviewing legislative enactments and executive decisions to ensure constitutional validity, the courts speak to the legislative and executive branches. As has been pointed out, most of the legislation held not to pass constitutional muster has been followed by new legislation designed to accomplish similar objectives (see Hogg and Bushell, *supra*, at p. 82). By doing this, the legislature responds to the courts; hence the dialogue among the branches.

ter; 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.

Ce respect mutuel ressort d'une certaine façon de l'énoncé même de certains droits constitutionnels dans notre Constitution. Par exemple, l'art. 7 de la *Charte* énonce qu'il ne peut être porté atteinte aux droits qui y sont énumérés qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, lesquels comprennent l'application régulière de la loi et l'action législative. L'article premier et la jurisprudence qui s'y rapporte revêtent également une grande importance pour le respect de l'action législative et des intérêts collectifs et sociétaux que représente la législation. De plus, comme nous le verrons plus loin, lorsqu'un tribunal se prononce sur une mesure visant à corriger une contravention à la *Charte*, il ne doit jamais oublier le rôle du législateur. En outre, la disposition de dérogation — l'art. 33 — a pour effet, dans notre régime constitutionnel, de laisser le dernier mot au législateur et non aux tribunaux (voir P. Hogg et A. Bushell, «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75).

À mon avis, la *Charte* a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de «dialogue» (voir par exemple Hogg et Bushell, *loc. cit.*). En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi ou de décisions de l'exécutif, les tribunaux parlent au législatif et à l'exécutif. Comme il en a été fait mention, la plupart des dispositions législatives qui n'ont pas résisté à un examen constitutionnel ont été suivies de nouvelles dispositions visant des objectifs similaires (voir Hogg et Bushell, *loc. cit.*, à la p. 82). Le législateur, de cette façon, répond aux tribunaux, d'où l'analogie du dialogue entre les différents organes du gouvernement.

137

138

139 To my mind, a great value of judicial review and this dialogue among the branches is that each of the branches is made somewhat accountable to the other. The work of the legislature is reviewed by the courts and the work of the court in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation (or even overarching laws under s. 33 of the *Charter*). This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it.

140 There is also another aspect of judicial review that promotes democratic values. Although a court's invalidation of legislation usually involves negating the will of the majority, we must remember that the concept of democracy is broader than the notion of majority rule, fundamental as that may be. In this respect, we would do well to heed the words of Dickson C.J. in *Oakes, supra*, at p. 136:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe to 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.

141 So, for example, when a court interprets legislation alleged to be a reasonable limitation in a free and democratic society as stated in s. 1 of the *Charter*, the court must inevitably delineate some of the attributes of a democratic society. Although it is not necessary to articulate the complete list of democratic attributes in these remarks, Dickson C.J.'s comments remain instructive (see also: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, *per* Dickson C.J.; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, supra*, *per* La Forest J.).

142 Democratic values and principles under the *Charter* demand that legislators and the executive take these into account; and if they fail to do so,

La révision judiciaire et ce dialogue sont précieux, selon moi, parce qu'ils obligent en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes. Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d'autres textes de loi (ou même en se prévalant de l'art. 33 de la *Charte* pour les soustraire à la *Charte*). Ce dialogue et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.

Un autre aspect de la révision judiciaire contribue à la promotion des valeurs démocratiques. Même si l'invalidation judiciaire d'une disposition législative contredit habituellement la volonté de la majorité, il ne faut pas perdre de vue que l'idée de démocratie transcende la règle de la majorité, toute fondamentale que soit cette dernière. Il serait bon, à cet égard, de ne pas oublier les propos suivants du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 136:

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.

Ainsi, par exemple, le tribunal qui interprète une disposition législative présentée comme une limite raisonnable dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*, doit inévitablement définir certaines caractéristiques d'une société démocratique. Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'évoquer toutes les caractéristiques démocratiques énumérées dans ces remarques, le commentaire du juge en chef Dickson demeure pertinent (voir également: *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, le juge en chef Dickson; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, précité, le juge La Forest).

Le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ont l'obligation de tenir compte des valeurs et des principes démocratiques reconnus dans la *Charte*

courts should stand ready to intervene to protect these democratic values as appropriate. As others have so forcefully stated, judges are not acting undemocratically by intervening when there are indications that a legislative or executive decision was not reached in accordance with the democratic principles mandated by the *Charter* (see W. Black, “*Vriend, Rights and Democracy*” (1996), 7 *Constitutional Forum* 126; D. M. Beatty, “Law and Politics” (1996), 44 *Am. J. Comp. L.* 131, at p. 149; M. Jackman, “Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the *Charter*” (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661).

With this background in mind, I now turn to discuss the jurisprudence on the specific question of the choice of the appropriate remedy that should apply in this appeal.

B. Remedial Principles

The leading case on constitutional remedies is *Schachter, supra*. Writing on behalf of the majority in *Schachter*, Lamer C.J. stated that the first step in selecting a remedial course under s. 52 is to define the extent of the *Charter* inconsistency which must be struck down. In the present case, that inconsistency is the exclusion of sexual orientation from the protected grounds of the *IRPA*. As I have concluded above, this exclusion is an unjustifiable infringement upon the equality rights guaranteed in s. 15 of the *Charter*.

Once the *Charter* inconsistency has been identified, the next step is to determine which remedy is appropriate. In *Schachter*, this Court noted that, depending upon the circumstances, there are several remedial options available to a court in dealing with a *Charter* violation that was not saved by s. 1. These include striking down the legislation, severance of the offending sections, striking down or severance with a temporary suspension of the

et, s'ils ne le font pas, les tribunaux doivent être prêts à intervenir pour protéger comme il se doit ces valeurs et principes. Comme certains auteurs l'ont affirmé avec vigueur, les juges n'agissent pas de façon antidémocratique en intervenant lorsque des décisions d'ordre législatif ou exécutif ne semblent pas avoir été prises en conformité avec les principes démocratiques prescrits par la *Charte* (voir W. Black, «*Vriend, Rights and Democracy*» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 126; D. M. Beatty, «*Law and Politics*» (1996), 44 *Am. J. Comp. L.* 131, à la p. 149; M. Jackman, «*Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter*» (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661).

Ayant tendu cette toile de fond, je passe maintenant à l'examen de la jurisprudence portant précisément sur le choix de la mesure corrective à appliquer en l'espèce.

B. Principes applicables en matière de mesures correctives

L'arrêt de principe pour ce qui est des mesures correctives constitutionnelles est *Schachter*, précité. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge en chef Lamer a dit que la première étape à suivre pour choisir une mesure corrective sous le régime de l'art. 52 consiste à déterminer l'étendue de l'incompatibilité avec la *Charte* qui doit être annulée. En l'espèce, cette incompatibilité est l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs ouvrant droit à la protection de l'*IRPA*. Cette exclusion constitue, suivant la conclusion à laquelle je suis parvenu plus haut, une atteinte injustifiable aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*.

Une fois l'incompatibilité précisée, l'étape suivante consiste à déterminer quelle est la mesure corrective appropriée. Dans l'arrêt *Schachter*, notre Cour a signalé que, tout dépendant des circonstances, un tribunal peut choisir entre plusieurs mesures correctives lorsqu'il conclut à l'existence d'une violation de la *Charte* non justifiée en vertu de l'article premier. Il peut notamment annuler la loi, retrancher les dispositions fautives, ordonner l'annulation ou la dissociation assortie d'une suspension temporaire de la déclaration d'invalidité,

143

144

145

declaration of invalidity, reading down, and reading provisions into the legislation.

¹⁴⁶ Because the *Charter* violation in the instant case stems from an omission, the remedy of reading down is simply not available. Further, I note that given the considerable number of sections at issue in this case and the important roles they play in the scheme of the *IRPA* as a whole, severance of these sections from the remainder of the Act would be akin to striking down the entire Act.

¹⁴⁷ The appellants suggest that the circumstances of this case warrant the reading in of sexual orientation into the offending sections of the *IRPA*. However, in the Alberta Court of Appeal, O'Leary J.A. and Hunt J.A. agreed that the appropriate remedy would be to declare the relevant provisions of the *IRPA* unconstitutional and to suspend that declaration for a period of time to allow the Legislature to address the matter. McClung J.A. would have gone further and declared the *IRPA* invalid in its entirety. With respect, for the reasons that follow, I cannot agree with either remedy chosen by the Court of Appeal.

¹⁴⁸ In *Schachter*, Lamer C.J. noted that when determining whether the remedy of reading in is appropriate, courts must have regard to the "twin guiding principles", namely, respect for the role of the legislature and respect for the purposes of the *Charter*, which I have discussed generally above. Turning first to the role of the legislature, Lamer C.J. stated at p. 700 that reading in is an important tool in "avoiding undue intrusion into the legislative sphere. . . . [T]he purpose of reading in is to be as faithful as possible within the requirements of the Constitution to the scheme enacted by the Legislature."

¹⁴⁹ He went on to quote the following passage from Carol Rogerson in "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness", in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), 233, at p. 288:

recourir à l'interprétation atténuée ou inclure des dispositions par interprétation large.

Parce que la violation de la *Charte* découle d'une omission en l'espèce, l'interprétation atténuée n'est pas une option. En outre, je constate que, vu le grand nombre de dispositions en cause et le rôle important qu'elles jouent dans l'économie générale de l'*IRPA*, la dissociation équivalait à l'annulation de la totalité de la Loi.

