

T-1812-89

T-1812-89

**Timothy Veysey (Applicant)**

v.

**Commissioner of the Correctional Service of Canada (Respondent)**

INDEXED AS: VEYSEY v. CANADA (COMMISSIONER OF THE CORRECTIONAL SERVICE) (T.D.)

Trial Division, Dubé J.—Ottawa, October 31 and November 3, 1989.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Sexual orientation — Refusal to allow penitentiary inmate to participate in Private Family Visiting Program with homosexual partner violation of Charter, s. 15 right — Applicant alleging denial of benefit available to heterosexual inmates discrimination on basis of sexual orientation — Sexual orientation not prohibited ground listed under Charter, s. 15 but analogous — Common characteristics of enumerated grounds including immutability of attribute and victimization due to prejudice.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Refusal to allow penitentiary inmate to participate in Private Family Visiting Program with homosexual partner violation of right under Charter, s. 15 — Not within s. 1 limitation — Desirable goal of facilitating eventual reintegration into society not furthered by denying applicant most supportive relationship — Allegations concerning danger to applicant and threat to good order of institution not proven — Insufficient to overcome burden to show violation of right justified — Application of proportionality test indicating reduction of risk to applicant not difficult.

Penitentiaries — Refusal to allow inmate to participate in Private Family Visiting Program with homosexual partner denial of rights under Charter, s. 15 — Not within s. 1 limitation — Desirable goal of facilitating convict's eventual reintegration into society not advanced by denial of most supportive relationship — Threat to peace and good order of institution not proven — Application of proportionality test indicating reduction of risk to applicant not difficult.

This was an application for *certiorari* to quash the refusal to allow the applicant to participate in Warkworth Institution's Private Family Visiting Program with his homosexual partner and *mandamus* requiring that the application be reconsidered in accordance with Charter, section 15. The program allows

**Timothy Veysey (requérant)**

c.

**Commissaire du Service correctionnel du Canada (intimé)**RÉPERTORIÉ: VEYSEY c. CANADA (COMMISSAIRE DU SERVICE CORRECTIONNEL) (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge Dubé—Ottawa, 31 octobre et 3 novembre 1989.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Orientation sexuelle — Le refus de permettre à un détenu de pénitencier de participer au Programme des visites familiales privées avec son amant constitue une violation du droit que lui reconnaît l'art. 15 de la Charte — Le requérant soutient que la négation d'un avantage accessible aux détenus hétérosexuels constitue une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle — L'orientation sexuelle ne constitue pas un des motifs prohibés énumérés à l'art. 15 de la Charte, mais elle est analogue à ces motifs — Les traits caractéristiques des motifs énumérés comprennent l'immutabilité des attributs visés et la victimisation, en raison de préjugés, des personnes auxquelles ils sont attachés.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Le refus de permettre à un détenu de pénitencier de participer au Programme des visites familiales privées avec son amant constitue une violation du droit que lui reconnaît l'art. 15 de la Charte — Cette restriction ne se justifie pas par la disposition limitative de l'art. 1 — Le refus de permettre au requérant d'avoir accès à celle de ses relations qui lui fournit le plus grand soutien ne contribue pas à réaliser l'objectif valable qu'est la facilitation de sa future réintégration sociale — Les allégations concernant le danger dans lequel se trouverait le requérant et la menace pour le bon ordre de l'établissement n'ont pas été prouvées — Elles sont insuffisantes en ce qui concerne le fardeau d'établir que la violation du droit est justifiée — Il ressort de l'application du critère de la proportionnalité que le risque subi par le requérant peut être réduit sans difficulté.

Pénitenciers — Le refus de permettre à un détenu de participer au Programme des visites familiales privées avec son amant constitue une violation des droits que lui reconnaît l'art. 15 de la Charte — Cette restriction ne se justifie pas sous le régime de la disposition limitative de l'art. 1 — Le refus de permettre au requérant d'avoir accès à celle de ses relations qui lui fournit le plus grand soutien ne contribue pas à réaliser l'objectif valable qu'est la facilitation de sa future réintégration sociale — La menace pour la paix et le bon ordre de l'établissement n'a pas été établie — Il ressort de l'application du critère de la proportionnalité que le risque subi par le requérant peut être réduit sans difficulté.

Il s'agit d'une demande sollicitant un bref de *certiorari* qui annulerait la décision refusant de permettre au requérant de participer au Programme des visites familiales privées de l'établissement de Warkworth avec son amant et sollicitant un bref de *mandamus* qui ordonnerait que la demande soit réexaminée

extended private visits between inmates of federal penitentiaries and members of their families. Its goal is to preserve family ties and to prepare inmates for their return to life outside the custodial setting. Eligible family members include wives, husbands and common-law partners. The respondent maintained that common-law partners did not contemplate two persons of the same sex and that the application had been denied because the person nominated for a proposed visit was not within a class of listed relatives. The applicant's position was that he had been discriminated against based upon his sexual orientation, contrary to the Charter, section 15.

*Held*, the application should be allowed.

