

**Elisabeth Lavoie and Jeanne
To-Thanh-Hien** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen in Right
of Canada and the Public Service
Commission** *Respondents*

and between

Janine Bailey *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right
of Canada and the Public Service
Commission** *Respondents*

and

**Center for Research-Action on Race
Relations** *Intervener*

INDEXED AS: LAVOIE v. CANADA

Neutral citation: 2002 SCC 23.

File No.: 27427.

2001: June 12; 2002: March 8.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Citizenship — Preference given to Canadian citizens for employment in federal Public Service under Public Service Employment Act — Whether preference on basis of citizenship infringing equality guarantee — If so, whether preference justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Public Service Employment Act, R.S.C. 1985, c. P-33, s. 16(4)(c).

Canadian citizens receive preferential treatment in federal Public Service employment by virtue of s. 16(4)(c)

**Elisabeth Lavoie et Jeanne
To-Thanh-Hien** *Appelantes*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada
et la Commission de la fonction
publique** *Intimées*

et entre

Janine Bailey *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada
et la Commission de la fonction
publique** *Intimées*

et

**Centre de recherche-action sur les relations
raciales** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : LAVOIE c. CANADA

Référence neutre : 2002 CSC 23.

N° du greffe : 27427.

2001 : 12 juin; 2002 : 8 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Citoyenneté — Préférence en matière d'emploi dans la fonction publique fédérale accordée aux citoyens canadiens par la Loi sur l'emploi dans la fonction publique — La préférence fondée sur la citoyenneté porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité? — Dans l'affirmative, la préférence est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-33, art. 16(4)(c).

L'alinéa 16(4)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (« LEFP ») confère aux citoyens canadiens

of the *Public Service Employment Act* (“PSEA”). The appointment of qualified persons to the Public Service is the exclusive responsibility of the Public Service Commission, as is the exercise of discretion to prefer Canadian citizens under s. 16(4)(c). Staffing takes place by either open or closed competition, the difference being that closed competitions are restricted to existing employees of the Public Service. Open competitions generally involve three stages: the inventory stage, in which persons submit applications to the Commission for general consideration; the referral stage, in which the Commission responds to departmental staffing requests by referring qualified applicants to the requesting department; and the selection stage, in which the requesting department prepares an eligibility list from the list of qualified referrals and chooses from the eligibility list. The citizenship preference at issue in this appeal occurs at the referral stage of open competitions. The appellants, foreign nationals who sought employment in the Public Service without having obtained Canadian citizenship, were, in one way or another, disadvantaged by the application of s. 16(4)(c), and challenge this provision as a violation of their equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Federal Court, Trial Division, allowed the s. 15(1) claim, but held that the legislation could be justified under s. 1 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal, in a majority judgment, dismissed the appellants’ appeal.

Held (McLachlin C.J. and L’Heureux-Dubé and Binnie JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 16(4)(c) of the *PSEA* is constitutional.

Per Gonthier, Iacobucci, Major, and Bastarache JJ.: Section 16(4)(c) of the *PSEA* infringes s. 15(1) of the *Charter*. The impugned provision conflicts with the purpose of s. 15(1), which is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

The integrated approach to s. 15(1) as set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* involves three broad inquiries. As to the first and second inquiries, the impugned law draws a clear distinction between citizens and non-citizens, and citizenship constitutes an analogous ground of discrimination under

un traitement préférentiel dans l’emploi dans la fonction publique fédérale. Les nominations dans la fonction publique relèvent strictement de la Commission de la fonction publique, tout comme le pouvoir discrétionnaire d’accorder la préférence aux citoyens canadiens en vertu de l’al. 16(4)c). La dotation se fait par concours public ou par concours interne, ce dernier n’étant ouvert qu’aux employés de la fonction publique. Le concours public comporte généralement trois étapes : l’établissement d’un répertoire (les candidats soumettent une demande à l’examen général de la Commission), la présentation (la Commission donne suite à la demande de dotation d’un ministère en lui présentant des candidats qualifiés) et la sélection (le ministère dresse une liste d’admissibilité à partir de la liste des candidats qualifiés présentés et fait son choix à partir de la liste d’admissibilité). La préférence fondée sur la citoyenneté en cause ici intervient à l’étape de la présentation dans le cadre d’un concours public. Les appelantes, des ressortissantes étrangères ayant postulé à des emplois dans la fonction publique sans avoir obtenu au préalable la citoyenneté canadienne, ont été défavorisées d’une manière ou d’une autre par l’application de l’al. 16(4)c), et contestent cette disposition comme violation de leurs droits à l’égalité en vertu du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Section de première instance de la Cour fédérale a fait droit au moyen fondé sur le par. 15(1), mais a jugé que la disposition pouvait être justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*. La Cour d’appel fédérale a rejeté à la majorité le pourvoi des appelantes.

Arrêt (le juge en chef McLachlin et les juges L’Heureux-Dubé et Binnie sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté. L’alinéa 16(4)c) de la *LEFP* est constitutionnel.

Les juges Gonthier, Iacobucci, Major et Bastarache : L’alinéa 16(4)c) de la *LEFP* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. La disposition contestée est en conflit avec l’objet du par. 15(1), qui est d’empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l’imposition de désavantages, de stéréotypes, ou de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l’existence d’une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération.

L’approche intégrée du par. 15(1), énoncée dans *Law v. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* comporte trois grandes questions. En ce qui concerne les deux premières, la loi contestée établit une distinction nette entre citoyens et non-citoyens et la citoyenneté est un motif de discrimination analogue selon le par.

s. 15(1). The third inquiry, which determines whether the distinction is discriminatory, assesses the subjective experience of the claimant against an objective standard, having regard to four contextual factors. Of these four, the second factor explores the extent to which differential treatment may in fact be acceptable under s. 15(1): where there is a genuine relationship between the ground upon which the claim is based and the nature of the differential treatment, it may be acceptable to make certain legislative distinctions. In the context of laws whose very *raison d'être* is the definition of citizenship (as in this case), the assertion that citizens and non-citizens are so differently situated that they do not merit equal treatment, and that citizenship is a relevant (and indeed necessary) category on which unequal treatment is based, goes beyond what is contemplated in *Law*. The law or government action must take into account the particular situation of those affected, including any relative advantage or disadvantage. In this case, to the extent non-citizens are “differently situated” than citizens, it is only because the legislature has accorded them a unique legal status. The distinction is not made on the basis of any actual personal differences between individuals. If anything, the distinction places an additional burden on an already disadvantaged group. Such a distinction is impossible to square with this Court’s finding in *Andrews v. Law Society of British Columbia*. All three remaining contextual factors further militate in favour of a s. 15(1) violation. First, while the claimants in this case are all relatively well-educated, it is settled law that non-citizens suffer from political marginalization, stereotyping and historical disadvantage. Second, s. 16(4)(c) of the *PSEA* does not aim to ameliorate the predicament of a group more disadvantaged than non-citizens; rather, the comparator class in this case enjoys greater status on the whole than the claimant class. Finally, the nature of the interest in this case — namely employment — is one that warrants constitutional protection.

The *Law* factors should not however be applied too mechanically. Whether the law perpetuates the view that non-citizens are less capable or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society is the overarching question. The *Law* methodology requires a contextualized look at how a non-citizen legitimately feels when confronted by a particular enactment. That subjective inquiry into human dignity requires the claimant to provide a rational foundation for her experience of discrimination in the sense that a reasonable person similarly situated would share that experience. In this case, the claimants felt legitimately

15(1). La troisième question, qui vise à déterminer si la distinction est discriminatoire, évalue l’expérience subjective du demandeur par rapport à une norme objective, compte tenu de quatre facteurs contextuels. Parmi les quatre, le deuxième facteur tient compte de la mesure dans laquelle la différence de traitement peut en fait être acceptable selon le par. 15(1) : lorsqu’il existe un véritable rapport entre le motif sur lequel est fondée l’allégation et la nature de la différence de traitement, il peut être acceptable d’établir certaines distinctions par voie législative. Dans le contexte de lois dont la raison d’être même est de définir la citoyenneté (comme en l’espèce), l’argument selon lequel citoyens et non-citoyens sont dans des situations tellement différentes qu’ils n’ont pas droit à un traitement égal et la citoyenneté est une catégorie pertinente (et en fait nécessaire) sur laquelle se fonde l’inégalité de traitement, va au-delà de ce que vise l’arrêt *Law*. La mesure légale ou gouvernementale doit prendre en compte la situation particulière de ceux qu’elle touche, y compris tout avantage ou désavantage relatif. En l’espèce, la situation des non-citoyens diffère de celle des citoyens uniquement parce que le législateur leur a donné un statut juridique unique. La distinction n’est pas établie en fonction de différences personnelles réelles entre les individus. Elle ne fait qu’ajouter au fardeau d’un groupe déjà défavorisé. Il est impossible de concilier une telle distinction avec la conclusion de la Cour dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*. De plus, les trois autres facteurs contextuels indiquent tous une atteinte au par. 15(1). Premièrement, bien que les appelantes en l’espèce aient toutes un niveau d’instruction relativement élevé, il est bien établi que les non-citoyens sont marginalisés sur le plan politique, font l’objet de stéréotypes et ont de tous temps été défavorisés. Deuxièmement, l’alinéa 16(4)c) de la *LEFP* n’a pas pour objet de redresser la situation d’un groupe plus défavorisé que les non-citoyens; le groupe de comparaison en l’espèce a plutôt dans l’ensemble un statut plus enviable que le groupe dont font partie les appelantes. Enfin, la nature de l’intérêt en cause, l’emploi, est de ceux qui méritent la protection constitutionnelle.

Les facteurs de l’arrêt *Law* ne doivent pas être appliqués de manière trop mécanique. La question de savoir si la loi perpétue l’opinion que les non-citoyens sont moins capables ou moins dignes d’être reconnus ou valorisés en tant qu’êtres humains ou que membres de la société canadienne est la question primordiale. La méthode de *Law* exige que l’on regarde en contexte comment un non-citoyen peut légitimement se sentir face à un texte de loi précis. Cet examen subjectif de la dignité humaine oblige le demandeur à établir le fondement rationnel de son expérience de discrimination en ce sens qu’une personne raisonnable vivant une

burdened by the idea that, having made their home in Canada, their professional development was stifled on the basis of their citizenship status. Freedom of choice in work and employment are fundamental aspects of this society and, perhaps unlike voting and other political activities, should be, in the eyes of immigrants, as equally accessible to them as to Canadian citizens.

The government has demonstrated that, on a balance of probabilities, s. 16(4)(c) is a reasonable limit on equality that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*. The objectives behind s. 16(4)(c) are sufficiently important to justify limiting the appellants' equality rights. Canada's citizenship policy embodies two distinct objectives: to enhance the meaning of citizenship as a unifying bond for Canadians, and to encourage and facilitate naturalization by permanent residents. The signal effect of the impugned provisions is not to discourage immigration but to underscore the value of citizenship. In an era of increased movement across borders, citizenship provides immigrants with a basic sense of identity and belonging. Parliament has attempted to achieve the goal of enhancing Canadian citizenship in a manner that respects cultural diversity.

With respect to rational connection, Parliament is entitled to some deference as to whether one privilege or another advances a compelling state interest. As to the first objective, Parliament's view is supported by common sense and widespread international practice, both of which are relevant indicators of a rational connection in this case. With regard to the second objective, there is a very close relationship between immigration and naturalization rates in Canada, meaning that a high proportion of immigrants choose to naturalize upon meeting the three-year residency requirement. The government's efforts to enhance the value of citizenship can reasonably be assumed to play a role.

The minimum impairment test has been met. The test asks whether there are less intrusive ways of enhancing the value of citizenship among public servants. Certain features of s. 16(4)(c) render it less intrusive than it might be: it is a preference only and not an absolute bar; it does not apply to closed competition, the most common means of staffing Public Service positions; it only applies to the referral stage of open competition; and dual citizenship is permitted in Canada, such that Canadian law does not burden non-citizens with a choice between renouncing their foreign citizenship and entering the Public Service.

situation semblable partagerait cette expérience. En l'espèce, les appelantes ont légitimement senti qu'un fardeau leur était imposé du fait que, même après avoir élu domicile au Canada, leur avancement professionnel était entravé en raison de leur statut de non-citoyennes. La liberté de choix du travail et l'emploi sont des aspects fondamentaux de la société et, contrairement peut-être au droit de vote et aux autres activités politiques, devraient, aux yeux d'un immigrant, lui être tout aussi accessibles qu'à un citoyen canadien.

L'État a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que l'al. 16(4)c) apporte à l'égalité une restriction raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte*. Les objectifs de l'al. 16(4)c) sont suffisamment importants pour justifier la restriction des droits à l'égalité des appelantes. La politique canadienne de citoyenneté intègre deux objectifs distincts : valoriser la citoyenneté comme lien unissant les Canadiens, et encourager et faciliter la naturalisation des résidents permanents. L'effet insigne des dispositions contestées n'est pas de dissuader l'immigration mais de souligner la valeur de la citoyenneté. À une époque où les mouvements transfrontaliers se multiplient, la citoyenneté offre aux immigrants un sentiment fondamental d'identité et d'appartenance. Le législateur a tenté de réaliser l'objectif de valoriser la citoyenneté canadienne en respectant la diversité culturelle.

À l'égard du lien rationnel, une certaine déférence est due au législateur quant à savoir si un privilège ou un autre fait progresser un intérêt pressant de l'État. Pour le premier objectif, le choix du législateur s'appuie sur le sens commun et une pratique internationale répandue, deux indicateurs pertinents de l'existence d'un lien rationnel en l'espèce. Pour le deuxième objectif, il existe un lien très étroit entre les taux d'immigration et de naturalisation au Canada, ce qui veut dire qu'une grande proportion d'immigrants décident de se faire naturaliser après trois ans de résidence. On peut raisonnablement supposer que les mesures prises par l'État pour valoriser la citoyenneté jouent un rôle.

Le critère de l'atteinte minimale, qui consiste à déterminer s'il existe d'autres moyens moins attentatoires de valoriser la citoyenneté chez les fonctionnaires, est respecté. Certaines caractéristiques de l'al. 16(4)c) le rendent moins attentatoire qu'il pourrait l'être : il s'agit d'une préférence seulement, et non d'une exclusion totale; elle ne s'applique pas au concours interne, qui est le moyen le plus courant de doter un poste dans la fonction publique; elle ne s'applique qu'au stade de la présentation dans un concours public; et le Canada permet la double citoyenneté, de sorte que le droit canadien

While certain individuals undoubtedly fall through the cracks of s. 16(4)(c) of the *PSEA*, it is uncertain whether a reasonable alternative is available that would fill these cracks in a fair, consistent and principled manner. Parliament has conscientiously considered alternatives to s. 16(4)(c) and has chosen not to pursue them. The role of this Court is not to order that Parliament should have decided otherwise.

Finally, the infringing effects of s. 16(4)(c) do not outweigh the importance of the objective sought. The disadvantage to non-citizens relative to citizens does not appear significant: it is almost as difficult for citizens to enter the Public Service as non-citizens; promotion via open competition is a distinct possibility for non-citizens despite their disadvantage relative to their colleagues; and non-citizens who are members of the Public Service have unfettered access to closed competitions, which are by far the more conventional avenue of Public Service promotion. Absent greater evidence of the impact on the claimants' career prospects, the inconvenience suffered is not too high a price to pay for the government's right to define the rights and privileges of its citizens.

Per Arbour J.: Section 16(4)(c) of the *PSEA* does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. The appellants have failed to establish that their claim satisfies the third branch of the *Law* test for assessing equality claims. The reasonable person in circumstances similar to those of the claimants would, upon consideration of the various contextual factors set out in *Law*, conclude that s. 16(4)(c) of the *PSEA* does not offend the essential human dignity of the claimants and therefore does not discriminate.

At the heart of the third *Law* inquiry is the recognition that not all distinctions resulting in differential treatment at law can properly be said to violate equality rights under s. 15(1) of the *Charter*. An investigation into whether a legal distinction made on enumerated or analogous grounds is discriminatory is vital to that determination. The appropriate perspective from which to analyse a claim of discrimination has both a subjective and an objective component. To read out the requirement of an objective component would be to allow a claimant simply to assert without more that his or her dignity has been adversely affected by a law in order to ground a s. 15(1) claim and, in so doing, would irrevocably damage the *Law* methodology. While there may be certain legislative distinctions, such as those made on the basis of race,

n'oblige pas les non-citoyens à choisir entre leur citoyenneté étrangère et l'accès à la fonction publique. Même si certaines personnes sont certainement victimes des failles de l'al. 16(4)c) de la *LEFP*, on peut douter de l'existence d'une option raisonnable qui comblerait ces lacunes d'une manière juste, cohérente et probe. Le législateur a consciencieusement envisagé des options autres que l'al. 16(4)c) et il a décidé de ne pas les adopter. Il n'appartient pas à notre Cour de décréter que le législateur aurait dû prendre une autre décision.

Enfin, les effets attentatoires de l'al. 16(4)c) ne surpassent pas en importance l'objectif poursuivi. Le désavantage du non-citoyen par rapport au citoyen ne paraît pas important : il est presque aussi difficile pour un citoyen que pour un non-citoyen d'accéder à la fonction publique; l'avancement par voie de concours public demeure une possibilité réelle pour les non-citoyens malgré leur désavantage par rapport à leurs collègues; les non-citoyens qui sont membres de la fonction publique ont un accès inconditionnel aux concours internes qui sont le moyen le plus usité d'obtenir de l'avancement dans la fonction publique. À défaut de preuve plus soutenue des répercussions sur les perspectives de carrière des appelantes, les inconvénients subis ne représentent pas un prix trop élevé pour permettre à l'État de définir les droits et les privilèges de ses citoyens.

Le juge Arbour : L'alinéa 16(4)c) de la *LEFP* ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Les appelantes n'ont pas réussi à établir que leur allégation satisfait au troisième volet du critère de l'arrêt *Law* pour l'appréciation des revendications du droit à l'égalité. Une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle des appelantes conclurait, après examen des divers facteurs contextuels établis dans *Law*, que l'al. 16(4)c) de la *LEFP* ne porte pas atteinte à la dignité humaine essentielle des appelantes et qu'il n'est donc pas discriminatoire.

Au cœur de la troisième question de *Law* se trouve la reconnaissance du fait que les distinctions donnant lieu à une différence de traitement devant la loi ne portent pas toutes atteinte à l'égalité garantie au par. 15(1) de la *Charte*. Il est vital de déterminer si une distinction légale fondée sur un motif énuméré ou analogue est discriminatoire. Le point de vue approprié pour l'analyse d'une allégation de discrimination comporte une partie subjective et une partie objective. Exclure la partie objective reviendrait à admettre qu'il suffit, pour étayer une allégation en vertu du par. 15(1), que le demandeur affirme, sans plus, que sa dignité a souffert en raison d'une loi, ce qui porterait un tort irrévocable à la méthode adoptée dans *Law*. Même si certaines distinctions créées par la loi fondées, par exemple, sur la race, pourraient en

that can be labelled infringements of s. 15(1) without the need for a detailed investigation into whether or not they are discriminatory, this is the exception that proves the rule. In an understandable eagerness to extend equality rights as widely as possible, stripping those rights of any meaningful content must be avoided. Otherwise, the result will be the creation of an equality guarantee that is far-reaching but wafer-thin, leaving equality rights at the mercy of a diluted justificatory analysis under s. 1 in almost every case. When the subjective-objective perspective is properly applied as a necessary condition for making a finding of discrimination, it becomes more difficult to establish that one's equality rights have been infringed. It also becomes more difficult, having made a finding of discrimination, to establish that the resulting s. 15(1) violation can be justified. Freed of the need to guard the integrity of the legislative process against too easy findings of s. 15(1) infringements, the justificatory analysis under s. 1 will then be conducted with the uncompromising rigour that it was intended to have. While this approach to s. 15(1) may blur the distinction between the kinds of considerations that are appropriate under that section and the kinds of considerations that are appropriate under s. 1, the overlap is to some extent merely a function of the fact that s. 15(1) contains its own internal limitation: specifically, its differentiation between legislative distinctions and discrimination.

Virtually all liberal democracies impose citizenship-based restrictions on access to their public services. These restrictions indicate widespread international agreement that such restrictions do not implicate the essential human dignity of non-citizens and that the partial and temporary difference of treatment imposed by these restrictions is not discriminatory. An analysis of the non-exhaustive list of contextual factors suggested in *Law* further militates against a finding that s. 16(4)(c) of the *PSEA* violates the essential human dignity of reasonable non-citizens. First, while in many aspects of their lives, non-citizens in general suffer from the sort of pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, and vulnerability that s. 15(1) of the *Charter* is directed at remedying, there is doubt as to whether these specific claimants suffer from pre-existing disadvantage. On the contrary, this is in some ways a case about the maintaining of pre-existing advantage by the claimants, who want to retain all of the valuable benefits legally accruing to them as members of the European Union and citizens of other countries while claiming similar privileges and benefits afforded to Canadian citizens under an analogous legislative arrangement. Second, where the ground upon which the claim is made actually corresponds to personal differences that are relevant to the legislative purpose, the claimant will have difficulty in proving a violation of essential human

fait être qualifiées d'atteintes au par. 15(1) sans qu'il soit nécessaire d'examiner de façon détaillée si elles sont discriminatoires ou non, il s'agit de l'exception qui confirme la règle. Dans un empressement tout naturel à étendre le plus largement possible les droits à l'égalité, il faut éviter de dépouiller ces droits de tout contenu significatif. Sinon, il en résultera une garantie d'égalité de vaste étendue, mais superficielle, laissant les droits à l'égalité à la merci, dans presque tous les cas, d'une analyse de justification diluée sous le régime de l'article premier. Lorsque la perspective subjective-objective est correctement appliquée comme condition nécessaire à la constatation de la discrimination, il devient plus difficile d'établir l'atteinte à des droits à l'égalité. Il devient aussi plus difficile, après constatation d'une discrimination, d'établir que l'atteinte au par. 15(1) peut être justifiée. Libérée de la nécessité de préserver l'intégrité du processus législatif contre des constatations trop faciles d'atteintes au par. 15(1), l'analyse de la justification selon l'article premier pourrait alors être faite avec la rigueur intransigeante pour laquelle elle a été conçue. Bien que cette approche du par. 15(1) paraisse estomper la distinction entre le type de considérations qui sont appropriées sous son régime et celles qui le sont pour l'article premier, le recoupement est fonction jusqu'à un certain point du fait que le par. 15(1) comporte sa propre restriction interne : plus précisément, la différenciation entre distinctions législatives et discrimination.

Presque toutes les démocraties libérales limitent, sur le fondement de la citoyenneté, l'accès à leur fonction publique. Ces restrictions indiquent un large consensus international sur l'idée que de telles restrictions ne touchent pas la dignité humaine essentielle des non-citoyens et que la différence de traitement partielle et temporaire qu'elles imposent n'est pas discriminatoire. L'analyse de la liste non exhaustive de facteurs contextuels proposée dans *Law* milite plus avant contre la conclusion que l'al. 16(4)(c) de la *LEFP* porte atteinte à la dignité humaine essentielle de non-citoyens raisonnables. Premièrement, même si dans plusieurs aspects de leur vie, les non-citoyens en général subissent le type de désavantages, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité auxquels le par. 15(1) de la *Charte* vise à remédier, le doute est permis quant à savoir si ces appelantes en particulier souffrent d'un désavantage préexistant. Au contraire, il s'agit d'une certaine façon de la préservation d'un avantage préexistant des appelantes, qui veulent conserver tous les avantages qui leur reviennent légalement comme citoyennes de l'Union européenne et d'autres pays, tout en réclamant les privilèges et avantages similaires offerts aux citoyens canadiens dans un cadre législatif analogue. Deuxièmement, lorsque le motif sur lequel se fonde l'allegation correspond à des différences personnelles qui ont un rapport avec l'objet de la loi, le demandeur peut avoir

dignity, even if differential treatment on the basis of that ground is unjustifiable in the vast majority of cases. Citizenship is relevant to the public distribution of benefits to the extent that it tracks the class of people who have taken on correlative or reciprocal duties in exchange for the receipt of the benefits in question, such that the withholding of those benefits from non-citizens cannot constitute an affront to human dignity. Use in this case of the analogous ground of citizenship as a basis for legislating differential treatment between individuals is both: (a) unavoidable, inasmuch as legislating over matters of citizenship itself entails differential treatment between citizens and non-citizens; and (b) appropriate, inasmuch as the ground of citizenship corresponds to real personal differences between the various individuals who would claim benefits from the state. Finally, the nature and scope of the interests affected by s. 16(4)(c) of the *PSEA* are not sufficiently vital and large, nor the effects of that provision sufficiently severe and localized, to allow the claimants to successfully make out a violation of their essential human dignity. The interest at stake here falls considerably short of being an interest in work *per se*. Unlike *Andrews v. Law Society of British Columbia*, this is not a case in which the claimants are simply refused entry into their chosen profession because of their status as non-citizens. At most, what s. 16(4)(c) deprives these claimants of is a chance to enter into open competition with others for positions in the federal Public Service.

Per LeBel J.: Section 16(4)(c) of the *PSEA* does not violate s. 15 of the *Charter*. The appellants' claim does not meet the third branch of the test designed in *Law* as the citizenship preference does not affect the essential dignity of non-citizens. Whether s. 1 could justify a breach of s. 15 in this case need not be addressed. However, the approach to the *Oakes* test must reflect jurisprudential developments which acknowledge that the minimal impairment branch of the test may leave a significant margin of appreciation as to the selection of the appropriate remedies to Parliament and legislatures, provided they fall within a range of reasonable alternatives.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé and Binnie JJ. (dissenting): Section 16(4)(c) of the *PSEA* infringes s. 15(1) of the *Charter* in a way that marginalizes immigrants from the fabric of Canadian life. A law which bars an entire class of persons from certain forms of employment, solely on the grounds of a lack of citizenship status and without consideration of the qualifications or merits

de la difficulté à prouver qu'il y a atteinte à la dignité humaine essentielle, même si la différence de traitement fondée sur ce motif est injustifiable dans la grande majorité des cas. La citoyenneté est pertinente par rapport à la distribution publique des avantages dans la mesure où elle s'attache à la catégorie de personnes qui ont assumé des obligations corrélatives ou réciproques en échange des avantages en question, de sorte que priver des non-citoyens de ces avantages ne peut être une atteinte à la dignité humaine. Le recours en l'espèce au motif analogue de la citoyenneté comme fondement de l'imposition par voie législative d'une différence de traitement est à la fois : a) inévitable, dans la mesure où le fait même de légiférer en matière de citoyenneté implique une différence de traitement entre citoyens et non-citoyens et b) approprié, dans la mesure où le motif de la citoyenneté correspond à des différences personnelles réelles entre les diverses personnes qui peuvent solliciter des avantages de l'État. Enfin, la nature et l'étendue des droits touchés par l'al. 16(4)c) de la *LEFP* ne sont pas suffisamment essentielles et vastes, et les effets de cette disposition ne sont pas suffisamment graves et localisés pour permettre aux appelantes d'établir avec succès qu'il y a eu atteinte à leur dignité humaine essentielle. L'intérêt en cause en l'espèce est loin d'équivaloir au travail comme tel. Contrairement à *Andrews c. Law Society of British Columbia*, il ne s'agit pas d'une situation où l'on refuse aux appelantes l'accès aux professions qu'elles ont choisies, en raison de leur statut de non-citoyennes. Tout au plus, l'al. 16(4)c) les prive d'une chance de participer avec d'autres personnes à des concours publics ouvrant des postes de la fonction publique fédérale.

Le juge LeBel : L'alinéa 16(4)c) de la *LEFP* ne viole pas l'art. 15 de la *Charte*. La prétention des appelantes ne satisfait pas au troisième volet du critère de l'arrêt *Law* parce que la préférence fondée sur la citoyenneté ne touche pas la dignité essentielle des non-citoyens. Il n'y a pas lieu de décider si l'article premier pourrait justifier une atteinte à l'art. 15 en l'espèce. Toutefois, l'application du critère de l'arrêt *Oakes* doit tenir compte de l'évolution jurisprudentielle qui reconnaît que le volet atteinte minimale de ce critère permet de laisser au Parlement et aux législatures provinciales une marge importante d'appréciation dans le choix des réparations appropriées, pourvu qu'elles s'inscrivent à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé et Binnie (dissidents) : L'alinéa 16(4)c) de la *LEFP* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte* d'une manière qui exclut les immigrants du tissu social canadien. Une loi qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égard aux

of individuals in the group, violates human dignity. It is Parliament's task to draft laws in relation to citizenship that comply with s. 15(1). Defining Canadian citizenship does not require that Parliament be allowed to discriminate against non-citizens. That some of the appellants in this case could have become citizens, but chose not to, does not militate against a finding of discrimination. That a person could avoid discrimination by modifying his or her behaviour does not negate the discriminatory effect. The very act of forcing some people to make such a choice violates human dignity, and is therefore inherently discriminatory.

The infringement in this case is not justified under s. 1 of the *Charter*. Assuming that enhancing citizenship and encouraging a small class of civil servants to become Canadian citizens are pressing and substantial objectives, the discrimination complained of is not rationally connected to either of these objectives. First, the impugned provision confers an advantage upon citizens by discriminating against non-citizens. Far from being rationally connected to the goal of enhancing citizenship, the impugned provision undermines this goal, by presenting Canadian citizenship as benefiting from discrimination against non-citizens, a group which this Court has long recognized as a "discrete and insular minority" deserving of protection. Secondly, the assessment that the citizenship preference seems generally to have worked as an incentive to naturalize is not persuasive. There is no evidence to suggest that high rates of naturalization were in any way attributable to the citizenship preference. That the citizenship preference confers only a minimal advantage upon citizens, because it is almost as difficult for citizens to enter the Public Service as non-citizens, militates against finding a rational connection. Finally, that citizenship requirements for civil service are a widespread international practice is neither relevant nor indicative of a rational connection. There is no evidence that other countries with citizenship-based restrictions on access to Public Service employment share the same objectives as Parliament in this case.

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred**

qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte à la dignité humaine. Il appartient au législateur, en matière de citoyenneté, de concevoir des dispositions conformes au par. 15(1). Définir la citoyenneté canadienne n'exige pas que le Parlement soit autorisé à exercer de la discrimination contre des non-citoyens. Le fait que certaines des appelantes auraient pu demander la citoyenneté, mais ne l'ont pas fait, n'empêche pas de conclure à la discrimination. Le fait qu'une personne puisse se soustraire à la discrimination en modifiant son comportement ne supprime pas l'effet discriminatoire. Le seul fait de contraindre certaines personnes à faire un tel choix viole la dignité humaine et est en soi discriminatoire.

L'atteinte en l'espèce n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. En supposant que promouvoir la citoyenneté et encourager une catégorie restreinte de fonctionnaires à devenir citoyens canadiens soient des objectifs urgents et réels, il n'y a pas de lien rationnel entre la mesure discriminatoire contestée et l'un ou l'autre de ces objectifs. Premièrement, la disposition incriminée confère un avantage aux citoyens en exerçant une discrimination contre des non-citoyens. Loin d'avoir un lien rationnel avec l'objectif de promouvoir la citoyenneté, la disposition en cause sape cet objectif en donnant à penser que la citoyenneté canadienne bénéficie de la discrimination exercée contre des non-citoyens, un groupe reconnu depuis longtemps par la Cour comme une « minorité distincte et isolée » digne de protection. Deuxièmement, la conclusion selon laquelle la préférence fondée sur la citoyenneté semble avoir généralement fonctionné comme incitatif à la naturalisation n'est pas convaincante. Rien dans la preuve n'indique que le taux élevé de naturalisation est de quelque manière attribuable à la préférence fondée sur la citoyenneté. L'affirmation selon laquelle cette préférence ne confère qu'un avantage minimal au citoyen, parce qu'il est presque aussi difficile pour un citoyen que pour un non-citoyen d'accéder à la fonction publique, milite contre l'existence d'un lien rationnel. Enfin, le fait que l'exigence de la citoyenneté pour l'emploi dans la fonction publique est une pratique internationale répandue n'est ni pertinent ni indicatif de l'existence d'un lien rationnel. Aucune preuve n'indique que d'autres pays imposant des restrictions basées sur la citoyenneté à l'emploi dans la fonction publique partagent les mêmes objectifs que le Parlement en l'espèce.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêt appliqué : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497;

to: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976); *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973); *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Mow Sun Wong v. Hampton*, 435 F.Supp. 37 (1977); *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

By Arbour J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513.

By LeBel J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

By McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *McKinley v. BC Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC

arrêts mentionnés : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Mathews c. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976); *Sugarman c. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973); *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Mow Sun Wong c. Hampton*, 435 F.Supp. 37 (1977); *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Citée par le juge Arbour

Arrêt appliqué : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés :** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

Citée par le juge LeBel

Arrêt appliqué : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

Citée par le juge en chef McLachlin et le juge L'Heureux-Dubé (dissidentes)

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC

38; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) 7, 8, 15(1).
Canadian Citizenship Act, S.C. 1946, c. 15.
Civil Service Act, R.S.C. 1906, c. 16.
Civil Service Act, S.C. 1960-61, c. 57, s. 40(1)(a), (b), (c).
Civil Service Act, 1918, S.C. 1918, c. 12, ss. 38, 41(1).
Civil Service Amendment Act, 1908, S.C. 1908, c. 15, s. 14.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171 (1966), Art. 25(c).
Public Service Employment Act, R.S.C. 1985, c. P-33, s. 16(4)(c).
Public Service Employment Act, S.C. 1966-67, c. 71.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1985, c. P-35, Sch. I, Part I.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Art. 21(2).

Authors Cited

Berezowski, Nan M., and Benjamin J. Trister. *Citizenship 1996*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
 Canada. Department of Justice. *Equality Issues in Federal Law: A Discussion Paper*. Ottawa: Department of Justice, 1985.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 1st Sess., 20th Parl., October 22, 1945, pp. 1335 *et seq.*
 Canada. House of Commons. Report of the Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Canadian Citizenship: A Sense of Belonging*, June 1994.
 Canada. House of Commons. Sub-Committee on Equality Rights. *Equality for All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*, 1985.
 Canada. House of Commons. Sub-Committee on Equality Rights. *Toward Equality: The Response to the Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*, 1986.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).
 Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

38; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) 7, 8, 15(1).
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948), art. 21(2).
Loi de 1908 modifiant la Loi du service civil, S.C. 1908, ch. 15, art. 14.
Loi du service civil, S.R.C. 1906, ch. 16.
Loi du Service civil, 1918, S.C. 1918, ch. 12, art. 38, 41(1).
Loi sur la citoyenneté canadienne, S.C. 1946, ch. 15.
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-33, art. 16(4)c).
Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.C. 1966-67, ch. 71.
Loi sur le service civil, S.C. 1960-61, ch. 57, art. 40(1)a), b), c).
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-35, ann. I, partie I.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171 (1966), art. 25c).

Doctrine citée

Berezowski, Nan M., and Benjamin J. Trister. *Citizenship 1996*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 1^{re} sess., 20^e lég., 22 octobre 1945, p. 1368 et suiv.
 Canada. Chambre des communes. Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *La citoyenneté canadienne : Un sentiment d'appartenance*, juin 1994.
 Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur les droits à l'égalité. *Cap sur l'égalité : Réponse au rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, 1986.
 Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur les droits à l'égalité. *Égalité pour tous : Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, 1985.
 Canada. Ministère de la Justice. *Les droits à l'égalité et la législation fédérale : Un document de travail*. Ottawa : Ministère de la Justice, 1985.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).
 Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford : Clarendon Press, 1995.

Schuck, Peter H. “The Re-Evaluation of American Citizenship” (1997), 12 *Geo. Immigr. L.J.* 1.
 Sharpe, Robert J. “Citizenship, the Constitution Act, 1867, and the Charter”. In William Kaplan, ed., *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship*. Montreal & Kingston: McGill-Queen’s University Press, 1993, 221.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 1 F.C. 3, 174 D.L.R. (4th) 588, 242 N.R. 278, 64 C.R.R. (2d) 189, [1999] F.C.J. No. 754 (QL), affirming a judgment of the Trial Division, [1995] 2 F.C. 623, 95 F.T.R. 1, 125 D.L.R. (4th) 80, 31 C.R.R. (2d) 109, 95 C.L.L.C. ¶210-023, [1995] F.C.J. No. 608 (QL). Appeal dismissed, McLachlin C.J. and L’Heureux-Dubé and Binnie JJ. dissenting.

David J. Jewitt, for the appellants Elisabeth Lavoie and Jeanne To-Thanh-Hien.

Andrew Raven and *David Yazbeck*, for the appellant Janine Bailey.

Graham R. Garton, Q.C., and *Yvonne Milosevic*, for the respondents.

Joanne St. Lewis and *Milton James Fernandes*, for the intervenor.

The reasons of McLachlin C.J. and L’Heureux-Dubé and Binnie JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND L’HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — We agree with Bastarache J. that s. 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33 (“PSEA”), infringes s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a way that marginalizes immigrants from the fabric of Canadian life, and endorse his reasons on this point. In our view, this conclusion is mandated by *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, which we find to be indistinguishable on the question of discrimination. We respectfully disagree, however, that s. 1 justifies the infringement as a “reasonable limit on equality” (para. 21).

Schuck, Peter H. « The Re-Evaluation of American Citizenship » (1997), 12 *Geo. Immigr. L.J.* 1.
 Sharpe, Robert J. « Citizenship, the Constitution Act, 1867, and the Charter ». In William Kaplan, ed., *Belonging : The Meaning and Future of Canadian Citizenship*. Montreal & Kingston : McGill-Queen’s University Press, 1993, 221.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale, [2000] 1 C.F. 3, 174 D.L.R. (4th) 588, 242 N.R. 278, 64 C.R.R. (2d) 189, [1999] A.C.F. n° 754 (QL), qui a confirmé un jugement de la Section de première instance, [1995] 2 C.F. 623, 95 F.T.R. 1, 125 D.L.R. (4th) 80, 31 C.R.R. (2d) 109, 95 C.L.L.C. ¶210-023, [1995] A.C.F. n° 608 (QL). Pourvoi rejeté, le juge en chef McLachlin et les juges L’Heureux-Dubé et Binnie sont dissidents.

David J. Jewitt, pour les appelantes Elisabeth Lavoie et Jeanne To-Thanh-Hien.

Andrew Raven et *David Yazbeck*, pour l’appelante Janine Bailey.

Graham R. Garton, c.r., et *Yvonne Milosevic*, pour les intimées.