Les appelants affirment qu'il est justifié, compte tenu des circonstances de la présente espèce, d'inclure l'orientation sexuelle, par interprétation large, dans les dispositions fautives de l'*IRPA*. Les juges O'Leary et Hunt de la Cour d'appel de l'Alberta, toutefois, ont tous deux estimé qu'il convenait de déclarer inconstitutionnelles les dispositions visées et de suspendre cette déclaration de façon à permettre à la législature de corriger la situation. Le juge McClung serait allé plus loin: il aurait déclaré invalide la totalité de l'*IRPA*. En toute déférence, je ne puis, pour les motifs suivants, me rallier à aucune des mesures choisies par la Cour d'appel.

Dans l'arrêt *Schachter*, le juge en chef Lamer a fait remarquer que les tribunaux, lorsqu'ils examinent s'il convient d'adopter une interprétation large, doivent tenir compte des «deux principes directeurs» que j'ai précédemment abordés de façon générale, savoir le respect du rôle du législateur et le respect des objets de la *Charte*. Relativement au rôle du législateur, le juge en chef Lamer a affirmé, à la p. 700, que l'interprétation large est un moyen important d'«empêcher un empiétement injustifié sur le domaine législatif. [. . .] [L]'objet de l'interprétation large est d'être aussi fidèle que possible, dans le cadre des exigences de la Constitution, au texte législatif adopté par le législateur.»

Il a ensuite cité le passage suivant du texte de Carol Rogerson, «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness», dans R. J. Sharpe, dir., *Charter Litigation* (1987), 233, à la p. 288:

Courts should certainly go as far as required to protect rights, but no further. Interference with legitimate legislative purposes should be minimized and laws serving such purposes should be allowed to remain operative to the extent that rights are not violated. Legislation which serves desirable social purposes may give rise to entitlements which themselves deserve some protection.

As I discussed above, the purpose of the *IRPA* is the recognition and protection of the inherent dignity and inalienable rights of Albertans through the elimination of discriminatory practices. It seems to me that the remedy of reading in would minimize interference with this clearly legitimate legislative purpose and thereby avoid excessive intrusion into the legislative sphere whereas striking down the *IRPA* would deprive all Albertans of human rights protection and thereby unduly interfere with the scheme enacted by the Legislature.

I find support for my position in *Haig, supra*, where the Ontario Court of Appeal read the words “sexual orientation” into s. 3(1) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6. At p. 508, Krever J.A., writing for a unanimous court, stated that it was

inconceivable . . . that Parliament would have preferred no human rights Act over one that included sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. To believe otherwise would be a gratuitous insult to Parliament.

Turning to the second of the twin guiding principles, the respondents suggest that the facts of this case are illustrative of a conflict between two grounds, namely, religion and sexual orientation. If sexual orientation were simply read into the *IRPA*, the respondents contend that this would undermine the ability of the *IRPA* to provide protection against discrimination based on religion, one of the fundamental goals of that legislation. This result is alleged to be “inconsistent with the deeper social purposes of the *Charter*”.

[TRADUCTION] Les tribunaux devraient certainement aller aussi loin que nécessaire pour assurer la protection des droits, mais pas davantage. L’empiètement sur les objets législatifs légitimes devrait être réduit au minimum et les lois devraient demeurer opérantes dans la mesure où il n’y a pas violation de droits. Une loi qui sert des fins sociales souhaitables peut être constitutive de droits qui méritent une certaine protection.

Comme je l’ai déjà dit, l’*IRPA* a pour objet de reconnaître et de protéger la dignité inhérente et les droits inaliénables des Albertains au moyen de l’élimination des pratiques discriminatoires. Je crois que le recours à l’interprétation large réduirait l’empiètement sur cet objet manifestement légitime et éviterait ainsi une ingérence excessive dans le domaine législatif, alors que l’annulation de l’*IRPA* priverait tous les Albertains de la protection des droits de la personne, ce qui modifierait indûment l’économie de la loi adoptée par le législateur.

L’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario *Haig*, précité, étaye mon point de vue. La Cour a ajouté les mots «orientation sexuelle», par interprétation large, au par. 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, et, à la p. 14, le juge Krever, exprimant l’avis unanime de la Cour, a écrit qu’il était

[TRADUCTION] inconcevable que le Parlement aurait préféré qu’il n’y ait pas de loi sur les droits de la personne plutôt que d’en avoir une qui ajoute l’orientation sexuelle à la liste des motifs de discrimination illicites. Conclure autrement serait un affront gratuit au Parlement.

Relativement au second principe directeur, les intimés plaident que les faits de l’espèce démontrent l’existence d’un conflit entre deux motifs de discrimination, savoir la religion et l’orientation sexuelle. Selon eux, la protection contre la discrimination religieuse, un objet fondamental de l’*IRPA*, serait affaiblie si l’on ajoutait, par interprétation large, l’orientation sexuelle aux motifs interdits. Ce résultat, soutiennent-ils, dérogerait [TRADUCTION] «aux objets sociaux fondamentaux de la *Charte*».

150

151

152

- 153 I concluded above that the internal balancing mechanisms of the *IRPA* were an adequate means of disposing of any conflict that might arise between religion and sexual orientation. Thus, I cannot accept the respondents' assertion that the reading in approach does not respect the purposes of the *Charter*. In fact, as I see the matter, reading sexual orientation into the *IRPA* as a further ground of prohibited discrimination can only enhance those purposes. The *Charter*, like the *IRPA*, is concerned with the promotion and protection of inherent dignity and inalienable rights. Thus, expanding the list of prohibited grounds of discrimination in the *IRPA* allows this Court to act in a manner which, consistent with the purposes of the *Charter*, would augment the scope of the *IRPA*'s protections. In contrast, striking down or severing parts of the *IRPA* would deny all Albertans protection from marketplace discrimination. In my view, this result is clearly antithetical to the purposes of the *Charter*.
- Puisque j'ai conclu que les mécanismes internes de pondération de l'*IRPA* permettent de régler tout conflit pouvant surgir entre la religion et l'orientation sexuelle, je ne puis recevoir l'argument des intimés selon lequel l'interprétation large ne respecterait pas les objets de la *Charte*. De fait, de mon point de vue, l'ajout par interprétation large de l'orientation sexuelle aux motifs de discrimination interdits par l'*IRPA* ne peut que servir ces objets. La *Charte*, tout comme la Loi, vise à promouvoir et à protéger la dignité inhérente et les droits inaliénables des citoyens. Ainsi, en allongeant la liste des motifs illicites de discrimination établie par l'*IRPA*, la Cour, en accord avec les objets de la *Charte*, élargirait la portée des protections offertes par la Loi. Si, par contre, elle annulait l'*IRPA* ou en retranchait des dispositions, elle priverait tous les Albertains de leur protection contre la discrimination du marché, ce qui me semble absolument contraire aux objets de la *Charte*.
- 154 In *Schachter*, *supra*, Lamer C.J. noted that the twin guiding principles can only be fulfilled if due consideration is given to several additional criteria which further inform the determination as to whether the remedy of reading in is appropriate. These include remedial precision, budgetary implications, effects on the thrust of the legislation, and interference with legislative objectives.
- Dans l'arrêt *Schachter*, précité, le juge en chef Lamer a indiqué que, pour satisfaire aux deux principes directeurs susmentionnés, il faut examiner soigneusement plusieurs autres facteurs susceptibles de nous éclairer sur la pertinence de recourir à l'interprétation large, notamment la précision de la mesure corrective, les conséquences financières, les répercussions sur l'économie de la loi et l'empiètement sur les objectifs législatifs.
- 155 As to the first of the above listed criteria, the court must be able to define with a "sufficient degree of precision" how the statute ought to be extended in order to comply with the Constitution. I do not believe that the present case is one in which this Court has been improperly called upon to fill in large gaps in the legislation. Rather, in my view, there is remedial precision insofar as the insertion of the words "sexual orientation" into the prohibited grounds of discrimination listed in the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA* will, without more, ensure the validity of the legislation and remedy the constitutional wrong.
- S'agissant du premier de ces facteurs, les tribunaux doivent être en mesure de déterminer avec «suffisamment de précision» dans quelle mesure il faut élargir la portée d'une loi afin de la rendre compatible avec la Constitution. Je ne crois pas que dans la présente espèce, notre Cour ait été appelée à tort à combler d'importantes lacunes de la Loi. J'estime plutôt que la mesure corrective est précise dans la mesure où l'inclusion des mots «orientation sexuelle» dans les motifs de discrimination illicites énumérés dans le préambule de l'*IRPA* ainsi qu'aux art. 3, 4 et 10, de même qu'aux par. 2(1), 7(1), 8(1) et 16(1) aura pour seul effet d'assurer la validité de la Loi et d'en corriger l'inconstitutionnalité.

In her reasons in this case, Hunt J.A. concluded that there was insufficient remedial precision to justify the remedy of reading in. She expressed two concerns. Firstly, she held that adequate precision likely would not be possible without a definition of the term “sexual orientation”. With respect, I cannot agree. Although the term “sexual orientation” has been defined in the human rights legislation of the Yukon Territory, it appears undefined in the *Canadian Human Rights Act*, the human rights legislation of Nova Scotia, New Brunswick, Quebec, Ontario, Manitoba, Saskatchewan, British Columbia, and s. 718.2(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as amended by S.C. 1995, c. 22, s. 6. In addition, “sexual orientation” was not defined when it was recognized by this Court in *Egan*, *supra*, as an analogous ground under s. 15 of the *Charter*. In my opinion, “sexual orientation” is a commonly used term with an easily discernible common sense meaning.