The applicant's right to equality had been violated. Although sexual orientation was not a prohibited ground specified in section 15, discriminatory treatment infringes section 15 if it is based on grounds "analogous" to those specifically enumerated. In order to identify the characteristics which are analogous to the prohibited grounds of discrimination enumerated in section 15, the social, political and legal context had to be considered. At least two provinces and one territory have enacted legislation which expressly includes sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. A House of Commons Parliamentary Committee on Equality Rights has recommended that sexual orientation be included as a prohibited ground in the *Canadian Human Rights Act*. Most of the enumerated prohibited grounds of discrimination concern more or less immutable characteristics. Presumably, sexual orientation involves some level of immutability. Another feature common to the enumerated grounds is that the individuals or groups in question have been victimized and stigmatized throughout history because of prejudice. This characteristic would also apply to those who have deviated from accepted sexual norms.

The denial of the applicant's rights did not fall within such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society (Charter, section 1). The desirable goal of preparing inmates for their return to life in the community through preservation of their most supportive relationships was not furthered by denying the applicant access to his most supportive relationship. Successful reintegration into the community would benefit both the inmate and the community. The Deputy Warden's opinion that placing the applicant on the eligibility list could jeopardize his safety and the peace and good order of the institution was not sufficient to overcome the burden upon the respondent to show that the violation of right was justified. Furthermore, there was some evidence contradicting the Warden's opinion. In applying the proportionality test (which requires balancing the nature of the right affected with the extent of the infringement and the degree to which the limitation furthers a desirable goal), it appeared that the respondent could reduce any risk to the applicant's safety by maintaining the confidentiality of the applicant's participation in the program. There was no evidence that to do so would present any difficulty to the administration of the institution.

conformément à l'article 15 de la Charte. Le programme accorde aux détenus de pénitenciers fédéraux le privilège de bénéficier en privé de visites prolongées avec des membres de leur famille. Le but du programme est de préserver les liens familiaux des détenus et de permettre à ceux-ci de préparer leur réintégration à la vie extérieure au milieu carcéral. Les membres admissibles de la famille comprennent la femme, le mari et les conjoints de droit commun. L'intimé soutient que la notion de conjoint de droit commun ne vise pas deux personnes de même sexe et que sa demande a été rejetée parce que la personne qu'il a nommée pour la visite projetée ne faisait pas partie de l'une des catégories de parents énumérés. La position du requérant est qu'il a fait l'objet d'une discrimination en raison de son orientation sexuelle, contrairement à l'article 15 de la Charte.

*Jugement*: la demande devrait être accueillie.

Il y a eu violation du droit du requérant à l'égalité. Bien que l'orientation sexuelle ne constitue pas un motif prohibé énuméré à l'article 15, le traitement discriminatoire fondé sur des motifs «analogues» aux motifs expressément énumérés viole l'article 15. Pour identifier les caractéristiques analogues aux motifs de discrimination énumérés à l'article 15, il convient d'examiner les contextes social, politique et juridique en cause. Au moins deux provinces et un territoire ont édicté des dispositions législatives qui incluent expressément l'orientation sexuelle parmi les motifs de discrimination prohibés. Le Comité parlementaire de la Chambre des communes sur les droits à l'égalité a recommandé que l'orientation sexuelle soit ajoutée aux motifs de discrimination illicite prévus à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La plupart des motifs de discrimination prohibés concernent des caractéristiques plus ou moins immuables. Il est à présumer que l'orientation sexuelle présente un certain niveau d'immuabilité. Une autre caractéristique commune des motifs énumérés réside dans le fait que les personnes ou les groupes qu'elles concernent ont été victimisés et stigmatisés à travers l'histoire en raison de préjugés. Cette caractéristique s'appliquerait également aux personnes qui se sont écartées des normes sexuelles acceptées.

L'atteinte aux droits du requérant ne s'est pas effectuée par une règle de droit, dans des limites qui étaient raisonnables et dont la justification pouvait se démontrer dans une société libre et démocratique (article 1 de la Charte). L'objectif valable consistant à permettre aux détenus de se préparer à réintégrer la collectivité en préservant les liens qui leur fournissent le plus d'appui n'est pas favorisé par le refus de permettre au requérant d'avoir accès à celle de ses relations qui lui fournit le plus grand soutien. La réintégration du détenu dans la collectivité bénéficierait à la fois à ce dernier et à la collectivité. L'opinion de la sous-directrice de l'établissement selon laquelle l'inscription du requérant sur la liste des personnes admissibles au programme pourrait menacer sa sécurité ainsi que la paix et le bon ordre de l'établissement ne suffit pas à permettre à l'intimé de s'acquitter du fardeau d'établir que la violation de son droit était justifiée. De plus, il existait des témoignages contredisant l'opinion de la sous-directrice. À l'application du critère de la proportionnalité (qui veut que la nature du droit auquel il a été porté atteinte soit opposé à l'importance de cette atteinte et à la mesure dans laquelle la limite imposée sert à promouvoir un objectif social valable), il ressort que l'intimé pourrait réduire tout risque pour la sécurité du requérant en maintenant le caractère confidentiel de la participation du requérant au pro-

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 15.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12, s. 10.  
*Human Rights Act*, S.Y. 1987, c. 3, s. 6.  
*Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45, s. 9(2).  
*Penitentiary Act*, R.S.C., 1985, c. P-5, s. 37(3).  
*Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251, s. 27.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; [1989] 2 W.W.R. 289; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.

## AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. *Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights: Equality for All*. Ottawa, Queen's Printer, 1985 (Chair: Patrick Boyer).

## COUNSEL:

*Elizabeth Thomas* for applicant.  
*John B. H. Edmond* for respondent.

## SOLICITORS:

*Elizabeth Thomas*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

DUBÉ J.: The applicant, an inmate at Warkworth Institution, Northumberland County, Ontario, applies for writs of *certiorari* and *mandamus* pursuant to the respondent's refusal of his application to participate in the Private Family

gramme. Aucun élément de preuve n'a été présenté pour établir que l'adoption de cette mesure de précaution entraînerait des difficultés en ce qui concerne l'administration ou le bon ordre de l'établissement.

## a LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 15.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, chap. C-12, art. 10.  
*Code des droits de la personne*, L.M. 1987-88, chap. 45, art. 9(2).  
*Human Rights Act*, S.Y. 1987, chap. 3, art. 6.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), chap. H-6.  
*Loi sur les pénitenciers*, L.R.C. (1985), chap. P-5, art. 37(3).  
*Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., chap. 1251, art. 27.

## d JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; [1989] 2 W.W.R. 289; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.

## DOCTRINE

Canada, Chambre des communes, *Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité: Égalité pour tous*. Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1985 (président: Patrick Boyer).

## AVOCATS:

g *Elizabeth Thomas* pour le requérant.  
*John B. H. Edmond* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

h *Elizabeth Thomas*, Ottawa, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

i *Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE DUBÉ: Le requérant, un détenu de l'établissement de Warkworth, du comté de Northumberland, en Ontario, sollicite des brefs de *certiorari* et de *mandamus* à l'encontre de la décision de l'intimé qui a rejeté sa demande de partici-

Visiting Program at the institution with Mr. Leslie Beu. The latter is the applicant's homosexual partner.

The applicant first applied to participate in the program on June 14, 1988. He was refused at all levels of grievance. On January 31, 1989, the respondent denied the grievance in these terms:

Existing policy does not support your wish to have the private family program extended to common-law partners of the same sex. This fact, notwithstanding, you have raised an important policy question which merits a much more intense examination. Such an examination will continue at National Headquarters and a decision on the question you raised will be handed down sometime in the near future.

For the present, your grievance is denied.

The program is described in a booklet published by Correctional Service Canada. The introduction reads as follows:

Private Family Visiting is a program established by The Correctional Service of Canada to provide eligible inmates of federal penitentiaries with the privilege of having extended private visits with members of their families.

The goal of the program is the maintenance of family ties and the preparation of inmates for their return to life in the community outside the penitentiaries.

The booklet outlines the qualifications for eligibility to the program. It is common ground that the applicant meets the requirements, except for his choice of a partner to participate in it. The booklet further describes the members of the family who are eligible to participate as follows:

#### **The Family**

The following family members are eligible to participate in the program: wife, husband, common-law partners, children, parents, foster-parents, brothers, sisters, grandparents and, in special cases, in-laws.

The applicant alleges that he applied to participate in the program with his homosexual partner because he wishes to maintain their relationship throughout his incarceration, and because he believes that his successful reintegration into society will depend to a very great extent on the continuing support of persons in the community: the applicant's relationship with Mr. Beu is his closest and most supportive relationship in the community. He argues that he has been denied a

pation au Programme de visites familiales privées avec M. Leslie Beu dans cet établissement. M. Beu est l'amant du requérant.

Le requérant a demandé pour la première fois sa participation à ce programme le 14 juin 1988. Cette demande a été rejetée à tous les paliers de la procédure de grief. Le 31 janvier 1989, l'intimé a rejeté le grief du requérant dans les termes suivants:

[TRADUCTION] La politique actuellement en vigueur s'oppose à votre demande que le Programme de visites familiales privées soit étendu aux conjoints de droit commun de même sexe. Vous avez cependant soulevé une importante question de politique; elle mérite un examen beaucoup plus approfondi, qui se poursuivra aux quartiers généraux nationaux. Dans un avenir rapproché, une décision sera rendue à cet égard et sera transmise.

Pour le moment, votre grief est rejeté.

Le programme en cause se trouve décrit dans une brochure publiée par le Service correctionnel du Canada. Son introduction est ainsi libellée:

Le programme de visites familiales privées, mis sur pied par le Service correctionnel du Canada, a pour objet d'accorder aux détenus admissibles des pénitenciers fédéraux le privilège de bénéficier de visites prolongées en privé avec des membres de leur famille.

Le but du programme est de permettre aux détenus d'entretenir des liens familiaux et de se préparer en vue de leur réintégration sociale.