Joanne St. Lewis et *Milton James Fernandes*, pour l’intervenant.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges L’Heureux-Dubé et Binnie rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE L’HEUREUX-DUBÉ (dissidentes) — Nous sommes d’accord avec le juge Bastarache que l’al. 16(4)c) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-33 (« LEFP »), porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qu’il exclut les immigrants du tissu social canadien, et nous souscrivons à ses motifs sur ce point. À notre avis, cette conclusion est imposée par l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, avec lequel on ne peut pas faire de distinction en ce qui touche la discrimination. En revanche, nous ne pensons pas que l’atteinte se justifie en vertu de l’article premier comme « restriction raisonnable » du droit à l’égalité (par. 21).

I. Question 1: Does Section 16(4)(c) of the PSEA Infringe Section 15(1) of the Charter?

2

Violation of s. 15(1) depends on finding a discriminatory distinction, based on an enumerated or analogous ground. On both counts, this case is similar to *Andrews*. First, the distinction at issue is made on the basis of citizenship, the very ground held to be analogous in *Andrews*. Once identified, an analogous ground stands as “a constant marker of potential legislative discrimination” and need not be established again in subsequent cases: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paras. 7-10; see also *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, at para. 119, *per* Binnie J. The distinction here at issue, denial of employment opportunity, is the same distinction recognized in *Andrews*. A discriminatory distinction is one that violates human dignity: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. *Law* affirms *Andrews*, and must therefore be taken as finding that a law which bars an entire class of persons from certain forms of employment, solely on the grounds of a lack of citizenship status and without consideration of the qualifications or merits of individuals in the group, violates human dignity. See *Andrews*, *supra*, *per* McIntyre J., at p. 183.

3

It is argued that *Andrews* is distinguishable as having turned on provincial legislation, whereas this case centers upon federal legislation under the citizenship power. Parliament, it is said, must be granted significant leeway in determining the rights and privileges attached to citizenship if this power is not to be trivialized. This argument, it seems to us, sets up a false dichotomy between Parliament's right to make laws regarding citizenship and Parliament's duty to ensure that its laws conform to s. 15(1). Parliament need not choose between legislating with respect to citizenship and discrimination. Rather, it is Parliament's task to draft laws in relation to citizenship that comply with s. 15(1). This leaves ample scope for the exercise of the citizenship power, so long as Parliament does not make

I. Question 1 : L'alinéa 16(4)c de la LEFP porte-t-il atteinte au par. 15(1) de la Charte?

La violation du par. 15(1) consiste en une distinction discriminatoire fondée sur un motif énuméré ou analogue. Sur les deux points, la présente instance est similaire à l'affaire *Andrews*. Premièrement, la distinction en cause est basée sur la citoyenneté, le motif analogue retenu dans *Andrews*. Une fois identifié, un motif analogue est « un indicateur permanent de discrimination législative potentielle » qui n'a pas à être établi chaque fois par la suite : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 7-10; voir aussi *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 119, le juge Binnie. La distinction contestée ici — la privation d'une possibilité d'emploi — est identique à celle qui est reconnue dans *Andrews*. Une distinction est discriminatoire lorsqu'elle porte atteinte à la dignité humaine : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. L'arrêt *Law* confirme *Andrews* et doit en conséquence être tenu comme établissant qu'une loi qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égards aux qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte à la dignité humaine (*Andrews*, p. 183, le juge McIntyre).

On soutient qu'il y a une distinction à faire avec *Andrews* qui porte sur une loi provinciale, alors que la présente instance a trait à une loi fédérale relevant de la compétence sur la citoyenneté. Pour que cette compétence ait un sens, dit-on, le Parlement doit avoir une grande marge de manœuvre dans la détermination des droits et privilèges se rattachant à la citoyenneté. À notre avis, cet argument énonce une fausse dichotomie entre le droit du Parlement de légiférer sur la citoyenneté et son obligation de veiller à ce que ses lois respectent le par. 15(1). Le Parlement n'a pas à choisir entre légiférer sur la citoyenneté et la discrimination. Sa tâche est plutôt de rédiger des textes relatifs à la citoyenneté qui sont conformes au par. 15(1). Cela laisse au Parlement amplement

distinctions that unjustifiably violate human dignity: *Law, supra*. We cannot agree that defining Canadian citizenship requires that Parliament be allowed to discriminate against non-citizens.

It is also argued that *Andrews* involved an outright ban on a form of employment by non-citizens, whereas this case is closer to a lost chance of employment. Again, the distinction eludes us. In both cases, non-citizens were denied employment opportunities, solely because of their citizenship status and for no other reason.

Finally, much has been made of the fact that some of the appellants in this case could have become citizens, but chose not to. In our view, this consideration does not militate against a finding of discrimination. First, such a choice can be attributed to only two of the appellants. Second, in any event the benefit is denied during the period that is required before a permanent resident can obtain citizenship. Third, the fact that a person could avoid discrimination by modifying his or her behaviour does not negate the discriminatory effect. If it were otherwise, an employer who denied women employment in his factory on the ground that he did not wish to establish female changing facilities could contend that the real cause of the discriminatory effect is the woman's "choice" not to use men's changing facilities. The very act of forcing some people to make such a choice violates human dignity, and is therefore inherently discriminatory. The law of discrimination thus far has not required applicants to demonstrate that they could not have avoided the discriminatory effect in order to establish a denial of equality under s. 15(1). The Court in *Andrews* was not deterred by such considerations. On the contrary, La Forest J. specifically noted that acquiring Canadian citizenship could in some cases entail the "serious hardship" of losing an existing citizenship. He left no doubt that this hardship was a cost to be considered in favour of the individual affected by the discrimination: *Andrews, supra*, at p. 201.

de latitude pour exercer sa compétence, en autant qu'il ne fait pas de distinctions portant indûment atteinte à la dignité humaine : *Law*. Nous ne pouvons être d'accord que définir la citoyenneté canadienne autorise le Parlement à discriminer envers des non-citoyens.

On prétend par ailleurs que *Andrews* porte sur l'exclusion totale de non-citoyens d'un type d'emploi, alors qu'il s'agit ici de la perte d'une chance d'emploi. Là encore, la nuance nous échappe. Dans les deux cas, des non-citoyens ont été privés de possibilités d'emploi pour la seule et unique raison qu'ils n'avaient pas la citoyenneté.

Enfin, il est fait grand cas de ce que certaines des appelantes auraient pu obtenir la citoyenneté, mais ne l'ont pas fait. À notre avis, cette considération n'empêche pas de conclure à la discrimination. Tout d'abord, ce choix n'est imputable qu'à deux des appelantes. Deuxièmement, l'avantage est de toute manière refusé pendant la période de résidence requise pour obtenir la citoyenneté. Troisièmement, le fait qu'une personne puisse éviter la discrimination en modifiant son comportement n'en supprime pas l'effet discriminatoire. S'il en était autrement, l'employeur qui refuserait d'embaucher des femmes dans son usine parce qu'il ne veut pas mettre un vestiaire à leur disposition pourrait prétendre que la cause réelle de l'effet discriminatoire est le « choix » des femmes de ne pas utiliser le vestiaire des hommes. Le seul fait de contraindre certaines personnes à faire ce type de choix viole la dignité humaine et est discriminatoire en soi. Jusqu'à maintenant, le droit en matière de discrimination n'a pas exigé que le demandeur prouve qu'il n'aurait pu éviter l'effet discriminatoire pour que soit reconnue l'atteinte à l'égalité garantie au par. 15(1). Dans *Andrews*, la Cour ne s'est pas arrêtée à ces considérations. Au contraire, le juge La Forest dit expressément que, dans certains cas, l'acquisition de la citoyenneté canadienne peut être « fort préjudiciable » lorsqu'elle cause la perte de la citoyenneté d'origine et il ne laisse aucun doute que ce coût doit jouer en faveur de la personne touchée par la mesure discriminatoire : *Andrews*, p. 201.

4

5

II. Question 2: Is the Breach of Section 15(1) Justified Under Section 1 of the Charter?

6 This brings us to s. 1 of the *Charter* and the question of whether the discrimination this law effects is justified in a free and democratic society. In conducting the s. 1 analysis, “it must be remembered that it is the right to substantive equality and the accompanying violation of human dignity that has been infringed when a violation of s. 15(1) has been found” (*Corbiere, supra, per L'Heureux-Dubé J.*, at para. 98 (emphasis deleted)). Indeed, “cases will be rare where it is found reasonable in a free and democratic society to discriminate” (see *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609, *per L'Heureux-Dubé J.*, at para. 95 (citing *Andrews, supra, per Wilson J.*, at p. 154)). Discrimination on the basis of non-citizenship will attract close scrutiny. To quote La Forest J. in *Andrews, supra*, at p. 201:

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

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

7 This Court has held that in order to invoke the protection of s. 1, the government must demonstrate that an infringement of the *Charter* “is ‘reasonable’ and ‘demonstrably justified in a free and democratic society’” (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 135). The test that this Court has fashioned to make such a determination requires that (1) the objective of the legislation be pressing and substantial; (2) the rights violation be rationally connected to the aim of the legislation; (3) the impugned provision minimally impair the *Charter* guarantee; and (4) the effect of the measure be proportional to its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgment of the right (see *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182, *per Iacobucci J.* (citing *Oakes, supra*, at pp. 138-39)).

II. Question 2 : L’atteinte au par. 15(1) est-elle justifiée en vertu de l’article premier de la Charte?

Nous devons maintenant examiner l’article premier de la *Charte* et décider si l’effet discriminatoire de la loi est justifié dans une société libre et démocratique. Dans cette analyse, « il faut se rappeler que, lorsqu’un tribunal conclut à la violation du par. 15(1) et à la violation de la dignité humaine qui s’ensuit, c’est au droit à l’égalité réelle qu’il a été porté atteinte » (*Corbiere*, précité, le juge L’Heureux-Dubé, par. 98 (soulignement omis)). En vérité, « rares seront les cas dans lesquels il sera raisonnable de discriminer dans le cadre d’une société libre et démocratique » (voir *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, le juge L’Heureux-Dubé, par. 95 (citant *Andrews*, le juge Wilson, p. 154)). La discrimination fondée sur la non-citoyenneté doit faire l’objet d’un examen minutieux. Pour citer le juge La Forest dans *Andrews*, p. 201 :

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

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

La Cour a statué que, pour se prévaloir de la protection de l’article premier, le gouvernement doit prouver que l’atteinte à la *Charte* est « raisonnable » et que « sa justification peut “se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique” » (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 135). Le test élaboré par la Cour comporte les quatre volets suivants : (1) l’objectif de la loi doit être urgent et réel; (2) l’atteinte aux droits doit avoir un lien rationnel avec l’objectif de la loi; (3) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*; et (4) il doit y avoir proportionnalité entre les effets 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 (voir *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 182, le juge Iacobucci (citant *Oakes*, p. 138-139)).

We agree with the majority that two objectives can be attributed to the impugned legislation: encouraging non-citizens to naturalize, and enhancing citizenship. We note in passing that the majority reasons appear to restate or modify the objectives as the s. 1 analysis progresses. However, since our disagreement turns on the rational connection component of the s. 1 analysis, this point need not detain us here. In our view, when two objectives are accepted as pressing and substantial, the s. 1 analysis must be applied to each of them separately, so that an individual is not left guessing as to the state objective purported to justify the infringement of his or her *Charter* rights. We will consider these objectives in turn.

Assuming that “enhancing citizenship” and encouraging a small class of civil servants to become Canadian citizens are pressing and substantial objectives, thereby satisfying the first requirement of the *Oakes* test, we are not satisfied that the discrimination complained of is rationally connected to either of these objectives. In order to satisfy this portion of the s. 1 test, the government must show that the impugned law is “carefully designed to achieve the objective in question”; it must not be “arbitrary, unfair or based on irrational considerations” (*Oakes, supra*, at p. 139).

It is argued that a law giving citizens an advantage in connection with Public Service employment is rationally connected to the legislative objective of enhancing citizenship. With respect, we think this characterization misses the crucial point, which is that the impugned provision confers an advantage upon citizens by discriminating against non-citizens. Far from being rationally connected to the goal of enhancing citizenship, the impugned provision undermines this goal, by presenting Canadian citizenship as benefiting from, as nourished by, discrimination against non-citizens, a group which this Court has long recognized as a “discrete and insular minority” deserving of protection (*Andrews, supra*, at p. 152). It seems to us that such reasoning is incompatible with the view of Canadian citizenship as defined by “tolerance”,

Nous sommes d'accord avec la majorité que la disposition contestée peut avoir deux objectifs : encourager la naturalisation et promouvoir la citoyenneté. Signalons au passage que les motifs majoritaires paraissent reformuler ou modifier ces objectifs au fur et à mesure que progresse l'analyse selon l'article premier. Cependant, comme notre désaccord porte sur l'existence d'un lien rationnel, il n'y a pas lieu de s'attarder sur ce point. À notre avis, lorsque deux objectifs sont tenus pour urgents et réels, l'analyse selon l'article premier doit s'appliquer à chacun d'eux, séparément, pour que le justiciable n'ait pas à deviner quel objectif gouvernemental est censé justifier l'atteinte à ses droits en vertu de la *Charte*. Nous examinerons successivement chacun de ces objectifs.

Présumant que « promouvoir la citoyenneté » et encourager une catégorie restreinte de fonctionnaires à devenir citoyens canadiens soient des objectifs urgents et réels, conformément au premier volet du test de l'arrêt *Oakes*, nous ne sommes pas convaincues qu'il existe un lien rationnel entre la mesure discriminatoire contestée et l'un ou l'autre de ces objectifs. Pour satisfaire à ce volet du test, l'État doit montrer que la loi contestée est « soigneusement conçu[e] pour atteindre l'objectif en question » et qu'elle n'est « ni arbitrair[e], ni inéquitable[e], ni fondé[e] sur des considérations irrationnelles » (*Oakes*, p. 139).

On plaide qu'il existe un lien rationnel entre l'octroi au citoyen d'un avantage lié à l'emploi dans la fonction publique et l'objectif législatif de promotion de la citoyenneté. Avec égards, nous sommes d'avis que cette affirmation néglige le point crucial que la disposition attaquée confère un avantage à des citoyens en exerçant une discrimination contre des non-citoyens. Loin d'avoir un lien rationnel avec la promotion de la citoyenneté, la disposition en cause sape cet objectif en donnant à penser que la citoyenneté canadienne bénéficie, ou se nourrit, de la discrimination contre des non-citoyens, un groupe reconnu depuis longtemps par la Cour comme une minorité distincte et isolée, digne de protection (*Andrews*, précité, p. 152). Ce raisonnement nous paraît incompatible avec la « tolérance », la « foi dans l'égalité » et le « respect de tous les membres

8

9

10

“a belief in equality” and “respect for all individuals” (Citizenship and Immigration Canada, available at <<http://www.cic.gc.ca/english/about/faq/ask-23e.html>> and <<http://www.cic.gc.ca/english/newcomer/welcome/wel-03e.html>>). As the majority points out at para. 52, “[i]mmigrants come to Canada expecting to enjoy the same basic opportunities as citizens”. Accordingly, the majority argues that work and employment, which are “fundamental aspects” of Canadian society, “should be . . . as equally accessible to them as to Canadian citizens” and that “[d]iscrimination in these areas has the potential to marginalize immigrants from the fabric of Canadian life and exacerbate their existing disadvantage in the Canadian labour market”.

11

To put it another way, we fail to see how the value of Canadian citizenship can in any way be enhanced by a law that the majority concedes discriminates against non-citizens, particularly given La Forest J.’s recognition in *Andrews, supra*, at p. 197, that “[o]ur nation has [historically] drawn strength from the flow of people to our shores”. In this regard, we also find Linden J.A.’s evolutionary view of Canadian citizenship compelling: “The broader, inclusive, Canadian view of citizenship which has emerged brings with it important legal ramifications It is a tool of equality, not exclusion” (*Lavoie v. Canada*, [2000] 1 F.C. 3 (C.A.), at para. 121). A law that favours the relatively advantaged group of Canadian citizens over the relatively disadvantaged group of non-citizens serves to undermine, not further, the value of Canadian citizenship, based as it is on principles of inclusion and acceptance. The anomaly of this reasoning is accentuated by the majority’s contention that the citizenship preference only minimally advantages citizens. The notion that a trivial advantage, secured at the cost of violating s. 15(1)’s equality guarantee, could enhance citizenship, is difficult for us to fathom.

12

Moreover, the government presented no evidence that excluding non-citizens in fact furthers the objective of enhancing citizenship. The majority addresses this difficulty by arguing, at para. 59, that “Parliament is entitled to some deference as to

de la société », qui sont censés définir la citoyenneté canadienne (Citoyenneté et Immigration Canada, <<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/faq/guide-23.html>> et <<http://www.cic.gc.ca/francais/vivre/bienvenue/bien-03.html>>). Comme le souligne la majorité (au par. 52), « [I]es immigrants arrivant au Canada s’attendent à bénéficier des mêmes possibilités fondamentales que les citoyens » et, en conséquence, le travail et l’emploi, qui sont des « aspects fondamentaux » de la société canadienne, « devraient [. . .] lui être tout aussi accessibles qu’à un citoyen canadien », et « [l]a discrimination dans ces domaines peut aboutir à exclure les immigrants du tissu social canadien, et accentuer un désavantage existant sur le marché du travail au Canada ».

En d’autres termes, nous ne voyons pas comment la valeur de la citoyenneté canadienne puisse être accrue par une loi qui, de l’aveu même de la majorité, est discriminatoire envers des non-citoyens, alors que, dans *Andrews*, le juge La Forest reconnaît que « [t]out au long de son histoire, notre pays a tiré sa force des gens qui sont venus l’habiter » (p. 197). À cet égard, nous trouvons convaincante la conception évolutive de la citoyenneté canadienne du juge Linden : « Cette conception plus large et plus inclusive qui s’est développée au Canada s’accompagne de retombées importantes sur le plan juridique [. . .] C’est un instrument d’égalité et non pas d’exclusion » (*Lavoie c. Canada*, [2000] 1 C.F. 3 (C.A.), par. 121). Une loi qui favorise le groupe relativement privilégié de citoyens canadiens par rapport au groupe relativement défavorisé de non-citoyens ne valorise pas la citoyenneté canadienne, fondée sur des principes d’inclusion et d’acceptation, mais elle la discrédite. L’anomalie de ce raisonnement est accentuée par l’affirmation de la majorité que la préférence fondée sur la citoyenneté ne confère qu’un avantage minimal au citoyen. Il nous est difficile de concevoir qu’un avantage minime, obtenu au prix de la violation du droit à l’égalité garanti au par. 15(1), puisse être de nature à promouvoir la citoyenneté.

En outre, le gouvernement n’a offert aucune preuve que l’exclusion des non-citoyens favorise en fait l’objectif de promotion de la citoyenneté. Face à cette difficulté, la majorité soutient qu’« une certaine déférence est due au législateur quant à savoir

whether one privilege or another advances a compelling state interest”. But judicial deference alone cannot establish a rational connection. In *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at paras. 78-79, Iacobucci J., writing for the majority, stated:

As Cory J. stated in *Vriend*, *supra*, at para. 54: “The notion of judicial deference to legislative choices should not . . . be used to completely immunize certain kinds of legislative decisions from *Charter* scrutiny.”

Under s. 1, the burden is on the legislature to prove that the infringement of a right is justified. In attempting to discharge this burden, the legislature will have to provide the court with evidence and arguments to support its general claim of justification.

In that case, this Court concluded the impugned legislation was not saved by s. 1 after finding “no evidence” of a rational connection (*M. v. H.*, *supra*, at paras. 109-15).

In previous decisions, this Court has duly granted a greater degree of deference to legislation with a valid objective related to social justice, for example, legislation that promotes the protection of a socially vulnerable group (see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927). It follows from this principle that “[a] less deferential stance should be taken and a greater onus remain on the state to justify its encroachment on the *Charter* right”, where, as here, “the nature of the infringement lies at the core of the rights protected in the *Charter* and the social objective is meant to serve the interest of the majority” (see *Adler*, *supra*, per L’Heureux-Dubé J., at para. 95). As our colleague Bastarache J. concedes, at para. 53, “[s. 16(4)(c)] does not promote the interests of a vulnerable group, is not premised on particularly complex social science evidence, and interferes with an activity (namely employment) whose social value is relatively high”. Indeed, this Court has recognized that employment is a fundamental aspect of an individual’s life and an essential component of identity, personal dignity, self-worth and emotional well-being (see *McKinley v. BC Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC 38, at para. 53 (citing *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1

si un privilège ou un autre fait progresser un intérêt pressant de l’État » (par. 59). Or, la déférence des tribunaux ne peut à elle seule créer un lien rationnel. Dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 78-79, le juge Iacobucci dit ceci au nom de la majorité :

Comme le juge Cory l’a dit dans *Vriend*, précité, au par. 54 : « La notion de retenue judiciaire envers les choix du législateur ne devrait [. . .] pas servir à soustraire certains types de décisions d’ordre législatif à tout examen fondé sur la *Charte*. »

En vertu de l’article premier, le législateur a le fardeau de prouver que l’atteinte à un droit est justifiée. Pour tenter de se décharger de ce fardeau, le législateur devra fournir au tribunal des éléments de preuve et des arguments qui étayent l’affirmation générale voulant que l’atteinte soit justifiée.

Dans cette affaire, la Cour conclut qu’en l’absence de preuve de lien rationnel, la loi contestée ne peut être sauvegardée par l’article premier (*M. c. H.*, par. 109-115).

Dans des arrêts antérieurs, la Cour a dûment accordé un degré plus élevé de déférence envers des dispositions législatives ayant un objectif valable lié à la justice sociale, comme la protection d’un groupe social vulnérable (voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927). Il résulte de ce principe qu’« une moins grande retenue serait appropriée et [que] l’État devrait assumer un fardeau plus lourd afin de justifier l’atteinte au droit garanti par la *Charte* » lorsque, comme en l’espèce, « la nature de la violation touche au cœur des droits protégés par la *Charte* et que l’objectif social vise à servir l’intérêt de la majorité » (voir *Adler*, précité, le juge L’Heureux-Dubé, par. 95). Comme le reconnaît notre collègue le juge Bastarache, « [l’al. 16(4)(c)] ne défend pas les intérêts d’un groupe vulnérable, il ne s’appuie pas sur une preuve particulièrement complexe de sciences humaines et il touche une activité (l’emploi) dont la valeur sociale est relativement élevée » (par. 53). La Cour a effectivement reconnu que l’emploi est un aspect fondamental de la vie d’une personne et une composante essentielle de son identité, de sa dignité personnelle, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel (voir *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC 38, par. 53 (citant le *Renvoi relatif à la Public*

S.C.R. 313, *per* Dickson C.J., at p. 368)). Given the onus on the state in this case, we are of the view that it is incumbent on the government to offer at least some evidence that the impugned law furthers the objective of promoting the value of Canadian citizenship before the s. 15(1) violation can be justified.

14 We conclude that in this case, as in *M. v. H.*, *supra*, and *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, the infringing measure was antithetical to the objective sought to be achieved. There is no rational connection between the discrimination effected by s. 16(4)(c) of the *PSEA* and the objective of enhancing citizenship.

15 We now turn to the second objective. It is argued that a law giving citizens an advantage in connection with Public Service employment is rationally connected to the legislative objective of encouraging naturalization. At first blush, this may seem plausible: since non-citizens could avail themselves of this same benefit by naturalizing, they have an incentive to do so. However, it seems to us this benign characterization fails to capture the significance of the government's position. In essence the government's argument is this: we discriminate against people lawfully in Canada so that they will value citizenship and be motivated to become citizens, at which point we will cease to discriminate against them. As noted above, the discrimination in question is at odds with the values of tolerance, equality and respect that the government acknowledges lie at the heart of Canadian citizenship.

16 Moreover, as with the first objective asserted, the government introduced no evidence capable of supporting the contention that the discrimination complained of actually works as an incentive to naturalize. We are not persuaded by the majority's assessment, at para. 60, that the citizenship preference "seems generally to have worked". That the impugned provision was in effect at a time when the naturalization rate was high does not prove that the impugned provision caused the high naturalization rate. There is no evidence to suggest that high rates

Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson, p. 368)). Vu le fardeau qui incombe à l'État en l'espèce, nous estimons qu'il lui appartient d'avancer à tout le moins quelque preuve que la loi contestée favorise l'objectif de promotion de la citoyenneté canadienne pour que l'atteinte au par. 15(1) puisse être justifiée.

Nous concluons qu'en l'espèce, comme dans *M. c. H.*, précité, et *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, la mesure attentatoire va à l'encontre de l'objectif allégué. Il n'y a aucun lien rationnel entre l'effet discriminatoire de l'al. 16(4)c) de la *LEFP* et l'objectif de promotion de la citoyenneté.

Passons maintenant au deuxième objectif. On fait valoir qu'il existe un lien rationnel entre une loi accordant aux citoyens un avantage dans l'emploi dans la fonction publique et l'objectif législatif d'incitation à la naturalisation. De prime abord, cela peut paraître plausible : comme les non-citoyens peuvent obtenir le même avantage en se faisant naturaliser, ils sont incités à le faire. Cependant, cette interprétation conciliante ne permet pas de saisir la portée de la position du gouvernement, qui est essentiellement la suivante : nous exerçons une discrimination contre des personnes qui se trouvent légalement au Canada afin qu'elles attachent de la valeur à la citoyenneté et soient incitées à l'obtenir; dès lors qu'elles l'obtiennent, nous mettons fin à la discrimination. Comme nous le notons plus haut, la discrimination en cause est incompatible avec les valeurs de tolérance, d'égalité et de respect que le gouvernement reconnaît comme étant au cœur de la citoyenneté canadienne.

Comme c'est le cas pour le premier objectif allégué, le gouvernement n'a offert aucune preuve pouvant étayer la prétention que la mesure discriminatoire a eu comme résultat d'inciter à la naturalisation. La conclusion de la majorité (au par. 60) selon laquelle la préférence fondée sur la citoyenneté « semble avoir généralement fonctionné » ne nous convainc pas. Le fait que l'application de la disposition contestée ait coïncidé avec un taux élevé de naturalisation ne démontre pas que la disposition en est la cause. Rien dans la preuve

of naturalization were in any way attributable to the citizenship preference.

Indeed, the majority's assertion that the citizenship preference confers a minimal advantage upon citizens militates against finding a rational connection. That it is "almost as difficult for citizens to enter the Public Service as non-citizens" (emphasis deleted) and "the latter's disadvantage relative to the former does not appear significant", as the majority believes (para. 71), works against the notion that the citizenship preference causally contributed to high rates of naturalization. Still less can it be argued that the citizenship preference was "carefully designed" to achieve the objective of encouraging non-citizens to naturalize (*Oakes, supra*, at p. 139).

For these reasons, we conclude there is no rational connection between s. 16(4)(c) of the *PSEA* and the objective of encouraging non-citizens to naturalize.

Finally, we would add this. The fact that citizenship requirements for civil service are a "widespread international practice" (para. 59) is neither relevant nor indicative of a rational connection in this case. There is no evidence that other countries with citizenship-based restrictions on access to Public Service employment share the same objectives as Parliament in this case. In fact, the government itself argued at trial that most democratic countries with citizenship requirements on Public Service employment have different immigration policies and realities and therefore base their citizenship requirements on different legislative objectives. For instance, the respondents' record suggests that Germany's citizenship requirement is tied to concerns about loyalty and commitment: "The fundamental duty of the civil servant is derived from the concept of a civil servant's position as one of service and loyalty". Moreover, the government argued that New Zealand's citizenship restriction on national security postings "is tailored to a narrower legislative purpose which would not serve the broader citizenship objectives of the Canadian Parliament"

n'indique que le taux élevé de naturalisation soit de quelque manière attribuable à la préférence basée sur la citoyenneté.

En fait, l'affirmation de la majorité selon laquelle la préférence basée sur la citoyenneté ne confère qu'un avantage minimal au citoyen milite contre l'existence d'un lien rationnel. La majorité affirme qu'« il est presque aussi difficile pour un citoyen que pour un non-citoyen d'accéder à la fonction publique » et que « le désavantage du non-citoyen par rapport au citoyen ne paraît pas important » (par. 71), ce qui contredit l'idée que la préférence fondée sur la citoyenneté est l'une des causes de l'augmentation du taux de naturalisation. On peut encore moins soutenir que cette préférence a été « soigneusement conçu[e] » pour atteindre l'objectif d'inciter des non-citoyens à se faire naturaliser (*Oakes*, p. 139).

Pour ces motifs, nous concluons qu'il n'y a pas de lien rationnel entre l'al. 16(4)c) de la *LEFP* et l'objectif d'inciter les non-citoyens à se faire naturaliser.

Enfin, nous ajouterions : le fait que l'exigence de la citoyenneté pour l'emploi dans la fonction publique est une « pratique internationale répandue » (par. 59) n'est ni pertinent ni l'indice qu'un lien rationnel existe en l'espèce. Aucune preuve n'indique que d'autres pays imposant des restrictions basées sur la citoyenneté à l'emploi dans la fonction publique partagent le même objectif que le Parlement en l'espèce. En fait, le gouvernement a lui-même fait valoir en première instance que la situation et les politiques d'immigration de la plupart des pays démocratiques qui accordent une préférence à leurs citoyens pour l'emploi dans la fonction publique sont différentes, et qu'ils fondent donc les exigences liées à la citoyenneté sur des objectifs législatifs différents. Par exemple, d'après le dossier des intimées, l'exigence de la citoyenneté en Allemagne est liée à des considérations de loyauté et d'engagement : [TRADUCTION] « L'obligation fondamentale du fonctionnaire découle des notions de service et de loyauté ». De plus, le gouvernement soutient qu'en Nouvelle-Zélande, la restriction fondée sur la citoyenneté s'appliquant aux postes

17

18

19

(*Lavoie v. Canada*, [1995] 2 F.C. 623 (T.D.), at pp. 670-71). While we take no position on why other countries impose citizenship-based restrictions, we do not believe the practice of these countries can form the basis of our decision without at least some evidence that they share similar objectives as Parliament. In arriving at this conclusion, we place no restrictions on Parliament's ability to impose citizenship-based restrictions on certain Public Service jobs (such as positions that relate to a political function or national security) as legitimate qualifications of employment.

20 Since both of the stated objectives fail the rational connection component of the test set out in *Oakes*, the infringement of s. 15(1) of the *Charter* cannot be justified under s. 1. We would allow the appeal with costs throughout and declare s. 16(4)(c) of the *PSEA* to be of no force and effect.

The judgment of Gonthier, Iacobucci, Major and Bastarache JJ. was delivered by

21 BASTARACHE J. — Canadian citizens receive preferential treatment in federal Public Service employment by virtue of s. 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33 (“*PSEA*”). The appellants, foreign nationals who sought employment in the Public Service without having obtained Canadian citizenship, challenge this provision as a violation of their equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. They claim the preference withholds a benefit from them that is enjoyed by Canadian citizens and, in so doing, undermines their essential human dignity. In addition, they claim such treatment cannot be justified as a reasonable limit on equality under s. 1 of the *Charter*. For the reasons that follow, I conclude that s. 16(4)(c) of the *PSEA* violates s. 15(1) of the *Charter* but can be justified as a reasonable limit on equality under s. 1.

liés à la sécurité nationale « vise un objectif législatif plus étroit qui ne permettrait pas d'atteindre les objectifs plus larges en matière de citoyenneté visés par le législateur canadien » (*Lavoie c. Canada*, [1995] 2 C.F. 623 (1^{re} inst.), p. 671). Sans nous prononcer sur les raisons qu'ont d'autres pays d'appliquer des restrictions fondées sur la citoyenneté, nous ne pensons pas pouvoir fonder notre décision sur leurs pratiques sans avoir quelque preuve que leurs objectifs sont similaires à ceux du Parlement. En arrivant à cette conclusion, nous ne limitons pas le pouvoir du Parlement d'imposer des restrictions de citoyenneté à l'accès à certains emplois de la fonction publique (comme ceux qui sont liés à une fonction politique ou à la sécurité nationale) au titre de qualifications professionnelles légitimes.

Puisque les deux objectifs allégués ne satisfont pas à l'exigence du lien rationnel selon *Oakes*, la violation du par. 15(1) de la *Charte* ne peut être justifiée en vertu de l'article premier. Nous sommes d'avis d'accueillir l'appel avec dépens dans toutes les cours et de déclarer inopérant l'al. 16(4)c) de la *LEFP*.

Version française du jugement des juges Gonthier, Iacobucci, Major et Bastarache rendu par

LE JUGE BASTARACHE — L'alinéa 16(4)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-33 (« *LEFP* »), confère aux citoyens canadiens un traitement préférentiel dans l'emploi dans la fonction publique fédérale. Les appelantes sont des ressortissantes étrangères qui ont postulé à des emplois dans la fonction publique sans avoir obtenu au préalable la citoyenneté canadienne. Elles contestent cette disposition comme violation de leurs droits à l'égalité en vertu du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elles prétendent que la préférence les prive d'un avantage dont jouissent les citoyens canadiens et porte ainsi atteinte à leur dignité humaine essentielle. De plus, elles soutiennent que ce traitement n'est pas une limite raisonnable justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'al. 16(4)c) de la *LEFP* viole le par. 15(1) de la *Charte*, mais se justifie selon l'article premier comme restriction raisonnable aux droits à l'égalité.

I. Factual Background

Canadian citizens have enjoyed privileged access to the federal Public Service ever since the enactment of amendments to the *Civil Service Act*, R.S.C. 1906, c. 16; see *The Civil Service Amendment Act, 1908*, S.C. 1908, c. 15. The amended Act replaced a process of patronage appointment with the principle of open competition to the Civil Service; it originally applied only to the Ottawa region, but was extended country-wide in 1918 (*The Civil Service Act, 1918*, S.C. 1918, c. 12, s. 38). The original version of the present citizenship preference was inscribed in s. 14 of the 1908 Act, which provided: “No person shall be admitted to [the Civil Service] unless he is a natural-born or naturalized British subject, and has been a resident of Canada for at least three years”. This provision made citizenship a prerequisite for Civil Service employment, not a preference; under the 1918 Act, it could only be waived by Order-in-Council (s. 41(1)). In 1961, the requirement of citizenship was changed to a preference for Canadian citizens in consideration for open competition; see *Civil Service Act*, S.C. 1960-61, c. 57, s. 40(1)(c). The 1961 Act also accorded preference to veterans and widows of veterans (s. 40(1)(a) and (b)). All three preferences continue to this day, despite a complete revision to the legislative scheme in 1967, at which time the *Civil Service Act* was repealed and the *Public Service Employment Act*, S.C. 1966-67, c. 71, was enacted in its place. The 1967 Act also established the Public Service Commission (“PSC” or “Commission”), which took on a modified role of its predecessor, the Civil Service Commission. No relevant amendments have taken place since that time.

Today, the appointment of qualified persons to the Public Service is the exclusive responsibility of the PSC. By authority of the *PSEA*, the Commission makes appointments in all government departments and agencies that do not have separate staffing authority under specific legislation; see *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. P-35, Part I of Schedule I. Staffing takes place either by

I. Les faits

Les citoyens canadiens bénéficient d'un accès privilégié à la fonction publique fédérale depuis la modification de la *Loi du service civil*, S.R.C. 1906, ch. 16, par la *Loi de 1908 modifiant la Loi du service civil*, S.C. 1908, ch. 15. La loi modificative remplaçait un système de nomination partisane par le principe de la nomination par voie de concours public. Elle ne s'appliquait initialement qu'à la région d'Ottawa, mais dès 1918, s'est appliquée à l'ensemble du pays (*Loi du Service civil, 1918*, S.C. 1918, ch. 12, art. 38). La version initiale de la préférence actuelle fondée sur la citoyenneté figurait à l'art. 14 de la loi de 1908 : « Personne n'est admis [au service civil] s'il n'est sujet britannique de naissance ou par naturalisation, et n'a habité le Canada au moins trois ans ». Cette disposition faisait de la citoyenneté une condition préalable à l'emploi dans la fonction publique, et non un élément de préférence; selon la loi de 1918, cette exigence ne pouvait être écartée que par décret : par. 41(1). En 1961, l'exigence de la citoyenneté a été remplacée par la préférence donnée aux citoyens canadiens dans les concours publics : *Loi sur le service civil*, S.C. 1960-61, ch. 57, al. 40(1)c). La loi de 1961 accordait également la préférence aux anciens combattants et aux veuves d'anciens combattants : al. 40(1)a) et b). Ces trois préférences continuent de s'appliquer aujourd'hui malgré la révision en profondeur de la législation sur la fonction publique en 1967, quand la *Loi sur le service civil* a été abrogée et remplacée par la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.C. 1966-67, ch. 71. La loi de 1967 créait aussi la Commission de la Fonction publique (« CFP » ou « Commission ») qui reprenait, avec quelques modifications, le rôle de son prédécesseur la Commission du service civil. Aucune modification pertinente n'est intervenue depuis.

De nos jours, les nominations dans la fonction publique relèvent strictement de la CFP. En vertu de la *LEFP*, la Commission effectue les nominations dans tous les ministères et les organismes du gouvernement qui n'ont pas de pouvoir de dotation distinct; voir *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-35, partie I de l'annexe I. La dotation a lieu soit par concours

open or closed competition, the difference being that closed competitions are restricted to existing employees of the Public Service. Open competitions generally involve three stages: the inventory stage, in which persons submit applications to the Commission for general consideration; the referral stage, in which the Commission responds to departmental staffing requests by referring qualified applicants to the requesting department; and the selection stage, in which the requesting department prepares an eligibility list from the list of qualified referrals and, assuming the competition is not cancelled, chooses from the eligibility list.

24

The citizenship preference at issue in this appeal occurs at the referral stage of open competitions. This means that non-citizens are eligible (and indeed encouraged) to submit their resumes to the Commission for consideration, and that, for the sake of this appeal, non-citizens who are referred by the Commission face no disadvantage compared to citizens. It also means that non-citizens enjoy the same privileges as citizens with respect to closed competitions; these are the principal means by which the Public Service fills its staffing needs. Finally, the citizenship preference is just that: a preference. Non-citizens are routinely referred to open competition where, in the opinion of the Regional PSC Director, there are insufficient qualified Canadians to fill the particular position; see PSC, *Personnel Management Manual* (1985), ss. 5.1(2) and 5.4(3). Given the demand for Public Service employment among the citizenry, such referrals are rare in proportion to the overall number. While no statistics are kept on the number of non-citizens referred to open competition, the Regional Director of the National Capital Region of the PSC, Mr. Peter Stewart, recalled approximately “a dozen” such referrals in a one-year period. This represented less than 2 percent of the total number of referrals that year, although it is not known what percentage of the referred candidates were successful.