In addition, I concur with the comments of R. Khullar (in “*Vriend: Remedial Issues for Unremedied Discrimination*” (1998), 7 *N.J.C.L.* 221) who stated (at pp. 237-38) that,

[i]f there is any ambiguity in the term “sexual orientation,” it is no greater than that encompassed by terms such as “race,” “ethnic origin” or “religion,” all of which are undefined prohibited grounds of discrimination in the *Charter* which have not posed any undue difficulty for the courts or legislatures to understand and apply.

Hunt J.A. was also troubled by the possible impact of reading in upon s. 7(2) of the *IRPA*. This section states that s. 7(1) (employment), as regards age and marital status, “does not affect the operation of any bona fide retirement or pension plan or the terms or conditions of any bona fide group or employee insurance plan”. As the Court of Appeal heard no argument on this point and as there was no evidence before the court to explain the rationale behind this provision, Hunt J.A. held that, if

Dans ses motifs, le juge Hunt de la Cour d’appel a conclu que la mesure corrective n’était pas assez précise pour justifier le recours à l’interprétation large, et ce, pour deux raisons. Premièrement, elle a estimé qu’il serait vraisemblablement impossible de parvenir à une précision suffisante sans définir l’expression «orientation sexuelle». Je ne puis, en toute déférence, souscrire à une telle opinion. Cette expression, même si elle est définie dans la loi du Yukon concernant les droits de la personne, est employée sans définition dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et dans les lois relatives aux droits de la personne de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, du Québec, de l’Ontario, du Manitoba, de la Saskatchewan et de la Colombie-Britannique de même qu’au sous-al. 718.2a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, modifié par L.C. 1995, ch. 22, art. 6. Notre Cour non plus n’a pas défini l’expression quand, dans l’arrêt *Egan*, précité, elle a reconnu que l’orientation sexuelle constituait un motif analogue sous le régime de l’art. 15 de la *Charte*. À mon avis, les mots «orientation sexuelle» sont des mots usuels dont le sens courant se comprend aisément.

De plus, je souscris aux commentaires de R. Khullar (dans «*Vriend: Remedial Issues for Unremedied Discrimination*» (1998), 7 *N.J.C.L.* 221) qui a écrit (aux pp. 237 et 238):

[TRADUCTION] Si tant est que l’expression «orientation sexuelle» soit ambiguë, elle ne l’est pas davantage que les mots «race», «origine ethnique» ou «religion», lesquels sont tous des motifs de discrimination interdits par la *Charte* qui ne sont pas définis et que les tribunaux ou les législatures n’ont eu aucune difficulté particulière à comprendre ou à appliquer.

Le juge Hunt s’inquiétait également des répercussions possibles de l’interprétation large sur le par. 7(2) de l’*IRPA*. Cette disposition énonce que le par. 7(1) (emploi) est, relativement à l’âge et à l’état matrimonial, [TRADUCTION] «sans effet sur l’application de tout régime de retraite légitime et des modalités de tout régime d’assurance collective ou d’employés légitime». Comme la Cour d’appel n’avait entendu aucun argument sur ce point et qu’aucune preuve n’avait été présentée

156

157

158

the protections of the *IRPA* were to be extended to gay men and lesbians, it would be necessary to decide whether this group would be included or excluded from s. 7(2). She found that this was something the court was in no position to do. In light of this difficulty, Hunt J.A. was concerned that the reading in remedy “would engage the court in the kind of ‘filling in of details’ against which Lamer, C.J.C., cautions in *Schachter* [*supra*]” (p. 69).

159 In my view, whether gay men and lesbians are included or excluded from s. 7(2) is a peripheral issue which does not deprive the reading in remedy of the requisite precision. I agree with K. Roach who noted that the legislature “can always subsequently intervene on matters of detail that are not dictated by the Constitution” (*Constitutional Remedies in Canada* (1994 (loose-leaf)), at p. 14-64.1). I therefore conclude on this point that, in the present case, there is sufficient remedial precision to justify the remedy of reading in.

160 Turning to budgetary repercussions, in the circumstances of the present appeal, such considerations are not sufficiently significant to warrant avoiding the reading in approach. On this issue, the trial judge stated (at p. 18):

There will undoubtedly be some budgetary impact on the Human Rights Commission as a result of the addition of sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. But, unlike *Schachter* [*supra*], it would not be substantial enough to change the nature of the scheme of the legislation.

Although the scope of this Court’s review of the *IRPA* is considerably broader than that which the trial judge was asked to undertake, as I noted above, having not heard anything persuasive to the contrary, I am not prepared to interfere with the trial judge’s findings on this matter.

161 As to the effects on the thrust of the legislation, it is difficult to see any deleterious impact. All persons covered under the current scope of the *IRPA*

pour expliquer le fondement de cette disposition, le juge Hunt a conclu que si l’on étendait la protection de l’*IRPA* aux homosexuels, il serait nécessaire de décider si ce groupe était visé ou non par le par. 7(2). Elle a jugé que la Cour n’était pas en mesure de trancher une telle question. Cette difficulté faisait craindre au juge Hunt qu’en recourant à l’interprétation large [TRADUCTION] «la Cour ne soit amenée à “comblé les lacunes” ce contre quoi le juge en chef Lamer mettait les tribunaux en garde dans l’arrêt *Schachter* [précité]» (p. 69).

Selon moi, la question de savoir si le par. 7(2) s’applique ou non aux homosexuels est secondaire et ne fait pas perdre à l’interprétation large le degré de précision requis. Je partage l’opinion de K. Roach, lequel estime que le législateur [TRADUCTION] «peut toujours revenir ensuite sur les détails qui ne sont pas dictés par la Constitution» (*Constitutional Remedies in Canada* (1994 (éd. feuilles mobiles)), à la p. 14-64.1). Je suis donc d’avis qu’en l’espèce, que la mesure correctrice est suffisamment précise pour justifier le recours à l’interprétation large.

S’agissant des conséquences financières, elles ne revêtent pas, dans le présent pourvoi, une importance suffisante pour écarter l’interprétation large. Sur cette question, le juge de première instance a écrit (à la p. 18):

[TRADUCTION] L’ajout de l’orientation sexuelle au nombre des motifs de discrimination illicites aura certainement des conséquences financières pour la Human Rights Commission. Mais contrairement à l’affaire *Schachter* [précitée], celles-ci ne sont pas assez importantes pour modifier la nature du régime prévu par la Loi.

Bien que l’examen de l’*IRPA* effectué par notre Cour a une portée beaucoup plus large que celle que le juge de première instance était appelée à effectuer, je ne suis pas disposé, comme je l’ai déjà mentionné, à modifier ses conclusions en cette matière puisqu’on ne m’a présenté aucune preuve convaincante du contraire.

Quant aux effets sur l’économie de la Loi, il est difficile de concevoir quelque conséquence néfaste. Toutes les personnes actuellement visées

would continue to benefit from the protection provided by the Act in the same manner as they had before the reading in of sexual orientation. Thus, I conclude that it is reasonable to assume that, if the Legislature had been faced with the choice of having no human rights statute or having one that offered protection on the ground of sexual orientation, the latter option would have been chosen. As the inclusion of sexual orientation in the *IRPA* does not alter the legislation to any significant degree, it is reasonable to assume that the Legislature would have enacted it in any event.

In addition, in *Schachter, supra*, Lamer C.J. noted that, in cases where the issue is whether to extend benefits to a group excluded from the legislation, the question of the effects on the thrust of the legislation will sometimes focus on the size of the group to be added as compared to the group originally benefited. He quoted with approval from *Knodel, supra*, where Rowles J. extended the provision of benefits to spouses to include same-sex spouses. In her view, the remedy of reading in was far less intrusive to the intention of the legislature than striking down the benefits scheme because the group to be added was much smaller than the group already receiving the benefits.

Lamer C.J. went on to note that, “[w]here the group to be added is smaller than the group originally benefitted, this is an indication that the assumption that the legislature would have enacted the benefit in any case is a sound one” (p. 712). In the present case, gay men and lesbians are clearly a smaller group than those already benefited by the *IRPA*. Thus, in my view, reading in remains the less intrusive option.

The final criterion to examine is interference with the legislative objective. In *Schachter*, Lamer C.J. commented upon this factor as follows (at pp. 707-8):

par l’*IRPA* continueraient d’être protégées par ses dispositions de la même façon qu’elles l’étaient avant l’ajout de l’orientation sexuelle par interprétation large. Il est donc raisonnable de supposer que si le législateur avait eu le choix entre renoncer à faire passer une loi relative aux droits de la personne ou en adopter une qui interdit la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle, il aurait opté pour la deuxième solution. Puisque l’inclusion de l’orientation sexuelle dans l’*IRPA* ne modifie pas substantiellement celle-ci, il est raisonnable de penser que le législateur l’aurait adoptée de toute façon.

En outre, le juge en chef Lamer, dans l’arrêt *Schachter*, précité, a signalé que lorsqu’il s’agit de savoir si l’on doit accorder des avantages à un groupe exclu de la loi, la question des effets de cette mesure sur l’économie du texte de loi sera quelquefois centrée sur la taille du groupe à ajouter par rapport à celle du groupe initial des bénéficiaires. Il a cité, en les approuvant, les motifs du juge Rowles dans la décision *Knodel*, précité, où le juge a étendu aux conjoints de même sexe le droit à des prestations pour conjoints. Selon elle, l’inclusion par interprétation large portait moins atteinte à l’intention législative que l’annulation du régime de prestations, parce que le groupe à ajouter était beaucoup plus petit que celui qui recevait les prestations.