Cette brochure mentionne les conditions que doivent remplir les détenus pour pouvoir bénéficier du programme. Il est admis que, sauf en ce qui concerne la personne choisie pour participer avec lui au programme, le requérant satisfait aux exigences applicables à cet égard. La brochure décrit plus avant les membres de la famille qui sont admissibles au programme:

#### **La famille**

Sont admissibles au programme les personnes suivantes: femme, mari, conjoints de droit commun, enfants, parents, parents nourriciers, frères, soeurs, grands-parents et, dans des cas spéciaux, membres de la belle-famille.

Le requérant allègue qu'il a demandé de participer au programme avec son amant parce qu'il veut préserver leur relation pendant son incarcération et parce qu'il croit que, pour réussir sa réintégration sociale, il devra bénéficier du soutien continu des membres de la collectivité: de tous ses liens avec la société, le rapport qu'il entretient avec M. Beu est le plus intime et celui qui lui fournit le plus d'appui. Il soutient s'être vu refuser un avantage accessible aux détenus hétérosexuels, en préten-

benefit available to other inmates of a heterosexual orientation and that the basis of the denial is his own sexual orientation. He claims that such a denial is a violation of his rights under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)] which reads:

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.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Subsection 37(3) of the *Penitentiary Act* [R.S.C., 1985, c. P-5] authorizes the Commissioner to make rules to be known as "Commissioner's directives" for the custody, treatment and discipline of inmates and the good government of penitentiaries. Section 27 of the *Penitentiary Service Regulations* [C.R.C., c. 1251] provides that the visiting privileges permitted to inmates shall be calculated to assist in the reformation and rehabilitation of the inmate.

Paragraph 19 of the Commissioner's Directive 770, entitled "Visiting", provides that the Deputy Commissioner shall establish a list of relatives considered eligible for the Private Family Visiting Program.

The respondent submits that these classes include (with the exception of foster-parents, who are *in loco parentis*) only persons related to the inmate by consanguinity, marriage (including common-law marriage) or affinity. He avers that a common-law marriage is between a woman and a man and not between two persons of the same sex: there is no common law applicable to relationships of cohabitation between persons of the same sex. He argues that the appellation "common-law partners" in the program is synonymous with common-law spouses and does not include persons who live together in a homosexual relationship: the applicant cannot have the man with whom he formerly lived approved for a private family visit, not

dant que le fondement de ce refus est son orientation sexuelle. Selon le requérant, le rejet de sa demande constitue une violation des droits que lui reconnaît l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)], qui est ainsi libellée:

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.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Le paragraphe 37(3) de la *Loi sur les pénitenciers* [L.R.C. (1985), chap. P-5] autorise le commissaire à établir des règles dites «instructions», concernant la bonne direction des pénitenciers et la garde, le traitement et la discipline des détenus. L'article 27 du *Règlement sur le service des pénitenciers* [C.R.C., chap. 1251] porte que les privilèges pouvant être accordés aux détenus en ce qui concerne les visiteurs doivent être tels qu'ils contribuent à la rééducation et à la réadaptation du détenu.

Le paragraphe 19 de l'instruction numéro 770 du commissaire, qui s'intitule «Visites», déclare que le sous-commissaire doit dresser la liste des parents admissibles au programme des visites familiales privées.

L'intimé prétend que ces catégories (à l'exception des parents nourriciers, qui agissent *in loco parentis*) comprennent seulement des personnes liées au détenu par le sang, par le mariage (y compris le mariage de droit commun) ou par alliance. Il affirme que la notion de mariage de droit commun [*common law marriage*] implique une relation entre un homme et une femme et non entre deux personnes de même sexe: la *common law* ne comporte aucun principe régissant les rapports entre deux personnes de même sexe qui cohabitent. Selon lui, l'expression «conjoint de droit commun» du programme est synonyme du terme «époux de droit commun», en sorte qu'elle ne comprend pas les personnes qui vivent ensemble en

because of the applicant's sexual orientation, but because the person he has nominated for the proposed visit is not his spouse or otherwise within one of the classes of listed relatives.

The applicant does not dispute these propositions. He agrees that his homosexual partner is not his spouse. He recognizes that his partner does not fit under "the family" as described in the program. He says that the program is discriminatory because it excludes homosexual relationships and, therefore, that his application has been denied on the basis of his sexual orientation.

There are no cases directly on point. Sexual orientation is not a ground specifically enumerated in section 15 of the Charter. However, it is now well established that discriminatory treatment will infringe section 15 if it is based on grounds "analogous" to those specifically enumerated in that section of the Charter (see *Andrews v. Law Society of British Columbia*).<sup>1</sup>

In order to identify the characteristics which are analogous to the prohibited grounds of discrimination enumerated in section 15, the social, political and legal context ought to be considered. In *R. v. Turpin*,<sup>2</sup> Wilson J. of the Supreme Court of Canada said at pages 1331 and 1332 S.C.R.:

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context.