25

The appellants are all foreign nationals who, in one way or another, were disadvantaged by the application of s. 16(4)(c). Janine Bailey is a Dutch

public, soit par concours interne, ce dernier n'étant ouvert qu'aux employés de la fonction publique. Le concours public comporte généralement trois étapes : l'établissement d'un répertoire (les candidats soumettent une demande à l'examen général de la Commission), la présentation (la Commission donne suite à la demande de dotation d'un ministère en lui présentant des candidats qualifiés) et la sélection (le ministère dresse une liste d'admissibilité à partir de la liste des candidats qualifiés présentés et, si le concours n'est pas annulé, fait son choix à partir de la liste d'admissibilité).

La préférence fondée sur la citoyenneté en cause ici intervient à l'étape de la présentation dans le cadre d'un concours public. Cela signifie que les non-citoyens sont autorisés, et même encouragés, à soumettre leur curriculum vitae à la Commission et, pour les besoins du pourvoi, que les non-citoyens présentés par la Commission ne sont pas défavorisés par rapport aux citoyens. En outre, les non-citoyens ont les mêmes privilèges que les citoyens dans les concours internes, qui sont le principal moyen de dotation en personnel dans la fonction publique. Enfin, la préférence fondée sur la citoyenneté n'est qu'une préférence. Il est courant de présenter des non-citoyens dans le cadre de concours publics lorsque le directeur régional de la CFP estime que le nombre de Canadiens qualifiés pour un poste donné est insuffisant : voir CFP, *Manuel de gestion du personnel* (1985), par. 5.1(2) et 5.4(3). Vu le nombre élevé de demandes d'emploi faites à la fonction publique par des citoyens, les présentations de non-citoyens sont relativement rares par rapport au total général. Il n'y a pas de statistiques sur le nombre de non-citoyens présentés dans les concours publics, mais le directeur régional de la CFP de la région de la Capitale nationale, M. Peter Stewart, se souvient d'environ « une douzaine » de présentations de ce type pour une année. Cela représente moins de 2 p. 100 du nombre total de présentations de l'année en question, mais on ne connaît pas le pourcentage des candidats présentés qui ont été retenus.

Les appelantes sont toutes des ressortissantes étrangères que l'application de l'al. 16(4)c) a défavorisées d'une manière ou d'une autre. Janine

citizen and a citizen of the European Union (“EU”); she moved to Canada with her husband in 1986 and was admitted as a permanent resident. Although eligible to apply for Canadian citizen in 1989, Bailey chose not to do so because it would have meant relinquishing her Dutch citizenship. She testified that she had emotional ties to the Netherlands and may one day have to return to take care of family members. Despite her foreign citizenship, Bailey was appointed by open competition to a three-month term position as a shift clerk with the Canada Employment and Immigration Commission. This employment was extended through a succession of term appointments, during which time she repeatedly sought promotion through open and closed competition. In the closed competitions, she was screened out at least three times for lack of relevant experience and/or knowledge; a fourth time she successfully obtained a position as an Immigration Examining Officer (PM-01). She also had mixed success in open competition. In one case, she was screened out of a PM-02 competition to which 144 Canadians were referred; in another, she was screened out of a PM-03 position to which 40 Canadians were referred. Both times she registered a complaint with the PSC, which ruled its discretion had been properly exercised under s. 16(4)(c). Eventually, Bailey was referred by open competition to a PM-03 competition but failed to meet the department’s rated requirements. As of trial, she remained at the PM-01 classification.

Elisabeth Lavoie is an Austrian citizen and a citizen of the EU; like Bailey, she moved to Canada with her husband and was admitted as a permanent resident. Lavoie also declined to apply for Canadian citizenship because she feared it would jeopardize her Austrian and EU citizenship. She testified she would become “a foreigner in [her] own country” and would have limited work opportunities. Unlike Bailey, Lavoie never obtained Public Service employment by open competition; rather, she obtained a short-term contract with the Department

Bailey est citoyenne des Pays-Bas et de l’Union européenne; elle est arrivée au Canada avec son mari en 1986 et a obtenu le droit d’établissement. En 1989, elle était autorisée à demander la citoyenneté canadienne mais ne l’a pas fait parce qu’il lui aurait fallu renoncer à la nationalité néerlandaise. Selon son témoignage, elle demeurait émotivement liée aux Pays-Bas et pouvait être appelée un jour à y retourner pour prendre soin de membres de sa famille. Malgré sa nationalité étrangère, M^{me} Bailey a été nommée, par concours public, pour une durée de 3 mois, à un poste de commis de quart à la Commission de l’emploi et de l’immigration du Canada. La durée de cet emploi a été prolongée par une succession de nominations pour des périodes déterminées pendant lesquelles elle a tenté, à maintes reprises, d’obtenir une promotion par concours publics ou internes. Dans les concours internes, elle a été éliminée à la présélection au moins trois fois pour manque d’expérience ou de connaissances pertinentes; à la quatrième tentative, elle a obtenu un poste d’agent examinateur de l’immigration (PM-01). Elle a aussi obtenu des résultats mitigés dans les concours publics. Dans un cas, elle a été éliminée à la présélection pour un poste PM-02, pour lequel 144 Canadiens étaient présentés; une autre fois, sa candidature a été écartée pour un poste PM-03, pour lequel 40 Canadiens étaient présentés. Dans les deux cas, elle a porté plainte à la CFP, qui a décidé que son pouvoir discrétionnaire avait été convenablement exercé en application de l’al. 16(4)c). Ultérieurement, M^{me} Bailey a été présentée par voie de concours public pour un poste PM-03, mais n’a pu satisfaire aux exigences cotées du ministère. Au moment de l’audience de première instance, elle occupait toujours un poste PM-01.

Elisabeth Lavoie est citoyenne de l’Autriche et de l’Union européenne; comme M^{me} Bailey, elle est arrivée au Canada avec son mari et a obtenu le droit d’établissement. Elle a aussi choisi de ne pas demander la citoyenneté canadienne, parce qu’elle craignait de perdre la citoyenneté autrichienne et européenne. Elle a témoigné qu’elle serait devenue « une étrangère dans son propre pays » et qu’elle aurait eu moins de possibilités d’emploi. Contrairement à M^{me} Bailey, M^{me} Lavoie n’a jamais obtenu d’emploi dans la fonction

of Supply and Services (“DSS”) through a personnel agency, Harrington Temporary Services. This contract lasted for 22 weeks, during which time Lavoie applied to fill the position permanently. DSS even submitted a “named referral request” to the PSC on her behalf, formally requesting she be referred as a candidate for the position. To everyone’s “shock”, the named referral request was refused. The PSC used its s. 16(4)(c) discretion to refer a Canadian citizen, who was appointed on a term basis the following month. Lavoie’s contract was thereby terminated, and she sought employment in the provincial Public Service and the private sector. The following year, the term appointment was not renewed and the position was declared redundant.

publique par concours public mais, par l’entremise d’une agence de placement, Harrington Temporary Services, elle a obtenu un contrat à court terme au ministère des Approvisionnements et Services (« MAS »). L’emploi a duré 22 semaines et, pendant cette période, M^{me} Lavoie a demandé sa titularisation dans le poste. Le MAS a même transmis à la CFP, au nom de M^{me} Lavoie, une « demande de présentation de candidat nommé désigné » et a demandé officiellement que M^{me} Lavoie soit présentée comme candidate pour le poste. À la « stupeur » générale, la demande a été rejetée. La CFP s’est prévalu du pouvoir discrétionnaire conféré à l’al. 16(4)c) pour présenter un citoyen canadien, qui a été nommé pour une période déterminée le mois suivant. Après la résiliation de son contrat, M^{me} Lavoie a cherché un emploi dans la fonction publique provinciale et dans le secteur privé. L’année suivante, la nomination pour une période déterminée n’a pas été prolongée et le poste a été déclaré superflu.

27

Jeanne To-Thanh-Hien is a French citizen born in Vietnam; she moved to Ottawa in 1987 at the suggestion of her sister, a translator for the federal government. Unlike Bailey and Lavoie, To-Thanh-Hien obtained Canadian citizenship in 1991 and did not have to relinquish her foreign citizenship to do so. Before arriving in Canada, To-Thanh-Hien applied for employment as a French-language editor and was referred to the PSC’s Employment Services for Visible Minorities Program. The Program informed her that all possible efforts would be made to find her a job, but they did not mention the existence of a citizenship preference. After applying to several government agencies, To-Thanh-Hien was informed that the Program could not do anything for her until she became a Canadian citizen. She did, however, manage to obtain temporary work with several government departments, notably Agriculture Canada, both on her own and through a personnel agency. In the spring of 1988, To-Thanh-Hien applied unsuccessfully for two open competitions; in one of them, she felt encouraged to apply but was eventually told her citizenship precluded referral. Eventually, she was appointed in an open competition to a secretarial position, something for which she felt over-qualified. She was again successful in an open competition in 1993, by which time she had obtained

Née au Vietnam, Jeanne To-Thanh-Hien est citoyenne française. Sur la recommandation de sa sœur, traductrice dans l’administration fédérale, elle s’est établie à Ottawa en 1987. Contrairement à M^{mes} Bailey et Lavoie, M^{me} To-Thanh-Hien a obtenu la citoyenneté canadienne en 1991 et n’a pas eu à renoncer à sa nationalité étrangère pour le faire. Avant d’arriver au Canada, M^{me} To-Thanh-Hien avait demandé un emploi à titre de rédactrice de langue française et avait été dirigée vers le Programme de services d’emploi pour les minorités visibles de la CFP. On lui a dit que tous les efforts possibles seraient faits pour lui trouver un emploi, mais en omettant de mentionner la préférence fondée sur la citoyenneté. Après avoir offert ses services à plusieurs organismes gouvernementaux, M^{me} To-Thanh-Hien a appris qu’on ne pouvait rien pour elle dans le cadre du Programme tant qu’elle n’aurait pas obtenu la citoyenneté canadienne. Elle a tout de même trouvé des emplois temporaires dans certains ministères, dont Agriculture Canada, de son propre chef et par l’entremise d’une agence de placement. Au printemps 1988, M^{me} To-Thanh-Hien a présenté sa candidature à deux concours publics, mais sans succès; on avait semblé encourager sa candidature à l’un d’eux, mais elle a appris que sa citoyenneté faisait obstacle à la présentation.

Canadian citizenship, and held a term position with the Department of Human Resources until 1994. As of trial, To-Thanh-Hien was a project coordinator for the Employment Equity Branch of Human Resources Development Canada.

In all three cases, the appellants sought declaratory relief and damages on constitutional grounds due to the application of s. 16(4)(c) of the *PSEA*, arguing it breached s. 15(1) of the *Charter*. In the Federal Court, Trial Division, Wetston J. allowed the s. 15(1) claim, but held that the legislation could be justified under s. 1 of the *Charter*. He rejected less intrusive alternatives on the basis of administrative inconvenience and held, further, that Parliament was entitled to a margin of deference in balancing the state interest in enhancing citizenship against the non-citizen's interest in pursuing Public Service employment. Wetston J. did not have the benefit of *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, when rendering his s. 15(1) judgment. On appeal, Marceau J.A. dismissed the s. 15(1) claim on the grounds that citizenship was not a suspect marker of discrimination in the context of federal laws defining the rights and privileges of citizenship. Desjardins J.A. concurred in the result, but for essentially the same reasons as the trial judge: that the law violated s. 15(1) but was justified under s. 1 of the *Charter*. Both Marceau and Desjardins J.A. applied *Law, supra*, to the s. 15(1) analysis. Linden J.A. dissented, holding that the law violated s. 15(1) and failed both the minimum impairment and final balancing stages of s. 1. The appellants were granted leave to appeal to this Court on May 25, 2000, [2000] 1 S.C.R. xiv.

Ultérieurement, elle a été nommée par concours public à un poste de secrétaire pour lequel elle s'estimait surqualifiée. Après avoir obtenu la citoyenneté canadienne, elle a réussi à un autre concours public en 1993 puis a occupé un poste d'une durée déterminée au ministère des Ressources humaines jusqu'en 1994. Au moment de l'audience de première instance, M^{me} To-Thanh-Hien était coordonnatrice de projet à la Direction générale de l'équité en matière d'emploi du ministère des Ressources humaines.

Les trois appelantes demandent un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts, sur des moyens d'inconstitutionnalité liés à l'application de l'al. 16(4)c) de la *LEFP*, faisant valoir que cette disposition porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Le juge Wetston, de la Section de première instance de la Cour fédérale a fait droit au moyen fondé sur le par. 15(1), mais a jugé que la disposition pouvait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il a rejeté d'autres options moins attentatoires, pour des raisons de difficultés administratives, et a jugé que par ailleurs le Parlement avait droit à une certaine latitude dans le choix d'un compromis entre l'intérêt de l'État à promouvoir la citoyenneté et l'intérêt des non-citoyens dans l'obtention d'un emploi dans la fonction publique. Le jugement du juge Wetston sur l'allégation de violation du par. 15(1) précède l'arrêt de notre Cour *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. En appel, le juge Marceau a rejeté le moyen fondé sur le par. 15(1) pour le motif que la citoyenneté n'était pas un indicateur de motifs suspects de discrimination dans le contexte des lois fédérales définissant les droits et les privilèges attachés à la citoyenneté. Le juge Desjardins a souscrit au dispositif, mais essentiellement pour les mêmes raisons que le juge de première instance, savoir que la loi portait atteinte au par. 15(1), mais était justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*. Les juges Marceau et Desjardins ont appliqué l'arrêt *Law* à l'analyse portant sur le par. 15(1). En dissidence, le juge Linden a conclu que la loi portait atteinte au par. 15(1) et devait échouer aux deux étapes de l'atteinte minimale et de la pondération finale dans l'analyse de l'article premier. Le 25 mai 2000, les appelantes ont obtenu l'autorisation d'appel devant notre Cour, [2000] 1 R.C.S. xiv.

II. Relevant Statutory Provisions

29 *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33

16. . . .

(4) Where, in the case of an open competition, the Commission is of the opinion that there are sufficient qualified applicants who are

. . . .

(c) persons who are Canadian citizens who do not come within paragraph (a) or (b),

to enable the Commission to establish an eligibility list in accordance with this Act, the Commission may confine its selection of qualified candidates under subsection (1) to the applicants who come within paragraph (a), paragraphs (a) and (b) or paragraphs (a), (b), and (c).

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.

III. Judgments Below

A. *Federal Court, Trial Division*, [1995] 2 F.C. 623

30 As noted above, Wetston J. did not have the benefit of *Law, supra*, when rendering his s. 15(1) judgment. At the time, the controlling authority on s. 15(1) was *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, which set forth three criteria for a violation of equality rights: (1) the existence of a legislative distinction based on

II. Les dispositions législatives applicables

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-33

16. . . .

(4) Dans le cadre d'un concours public et en vue de l'établissement, conformément à la présente loi, d'une liste d'admissibilité, la Commission apprécie s'il y a suffisamment de postulants qualifiés qui sont :

. . . .

c) des citoyens canadiens autres que ceux visés par les alinéas a) ou b).

Elle peut, lorsqu'elle estime leur nombre suffisant, limiter la sélection prévue au paragraphe (1) soit aux postulants mentionnés à l'alinéa a), soit à ceux mentionnés aux alinéas a) et b), soit à ceux mentionnés aux alinéas a), b) et c).

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.

III. Les décisions antérieures

A. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1995] 2 C.F. 623

Comme je l'ai déjà indiqué, le juge Wetston ne bénéficiait pas de l'arrêt *Law*, précité, pour rendre son jugement relatif au par. 15(1). L'arrêt faisant alors autorité était *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, qui énonce trois critères de l'atteinte aux droits à l'égalité : (1) une distinction établie par la loi sur le fondement

a personal characteristic; (2) the distinction being based on an enumerated or analogous ground; and (3) the existence of discrimination in the substantive sense through the imposition of a burden or denial of a benefit. The trial judge noted that s. 16(4)(c) created a distinction on its face, and that the distinction was based on the prohibited ground of “citizenship”: see *Andrews, supra*, at p. 183. He then considered the respondents’ argument that while citizenship could not be used as a proxy for merit in provincial laws governing the professions, it constituted an acceptable ground of discrimination in the context of federal laws defining the rights and privileges of citizenship. After canvassing American authority on this subject (which generally allows citizenship preference in the context of the federal Public Service, but scrutinizes it more strictly at the state level), he concluded that Canadian equality law would not countenance such a result. Rather, the relevant question in assessing substantive discrimination was whether the law imposes a burden or denies a benefit based on a prohibited ground; in his view, s. 16(4)(c) did so.

At the s. 1 stage, Wetston J. reviewed the legislative history of the provision and concluded it stemmed from two objectives: to enhance the meaning, value and importance of citizenship in the context of federal Public Service employment and, as part of this, to provide an incentive for non-citizens to naturalize. He went on to hold that the objectives were pressing and substantial in so far as “[a] nation-state clearly has the right, as part of its domestic law, to determine who is a citizen and what rights and obligations may flow from that status” (p. 658; citing *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887, at pp. 918-19). Moreover, Wetston J. relied on the evidence of Peter H. Schuck, an American citizenship expert, for the proposition that citizenship serves important political, emotional and motivational purposes. He rejected the appellants’ argument that concrete evidence of increased naturalization rates was required in order to establish the naturalization objective as pressing and substantial.

d’une caractéristique personnelle, (2) une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et (3) une discrimination réelle découlant de l’imposition d’un fardeau ou du refus d’un avantage. Le juge de première instance note que l’al. 16(4)c) crée à première vue une distinction et que la distinction est fondée sur le motif prohibé de la « citoyenneté » : voir *Andrews*, p. 183. Il examine ensuite l’argument des intimées selon lequel même si la citoyenneté ne peut se substituer au mérite dans les lois provinciales régissant les professions, il s’agit d’un motif acceptable de discrimination dans le contexte des lois fédérales définissant les droits et les privilèges de la citoyenneté. Après avoir fait état du droit américain en la matière (qui autorise généralement la préférence fondée sur la citoyenneté dans le contexte de la fonction publique fédérale, mais la soumet à un examen plus rigoureux au palier des États), il conclut que le droit canadien en matière d’égalité n’autorise pas un tel résultat. Il faut plutôt se demander, pour déterminer s’il y a une discrimination réelle, si la loi impose un fardeau ou refuse un avantage sur le fondement d’un motif non pertinent; selon le juge Wetston, c’est le cas de l’al. 16(4)c).

À l’étape de l’article premier, le juge Wetston conclut, après examen de son historique législatif, que la disposition a deux objectifs : rehausser la signification, la valeur et l’importance de la citoyenneté dans le contexte de l’emploi dans la fonction publique fédérale et, dans ce cadre, inciter les non-citoyens à se faire naturaliser. Il ajoute que ces objectifs sont urgents et réels dans la mesure où « [i] est certainement loisible à un État-nation, dans le cadre de son droit interne, de déterminer qui sont ses citoyens et quels droits et obligations peuvent découler de ce statut » (p. 658; citant *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887, p. 918-919). Le juge Wetston s’appuie en outre sur le témoignage d’un expert américain de la citoyenneté, Peter H. Schuck, pour dire que la citoyenneté sert à atteindre des objectifs importants d’ordre politique, émotif et incitatif. Il rejette l’argument des appelantes qu’une preuve tangible de l’augmentation du taux de naturalisation est requise pour établir que l’objectif de la naturalisation est une préoccupation urgente et réelle.

32

With respect to proportionality, the trial judge first held, at p. 664, that “in light of international practice alone, Parliament had a reasonable basis for assuming that the means chosen would achieve the desired ends”. This brought him to the minimum impairment test, in which he canvassed four alternatives to the current citizenship preference. The first, an all-out ban on the preference, was rejected on the grounds that Parliament need not adopt “the absolutely least intrusive means of achieving its objective” (p. 667). The others — a preference for jobs serving a “political function” only (the American state and European models), an exception for permanent residents who seek naturalization as soon as possible (the Australian model), and a preference for jobs affecting “national security” only (the New Zealand model) — were all rejected on the grounds that, in cases requiring a balance of competing interests, it was not the court’s role to second-guess Parliament’s conclusions. Finally, the trial judge held that any burden inflicted on non-citizens by the preference was not of a serious enough nature to outweigh the salutary effects of the legislation (p. 677).

B. *Federal Court of Appeal*, [2000] 1 F.C. 3

33

On appeal, Marceau J.A. agreed with the respondents that, in contrast to provincial laws such as those impugned in *Andrews*, qualifications imposed by Parliament with respect to the status of landed immigrants could not be criticized under s. 15(1). The reason for this is that in the latter context, there is not sufficient similarity between citizens and non-citizens to give rise to a discrimination claim; the latter have such a special status that “[t]o try to apply equality rights between citizens and non-citizens . . . [would] negate or abolish the concept of citizenship altogether” (para. 11). In the alternative, Marceau J.A. held that a preference for citizens in Public Service employment was “relevant” to the aims of the *PSEA* and, on that basis, acceptable under s. 15(1). In his view, the relevancy test helped answer the question whether the impugned

Sur la proportionnalité, le juge de première instance conclut tout d’abord que « ne serait-ce qu’à la lumière des pratiques internationales, le législateur avait raison de croire que les moyens choisis permettraient d’atteindre les objectifs souhaités » (p. 664). Il examine ensuite le critère de l’atteinte minimale, faisant alors état de quatre solutions de rechange possibles à la préférence actuelle fondée sur la citoyenneté. La première, la suppression pure et simple de la préférence, est écartée pour le motif que le législateur n’avait pas à adopter, « pour atteindre son objectif, le moyen qui soit le moins envahissant entre tous » (p. 667). Les autres options — le critère de la « fonction politique » (les modèles américain et européen), l’exception pour les résidents permanents qui se font naturaliser le plus tôt possible (le modèle australien) et l’application de la préférence pour les emplois liés à la « sécurité nationale » uniquement (le modèle néozélandais) — sont toutes rejetées pour le motif que, lorsqu’il faut trouver un compromis entre des intérêts opposés, il n’appartient pas aux tribunaux de déterminer si le législateur a tiré les bonnes conclusions. Enfin, le juge de première instance conclut que tout fardeau imposé aux non-citoyens par la préférence n’est pas suffisamment grave pour l’emporter sur les effets bénéfiques de la loi (p. 677).

B. *Cour d’appel fédérale*, [2000] 1 C.F. 3

En appel, le juge Marceau convient avec les intimées que, contrairement aux restrictions prévues dans des lois provinciales, comme dans l’arrêt *Andrews*, celles établies par le Parlement sur le statut des résidents permanents ne peuvent être critiquées sur le fondement du par. 15(1). La raison en est que, dans ce dernier cas, il n’y a pas entre citoyens et non-citoyens une similitude suffisante pour justifier une allégation de discrimination. Le statut du non-citoyen est si particulier que « [l]’idée de reconnaître aussi bien aux citoyens qu’aux non-citoyens des droits à l’égalité [. . .] me semble évacuer entièrement le concept de citoyenneté » (par. 11). À titre subsidiaire, le juge Marceau conclut que la préférence accordée aux citoyens en matière d’emploi dans la fonction publique est « pertinente » au regard des objectifs de la *LEFP* et ne porte donc

provision prejudicially affected the human dignity of the s. 15(1) claimant: see *Law, supra*. In any case, he concluded, at paras. 25-26, that “[t]he intent to enhance the value of citizenship does not denigrate the landed immigrant in a manner based upon a personal characteristic”, and that the law “cannot . . . be seen objectively as demeaning in any way the human dignity of the appellants or non-citizens generally”.

Both Desjardins J.A. (concurring) and Linden J.A. (dissenting) disagreed with this finding and found a s. 15(1) violation. The former agreed with Marceau J.A. that, unlike the legislation considered in *Andrews*, the citizenship preference in the *PSEA* was “another feature of the rights and privileges of Canadian citizens” (para. 58); however, she focused on the history of discrimination against aliens in Canada and concluded, at para. 64, that “the impugned legislation puts, in a serious disadvantageous position, members of a discrete and insular minority and affects them in their search for employment”. The latter provided a lengthy summary of *Law*, and had no difficulty finding that the law differentiated between two groups on the basis of an analogous ground. Focussing mainly on the third branch of *Law*, Linden J.A. based his finding of discrimination on four points: (1) the citizenship preference further discriminates against an already disadvantaged group; (2) denying people the chance to work is far more serious than refusing them some monetary benefit or procedural right; (3) derogating from the rights of non-citizens does little to enhance the rights of citizens, and (4) the provision makes no reference to the needs and capacities of the targeted group. At one point in this discussion, Linden J.A. stated, at para. 167, that “[b]eing told that your ‘kind’ is not permitted to apply for a job, seriously demeans the human dignity of the applicant”.

pas atteinte au par. 15(1). À son avis, le critère de la pertinence apporte un élément de réponse à la question de savoir si la disposition contestée porte atteinte à la dignité humaine du demandeur invoquant le par. 15(1) : *Law*, précité. Quoi qu’il en soit, il juge que « [l]a volonté de rehausser la valeur de la citoyenneté n’a nullement pour effet de rabaisser les immigrants reçus en fonction d’une caractéristique qui leur serait personnelle » et que l’on ne peut conclure que la « préférence porte objectivement atteinte à la dignité humaine des appelantes ou, plus généralement, à celle des non-citoyens » (par. 25-26).

Tant madame le juge Desjardins (motifs concourants) que le juge Linden (motifs dissidents) expriment leur désaccord avec cette conclusion et estiment qu’il y a atteinte au par. 15(1). La première convient avec le juge Marceau que, contrairement à la loi en cause dans *Andrews*, la préférence fondée sur la citoyenneté et prévue dans la *LEFP* n’est « qu’un des aspects des droits et privilèges reconnus aux citoyens canadiens » (par. 58). Toutefois, elle met l’accent sur l’historique de la discrimination contre les étrangers au Canada et conclut que « la disposition législative contestée désavantage sérieusement les membres d’une minorité discrète et isolée, et pèse sur leur recherche d’un emploi » (par. 64). Après avoir résumé les principes de l’arrêt *Law*, le juge Linden n’hésite pas à conclure que la loi établit une distinction entre deux groupes sur le fondement d’un motif analogue. S’appuyant principalement sur le troisième volet de l’analyse de l’arrêt *Law*, il conclut qu’il y a discrimination et ce, pour quatre raisons : (1) la préférence fondée sur la citoyenneté établit une discrimination supplémentaire à l’égard d’un groupe déjà défavorisé, (2) refuser à certaines personnes la possibilité d’obtenir un emploi est beaucoup plus grave que leur refuser un avantage financier ou un droit de nature procédurale, (3) porter atteinte aux droits des non-citoyens n’a pas vraiment pour effet de valoriser la citoyenneté et (4) la disposition ne mentionne ni les besoins ni les capacités du groupe visé. Plus loin, il ajoute : « [l]orsqu’on s’entend dire que les “gens comme vous” n’ont pas le droit de postuler un emploi, on éprouve une grave atteinte à sa dignité humaine » (par. 167).

35

At the s. 1 stage, Desjardins and Linden J.J.A. parted ways. The former essentially upheld the findings of the trial judge, although she paid less attention to the final balancing under s. 1. In her view, drawing the line with respect to citizenship preference in the Public Service was a “political consideration” (para. 99) which she was not prepared to disturb. Linden J.A., in dissent, held that the trial judge made a palpable and overriding error in not finding that the citizenship preference was also enacted to address concerns of commitment and loyalty which arise when non-citizens are hired to serve the Canadian public. In his view, this objective was apparent from a 1908 speech in the House of Commons and a 1985 discussion paper circulated by the Minister of Justice. Although he found such an objective was not pressing and substantial, he conceded that the two objectives identified by the trial judge “may warrant some compromise of equality rights” (para. 194). Linden J.A. proceeded to decide the case on minimum impairment grounds, finding no less than five ways in which Parliament could have achieved its objectives less intrusively. While conceding the legislation was “not as bad as it could be” (para. 208), Linden J.A. observed that Parliament has never turned its mind to the above alternatives other than an all-out ban on the preference and, for that reason, has not passed legislation which is “carefully tailored to minimize impairment of the Charter right” (para. 208). He would have reached this conclusion no matter what standard of deference was applied to the legislation. Finally, with respect to the final balancing test, Linden J.A. provided five reasons why the deleterious effects of the legislation outweighed its benefits: (1) the legislation excludes up to 600,000 people from nearly 250,000 jobs and, on an individual level, “halts individual growth and opportunity at self-attainment in order to ensure that cooks, deckhands and curators, and for that matter interpreters, prison guards and secretaries, are Canadian citizens” (para. 215); (2) the legislation undermines people’s legitimate reasons for maintaining a connection with their homeland, something Canada already recognizes by allowing dual citizenship; (3) any benefits in terms of commitment and loyalty to Canada are remnants of a bygone era; (4) there is no evidence that, as

C’est à l’étape de l’analyse selon l’article premier que madame le juge Desjardins et le juge Linden diffèrent d’opinions. La première confirme essentiellement les conclusions du juge de première instance, mais accorde moins d’importance à la pondération finale. Selon elle, la préférence accordée aux citoyens dans la fonction publique relève de « considérations d’ordre politique » (par. 99) qu’elle n’est pas disposée à remettre en question. Dans ses motifs dissidents, le juge Linden estime que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en omettant de conclure que la préférence fondée sur la citoyenneté a également été adoptée pour répondre à certaines craintes concernant l’engagement et la loyauté des non-citoyens employés dans la fonction publique du Canada. Selon lui, cet objectif ressort d’une allocution prononcée en 1908 devant la Chambre des communes et d’un document de travail publié par le ministre de la Justice en 1985. Même s’il estime que cet objectif n’était ni urgent ni réel, il reconnaît que les deux objectifs circonscrits par le juge de première instance « peuvent justifier que l’on porte quelque peu atteinte aux droits à l’égalité » (par. 194). Le juge Linden passe à l’atteinte minimale et trouve au moins cinq autres façons pour le législateur d’atteindre ses objectifs de manière moins attentatoire. Il reconnaît que la loi n’est « pas aussi préjudiciable qu’elle pourrait l’être » (par. 208), mais fait observer que le législateur n’a jamais envisagé les options possibles autres que la suppression totale de la préférence et que, pour ce motif, il n’a pas adopté un texte législatif « soigneusement conçu afin de porter le moins possible atteinte à un droit garanti par la Charte » (par. 208). Il serait arrivé à la même conclusion indépendamment du degré de retenue applicable à la loi. Enfin, en ce qui concerne la pondération finale, le juge Linden donne cinq motifs pour lesquels les effets néfastes de la loi l’emportent sur ses effets bénéfiques : (1) la loi exclut jusqu’à 600 000 personnes de près de 250 000 emplois et, sur le plan individuel, « freine le développement de l’individu et les possibilités de réalisation personnelle, pour faire en sorte que les cuisiniers, les matelots et les conservateurs de musée, voire les interprètes, les gardiens de prison et les secrétaires, soient tous citoyens canadiens » (par. 215); (2) le texte législatif ne tient pas compte

compared to the burdens of obtaining citizenship, the benefits of enhanced citizenship and increased naturalization actually accrued; and (5) one of the effects of the legislation is to undermine the merit principle underlying the statute as a whole.

IV. Issues

The following two constitutional questions were stated by the Chief Justice on October 31, 2000:

1. Does paragraph 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33, on its own or in its effect, discriminate against persons on the basis of citizenship by providing a preference to Canadian citizens over non-citizens in open competitions in the federal public service, contrary to section 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question one is yes, is the discrimination a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society under section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Analysis

A. *Section 15(1)*

This Court has twice considered the relationship between citizenship and s. 15(1) of the *Charter*. The first time was *Andrews, supra*, which concerned a provincial law barring non-citizens from access to the legal profession; the law was struck down as a violation of s. 15(1) and was not saved under s. 1. The second time was *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, which, by contrast, involved a federal law authorizing the deportation of permanent residents convicted of serious criminal offences; as s.

des raisons parfaitement légitimes pour lesquelles certaines personnes peuvent vouloir conserver leurs liens avec leur pays d'origine, ce que le Canada reconnaît déjà en permettant la double citoyenneté; (3) les avantages que sont l'engagement et la loyauté envers le Canada sont les vestiges d'une époque révolue; (4) aucun élément de preuve n'établit que, comparativement aux contraintes liées à l'obtention de la citoyenneté, les avantages d'une citoyenneté valorisée et d'un taux plus élevé de naturalisation se font véritablement sentir; (5) un des effets de la loi est de miner le principe du mérite, qui est le fondement même de la loi considérée dans son ensemble.

IV. Questions en litige

Le Juge en chef a formulé les deux questions constitutionnelles suivantes le 31 octobre 2000 :

1. L'alinéa 16(4)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-33, établit-il, en soi ou dans son application, une discrimination fondée sur la citoyenneté en accordant une préférence aux citoyens canadiens par rapport aux non-citoyens canadiens dans le cadre d'un concours public au sein de la fonction publique fédérale, en contravention du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, cette discrimination constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Analyse

A. *Le paragraphe 15(1)*

Notre Cour a considéré en deux occasions le lien entre la citoyenneté et le par. 15(1) de la *Charte*. La première, *Andrews*, précitée, portait sur une loi provinciale interdisant à un non-citoyen l'accès à la profession d'avocat; la disposition contestée a été annulée comme violation du par. 15(1) non justifiée en vertu de l'article premier. La deuxième, *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à l'opposé, avait pour objet une loi fédérale autorisant l'expulsion d'un résident permanent reconnu

6 of the *Charter* specifically authorized differential treatment of non-citizens for immigration purposes, the law was held not to be discriminatory (p. 736). This case has much in common with both *Andrews* and *Chiarelli*. Like *Andrews*, it involves differential treatment in employment that is not explicitly authorized by the *Charter*; like *Chiarelli*, it involves a federal law that is part of a recognized package of privileges conferred on Canadian citizens. This combination of factors makes it difficult to decide whether, at the end of the day, the law conflicts with the purpose of s. 15(1) of the *Charter*. Based on this Court's recent s. 15(1) jurisprudence, I conclude that it does.

coupable d'infractions criminelles graves; comme l'art. 6 de la *Charte* permettait expressément qu'un non-citoyen fasse l'objet d'un traitement différent pour l'immigration, la loi n'a pas été jugée discriminatoire (p. 736). La présente espèce a beaucoup de points communs avec les affaires *Andrews* et *Chiarelli*. Comme dans *Andrews*, nous sommes en présence d'une différence de traitement dans l'emploi que n'autorise pas expressément la *Charte*; comme dans *Chiarelli*, la disposition fédérale contestée fait partie d'un ensemble reconnu de privilèges accordés aux citoyens canadiens. Cette combinaison de facteurs fait qu'il est difficile de décider si, en fin de compte, la loi est incompatible avec l'objet du par. 15(1) de la *Charte*. Vu la jurisprudence récente de notre Cour sur le par. 15(1), je conclus qu'elle l'est.

38 The integrated approach to s. 15(1) is set forth in *Law, supra*. In that case, Iacobucci J. summarized, at para. 88, the proper approach to s. 15(1) as follows:

L'approche intégrée du par. 15(1) est énoncée dans l'arrêt *Law*, précité. Le juge Iacobucci la résume au par. 88 :

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

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

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

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

(B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

(B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

and

et

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

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

The third of these inquiries is perhaps the most challenging; it is to be assessed from the perspective of the claimant, having regard to several “contextual factors”. The factors suggested in *Law*, while not exhaustive, are (1) pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability, (2) correspondence between the ground claimed and the actual needs, capacity or circumstances of the claimant or others, (3) any ameliorative purpose or effects of the impugned law upon a more disadvantaged person or group, and (4) the nature and scope of the interest affected by the impugned law. Essential to any s. 15(1) claim is a conflict between the effect of the impugned legislation and the purpose of s. 15(1); the latter is defined as “to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration” (*Law*, at para. 51).

At first blush, the first two broad inquiries raise little controversy in this appeal: the impugned law draws a clear distinction between citizens and non-citizens, and the latter constitutes an analogous ground of discrimination under s. 15(1): see *Andrews, supra*, at p. 183. Nevertheless, the respondents argue that the whole point of federal citizenship legislation is to treat citizens and non-citizens differently, and therefore that the two groups cannot validly be compared for s. 15(1) purposes. As they put it, “[b]y universal definition and by constitutional fiat, . . . citizens and non-citizens are unequal in status. To treat them equally would be to negate or abolish the concept of citizenship”. This argument is animated by the following passage from *Law, supra*, at paras. 56-57:

Locating the appropriate comparator is necessary in identifying differential treatment and the grounds of the distinction. Identifying the appropriate comparator will be relevant when considering many of the contextual factors in the discrimination analysis.

La troisième question est peut-être la plus difficile; elle doit être examinée du point de vue du demandeur en fonction de plusieurs « facteurs contextuels ». Sans être exhaustifs, les facteurs énoncés dans *Law* sont les suivants : (1) la préexistence d’un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité, (2) la correspondance entre le motif invoqué et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d’autres personnes, (3) l’objet ou l’effet d’amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe défavorisé et (4) la nature et l’étendue de l’intérêt touché par la loi contestée. Pour invoquer le par. 15(1) il est essentiel d’être en présence d’un conflit entre l’effet de la loi contestée et l’objet du par. 15(1), défini comme étant « d’empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l’imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l’existence d’une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération » (*Law*, par. 51).

À première vue, les deux premières grandes questions soulèvent peu de controverse dans le cadre du présent pourvoi : la loi contestée établit une distinction nette entre citoyens et non-citoyens, et la citoyenneté est un motif de discrimination analogue à ceux énumérés au par. 15(1) : *Andrews*, précité, p. 183. Les intimées soutiennent néanmoins que la raison d’être de la législation fédérale sur la citoyenneté est de traiter différemment les citoyens et les non-citoyens, de sorte que les deux groupes ne peuvent légitimement être comparés pour les besoins du par. 15(1). Selon elles, [TRADUCTION] « [p]ar définition et par disposition de la Constitution, [. . .] citoyens et non-citoyens ont des statuts inégaux. Leur accorder un traitement égal reviendrait à contredire ou abolir la notion de citoyenneté ». Cet argument s’inspire de l’extrait suivant de *Law*, précité, par. 56-57 :

Il est nécessaire de trouver l’élément de comparaison approprié pour cerner la différence de traitement et les motifs de la distinction. Il y aura lieu de trouver l’élément de comparaison approprié au moment de l’examen des nombreux facteurs contextuels dans l’analyse de la discrimination.