Le juge en chef Lamer a ajouté: «[s]i le groupe à ajouter est numériquement moins important que le groupe initial de bénéficiaires, c’est une indication que la supposition que le législateur aurait de toute façon adopté le bénéfice est fondée» (p. 712). En l’espèce, les homosexuels forment indéniablement un groupe inférieur en nombre au groupe jouissant du bénéfice de l’*IRPA*. J’estime donc que l’interprétation large demeure la solution la moins attentatoire.

Le dernier facteur à examiner est celui de l’ingérence dans l’objectif législatif. Dans l’arrêt *Schachter*, précité, le juge en chef Lamer a fait le commentaire suivant au sujet de ce facteur (aux pp. 707 et 708):

162

163

164

The degree to which a particular remedy intrudes into the legislative sphere can only be determined by giving careful attention to the objective embodied in the legislation in question. . . . A second level of legislative intention may be manifest in the means chosen to pursue that objective.

165 With regard to the first level of legislative intention, as I discussed above, it is clear that reading sexual orientation into the *IRPA* would not interfere with the objective of the legislation. Rather, in my view, it can only enhance that objective. However, at first blush, it appears that reading in might interfere with the second level of legislative intention identified by Lamer C.J.

166 As the Alberta Legislature has expressly chosen to exclude sexual orientation from the list of prohibited grounds of discrimination in the *IRPA*, the respondents argue that reading in would unduly interfere with the will of the Government. McClung J.A. shares this view. In his opinion, the remedy of reading in will never be appropriate where a legislative omission reflects a deliberate choice of the legislating body. He states that if a statute is unconstitutional, “the preferred consequence should be its return to the sponsoring legislature for representative, constitutional overhaul” (p. 35). However, as I see the matter, by definition, *Charter* scrutiny will always involve some interference with the legislative will.

167 Where a statute has been found to be unconstitutional, whether the court chooses to read provisions into the legislation or to strike it down, legislative intent is necessarily interfered with to some extent. Therefore, the closest a court can come to respecting the legislative intention is to determine what the legislature would likely have done if it had known that its chosen measures would be found unconstitutional. As I see the matter, a deliberate choice of means will not act as a bar to reading in save for those circumstances in which the means chosen can be shown to be of such centrality to the aims of the legislature and so integral to

Ce n’est qu’en examinant de près l’objectif de la loi en question que l’on peut déterminer le degré d’empiétement d’une réparation particulière sur le domaine législatif. [. . .] Un second niveau d’intention législative peut ressortir des moyens choisis pour atteindre cet objectif.

Il est évident, comme je l’ai déjà indiqué, que relativement au premier niveau d’intention législative, l’ajout par interprétation large de l’orientation sexuelle dans l’*IRPA* ne porterait pas atteinte à l’objectif du texte de loi; je suis même d’avis qu’il ne pourrait que servir cet objectif. À première vue, toutefois, il semble que l’interprétation large puisse empiéter sur le second niveau d’intention législative mis en lumière par le juge en chef Lamer.

Les intimés soutiennent que, la législature de l’Alberta ayant expressément résolu d’exclure l’orientation sexuelle de la liste des motifs de discrimination interdits par l’*IRPA*, l’interprétation large constituerait un empiétement indu sur la volonté du gouvernement. Le juge McClung partage cet avis. Selon lui, le recours à l’interprétation large n’est jamais acceptable lorsque l’omission du législateur résulte d’un choix délibéré. Il affirme que si une loi est inconstitutionnelle, [TRADUCTION] «c’est l’option du renvoi à l’autorité législative compétente pour permettre aux élus de remédier au vice constitutionnel qu’il convient de retenir» (p. 35). De mon point de vue, cependant, l’examen fondé sur la *Charte* comportera toujours, par définition, une forme d’empiétement sur la volonté du législateur.

Lorsqu’une loi est jugée inconstitutionnelle, que le tribunal choisisse d’avoir recours à l’interprétation large ou d’annuler la loi, il y a nécessairement une certaine ingérence dans l’intention du législateur. Par conséquent, la solution qui respecte le plus l’intention du législateur est celle qui consiste à se demander ce que le législateur aurait vraisemblablement fait s’il avait su que ses dispositions seraient jugées inconstitutionnelles. De mon point de vue, le choix délibéré des moyens n’empêche pas le recours à l’interprétation large, sauf dans les cas où l’on peut établir que les moyens choisis revêtent une importance à ce point centrale eu

the scheme of the legislation, that the legislature would not have enacted the statute without them.

Indeed, as noted by the intervener Canadian Jewish Congress, if reading in is always deemed an inappropriate remedy where a government has expressly chosen a course of action, this amounts to the suggestion that whenever a government violates a *Charter* right, it ought to do so in a deliberate manner so as to avoid the remedy of reading in. In my view, this is a wholly unacceptable result.

In the case at bar, the means chosen by the legislature, namely, the exclusion of sexual orientation from the *IRPA*, can hardly be described as integral to the scheme of that Act. Nor can I accept that this choice was of such centrality to the aims of the legislature that it would prefer to sacrifice the entire *IRPA* rather than include sexual orientation as a prohibited ground of discrimination, particularly for the reasons I will now discuss.

As mentioned by my colleague Cory J., in 1993, the Alberta Legislature appointed the Alberta Human Rights Review Panel to conduct a public review of the *IRPA* and the Alberta Human Rights Commission. The Panel issued a report making several recommendations including the inclusion of sexual orientation as a prohibited ground of discrimination in all areas covered by the Act. The Government responded to this recommendation by deferring the decision to the judiciary: “This recommendation will be dealt with through the current court case *Vriend v. Her Majesty the Queen in Right of Alberta and Her Majesty’s Attorney General in and for the Province of Alberta*” (*Our Commitment to Human Rights: The Government’s Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel, supra*, at p. 21).

In my opinion, this statement is a clear indication that, in light of the controversy surrounding the protection of gay men and lesbians under the *IRPA*, it was the intention of the Alberta Legisla-

égard aux buts poursuivis par le législateur et sont à ce point essentiels à l’économie de la loi que le législateur ne l’aurait pas adopté sans eux.

En effet, comme l’a souligné l’intervenant, le Congrès juif canadien, juger que l’interprétation large n’est jamais applicable à une ligne de conduite expressément choisie par un gouvernement équivaut à dire qu’un gouvernement n’a qu’à contrevenir de façon délibérée à un droit garanti par la *Charte* pour échapper à l’interprétation large. Selon moi, pareil résultat est tout à fait inacceptable.

Dans l’affaire qui nous occupe, on peut difficilement soutenir que les moyens choisis par le législateur, savoir l’exclusion de l’orientation sexuelle de l’*IRPA*, sont essentiels à l’économie de la Loi. Je ne suis pas disposé non plus à reconnaître que ce choix revêtait une importance à ce point centrale eu égard aux buts poursuivis par le législateur que celui-ci aurait choisi de sacrifier l’ensemble de l’*IRPA* plutôt que d’intégrer l’orientation sexuelle au nombre des motifs de discrimination illicites, en particulier pour les motifs que j’expose ici.

Comme le juge Cory l’a indiqué, la législature de l’Alberta a créé l’Alberta Human Rights Review Panel, en 1993, et a chargé ce comité d’examiner l’*IRPA* ainsi que l’Alberta Human Rights Commission. Le comité, dans son rapport, a formulé plusieurs recommandations, dont celle d’inclure l’orientation sexuelle dans les motifs de discrimination illicites, pour tous les domaines visés par la Loi. Le gouvernement a répondu à cette recommandation en s’en remettant aux tribunaux: [TRADUCTION] «Les suites à donner à cette recommandation seront déterminées par l’issue de l’affaire *Vriend c. Her Majesty the Queen in Right of Alberta and Her Majesty’s Attorney General in and for the Province of Alberta*» (*Our Commitment to Human Rights: The Government’s Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel, op. cit.*, à la p. 21).

À mon avis, cet énoncé indique clairement que la législature de l’Alberta, tenant compte de la controverse entourant la protection des homosexuels sous le régime de l’*IRPA*, a voulu s’en remettre à la

168

169

170

171

ture to defer to the courts on this issue. Indeed, I interpret this statement to be an express invitation for the courts to read sexual orientation into the *IRPA* in the event that its exclusion from the legislation is found to violate the provisions of the *Charter*. Therefore, primarily because of this and contrary to the assertions of the respondents, I believe that, in these circumstances, the remedy of reading in is entirely consistent with the legislative intention.

¹⁷² In addition to the comments which I outlined above, McClung J.A. also criticizes the remedy of reading in on a more fundamental level. He views the reading of provisions into a statute as an unacceptable intrusion of the courts into the legislative process. Commenting upon the trial judge's decision to read sexual orientation into the *IRPA* he stated (at pp. 29-30):

To amend and extend it, by reading up to include "sexual orientation" was a sizeable judicial intervention into the affairs of the community and, at a minimum, an undesirable arrogation of legislative power by the court. . . . [T]o me it is an extravagant exercise for any s. 96 judge to use the enormous review power of his or her office in this way in order to wean competent legislatures from their "errors".

¹⁷³ McClung J.A. goes on to suggest that, by reading in, the trial judge overrode the express will of the electors of the Province of Alberta who, speaking through their parliamentary representatives, have decided that sexual orientation is not to be included in the protected categories of the *IRPA*.