McIntyre J. recognized in *Andrews* that the "enumerated and analogous grounds" approach most closely accords with the purposes of s. 15 and the definition of discrimination outlined above" p. 182 and suggested that the alleged victims of discrimination in *Andrews*, i.e., non-citizens permanently resident in Canada were "a good example of a 'discrete and insular minority' who came within the protection of s. 15" (p. 183). Similarly, I suggested in my reasons in *Andrews* that the

<sup>1</sup> [1989] 1 S.C.R. 143; [1989] 2 W.W.R. 289.

<sup>2</sup> [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.

ayant une relation homosexuelle: si le requérant ne peut faire approuver l'homme avec lequel il vivait pour les fins d'une visite familiale privée, ce n'est pas en raison de son orientation sexuelle mais parce que la personne qu'il a nommée pour cette visite n'est pas son conjoint et n'appartient pas d'autre manière à l'une des catégories de parents énumérées.

Le requérant ne conteste pas ces propositions. Il est d'accord pour dire que l'homme avec lequel il entretient une relation homosexuelle n'est pas son conjoint. Il reconnaît que cette personne n'appartient pas à «la famille» décrite au programme. Il prétend que le programme est discriminatoire parce qu'il exclut les relations homosexuelles. En conséquence, soutient-il, sa demande a été rejetée sur le fondement de son orientation sexuelle.

Il n'existe aucune jurisprudence traitant directement de la question soulevée. L'orientation sexuelle n'est pas un motif expressément énuméré à l'article 15 de la Charte. Toutefois, il est à présent bien établi qu'un traitement discriminatoire n'enfreindra l'article 15 que s'il est fondé sur des motifs «analogues» à ceux qui se trouvent expressément énumérés dans cet article (voir l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*)<sup>1</sup>.

Pour identifier les caractéristiques analogues aux motifs de discrimination prohibés qu'énumère l'article 15, il convient d'examiner les contextes social, politique et juridique en cause. Dans l'arrêt *R. c. Turpin*<sup>2</sup>, le juge Wilson, de la Cour suprême du Canada, a dit aux pages 1331 et 1332 R.C.S.:

Pour déterminer s'il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique.

Le juge McIntyre reconnaît dans l'arrêt *Andrews* que le «point de vue [...] "des motifs énumérés et analogues" correspond davantage aux fins de l'art. 15 et à la définition de la discrimination exposée auparavant» (p. 182) et il laisse entendre que les personnes qui seraient victimes de discrimination dans l'affaire *Andrews*, c.-à-dire celles qui n'ont pas la citoyenneté et qui résident en permanence au Canada constituent «un bon exemple [...] d'une "minorité discrète et isolée" visée par

<sup>1</sup> [1989] 1 R.C.S. 143; [1989] 2 W.W.R. 289.

<sup>2</sup> [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.

determination of whether a group falls into an analogous category to those specifically enumerated in s. 15 is "not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society" (p. 152). If the larger context is not examined, the s. 15 analysis may become a mechanical and sterile categorization process conducted entirely within the four corners of the impugned legislation. A determination as to whether or not discrimination is taking place, if based exclusively on an analysis of the law under challenge is likely, in my view, to result in the same kind of circularity which characterized the similarly situated similarly treated test clearly rejected by this Court in *Andrews*.

In the above-mentioned *Andrews* case, McIntyre J. (at pages 174-175) defined the term "discrimination" as follows:

There are many other statements which have aimed at a short definition of the term discrimination. In general, they are in accord with the statements referred to above. I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

In considering the entire legal and social fabric of our present day Canadian society, it is proper to consider provincial and territorial human rights legislation which expressly includes sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. The *Charter of Human Rights and Freedoms* of the Province of Quebec<sup>3</sup> provides as follows, at section 10:

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right. [My underlining.]

<sup>3</sup> R.S.Q. 1977, c. C-12, s. 10.

la protection de l'art. 15» (p. 183). De même, j'ai laissé entendre, dans les motifs de jugement que j'ai rédigés dans l'affaire *Andrews*, que la conclusion relative à la question de savoir si un groupe relève d'une catégorie analogue à celles qui sont expressément énumérées à l'art. 15 «ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société» (p. 152). Si l'on ne tient pas compte du contexte général, l'analyse fondée sur l'art. 15 peut devenir un processus de classification mécanique et stérile qui dépendra exclusivement du texte de loi contesté. Si la décision quant à savoir s'il y a ou non discrimination se fonde exclusivement sur l'examen de la loi contestée, il est vraisemblable à mon avis qu'on arrivera à la même sorte d'impasse qui caractérise le critère selon lequel les personnes qui se trouvent dans une situation doivent être traitées de façon analogue, que cette Cour a nettement rejeté dans l'arrêt *Andrews*.

Dans l'arrêt *Andrews* susmentionné, le juge McIntyre (aux pages 174 et 175) a défini le terme «discrimination» de la manière suivante:

Il existe plusieurs autres énoncés où l'on a tenté de définir succinctement le terme «discrimination». Ils sont généralement conformes aux descriptions mentionnées auparavant. J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Dans l'examen des contextes juridique et social de la société canadienne actuelle, il convient de considérer les dispositions législatives provinciales et territoriales sur les droits de la personne qui incluent expressément l'orientation sexuelle parmi les motifs de discrimination prohibés. La *Charte des droits et libertés de la personne* de la province de Québec<sup>3</sup> prévoit, à son article 10:

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou d'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit. [Je souligne.]