To locate the appropriate comparator, we must consider a variety of factors, including the subject-matter of the legislation. The object of a s. 15(1) analysis is not to determine equality in the abstract; it is to determine whether the impugned legislation creates differential treatment between the claimant and others on the basis of enumerated or analogous grounds, which results in discrimination. Both the purpose and the effect of the legislation must be considered in determining the appropriate comparison group or groups. Other contextual factors may also be relevant. The biological, historical, and sociological similarities or dissimilarities may be relevant in establishing the relevant comparator in particular, and whether the legislation effects discrimination in a substantive sense more generally: see *Weatherall, supra*, at pp. 877-78. [Emphasis added.]

On the basis of this passage, the respondents concede that citizens and non-citizens may, in certain contexts, appropriately be compared for equality purposes. In their view, however, such a comparison is not appropriate in the case of “a citizenship defining law that draws a constitutionally permitted distinction between citizens and non-citizens”. In such a case, the s. 15(1) analysis would undermine the fundamental difference between citizens and non-citizens and invade Parliament’s exclusive jurisdiction over naturalization and aliens.

40

Whether citizens are an appropriate comparator in this case is, in my view, better dealt with as a contextual factor under the third branch of the *Law* analysis than as a bar to recognizing a legislative distinction. Although Iacobucci J. stressed the importance of identifying an appropriate comparator group, there is nothing in *Law* to indicate that the first inquiry is anything but a threshold test. On the contrary, the precise inquiry at the first stage is whether the law draws a formal distinction “between the claimant and others” (para. 88 (emphasis added)). Not only is it normally the claimant’s prerogative to choose the appropriate comparator group, but the court is only to step in where “the differential treatment is not between the groups identified by the claimant, but rather between other groups” (para. 58 (emphasis added)). By contrast, the type of scrutiny

Pour déterminer quel est l’élément de comparaison approprié, toute une gamme de facteurs doit être prise en compte, notamment, l’objet des dispositions législatives. Une analyse relative au par. 15(1) n’a pas pour objet de juger de l’égalité dans l’abstrait. Son objet est plutôt de déterminer si les dispositions législatives contestées créent entre le demandeur et les autres, sur le fondement des motifs énumérés ou de motifs analogues, une différence de traitement qui entraîne de la discrimination. Il faut examiner à la fois l’objet et l’effet des dispositions pour faire ressortir le groupe ou les groupes de comparaison appropriés. D’autres facteurs contextuels peuvent également être pertinents. Les ressemblances ou dissimilarités biologiques, historiques et sociologiques peuvent être pertinentes en particulier pour cerner l’élément de comparaison approprié et, de façon plus générale, pour déterminer si les dispositions créent réellement de la discrimination : voir *Weatherall*, précité, aux pp. 877 et 878. [Je souligne.]

S’appuyant sur cet extrait, les intimées reconnaissent que, dans certains contextes, on peut comparer citoyens et non-citoyens en matière d’égalité. Selon elles toutefois, cette comparaison n’est pas appropriée dans le cas d’une [TRADUCTION] « loi définissant la citoyenneté et établissant une distinction autorisée par la Constitution entre citoyens et non-citoyens ». Dans un tel cas, une analyse fondée sur le par. 15(1) éliminerait la différence fondamentale entre citoyens et non-citoyens et empiéterait sur la compétence exclusive du Parlement en matière de naturalisation et d’étrangers.

À mon sens, il vaut mieux considérer la question de savoir si les citoyens sont un groupe comparable approprié en l’espèce comme facteur contextuel du troisième volet de l’analyse selon *Law* que comme un obstacle à la reconnaissance d’une distinction établie par la loi. Même si le juge Iacobucci insiste sur l’importance de déterminer le groupe de comparaison approprié, rien n’indique dans *Law* que la première question soit autre chose qu’un critère préliminaire. Au contraire, la question précise à la première étape est de savoir si la loi établit une distinction formelle « entre le demandeur et d’autres personnes » (par. 88 (je souligne)). Non seulement il appartient habituellement au demandeur de choisir le groupe de comparaison approprié, mais le tribunal ne doit s’immiscer que lorsque « [l]a différence de traitement peut ne pas s’effectuer entre

proposed by the respondents — namely, to choose comparator groups based on jurisdictional considerations — finds no support either in *Law* or in any other s. 15(1) case. On the contrary, the very essence of an entrenched bill of rights such as the *Charter* is to analyse differential treatment as an issue of equality rights, not of federal versus provincial jurisdiction. Professor Hogg makes this point as follows (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at pp. 52-2 and 52-3):

. . . the position before April 17, 1985, when s. 15 of the Charter of Rights came into force, was dictated by the doctrine of parliamentary sovereignty: generally speaking, the Parliament or a Legislature could discriminate as it pleased in enacting otherwise competent legislation. . . . Before the coming into force of s. 15, discrimination against aliens and naturalized subjects, and against Indians, was undoubtedly competent to the federal Parliament.

In my view, the respondents' argument promises a return to the days when federalism, not *Charter* principles, governed the constitutionality of citizenship laws: see R. J. Sharpe, "Citizenship, the Constitution Act, 1867, and the Charter", in W. Kaplan, ed., *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship* (1993), 221, at pp. 221-44. The modern approach is to scrutinize differential treatment according to entrenched rights and freedoms and, in the s. 15(1) context, the concept of essential human dignity and freedom. I am confident that such an approach would not "abolish the concept of citizenship" as stated by the respondents. Although the contextual factors weigh in favour of the appellants in this case, many federal alienage laws could, depending on the context, survive the third branch of the *Law* analysis. This is, of course, essentially what happened in *Law* itself.

The respondents' argument is similarly problematic at the second stage, which asks only whether the

les groupes cernés par le demandeur, mais plutôt entre d'autres groupes » (par. 58 (je souligne)). À l'opposé, le genre d'analyse préconisée par les intimées — le choix de groupes de comparaison selon des considérations de compétence — ne s'appuie ni sur *Law* ni sur aucun autre arrêt relatif au par. 15(1). Au contraire, l'essence même d'une déclaration constitutionnalisée des droits comme la *Charte* est de définir une différence de traitement en fonction des droits à l'égalité, et non du partage des pouvoirs fédéraux et provinciaux. Voici ce que dit le professeur Hogg (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 52-2 et 52-3) :

[TRADUCTION] . . . la situation antérieure au 17 avril 1985, avant l'entrée en vigueur de l'art. 15 de la Charte des droits, était dictée par le principe de la souveraineté du Parlement : de manière générale, le Parlement ou une assemblée législative pouvait à son gré établir une distinction en adoptant une loi par ailleurs valable. [. . .] Avant l'entrée en vigueur de l'art. 15, la discrimination envers les étrangers et les personnes naturalisées, ainsi que les Indiens, était indubitablement de la compétence du législateur fédéral.

J'estime que faire droit aux prétentions des intimées nous ramènerait à l'époque où les principes du fédéralisme, et non ceux de la *Charte*, régissaient la constitutionnalité des lois sur la citoyenneté : voir R. J. Sharpe, « Citizenship, the Constitution Act, 1867, and the Charter », dans W. Kaplan, dir., *Belonging : The Meaning and Future of Canadian Citizenship* (1993), 221, p. 221-244. L'approche actuelle est d'analyser la différence de traitement en fonction des droits et des libertés garantis par la Constitution et, dans le contexte du par. 15(1), de la notion de dignité et de liberté humaines essentielles. Je suis certain qu'une telle démarche n'aura pas pour effet « d'abolir la notion de citoyenneté » comme le prétendent les intimées. Bien que les facteurs contextuels militent en faveur des appelantes en l'espèce, bon nombre de lois fédérales traitant des étrangers pourraient, selon le contexte, résister au troisième volet de l'analyse selon *Law*. C'est d'ailleurs essentiellement ce qui est arrivé dans cette affaire.

Les prétentions des intimées posent également un problème à la deuxième étape, celle de savoir si le

claimant is “subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds”: see *Law, supra*, at para. 88. As citizenship was recognized as an analogous ground in *Andrews*, I can find no authority for qualifying this finding according to the context of a given case. The point of the analogous grounds, according to *Law* and subsequent cases, is that they are “suspect markers” of discrimination: the groups occupying them are vulnerable to having their interests overlooked no matter what the legislative context. Further, as the third inquiry in *Law* functions to constrain s. 15(1) claims to cases of genuine discrimination, such analysis should not be pre-empted at the second stage. This is especially so given this Court’s recent finding that once a ground is found to be analogous, it is permanently enrolled as analogous for other cases: see *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 8.

demandeur a fait « l’objet d’une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues » : *Law*, par. 88. Comme la Cour a reconnu dans *Andrews* que la citoyenneté est un motif analogue, rien ne me permet de restreindre la portée de cette conclusion selon les faits de l’espèce. La raison d’être des motifs analogues, suivant *Law* et la jurisprudence subséquente, est qu’ils sont des « indicateurs » de motifs suspects de discrimination : les groupes visés risquent que leurs intérêts ne soient pas pris en considération quel que soit le contexte législatif. En outre, comme la troisième étape selon *Law* a pour effet de restreindre les revendications fondées sur le par. 15(1) aux cas de discrimination réelle, cet examen ne devrait pas avoir lieu à la deuxième étape. Cela est d’autant plus vrai que la Cour a récemment statué qu’un motif reconnu comme motif analogue demeure un indicateur permanent de discrimination pour les affaires ultérieures : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 8.

42

At the third stage of *Law*, the precise issue is whether the impugned law perpetuates the view that the claimants are less capable or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society: see *Law, supra*, at para. 99. Under this rubric, the respondents’ distinction between citizenship preference in the context of federal laws defining the rights and duties of Canadian citizens, as opposed to provincial laws using citizenship as a proxy for merit, becomes relevant. In the court below, Marceau J.A. articulated this point in two ways: (1) that s. 15(1) permits of differential treatment to the extent individuals are differently situated (paras. 10-12); and (2) that s. 15(1) permits distinctions that are relevant to the underlying legislative objective (paras. 22-26). In his view, either of these principles could provide a basis for guaranteeing equal protection to non-citizens in the context of laws having nothing to do with citizenship *per se* (as in *Andrews*), but not in the context of laws whose very *raison d’être* is the definition of citizenship (as in this case). In the latter case, it may be argued, first, that citizens and non-citizens are so differently situated that they do not merit equal treatment and, second, that citizenship is a relevant (and indeed

La troisième étape selon l’arrêt *Law* consiste précisément à déterminer si la loi contestée perpétue l’opinion que les demandeurs sont moins capables ou moins dignes d’être reconnus ou valorisés en tant qu’êtres humains ou membres de la société canadienne : *Law*, par. 99. C’est sous cet angle que devient pertinente la distinction que font les intimées entre la préférence fondée sur la citoyenneté dans une loi fédérale définissant les droits et les obligations des citoyens canadiens et dans une loi provinciale où la citoyenneté tient lieu de substitut du mérite. Le juge Marceau en Cour d’appel explique cela de deux manières : (1) le paragraphe 15(1) autorise un traitement différent lorsque les personnes se trouvent dans des situations différentes (par. 10-12) et (2) il autorise les distinctions qui sont pertinentes compte tenu de l’objectif de la disposition (par. 22-26). Selon lui, l’un ou l’autre de ces principes pourrait étayer la garantie d’une protection égale aux non-citoyens dans le contexte de lois n’ayant rien à voir en soi avec la citoyenneté (comme dans *Andrews*), mais pas dans le contexte de lois dont la raison d’être même est de définir la citoyenneté (comme en l’espèce). Dans le deuxième cas, on peut soute-

necessary) category on which unequal treatment is based. These arguments find apparent support in *Law, supra*, wherein Iacobucci J. stated the following, at paras. 70-71:

. . . it will be easier to establish discrimination to the extent that impugned legislation fails to take into account a claimant's actual situation, and more difficult to establish discrimination to the extent that legislation properly accommodates the claimant's needs, capacities, and circumstances.

Examples are prevalent in the jurisprudence of this Court of legislation or other state action which either failed to take into account the actual situation of a claimant, or alternatively quite properly treated a claimant differently on the basis of actual personal differences between individuals. [Emphasis added.]

This dictum is the only direct support I can find in *Law* for Marceau J.A.'s position. It appears as the second of four "contextual factors" in the *Law* analysis, labelled "Relationship Between Grounds and the Claimant's Characteristics or Circumstances". At its broadest, this contextual factor explores the extent to which differential treatment may in fact be acceptable under s. 15(1): where there is a genuine "relationship between the ground upon which the claim is based and the nature of the differential treatment" (*Law*, at para. 69), it may be acceptable to make certain legislative distinctions. This principle has traditionally functioned to uphold special treatment for groups distinguished by disability (*Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, and *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624), as well as gender (*Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, and *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219). The respondents imply that it should also function to permit differential treatment on the basis of citizenship. In their words:

nir d'abord que citoyens et non-citoyens sont dans des situations tellement différentes qu'ils n'ont pas droit à un traitement égal et ensuite que la citoyenneté est une catégorie pertinente (et en fait nécessaire) sur laquelle se fonde l'inégalité de traitement. L'extrait suivant des motifs du juge Iacobucci dans *Law*, aux par. 70-71, semble appuyer ces arguments :

. . . il sera plus facile d'établir la discrimination si les dispositions contestées omettent de tenir compte de la situation véritable d'un demandeur, et plus difficile si les dispositions répondent adéquatement aux besoins, aux capacités et à la situation du demandeur.

Les exemples sont courants dans la jurisprudence de notre Cour de lois ou autres mesures étatiques qui soit ont omis de prendre en compte la situation réelle d'un demandeur soit, subsidiairement, ont à juste titre traité un demandeur différemment en fonction de différences personnelles réelles entre les individus. [Je souligne.]

Cette remarque incidente est le seul appui direct que je trouve dans *Law* pour la thèse du juge Marceau. Il s'agit du deuxième de quatre « facteurs contextuels » énoncés dans *Law*, savoir le « rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelles du demandeur ». Dans sa portée la plus étendue, ce facteur contextuel tient compte de la mesure dans laquelle la différence de traitement peut en fait être acceptable selon le par. 15(1) : lorsqu'il existe un véritable « rapport entre le motif sur lequel est fondée l'allégation et la nature de la différence de traitement » (*Law*, par. 69), il peut être acceptable d'établir certaines distinctions par voie législative. Traditionnellement, ce principe a permis de maintenir le traitement particulier réservé à certains groupes se distinguant par une déficience (*Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, et *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624) ou par l'appartenance à l'un des deux sexes (*Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, et *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219). Les intimées laissent entendre que ce principe devrait également autoriser la différence de traitement fondée sur la citoyenneté. Elles disent ceci :

... it is the essence of the concept of citizenship that it confers certain rights and entitlements on citizens that are necessarily denied to non-citizens. Both constitutional and federal law prescribe these rights and entitlements. Consonant with historical and international practice, preferential access to Public Service employment is one of them. What the appellants inveigh as simply another entitlement-denying law operating against non-citizens is, in reality, an original and fundamental citizenship-defining provision that establishes a basic and universal attribute of the status of citizen.

43

Although s. 15(1) permits some differential treatment, the respondents' citizenship argument goes beyond what is contemplated by the second contextual factor in *Law*. In the past, this factor has meant that a disadvantaged class might deserve special accommodation on account of being differently situated; such as, for example, the right to sign-language interpreters for the hearing impaired in public hospitals (*Eldridge, supra*) or, conversely, that groups who are "more advantaged in a relative sense" may be denied benefits that correspond with the "different circumstances experienced by the more disadvantaged group being targeted by the legislation" (*Law, supra*, at para. 103). What matters, in my view, is that the law or government action take into account the particular situation of those affected, including any relative advantage or disadvantage. This is the requirement of the contextual and substantive approach to s. 15(1) that was unanimously endorsed by this Court in *Law*, as opposed to a formal approach that, at least in some cases, functions to exacerbate historical disadvantage.

44

In this case, to the extent non-citizens are differently situated than citizens, it is only because the legislature has accorded them a unique legal status. In all relevant respects — sociological, economic, moral, intellectual — non-citizens are equally vital members of Canadian society and deserve tantamount concern and respect. The only recognized exception to this rule is where the Constitution itself withholds a benefit from non-citizens, as was the case in *Chiarelli, supra*. In such a case, it may be said that the *Charter* itself authorizes differential treatment, and that finding a s. 15(1) violation would amount to finding the *Charter* in violation of itself. Such is not the case in the present appeal.

[TRADUCTION] ... l'essence même de la notion de citoyenneté est de conférer aux citoyens certains droits et avantages dont sont nécessairement privés les non-citoyens. Ces droits et ces avantages relèvent à la fois du droit constitutionnel et du droit fédéral. La préférence accordée relativement à l'emploi dans la fonction publique est l'un d'eux. Elle est conforme aux pratiques antérieures et à celles d'autres pays. Ce que les appelantes critiquent comme le simple refus de droits à des non-citoyens est en réalité une disposition originale et fondamentale définissant la citoyenneté et établissant un attribut essentiel et universel de la qualité de citoyen.

Même si le par. 15(1) permet quelque différence de traitement, l'argument des intimées va au-delà de ce que vise le deuxième facteur contextuel de *Law*. Dans le passé, ce facteur a signifié qu'un groupe défavorisé pouvait avoir droit à un accommodement particulier du fait de sa situation différente (le droit des personnes atteintes de surdité à des interprètes gestuels dans un hôpital public : *Eldridge*, précité) ou inversement, que des groupes relativement plus favorisés soient privés d'avantages correspondant « à la situation différente que vit le groupe plus défavorisé visé par les dispositions » (*Law*, par. 103). Ce qui importe, à mon avis, c'est que la mesure légale ou gouvernementale prenne en compte la situation particulière de ceux qu'elle touche, y compris tout avantage ou désavantage relatif. C'est ce qu'exige la méthode d'analyse contextuelle et substantielle du par. 15(1), que la Cour a retenue à l'unanimité dans *Law*, de préférence à une approche formaliste qui, dans certains cas du moins, a l'effet d'accentuer un désavantage historique.

En l'espèce, la situation des non-citoyens diffère de celle des citoyens uniquement parce que le législateur leur a donné un statut juridique unique. Sous tous les points de vue pertinents — sociologique, économique, moral, intellectuel — les non-citoyens sont des membres tout aussi essentiels de la société canadienne et méritent la même attention et le même respect. La seule exception reconnue à cette règle s'applique lorsque la Constitution elle-même prive le non-citoyen d'un avantage, comme dans *Chiarelli*, précité. En pareil cas, on peut dire que la *Charte* elle-même autorise la différence de traitement, de sorte que conclure qu'il y a atteinte au par. 15(1) équivaldrait à conclure que la *Charte* contrevient à

On the contrary, the distinction in this case finds no authorization in the *Charter* and, more broadly, is not made on the basis of any “actual personal differences between individuals”: see *Law, supra*, at para. 71. If anything, the distinction places an additional burden on an already disadvantaged group. Such a distinction is impossible to square with this Court’s finding in *Andrews, supra*, at p. 183, which held that “[a] rule which bars an entire class of persons from certain forms of employment, solely on the grounds of a lack of citizenship status and without consideration of educational and professional qualifications or the other attributes or merits of individuals in the group, would . . . infringe s. 15 equality rights”.

Turning to the remaining contextual factors in *Law*, the questions to be asked are whether (1) the claimants in this case suffer from pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability; (2) the law aims or operates to ameliorate the predicament of a more disadvantaged person or group; and (3) the nature and scope of the interest affected by the impugned law is such that it merits constitutional protection. In my view, all three of these factors militate in favour of a s. 15(1) violation. First, while the claimants in this case are all relatively well-educated, it is settled law that non-citizens suffer from political marginalization, stereotyping and historical disadvantage. Indeed, the claimant in *Andrews*, who was himself a trained member of the legal profession, was held to be part of a class “lacking in political power and as such vulnerable to having their interests overlooked and their rights to equal concern and respect violated”: see *Andrews, supra, per Wilson J.*, at p. 152. In my view, this dictum applies no matter what the nature of the impugned law. Second, s. 16(4)(c) of the *PSEA* does not aim to ameliorate the predicament of a group more disadvantaged than non-citizens; rather, the comparator class in this case (unlike in *Law*, perhaps) enjoys greater status on the whole than the claimant class. Finally, the nature of the interest in this case — namely, employment — is most definitely one that enjoys constitutional protection. As repeatedly held by this Court, work is a fundamental aspect of a person’s life, implicating his livelihood, self-worth and human dignity: see

elle-même. Ce n’est pas le cas ici. Au contraire, la distinction n’est nullement autorisée dans la *Charte* et, de manière plus générale, elle n’est pas établie en fonction de « différences personnelles réelles entre les individus » : *Law*, par. 71. La distinction ne fait qu’ajouter au fardeau d’un groupe déjà défavorisé. Il est impossible de concilier une telle distinction avec la conclusion tirée par la Cour dans *Andrews*, p. 183, qu’« une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d’emplois pour le seul motif qu’elles n’ont pas la citoyenneté et sans égard à leurs diplômes et à leurs compétences professionnelles ou sans égard aux autres qualités ou mérites d’individus faisant partie du groupe, porte atteinte aux droits à l’égalité de l’art. 15 ».

En ce qui concerne les autres facteurs contextuels énoncés dans *Law*, il faut se demander si (1) les appelantes sont vulnérables ou souffrent d’un désavantage, de stéréotypes ou de préjugés préexistants, (2) si la loi a pour objet ou effet d’améliorer la situation d’une personne ou d’un groupe plus défavorisé et (3) si la nature et l’importance de l’intérêt touché par la loi contestée sont telles que la protection constitutionnelle est justifiée. Selon moi, ces trois facteurs permettent de conclure qu’il y a atteinte au par. 15(1). Premièrement, bien que les appelantes en l’espèce aient toutes un niveau d’instruction relativement élevé, il est bien établi que les non-citoyens sont marginalisés sur le plan politique, font l’objet de stéréotypes et ont de tous temps été défavorisés. Dans *Andrews*, la Cour conclut que le demandeur, un diplômé en droit, fait partie d’un groupe « dépourvu de pouvoir politique et [. . .], à ce titre, susceptibl[e], de voir [ses] intérêts négligés et [son] droit d’être considéré et respecté également violé » : *Andrews*, le juge Wilson, p. 152. J’estime que cette remarque s’applique peu importe la nature de la loi contestée. Deuxièmement, l’alinéa 16(4)c) de la *LEFP* n’a pas pour objet de redresser la situation d’un groupe plus défavorisé que les non-citoyens; le groupe de comparaison en l’espèce (contrairement à *Law* peut-être) a plutôt dans l’ensemble un statut plus enviable que le groupe dont font partie les appelantes. Enfin, la nature de l’intérêt en cause, l’emploi, est assurément de ceux qui méritent la protection constitutionnelle. Comme la Cour le dit à maintes reprises, le travail est un

Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313, *per* Dickson C.J., at p. 368, and subsequent cases. Although the scope of the affected interest in this case is fairly narrow owing to the fact that s. 16(4)(c) is limited to public sector employment and does not impose a complete bar on non-citizens, in my view the nature and scope of the affected interest still warrants constitutional protection. As stated above, work is a fundamental aspect of a person's life, and a law which operates to limit the range of employment options for non-citizens is still likely to implicate the individual's livelihood, self-worth and human dignity. Indeed, much of the discussion in this case was centered on the appellants' argument that Parliament's intention was to distinguish between citizens and non-citizens on the basis of their relative loyalty and commitment to Canada. In this context, a cursory look at the four *Law* factors suggests that s. 16(4)(c) of the *PSEA* violates s. 15(1) of the *Charter*.

élément fondamental de la vie d'une personne touchant sa subsistance, son estime de soi et sa dignité humaine : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson, p. 368, et les arrêts subséquents. Même si l'intérêt touché en l'espèce a une étendue assez restreinte puisque l'al. 16(4)c) se limite à l'emploi dans le secteur public et n'exclut pas totalement les non-citoyens, à mon avis, sa nature et son étendue méritent néanmoins une protection constitutionnelle. Comme je le dis plus haut, le travail est un élément fondamental de la vie d'une personne, et une loi qui a pour effet de limiter la gamme des options d'emploi des non-citoyens risque toujours de toucher la subsistance, l'estime de soi et la dignité humaine de la personne. À vrai dire, une grande partie du débat en l'espèce était centrée sur l'argument des appelantes selon lequel le législateur entendait établir une distinction entre citoyens et non-citoyens sur la base de leur degré relatif d'engagement et de loyauté envers le Canada. Dans ce contexte, un examen rapide des quatre facteurs de l'arrêt *Law* donne à penser que l'al. 16(4)c) de la *LEFP* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

46

Needless to say, the *Law* factors should not be applied too mechanically. One must never lose sight of the overarching question, which is whether the law perpetuates the view that non-citizens are less capable or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society: see *Law, supra*, at para. 99. It may be, in light of the above discussion, that a law defining the core rights and privileges of citizens is incapable of perpetuating such a view; indeed, such a law finds support in numerous international treaties and is accepted by almost every country in the world. In my view, however, this misses the point of the *Law* methodology; what is required is a contextualized look at how a non-citizen legitimately feels when confronted by a particular enactment. Even if the non-citizen knows the preference has nothing to do with her capabilities — as most reasonable people would — she may still feel “less . . . worthy of recognition . . . as a member of Canadian society”: see *Law, supra*, at para. 88. This subjective view must be examined in context, that is, with a view to determining

Il va sans dire que les facteurs de *Law* ne doivent pas être appliqués de manière trop mécanique. Il ne faut jamais perdre de vue la question primordiale, qui est de savoir si la loi perpétue l'opinion que les non-citoyens sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne : *Law*, par. 99. Compte tenu de l'analyse qui précède, il se peut qu'une loi définissant les droits et les privilèges fondamentaux liés à la citoyenneté ne saurait perpétuer une telle opinion; une telle loi trouve appui dans de nombreuses conventions internationales et elle est jugée acceptable dans presque tous les pays. À mon sens, toutefois, ce n'est pas du tout ce que vise la méthode préconisée dans l'arrêt *Law*; ce qu'elle exige, c'est de regarder en contexte comment un non-citoyen peut légitimement se sentir face à un texte de loi précis. Même si le non-citoyen sait que la préférence n'a rien à voir avec ses capacités personnelles — comme le comprendraient la plupart des personnes raisonnables — il peut néanmoins se sentir « moins digne d'être reconnu [. . .] en tant [. . .] que membre de la société canadienne » :

whether a rational foundation exists for the subjective belief.

In measuring the appellants' subjective experience of discrimination against an objective standard, it is crucial not to elide the distinction between the claimant's onus to establish a *prima facie* s. 15(1) violation and the state's onus to justify such a violation under s. 1. Section 15(1) requires the claimant to show that her human dignity and/or freedom is adversely affected. The concepts of dignity and freedom are not amorphous and, in my view, do not invite the kind of balancing of individual against state interest that is required under s. 1 of the *Charter*. On the contrary, the subjective inquiry into human dignity requires the claimant to provide a rational foundation for her experience of discrimination in the sense that a reasonable person similarly situated would share that experience. In this case, the claimants submit that a reasonable person similarly situated would believe that the reduced opportunity of working in the federal Public Service fails to account for their individual capacities and, moreover, implies they are less loyal and worthy of trust. The existence of a s. 15(1) violation depends on the validity of this submission.

By contrast, the government's burden under s. 1 is to justify a breach of human dignity, not to explain it or deny its existence. This justification may be established by the practical, moral, economic, or social underpinnings of the legislation in question, or by the need to protect other rights and values embodied in the *Charter*. It may further be established based on the requirements of proportionality, that is, whether the interest pursued by the legislation outweighs its impact on human dignity and freedom. However, the exigencies of public policy do not undermine the *prima facie* legitimacy of an equality claim. A law is not "non-discriminatory" simply because it pursues a pressing objective or impairs equality rights as little as possible. Much less is it "non-discriminatory" because it reflects an international consensus as to the appropriate

Law, par. 88. Cette perception subjective doit être examinée dans son contexte, c'est-à-dire afin d'établir si elle a un fondement rationnel.

Pour jauger l'expérience subjective de discrimination de chaque appelante à partir d'une norme objective, il est crucial de ne pas escamoter la distinction entre la charge de la preuve *prima facie* d'une atteinte au par. 15(1) qui incombe au demandeur et la charge de justifier l'atteinte en vertu de l'article premier qui incombe à l'État. Le paragraphe 15(1) oblige le demandeur à montrer que sa dignité humaine ou sa liberté est compromise. La dignité et la liberté ne sont pas des notions floues et, à mon avis, elles n'appellent pas le type de mise en balance de l'intérêt de la personne et de celui de l'État qu'exige l'article premier de la *Charte*. Au contraire, l'examen subjectif de la dignité humaine oblige le demandeur à établir le fondement rationnel de son expérience de discrimination en ce sens qu'une personne raisonnable vivant une situation semblable partagerait cette expérience. En l'espèce, les appelantes font valoir qu'une personne raisonnable vivant une situation semblable penserait que la possibilité réduite de travailler dans la fonction publique fédérale ne tient pas compte de leurs capacités personnelles et implique en outre qu'elles sont moins loyales et moins dignes de confiance. L'existence d'une atteinte au par. 15(1) dépend de la validité de cette prétention.

Par contraste, la charge qui incombe au gouvernement en vertu de l'article premier consiste à justifier une atteinte à la dignité humaine et non à l'expliquer ou à en nier l'existence. On peut établir cette justification en recourant aux fondements pratiques, moraux, économiques ou sociaux de la loi en question, ou en invoquant la nécessité de protéger d'autres droits et valeurs constitutionnalisés dans la *Charte*. On peut aussi l'établir sur la base des exigences de la proportionnalité, c.-à-d. en déterminant si l'intérêt visé par la loi fait plus que compenser son effet sur la dignité humaine et la liberté. Toutefois, les exigences de l'ordre public ne minent pas la légitimité à première vue d'une demande d'égalité. Une loi n'est pas « non discriminatoire » uniquement parce qu'elle poursuit un objectif urgent ou qu'elle restreint le moins possible des droits à l'égalité.

47

48

limits on equality rights. While these are highly relevant considerations at the s. 1 stage, the suggestion that governments should be encouraged if not required to counter the claimant's s. 15(1) argument with public policy arguments is highly misplaced. Section 15(1) requires us to define the scope of the individual right to equality, not to balance that right against societal values and interests or other *Charter* rights.

Elle est certainement encore moins « non discriminatoire » parce qu'elle reflète un consensus international quant aux limites appropriées des droits à l'égalité. Même si ces considérations sont très pertinentes au stade de l'article premier, l'idée qu'il faudrait encourager voire obliger les gouvernements à répondre à l'argument fondé sur le par. 15(1) par des arguments fondés sur l'ordre public est tout à fait déplacée. Le paragraphe 15(1) nous oblige à définir l'étendue du droit individuel à l'égalité, et non à mettre ce droit en balance avec les valeurs et les intérêts de la société ou avec d'autres droits garantis par la *Charte*.

49

It is not, as my colleague Arbour J. suggests at para. 86, an “eagerness to extend equality rights as widely as possible” that informs the distinction between s. 15(1) and s. 1. It is the very structure of the *Charter* that mandates this distinction, as well as the methodology adopted by this Court since *Andrews*. Nor do I accept my colleague's suggestion that s. 15(1) rights are all but absolute, in that their violation should only be justifiable in rare circumstances. This Court has often applied s. 1 to breaches of s. 15(1), in so doing recognizing that s. 15(1) merits a liberal and purposive construction: see *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Weatherall*, *supra*; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513. In each of these cases, it was incumbent on the Court to consider the extent and impact of the s. 15(1) breach and, in appropriate contexts, to find that a particular breach of s. 15(1) was minor. This is not indicative of undue deference to the legislature, but of the need for a flexible approach to s. 1 justification and, more broadly, the recognition that any balancing between individual rights and societal needs occurs in s. 1, not s. 15(1). Indeed, conducting this balancing at the s. 15(1) stage would accord far greater deference to the legislature than I suspect my colleague Arbour J. intends.

Ce n'est pas, comme ma collègue le juge Arbour le laisse entendre au par. 86, un « empressement [. . .] à étendre le plus largement possible les droits à l'égalité » qui sous-tend la distinction entre le par. 15(1) et l'article premier. C'est la structure même de la *Charte* qui l'exige, de même que la méthode adoptée par la Cour depuis *Andrews*. Je ne suis pas non plus d'accord avec ma collègue pour dire que les droits garantis par le par. 15(1) sont presque absolus, en ce que leur violation ne serait justifiable que dans de rares circonstances. La Cour a souvent appliqué l'article premier à des atteintes au par. 15(1), reconnaissant ainsi que le par. 15(1) mérite une interprétation libérale et téléologique : voir *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Weatherall*, précité; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513. Dans chacune de ces affaires, la Cour considérait l'étendue et l'effet d'une atteinte au par. 15(1) et, dans les contextes appropriés, a conclu qu'une atteinte donnée au par. 15(1) était mineure. Cela ne dénote pas une déférence trop grande envers le législateur, mais plutôt la nécessité d'une approche souple de la justification en vertu de l'article premier et, plus largement, la reconnaissance que tout effort pour peser dans la balance les droits individuels et les besoins de la société a lieu à l'étape de l'article premier et non à l'étape du par. 15(1). En réalité, effectuer cette pondération à l'étape du par. 15(1) représenterait une déférence beaucoup plus grande envers le législateur que ne le voudrait, je pense, ma collègue le juge Arbour.

The balancing conducted at the s. 15(1) stage would transform that subsection into a variant of s. 7, whereby violations are difficult to establish and, in turn, difficult to justify under s. 1. Only the “most important” objectives would be sufficiently pressing to violate s. 15(1), and the proportionality test would in turn be conducted with “uncompromising rigour”: see Arbour J., at para. 91. My central concern with this approach is not only that, in my view, it departs from previous s. 15(1) jurisprudence, but that it substitutes a rigid and categorical approach to s. 1 justification for a contextual one: see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. Even if such an approach could be defended, however, it is not supported by the different wording of s. 15(1) and s. 7. Section 7 contains an explicit internal limitation on the right to life, liberty and security of the person, in that such rights may be infringed in accordance with the “principles of fundamental justice”. Section 15(1), by contrast, contains no such limitation. What my colleague Arbour J., at para. 92, refers to as a “differentiation between legislative distinctions and discrimination” is not an internal limitation on s. 15(1) in the s. 7 sense, but a judicial interpretation of the normative parameters of the term “discrimination”. Such parameters are no different than those used to define the term “expression” in s. 2(b) or the term “unreasonable” in s. 8. They function to define the right or freedom at issue, not to place an internal limitation on it.

With respect, I must disagree with my colleague Arbour J. that the difficulties posed by blurring the distinction between s. 15(1) and s. 1 are not insurmountable. At the very least, such an approach creates significant uncertainty for lower courts in terms of the kinds of considerations they are permitted to adduce in adjudicating a s. 15(1) claim. Yet on a deeper level, the approach has the potential to create a hierarchy of rights within s. 15(1) itself, whereby public policy considerations may defeat a

La pondération effectuée à l'étape du par. 15(1) transformerait ce paragraphe en variante de l'art. 7, dans le contexte duquel les atteintes sont difficiles à établir et, par ricochet, difficiles à justifier en vertu de l'article premier. Seuls les objectifs les « plus importants » seraient suffisamment urgents pour porter atteinte au par. 15(1), et le critère de la proportionnalité serait par ricochet appliqué avec une « rigueur intransigeante » : voir le juge Arbour, par. 91. Cette approche me semble problématique non seulement parce qu'elle s'écarte à mon avis de la jurisprudence relative au par. 15(1), mais aussi parce qu'elle substitue une approche rigide et catégorique à une approche contextuelle de la justification en vertu de l'article premier : voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877. Toutefois, même si elle pouvait être défendable, cette approche n'est pas appuyée par les énoncés différents du par. 15(1) et de l'art. 7. L'article 7 comprend une limitation interne explicite du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne en ce qu'il ne peut être porté atteinte à ces droits qu'en conformité avec les « principes de justice fondamentale ». Le paragraphe 15(1), par contre, ne comporte aucune limitation de ce type. Ce que ma collègue le juge Arbour, au par. 92, appelle une « différenciation entre distinctions législatives et discrimination » n'est pas une limitation interne du par. 15(1) au sens de l'art. 7, mais une interprétation judiciaire des paramètres normatifs du terme « discrimination ». Ces paramètres ne sont pas différents de ceux qui servent à définir les mots « expression » à l'al. 2b) ou « abusives » à l'art. 8. Ils ont pour fonction de définir le droit ou la liberté en question et non de lui imposer une limitation interne.

Avec égards, je ne puis partager l'avis de ma collègue le juge Arbour que les difficultés posées par le gommage de la distinction entre le par. 15(1) et l'article premier ne sont pas insurmontables. Une telle approche est tout au moins source d'incertitude importante pour les tribunaux en ce qui a trait aux sortes de considérations qu'il leur est permis d'invoquer pour trancher une demande fondée sur le par. 15(1). Plus profondément toutefois, cette approche risque de créer au sein même du par. 15(1) une

s. 15(1) claim in certain cases (e.g. citizenship), but not others (e.g. race). I cannot find support for such a hierarchy in the *Charter*. Not only does my colleague stop short of providing any criteria for ranking the analogous grounds, but she does not persuade me that the kinds of considerations she uses in this case — for example, the fact that two of the claimants chose to forego Canadian citizenship — could not, even unwittingly, be applied invidiously in future cases. While such an approach would certainly filter out vexatious s. 15(1) claims, I think it would do so at great cost to our Court's liberal interpretation of equality rights — an interpretation which, it must be said, goes beyond s. 15(1) of the *Charter* and affects Canada's human rights jurisprudence generally.

hiérarchie de droits en vertu de laquelle les considérations d'ordre public pourraient faire obstacle à une demande fondée sur le par. 15(1) dans certains cas (par exemple la citoyenneté) mais non dans d'autres (par exemple la race). Je ne trouve rien qui appuie une telle hiérarchie dans la *Charte*. Non seulement ma collègue ne propose pas de critères pour classer les motifs analogues, mais elle ne me convainc pas que les sortes de considérations qu'elle invoque en l'espèce — par exemple le fait que deux des appelantes ont choisi de ne pas demander la citoyenneté canadienne — ne pourraient pas avoir, sans qu'on le veuille, des applications malencontreuses à l'avenir. Cette approche pourrait certainement éliminer les demandes vexatoires concernant le par. 15(1), mais elle le ferait, à mon avis, au détriment de notre interprétation libérale des droits à l'égalité — une interprétation qui, il faut le dire, va plus loin que le seul par. 15(1) de la *Charte* et touche la jurisprudence canadienne sur les droits de la personne en général.