¹⁷⁴ With respect, for the reasons outlined in the previous section of these reasons, I do not accept that extending the legislation in this case is an undemocratic exercise of judicial power. Rather, I concur with the comments of W. Black, who states (*supra*, at p. 128) that:

décision des tribunaux sur cette question. J'y vois, en fait, une invitation expresse faite aux tribunaux d'inclure l'orientation sexuelle dans l'*IRPA* si l'exclusion de ce motif est jugée contraire à la *Charte*. C'est cela, principalement, qui me fait conclure, quoi qu'en dise les intimés, que, dans les circonstances, l'interprétation large est parfaitement compatible avec l'intention du législateur.

Le juge McLung de la Cour d'appel, en plus de faire le commentaire que j'ai cité plus haut, formule des critiques plus fondamentales concernant le recours à l'interprétation large. Il considère l'inclusion de dispositions dans une loi par interprétation large comme une ingérence inacceptable des tribunaux dans le processus législatif. Au sujet de la décision du juge de première instance d'ajouter l'orientation sexuelle aux motifs de discrimination interdits par l'*IRPA*, il s'exprime ainsi (aux pp. 29 et 30):

[TRADUCTION] La modifier et en élargir la portée en l'interprétant comme incluant l'orientation sexuelle, c'est, pour un tribunal, s'immiscer considérablement dans les affaires publiques et, à tout le moins, empiéter de façon indésirable sur le pouvoir législatif [. . .] [J]'estime qu'un juge nommé en vertu de l'art. 96, qui se sert ainsi de l'énorme pouvoir de révision qui lui est conféré pour tirer l'autorité législative compétente de ses «erreurs», exerce ce pouvoir de façon excessive.

Le juge McClung poursuit en affirmant que le juge de première instance, en recourant à l'interprétation large, a passé outre à la volonté expresse des électeurs de la province de l'Alberta qui, s'exprimant par le truchement de leurs représentants parlementaires, ont décidé de ne pas inclure l'orientation sexuelle dans les catégories protégées par l'*IRPA*.

Pour les motifs que j'ai exposés précédemment, je ne puis, en toute déférence, voir dans l'élargissement de la portée de la Loi en l'espèce, un exercice non démocratique du pouvoir judiciaire. Je souscris plutôt aux vues de W. Black lorsqu'il affirme (*loc. cit.*, à la p. 128):

... there is no conflict between judicial review and democracy if judges intervene where there are indications that a decision was not reached in accordance with democratic principles. Democracy requires that all citizens be allowed to participate in the democratic process, either directly or through equal consideration by their representatives. Parliamentary sovereignty is a means to this end, not an end in itself.

In my view, the process by which the Alberta Legislature decided to exclude sexual orientation from the *IRPA* was inconsistent with democratic principles. Both the trial judge and all judges in the Court of Appeal agreed that the exclusion of sexual orientation from the *IRPA* was a conscious and deliberate legislative choice. While McClung J.A. relies on this fact as a reason for the courts not to intervene, the theories of judicial review developed by several authors (see e.g. Black, *supra*; J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980); P. Monahan, "A Theory of Judicial Review Under the Charter", in *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada* (1987), at pp. 97-138; D. M. Beatty, *Constitutional Law in Theory and Practice* (1995)) suggest the opposite conclusion.

As I have already discussed, the concept of democracy means more than majority rule as Dickson C.J. so ably reminded us in *Oakes, supra*. In my view, a democracy requires that legislators take into account the interests of majorities and minorities alike, all of whom will be affected by the decisions they make. Where the interests of a minority have been denied consideration, especially where that group has historically been the target of prejudice and discrimination, I believe that judicial intervention is warranted to correct a democratic process that has acted improperly (see Black, *supra*; Jackman, *supra*, at p. 680).

At p. 35 of his reasons, McClung J.A. states:

Allowing judicial, and basically final, proclamation of legislative change ignores our adopted British parlia-

[TRADUCTION] ... la révision judiciaire n'entre pas en conflit avec la démocratie lorsque l'intervention des tribunaux vise des décisions qui ne semblent pas avoir été prises en conformité avec les principes démocratiques. La démocratie exige que tous les citoyens aient la possibilité de prendre part au processus démocratique, directement ou par le truchement de représentants qui leur accordent une considération égale. La souveraineté parlementaire est un moyen de parvenir à cette fin et non une fin en soi.

À mon avis, le processus par lequel la législature de l'Alberta a décidé d'exclure l'orientation sexuelle de l'*IRPA* n'était pas conforme aux principes démocratiques. Le juge de première instance et les juges de la Cour d'appel ont convenu que l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* procédait d'un choix législatif conscient et délibéré. Bien que le juge McClung invoque ce fait pour justifier la non-intervention des tribunaux, plusieurs auteurs arrivent à la conclusion contraire dans les théories relatives à la révision judiciaire qu'ils ont élaborées (voir, par exemple, Black, *loc. cit.*; J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980); P. Monahan, «A Theory of Judicial Review Under the Charter», dans *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada* (1987), aux pp. 97 à 138; D. M. Beatty, *Constitutional Law in Theory and Practice* (1995)).

Je le répète, la notion de démocratie ne se limite pas à la règle de la majorité, ainsi que nous l'a si bien rappelé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité. À mon avis, la démocratie suppose que le législateur tienne compte des intérêts de la majorité comme de ceux des minorités, car ses décisions toucheront tout le monde. Si le législateur néglige de prendre en considération les intérêts d'une minorité, en particulier si cette minorité a été historiquement victime de préjugés et de discrimination, j'estime que le pouvoir judiciaire est justifié d'intervenir et de rectifier le processus démocratique faussé (voir Black, *loc. cit.*; Jackman, *loc. cit.*, à la p. 680).

Le juge McClung écrit, à la p. 35 de ses motifs:

[TRADUCTION] Permettre au pouvoir judiciaire d'apporter à des dispositions législatives des modifications pra-

175

176

177

mentary safeguards, historic in themselves, and which are the practical bulkheads that protect representative government. When unelected judges choose to legislate, parliamentary checks, balances and conventions are simply shelved.

178 With respect, I do not agree. When a court remedies an unconstitutional statute by reading in provisions, no doubt this constrains the legislative process and therefore should not be done needlessly, but only after considered examination. However, in my view, the “parliamentary safeguards” remain. Governments are free to modify the amended legislation by passing exceptions and defences which they feel can be justified under s. 1 of the *Charter*. Thus, when a court reads in, this is not the end of the legislative process because the legislature can pass new legislation in response, as I outlined above (see also Hogg and Bushell, *supra*). Moreover, the legislators can always turn to s. 33 of the *Charter*, the override provision, which in my view is the ultimate “parliamentary safeguard”.

179 On the basis of the foregoing analysis, I conclude that reading sexual orientation into the impugned provisions of the *IRPA* is the most appropriate way of remedying this underinclusive legislation. The appellants suggest that this remedy should have immediate effect. I agree. There is no risk in the present case of harmful unintended consequences upon private parties or public funds (see e.g. *Egan, supra*). Further, the mechanisms to deal with complaints of discrimination on the basis of sexual orientation are already in place and require no significant adjustment. I find additional support for my position in both *Haig, supra*, and *Newfoundland (Human Rights Commission) v. Newfoundland (Minister of Employment and Labour Relations)* (1995), 127 D.L.R. (4th) 694 (Nfld. S.C.), where sexual orientation was read into the impugned statutes without a suspension of the remedy. There is no evidence before this Court to

tiquement définitives c’est méconnaître les garanties parlementaires britanniques, elles-mêmes historiques, que nous avons fait nôtres et qui constituent de fait le rempart du gouvernement représentatif. Lorsque des juges non élus choisissent de légiférer, le système de poids, de contrepoids et de conventions parlementaires est tout simplement écarté.

En toute déférence, je ne puis souscrire à cette opinion. Le recours par un tribunal à l’interprétation large pour corriger une loi inconstitutionnelle contraint certainement le processus législatif. En conséquence, il convient de ne pas retenir inutilement cette solution et de ne le faire qu’après mûre réflexion. Toutefois, les «garanties parlementaires» ne disparaissent pas, à mon avis, car les gouvernements demeurent libres de revenir sur la loi modifiée et d’y inclure les exceptions et les moyens de défense qui, d’après eux, peuvent se justifier sous le régime de l’article premier de la *Charte*. Ainsi, lorsqu’un tribunal recourt à l’interprétation large, il ne met pas un terme au processus législatif puisque le législateur peut en réponse adopter une nouvelle loi, comme je l’ai signalé plus haut (voir également Hogg et Bushell, *loc. cit.*). De plus, le législateur peut toujours invoquer l’art. 33 de la *Charte*, la disposition de dérogation, laquelle constitue, selon moi, la «garantie parlementaire» par excellence.

L’analyse qui précède m’amène à conclure que l’inclusion de l’orientation sexuelle dans l’*IRPA* par le recours à l’interprétation large est la meilleure façon de corriger la portée trop limitative de ce texte de loi. Les appelants soutiennent que la mesure corrective devrait prendre effet immédiatement. Je partage leur avis. Cette mesure ne risque pas d’entraîner des conséquences néfastes imprévues sur des particuliers ni sur les fonds publics (voir par ex. *Egan*, précité). En outre, les mécanismes permettant l’examen de plaintes de discrimination fondée sur l’orientation sexuelle existent déjà et ne nécessitent aucun aménagement important. L’arrêt *Haig*, précité, et la décision *Newfoundland (Human Rights Commission) c. Newfoundland (Minister of Employment and Labour Relations)* (1995), 127 D.L.R. (4th) 694 (C.S.T.-N.), me confortent dans cette position. Dans les deux cas, la décision d’ajouter l’orientation

suggest that any harm resulted from the immediate operation of the remedy in those cases.