<sup>3</sup> L.R.Q. 1977, chap. C-12, art. 10.

The Manitoba *Human Rights Code*<sup>4</sup> describes the applicable characteristics at subsection 9(2):

9(2) The applicable characteristics for the purposes of clauses (1)(b) to (d) are

- (a) ancestry, including colour and perceived race;
- (b) nationality or national origin;
- (c) ethnic background or origin;
- (d) religion or creed, or religious belief, religious association or religious activity;
- (e) age;
- (f) sex, including pregnancy, the possibility of pregnancy, or circumstances related to pregnancy;
- (g) gender-determined characteristics or circumstances other than those included in clause (f);
- (h) sexual orientation;
- (i) marital or family status;
- (j) source of income;
- (k) political belief, political association or political activity;
- (l) physical or mental disability or related characteristics or circumstances, including reliance on a dog guide or other animal assistant, a wheelchair, or any other remedial appliance or device. [My underlining.]

The *Human Rights Act of the Yukon Territory*<sup>5</sup> lists the prohibited grounds under section 6, as follows:

6. It is discrimination to treat any individual or group unfavourably on any of the following grounds:

- (a) ancestry, including colour and race,
- (b) national origin,
- (c) ethnic or linguistic background or origin,
- (d) religion or creed, or religious belief, religious association, or religious activity,
- (e) age,
- (f) sex, including pregnancy, and pregnancy related conditions,
- (g) sexual orientation,
- (h) physical or mental disability,
- (i) criminal charges or criminal record,
- (j) political belief, political association or political activity,
- (k) marital or family status, . . . [My underlining.]

The House of Commons Parliamentary Committee on Equality Rights released a report in October 1985 entitled "Equality For All", in which it recommended that sexual orientation be included as a prohibited ground in the *Canadian*

<sup>4</sup> S.M. 1987-88, c. 45, s. 9(2).

<sup>5</sup> S.Y. 1987, c. 3, s. 6.

Le *Code des droits de la personne*<sup>4</sup> du Manitoba, à son paragraphe 9(2), donne l'énumération suivante des «caractéristiques appropriées»:

9(2) Les caractéristiques appropriées aux fins des alinéas (1)b) à d) sont les suivantes:

- a) l'ascendance, y compris la couleur et les races identifiables;
- b) la nationalité ou l'origine nationale;
- c) le milieu ou l'origine ethnique;
- d) la religion ou la croyance ou les croyances religieuses, les associations religieuses ou les activités religieuses;
- e) l'âge;
- f) le sexe, y compris la grossesse, la possibilité de grossesse ou les circonstances se rapportant à la grossesse;
- g) les caractéristiques fondées sur le sexe ou les circonstances autres que celles visées à l'alinéa f);
- h) l'orientation sexuelle;
- i) l'état matrimonial ou le statut familial;
- j) la source de revenu;
- k) les convictions politiques, associations politiques ou activités politiques;
- l) les incapacités physiques ou mentales ou les caractéristiques ou les situations connexes, y compris le besoin d'un chien guide ou d'un autre animal, une chaise roulante ou tout autre appareil, orthèse ou prothèse. [Je souligne.]

La *Human Rights Act* du Territoire du Yukon<sup>5</sup> énumère, à son article 6, les motifs prohibés de la façon suivante:

[TRADUCTION] 6. Il est discriminatoire de traiter une personne ou un groupe de façon défavorable pour l'un ou l'autre des motifs suivants:

- a) l'ascendance, y compris la couleur et la race;
- b) l'origine nationale;
- c) le milieu ou l'origine ethnique ou linguistique;
- d) la religion ou la croyance ou les croyances religieuses, les associations religieuses ou les activités religieuses;
- e) l'âge;
- f) le sexe, y compris la grossesse et les circonstances se rapportant à la grossesse;
- g) l'orientation sexuelle;
- h) les incapacités physiques ou mentales;
- i) des accusations portées au criminel ou le dossier criminel;
- j) les convictions politiques, associations politiques ou activités politiques;
- k) l'état matrimonial ou le statut familial; . . . [Je souligne.]

Le Comité parlementaire de la Chambre des Communes sur les droits à l'égalité a publié en octobre 1985 un rapport intitulé «Égalité pour tous» dans lequel il recommandait que l'orientation sexuelle soit ajoutée aux motifs de discrimination

<sup>4</sup> L.M. 1987-88, chap. 45, art. 9(2).

<sup>5</sup> S.Y. 1987, chap. 3, art. 6.



*Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6]. Recommendation 10 reads (at page 30):

10. We recommend that the *Canadian Human Rights Act* be amended to add sexual orientation as a prohibited ground of discrimination to the other grounds, which are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability, and conviction for an offence for which a pardon has been granted. [My underlining.]