52

Turning to the subjective-objective evaluation in this case, I think the claimants in this case felt legitimately burdened by the idea that, having made their home in Canada (and, in To-Thanh-Hien's case, begun to seek citizenship), their professional development was stifled on the basis of their citizenship status. Their subjective reaction to the citizenship preference no doubt differed from their reaction to not being able to vote, sit in the Senate, serve on a jury, or remain in Canada unconditionally. An obvious difference in this context is that employment is vital to one's livelihood and self-worth; another is that there is no apparent link between one's citizenship and one's ability to perform a particular job; finally, the distinction can reasonably be associated with stereotypical assumptions about loyalty and commitment to the country, even if that is not Parliament's intention. There is certainly no shortage of evidence in this case to support these views. As the respondents' own expert, Peter H. Schuck, recognized in a 1997 article ("The Re-Evaluation of American Citizenship" (1997), 12 *Geo. Immigr. L.J.* 1, at p. 14):

En ce qui a trait à l'évaluation subjective-objective en l'instance, je pense que les appelantes ont légitimement senti qu'un fardeau leur était imposé du fait que, même après avoir élu domicile au Canada (et, dans le cas de M^{me} To-Thanh-Hien, entrepris des démarches pour obtenir la citoyenneté), leur avancement professionnel était entravé en raison de leur statut de non-citoyennes. Leur réaction subjective à la préférence fondée sur la citoyenneté différerait sans aucun doute de leur réaction à la privation du droit de voter, de siéger au Sénat, de faire partie d'un jury et de demeurer inconditionnellement au Canada. La différence manifeste, dans ce contexte, réside dans le fait que l'emploi est essentiel à la subsistance et à l'estime de soi; s'y ajoute le fait qu'il n'y a aucun lien apparent entre la citoyenneté d'une personne et sa capacité d'exercer une fonction en particulier; enfin, la distinction peut raisonnablement être associée à des présomptions stéréotypées au sujet de la loyauté et de l'engagement envers le pays, même si telle n'était pas l'intention du législateur. Il ne manque certainement pas d'éléments de preuve à l'appui en l'espèce. Comme le reconnaît même l'expert des intimées, Peter H. Schuck, dans « The Re-Evaluation of American Citizenship » (1997), 12 *Geo. Immigr. L.J.* 1, p. 14 :

The . . . policy of barring aliens from federal employment, which is similar to the practice of most nations, is likely to be a greater concern to aliens than the bar to jury service for most aliens. Few if any legal permanent residents (“LPRs”) are likely to seek high elective or appointive offices prior to naturalization. Many LPRs, however, might want to pursue employment in the federal, state, and local civil service systems.

This point is borne out on the record. All three appellants in this case sought Public Service employment immediately upon arriving in Canada and, for the first three years, could not have changed their citizenship even had they wanted to. During that time, one of them was told the PSC would sooner lower the qualifications for a job than hire a non-citizen; another was barred from a position she had been competently performing on contract; and a third was rejected despite her obvious desire to become a Canadian citizen. The impact of placing obstacles in the way of the appellants’ professional development does not vary according to whether the *PSEA* imposes a “preference” or a “ban”. Immigrants come to Canada expecting to enjoy the same basic opportunities as citizens and to participate fully and freely in Canadian society. Freedom of choice in work and employment are fundamental aspects of this society and, perhaps unlike voting and other political activities, should be, in the eyes of immigrants, as equally accessible to them as to Canadian citizens. Discrimination in these areas has the potential to marginalize immigrants from the fabric of Canadian life and exacerbate their existing disadvantage in the Canadian labour market. This is true whether or not the discrimination operates on the basis of stereotyping; if it makes immigrants feel less deserving of concern, respect and consideration, it runs afoul of s. 15(1): see *Law, supra*, at para. 88. For these reasons, I conclude that s. 16(4)(c) of the *PSEA* violates s. 15(1) of the *Charter* and requires justification under s. 1.

[TRANSDUCTION] La politique [. . .] qui exclut les étrangers des emplois de la fonction publique fédérale, comparable à la pratique actuellement en vigueur dans la plupart des pays, a sans doute plus d’incidence sur les étrangers que le fait de ne pas pouvoir être juré. Rares seront les résidents permanents en situation régulière qui, avant de se faire naturaliser, brigueront une charge publique. Nombreux, par contre, sont ceux qui pourraient vouloir travailler dans les fonctions publiques fédérale, étatique ou locale.

C’est ce que confirme le dossier. Dans la présente affaire, les trois appelantes ont cherché à obtenir un emploi dans la fonction publique dès leur arrivée au Canada et, pendant les trois premières années, elles n’auraient pas pu changer leur citoyenneté même si elles l’avaient voulu. Pendant cet intervalle, l’une d’elles s’est fait dire que la CFP préférerait abaisser les exigences d’un poste plutôt que d’engager un non-citoyen; une autre a vu sa candidature écartée pour un poste qu’elle avait occupé avec compétence sous contrat; une troisième a été refusée malgré sa volonté manifeste de devenir citoyenne canadienne. Les répercussions des obstacles placés en travers du parcours professionnel des appelantes ne changent pas selon que la *LEFP* impose une préférence ou une interdiction. Les immigrants arrivant au Canada s’attendent à bénéficier des mêmes possibilités fondamentales que les citoyens et à participer pleinement et librement à la société canadienne. La liberté de choix du travail et l’emploi sont des aspects fondamentaux de cette société et, contrairement peut-être au droit de vote et aux autres activités politiques, devraient, aux yeux d’un immigrant, lui être tout aussi accessibles qu’à un citoyen canadien. La discrimination dans ces domaines peut aboutir à exclure les immigrants du tissu social canadien, et accentuer un désavantage existant sur le marché du travail au Canada. Cela est vrai que la discrimination soit fondée ou non sur des stéréotypes; si elle a pour effet que l’immigrant se sente moins digne d’intérêt, de respect et de considération, elle contrevient au par. 15(1) : *Law*, par. 88. Pour ces motifs, je conclus que l’al. 16(4)c) de la *LEFP* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte* et doit donc être justifié en application de l’article premier.

B. Section 1

53

At the s. 1 stage, it is for the government to demonstrate that, on a balance of probabilities, s. 16(4)(c) is a “reasonable limit” on equality that can be “demonstrably justified in a free and democratic society”: see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 136-37. To qualify as such, the provision must (1) pursue an objective that is sufficiently important to justify limiting a *Charter* right, (2) be rationally connected to that objective, (3) impair the right no more than is reasonably necessary to accomplish the objective, and (4) not have a disproportionately severe effect on the persons to whom it applies: see *Oakes*, *supra*, at pp. 138-39. These criteria will be applied with varying levels of rigour depending on the context of the appeal: see *Thomson Newspapers*, *supra*. In this case, we are presented with a law that attempts to promote the value of Canadian citizenship by detracting from the rights of non-citizens; as this inevitably requires Parliament to balance the interests of competing groups, some degree of deference is required in the application of *Oakes*, *supra*. That being said, the law does not promote the interests of a vulnerable group, is not premised on particularly complex social science evidence, and interferes with an activity (namely employment) whose social value is relatively high: see *Thomson Newspapers*, *supra*, and *Irwin Toy*, *supra*, at pp. 993-94.

(1) Sufficiently Important Objective

(a) *What Is the Legislative Objective?*

54

At trial, Wetston J. was presented with radically different views of the objective behind the citizenship preference. The appellants claimed the objective was to ensure a loyal and committed Public Service; on this view, s. 16(4)(c) stemmed from a dubious legacy of according citizens greater privileges on account of their supposed merit. The respondents insisted the preference had nothing to do with merit; they claimed it was meant to further Canada’s citizenship policy by granting citizens certain privileges not enjoyed by immigrants — the right to vote, for example. In turn, the respondents identified a twofold objective behind Canada’s citizenship policy: first, to enhance the meaning of

B. L’article premier

À l’étape de l’article premier, il incombe à l’État de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que l’al. 16(4)c apporte à l’égalité une restriction « raisonnable et [dont la] justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique » : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136-137. Pour cela, la disposition doit (1) avoir un objectif suffisamment important pour justifier la restriction d’un droit garanti par la *Charte*; (2) avoir un lien rationnel avec cet objectif; (3) ne pas restreindre le droit plus qu’il n’est raisonnablement nécessaire pour atteindre l’objectif; et (4) ne pas avoir d’effets préjudiciables disproportionnés sur les personnes visées : voir *Oakes*, p. 138-139. Ces critères s’appliquent plus ou moins strictement selon le contexte : voir *Thomson Newspapers*, précité. La loi contestée en l’espèce cherche à valoriser la citoyenneté canadienne en restreignant les droits des non-citoyens; comme le législateur doit inévitablement pondérer les intérêts de groupes opposés, une certaine déférence s’impose dans l’application de *Oakes*. Cela étant, la loi ne défend pas les intérêts d’un groupe vulnérable, elle ne s’appuie pas sur une preuve particulièrement complexe de sciences humaines et elle touche une activité (l’emploi) dont la valeur sociale est relativement élevée : *Thomson Newspapers*, et *Irwin Toy*, précités, p. 993-994.

(1) Un objectif suffisamment important

a) *Quel est l’objectif de la loi?*

En première instance, le juge Wetston faisait face à des points de vue radicalement différents sur l’objectif de la préférence fondée sur la citoyenneté. Les appelantes soutenaient que l’objectif était d’assurer la loyauté et l’engagement de la fonction publique; sous cet angle, l’al. 16(4)c était issu de la pratique douteuse d’accorder des privilèges aux citoyens en raison de leur mérite présumé. Les intimées insistaient sur le fait que la préférence n’avait rien à voir avec le mérite; elles faisaient valoir qu’elle visait à consolider la politique canadienne de citoyenneté en donnant aux citoyens certains privilèges refusés aux immigrants — le droit de vote, par exemple. Elles ont ensuite fait état du double objectif de cette

citizenship as a unifying symbol for Canadians; and second, to encourage permanent residents to naturalize. In my view, the respondents' view must prevail. Even if concerns about commitment and loyalty informed the enactment of the amendments to the *Civil Service Act* in 1908, on which I make no comment, there is no denying that the citizenship preference is also intended to further Canada's citizenship policy. This was affirmed by all four judges in the courts below, including Linden J.A., and it is reflected in the legislative record: see Department of Justice, *Equality Issues in Federal Law: A Discussion Paper* (1985), at pp. 49-50. Whether this privilege is pressing and substantial is, as we shall see, a matter of some controversy.

In oral argument, the appellants urged this Court to consider the testimony of one of the respondents' witnesses, Mr. John J. Carson, as conclusive evidence of legislative objective. Mr. Carson served as chairman of the PSC in the 1960s; he testified that he objected to a repeal of the citizenship preference at the time and, moreover, that concerns about "commitment and loyalty" motivated his views. In particular, he stated that "if you're undertaking an application for employment you want to give evidence of good faith and your willingness to partner in the venture that you're going into" and, further, that "someone who has shown evidence of commitment and a desire to be fully involved is usually an indication of their motivation". The appellants argue that Wetston J. erred in not considering this testimony, especially having ruled that Mr. Carson's opinion was admissible. In my view, this would unduly interfere with the trial judge's discretion. The trial judge was not bound to accept Mr. Carson's answer on the legislative objective, particularly where he had restricted Mr. Carson's testimony to whether he felt it was "necessary in that responsibility to make any recommendations to repeal that provision". Much less was the trial judge bound to ignore the other legislative objectives which the Crown proffered, which were subsequently upheld by all three judges at the Court of Appeal. In short, I think the appellants are hard-pressed to modify the legislative

politique : premièrement, promouvoir la citoyenneté comme symbole unificateur pour les Canadiens et, deuxièmement, inciter les résidents permanents à se faire naturaliser. J'estime que le point de vue des intimées doit l'emporter. Même si des considérations d'engagement et de loyauté ont influencé l'adoption de modifications à la *Loi du service civil* en 1908, ce sur quoi je ne me prononce pas, nul ne conteste que la préférence fondée sur la citoyenneté vise aussi à promouvoir la politique canadienne de citoyenneté. Les quatre juges des instances antérieures, y compris le juge Linden, l'ont confirmé, et c'est ce qui ressort du dossier législatif : voir ministère de la Justice, *Les droits à l'égalité et la législation fédérale : Un document de travail* (1985), p. 62-63. La question de savoir si ce privilège est une préoccupation urgente et réelle suscite, comme nous le verrons, une certaine controverse.

En plaidoirie, les appelantes ont demandé à la Cour de considérer le témoignage d'un des témoins des intimées, M. John J. Carson, comme une preuve concluante de l'objectif du législateur. Président de la CFP pendant les années 1960, M. Carson dit s'être opposé à l'époque à la suppression de la préférence fondée sur la citoyenneté, ajoutant que des considérations d'« engagement et loyauté » justifiaient son opposition. Il précise que [TRADUCTION] « la personne qui postule un emploi veut prouver sa bonne foi et sa volonté de s'intégrer à l'entreprise » et que « l'engagement et le souhait de participer pleinement sont généralement des indices de motivation ». Les appelantes soutiennent que le juge Wetston a fait erreur en ne tenant pas compte de ce témoignage, surtout après avoir statué que l'avis de M. Carson était recevable. J'estime que ce serait s'immiscer indûment dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. Ce dernier n'était pas tenu d'accepter la réponse de M. Carson sur l'objectif de la législation, surtout après avoir limité son témoignage à la question de savoir s'il avait jugé [TRADUCTION] « nécessaire, en cette qualité, de recommander l'abrogation de cette disposition ». Il était encore moins obligé de ne pas tenir compte des autres objectifs législatifs avancés par l'État et que les trois juges de la Cour d'appel ont subséquemment confirmés. En résumé, je crois que les appelantes peuvent difficilement modifier

objective at this stage based on their interpretation of the events at trial. Not only were the trial judge's actions perfectly legitimate, but the objectives he identified were never questioned by the reviewing court.

(b) *Are the Objectives Sufficiently Important?*

56

According to *Oakes, supra*, Parliament's objectives must be sufficiently important to justify overriding a *Charter* right. The respondents note that virtually all liberal democracies impose citizenship-based restrictions on access to the national Public Service; these restrictions vary from virtual bans on federal Public Service employment (as in Switzerland and the United States) to policies allowing permanent residents to work in the Public Service on a probationary basis (as in Australia). The respondents further argue that international conventions support citizenship-based restrictions by guaranteeing the right of all citizens to work in the Public Service: see Article 21(2) of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948) ("Everyone has the right of equal access to public service in his country"); Article 25(c) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (1966) ("Every citizen shall have the right and the opportunity . . . [t]o have access, on general terms of equality, to public service in his country"). For their part, the appellants claim that widespread acceptance of the citizenship-based restrictions do not justify them, and that Canada should be held to a higher standard than countries which discourage immigration. The appellants also note that citizenship-based restrictions imposed by state legislatures have routinely been struck down by the United States Supreme Court as violations of equality rights: see *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976), and *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973).

57

In my view, a cursory examination of Canada's citizenship policy provides a normative foundation for the impugned law. This policy dates to the

l'objectif législatif à ce stade en se basant sur leur interprétation de ce qui s'est passé en première instance. Non seulement le juge a-t-il agi légitimement, mais les objectifs qu'il a identifiés n'ont jamais été remis en question par la Cour d'appel.

b) *Les objectifs sont-ils suffisamment importants?*

Suivant *Oakes*, les objectifs du législateur doivent être suffisamment importants pour justifier l'atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Les intimées font remarquer que presque toutes les démocraties libérales limitent, sur le fondement de la citoyenneté, l'accès à la fonction publique nationale; les restrictions apportées vont de l'exclusion virtuelle de l'emploi dans la fonction publique fédérale (comme en Suisse et aux États-Unis) à la politique autorisant un résident permanent à travailler dans la fonction publique à titre de stagiaire (comme en Australie). Elles ajoutent que les conventions internationales appuient les restrictions fondées sur la citoyenneté en garantissant le droit de tous les citoyens de travailler dans la fonction publique : voir l'article 21(2) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948) (« Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ») et l'article 25c) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (1966) (« Tout citoyen a le droit et la possibilité [. . .] [d]'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays »). Les appelantes répondent que l'acceptation générale des restrictions fondées sur la citoyenneté ne les justifie pas et que le Canada devrait être soumis à une norme plus élevée que les pays qui découragent l'immigration. Elles font par ailleurs remarquer que les restrictions apportées par les législatures d'États américains sur le fondement de la citoyenneté ont systématiquement été annulées par la Cour suprême des États-Unis pour atteinte aux droits à l'égalité : voir *Mathews c. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976), et *Sugarman c. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973).

À mon avis, le survol de la politique canadienne de citoyenneté offre un fondement normatif à la loi contestée. Cette politique existe depuis l'adoption

enactment of *The Canadian Citizenship Act* in 1946 (S.C. 1946, c.15); it sought to clarify confusion over the use of the terms “citizen” and “national” in federal legislation and create a unifying symbol for Canadians: see *House of Commons Debates*, vol. II, 1st Sess., 20th Parl., October 22, 1945 at pp. 1335 *et seq.* (the Hon. Paul Martin). Since then, Canada’s citizenship policy has embodied two distinct objectives: to enhance the meaning of citizenship as a unifying bond for Canadians, and to encourage and facilitate naturalization by permanent residents. In my view, these objectives are non-controversial. In any liberal democracy, the concept of citizenship serves important political, emotional and motivational purposes; if nothing else, it fosters a sense of unity and shared civic purpose among a diverse population: see W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1995), at pp. 173-76. This was recognized by this Court in *Winner, supra*, in which Rand J. defined citizenship, at p. 918, simply as “membership in a state”. Rand J. went on to affirm the very basis of Canada’s citizenship policy: “in the citizen”, he held, “inhere those rights and duties, the correlatives of allegiance and protection, which are basic to that status”. The signal effect of the impugned provisions is not to discourage immigration but to underscore the value of citizenship as a unifying bond for Canada.

The appellants question the very premise of Canada’s citizenship policy, arguing that one does not enhance the meaning of citizenship by detracting from the rights of non-citizens. In their view, this is a “perverse” approach to social unity and undermines the spirit of inclusion represented by the *Charter* and our liberal immigration laws. In my view, this argument is unrealistic. It only makes sense for a country as open and diverse as Canada to enact a policy that integrates its population; in an era of increased movement across borders, citizenship still provides immigrants with a basic sense of identity and belonging. The question that challenges multicultural polities like Canada is not whether to enact a citizenship policy, but how to do so in a way that is respectful of cultural and linguistic differences. At trial, the appellants’ chief expert,

de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* en 1946 (S.C. 1946, ch. 15); elle visait à dissiper la confusion entourant l’emploi des termes « citoyen » et « ressortissant » dans la législation fédérale et à créer un symbole unificateur pour les Canadiens : *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 1^{re} sess., 20^e lég., 22 octobre 1945, p. 1368 et suiv. (l’hon. Paul Martin). Depuis, la politique canadienne de citoyenneté a intégré deux objectifs distincts : valoriser la citoyenneté comme lien unissant les Canadiens, et encourager et faciliter la naturalisation des résidents permanents. À mon avis, ces objectifs ne peuvent être controversés. Dans toute démocratie libérale, la notion de citoyenneté est liée à des objectifs politiques, émotifs et incitatifs importants; elle favorise à tout le moins un sentiment d’unité et de civisme partagé dans une population hétérogène : W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1995), p. 173-176. La Cour le reconnaît dans *Winner*, précité, où le juge Rand définit la citoyenneté comme s’entendant simplement de [TRADUCTION] « l’appartenance à un État », puis décrit le fondement même de la politique canadienne de citoyenneté : « sont inhérents au citoyen les droits et les devoirs corrélatifs à l’allégeance et à la protection qui sont attachés à ce statut » (p. 918). L’effet insigne des dispositions contestées n’est pas de dissuader l’immigration mais de souligner la valeur de la citoyenneté comme un lien unificateur du Canada.

Les appelantes remettent en question le fondement même de la politique canadienne de citoyenneté et font valoir qu’on ne valorise pas la citoyenneté en diminuant les droits des non-citoyens. Selon elles, il s’agit d’une conception « perverse » de l’unité sociale qui mine l’esprit d’inclusion inhérent à la *Charte* et à nos lois généreuses en matière d’immigration. Selon moi, leur argument n’est pas réaliste. Il n’est que logique pour un pays aussi ouvert et diversifié que le Canada d’adopter une politique ayant pour effet d’intégrer sa population; à une époque où les mouvements transfrontaliers se multiplient, la citoyenneté offre encore aux immigrants un sentiment fondamental d’identité et d’appartenance. La question qui se pose pour les entités multiculturelles comme le Canada n’est pas de savoir s’il y a lieu ou non d’adopter une politique

Joseph Carens, essentially admitted this view; he testified that “there may be certain points on which we may draw legal distinctions between citizens and non-citizens but other points in which everyone is regarded as a member of the community”. Canada has sought to strike this balance not only by limiting the number of privileges accorded to Canadian citizens, but by allowing dual citizenship, relaxing naturalization requirements and, in the appellant To-Thanh-Hien’s case, making special efforts to find employment for qualified visible minorities: see *Canadian Citizenship: A Sense of Belonging* (1994), Report of the Standing Committee on Citizenship and Immigration, at pp. 5-7, 11 and 15. By taking measures such as these, Parliament attempts to reconcile the goals of enhancing Canadian citizenship and respecting cultural diversity. I am thus comfortable concluding that the objectives behind s. 16(4)(c) are sufficiently important to justify limiting the appellants’ equality rights.

(2) Rational Connection

59

With respect to rational connection, the appellants suggest it is irrational to pursue Canada’s citizenship policy by making Public Service employment a privilege of citizenship. In their view, there is no end to the amount of discrimination Parliament could inflict on non-citizens if such an objective is accepted. Moreover, they argue that s. 16(4)(c) actually undermines Parliament’s objective by making Canada a less desirable country in which to live. In my view, this opinion is unrealistic; furthermore, this is something for Parliament to decide. While there is a point at which granting privileges to citizens may be unjustifiable under s. 1 — banning immigrants from social housing, perhaps — that point is not the same as the point at which this Court finds a s. 15(1) violation. Rather, as contemplated by s. 1 of the *Charter*, Parliament is entitled to some deference as to whether one privilege or another advances a compelling state interest. In this

de citoyenneté, mais comment le faire en respectant les différences culturelles et linguistiques. En première instance, le principal témoin-expert des appelantes, Joseph Carens, a essentiellement adhéré à ce point de vue; selon son témoignage, [TRADUCTION] « il y a des domaines où on peut établir des distinctions légales entre citoyens et non-citoyens et d’autres domaines où tous sont considérés comme membres de la collectivité ». Le Canada a cherché à réaliser cet équilibre non seulement par la limitation du nombre des privilèges accordés aux citoyens canadiens, mais aussi par la reconnaissance de la double citoyenneté, l’assouplissement des exigences de la naturalisation et, comme dans le cas de l’appelante To-Thanh-Hien, par des efforts particuliers pour faciliter l’emploi aux personnes compétentes appartenant à des minorités visibles : voir *La citoyenneté canadienne : Un sentiment d’appartenance* (1994), Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration, p. 5-8, 11, 15 et 16. En prenant ces mesures, le législateur tente de concilier les objectifs de valorisation de la citoyenneté canadienne et de respect de la diversité culturelle. Je suis donc disposé à conclure que les objectifs de l’al. 16(4)(c) sont suffisamment importants pour justifier la restriction des droits à l’égalité des appelantes.

(2) Le lien rationnel

En ce qui concerne le lien rationnel, les appelantes laissent entendre qu’il est irrationnel de mettre en œuvre la politique canadienne de citoyenneté en faisant de l’emploi dans la fonction publique un privilège attaché à la citoyenneté. Selon elles, le nombre de mesures discriminatoires que le législateur pourrait prendre à l’encontre des non-citoyens serait illimité si cet objectif était accepté. De plus, elles soutiennent que l’al. 16(4)(c) compromet en fait la réalisation de l’objectif du législateur en faisant du Canada un pays où il est moins souhaitable de s’établir. J’estime que cette opinion est irréaliste; de plus c’est au Parlement d’en décider. Même si l’octroi de privilèges aux citoyens peut, à un point donné, ne pas être justifiable selon l’article premier — comme peut-être le refus aux immigrants de l’accès au logement social — ce point n’est pas le même que celui où la Cour situe une atteinte au par. 15(1). Il ressort en fait de l’article

case, Parliament's view is supported by common sense and widespread international practice, both of which are relevant indicators of a rational connection. Short of rejecting Canada's entire citizenship policy, it seems rather speculative to suggest that this privilege is so arbitrary and unreasonable that it detracts from the value of Canadian citizenship. If this logic were accepted, even the less intrusive alternatives proposed by Linden J.A. would have to be rejected as failing the rational connection test.

With respect to the second objective, encouraging naturalization, the appellants question whether granting employment privileges to non-citizens actually persuades permanent residents to naturalize. In their view, it would be no less surprising to find otherwise given the limited reach of the preference and the fact that many other factors inform the decision to naturalize. From a statistical perspective, however, Canada's citizenship policy seems generally to have worked. There is a very close relationship between immigration and naturalization rates in Canada, meaning that a high proportion of immigrants choose to naturalize upon meeting the three-year residency requirement. While this may be due to several factors — an immigrant's personal circumstances, the fact that citizenship is so easy to acquire in Canada, or the mere fact that Canada is a desirable country in which to live — the government's efforts to enhance the value of citizenship can reasonably be assumed to play a role. This is apparent from the personal rewards that accrue from being able to vote, remain in Canada unconditionally, serve appointed political office or join the Public Service. This common sense view is shared by almost every country in the world, including those that make citizenship more difficult to obtain. In this context, it would not be appropriate to hold Parliament to an exacting standard of proof: see Hogg, *supra*, at p. 35-8, citing *Oakes, supra*, at p. 138. The real issue, in my view, is whether the law is tailored in such a way that it does not unduly

premier de la *Charte* qu'une certaine déférence est due au législateur quant à savoir si un privilège ou un autre fait progresser un intérêt pressant de l'État. En l'espèce, le choix du législateur s'appuie sur le sens commun et une pratique internationale répandue, deux indicateurs pertinents de l'existence d'un lien rationnel. À moins de rejeter l'ensemble de la politique canadienne de citoyenneté, il paraît relever de la pure conjecture de laisser entendre que ce privilège est si arbitraire et déraisonnable qu'il diminue la valeur de la citoyenneté canadienne. Si cette logique devait prévaloir, même les autres solutions moins attentatoires proposées par le juge Linden devraient être écartées comme ne satisfaisant pas au critère du lien rationnel.

En ce qui a trait au deuxième objectif, encourager la naturalisation, les appelantes doutent que les privilèges dans l'emploi soient de nature à convaincre les résidents permanents de se faire naturaliser. À leur avis, il ne serait pas étonnant de constater le contraire étant donné la portée limitée de la préférence et le fait que de nombreux autres facteurs jouent dans la décision de se faire naturaliser. Cependant, du point de vue statistique, la politique canadienne de citoyenneté semble avoir généralement fonctionné. Il existe un lien très étroit entre les taux d'immigration et de naturalisation au Canada, ce qui veut dire qu'une haute proportion d'immigrants décident de se faire naturaliser après trois ans de résidence. Cela peut être attribuable à plusieurs facteurs — la situation personnelle de l'immigrant, le fait que la citoyenneté soit si facile à obtenir au Canada ou le simple fait que le Canada est un pays où l'on souhaite s'établir — mais on peut raisonnablement supposer que les mesures prises par l'État pour valoriser la citoyenneté jouent un rôle. Cela ressort des avantages personnels découlant du droit de voter, de demeurer inconditionnellement au Canada, d'être nommé à une fonction politique ou de joindre les rangs de la fonction publique. Ce point de vue fondé sur le sens commun est partagé par presque tous les pays, y compris ceux où il est plus difficile d'obtenir la citoyenneté. Dans ce contexte, il n'y a pas lieu d'assujettir le législateur à une norme de preuve rigoureuse : voir Hogg, *op. cit.*, p. 35-8, citant *Oakes*, p. 138. La vraie question, à mon avis, est de savoir si la loi est conçue de façon à ne

burden non-citizens in its laudable efforts to promote Canadian citizenship.

(3) Minimum Impairment

61

This brings me to the minimum impairment test, which asks whether there are less intrusive ways of enhancing the value of citizenship among public servants. Before examining the alternatives in any detail, it is important to note the features of s. 16(4)(c) which render it less intrusive than it might be. Among these features are (1) the fact that it is a preference only and not an absolute bar, (2) the fact that it does not apply to closed competition, which is the most common means of staffing Public Service positions, (3) the fact that it only applies to the referral stage of open competition, not the inventory or eligibility stage, and (4) the fact that dual citizenship is permitted in Canada, such that Canadian law does not burden non-citizens with a choice between renouncing their foreign citizenship and entering the Public Service. These factors were all recognized by the Court of Appeal, which also noted that the preference is ultimately discretionary. In my view, the factors all go to whether s. 16(4)(c) falls within the “range of reasonable alternatives” permitted by s. 1 of the *Charter*; see *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160.

62

The hallmark of s. 16(4)(c) is that it is merely a preference for Canadian citizens, as opposed to an absolute bar on non-citizens. Non-citizens are frequently referred to open competition, either along with qualified Canadian citizens or after the pool of qualified citizens is exhausted. While the former occurs rarely, the PSC director who testified for the respondents, Peter Stewart, recalled several such referrals in the year leading up to trial. Mr. Stewart recalled even more referrals in the latter category: co-op assignments for librarians where no qualified Canadians applied, computer systems positions where no qualified Canadians were willing to take short-term positions, term research positions with

pas imposer de fardeau indû aux non-citoyens dans un effort louable de promouvoir la citoyenneté canadienne.

(3) L'atteinte minimale

Passons au critère de l'atteinte minimale qui consiste à déterminer s'il existe d'autres moyens moins attentatoires de valoriser la citoyenneté chez les fonctionnaires. Avant d'examiner en détail d'éventuelles solutions de rechange, il faut signaler les caractéristiques de l'al. 16(4)c) qui le rendent moins attentatoire qu'il pourrait l'être. Parmi ces caractéristiques, il y a (1) le fait qu'il s'agit d'une préférence seulement, et non d'une exclusion totale, (2) le fait qu'elle ne s'applique pas au concours interne, qui est le moyen le plus courant de doter un poste dans la fonction publique, (3) le fait qu'elle ne s'applique qu'au stade de la présentation dans un concours public, et non à l'étape de l'établissement du répertoire ou de la liste d'admissibilité, et (4) le fait que le Canada permet la double citoyenneté, de telle sorte que le droit canadien n'oblige pas les non-citoyens à choisir entre leur citoyenneté étrangère et l'accès à la fonction publique. Ces facteurs sont tous reconnus par la Cour d'appel, qui note aussi que la préférence est en fin de compte discrétionnaire. Selon moi, les facteurs se rapportent tous à la question de savoir si l'al. 16(4)c) se situe à l'intérieur de la « gamme de mesures raisonnables » qu'autorise l'article premier de la *Charte* : *RJR-MacDonald c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160.

La caractéristique de l'al. 16(4)c) est d'accorder une simple préférence aux citoyens canadiens, sans exclure totalement les non-citoyens. Des non-citoyens sont souvent présentés dans le cadre de concours publics soit de pair avec des citoyens canadiens qualifiés, soit après l'épuisement de la liste des citoyens qualifiés. Bien que le premier cas se présente rarement, le directeur de la CFP, Peter Stewart, témoin des intimées, s'est rappelé que quelques présentations de ce type ont eu lieu au cours de l'année qui a précédé l'audience en première instance. Il s'est souvenu d'un plus grand nombre de présentations du deuxième type : des affectations de bibliothécaires dans le cadre du programme

Agriculture Canada where the requirements were highly stringent, and a position at the Department of Justice requiring, among other things, experience and knowledge of war crimes trials and German fluency. Indeed, the appellants Bailey and To-Thanh-Hien were themselves referred to open competition; the former was referred the year she arrived to Canada, and the latter was referred both before and after obtaining Canadian citizenship.

A second feature of s. 16(4)(c) is that it does not apply to closed competition. This restriction cannot be underestimated; it means the vast majority of Public Service positions are equally extended to citizens and non-citizens. While this provides little comfort to those who lack the experience generally required of closed competitions — and who therefore must seek promotion through open competition — such a lack of experience is not unique to non-citizens. Many citizens who are members of the Public Service lack extensive experience and thus, like the appellant Bailey, seek promotion through open competition rather than closed. The desire to do this stems from a strategic decision to seek a job that does not require experience rather than to seek one that does. Thus, while I accept that Bailey's opportunities for promotion are less than her colleagues', I think this is only partly because of the citizenship preference and also because of her lack of experience. More compelling, in my view, is the fact that she is as eligible as any Canadian citizen to compete in the vast majority of Public Service competitions.

Third, s. 16(4)(c) only applies to the referral stage of open competition. This means that non-citizens are equally entitled to submit applications to the PSC inventory and, for the purposes of this

d'enseignement coopératif, quand aucun Canadien qualifié n'avait posé de candidature; des postes en informatique, quand aucun Canadien qualifié ne voulait accepter une nomination à court terme; des postes de chercheur d'une durée déterminée au ministère de l'Agriculture du Canada, dont les exigences étaient très rigoureuses; un poste au ministère de la Justice nécessitant entre autres choses de l'expérience et des connaissances relatives aux procès pour crimes de guerre et la maîtrise de l'allemand. De fait, les appelantes Bailey et To-Thanh-Hien ont elles-mêmes été présentées dans le cadre d'un concours public; la première l'année de son arrivée au Canada, la seconde, avant et après l'obtention de la citoyenneté canadienne.

La deuxième caractéristique de l'al. 16(4)c) est qu'il ne s'applique pas au concours interne. Cette restriction ne doit pas être sous-estimée; elle signifie que la vaste majorité des postes dans la fonction publique sont également offerts aux citoyens et aux non-citoyens. Même si cette réalité offre une maigre consolation aux personnes qui n'ont pas l'expérience généralement exigée dans les concours internes — et qui ne peuvent donc obtenir de l'avancement qu'en participant à des concours publics, l'expérience ne fait pas défaut seulement aux non-citoyens. De nombreux citoyens membres de la fonction publique n'ont pas une grande expérience et, comme l'appelante Bailey, tentent d'obtenir de l'avancement par concours publics, plutôt que concours internes. Cela découle de la décision stratégique de postuler un emploi n'exigeant pas d'expérience au lieu d'en rechercher un qui en exige. Donc, même si je conviens que les possibilités d'avancement de M^{me} Bailey sont moins grandes que celles de ses collègues, je crois que cela est imputable en partie seulement à la préférence fondée sur la citoyenneté et tient aussi à son manque d'expérience. À mon sens, le fait qu'elle puisse prendre part, comme tout citoyen canadien, à la très grande majorité des concours de la fonction publique est un élément encore plus décisif.

Troisièmement, l'alinéa 16(4)c) ne s'applique qu'à l'étape de la présentation dans un concours public. Ainsi, un non-citoyen est admis à soumettre sa candidature en vue de son inscription au

appeal, equally eligible for Public Service employment once referred to the requesting department. This substantially increases their chances of Public Service employment: if the preference applied to non-citizens at the inventory stage, it would amount to an all-out ban given the demand for Public Service jobs among citizens.

65 Finally, Parliament has substantially reduced the burden on non-citizens by permitting them to hold dual citizenship upon naturalizing in Canada. This spares many immigrants the choice between becoming a Canadian citizen (and assuming all of the privileges and responsibilities thereof) and maintaining citizenship in their country of origin. While it does not assist individuals like Bailey and Lavoie, whose countries of origin do not permit dual citizenship, this can hardly be considered the responsibility of the Canadian government. On the contrary, the burden faced by such individuals is a combination of their own countries' legislation and their personal decision to maintain citizenship abroad. Parliament cannot be expected to abandon its citizenship preference in order to lessen this burden, much less to establish a regime that furthers its objective in an entirely different way.

66 Despite these features of s. 16(4)(c), parliamentary committees have twice recommended the repeal of the citizenship preference, and other jurisdictions have enacted arguably less impairing restrictions. Linden J.A. summarized these alternatives, and the jurisdictions that have adopted them, as follows (at para. 206):

First, the preference could be legislated to apply only after a functional analysis of the open position revealed it to be one which was appropriate for non-citizens. This is not unlike the citizenship preference employed in the 50 states of the United States. Similarly, evidence was adduced in this case to explain that New Zealand imposes a citizenship requirement for positions which can be classified as "security positions." Second, the preference could be legislated to apply only after people were eligible for citizenship and chose not to apply for it. This is similar to the citizenship preference as it exists

répertoire de la CFP et, pour les besoins du pourvoi, il est également admissible à un emploi dans la fonction publique quand il est présenté au ministère d'embauche. Cela accroît considérablement ses chances d'emploi dans la fonction publique : si la préférence s'appliquait aux non-citoyens à l'étape de l'établissement du répertoire, il en résulterait une exclusion totale vu le nombre de citoyens qui se portent candidats à l'emploi dans la fonction publique.

Enfin, le législateur a sensiblement réduit le fardeau imposé aux non-citoyens en leur permettant de conserver leur citoyenneté d'origine après leur naturalisation au Canada. Cette mesure évite à de nombreux immigrants d'avoir à choisir entre la citoyenneté canadienne (avec ses privilèges et ses obligations) et leur nationalité d'origine. Ceci n'est d'aucun secours pour les personnes qui, comme M^{mes} Bailey et Lavoie, viennent de pays qui n'autorisent pas la double nationalité, mais on peut difficilement en tenir responsable le gouvernement canadien. Au contraire, le fardeau imposé à ces personnes découle en partie de la législation de leur pays d'origine et en partie de leur décision personnelle de conserver leur citoyenneté étrangère. On ne peut s'attendre à ce que le législateur renonce à la préférence fondée sur la citoyenneté pour alléger ce fardeau, et encore moins à ce qu'il établisse un régime qui favorise la réalisation de son objectif d'une manière totalement différente.