III. Conclusions and Disposition

For the reasons outlined by Cory J., I conclude that the exclusion of sexual orientation from the protected grounds of discrimination in the *IRPA* violates s. 15 of the *Charter*. In addition, for the reasons set out above, the impugned legislation cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. Accordingly, I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal, and set aside the judgment of the Alberta Court of Appeal with party-and-party costs throughout.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do (a) decisions not to include sexual orientation or (b) the non-inclusion of sexual orientation, as a prohibited ground of discrimination in the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, as am., now called the *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 1980, c. H-11.7, infringe or deny the rights guaranteed by 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 as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I am in general agreement with the results reached by my colleagues, Cory and Iacobucci JJ. While I agree with Iacobucci J.'s approach to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I wish to reiterate

sexuelle à la loi contestée n'était assortie d'aucune suspension. Aucun élément de preuve n'a été présenté à la Cour pour établir que l'application immédiate de la mesure corrective a causé un quelconque préjudice dans ces affaires.

III. Conclusions et dispositif

Pour les motifs exposés par le juge Cory, je conclus que l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs de discrimination interdits par l'*IRPA* enfreint l'art. 15 de la *Charte*. En outre, pour les motifs précédemment énoncés, la loi contestée ne peut être sauvegardée par application de l'article premier de la *Charte*. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi principal, de rejeter le pourvoi incident et d'annuler le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta avec dépens sur la base de frais entre parties devant toutes les cours.

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

1. Est-ce que *a*) soit la décision de ne pas inclure l'orientation sexuelle, *b*) soit la non-inclusion de l'orientation sexuelle, en tant que motif de discrimination illicite dans le préambule et dans les art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 et 16(1) de l'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, et ses modifications, intitulée maintenant *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 1980, ch. H-11.7, a pour effet de nier les droits garantis par le 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 la négation ou l'atteinte peut être justifiée en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Je suis d'accord pour l'essentiel avec les résultats auxquels parviennent mes collègues les juges Cory et Iacobucci. Bien que je souscrive à l'analyse du juge Iacobucci en ce qui concerne l'article premier de la *Charte*

180

181

182

the position which I have maintained throughout with respect to the approach to be taken to s. 15(1).

canadienne des droits et libertés, je tiens à réitérer l'approche que j'ai toujours préconisée en ce qui a trait au par. 15(1).

183 In my view, s. 15(1) of the *Charter* is first and foremost an equality provision. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171, this Court unanimously accepted s. 15's primary mission as "the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration". In *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 39, I articulated the approach to equality in a similar vein:

[A]t 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). [Emphasis in original.]

Integral to the inquiry into whether a legislative distinction is in fact discriminatory within the meaning of s. 15(1) is an appreciation of both the social vulnerability of the affected individual or group, and the nature of the interest which is affected in terms of its importance to human dignity and personhood.

À mon avis, le par. 15(1) de la *Charte* est une disposition qui porte d'abord et avant tout sur l'égalité. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 171, notre Cour a décidé à l'unanimité que l'art. 15 a pour objet principal de «favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération». Dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 39, j'ai exposé de façon similaire la façon dont il convient d'aborder l'égalité:

[A]u 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). [Souligné dans l'original.]

L'un des éléments essentiels de l'examen permettant de déterminer si une distinction législative est, de fait, discriminatoire au sens du par. 15(1), porte tant sur la vulnérabilité sociale de l'individu ou du groupe concerné que sur la nature du droit auquel il est porté atteinte quant à son importance pour la dignité humaine et la personnalité.

184 Given this purpose, every legislative distinction (including, as in this case, a legislative omission) which negatively impacts on an individual or group who has been found to be disadvantaged in our society, the impact of which deprives the individual or group of the law's protection or benefit in a way which negatively affects their human dignity and personhood, does not treat these persons

Compte tenu de cet objectif, toute distinction législative (y compris, comme en l'espèce, une omission du législateur) qui a un impact négatif sur une personne ou un groupe considéré comme désavantagé dans notre société et prive la personne ou le groupe de la protection et du bénéfice de la loi en portant atteinte à leur dignité humaine et à leur personnalité, n'accorde pas à ces personnes ou à

or groups with “equal concern, respect and consideration”. Consequently, s. 15(1) of the *Charter* is engaged. At this point, the burden shifts to the legislature to justify such an infringement of s. 15(1) under s. 1. It is at this stage only that the relevancy of the distinction to the legislative objective, among other factors, may be pertinent.

I do not agree with the centrality of enumerated and analogous grounds in Cory J.’s approach to s. 15(1). Although the presence of enumerated or analogous grounds may be indicia of discrimination, or may even raise a presumption of discrimination, it is in the appreciation of the nature of the individual or group who is being negatively affected that they should be examined. Of greatest significance to a finding of discrimination is the effect of the legislative distinction on that individual or group. As McIntyre J. stated for the Court in *Andrews, supra*, at p. 165:

To approach the ideal of full equality before and under the law . . . the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned. [Emphasis added.]

The s. 15(1) analysis should properly focus on uncovering and understanding the negative impacts of a legislative distinction on the affected individual or group, rather than on whether the distinction has been made on an enumerated or analogous ground. In my view, to instead make the presence of an enumerated or analogous ground a precondition to the search for discriminatory effects is inconsistent with a liberal and purposive approach to *Charter* interpretation generally, and specifically, to a *Charter* guarantee which is at the heart of our aspirations as a society that everyone be treated equally.

As a final comment, I wish to stress that I cannot agree with Cory J.’s incorporation of La Forest J.’s narrow approach to defining analogous grounds. At para. 90 of his reasons, Cory J. concludes that sexual orientation is an analogous

ces groupes «le même respect, la même déférence et la même considération». Le paragraphe 15(1) de la *Charte* est dès lors engagé. Il incombe alors au législateur de justifier une telle violation du par. 15(1) en application de l’article premier. C’est seulement à cette étape que d’autres facteurs, entre autres la pertinence de la distinction au regard de l’objectif législatif, peuvent être appropriés.

Je ne suis pas d’accord avec l’approche du juge Cory qui met l’accent sur les motifs énumérés et les motifs analogues dans son analyse du par. 15(1). Quoique ces motifs puissent être des indices de discrimination ou puissent même donner naissance à une présomption de discrimination, c’est dans l’appréciation de la nature de la personne ou du groupe lésé qu’ils doivent être examinés. Lorsqu’il s’agit de déterminer s’il y a discrimination, c’est l’effet de la distinction législative sur cette personne ou ce groupe qui revêt la plus haute importance. Comme le juge McIntyre l’a exprimé au nom de la Cour dans l’arrêt *Andrews*, précité, à la p. 165:

Pour s’approcher de l’idéal d’une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi [. . .] la principale considération doit être l’effet de la loi sur l’individu ou le groupe concerné. [Je souligne.]

L’analyse fondée sur le par. 15(1) devrait principalement viser à détecter et à comprendre les incidences négatives de la distinction législative sur la personne ou le groupe concerné plutôt qu’à déterminer si la distinction en cause a été établie sur le fondement d’un motif énuméré ou d’un motif analogue. À mon avis, faire de la présence d’un motif énuméré ou d’un motif analogue une condition préalable à la recherche des effets discriminatoires est incompatible, de façon générale, avec une interprétation de la *Charte* qui soit libérale et fondée sur l’objet visé et, en particulier, avec cette promesse de la *Charte* qui est au cœur même de nos aspirations, en tant que société: l’égalité pour tous.

En dernier lieu, je tiens à souligner que je ne puis donner mon adhésion à la reprise par le juge Cory de la définition stricte du juge La Forest en ce qui concerne les motifs analogues. Au paragraphe 90 de ses motifs, le juge Cory conclut que

185

186

ground because it is, in La Forest J.'s words from *Egan, supra*, at para. 5, "a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs". La Forest J. in *Egan*, at the end of para. 5, also restrictively characterized analogous grounds as being those based on "innate" characteristics. As demonstrated by McLachlin J., writing for the majority in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, this Court has endorsed a much more varied and comprehensive approach to the determination of whether a particular basis for discrimination is analogous to those grounds enumerated in s. 15(1). At paras. 148-49, she explained that:

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

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

l'orientation sexuelle est un motif analogue parce qu'il s'agit, comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 5, d'«une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable». Le juge La Forest, dans l'arrêt *Egan*, à la fin du par. 5, a également qualifié de façon restrictive les motifs analogues lorsqu'il a dit qu'il s'agissait de motifs fondés sur des caractéristiques «innées». Comme l'a démontré le juge McLachlin, au nom de la majorité dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, notre Cour a adopté une méthode beaucoup plus nuancée et compréhensive pour déterminer si un motif particulier de discrimination est analogue aux motifs énumérés au par. 15(1). Aux paragraphes 148 et 149, elle a expliqué:

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

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

p. 1333), they are but “analytical tools” which may be “of assistance”. [Emphasis in original.]