Most of the grounds enumerated in section 15 of the Charter as prohibited grounds of discrimination connote the attribute of immutability, such as race, national or ethnic origin, colour, age. One's religion may be changed but with some difficulty; sex and mental or physical disability, with even greater difficulty. Presumably, sexual orientation would fit within one of these levels of immutability. Another characteristic common to the enumerated grounds is that the individuals or groups involved have been victimized and stigmatized throughout history because of prejudice, mostly based on fear or ignorance, as most prejudices are. This characteristic would also clearly apply to sexual orientation, or more precisely to those who have deviated from accepted sexual norms, at least in the eyes of the majority.

Of course, the purpose of these proceedings is not to pass moral judgment on sexual orientation, but to decide whether or not the rights of the applicant have been violated under section 15 of the Charter on the ground that he was excluded from the program because of his sexual orientation. Again, sexual orientation is not a prohibited ground listed under section 15 but, in my view, it is an analogous ground recognized by the above provincial and territorial human rights acts, as well as the House of Commons Parliamentary Committee on Equality Rights. In my view, the applicant's rights have been violated.

Having determined that his right to equality has been infringed as a result of discrimination based on an analogous ground under section 15, I must now turn to section 1 of the Charter and find whether the denial of his right falls within such reasonable limits prescribed by law as can be

illicite prévus à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), chap. H-6]. La recommandation numéro 10 de ce comité est ainsi libellée (à la page 30):

a 10. Nous recommandons que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* soit modifiée de façon à ajouter l'orientation sexuelle aux autres motifs de discrimination illicite tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation familiale, la déficience et l'état de personne gracée. [Mon soulignement.]

b La plupart des motifs que l'article 15 de la Charte mentionne dans son énumération des motifs de discrimination prohibés sont empreints d'un caractère d'immutabilité. Tels sont la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur ou l'âge. Il est possible de changer de religion, mais seulement avec difficulté; le sexe ainsi que les incapacités physiques ou mentales sont encore plus difficiles à modifier. Il est à présumer que l'orientation sexuelle se situerait à un de ces niveaux d'immutabilité. Les motifs énumérés ont aussi en commun de viser des personnes ou des groupes victimisés et stigmatisés à travers l'histoire en raison de préjugés qui, comme la plupart des idées préconçues, procédaient de la crainte ou de l'ignorance. Cette caractéristique aussi s'appliquerait clairement à l'orientation sexuelle, ou, plus précisément, aux personnes qui, à tout le moins aux yeux de la majorité, se sont écartées des normes sexuelles acceptées.

g La présente instance n'a évidemment pas pour objet de porter un jugement moral sur l'orientation sexuelle: elle vise à décider si les droits accordés au requérant par l'article 15 de la Charte ont été enfreints au motif qu'il aurait été exclu du programme en raison de son orientation sexuelle. Encore une fois, l'orientation sexuelle ne constitue pas un des motifs prohibés énumérés à l'article 15 mais constitue, à mon avis, un motif analogue reconnu par les lois sur les droits de la personne provinciales et territoriale susmentionnées ainsi que par le Comité parlementaire sur les droits à l'égalité. Selon moi, les droits du requérant ont été violés.

h Ayant conclu qu'il y avait eu violation du droit à l'égalité du requérant par suite de l'exercice d'une discrimination fondée sur un motif analogue à ceux de l'article 15, je dois à présent décider si, aux termes de l'article 1 de la Charte, l'atteinte au droit du requérant s'est effectuée par une règle de

demonstrably justified in a free and democratic society.

The first question to be resolved is whether the purpose of this differential treatment based on sexual orientation is to further a desirable social goal. Bearing in mind that a goal of the program is the preparation of inmates for their return to life in the community through the preservation of their most supportive relationships, this desirable goal is not furthered by denying the applicant's access to his most supportive relationship. Obviously, the successful reintegration into the community of this inmate would be a benefit not only to him, but to the community as a whole.

The respondent argues that the granting of the release sought would place the applicant in considerable personal danger and would threaten the peace and good order of the institution within which he is held. The Deputy Warden at Warkworth Institution filed an affidavit wherein she states that it is her belief, "based on my knowledge of the mores prevailing amongst inmates in penal institutions, including a high regard for family values and a strong belief in traditional morality, coupled with a strict, harsh and retributive inmate code, prevailing therein", that the applicant is now at "some degree of risk". The risk is due to the nature of his conviction, "particularly sexual assault with a weapon upon a 15-year old male and given the strong disapproval with which such crimes are, in general, regarded by inmate populations".

However, the applicant has been in prison in Kingston Penitentiary since January 15, 1988 and was transferred to Warkworth Institution on September 7, 1989 and there is no evidence of any retribution on the part of the other inmates.