Malgré ces caractéristiques de l'al. 16(4)c), des commissions parlementaires ont recommandé par deux fois l'abrogation de la préférence fondée sur la citoyenneté, et d'autres ressorts ont adopté des restrictions que l'on dit moins attentatoires. Le juge Linden énumère d'autres options et les ressorts qui les ont adoptées (au par. 206) :

D'abord, la loi pourrait prévoir que la préférence ne s'appliquerait que lorsqu'une analyse fonctionnelle révélerait que le poste vacant pourrait très bien être confié à des non-citoyens. Cela ressemble un peu à la préférence qui est accordée aux citoyens dans les 50 États des États-Unis. De même, des éléments de preuve ont été produits en l'espèce pour expliquer que la Nouvelle-Zélande exige la citoyenneté de toute personne occupant un poste en rapport avec la sécurité. Deuxièmement, la loi pourrait prévoir que la préférence ne s'applique qu'aux personnes qui choisissent de ne pas se faire naturaliser alors

in Australia. . . . Third, the citizenship preference could be eliminated in the case of permanent residents, but maintained for non-landed visa holders. . . . Fourth, the citizenship preference could apply as a true affirmative action program — if all other considerations were equal, citizens would be preferred over non-citizens. Finally, the preference could be struck entirely, following which the Commission could rely on subsection 12(3) of the PSEA, which would permit a position to be limited on the basis of a *bona fide* occupational requirement, e.g., a residence requirement to ensure familiarity with the country, and perhaps commitment and loyalty with regards to those positions which require it. [Emphasis added.]

In assessing these alternatives, it is crucial not to lose sight of the objective underlying the legislation; as I stressed in *Thomson Newspapers*, *supra*, the point is not just to look for anything less intrusive, but something that would fulfill the objective less intrusively. In this regard, I am sceptical whether a “political function” test would accomplish the objectives articulated by the respondents in this case. While such a rule would no doubt impair s. 15(1) less than the current rule, in my view it would decrease the incentive to naturalize and erode the value of Canadian citizenship. The notion that certain employment functions enhance Canadian citizenship more than others is not only counterintuitive, but it undermines the ideal of an open and egalitarian Public Service. This was affirmed at trial by Mr. Carson, who noted that such distinctions would fragment the Public Service and subject employees to different rules and regulations. Even assuming this were administratively possible, it would certainly require arbitrary distinctions between different classes of employment. At what point does a position become so “political” that it enhances the value of Canadian citizenship? Perhaps such a point exists; however, I am more inclined to the view that all jobs are worthy of equal respect, and that drawing distinctions based on political function would, in light of Parliament’s stated objectives, implicitly denigrate certain types of work.

qu’elles en ont la possibilité. C’est sous cette forme-là que se présente en Australie la préférence accordée aux citoyens. [. . .] Troisièmement, la préférence fondée sur la citoyenneté pourrait être abolie pour les résidents permanents et conservée pour les étrangers détenteurs d’un visa mais ne possédant pas le droit d’établissement. [. . .] Quatrièmement, la préférence accordée aux citoyens pourrait être considérée comme un véritable programme d’action positive — à mérite égal, la préférence serait accordée aux citoyens. Enfin, la préférence en question pourrait être abolie entièrement, après quoi la Commission pourrait avoir recours au paragraphe 12(3) de la LEFP, afin de fixer, pour tel ou tel poste, une exigence professionnelle réelle et, par exemple, imposer une condition de résidence permettant d’assurer que le candidat connaît bien le pays, ou exiger un certain degré d’engagement et de loyauté pour les postes où cela s’impose. [Je souligne.]

Il est crucial, dans l’évaluation de ces autres options, de ne pas perdre de vue l’objectif de la loi. Je souligne dans *Thomson Newspapers*, précité, qu’il s’agit non pas de chercher n’importe quelle solution moins attentatoire, mais de déterminer quelle solution permettrait d’atteindre l’objectif avec une atteinte moindre. À cet égard, je doute que le critère de la « fonction politique » permette de réaliser les objectifs énoncés par les intimées en l’espèce. Un tel critère serait une atteinte moindre au par. 15(1) que la règle actuelle, mais je crois qu’il réduirait l’incitation à la naturalisation et diminuerait la valeur de la citoyenneté canadienne. L’idée que l’exercice de certaines fonctions valorise davantage la citoyenneté canadienne que d’autres est non seulement contre-intuitive, mais contraire à l’idéal d’une fonction publique ouverte et égalitaire. C’est ce que dit M. Carson dans son témoignage quand il signale que des distinctions de ce type fragmenteraient la fonction publique et soumettraient les employés à des règles différentes. Même en supposant que ce soit administrativement possible, il faudrait certainement établir des distinctions arbitraires entre différentes catégories d’emplois. À quel moment un poste devient-il « politique » au point de valoriser la citoyenneté canadienne? Il est peut-être possible de déterminer un seuil, mais je suis plus enclin à considérer que tous les emplois méritent un respect égal et que l’établissement de distinctions fondées sur la fonction politique, compte tenu des objectifs énoncés par le législateur, déprécierait implicitement certains types d’emploi.

68

Of the remaining alternatives, I am most compelled by the Australian model of referring permanent residents to open competition pending the outcome of their citizenship applications. To the extent permanent residents are committed to Canadian citizenship but nevertheless burdened by citizenship preferences, s. 16(4)(c) of the *PSEA* might be considered overbroad. Indeed, it may be argued that the Australian model increases the incentive to naturalize so that permanent residents can remain in the Public Service after they become eligible for citizenship. That being said, the Australian model presents some obvious administrative difficulties. As noted in the American case of *Mow Sun Wong v. Hampton*, 435 F.Supp. 37 (1977), at pp. 45-46, such a scheme “would be excessively disruptive to the service, in that significant numbers of alien employees would automatically be terminated upon their failure, for one reason or another, to become naturalized”. These difficulties would be especially acute in Canada, where an unsuccessful applicant would technically be entitled to keep her job if there were not sufficiently qualified Canadians; thus, the Commission would presumably have to conduct an open competition every time a probationary employee failed to naturalize. It was for such reasons that the trial judge rejected this alternative, reiterating the importance of deferring to Parliament’s discretion. Moreover, it is not even clear that the Australian model is less impairing than the Canadian one: not only does Australia prohibit dual citizenship, but it creates an all-out restriction on non-citizens who are not seeking or who fail to obtain naturalization. This seems entirely unwelcoming to those permanent residents who do not apply for citizenship, as opposed to the across-the-board preference in effect in Canada. Indeed, the Australian model would have been of no assistance to the appellants Bailey and Lavoie.

Parmi les autres options, celle retenue par l’Australie, qui permet à un résident permanent d’être présenté dans le cadre d’un concours public pendant l’examen de sa demande de citoyenneté, est la plus attrayante. Dans la mesure où un résident permanent qui a demandé la citoyenneté est limité par la préférence fondée sur la citoyenneté, on pourrait penser que l’al. 16(4)c) de la *LEFP* a une portée trop étendue. On peut en effet soutenir que le modèle australien incite davantage les résidents permanents à se faire naturaliser s’ils veulent demeurer dans la fonction publique une fois qu’ils sont devenus admissibles à la citoyenneté. Cependant, le modèle australien comporte des difficultés administratives évidentes. Comme le signale la Cour suprême des États-Unis dans *Mow Sun Wong c. Hampton*, 435 F.Supp. 37 (1977), p. 45-46, l’adoption d’un tel régime [TRADUCTION] « causerait trop de perturbations dans l’administration, puisqu’un grand nombre d’employés étrangers seraient automatiquement congédiés s’ils ne se faisaient pas naturaliser, pour une raison ou une autre ». Ces difficultés seraient particulièrement aiguës au Canada, puisqu’une personne dont la demande serait rejetée pourrait techniquement conserver son emploi s’il n’y avait pas suffisamment de Canadiens qualifiés; on peut donc présumer que la Commission devrait tenir un concours public chaque fois qu’un employé stagiaire ne se ferait pas naturaliser. C’est pour ces raisons que le juge de première instance a écarté cette option en rappelant la déférence due à la discrétion du législateur. Qui plus est, il n’est même pas certain que le modèle australien soit moins attentatoire que le canadien : non seulement l’Australie n’admet pas la double citoyenneté, mais elle prévoit l’exclusion totale du non-citoyen qui ne demande pas la naturalisation ou qui ne réussit pas à l’obtenir. Comparées à la préférence générale appliquée au Canada, ces mesures paraissent très inhospitalières à l’égard des résidents permanents qui ne demandent pas la citoyenneté. En outre, le modèle australien n’aurait été d’aucun secours pour les appelantes Bailey et Lavoie.

69

In the final analysis, there is little doubt that certain individuals fall through the cracks of s. 16(4)(c) of the *PSEA*: those who are committed to naturalization and awaiting final determination of their

En dernière analyse, on peut difficilement douter que certaines personnes sont victimes des failles de l’al. 16(4)c) de la *LEFP* : celles qui ont demandé la naturalisation et qui attendent une

citizenship application; those who are committed to naturalization but have legitimate reasons for maintaining permanent resident status; and, perhaps, those who are otherwise qualified for the Public Service and whose full-time employment would in no way undercut Parliament's objectives. What is less certain, however, is whether a reasonable alternative is available that would fill these cracks in a fair, consistent and principled manner. In this regard, I am struck by the fact that Parliament has repeatedly considered less intrusive ways of furthering its citizenship policy and in some cases has lessened the burden on non-citizens. The most obvious example is in 1961 when Parliament changed the restriction on non-citizens to a preference and thereby departed from the path taken by numerous other countries. This amendment was followed by numerous reviews of the citizenship preference between 1961 and 1985: a 1967 overhaul of the legislative scheme which did not question the value of the preference; a 1974 parliamentary committee which re-examined the preferences in the *PSEA* and recommended the retention of the citizenship preference; a 1979 report by the D'Avignon Committee recommending the extension of the preference to permanent residents; and a 1985 parliamentary committee which recommended, to no avail, that the citizenship preference be eliminated: see *Equality for All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights* (1985); *Toward Equality: The Response to the Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights* (1986). In my view, the fact that Parliament did not adopt the position of the D'Avignon and Equality Rights Committees is not a reason to fail the minimum impairment test; on the contrary, it is evidence that Parliament has conscientiously considered alternatives to s. 16(4)(c) and chosen not to pursue them. The role of this Court is not to order that Parliament should have decided otherwise. This is precisely the type of policy review that is beyond our reach, particularly given the delicate balancing that is required in this area of the law.

réponse finale à leur demande de citoyenneté; celles qui ont demandé la naturalisation, mais qui ont des motifs légitimes de conserver leur statut de résident permanent; et, peut-être, celles qui sont par ailleurs qualifiées pour un emploi dans la fonction publique et dont l'emploi à titre permanent n'irait aucunement à l'encontre des objectifs du législateur. Il est moins certain, toutefois, qu'il existe une option raisonnable qui comblerait ces lacunes d'une manière juste, cohérente et probe. Je suis frappé, à cet égard, par le fait que le législateur a envisagé plusieurs fois des moyens moins attentatoires de promouvoir sa politique de citoyenneté et, dans certains cas, a atténué le fardeau imposé aux non-citoyens. L'exemple le plus patent date de 1961 quand le législateur a remplacé l'exclusion des non-citoyens par une préférence fondée sur la citoyenneté et s'est ainsi démarqué de nombreux pays. Cette préférence a par la suite fait l'objet de nombreux examens de 1961 à 1985 : la refonte de tout le régime en 1967, qui n'a pas remis en cause la valeur de la préférence; la commission parlementaire de 1974 qui a réexaminé les préférences établies par la *LEFP* et a recommandé le maintien de celle fondée sur la citoyenneté; le rapport du comité D'Avignon en 1979 recommandant d'étendre aux résidents permanents la préférence fondée sur la citoyenneté; et le Comité permanent qui a recommandé sans succès en 1985 la suppression de la préférence fondée sur la citoyenneté : voir *Égalité pour tous : Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité* (1985); *Cap sur l'égalité : Réponse au rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité* (1986). À mon avis, le fait que le législateur n'a pas suivi les recommandations du comité D'Avignon et celles des comités sur les droits à l'égalité ne signifie pas l'échec au critère de l'atteinte minimale; au contraire, cela prouve que le législateur a consciencieusement envisagé des options autres que l'al. 16(4)c) et a décidé de ne pas les adopter. Il n'appartient pas à notre Cour de décréter que le législateur aurait dû prendre une autre décision. Il s'agit précisément du genre d'examen de la politique qui échappe à notre pouvoir, étant donné tout particulièrement l'équilibre délicat à réaliser dans ce domaine du droit.

(4) Final Balancing

70

Having passed the minimum impairment stage, the final stage asks whether the infringing effects of s. 16(4)(c) outweigh the importance of the objective sought. This final stage should not, as I pointed out in *Thomson Newspapers, supra*, be conflated with the first three stages. If the first three relate to reasonableness of the legislation itself, the fourth examines the nature of the infringement and asks whether its costs outweigh its benefits. The implication of finding a violation at the fourth stage is that even a minimum level of impairment is too much: the costs to the claimant so outweigh the benefits that no solace can be found in the fact that the legislation violates the *Charter* “as little as reasonably possible”. Moreover, if the costs of the legislation are significant enough, and the legislation only partially achieves its objectives, greater evidence of its benefits may be necessary in order to survive s. 1: see *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889. In *Thomson Newspapers*, I summarized the proper approach as follows, at para. 125:

The third stage of the proportionality analysis provides an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are elucidated in the first and second stages, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*.

On this point, the appellants argue that a preference in open competitions effectively prevents non-citizens from breaking into the Public Service. The reason for this is most positions within the Public Service are filled internally (up to 75-80 percent in a given year), such that giving citizens preferential treatment in open competition effectively denies non-citizens their only opportunity to enter the Public Service. In addition, the citizenship preference is said to preclude non-citizens from valuable promotions once they become employees of the Public Service. The parties acknowledge, of course, that any burden imposed by s. 16(4)(c) is temporally limited for those non-citizens who successfully undergo the naturalization process.

(4) La pondération finale

Après l’atteinte minimale, l’étape finale consiste à décider si les effets attentatoires de l’al. 16(4)c) surpassent en importance l’objectif poursuivi. Comme je le fais remarquer dans *Thomson Newspapers*, précité, ce dernier volet de l’analyse ne doit pas être confondu avec les autres. Si les trois premiers ont trait au caractère raisonnable de la loi comme telle, le quatrième se rapporte à la nature de l’atteinte et vise à déterminer si les coûts l’emportent sur les avantages. Conclure à la quatrième étape à l’existence d’une violation signifie que même une atteinte minimale est trop coûteuse : les coûts pour le demandeur l’emportent tellement sur les avantages qu’on ne peut tirer réconfort du fait que la loi porte atteinte à la *Charte* « aussi peu que raisonnablement possible ». De plus, lorsque les coûts de la loi sont suffisamment importants et que la loi n’atteint que partiellement ses objectifs, une preuve plus soutenue de ses avantages peut être nécessaire pour survivre à l’analyse selon l’article premier : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 889. Dans *Thomson Newspapers*, par. 125, je résume la démarche requise comme ceci :

La troisième étape de l’analyse de la proportionnalité donne l’occasion d’apprécier, à la lumière des détails d’ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*.

À ce chapitre, les appelantes font valoir que la préférence dans les concours publics empêche en fait les non-citoyens d’accéder à la fonction publique. La raison en est que la plupart des postes sont dotés à l’interne (dans une proportion atteignant 75-80 p. 100 dans une année), de sorte que le traitement préférentiel accordé aux citoyens dans les concours publics prive dans les faits les non-citoyens de leur seule possibilité d’entrer dans la fonction publique. En outre, elles prétendent que la préférence fondée sur la citoyenneté empêche les non-citoyens en poste dans la fonction publique d’obtenir des promotions intéressantes. Les parties reconnaissent bien sûr que tout fardeau imposé par l’al. 16(4)c) est limité dans le temps pour les non-citoyens qui demandent et obtiennent la citoyenneté.

In my view, the appellants' argument assumes that lifting the citizenship preference in open competition would substantially increase the employment prospects of non-citizens. However, the fact that most positions are filled internally shows that it is almost as difficult for citizens to enter the Public Service as non-citizens; thus, the latter's disadvantage relative to the former does not appear significant. This is not to deny that some non-citizens would have jobs in the Public Service but for the citizenship preference; however, given the scarcity of Public Service openings and the resultant competitiveness of the positions, I do not think these exceptional cases ground a constitutional violation. With respect to promotions within the Public Service, I acknowledge that non-citizens are at a disadvantage relative to their colleagues when it comes to promotion by open competition. This is essentially the complaint of the appellant Bailey, who was already a member of the Public Service when she applied for various open competitions but was excluded because of her citizenship. However, the record shows that promotion via open competition is a distinct possibility for non-citizens, and indeed that Bailey herself was successful in some cases. Moreover, non-citizens who are members of the Public Service have unfettered access to closed competitions, which are by far the more conventional avenue of Public Service promotion. For these reasons, I have difficulty characterizing the effect of s. 16(4)(c) as a disproportionate and unjustified breach of the *Charter*. Absent greater evidence of the prevalence of this problem, or of the impact on the claimants' career prospects, I do not think the inconvenience they suffered is too high a price to pay for the government's right to define the rights and privileges of its citizens.

VI. Conclusion

Based on the foregoing, I conclude that s. 16(4)(c) is a breach of s. 15(1) of the *Charter* that can be demonstrably justified in a free and democratic society. I acknowledge that the legislation creates differential treatment which, in some cases,

À mon avis, la thèse des appelantes suppose que la suppression de la préférence fondée sur la citoyenneté dans les concours publics augmenterait sensiblement les possibilités d'emploi des non-citoyens. Cependant, comme la plupart des postes sont dotés par concours interne, il est presque aussi difficile pour un citoyen que pour un non-citoyen d'accéder à la fonction publique; ainsi, le désavantage du non-citoyen par rapport au citoyen ne paraît pas important. Je ne nie pas que certains non-citoyens auraient pu obtenir un emploi dans la fonction publique n'eût été la préférence fondée sur la citoyenneté; toutefois, vu la rareté des ouvertures et la concurrence qui en résulte, je ne crois pas que ces cas exceptionnels puissent étayer une allégation d'atteinte à la Constitution. En ce qui concerne les promotions dans la fonction publique, je reconnais qu'un non-citoyen subit un désavantage par rapport à ses collègues lorsqu'il s'agit d'obtenir une promotion par voie de concours public. C'est ce que prétend essentiellement l'appelante Bailey, qui faisait déjà partie de la fonction publique lorsqu'elle s'est présentée à différents concours publics et a été exclue en raison de sa citoyenneté. Cependant, le dossier révèle que l'avancement par voie de concours public constitue une possibilité réelle pour les non-citoyens et même que M^{me} Bailey a postulé avec succès dans certains cas. De plus, les non-citoyens qui sont membres de la fonction publique ont un accès inconditionnel aux concours internes, lesquels constituent de loin le moyen le plus usité d'obtenir de l'avancement dans la fonction publique. Pour ces motifs, j'ai de la difficulté à qualifier l'al. 16(4)(c) d'atteinte disproportionnée et injustifiée à la *Charte*. À défaut de preuve plus soutenue de l'ampleur du problème ou des répercussions sur les perspectives de carrière des appelantes, je ne crois pas que les inconvénients subis représentent un prix trop élevé pour permettre à l'État de définir les droits et les privilèges de ses citoyens.

VI. Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que l'al. 16(4)(c) porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*, mais que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je reconnais que la loi donne lieu à des différences

functions to impair the dignity and freedom of non-citizens. However, I note that the *Charter* permits certain forms of discrimination where they pursue an important objective in a proportionate manner. I would therefore dismiss this appeal with costs in this Court, substantially for the same reasons as *Wetston J. and Desjardins J.A.* I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does paragraph 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33, on its own or in its effect, discriminate against persons on the basis of citizenship by providing a preference to Canadian citizens over non-citizens in open competitions in the federal public service, contrary to section 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

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

Yes.

The following are the reasons delivered by

73 ARBOUR J. — I have read Justice Bastarache's thorough reasons and, although I would also dismiss the appeal, I would do so for different reasons. In my view, s. 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33 ("PSEA"), does not infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. On this record, I cannot conclude that the third branch of the test in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, is met and that the law discriminates.

74 Had I found a breach of s. 15(1) I would have been unable to save it under s. 1, if for no other reason than that I cannot be persuaded that the federal objective of promoting the acquisition of

de traitement qui, dans certains cas, ont pour effet de porter atteinte à la dignité et à la liberté de non-citoyens. Toutefois, je remarque que la *Charte* autorise certaines formes de discrimination lorsqu'elles permettent de réaliser un objectif important de manière proportionnée. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant notre Cour, essentiellement pour les mêmes motifs que les juges *Wetston* et *Desjardins*. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. L'alinéa 16(4)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-33, établit-il, en soi ou dans son application, une discrimination fondée sur la citoyenneté en accordant une préférence aux citoyens canadiens par rapport aux non-citoyens canadiens dans le cadre d'un concours public au sein de la fonction publique fédérale, en contravention du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, cette discrimination constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ARBOUR — J'ai lu les motifs détaillés du juge Bastarache et, bien que j'estime comme lui qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi, je le fais pour des motifs différents. À mon avis, l'alinéa 16(4)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-33 (« LEFP »), ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je ne peux conclure que ce dossier satisfait aux exigences du troisième volet du test de l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, et que la loi est discriminatoire.

Si j'avais constaté une atteinte au par. 15(1), je n'aurais pu la justifier en vertu de l'article premier, ne serait-ce que parce que je ne suis pas convaincue que l'objectif fédéral de promouvoir l'obtention de

citizenship is sufficiently pressing to be pursued by discriminatory means.

I. Section 15(1)

As my colleague Bastarache J. has pointed out, the proper approach to conducting a s. 15(1) analysis was set out by this Court in *Law, supra*. A summary of that approach is already provided in Bastarache J.'s reasons. Nevertheless, it bears repeating (*Law*, at para. 88):

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

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

and

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

Of these three inquiries, the third is undoubtedly, as Bastarache J. suggests, at para. 38, "the most challenging". It is also this third inquiry that has traditionally received the least amount of attention from the courts, and upon which this Court in particular has only recently begun to provide guidance. We would do well, then, to remind ourselves of the exact purpose and function of this third branch of the *Law* test.

At the heart of the third *Law* inquiry is the recognition that not all distinctions resulting in

la citoyenneté est suffisamment urgent pour justifier le recours à des moyens discriminatoires.

I. Le paragraphe 15(1)

Comme le note mon collègue le juge Bastarache, la façon appropriée de procéder à l'analyse selon le par. 15(1) est énoncée par la Cour dans *Law*. Il résume cette démarche dans ses motifs, mais il y a lieu de la citer de nouveau (*Law*, par. 88) :

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

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

et

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

De ces trois questions, la troisième est incontestablement « la plus difficile » comme le mentionne le juge Bastarache (par. 38). C'est aussi celle qui a traditionnellement reçu le moins d'attention des tribunaux, et celle pour laquelle notre Cour en particulier n'a que récemment commencé à établir des directives. Il y a donc lieu de nous remémorer l'objet et la fonction exacts de ce troisième volet du test de l'arrêt *Law*.

Au cœur de la troisième question de *Law* se trouve la reconnaissance du fait que les distinctions

differential treatment at law can properly be said to violate equality rights under s. 15(1) of the *Charter*. This proposition finds support in a number of judgments of this Court going back at least as far as *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 168-69:

It is not every distinction or differentiation in treatment at law which will transgress the equality guarantees of s. 15 of the *Charter*. It is, of course, obvious that legislatures may — and to govern effectively — must treat different individuals and groups in different ways. . . . The classifying of individuals and groups, the making of different provisions respecting such groups, the application of different rules, regulations, requirements and qualifications to different persons is necessary for the governance of modern society.

These reflections, as McIntyre J. noted in that case, immediately give rise to the following question: “What kinds of distinctions will be acceptable under s. 15(1) and what kinds will violate its provisions?” (p. 169).

77 This Court has consistently answered that question in the following manner: those and only those distinctions that are (a) based on enumerated or analogous grounds, and (b) discriminatory, will violate the equality guarantee in s. 15(1) of the *Charter*. Hence the three broad inquiries that were set out in *Law*.

78 It cannot be overemphasized that the third *Law* inquiry, requiring an investigation into whether a legal distinction made on enumerated or analogous grounds is discriminatory, is as vital to determining the presence of a s. 15(1) violation as are the other two. Thus, it is important to be clear about precisely what is entailed by such an investigation.

79 In *Law*, this Court stated in unequivocal terms that the appropriate perspective from which to analyse a claim of discrimination has both a subjective and an objective component (at para. 59):

As applied in practice in several of this Court’s equality decisions, . . . the focus of the discrimination inquiry is both subjective and objective: subjective in so far as the right to equal treatment is an individual right, asserted by a specific claimant with particular traits and circumstances; and objective in so far as it is possible to

donnant lieu à une différence de traitement devant la loi ne portent pas toutes atteinte à l’égalité garantie au par. 15(1) de la *Charte*. Cette proposition est appuyée par plusieurs arrêts de la Cour remontant au moins aussi loin que *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 168-169 :

Ce ne sont pas toutes les distinctions ou différences de traitement devant la loi qui portent atteinte aux garanties d’égalité de l’art. 15 de la *Charte*. Il est certes évident que les législatures peuvent et, pour gouverner efficacement, doivent traiter des individus ou des groupes différents de façons différentes. [. . .] La classification des individus et des groupes, la rédaction de différentes dispositions concernant de tels groupes, l’application de règles, de règlements, d’exigences et de qualifications différents à des personnes différentes sont nécessaires pour gouverner la société moderne.

Ces réflexions, comme le note le juge McIntyre dans cette affaire, conduisent immédiatement à la question suivante : « Quelles seront les distinctions acceptables en vertu du par. 15(1) et quelles seront celles qui violeront ses dispositions? » (p. 169).

Notre Cour a invariablement répondu que seules les distinctions qui sont a) fondées sur des motifs énumérés ou analogues et b) qui sont discriminatoires violent la garantie d’égalité du par. 15(1) de la *Charte*. D’où les trois grandes questions de l’arrêt *Law*.

On ne peut trop souligner que la troisième question de l’arrêt *Law*, obligeant à se demander si une distinction légale fondée sur un motif énuméré ou analogue est discriminatoire, est aussi vitale que les deux autres pour déterminer la présence d’une atteinte au par. 15(1). Il importe donc de déterminer clairement ce que cela implique.

Dans *Law*, la Cour dit sans équivoque que le point de vue approprié pour l’analyse d’une allégation de discrimination comporte une partie subjective et une partie objective (au par. 59) :

Comme cela a été appliqué en pratique à l’occasion de plusieurs arrêts de notre Cour en matière d’égalité [. . .] le point central de l’analyse relative à la discrimination est à la fois subjectif et objectif : subjectif dans la mesure où le droit à l’égalité de traitement est un droit individuel, invoqué par un demandeur particulier ayant des

determine whether the individual claimant's equality rights have been infringed only by considering the larger context of the legislation in question, and society's past and present treatment of the claimant and of other persons or groups with similar characteristics or circumstances. The objective component means that it is not sufficient, in order to ground a s. 15(1) claim, for a claimant simply to assert, without more, that his or her dignity has been adversely affected by a law.

Iacobucci J. went on to say, "the relevant point of view is that of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the claimant" (para. 60). For clarity, he added that "the appropriate perspective is not solely that of a 'reasonable person' — a perspective which could, through misapplication, serve as a vehicle for the imposition of community prejudices. The appropriate perspective is subjective-objective" (para. 61).

I do not see how these authoritative statements can be squared with Bastarache J.'s suggestion, in the case at bar, that the discrimination inquiry "is to be assessed from the perspective of the claimant" (para. 38) and that "[e]ven if the non-citizen knows the preference has nothing to do with her capabilities — as most reasonable people would — she may still feel 'less . . . worthy of recognition . . . as a member of Canadian society'" (para. 46). It is this aspect of human dignity which is most relevant to this appeal. In my view, the latter comments have the effect of reading out the requirement of an objective component in the analysis of claims of discrimination. To do so would be to allow, contrary to the dictum in *Law*, that it is after all sufficient, in order to ground a s. 15(1) claim, for a claimant simply to assert without more that his or her dignity has been adversely affected by a law.

There are strong reasons for resisting this result. To begin with, we cannot accede to it without doing irrevocable damage to the *Law* methodology for assessing equality claims under the *Charter*. The third inquiry set out in *Law* would be rendered vacuous were we to resort to a purely subjective

caractéristiques et une situation propres; et objectif dans la mesure où on peut déterminer s'il y a eu atteinte aux droits à l'égalité du demandeur simplement en examinant le contexte global des dispositions en question et le traitement passé et actuel accordé par la société au demandeur et aux autres personnes ou groupes partageant des caractéristiques ou une situation semblables. La partie objective signifie que, pour fonder une allégation formulée en vertu du par. 15(1), le demandeur ne peut se contenter de prétendre que sa dignité a souffert en raison d'une loi sans étayer davantage cette prétention.

Le juge Iacobucci ajoute que « le point de vue pertinent est celui de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur » (par. 60). Il explique ensuite que « la perspective appropriée n'est pas seulement celle de la "personne raisonnable" — une perspective qui, mal appliquée, pourrait servir à véhiculer les préjugés de la collectivité. La perspective appropriée est subjective-objective » (par. 61).

Je ne vois pas comment ces énoncés sont compatibles avec l'observation du juge Bastarache en l'espèce que la question de la discrimination « doit être examinée du point de vue du demandeur » (par. 38) et que « [m]ême si le non-citoyen sait que la préférence n'a rien à voir avec ses capacités personnelles — comme le comprendraient la plupart des personnes raisonnables — il peut néanmoins se sentir "moins digne d'être reconnu [. . .] en tant [. . .] que membre de la société canadienne" » (par. 46). Il s'agit de l'aspect de la dignité humaine qui est le plus pertinent dans le cadre du présent pourvoi. À mon avis, ces derniers commentaires ont pour effet d'exclure la partie objective de l'analyse des allégations de discrimination. Cela reviendrait à admettre, contrairement à ce que dit l'arrêt *Law*, qu'il suffit après tout, pour étayer une allégation en vertu du par. 15(1), que le demandeur affirme, sans plus, que sa dignité a souffert en raison d'une loi.

D'importantes raisons militent contre ce résultat. D'abord, nous ne pouvons l'accepter sans porter un tort irrévocable à la méthode adoptée dans *Law* pour l'appréciation des revendications d'égalité fondées sur la *Charte*. La troisième question de *Law* perdrait tout son sens si nous adoptions une perspective

perspective in analysing claims of discrimination. Indeed, if the claimant's own subjective experience of discrimination were all that mattered, we might legitimately take the fact that he or she had launched a s. 15(1) *Charter* challenge, by itself, as sufficient evidence that the claimant felt his or her dignity had been adversely affected by a law. The discrimination inquiry would thus be trivially satisfied in every case before the courts, shifting the entire analytical burden in assessing equality claims under s. 15(1) to the first two inquiries set out in *Law*.

82 This in turn would be tantamount to adopting an approach to equality jurisprudence that was expressly repudiated by this Court in *Andrews*. If nothing else, *Andrews* stands for the proposition that a straight line should not be drawn from the finding of a distinction — even one made on enumerated or analogous grounds — to a determination of its validity under s. 1 of the *Charter*. Referring approvingly to comments made by McLachlin J.A. (as she then was) in the court below, McIntyre J. noted in that case that “the labelling of every legislative distinction as an infringement of s. 15(1) trivializes the fundamental rights guaranteed by the *Charter* . . .” (p. 181). In my view, the same holds true even when the distinction in question is made on enumerated or analogous grounds.

83 In saying this, I do not mean to deny that there may in fact be certain legislative distinctions, such as those made on the basis of race, that can be labelled infringements of s. 15(1) without the need for a detailed investigation into whether or not they are discriminatory. Even allowing that there are such distinctions, we must not conclude that the discrimination inquiry is unnecessary and that it is sufficient, in order to establish a s. 15(1) violation, to demonstrate that a distinction has been made on enumerated or analogous grounds. Rather the labelling of such distinctions as s. 15(1) violations without the need for conducting a detailed discrimination inquiry is, as it were, the exception that proves the rule. There are some distinctions made on certain enumerated or analogous grounds — I refer again to those made on the basis of race as an obvi-

purement subjective pour analyser les allégations de discrimination. En fait, si seule importait l'expérience subjective de discrimination du demandeur, nous pourrions légitimement considérer que le fait d'avoir engagé une contestation fondée sur le par. 15(1) de la *Charte* est une preuve suffisante en soi que le demandeur s'est senti atteint dans sa dignité par une loi. La question de la discrimination deviendrait une question triviale devant les tribunaux, et tout le fardeau analytique de l'appréciation des allégations de discrimination en vertu du par. 15(1) serait reporté sur les deux premières questions formulées dans l'arrêt *Law*.

Cela reviendrait alors à adopter une approche de la jurisprudence sur l'égalité qui est expressément repudiée par la Cour dans *Andrews*. Pour le moins, l'arrêt *Andrews* étaye l'affirmation selon laquelle on ne devrait pas passer directement de la constatation d'une distinction — même fondée sur un motif énuméré ou analogue — à la détermination de sa validité en vertu de l'article premier de la *Charte*. En citant et en approuvant des commentaires faits par le juge McLachlin (alors juge à la Cour d'appel), le juge McIntyre note dans cette affaire que « qualifier chaque distinction législative de violation du par. 15(1) a pour effet de banaliser les droits fondamentaux garantis par la *Charte* » (p. 181). À mon avis, c'est tout aussi vrai lorsque la distinction en cause est fondée sur des motifs énumérés ou analogues.

En disant cela, je ne nie pas que certaines distinctions créées par la loi, fondées par exemple sur la race, pourraient en fait être qualifiées d'atteintes au par. 15(1) sans qu'il soit nécessaire d'examiner de façon détaillée si elles sont discriminatoires ou non. Même si des distinctions de cette nature peuvent exister, nous ne devons pas conclure que l'analyse relative à la discrimination est inutile, et qu'il suffit, pour établir l'atteinte au par. 15(1), de démontrer qu'une distinction est basée sur des motifs énumérés ou analogues. En réalité, la caractérisation des distinctions de ce type comme atteintes au par. 15(1) sans examen détaillé de la discrimination serait plutôt l'exception qui confirme la règle. Il y a des distinctions fondées sur certains motifs énumérés ou analogues — je prends encore la race comme exemple évident — qu'une personne raisonnable ne

ous example — which a reasonable person could not but view as presumptively, if not unavoidably, discriminatory. The discrimination inquiry may get short-circuited where these kinds of distinctions are at issue, not because it is unnecessary or unimportant but because its outcome will seem all too readily apparent.

In most cases, however, the mere presence of a distinction made on enumerated or analogous grounds should not, in the absence of a detailed discrimination inquiry, determine the existence of an infringement under s. 15(1). An approach to equality jurisprudence that gives insufficient attention to the discrimination inquiry, as McIntyre J. observed in *Andrews*, “virtually denies any role for s. 15(1)” (p. 181). The following remarks, quoted by McIntyre J. from the judgment of Hugessen J.A. in *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359 (C.A.), at pp. 367-68, illustrate what he meant by this (*Andrews, supra*, at p. 180):

The rights which it [s. 15] guarantees are not based on any concept of strict, numerical equality amongst all human beings. If they were, virtually all legislation, whose function it is, after all, to define, distinguish and make categories, would be in *prima facie* breach of section 15 and would require justification under section 1. This would be to turn the exception into the rule. Since courts would be obliged to look for and find section 1 justification for most legislation, the alternative being anarchy, there is a real risk of paradox: the broader the reach given to section 15 the more likely it is that it will be deprived of any real content.

The reasons of my colleague Bastarache J. in the case at bar provide a striking example of this paradox.

Having moved quickly from a finding that s. 16(4)(c) of the *PSEA* makes a distinction on an enumerated or analogous ground to the conclusion that the claimants’ s. 15(1) rights were violated on the basis they felt subjectively discriminated against, Bastarache J. proceeds to find that the violation is justified under s. 1. For myself, I cannot accept that the violation of so sacrosanct a right as the guarantee of equality is justified where the government is pur-

pourrait faire autrement que de considérer comme présomptivement, si ce n’est inévitablement, discriminatoires. L’analyse de la discrimination peut être court-circuitée pour ce type de distinctions, non pas parce qu’elle est inutile et sans importance, mais parce que son résultat ne semble que trop évident.

Dans la plupart des cas, toutefois, la simple présence d’une distinction fondée sur des motifs énumérés ou analogues ne devrait pas, sans analyse détaillée de la discrimination, déterminer l’existence d’une atteinte au sens du par. 15(1). Selon le juge McIntyre dans *Andrews*, une approche de la jurisprudence sur l’égalité qui n’accorde pas suffisamment d’attention à l’analyse de la discrimination « n’accorde pratiquement aucun rôle au par. 15(1) » (p. 181). Le juge McIntyre cite dans *Andrews*, p. 180, les remarques suivantes du juge Hugessen dans *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359 (C.A.), p. 367-368, qui illustrent bien ce qu’il veut dire :

Les droits qu’il [l’art. 15] garantit ne sont pas fondés sur le concept d’égalité numérique stricte entre tous les êtres humains. Si c’était le cas, pratiquement tous les textes législatifs, dont la fonction est, après tout, de définir, de distinguer et d’établir des catégories, à première vue porteraient atteinte à l’article 15 et devraient être justifiés aux termes de l’article premier. L’exception deviendrait la règle. Étant donné que les tribunaux seraient obligés de chercher et de trouver une justification fondée sur l’article premier pour la plupart des textes législatifs, l’autre choix étant l’anarchie, il existe un risque réel de paradoxe : plus grande sera la portée de l’article 15 plus il sera susceptible d’être privé de tout contenu réel.

Les motifs du juge Bastarache en l’espèce offrent un exemple frappant de ce paradoxe.

Étant passé rapidement de la constatation que l’al. 16(4)c de la *LEFP* établit une distinction sur un motif énuméré ou analogue à la conclusion qu’il y a eu atteinte aux droits des appelantes en vertu du par. 15(1) parce qu’elles se sont senties subjectivement victimes de discrimination, le juge Bastarache poursuit en concluant que l’atteinte est justifiée en vertu de l’article premier. Pour ma part, je ne puis accepter que la violation d’un droit aussi sacré que

84

85

suing an objective as abstract and general as the promotion of naturalization. To find that this objective is sufficiently pressing and substantial to be pursued by discriminatory means would, I believe, leave scarcely any legitimate state objective seriously constrained by the constitutional fetter of equality. Nor can I be persuaded that a law that supposedly undermines the essential human dignity of the claimants, and is therefore considered sufficiently egregious to fail s. 15(1) scrutiny, is also properly characterized for the purposes of a s. 1 analysis as nothing more than an “inconvenience”, the price the claimants must “pay for the government’s right to define the rights and privileges of its citizens” (para. 71).

le droit à l’égalité soit justifiée lorsque le gouvernement poursuit un objectif aussi abstrait et général que la promotion de la naturalisation. Conclure que cet objectif est suffisamment urgent et réel pour être poursuivi par des moyens discriminatoires aurait pour effet, selon moi, d’affranchir pratiquement tout objectif légitime de l’État de l’entrave constitutionnelle de l’égalité. Je ne suis pas non plus convaincue qu’une loi que l’on dit enfreindre la dignité humaine essentielle des appelantes, et qui est par conséquent considérée comme suffisamment outrageante pour ne pas satisfaire à l’examen en vertu du par. 15(1), peut aussi être décrite pour les besoins de l’article premier comme étant au plus un « inconvénient », le prix que les demandeurs doivent payer pour que l’État puisse définir les droits et les privilèges de ses citoyens (par. 71).