This being said, I agree with Cory and Iacobucci JJ. to allow the appeal and dismiss the cross-appeal with costs

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. (dissenting in part) — The *Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2 (“*IRPA*” or “the Act”), provided at the relevant time in its preamble among other things that the purpose of that human rights Act is to recognize the principle that all persons are equal in dignity and rights and to provide protection of those rights to all individuals in Alberta. It stated:

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all persons is the foundation of freedom, justice and peace in the world; and

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all persons are equal in dignity and rights without regard to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin; and

WHEREAS it is fitting that this principle be affirmed by the Legislature of Alberta in an enactment whereby those rights of the individual may be protected

Section 7 of the *IRPA* stated:

7(1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

- (a) refuse to employ or refuse to continue to employ any person, or
- (b) discrimination against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age,

conclure à l’existence d’un motif analogue. Comme l’a reconnu le juge Wilson dans l’arrêt *Turpin* (à la p. 1333), ils ne sont qu’«un moyen analytique» utilisé pour «déterminer» une question. [Souligné dans l’original.]

Cela dit, je suis d’accord avec les juges Cory et Iacobucci pour accueillir le pourvoi principal et rejeter le pourvoi incident avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident en partie) — Le préambule de l’*Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2 («*IRPA*» ou la «Loi»), énonçait à l’époque en cause notamment que cette loi sur les droits de la personne visait à reconnaître le principe que chacun jouit de la même dignité et des mêmes droits et à garantir à chacun l’exercice de ces droits en Alberta. Il était conçu ainsi:

[TRADUCTION]

ATTENDU QUE la reconnaissance de la dignité inhérente et des droits égaux et inaliénables de chacun constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde;

ATTENDU QUE l’Alberta reconnaît qu’il est fondamental et dans l’intérêt public que chacun jouisse de la même dignité et des mêmes droits sans égard à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l’âge, à l’ascendance ou au lieu d’origine;

ATTENDU QU’il est opportun que ce principe soit consacré par la législature de l’Alberta au moyen d’un texte législatif garantissant ces droits de la personne . . .

L’article 7 de la Loi prévoyait:

[TRADUCTION]

7(1) Nul employeur ni quiconque agissant pour son compte ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l’état matrimonial, de l’âge, de l’ascendance ou du lieu d’origine:

- a) soit refuser d’employer une personne ou refuser de continuer de l’employer;
- b) soit exercer une discrimination à l’égard d’une personne en matière d’emploi ou de conditions d’emploi.

187

188

ancestry or place of origin of that person or of any other person.

(3) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

Section 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides:

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

Analysis

189 In the preamble of the *IRPA* the Province of Alberta makes it clear that the purpose of the legislation is to recognize the principle that all persons are equal in dignity and rights, and to provide protection of those rights to all individuals in Alberta through the elimination of discriminatory practices.

190 Section 7 provides that no employer shall discriminate against any person with respect to employment because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or of any other person. The absence of sexual orientation from the enumerated grounds gave rise to the litigation resulting in this appeal.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux restrictions, aux conditions, aux préférences ni aux refus fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

L'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit:

33. (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

(2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.

(3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

(4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1).

(5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4).

Analyse

Dans le préambule, la province de l'Alberta dit clairement que la Loi vise à reconnaître le principe que chacun jouit de la même dignité et des mêmes droits et à garantir à chacun la jouissance de ces droits en Alberta par la suppression des pratiques discriminatoires.

L'article 7 prévoit que nul employeur ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine, exercer une discrimination contre une personne en matière d'emploi. L'absence de l'orientation sexuelle des motifs énumérés est à l'origine du litige donnant lieu au présent pourvoi.

The Province of Alberta was invited to but declined at the appeal to explain how people with different sexual orientation were not part of the phrase “all persons are equal in dignity and rights”. As well, the Province of Alberta failed to demonstrate how the exclusion of sexual orientation from the *IRPA* accords with its legislative purpose. It is puzzling that the Legislature, having enacted comprehensive human rights legislation that applies to everyone in the province, would then selectively deny the protection of the Act to certain groups of individuals. No explanation was given, and none is apparent from the evidence filed by the Province.

The inescapable conclusion is that there is no reason to exclude that group from s. 7 and I agree with Justices Cory and Iacobucci that to do so is discriminatory and offends their constitutional rights.

While a number of submissions related to the appellant’s employment as a teacher this appeal will not be determinative of the matter between the appellant Vriend and his former employer, King’s College. Extension of the legislation, either by the Court or by the Legislature, to include protection from discrimination based on sexual orientation will provide the first step in allowing the appellant to have his complaint heard by the Alberta Human Rights Commission. The ultimate success of that action, however, will depend in part on whether the College can demonstrate that its refusal to continue to employ Vriend was based on a *bona fide* occupational requirement, pursuant to s. 7(3) of the *IRPA*. The issue of whether a private fundamentalist Christian college can legitimately refuse to employ a homosexual teacher will be for the Alberta Human Rights Commission, and not this Court, to decide.

With respect to remedy, Iacobucci J. relies on the reasoning in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, to support his conclusion that the

La province de l’Alberta a été invitée, dans le cadre du présent pourvoi, à expliquer comment il se faisait que les personnes ayant une orientation sexuelle différente n’étaient pas visées par l’expression «chacun jouisse de la même dignité et des mêmes droits», ce qu’elle a refusé de faire. En outre, elle n’a pas établi en quoi l’exclusion de l’orientation sexuelle de la Loi s’harmonisait avec l’objectif de celle-ci. Il est curieux de constater que la législature, après avoir adopté une loi d’ensemble sur les droits de la personne qui s’applique à toutes les personnes dans la province, voudrait priver de la protection de la Loi certains groupes de personnes ciblés. Aucune explication n’a été fournie ni ne ressort de la preuve déposée par la province.

On doit inévitablement conclure qu’il n’existe aucune raison d’exclure de l’art. 7 le groupe visé, et je suis d’accord avec les juges Cory et Iacobucci qu’une telle exclusion est discriminatoire et porte atteinte aux droits constitutionnels des personnes faisant partie de ce groupe.

Même si certains des arguments avancés portaient sur l’emploi de l’appelant à titre d’enseignant, le présent pourvoi ne saurait trancher le litige opposant l’appelant Vriend et son ancien employeur, le King’s College. La modification de la Loi, par la Cour ou la législature, de manière à ce qu’elle inclue la protection contre la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle constituera une première étape permettant à l’appelant de présenter sa plainte à l’Alberta Human Rights Commission. En bout de ligne, cependant, le succès de cette action dépendra en partie de la question de savoir si le King’s College peut établir que son refus de continuer de l’employer était fondé sur une exigence professionnelle justifiée, conformément au par. 7(3) de la Loi. Il appartiendra à l’Alberta Human Rights Commission, et non à notre Cour, de trancher la question de savoir si un collège chrétien privé fondamentaliste peut légitimement refuser d’employer un enseignant homosexuel.

En ce qui concerne la réparation appropriée, le juge Iacobucci se fonde sur le raisonnement de la Cour dans l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2

191

192

193

194

words “sexual orientation” ought to be read into the *IRPA*. In my view, the analysis in *Schachter* with respect to reading in is not compelling here. The Court there decided that the appropriate remedy was to strike down the relevant legislation but temporarily suspend the declaration of invalidity. The directions on “reading in” were not as the Chief Justice stated at p. 719, intended “as hard and fast rules to be applied regardless of factual context”.

¹⁹⁵ In my opinion, *Schachter* did not contemplate the circumstances that pertain here, that is, where the Legislature’s opposition to including sexual orientation as a prohibited ground of discrimination is abundantly clear on the record. Reading in may be appropriate where it can be safely assumed that the legislature itself would have remedied the underinclusiveness by extending the benefit or protection to the previously excluded group. That assumption cannot be made in this appeal.

¹⁹⁶ The issue may be that the Legislature would prefer no human rights Act over one that includes sexual orientation as a prohibited ground of discrimination, or the issue may be how the legislation ought to be amended to bring it into conformity with the *Charter*. That determination is best left to the Legislature. As was stated in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169:

While the courts are guardians of the Constitution and of individuals’ rights under it, it is the legislature’s responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution’s requirements. It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional. [Emphasis added.]

¹⁹⁷ There are numerous ways in which the legislation could be amended to address the underinclusiveness. Sexual orientation may be added as a prohibited ground of discrimination to each of the

R.C.S. 679, pour étayer sa conclusion que la Loi devrait être interprétée comme si les mots «orientation sexuelle» y figuraient. À mon avis, l’analyse faite dans l’arrêt *Schachter* en ce qui concerne l’interprétation large ne s’impose pas en l’espèce. Dans cette affaire, la Cour avait conclu que la réparation appropriée consistait à annuler la disposition en cause, mais à suspendre temporairement l’effet de la déclaration d’invalidité. Comme l’a dit le Juge en chef à la p. 719, les instructions concernant l’«interprétation large» ne se voulaient pas «des règles rigides qui doivent être appliquées indépendamment des faits».

À mon avis, la Cour, dans l’arrêt *Schachter*, n’avait pas envisagé les circonstances de la présente affaire, soit le refus de la législature d’inclure l’orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, comme en fait foi très clairement le dossier. L’interprétation large peut être appropriée lorsque l’on peut supposer sans risque d’erreur que la législature elle-même aurait remédié à la nature trop limitative de la Loi en étendant le bénéfice ou la protection en question au groupe antérieurement exclu. Une telle supposition ne peut être faite dans le présent pourvoi.