The Deputy Warden goes on to state that the placement of the applicant upon the eligibility list for the program would put him at "very consider-

droit, dans des limites qui étaient raisonnables et dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

a La première question à trancher est celle de savoir si le traitement distinct dont le requérant a fait l'objet en raison de son orientation sexuelle a pour but de promouvoir un objectif social valable. Si nous gardons à l'esprit qu'un des buts du programme visé est de permettre aux détenus de se préparer à réintégrer la collectivité en entretenant les liens qui leur fournissent le plus d'appui, nous devons conclure que le refus de permettre au requérant d'avoir accès à celle de ses relations qui lui fournit le plus grand soutien ne contribue pas à la réalisation de cet objectif valable. De toute évidence, la réintégration du détenu requérant dans la collectivité bénéficierait non seulement à ce dernier mais encore à l'ensemble de la collectivité.

Selon l'intimé, une décision accueillant la demande de participation au Programme du requérant soumettrait celui-ci à un risque considérable et menacerait la paix et l'ordre de l'établissement qui le détient. La sous-directrice de l'établissement de Warkworth a déposé un affidavit dans lequel elle déclare que, à son sens, [TRADUCTION] «selon ma perception des règles sociales ayant cours chez les détenus des établissements carcéraux, qui, notamment, tiennent en haute estime les valeurs familiales et la moralité traditionnelle, tout en appliquant un code strict, sévère et vengeur au sein de l'établissement», le requérant subit maintenant [TRADUCTION] «un certain risque». Elle conclut à l'exigence de ce risque en raison de la nature de l'infraction pour laquelle il a été condamné, [TRADUCTION] «en particulier l'agression sexuelle armée sur la personne d'un garçon de 15 ans, et compte tenu de la forte désapprobation manifestée par l'ensemble de la population carcérale à l'égard de tels crimes».

Le requérant a toutefois été incarcéré au pénitencier de Kingston à partir du 15 janvier 1988 jusqu'à son transfèrement à Warkworth le 7 septembre 1989, et il est demeuré dans ce dernier établissement depuis cette date, sans que la preuve ne révèle qu'il ait fait l'objet d'aucune vengeance de la part des autres détenus.

La sous-directrice poursuit en déclarant que l'inscription du requérant sur la liste des personnes admissibles au programme accroîtrait [TRADUC-

ably greater risk to his personal security, as well as being a considerable risk to the peace and good order of the Institution”.

While the opinion of the Deputy Warden deserves very serious consideration, that opinion is not sufficient, in my view, to overcome the burden upon the respondent to show that the violation of right is justified. After all, the applicant himself would know what risk he is taking. Moreover, he filed the affidavits of three other inmates at Warkworth to the effect that the safety of inmates is not compromised there because of their sexual orientation. It must be borne in mind that Warkworth is a medium security institution wherein the inmates are not considered to present as much security risk as at Kingston, a maximum security penitentiary.

The second justification criterion is the proportionality test of balancing the nature of the right affected with the extent of the infringement and the degree to which the limitation furthers a desirable social goal. It appears to me that the respondent can reduce any risk to the safety of the applicant merely by maintaining the confidentiality of the applicant's participation in the program, and for that matter, the confidentiality of the participation of any and all inmates. No evidence has been adduced to show that such an obvious precaution would present any particular difficulty to the administration and good order of the institution.

Consequently, the decision of the respondent denying the applicant's grievance is quashed and the Commissioner of the Correctional Service is ordered to reconsider the applicant's grievance in accordance with the provisions of section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Costs of this motion to the applicant.

TION] «considérablement le risque que présente la sécurité de sa personne, en plus de mettre en péril la paix et le bon ordre de l'établissement».

<sup>a</sup> Bien que l'opinion de la sous-directrice mérite d'être prise en considération très sérieusement, selon moi elle ne suffit pas à permettre à l'intimé de s'acquitter du fardeau d'établir que l'atteinte au droit visé est justifiée. Après tout, le requérant est lui-même en mesure d'évaluer le risque qu'il court. De plus, il a déposé des affidavits de trois co-détenus de l'établissement de Warkworth portant que la sécurité des détenus n'y est pas compromise en raison de leur orientation sexuelle. Il ne faut pas perdre de vue que l'établissement de Warkworth est un établissement à sécurité moyenne, et que les détenus qui s'y trouvent ne sont pas considérés comme présentant, en matière de sécurité, un <sup>b</sup> risque aussi grand que ceux de Kingston, un pénitencier à sécurité maximale.

Le second critère justificatif est celui de la proportionnalité, qui veut que la nature du droit auquel il a été porté atteinte soit opposée à l'importance de cette atteinte et à la mesure dans laquelle la limite imposée sert à promouvoir un objectif social valable. Il me semble que l'intimé peut réduire tout risque pour la sécurité du requérant simplement en maintenant le caractère confidentiel de sa participation au programme—toute participation au programme devrait d'ailleurs être considérée confidentielle. Aucun élément de preuve n'a été présenté pour établir que l'adoption d'une mesure de précaution s'imposant de manière aussi évidente entraînerait des difficultés particulières en ce qui concerne l'administration ou au bon ordre de l'établissement.

En conséquence, la décision de l'intimé de rejeter le grief du requérant est annulée et il est ordonné au commissaire du Service correctionnel de réexaminer le grief du requérant en observant les dispositions de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et des libertés*. Les dépens de la présente requête sont adjugés au requérant.