86

We must be careful, in our understandable eagerness to extend equality rights as widely as possible, to avoid stripping those rights of any meaningful content. Lack of care can only result in the creation of an equality guarantee that is far-reaching but wafer-thin, an expansive but insubstantial shield with which to fend off state incursions on our dignity and freedom. This of course is precisely the paradox that so exercised this Court in *Andrews*. It is a paradox that will prove inescapable if we are too quick to find s. 15(1) violations on the basis of a discrimination inquiry devoid of real content. For we shall then be forced in almost every case to turn to a justificatory analysis under s. 1 which, although suitably rigorous in other contexts, will inevitably become diluted in the s. 15(1) context. The *Oakes* test was not designed to bear the considerable strain of salvaging under s. 1 a plethora of laws that would otherwise offend a s. 15(1) analysis essentially lacking consideration for the existence of objectively discernible discrimination. Yet this is exactly what s. 1 is asked to do, on pain of unravelling the legislative process, when s. 15(1) infringements are too easily found. In response, courts are forced to engage in a s. 1 analysis that pays an undue amount of deference to the legislatures, both in the objectives they choose to pursue and in the means they adopt in pursuing them. For it is only by continually loosening the strictures imposed under the test that s. 1 can discharge the

Dans notre empressement tout naturel à étendre le plus largement possible les droits à l’égalité, nous devons veiller à éviter de dépouiller ces droits de tout contenu significatif. Le manque de vigilance ne peut qu’entraîner la création d’une garantie d’égalité de vaste étendue, mais superficielle, un bouclier large mais trop mince pour repousser les incursions de l’État dans notre dignité et notre liberté. C’est précisément le paradoxe qui préoccupait la Cour dans *Andrews*. C’est un paradoxe qui deviendra inéluctable si nous sommes trop pressés à conclure à des atteintes au par. 15(1) sur la base d’analyses sans profondeur de la discrimination. En effet, il nous faudra alors, dans presque tous les cas, recourir à une analyse de justification sous le régime de l’article premier qui, tout en restant dûment rigoureuse dans d’autres contextes, se diluera inévitablement dans le contexte du par. 15(1). Le test de l’arrêt *Oakes* n’a pas été conçu pour une énorme tâche de sauvetage, en vertu de l’article premier, d’une pléthore de lois jugées contrevenir au par. 15(1) au terme d’une analyse excluant essentiellement la considération de l’existence d’une discrimination objectivement discernable. Et pourtant, c’est exactement ce qu’on fait faire à l’article premier, sous peine de réduire en miettes le processus législatif, lorsqu’on conclut trop facilement à l’existence d’atteintes à l’art. 15. Les tribunaux sont alors obligés de procéder, dans le cadre de l’article premier, à une analyse empreinte d’une

onerous burden that it has been placed under. The problem is that in thus discharging its burden s. 1 effectively denudes the equality rights guaranteed under s. 15(1) of their meaning and content while paying lip service to a broad and generous concept of equality.

It would in my opinion be preferable, from the perspectives of analytical integrity, justificatory force and fidelity to this Court's prior equality jurisprudence, to avoid this paradox altogether. This can only be accomplished by allowing the third branch of the *Law* test — the discrimination inquiry — to do the kind of sorting that it was intended to do. Again, not all distinctions made on enumerated or analogous grounds constitute infringements of s. 15(1) of the *Charter*. We cannot do justice to this basic fact without recognizing that the proper perspective from which to analyse a claim of discrimination is not the claimant's perspective alone. Rather, as was stated by this Court in *Law*, "the relevant point of view is that of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the claimant" (para. 60).

An appropriate emphasis on the objective component in the discrimination analysis, in addition to the subjective component, makes sense of the concept of equality rights in a way that an exclusive focus on the subjective component in the analysis cannot. Where conducting the discrimination analysis from the perspective of the claimant alone allows the fair terms of interaction between the individual and the state — the boundaries of individual rights — to be unilaterally determined by the claimant, attention to the objective component in the analysis recognizes the essentially bilateral character of rights. In the end a rights claim is nothing other than a legally binding demand for recognition of, and respect for, one's interests on the part of others. As a result it cannot avoid engaging the interests of those others.

trop grande déférence envers le législateur, à l'égard à la fois des objectifs qu'il choisit de poursuivre et des moyens qu'il emploie à cette fin. En effet, ce n'est qu'en assouplissant continuellement les contraintes du test de l'arrêt *Oakes* que l'article premier peut alors s'acquitter de la lourde tâche qui lui est imposée. Le problème est que, ce faisant, l'article premier dépouille effectivement les droits à l'égalité garantis au par. 15(1) de leur sens et de leur contenu tout en proclamant un attachement de pure forme à une vaste et généreuse notion d'égalité.

J'estime qu'il serait préférable sur les plans de l'intégrité analytique, de la valeur justificative et de la fidélité à la jurisprudence antérieure de la Cour en matière d'égalité, d'éviter complètement ce paradoxe. Cela ne peut se faire qu'en permettant au troisième volet du test de l'arrêt *Law* — l'analyse de la discrimination — d'effectuer le type de filtrage pour lequel il a été conçu. Encore une fois, les distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues ne sont pas toutes des atteintes au par. 15(1) de la *Charte*. Nous ne pouvons accorder à ce fait essentiel sa juste valeur sans reconnaître que le point de vue du demandeur n'est pas la seule perspective appropriée pour analyser une allégation de discrimination. Comme le dit la Cour dans *Law*, « le point de vue pertinent est celui de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur » (par. 60).

En mettant l'accent voulu sur la partie objective de l'analyse de la discrimination, en plus de la partie subjective, on donne un sens à la notion de droits à l'égalité que ne peut lui donner une analyse exclusivement axée sur la partie subjective. Une analyse de la discrimination faite uniquement dans la perspective du demandeur permet à ce dernier de déterminer unilatéralement les modalités équitables d'interaction entre le particulier et l'État — les limites des droits individuels — alors que la partie objective de l'analyse reconnaît le caractère essentiellement bilatéral des droits. En fin de compte, l'allégation d'un droit n'est rien d'autre que la demande que le droit revendiqué soit juridiquement reconnu et respecté par autrui. Son résultat inévitable est d'engager les droits d'autrui. En effet, si les autres sont tenus de

87

88

For if others are to be duty-bound to respect one's rights, fairness requires that they be given some say, that their own interests be taken account of, in determining those rights.

89 It is of course trite to point out that one's rights end where those of others begin. Nevertheless it is a truth that we should endeavour to keep constantly before our minds. The objective component in the discrimination analysis gives voice to this truth by allowing equality rights to be determined inter-subjectively, with proper regard for the interests of both the individual claimant and the state, rather than subjectively, paying attention only to the interests and feelings of the claimant. No doubt this is part of what Iacobucci J. had in mind when he stated in *Law, supra*, at para. 59, that the discrimination analysis is "objective in so far as it is possible to determine whether the individual claimant's equality rights have been infringed only by considering the larger context of the legislation in question . . ." and that "[t]he objective component [in the analysis] means that it is not sufficient, in order to ground a s. 15(1) claim, for a claimant simply to assert, without more, that his or her dignity has been adversely affected by a law."

90 We should be explicit about the impact that a general implementation of this reading of s. 15(1) of the *Charter* will have on the future course of equality jurisprudence. Admittedly, this understanding of the *Law* test has the effect of narrowing the range of successful *Charter* challenges that could be made under s. 15(1). Once the subjective-objective perspective is properly applied as a necessary condition for making a finding of discrimination, it becomes more difficult to establish that one's equality rights have been infringed. Yet I think that it also becomes more difficult, having made a finding of discrimination, to establish that the resulting s. 15(1) violation can be justified.

91 Under this approach equality rights, once found, will not be at the mercy of a s. 1 analysis that would otherwise, of necessity, be too deferential to the legislative process and hence too heedless of the

respecter les droits d'une personne, l'équité exige qu'ils aient leur mot à dire, qu'ils puissent faire valoir leurs propres intérêts, dans la détermination de ces droits.

Il est bien sûr élémentaire de souligner que les droits de chacun se terminent là où commencent ceux des autres. Néanmoins, c'est une vérité que nous devrions avoir constamment à l'esprit. La partie objective de l'analyse de la discrimination traduit cette vérité en permettant que les droits à l'égalité soient déterminés de façon inter-subjective, dans le respect voulu des intérêts de la personne et de l'État, plutôt que de façon subjective, en relation uniquement des seuls intérêts et sentiments du demandeur. C'est certainement en partie à cela que le juge Iacobucci fait allusion lorsqu'il dit, dans *Law*, par. 59, que le point central de l'analyse de la discrimination est « objectif dans la mesure où on peut déterminer s'il y a eu atteinte aux droits à l'égalité du demandeur simplement en examinant le contexte global des dispositions en question . . . » et que « [l]a partie objective [de l'analyse] signifie que, pour fonder une allégation formulée en vertu du par. 15(1), le demandeur ne peut se contenter de prétendre que sa dignité a souffert en raison d'une loi sans étayer davantage cette prétention. »

Nous devrions expliquer clairement l'effet qu'une application généralisée de cette interprétation du par. 15(1) de la *Charte* aura sur le développement de la jurisprudence en matière d'égalité. Il faut admettre que cette interprétation du test de l'arrêt *Law* a pour effet de réduire les possibilités de succès de contestations fondées sur le par. 15(1) de la *Charte*. Lorsque la perspective subjective-objective est correctement appliquée comme condition nécessaire à la constatation de la discrimination, il devient plus difficile d'établir l'atteinte à des droits à l'égalité. En revanche, je pense qu'il devient aussi plus difficile, après constatation d'une discrimination, d'établir que l'atteinte au par. 15(1) peut être justifiée.

Selon cette méthode, une fois constatés, les droits à l'égalité ne sont plus à la merci d'une analyse selon l'article premier qui, par nécessité, exigerait une trop grande déférence envers le pro-

importance of s. 15(1) rights. Freed of the need to guard the integrity of the legislative process against too-easy findings of s. 15(1) infringements, the justificatory analysis under s. 1 will then be conducted with the uncompromising rigour that I believe it was intended to have. No longer will keeping the legislatures functional necessitate tolerating violations of *Charter* rights, the embodiments of our freedom and of this society's most cherished values, in favour of less valued state objectives such as the one at issue in this case. Without wanting to decide the question in advance, the class of state objectives which might then qualify as sufficiently pressing and substantial to limit equality rights under s. 1 may become restricted to only those that are most important: perhaps the need to protect the *Charter* rights of others; or more generally, the need for laws that advance the values underlying the *Charter*, conceived of as a coherent document expressing our highest values and the supreme law of this country. Ultimately, then, this reading of s. 15(1) entails an ideological preference for spreading equality rights somewhat less broadly but with much greater substance. I believe that this is what is required in order to properly situate the debate on the limits of constitutional guarantees.

It may seem that this approach to s. 15(1) blurs the distinction between the kinds of considerations that are appropriate under that section and the kinds of considerations that are appropriate under s. 1. I confess that there appears to be considerable overlap between the two, but a number of points should be made in this regard. To begin with, the overlap is to some extent merely a function of the fact that we are dealing here with a section that contains its own internal limitation (as opposed to the external limitation imposed under s. 1): specifically, its differentiation between legislative distinctions and discrimination. Similar problems in defining the precise contours of the relationship between a rights-granting provision of the *Charter* and s. 1 have been faced by this Court in the past when dealing with the internal limitation in s. 7, to take one example among many.

cessus législatif et serait donc moins respectueuse de l'importance des droits garantis au par. 15(1). Libérée de la nécessité de préserver l'intégrité du processus législatif contre des constatations trop faciles d'atteintes au par. 15(1), l'analyse de la justification selon l'article premier pourrait alors être faite avec la rigueur intransigeante pour laquelle elle a été conçue à mon avis. Il ne sera plus nécessaire, pour préserver le bon fonctionnement des législatures, de tolérer des atteintes aux droits protégés par la *Charte*, qui incarnent notre liberté et les valeurs les plus chères de notre société, en faveur d'objectifs de l'État moins valorisés comme celui en cause ici. Sans vouloir trancher d'avance la question, la catégorie d'objectifs de l'État qui pourraient alors être reconnus comme suffisamment urgents et réels pour restreindre des droits à l'égalité en vertu de l'article premier pourrait se limiter aux plus importants : peut-être la nécessité de protéger les droits garantis à autrui par la *Charte* ou, de façon plus générale, la nécessité de lois appuyant les valeurs qui soutiennent la *Charte* qui a été conçue comme un document cohérent exprimant nos valeurs les plus élevées et la loi suprême du pays. En fin de compte, cette interprétation du par. 15(1) traduit une préférence idéologique pour une distribution moins vaste mais beaucoup plus substantielle des droits à l'égalité. Je crois que c'est ce qu'il faut pour situer correctement le débat sur les limites des garanties constitutionnelles.

Cette approche du par. 15(1) peut paraître estomper la distinction entre le type de considérations qui sont appropriées sous son régime et celles qui le sont pour l'article premier. Je reconnais qu'il semble y avoir un recoupement considérable entre les deux, mais certaines précisions s'imposent à cet égard. D'abord, le recoupement est fonction jusqu'à un certain point, du fait que nous parlons d'un article qui comporte sa propre restriction interne (par opposition à la restriction externe imposée par l'article premier) : plus précisément, la différenciation entre distinctions législatives et discrimination. Notre Cour a dû résoudre des problèmes similaires lorsqu'elle a été appelée à définir les délimitations précises d'une disposition de la *Charte* qui confère des droits et de l'article premier, dans le cas par exemple de la restriction interne de l'art. 7.

93

I do not think that these problems are insurmountable. Nor should we assume that their resolution will be identical in the case of all internally qualified rights-granting provisions. Thus, while in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 518, Lamer J., as he then was, indicated that a limit to a right under s. 7 effected through a violation of the principles of fundamental justice could be sustained under s. 1 “only in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics, and the like”, thereby leaving virtually no role for s. 1 in the context of defining rights under s. 7, it does not follow that s. 1 would have to be accorded a similarly negligible role in the face of a s. 15(1) violation. The exact nature of the interaction between the two constitutional provisions should in my view be left to an incremental development of the case law.

94

In any event, I do not believe that analytical convenience should lead us to make perfunctory findings of s. 15(1) violations as a mere prelude to the justificatory analysis under s. 1. Apart from concerns relating to the burden of proof, which rests on the claimant under s. 15(1) but on the state under s. 1, there is little practical difference from the perspective of the claimant between a finding of no discrimination and one of justified discrimination. But there is considerable difference between the two from the perspective of jurisprudential integrity, for reasons that I have already set out.

95

As regards the burden of proof, although I do not think it necessary to resolve all of the concerns it may raise at this point, I believe that accommodations could easily be made. For instance, I see no reason why these concerns could not be dealt with simply by recognizing that in some cases it will be reasonable for the court to infer discrimination on the basis of the circumstances themselves as well as evidence put forth by the claimant in respect of his or her own subjective experience of discrimina-

Je ne pense pas que ces problèmes soient insurmontables. Nous ne devrions pas non plus supposer que leur résolution sera identique dans le cas de toutes les dispositions qui confèrent des droits et qui comportent des restrictions internes. En effet, même si dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 518, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) indique qu’une limite à un droit garanti à l’art. 7 qui serait contraire aux principes de la justice fondamentale pourrait être maintenue en vertu de l’article premier, « mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d’hostilités, les épidémies et ainsi de suite », ne laissant ainsi pratiquement aucun rôle pour l’article premier dans le contexte de la définition des droits en vertu de l’art. 7, cela ne veut pas dire que l’article premier doit n’avoir qu’un rôle aussi négligeable dans le contexte d’une atteinte au par. 15(1). La nature exacte de l’interaction entre les deux dispositions constitutionnelles devrait selon moi être élaborée progressivement par la jurisprudence.

Quoi qu’il en soit, je ne crois pas que la commodité analytique autorise des constatations superficielles d’atteintes au par. 15(1) comme simple prélude à une analyse de justification selon l’article premier. À l’exception de considérations de fardeau de preuve, lequel incombe au demandeur en vertu du par. 15(1) et à l’État en vertu de l’article premier, il y a peu de différence pratique du point de vue du demandeur entre une conclusion d’absence de discrimination et une conclusion de discrimination justifiée. Mais il y a une différence considérable entre les deux du point de vue de l’intégrité jurisprudentielle, pour les raisons que j’ai déjà exposées.

En ce qui a trait au fardeau de preuve, même si je ne crois pas qu’il soit nécessaire de résoudre toutes les préoccupations qu’il peut susciter à ce stade, je crois qu’on peut facilement trouver des accommodements. Par exemple, je ne vois pas pourquoi on ne pourrait répondre à ces préoccupations en reconnaissant simplement que, dans certains cas, il sera raisonnable d’inférer judiciairement la discrimination sur la base des circonstances elles-mêmes ainsi que de la preuve du

tion. Should the circumstances warrant the drawing of such an inference, this will accrue to the claimant's benefit. Whether that will be sufficient for the claimant to succeed in his or her claim will then depend on the evidence relating to the existence of objective discrimination tendered by the state in order to negate this inference. If the state produces sufficient evidence to suggest that there is no objectively discernable discrimination, this will tend to neutralize any inference drawn on the basis of the circumstances and the claimant's own subjective testimony. If the state chooses not to lead such evidence, it will be taking the chance that a s. 15(1) violation will be made out on the strength of a validly drawn inference. In other words, if need be, we could effect a partial shift in the evidential burden (as opposed to the legal burden) under s. 15(1) to the state in order to address concerns over the burden of proof, recognizing that each party is differently situated for the purposes of leading evidence that is relevant to the different components of the discrimination analysis.

These matters aside, I turn now to an application of the foregoing analysis to the specific facts in the case at bar.

II. Application to the Case at Bar

This Court has considered the relationship between citizenship and s. 15(1) of the *Charter* in the context of employment opportunities once before, in the case of *Andrews, supra*. A superficial reading of that case might lead one to conclude that the discrimination inquiry in the instant case can be quickly disposed of in favour of the claimants. Such a reading ostensibly finds support in the following passage (at p. 183):

A rule which bars an entire class of persons from certain forms of employment, solely on the grounds of a lack of citizenship status and without consideration of educational and professional qualifications or the other attributes or merits of individuals in the group, would, in my view, infringe s. 15 equality rights.

There are, in my view, a number of reasons for exercising caution in applying this general statement of law to the particular facts of the case at bar.

demandeur de son expérience subjective de discrimination. Si les circonstances justifient une telle inférence, c'est le demandeur qui en profitera. La question de savoir si cela suffit pour donner gain de cause au demandeur dépend alors de la preuve relative à l'inexistence d'une discrimination objective présentée par l'État pour réfuter cette inférence. Si la preuve de l'État est suffisante pour montrer qu'il n'y a pas de discrimination objectivement discernable, cela tendra à neutraliser toute inférence tirée des circonstances et du témoignage subjectif du demandeur. Si l'État choisit de ne pas produire cette preuve, il court le risque que le tribunal juge qu'il y a atteinte au par. 15(1) en se fondant sur une inférence valide. En d'autres termes, si cela est nécessaire, nous pourrions imposer à l'État un renversement partiel du fardeau de présentation (par opposition au fardeau ultime) à l'égard du par. 15(1), de façon à résoudre les problèmes de fardeau de preuve, en reconnaissant que chaque partie est dans une situation différente à l'égard de la présentation de la preuve relative aux différentes parties de l'analyse de la discrimination.

Ces questions à part, j'applique maintenant l'analyse qui précède aux faits particuliers de l'espèce.

II. Application à la présente espèce

La Cour a considéré le rapport entre la citoyenneté et le par. 15(1) de la *Charte* dans le contexte des possibilités d'emploi, dans *Andrews*, précité. Une lecture superficielle de cet arrêt pourrait porter à conclure que l'analyse de la discrimination en l'espèce peut être tranchée rapidement en faveur des appelantes. Cette interprétation s'appuie apparemment sur le passage suivant (à la p. 183) :

À mon avis, une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égard à leurs diplômes et à leurs compétences professionnelles ou sans égard aux autres qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte aux droits à l'égalité de l'art. 15.

À mon avis, diverses raisons incitent à la prudence dans l'application de cet énoncé général du droit aux faits particuliers de la présente espèce.

96

97

98

The first and most obvious of these reasons is that the statement purports to be speaking only about laws that effectively bar non-citizens from certain forms of employment. Section 16(4)(c) of the *PSEA* does not, on its face, impose such a bar; it merely creates a preference at the referral stage of open competitions for employment in the federal Public Service. Nor can it be seriously maintained that the s. 16(4)(c) preference has the effect in practice of creating such a bar. As my colleague Bastarache J. notes in his reasons (at para. 24):

[N]on-citizens are eligible (and indeed encouraged) to submit their resumes to the Commission for consideration . . . and . . . non-citizens who are referred by the Commission face no disadvantage compared to citizens . . . [Moreover,] non-citizens enjoy the same privileges as citizens with respect to closed competitions; [which] are the principal means by which the Public Service fills its staffing needs. Finally, the citizenship preference is just that: a preference. Non-citizens are routinely referred to open competition where, in the opinion of the Regional PSC Director, there are insufficient qualified Canadians to fill the particular position; . . .

These factual findings, even by themselves, go a significant distance towards distinguishing this case from *Andrews*. Indeed it is largely on the strength of these findings that Bastarache J. has decided that, unlike in *Andrews*, the supposed s. 15(1) violation in this case is a relatively trivial one that can be justified under s. 1. I have already indicated my discomfort with the idea that any s. 15(1) violation could be seen as a matter of mere inconvenience. From my perspective the significance of these facts is not that they render the alleged s. 15(1) violation any less serious, but rather that they interfere somewhat with the conclusion that s. 15(1) has been infringed in the first place.

99

Seen in this light, the factual findings noted by this Court are suggestive of the need to engage in a more careful and thorough discrimination analysis before making a determination under s. 15(1) of the *Charter*. For the purposes of conducting such an analysis, this Court's decision in *Andrews* is of limited assistance. It hardly warrants mentioning that *Andrews* was decided without the benefit of the

La première raison, et la plus évidente, est que cet énoncé ne parle que de lois qui excluent effectivement les non-citoyens de certains types d'emploi. Le libellé de l'al. 16(4)c) de la *LEFP* n'impose pas une exclusion; il ne fait que créer une préférence à l'étape de la présentation dans le cadre de concours publics pour des emplois dans la fonction publique fédérale. On ne peut non plus soutenir sérieusement que la préférence visée à l'al. 16(4)c) a pour effet pratique de créer une telle exclusion. Comme le juge Bastarache le fait remarquer dans ses motifs (au par. 24) :

[L]es non-citoyens sont autorisés, et même encouragés, à soumettre leur curriculum vitae à la Commission et [. . .] les non-citoyens présentés par la Commission ne sont pas défavorisés par rapport aux citoyens. En outre, les non-citoyens ont les mêmes privilèges que les citoyens dans les concours internes, qui sont le principal moyen de dotation en personnel dans la fonction publique. Enfin, la préférence fondée sur la citoyenneté n'est qu'une préférence. Il est courant de présenter des non-citoyens dans le cadre de concours publics lorsque le directeur régional de la CFP estime que le nombre de Canadiens qualifiés pour un poste donné est insuffisant : . . .

Ces constatations de fait, en soi, aident grandement à distinguer la présente espèce et *Andrews*. En effet, c'est pour une grande part sur la base de ces constatations que le juge Bastarache conclut que, contrairement à *Andrews*, la violation alléguée du par. 15(1) est relativement mineure en l'espèce et peut être justifiée en vertu de l'article premier. J'ai déjà indiqué que je m'inquiète de l'idée qu'une atteinte au par. 15(1), quelle qu'elle soit, puisse être considérée comme un simple inconvénient. De mon point de vue, l'importance de ces faits n'est pas qu'ils atténuent la gravité de l'atteinte alléguée au par. 15(1), mais plutôt qu'ils remettent en question la conclusion même qu'il y a atteinte au par. 15(1).

Vues sous cet éclairage, les constatations de fait notées par la Cour montrent le besoin de procéder à une analyse plus prudente et approfondie de la discrimination avant de conclure à l'existence d'une atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. La décision de la Cour dans *Andrews* n'est que d'une utilité limitée dans cette analyse. Il va sans dire que l'arrêt *Andrews* a été rendu sans l'aide du cadre analyti-

detailed analytical framework for assessing equality claims that was set out by this Court in *Law*. This is not to suggest that *Andrews* would have been decided differently under the *Law* framework: I have little doubt that the outcome of that case would have been the same. Still, it does suggest that we must be slow to decide the s. 15(1) question in this case on the basis of the general proposition of law set out in *Andrews* and quoted above. It remains necessary, in assessing this equality claim just as in assessing any other, to pay careful attention to the *Law* methodology for determining the scope of the claimants' s. 15(1) rights.

Here as always s. 15(1) rights extend only as far as is necessary to preserve the claimants' immunity from laws that are discriminatory. In *Law* this Court cast the question to be determined by the discrimination analysis in the following terms: “. . . does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* . . . ?” (para. 39 (emphasis in original)). Iacobucci J. went on to describe the purpose of s. 15(1) as being “to prevent the violation of essential human dignity and freedom . . .” (para. 51). Human dignity is thus at the centre of the discrimination inquiry. A law will only be discriminatory for the purposes of s. 15(1) if it can be said to violate the claimant's essential human dignity or freedom. Moreover, the proper perspective from which to make this assessment, as I have already emphasized, is not simply the claimant's own subjective perspective but that of “the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the claimant” (*Law*, at para. 60). The proper perspective is thus subjective-objective: “objective in so far as it is possible to determine whether the individual claimant's equality rights have been infringed only by considering the larger context of the legislation in question” (*Law*, at para. 59).

In this regard, useful reference can be made to the international context within which the impugned

que détaillé que la Cour a élaboré dans l'arrêt *Law* pour l'évaluation des demandes fondées sur le droit à l'égalité. Je ne veux pas dire que l'affaire *Andrews* aurait été tranchée différemment selon les paramètres de l'arrêt *Law* : je ne doute pas que l'issue aurait été la même. Cela invite toutefois à la circonspection dans la réponse à la question relative au par. 15(1) en l'espèce selon le principe de droit général énoncé dans *Andrews* et cité plus haut. Il reste nécessaire, pour l'appréciation de cette revendication du droit à l'égalité et de toute autre, de tenir soigneusement compte de la méthode retenue dans *Law* pour déterminer l'étendue des droits que le par. 15(1) garantit aux appelantes.

Ici, comme toujours, l'étendue des droits garantis au par. 15(1) se limite à ce qui est nécessaire pour préserver l'immunité des appelantes contre les lois discriminatoires. Dans *Law*, la Cour exprime en ces termes la question que doit trancher l'analyse de la discrimination : « . . . la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* [. . .] ? » (par. 39 (souligné dans l'original)). Le juge Iacobucci précise ensuite que le par. 15(1) a pour objet « d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles . . . » (par. 51). La dignité humaine est donc au centre de l'analyse de la discrimination. Une loi n'est discriminatoire au sens du par. 15(1) que si l'on peut établir qu'elle porte atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles du demandeur. De plus, la perspective dans laquelle cette appréciation doit se faire, comme je le dis plus haut, ne se limite pas simplement à la perspective subjective du demandeur, mais doit aussi comprendre celle « de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur » (*Law*, par. 60). Le point de vue adéquat est donc subjectif-objectif : « objectif dans la mesure où on peut déterminer s'il y a eu atteinte aux droits à l'égalité du demandeur simplement en examinant le contexte global des dispositions en question » (*Law*, par. 59).

À cet égard, il peut être utile de mentionner le contexte international dans lequel se situe la

legislation in this case is situated. As my colleague Bastarache J. observes (at para. 56):

[V]irtually all liberal democracies impose citizenship-based restrictions on access to the national Public Service; these restrictions vary from virtual bans on federal Public Service employment (as in Switzerland and the United States) to policies allowing permanent residents to work in the Public Service on a probationary basis (as in Australia) [Moreover,] international conventions support [such] citizenship-based restrictions by guaranteeing the right of all citizens to work in the Public Service; . . .

The value of these observations, in my view, is not that they help to justify what would otherwise be discriminatory restrictions on access to the federal Public Service but that they indicate widespread international agreement that such restrictions do not implicate the essential human dignity of non-citizens to begin with. To my mind there could scarcely be better evidence of what the reasonable non-citizen would conclude in respect of any claim of discrimination that might be made against these restrictions: in short, he or she would conclude that the partial and temporary difference of treatment imposed by these restrictions is not discriminatory.

102

The reasonableness of this conclusion is confirmed on the particular facts of this case. A non-exhaustive list of contextual factors is suggested in *Law* as relevant to the determination of whether or not, from the perspective of a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant, the claimant's essential human dignity is violated by an impugned law. These include: (a) whether those in circumstances similar to the claimant have been subjected to pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability; (b) whether there is a relationship between the ground upon which the claim is based and the nature of the differential treatment; and (c) what the nature and scope of the interest affected by the impugned law is. An analysis of these various factors militates against making a finding in the present case that s. 16(4)(c) of the *PSEA* is discriminatory in the sense that it violates the essential human dignity of reasonable non-citizens.

législation attaquée en l'espèce. Comme le fait remarquer mon collègue le juge Bastarache au par. 56 :

[P]resque toutes les démocraties libérales limitent, sur le fondement de la citoyenneté, l'accès à la fonction publique nationale; les restrictions apportées vont de l'exclusion virtuelle de l'emploi dans la fonction publique fédérale (comme en Suisse et aux États-Unis) à la politique autorisant un résident permanent à travailler dans la fonction publique à titre de stagiaire (comme en Australie). [. . .] [Qui plus est,] les conventions internationales appuient les restrictions fondées sur la citoyenneté en garantissant le droit de tous les citoyens de travailler dans la fonction publique . . .

À mon avis, la valeur de ces observations tient non pas au fait qu'elles aident à justifier ce qui serait autrement une restriction discriminatoire de l'accès à la fonction publique, mais au fait qu'elles indiquent un large consensus international sur l'idée que de telles restrictions ne touchent pas la dignité humaine essentielle des non-citoyens. Il serait difficile selon moi de trouver une meilleure preuve de ce que le non-citoyen raisonnable serait porté à conclure à l'égard des allégations de discrimination qui pourraient être soulevées contre ces restrictions : en bref, cette personne conclurait que la différence de traitement partielle et temporaire imposée par ces restrictions n'est pas discriminatoire.

Le caractère raisonnable de cette conclusion est confirmé par les faits particuliers de l'espèce. L'arrêt *Law* propose une liste non exhaustive de facteurs contextuels utiles pour déterminer si, du point de vue d'une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur, la loi attaquée porte atteinte à la dignité humaine essentielle du demandeur. Ces facteurs comprennent : a) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité subis par des personnes se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur; b) le rapport entre le motif sur lequel est fondée l'allégation et la nature de la différence de traitement; et c) la nature et l'étendue du droit touché par la loi attaquée. L'analyse de ces divers facteurs milite contre une conclusion en l'espèce que l'al. 16(4)c) de la *LEFP* est discriminatoire en ce sens qu'il porte atteinte à la dignité humaine essentielle de non-citoyens raisonnables.

A. Pre-Existing Disadvantage

In many aspects of their lives, non-citizens in general suffer from the sort of pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, and vulnerability that s. 15(1) of the *Charter* is directed at remedying. This was the basis for the holding in *Andrews* that non-citizenship is an analogous ground for the purposes of s. 15(1) and that non-citizens in general are “a good example of a ‘discrete and insular minority’ who come within the protection of s. 15” (*Andrews, supra*, at p. 183). At first blush, the present factor would therefore appear to be an aggravating one in determining whether s. 16(4)(c) of the *PSEA* offends human dignity.

Kept at that level of generality, however, the truths set out in the preceding paragraph are useful merely for the purpose of finding an analogous ground under s. 15(1) and in my view tell only half the story that is relevant to this particular appeal. My colleague, Bastarache J., has nevertheless chosen to focus almost exclusively on this half of the story (para. 45). Ironically, while my problem with his reasons as a whole can be traced to his having adopted an insufficiently objective perspective for the purposes of conducting the discrimination inquiry, what this partial account leaves out constitutes a deficiency that arises from adopting a perspective that is also insufficiently subjective. As Iacobucci J. stated in *Law*, at para. 59, the inquiry into whether an impugned law discriminates is “subjective in so far as the right to equal treatment is an individual right, asserted by a specific claimant with particular traits and circumstances” (emphasis added). In light of this required focus on the particularity of the claimant, I do not believe that the question of pre-existing disadvantage can be settled in this case simply by adverting, without further ado, to the non-citizenship status of the claimants.

Indeed, on closer inspection there is considerable room for doubt as to whether the particular traits and circumstances of these specific claimants are such that the claimants can properly be said to suffer from pre-existing disadvantage. Especially telling in this

A. Le désavantage préexistant

Dans plusieurs aspects de leur vie, les non-citoyens en général subissent le type de désavantages, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité auxquels le par. 15(1) de la *Charte* vise à remédier. C’est sur cette base que la Cour conclut dans *Andrews* que la non-citoyenneté est un motif analogue selon le par. 15(1) et qu’en général ceux qui n’ont pas la citoyenneté « constituent un bon exemple [. . .] d’une [TRADUCTION] “minorité discrète et isolée” visée par la protection de l’art. 15 » (*Andrews*, p. 183). Au premier abord, ce facteur semble être aggravant pour ce qui est de déterminer si l’al. 16(4)c) de la *LEFP* porte atteinte à la dignité humaine.

À ce niveau de généralité toutefois, les vérités énoncées dans le paragraphe précédent servent uniquement à conclure à l’existence d’un motif analogue en vertu du par. 15(1) et, à mon avis, ne révèlent que la moitié du contexte pertinent en l’espèce. Mon collègue le juge Bastarache choisit néanmoins de porter son attention presque exclusivement sur cette moitié de l’histoire (par. 45). Ironiquement, même si la difficulté que me posent ses motifs dans leur ensemble tient au fait qu’il adopte une perspective insuffisamment objective dans l’analyse de la discrimination, la lacune de son exposé partiel découle du fait qu’il adopte ici un point de vue qui n’est pas suffisamment subjectif. Le juge Iacobucci dit dans *Law*, par. 59, que l’examen du caractère discriminatoire de la loi attaquée est « subjectif dans la mesure où le droit à l’égalité de traitement est un droit individuel, invoqué par un demandeur particulier ayant des caractéristiques et une situation propres » (je souligne). Puisqu’il faut mettre l’accent sur la particularité du demandeur, je ne crois pas que la question du désavantage préexistant puisse être tranchée en l’espèce en portant uniquement notre attention, sans plus, sur le statut de non-citoyennes des appelantes.

En effet, à y regarder de plus près, le doute est très certainement permis sur la question de savoir si les caractéristiques et les situations propres à ces appelantes en particulier sont telles qu’on puisse vraiment dire qu’elles souffrent d’un désavantage

103

104

105

regard is the fact that, at least in the case of two of the claimants, their continuing status as non-citizens is a matter of personal choice. As noted by Marceau J.A. in the court below (*Lavoie v. Canada*, [2000] 1 F.C. 3 (C.A.), at para. 3):

All three plaintiffs are citizens of European countries and, at least two of them, who are citizens of Austria and the Netherlands — countries which do not permit the holding of dual citizenship — in their testimony conceded that they refused to naturalize to Canada in part because of the benefits concomitant with their original citizenships, one of which was preferential employment within the European Union countries, and within the public service of their native countries.

In the circumstances, I have difficulty with the proposition that these claimants suffer from pre-existing disadvantage as a result of their status as non-citizens. On the contrary, this is in some ways a case about the maintaining of pre-existing advantage by the claimants, who want to retain all of the valuable benefits legally accruing to them as members of the European Union and citizens of other countries while claiming similar privileges and benefits afforded to Canadian citizens under an analogous legislative arrangement. If there is any disadvantage here it arises principally from the fact that their countries of citizenship do not permit these claimants to hold dual citizenship (a disadvantage not suffered by the more fortunate third claimant, who was able to obtain her Canadian citizenship in 1991 without having to relinquish her French citizenship). Yet this disadvantage is not suffered as a result of their status as non-citizens of Canada — whose laws, I note in passing, do permit the holding of dual citizenship — but as a result of their status as citizens of other countries. In any event, a reasonable observer might conclude that this is something of an enviable problem to have, as is evidenced by the fact that the claimants are themselves unwilling to remedy their claimed disadvantage by naturalizing to Canada. Let me add, in connection with this last point, that in my view the acquisition of Canadian citizenship for the purpose of being granted equal access to the federal Public Service cannot be said to come at an unacceptable personal cost. If there

préexistant. Il est particulièrement révélateur à cet égard que, pour au moins deux des appelantes, le maintien du statut de non-citoyennes est une question de choix personnel. Comme le note le juge Marceau (*Lavoie c. Canada*, [2000] 1 C.F. 3 (C.A.), par. 3) :

Les demandresses sont toutes trois citoyennes de pays européens, et au moins deux d'entre elles, respectivement citoyennes de l'Autriche et des Pays-Bas — où la double nationalité n'est pas reconnue — ont admis dans leur témoignage que, si elles n'avaient pas voulu se faire naturaliser au Canada, c'est en partie à cause des avantages que leur procure leur citoyenneté d'origine, un de ces avantages étant la préférence qui leur serait accordée en matière d'emploi dans les pays de l'Union européenne ainsi que dans la fonction publique de leurs pays d'origine.