Il se peut que la législature préfère ne pas adopter de loi en matière de droits de la personne plutôt que d’en adopter une qui comprenne l’orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, ou il s’agit peut-être de déterminer comment il faudrait modifier la Loi pour la rendre conforme à la *Charte*. Il vaut mieux laisser à la législature le soin de trancher cette question. Comme il a été dit dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 169:

Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu’elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d’adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n’appartient pas aux tribunaux d’ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives. [Je souligne.]

Il existe de nombreuses façons de modifier la Loi afin de remédier à sa nature trop limitative. L’orientation sexuelle pourrait être ajoutée comme motif de distinction illicite à chacune des disposi-

impugned provisions. In so doing, the Legislature may choose to define the term “sexual orientation”, or it may devise constitutional limitations on the scope of protection provided by the *IRPA*. As an alternative, the Legislature may choose to override the *Charter* breach by invoking s. 33 of the *Charter*, which enables Parliament or a legislature to enact a law that will operate notwithstanding the rights guaranteed in s. 2 and ss. 7 to 15 of the *Charter*. Given the persistent refusal of the Legislature to protect against discrimination on the basis of sexual orientation, it may be that it would choose to invoke s. 33 in these circumstances. In any event it should lie with the elected Legislature to determine this issue. They are answerable to the electorate of that province and it is for them to choose the remedy whether it is changing the legislation or using the notwithstanding clause. That decision in turn will be judged by the voters.

The responsibility of enacting legislation that accords with the rights guaranteed by the *Charter* rests with the legislature. Except in the clearest of cases, courts should not dictate how underinclusive legislation must be amended. Obviously, the courts have a role to play in protecting *Charter* rights by deciding on the constitutionality of legislation. Deference and respect for the role of the legislature come into play in determining how unconstitutional legislation will be amended where various means are available.

Given the apparent legislative opposition to including sexual orientation in the *IRPA*, I conclude that this is not an appropriate case for reading in. It is preferable to declare the offending sections invalid and provide the Legislature with an opportunity to rectify them. I would restrict the declaration of invalidity to the employment-related provisions of the *IRPA*, that is ss. 7(1), 8(1) and 10. While the same conclusions may apply to the remaining provisions of the *IRPA*, this Court has stated that *Charter* cases should not be considered

tions contestées. La législature pourrait alors décider de définir l’expression «orientation sexuelle», ou encore poser des limites constitutionnelles à la portée de la protection qu’accorde la Loi. Par ailleurs, la législature pourrait décider de protéger les dispositions qui portent atteinte à la *Charte*, en invoquant l’art. 33, lequel permet au Parlement ou à la législature d’une province d’adopter une loi qui aura effet indépendamment des droits garantis aux art. 2 et 7 à 15 de la *Charte*. Vu qu’elle persiste dans son refus d’accorder une protection contre la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle, la législature pourrait décider d’invoquer l’art. 33. De toute façon, il incombe à la législature, dont les membres ont été élus, de trancher cette question. En effet, ces derniers sont responsables devant l’électorat de la province et c’est à eux de choisir quelle voie prendre, qu’ils décident de modifier la loi ou encore d’invoquer la disposition de dérogation. Leur décision sera ensuite évaluée par les électeurs.

La responsabilité d’adopter des dispositions législatives qui s’harmonisent avec les droits garantis par la *Charte* incombe à la législature. Sauf dans les cas les plus manifestes, les tribunaux ne devraient pas imposer la façon dont une disposition de nature trop limitative doit être modifiée. Il va de soi que les tribunaux ont un rôle à jouer dans la protection des droits garantis par la *Charte*, rôle qui consiste à déterminer si les dispositions législatives adoptées par la législature sont valides sur le plan constitutionnel. Cependant, ils doivent faire preuve de retenue et respecter le rôle de la législature lorsqu’il existe plusieurs façons de modifier une disposition législative inconstitutionnelle.

Étant donné que la législature refuse manifestement d’inclure l’orientation sexuelle dans la Loi, je conclus que la présente affaire ne se prête pas à l’application de l’interprétation large. Il est préférable de déclarer invalides les dispositions fautives et de permettre à la législature de les rectifier. Je limiterais la déclaration d’invalidité aux dispositions de la Loi en matière d’emploi, soit les par. 7(1) et 8(1) ainsi que l’art. 10. Bien que les mêmes conclusions puissent s’appliquer aux autres dispositions de la Loi, notre Cour a déjà dit que les

198

199

in a factual vacuum: see *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at p. 361.

causes fondées sur la *Charte* ne doivent pas être examinées dans un vide factuel: voir *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, à la p. 361.

200 The only remaining issue is whether the declaration of invalidity ought to be temporarily suspended. In *Schachter*, Lamer C.J. stated that a declaration of invalidity may be temporarily suspended where the legislation is deemed unconstitutional because of underinclusiveness rather than overbreadth, and striking down the legislation would result in the deprivation of benefits from deserving persons without thereby benefitting the individual whose rights have been violated.

La seule question litigieuse qui reste à trancher est de savoir si la déclaration d'invalidité devrait être temporairement suspendue. Dans l'arrêt *Schachter*, le juge en chef Lamer a dit que la déclaration d'invalidité pouvait être temporairement suspendue lorsque la loi est jugée inconstitutionnelle en raison de sa portée trop restreinte plutôt que trop large, et que l'annulation de la loi priverait de bénéfices les personnes admissibles sans profiter à la personne dont les droits ont été violés.

201 There is no intention to deprive individuals in Alberta of the protection afforded by the *IRPA*, but only to ensure that the legislation is brought into conformity with the *Charter* while simultaneously respecting the role of the legislature. I would therefore order that the declaration of invalidity be suspended for one year to allow the Legislature an opportunity to bring the impugned provisions into line with its constitutional obligations.

La Cour n'a pas l'intention de priver les personnes vivant en Alberta de la protection de la Loi; elle veut uniquement s'assurer que la Loi soit rendue conforme à la *Charte*, tout en respectant le rôle de la législature. Je suis donc d'avis de suspendre la déclaration d'invalidité pour une période d'un an afin de permettre à la législature de modifier les dispositions contestées de façon à les rendre conformes à ses obligations constitutionnelles.

Conclusion

Conclusion

202 I agree with my colleagues that the exclusion of sexual orientation as a protected ground of discrimination from ss. 7(1), 8(1) and 10 of the *IRPA* violates s. 15 of the *Charter* and cannot be saved under s. 1. I would declare these sections unconstitutional but suspend the declaration of invalidity for a period of one year.

Je suis d'accord avec mes collègues que l'exclusion de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite des par. 7(1) et 8(1) ainsi que de l'art. 10 de la Loi viole l'art. 15 de la *Charte* et ne peut être justifiée conformément à l'article premier. Je suis d'avis de déclarer inconstitutionnelles ces dispositions, mais de suspendre la déclaration d'invalidité pour une période d'un an.

Appeal allowed with costs, MAJOR J. dissenting in part. Cross-appeal dismissed with costs.

Pourvoi principal accueilli avec dépens, le juge MAJOR est dissident en partie. Pourvoi incident rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellants: Chivers Greckol & Kanee, Edmonton.

Procureurs des appelants: Chivers Greckol & Kanee, Edmonton.

Solicitors for the respondents: Miles Davison McCarthy, Calgary.

Procureurs des intimés: Miles Davison McCarthy, Calgary.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Brian Saunders and James Hendry, Ottawa.

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

Solicitors for the intervener the Alberta Civil Liberties Association: Pundit & Chotalia, Edmonton.

Solicitors for the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE): Nelligan Power, Ottawa.

Solicitor for the intervener Women's Legal Education and Action Fund (LEAF): Claire Klassen, Toronto.

Solicitors for the intervener the Foundation for Equal Families: Scott & Ayles, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Human Rights Commission: William F. Pentney and Patricia Lawrence, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association — Alberta Branch: McCarthy Tétrault, Calgary.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA): Thomas S. Kuttner, Fredericton.

Solicitors for the intervener the Canadian AIDS Society: Elliott, Rodrigues, Toronto.

Solicitors for the intervener the Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada: Dale Gibson Associates, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Jewish Congress: Witten Binder, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Canada: Brian Saunders et James Hendry, Ottawa.

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

Procureurs de l'intervenante l'Alberta Civil Liberties Association: Pundit & Chotalia, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE): Nelligan Power, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ): Claire Klassen, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Foundation for Equal Families: Scott & Ayles, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne: William F. Pentney et Patricia Lawrence, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien — Division de l'Alberta: McCarthy Tétrault, Calgary.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne (ACCDP): Thomas S. Kuttner, Fredericton.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne du SIDA: Elliott, Rodrigues, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada: Dale Gibson Associates, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Witten Binder, Edmonton.

Solicitors for the intervener Christian Legal Fellowship: Milner Fenerty, Calgary.

Solicitor for the intervener the Alberta Federation of Women United for Families: Dallas K. Miller Law Office, Medicine Hat.

Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Milner Fenerty, Calgary.

Solicitors for the intervener Focus on the Family (Canada) Association: Milner Fenerty, Calgary.

Procureurs de l'intervenant le Christian Legal Fellowship: Milner Fenerty, Calgary.

Procureur de l'intervenante l'Alberta Federation of Women United for Families: Dallas K. Miller Law Office, Medicine Hat.

Procureurs de l'intervenant l'Evangelical Fellowship of Canada: Milner Fenerty, Calgary.

Procureurs de l'intervenante la Focus on the Family (Canada) Association: Milner Fenerty, Calgary.