Dans ces circonstances, j'ai du mal à accepter que ces appelantes souffrent d'un désavantage préexistant en raison de leur statut de non-citoyennes. Au contraire, il s'agit d'une certaine façon de la préservation d'un avantage préexistant des appelantes, qui veulent conserver tous les avantages qui leur reviennent légalement comme citoyennes de l'Union européenne et d'autres pays, tout en réclamant les privilèges et avantages similaires offerts aux citoyens canadiens dans un cadre législatif analogue. S'il y a quelque désavantage, il découle principalement du fait que leurs pays de citoyenneté respectifs ne leur permettent pas d'avoir la double nationalité (désavantage dont ne souffre pas la troisième appelante, plus favorisée, qui a obtenu la citoyenneté canadienne en 1991 sans devoir renoncer à la citoyenneté française). Mais ce désavantage ne résulte pas de leur statut de non-citoyennes du Canada — dont les lois, soit dit en passant, permettent la double nationalité — mais de leur statut de citoyennes d'autres pays. Quoi qu'il en soit, un observateur raisonnable pourrait conclure qu'il s'agit en quelque sorte d'un problème enviable, comme le montre le fait que les appelantes elles-mêmes ne sont pas disposées à remédier à leur prétendu désavantage en se faisant naturaliser au Canada. J'aimerais ajouter, sur ce dernier point, qu'à mon avis on ne peut dire que l'obtention de la citoyenneté canadienne en vue d'avoir un accès égal à la fonction publique fédérale comporte un coût personnel inacceptable. S'il y a un coût — et il n'y en a aucun dans le cas de ressortissants

are any costs involved at all — and there are none in the case of non-citizens who are citizens of countries that permit dual citizenship — those costs are relatively minor and are, as I have already suggested, properly attributable not to the acquisition of Canadian citizenship *per se* but to the fact that other countries do not always permit the holding of dual citizenship.

I recognize that not all those affected by s. 16(4)(c) of the *PSEA* are likely to be as advantaged in the ways just canvassed as are the claimants in this appeal. Nor are all non-citizens likely to be as well educated as these claimants. Given this, and consonant with the holding in *Andrews* that non-citizens are in general a disadvantaged group, I will not go so far as to conclude that the preceding analysis favours a finding that s. 16(4)(c) does not offend human dignity. Still, it is difficult to find any pre-existing disadvantage in the particular case at bar and to that extent difficult to locate a violation of human dignity. I therefore conclude that this contextual factor is indeterminate.

B. *Relationship Between Grounds and the Nature of the Differential Treatment*

A more damaging contextual factor for the claimants in this case is the second factor set out in *Law*: “the relationship between the ground upon which the claim is based and the nature of the differential treatment” (para. 69). In *Law* this Court recognized that it will in general be “more difficult to establish discrimination to the extent that legislation properly accommodates the claimant’s needs, capacities and circumstances” (para. 70). It further recognized that “[s]ome of the enumerated and analogous grounds have the potential to correspond with need, capacity, or circumstances” (para. 69). Iacobucci J., at para. 71, cited *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, as an example of a case in which legislation “quite properly treated a claimant differently on the basis of actual personal differences between individuals” and where “it was stated that the decision to permit cross-gender prison searches of male prisoners but not of female prisoners likely did not violate

de pays permettant la double nationalité —, ce coût est relativement mineur et il est, comme je l’ai déjà mentionné, imputable non pas à la citoyenneté canadienne en soi, mais plutôt au fait que d’autres pays ne permettent pas toujours la double nationalité.

Je reconnais que les personnes touchées par l’al. 16(4)c) de la *LEFP* ne sont probablement pas toutes aussi avantagées que les appelantes à l’égard des points susmentionnés et que les non-citoyens ne sont probablement pas tous aussi instruits qu’elles. Compte tenu de cela et de la conclusion dans *Andrews* que les non-citoyens sont en général un groupe défavorisé, je n’irai pas jusqu’à conclure que l’analyse précédente permet de déterminer que l’al. 16(4)c) ne porte pas atteinte à la dignité humaine. Il n’en demeure pas moins difficile de découvrir quelque désavantage préexistant en l’espèce et donc de trouver une atteinte à la dignité humaine. Je conclus par conséquent que ce facteur contextuel est indéterminé.

B. *Le rapport entre les motifs et la nature de la différence de traitement*

Le deuxième facteur énoncé dans *Law* est plus défavorable aux appelantes en l’espèce : « le rapport entre le motif sur lequel est fondée l’allégation et la nature de la différence de traitement » (par. 69). Dans *Law*, la Cour reconnaît qu’il est en général « plus difficile [d’établir la discrimination] si les dispositions répondent adéquatement aux besoins, aux capacités et à la situation du demandeur » (par. 70). Elle reconnaît en outre que « [c]ertains des motifs énumérés et des motifs analogues peuvent en effet correspondre aux besoins, aux capacités ou à la situation » (par. 69). À titre d’exemple de cas où une loi a « à juste titre traité un demandeur différemment en fonction de différences personnelles réelles entre les individus », le juge Iacobucci mentionne *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, où « on a dit que la décision de permettre les fouilles des détenus du sexe masculin mais non des femmes détenues par des personnes du sexe opposé n’était

106

107

s. 15(1), because such a difference in treatment was appropriate in light of the historical, biological and sociological differences between men and women”.

108 The combined effect of these statements is that not all cases of legislated differential treatment on the basis of an enumerated or analogous ground will give rise to a valid claim of discrimination. In particular, where, as in *Weatherall*, the ground upon which the claim is made (in that case, the enumerated ground of sex) actually corresponds to personal differences that are relevant to the legislative purpose, the claimant will have difficulty in proving a violation of essential human dignity, even if differential treatment on the basis of that ground is unjustifiable in the vast majority of cases (as it is in most cases where legislated differences in treatment are based on the sex of those affected by the impugned law).

109 The instant case provides a further example of this. Even if the use of the analogous ground of citizenship as a basis for withholding advantages from some individuals while extending them to others is discriminatory in the context of a provincial law using citizenship as a proxy for loyalty or trust-worthiness, as it was found to be in *Andrews*, it does not follow that it is discriminatory in the context of a federal law that forms part of a package of incentives to naturalize while at the same time defining the rights and duties of Canadian citizens. The reason for this is clear. In the second case, but not in the first, there is actual correspondence between the ground of citizenship itself and the nature of the differential treatment.

110 It is the essence of the concept of citizenship that it distinguishes between citizens and non-citizens and treats them differently. As the respondent's expert, Professor Schuck, explained in evidence given by way of affidavit:

pas susceptible de violer le par. 15(1), parce que cette différence de traitement était appropriée compte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques entre les hommes et les femmes » (par. 71).

L'effet global de ces énoncés est que les cas de différence de traitement d'origine législative fondée sur des motifs énumérés ou analogues ne donnent pas tous nécessairement lieu à une allégation valide de discrimination. Plus particulièrement, lorsque, comme dans *Weatherall*, le motif sur lequel se fonde l'allégation (le motif énuméré du sexe) correspond à des différences personnelles qui ont un rapport avec l'objet de la loi, le demandeur peut avoir de la difficulté à prouver qu'il y a atteinte à la dignité humaine essentielle, même si la différence de traitement fondée sur ce motif est injustifiable dans la grande majorité des cas (comme dans la plupart des cas où des différences de traitement d'origine législative sont fondées sur le sexe des personnes visées par la loi attaquée).

La présente espèce en donne un autre exemple. Même si l'utilisation du motif analogue de la citoyenneté pour refuser à certaines personnes des avantages accordés à d'autres est discriminatoire dans le contexte d'une loi provinciale se servant de la citoyenneté comme indicateur de loyauté ou de fiabilité, selon la conclusion de la Cour dans *Andrews*, cela ne signifie pas qu'une telle mesure est discriminatoire dans le contexte d'une loi fédérale qui fait partie intégrante d'un ensemble de mesures d'incitation à la naturalisation et qui définit en même temps les droits et obligations des citoyens canadiens. La raison en est claire. Il y a dans le deuxième cas, contrairement au premier, correspondance réelle entre le motif de la citoyenneté en soi et la nature de la différence de traitement.

C'est l'essence même de la notion de citoyenneté que d'opérer une distinction entre citoyens et non-citoyens et de les traiter différemment. Comme l'explique l'expert des intimées, le professeur Schuck, dans son affidavit :

[The] political, emotional, and motivational purposes of citizenship cannot be fully achieved unless there is a difference in legal status between citizens and non-citizens, a difference that can help motivate non-citizens to invest the time, energy, and resources necessary to acquire [citizenship] Were the differences in rights and status between citizens and non-citizens completely eliminated so that all rights available to citizens were also immediately and equally available to non-citizens, the notion of citizenship would become meaningless. [Emphasis in original.]

At issue in this case is a federal law that is validly enacted in the exercise of exclusive federal jurisdiction over matters of citizenship for the dual purposes of defining one of the historical and internationally recognized entitlements of citizenship and providing an incentive to naturalize. As such, s. 16(4)(c) of the *PSEA* cannot help but give rise to differential legal treatment: for that is precisely what is entailed in the act of legislating over matters of citizenship.

By way of contrast, there was no such correspondence between the differential treatment in *Andrews* and the ground upon which that treatment was based. In that case, the law in issue was a provincial law establishing qualifications for admission to the practice of law in British Columbia. The law had nothing to do with citizenship *per se*, or defining the entitlements of citizenship. In fact, it could not have purported to be directed at matters of citizenship since such matters are not within the competence of provincial legislatures. Instead, the law was merely a profession-regulating law within provincial jurisdiction which drew a distinction between citizens and non-citizens for the purposes of setting an entry requirement to the legal profession. It was in this context that the differential treatment in that case was found to be based on an irrelevant ground of distinction and thus discriminatory.

While my colleague, Bastarache J., seems to acknowledge this distinction between the present case and *Andrews* — and, more pointedly, accepts that the law in this case is “meant to further Canada’s citizenship policy by granting citizens certain privileges not enjoyed by immigrants” (para. 54) — he nevertheless concludes that this “citizen-

[TRANSLATION] [Les] objectifs politiques, émotifs et motivationnels de la citoyenneté ne peuvent se réaliser pleinement sans qu’il y ait une différence de statut légal entre les citoyens et les non-citoyens, différence qui peut aider à motiver les non-citoyens à investir le temps, l’énergie et les ressources nécessaires pour obtenir [la citoyenneté] [. . .] Si on éliminait complètement les différences entre les droits et le statut des citoyens et des non-citoyens et que tous les droits offerts aux citoyens étaient immédiatement et également offerts aux non-citoyens, la notion de citoyenneté perdrait tout son sens. [Souligné dans l’original.]

Le pourvoi vise une loi fédérale validement adoptée dans l’exercice de la compétence fédérale exclusive en matière de citoyenneté, ayant pour double objet de définir un des attributs historiques et internationalement reconnus de la citoyenneté et d’inciter à la naturalisation. En tant que tel, l’alinéa 16(4)c) de la *LEFP* doit forcément donner lieu à une différence de traitement dans la loi puisque c’est précisément ce qu’implique le fait de légiférer en matière de citoyenneté.

Par contraste, il n’y a, dans *Andrews*, aucune correspondance semblable entre la différence de traitement et le motif sur lequel ce traitement est fondé. Dans cette affaire, une loi provinciale établissait les conditions d’admission à l’exercice du droit en Colombie-Britannique. La loi n’avait aucun rapport avec la citoyenneté en soi, ou avec la définition des attributs de la citoyenneté. En fait, elle ne pouvait pas prétendre régir des questions de citoyenneté puisque ce domaine ne relève pas de la compétence des législatures provinciales. Comme simple loi visant à réglementer une profession dans le cadre de la compétence législative provinciale, elle établissait une distinction entre citoyens et non-citoyens dans les conditions d’admission à la pratique du droit. Dans ce contexte, la différence de traitement a été jugée être fondée sur un motif de distinction sans pertinence et donc discriminatoire.

Bien qu’il semble reconnaître cette distinction entre la présente instance et *Andrews* et, plus crucialement, accepter que l’objectif de la loi est de « consolider la politique canadienne de citoyenneté en donnant aux citoyens certains privilèges refusés aux immigrants » (par. 54), mon collègue le juge Bastarache conclut que l’argument de la citoyenneté

ship argument goes beyond what is contemplated by the second contextual factor in *Law*” (para. 43).

113

This conclusion, which effectively limits the operation of the second contextual factor set out in *Law*, reflects an inappropriately exclusive focus on the subjective perspective of the claimant. Only on the supposition that it is the claimant’s interests alone that are implicated by the discrimination inquiry does one arrive at the conclusion that the third branch of the *Law* test cannot have the result of curtailing the scope of claimants’ rights. Yet as I have emphasized throughout these reasons, this supposition mistakes the proper perspective from which the discrimination inquiry is to be conducted. The proper perspective is not the purely subjective perspective of the claimant but a perspective that is “both subjective and objective: . . . objective in so far as it is possible to determine whether the individual claimant’s equality rights have been infringed only by considering the larger context of the legislation in question” (*Law, supra*, at para. 59). This mandates a consideration of the larger context in which the claimant’s interests are not the only interests that figure in the discrimination inquiry. What is required is that the claimant’s interests be defined and constrained by reference to those other interests that are revealed through a contextual analysis.

114

Nowhere is this requirement more evident than in the context of laws that purport to govern matters of citizenship by defining the incidents thereof and providing incentives to naturalize. Citizenship law is about defining not just the rights of citizens but also their correlative duties towards the state. These include: “voting in elections; obeying the laws of Canada; respecting the rights and freedom of others; working to help others in the community; eliminating discrimination and injustice; and caring for Canada’s heritage” (N. M. Berezowski and B. J. Trister, *Citizenship 1996* (1996), at pp. 5-6). I might also hasten to add the “right” to sit on jury, which is more commonly referred to as the right to serve as a juror, or more simply as “jury duty”. In connection with this I note with bemusement my colleague Bastarache J.’s observation that the claimants’ “subjective reaction to the citizenship preference no

va au-delà du deuxième facteur contextuel établi dans *Law* (par. 43).

Cette conclusion, qui limite en fait l’application du deuxième facteur contextuel établi dans *Law*, reflète la tendance malheureuse à mettre exclusivement l’accent sur le point de vue subjectif du demandeur. Ce n’est qu’en supposant que seuls ses intérêts sont en jeu dans l’analyse relative à la discrimination qu’on peut arriver à la conclusion que le troisième volet du critère énoncé dans *Law* ne peut avoir pour effet de réduire l’étendue de ses droits. Et pourtant, comme je le souligne tout au long de mes motifs, cette supposition se méprend sur la perspective appropriée à adopter pour l’analyse relative à la discrimination. La perspective appropriée ne se limite pas à la perspective purement subjective du demandeur, c’est un point de vue « à la fois subjectif et objectif : [. . .] objectif dans la mesure où on peut déterminer s’il y a eu atteinte aux droits à l’égalité du demandeur simplement en examinant le contexte global des dispositions en question » (*Law*, par. 59). Cela exige l’examen d’un contexte plus vaste dans lequel les intérêts du demandeur ne sont pas les seuls à prendre en considération dans l’analyse de la discrimination. Il faut que les intérêts du demandeur soient définis et délimités par rapport aux autres intérêts qui se dégagent d’une analyse contextuelle.

Cette exigence ne peut être plus évidente que dans le contexte de lois qui visent à régir les questions de citoyenneté en en définissant les attributs et en prévoyant des mesures incitatives à la naturalisation. Le droit de la citoyenneté a pour objet de définir non seulement les droits des citoyens, mais également leurs obligations correspondantes envers l’État, notamment [TRADUCTION] « voter aux élections; obéir aux lois du Canada; respecter les droits et les libertés d’autrui; travailler pour aider les autres dans la collectivité; éliminer la discrimination et l’injustice; et prendre soin du patrimoine du Canada » (N. M. Berezowski et B. J. Trister, *Citizenship 1996* (1996), p. 5-6). Je m’empresserais aussi d’ajouter le « droit » de faire partie d’un jury, plus couramment décrit comme le droit de servir à titre de juré, ou plus directement comme le « devoir d’être juré ». À cet égard, je note avec une certaine perplexité

doubt differed from their reaction to not being able to vote, sit in the Senate, serve on a jury, or remain in Canada unconditionally” (para. 52). This is quite the point: these other incidents of citizenship are at best likely to be perceived as a matter of indifference to non-citizens and at worst likely to be perceived more as a burden than as a benefit. The latter is especially true in the case of serving on juries, which many prospective jurors see as a major imposition, and in the case of voting, which some may view merely as a civic duty to be performed perfunctorily if at all.

The challenge faced by the federal government, in the light of these observations, is to establish a package of incentives — rights and privileges of citizenship — that will provide sufficient motivation for non-citizens to naturalize and in the process take on these more burdensome incidents, or duties, of citizenship. It can only do this by distributing rights and benefits unequally between citizens and non-citizens. This differential treatment should not, however, be viewed entirely from the one-sided subjective perspective of the claimant. Indeed, legislating over matters of citizenship can only be understood as an exercise directed at achieving mutual respect and recognition, or reciprocal concern, between the citizen and the state. It is only insofar as the individual submits selflessly to the demands and duties imposed by membership in the state that the state reciprocally submits fully to the individual’s needs by according him or her the entire complex of advantages that are the concomitants of state membership. Citizenship is thus relevant to the public distribution of benefits to the extent that it tracks the class of people who have taken on correlative or reciprocal duties in exchange for the receipt of the benefits in question.

There are naturally limits to the extent to which this relevance will obtain. Some benefits — the provision of basic health and policing services, for example — may in fact, though I need not decide this question here, be owed to all persons as of right

l’observation de mon collègue le juge Bastarache selon laquelle la « réaction subjective [des appelantes] à la préférence fondée sur la citoyenneté différerait sans aucun doute de leur réaction à la privation du droit de voter, de siéger au Sénat, de faire partie d’un jury et de demeurer inconditionnellement au Canada » (par. 52). C’est justement la question : ces autres attributs de la citoyenneté sont probablement considérés, au mieux, avec indifférence par les non-citoyens et, au pire, comme étant plus un fardeau qu’un avantage. Cela est particulièrement vrai pour le devoir de juré, que nombre de jurés potentiels perçoivent comme une obligation onéreuse, et pour le vote, que certains peuvent considérer comme un simple devoir civique à remplir à l’occasion, et encore.

Le défi pour le gouvernement fédéral est donc d’établir des mesures incitatives — droits et privilèges de la citoyenneté — pour motiver suffisamment les non-citoyens à se faire naturaliser et, de ce fait, à assumer les attributs plus onéreux, ou les devoirs, de la citoyenneté. Il ne peut réussir qu’en répartissant les droits et les avantages inégalement entre citoyens et non-citoyens. Cette différence de traitement ne devrait toutefois pas être vue uniquement du point de vue unilatéral et subjectif du demandeur. En effet, l’activité législative en matière de citoyenneté ne peut être comprise que comme un exercice visant à obtenir la reconnaissance et le respect mutuels, ou l’intérêt réci-proque, entre le citoyen et l’État. Ce n’est que dans la mesure où la personne se soumet d’une manière désintéressée aux exigences et devoirs imposés par son appartenance à l’État que, réciproquement, l’État répond entièrement à ses besoins en lui accordant toute la gamme complexe des avantages qui découlent de l’appartenance à l’État. La citoyenneté est ainsi pertinente par rapport à la distribution publique des avantages dans la mesure où elle s’attache à la catégorie de personnes qui ont assumé des obligations corrélatives ou réci-proques en échange des avantages en question.

Il y a naturellement des limites à la portée de cette pertinence. Certains avantages — les services fondamentaux de santé et de police, par exemple — peuvent en fait être dus de plein droit à toutes les personnes du seul fait de leur appartenance à

just by virtue of their humanity. In the case of such benefits, the right to an equal share will not be contingent upon an act of reciprocity by the recipient. It follows that these benefits, assuming them to exist, cannot be tied to the rights of citizenship. But it is not suggested here that immediate access to employment in the federal Public Service falls within this category of benefits, such that we can dispense with any notion of reciprocity. As is noted in *Citizenship 1996, supra*, at p. 6:

Canada has no military draft nor are its citizens required to partake in obligatory military service. The Canadian scheme adheres to an individualist definition of citizenship with few economic obligations toward the state and a wide degree of liberty, thus leaving it to the individual conscience in determining his or her duties as a citizen.

In such circumstances, we might reasonably accord the state a similarly wide latitude in determining some of the special rights of citizenship, including the one at issue in this case.

117 In conclusion, I find that this contextual factor militates strongly against finding that s. 16(4)(c) of the *PSEA* is discriminatory in the sense that it violates human dignity. Once an appropriately subjective-objective perspective is adopted it becomes evident that there is a valid state interest in tying the receipt of certain benefits to citizenship such that the withholding of those benefits from non-citizens cannot constitute an affront to human dignity. Use in this case of the analogous ground of citizenship as a basis for legislating differential treatment between individuals is both: (a) unavoidable, inasmuch as legislating over matters of citizenship itself entails differential treatment between citizens and non-citizens; and (b) appropriate, inasmuch as the ground of citizenship corresponds to real personal differences between the various individuals who would claim benefits from the state.

C. Nature of the Interest Affected

118 The fourth and final contextual factor in the non-exhaustive list mentioned in *Law* as potentially relevant to the discrimination inquiry (I have

l'espèce humaine, mais je n'ai pas à me prononcer sur cette question ici. Dans ce cas, le droit à une part égale n'est pas conditionnel à un acte réciproque de la part du bénéficiaire. Ces avantages, s'il en est, ne peuvent donc être liés aux droits de la citoyenneté. Mais on ne dit pas ici que l'accès immédiat à l'emploi dans la fonction publique fédérale appartient à cette catégorie d'avantages, ce qui permettrait d'écartier toute notion de réciprocité. Voici ce que dit *Citizenship 1996, op. cit.*, p. 6 :

[TRADUCTION] Le Canada n'a pas de conscription militaire et ses citoyens ne sont pas tenus de faire de service militaire. Le modèle canadien adopte une définition individualiste de la citoyenneté, avec peu d'obligations économiques envers l'État et un degré élevé de liberté, laissant ainsi à la conscience de chacun le soin de déterminer ses devoirs de citoyen.

Dans ces circonstances, nous pourrions raisonnablement accorder à l'État une aussi grande latitude dans la délimitation de certains des droits spéciaux de la citoyenneté, dont celui en cause dans le pourvoi.

En somme, j'estime que ce facteur contextuel milite fortement contre la conclusion que l'al. 16(4)c) de la *LEFP* est discriminatoire en ce sens qu'il porte atteinte à la dignité humaine. Il devient évident, quand on adopte la perspective subjective-objective appropriée, que l'État a un intérêt valide à lier à la citoyenneté l'obtention de certains avantages, de sorte qu'en priver des non-citoyens ne peut constituer une atteinte à la dignité humaine. Le recours en l'espèce au motif analogue de la citoyenneté comme fondement de l'imposition par voie législative d'une différence de traitement est à la fois : a) inévitable, dans la mesure où le fait même de légiférer en matière de citoyenneté implique une différence de traitement entre citoyens et non-citoyens; et b) approprié, dans la mesure où le motif de la citoyenneté correspond à des différences personnelles réelles entre les diverses personnes qui peuvent solliciter des avantages de l'État.

C. La nature de l'intérêt touché

Le quatrième et dernier des facteurs contextuels de la liste non exhaustive de l'arrêt *Law* pouvant être pertinents dans l'analyse de la discrimination

skipped over the third factor — whether the legislation is ameliorative in purpose or effect — since it clearly has no application to this case) requires a determination of the nature and scope of the interest affected by the impugned legislation. As was stated by L’Heureux-Dubé J. in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 63, and affirmed in *Law, supra*, at para. 74:

[T]he more severe and localized the . . . consequences [of the legislation] on the affected group, the more likely that the distinction responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*.

Iacobucci J. went on in *Law*, at para. 74, to further elaborate on L’Heureux-Dubé J.’s comments in *Egan* by indicating that:

. . . the discriminatory calibre of differential treatment cannot be fully appreciated without evaluating not only the economic but also the constitutional and societal significance attributed to the interest or interests adversely affected by the legislation in question.

In my view the nature and scope of the interests affected by s. 16(4)(c) of the *PSEA* are not sufficiently vital and large, nor the effects of that provision sufficiently severe and localized, to allow the claimants to successfully make out a violation of their essential human dignity.

I cannot accept my colleague Bastarache J.’s overly broad characterization of the interest at issue in this case as an interest in “employment” or “work” itself. It is of course true, as this Court has repeatedly held, that “work is a fundamental aspect of a person’s life, [implicating his] livelihood, self-worth and human dignity” (para. 45). There are however a number of ways in which the interest at stake in the present case falls considerably short of being an interest in work *per se*.

To begin with, one should not overlook the various features of s. 16(4)(c) of the *PSEA* that serve to limit the scope of the interest it affects. Bastarache J. identifies these features as follows (at para. 61):

(j’omets le troisième facteur relatif à l’objet ou à l’effet d’amélioration de la loi puisqu’il est évident qu’il ne s’applique pas ici) exige l’examen de la nature et de l’étendue du droit touché par la loi contestée. Comme le dit le juge L’Heureux-Dubé dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 63, dans ce passage confirmé par la Cour dans *Law*, par. 74 :

[P]lus les conséquences [de la disposition législative] [. . .] ressenties par le groupe touché sont graves et localisées, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire au sens de l’art. 15 de la *Charte*.

Le juge Iacobucci ajoute ceci, dans *Law*, au par. 74, à l’observation précitée du juge L’Heureux-Dubé dans *Egan* :

. . . on ne pouvait évaluer pleinement le caractère discriminatoire d’une différence de traitement sans mesurer non seulement l’importance économique, mais aussi l’importance sur le plan de la société et de la constitution, du droit ou des droits auxquels les dispositions en question ont porté atteinte.

À mon avis, la nature et l’étendue des droits touchés par l’al. 16(4)c) de la *LEFP* ne sont pas suffisamment essentielles et vastes, et les effets de cette disposition ne sont pas suffisamment graves et localisés pour permettre aux appelantes d’établir avec succès qu’il y a eu atteinte à leur dignité humaine essentielle.

Je ne puis accepter la qualification excessivement large que fait mon collègue le juge Bastarache de l’intérêt en cause comme étant « l’emploi » ou le « travail » comme tel. Il est certes vrai, et la Cour l’a souvent dit, que « le travail est un élément fondamental de la vie d’une personne [touchant sa] subsistance, [son] estime de soi et [sa] dignité humaine » (par. 45). En l’espèce toutefois, l’intérêt en cause n’équivaut pas, de loin et pour nombre de raisons, à l’emploi comme tel.

D’abord, il ne faut pas escamoter les diverses caractéristiques de l’al. 16(4)c) de la *LEFP* qui servent à limiter l’étendue des intérêts qu’il touche. Le juge Bastarache identifie ces caractéristiques de la façon suivante (au par. 61) :

119

120

(1) the fact that it is a preference only and not an absolute bar[;] (2) the fact that it does not apply to closed competition, which is the most common means of staffing Public Service positions [; and] (3) the fact that it only applies to the referral stage of open competition, not the inventory or eligibility stage, . . .

When one adds to this list of features the fact that s. 16(4)(c) only regulates access to the federal Public Service, leaving access to provincial Public Service entirely unrestricted to non-citizens, it becomes difficult to see how the interest it implicates can be appropriately characterized as an interest in work itself. Unlike *Andrews*, this is not a case in which the claimants are simply refused entry into their chosen profession because of their status as non-citizens. These various features of s. 16(4)(c) ensure that the claimants here need neither leave their province of residence in order to find work in their chosen field nor even settle for employment in the provincial Public Service if the federal Public Service is what they would prefer.

121

Indeed, upon more careful scrutiny it becomes apparent that the only interest that is really at stake here on the side of the claimants is something more akin to a lost chance than to an interest in employment itself. In this respect, the instant case is once again distinguishable from *Andrews*. The claimant in *Andrews* had met all the requirements necessary to the practice of law in British Columbia and was prevented from doing so only because of a law that excluded him from the profession on the basis of his status as a non-citizen. His interest in securing employment as a lawyer was thus sufficiently crystallized — sufficiently proximate in the sense that it was entirely within his control to do so but for the legal impediment at issue — that to deny him access to the profession on the irrelevant (in that case) ground of citizenship necessarily touched his essential human dignity. There is no parallel to this situation in the present case. Even if the citizenship preference in s. 16(4)(c) of the *PSEA* were to be struck down there is no sense in which the claimants here would be ensured, as Mr. Andrews would have been, of being able to pursue employment in their

(1) le fait qu'il s'agit d'une préférence seulement, et non d'une exclusion totale, (2) le fait qu'elle ne s'applique pas au concours interne, qui est le moyen le plus courant de doter un poste dans la fonction publique, [et] (3) le fait qu'elle ne s'applique qu'au stade de la présentation dans un concours public, et non à l'étape de l'établissement du répertoire ou de la liste d'admissibilité; . . .

Lorsqu'on ajoute à cette liste de caractéristiques le fait que l'al. 16(4)c ne réglemente que l'accès à la fonction publique fédérale, laissant l'accès à la fonction publique provinciale complètement ouvert aux non-citoyens, il devient difficile de voir comment l'intérêt en jeu peut être qualifié adéquatement comme le travail en soi. Contrairement à l'affaire *Andrews*, il ne s'agit pas d'une situation où il est refusé aux appelantes l'accès aux professions qu'elles ont choisies, en raison de leur statut de non-citoyennes. Ces diverses caractéristiques de l'al. 16(4)c font que les appelantes ne sont pas obligées de quitter la province où elles résident pour trouver du travail dans le domaine de leur choix, ni de se limiter à un emploi au sein de la fonction publique provinciale si c'est la fonction publique fédérale qu'elles préfèrent.

À vrai dire, un examen encore plus approfondi permet de voir que le seul intérêt réellement en cause ici pour les appelantes correspond davantage à une occasion manquée qu'à l'emploi en soi. À cet égard, la présente espèce peut encore une fois être distinguée d'*Andrews*. Dans cette affaire, le demandeur satisfaisait à toutes les exigences nécessaires à la pratique du droit en Colombie-Britannique, mais l'exercice de cette profession lui était refusé uniquement à cause d'une loi qui l'en excluait en raison de son statut de non-citoyen. L'intérêt en jeu, l'obtention d'un emploi à titre d'avocat, s'était ainsi suffisamment crystallisé — était devenu suffisamment immédiat en ce sens qu'il dépendait entièrement de lui sauf l'empêchement légal en cause — pour que le fait de lui refuser l'accès à la profession en raison du motif non pertinent (dans cette affaire) de la citoyenneté ait pour conséquence de toucher sa dignité humaine essentielle. La présente espèce ne peut soutenir le parallèle avec cette situation. Même si la préférence attribuée à la citoyenneté à l'al. 16(4)c de la *LEFP* était abrogée, les appelantes ne seraient d'aucune façon assurées,

chosen field. It would still be necessary for them to go on to succeed in open competition with others in order to secure any given position. Thus the nature of the interest here is not proximate and crystallized as it was in *Andrews* but remote and tenuous. At most, what s. 16(4)(c) deprives these claimants of is a chance to enter into open competition with others for positions in the federal Public Service. In fact it is not even clear that it deprives them of this much given that, as my colleague, Bastarache J. points out, “[n]on-citizens are routinely referred to open competition where . . . there are insufficient qualified Canadians to fill the particular position” (para. 24) and “the appellants Bailey and To-Thanh-Hien were themselves referred to open competition” (para. 62).

Thus, in terms of both its nature, which is tenuous and remote, and its scope, which is considerably narrowed by the limiting features of s. 16(4)(c), the interest at stake in this case does not approach being an interest in employment, or work, *per se*. Properly understood, in fact, this interest has little connection to the essential human dignity of the claimants. The foregoing analysis has already suggested why the effects of s. 16(4)(c) on the claimants cannot be considered particularly severe. I would conclude by adding that they are not very localized either, as my colleague Bastarache J.’s own reasoning seems to imply (at para. 71): “it is almost as difficult for citizens to enter the Public Service as non-citizens; thus, the latter’s disadvantage relative to the former does not appear significant” (emphasis in original).

III. Conclusion

In light of all of this, I find that the appellants have failed to establish that their claim satisfies the third branch of the *Law* test for assessing equality claims under s. 15(1) of the *Charter*. The reasonable person in circumstances similar to those of the claimants would, upon consideration of the various

comme pouvait l’être M. Andrews, de pouvoir exercer un emploi dans le domaine de leur choix. Elles devraient encore se présenter à des concours publics en concurrence avec d’autres personnes pour obtenir un poste. L’intérêt en l’espèce n’avait donc pas un caractère immédiat et cristallisé comme c’était le cas dans *Andrews*, mais éloigné et ténu. Tout au plus, ce dont l’al. 16(4)(c) de la *LEFP* prive ces appelantes, c’est d’une chance de participer avec d’autres personnes à des concours publics ouvrant des postes de la fonction publique fédérale. En fait, il n’est même pas évident qu’elles en soient privées, puisque, comme le souligne mon collègue le juge Bastarache, « [i] est courant de présenter des non-citoyens dans le cadre de concours publics lorsque [. . .] le nombre de Canadiens qualifiés pour un poste donné est insuffisant » (par. 24), et « les appelantes Bailey et To-Thanh-Hien ont elles-mêmes été présentées dans le cadre d’un concours public » (par. 62).

Par conséquent, tant par son caractère ténu et éloigné, que par son étendue, qui est considérablement réduite par les caractéristiques limitatives de l’al. 16(4)(c), l’intérêt en cause ici est loin de correspondre à l’emploi ou au travail comme tel. Bien compris, l’intérêt en jeu n’a en fait que peu de rapport avec la dignité humaine essentielle des appelantes. L’analyse qui précède a déjà montré pourquoi les effets de l’al. 16(4)(c) sur les appelantes ne peuvent être considérés comme particulièrement graves. Je conclurais en ajoutant qu’ils ne sont pas très localisés non plus, comme le propre raisonnement de mon collègue le juge Bastarache le laisse entendre au par. 71 : « il est presque aussi difficile pour un citoyen que pour un non-citoyen d’accéder à la fonction publique; ainsi, le désavantage du non-citoyen par rapport au citoyen ne paraît pas important » (souligné dans l’original).

III. Conclusion

Eu égard à toutes ces considérations, je conclus que les appelantes n’ont pas réussi à établir que leur allégation satisfait au troisième volet du test de l’arrêt *Law* pour l’appréciation des revendications du droit à l’égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*. Une personne raisonnable se trouvant

contextual factors set out in *Law*, conclude that s. 16(4)(c) of the *PSEA* does not offend the essential human dignity of the claimants and therefore does not discriminate. I would accordingly dismiss this appeal.

The following are the reasons delivered by

124

LEBEL J. — With respect for other views forcefully held in this case, I share Justice Arbour's opinion that s. 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33, does not violate s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellants' claim does not meet the third branch of the test designed in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. The citizenship preference does not affect the essential dignity of non-citizens. It is but a stage in an open process of integration in a fully shared citizenship. During this period, the future citizen is not viewed as an inferior member of Canadian society, but as a person who will be entitled to the full rights of citizenship and will have to bear its burdens and obligations in the near future. This person is fully valued in the eyes of others as someone who is engaged in the process of becoming a citizen. If a person chooses to remain outside this process, by reason of the application of foreign legislation and not of Canadian law, this has little to do with a claim of discrimination. If this is so, it is largely self-inflicted and does not flow from state action in Canada.

125

Given this conclusion, I do not need to discuss whether s. 1 could justify a breach of s. 15 in this case. I will thus refrain from expressing views which would be just so much *obiter* literature. I feel it necessary, though, to express my disagreement with my colleague Arbour J.'s approach to the *Oakes* test. In my view, it fails to reflect jurisprudential developments since *Oakes* which acknowledge that the minimal impairment branch of the test may leave a significant margin of appreciation as to the

dans une situation semblable à celle des appelantes conclurait, après examen des divers facteurs contextuels établis dans *Law*, que l'al. 16(4)c) de la *LEFP* ne porte pas atteinte à la dignité humaine essentielle des appelantes et qu'il n'est donc pas discriminatoire. Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL — Avec égard pour les autres opinions vigoureusement exprimées dans la présente affaire, je me range à l'avis du juge Arbour que l'al. 16(4)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-33, ne viole pas l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La prétention des appelantes ne satisfait pas en effet au troisième volet du critère élaboré dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. La préférence fondée sur la citoyenneté n'affecte pas la dignité essentielle des non-citoyens. Elle ne représente qu'une étape dans un processus ouvert d'intégration dans une citoyenneté pleinement partagée. Pendant cette période, le futur citoyen n'est pas considéré comme un membre inférieur de la société canadienne, mais comme une personne à qui seront bientôt conférés tous les droits rattachés à la citoyenneté et qui devra en assumer les charges et les obligations. Aux yeux des autres, cette personne est pleinement reconnue comme engagée dans le processus d'accession au statut de citoyen. Si elle choisit de demeurer en marge de ce processus, en raison de l'application d'une loi étrangère et non d'une loi canadienne, cela n'équivaut guère à de la discrimination. Sinon il s'agit d'une discrimination qu'on exerce contre soi-même et qui ne résulte pas d'une mesure étatique au Canada.

Vu cette conclusion, je n'ai pas à examiner la question de savoir si l'article premier pourrait justifier une atteinte à l'art. 15 en l'espèce. Je m'abstiendrai donc de formuler à cet égard une opinion qui serait au mieux un *obiter dictum*. J'estime toutefois nécessaire d'exprimer mon désaccord avec la façon dont ma collègue le juge Arbour aborde le critère de l'arrêt *Oakes*. À mon avis, son approche ne prend pas en compte l'évolution de la jurisprudence, depuis cet arrêt, qui reconnaît que le volet atteinte

selection of the appropriate remedies to Parliament and legislatures, provided they fall within a range of reasonable alternatives as Bastarache J. points out in his opinion. For these reasons, I agree that the appeal should be dismissed.

Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ and BINNIE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants Elisabeth Lavoie and Jeanne To-Thanh-Hien: Jewitt & Associates, Ottawa.

Solicitors for the appellant Janine Bailey: Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa.

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

Solicitors for the intervener: Joanne St. Lewis and Milton James Fernandes, Montréal.

minimale de ce critère permet de laisser aux législatures fédérale et provinciales une marge importante d'appréciation dans la sélection des réparations appropriées, pourvu que celles-ci s'inscrivent à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, comme le souligne le juge Bastarache dans son opinion. Pour ces motifs, je conviens qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef McLACHLIN et les juges L'HEUREUX-DUBÉ et BINNIE sont dissidents.

Procureurs des appelantes Elisabeth Lavoie et Jeanne To-Thanh-Hien : Jewitt & Associates, Ottawa.

Procureurs de l'appelante Janine Bailey : Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa.

Procureur des intimées : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant : Joanne St. Lewis et Milton James Fernandes, Montréal.