



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour fédérale  
du Canada**

**2000, Vol. 1, Part 1**

**2000, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**

**Cited as [2000] 1 F.C., 3-226**

**Renvoi [2000] 1 C.F., 3-226**

---



EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF  
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling, Strathy & Henderson  
DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers  
A. DAVID MORROW, Smart & Biggar  
SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie  
LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

LEGAL STAFF

Senior Legal Editor  
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.

Legal Editors  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production Manager  
LAURA VANIER

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Publications Specialist  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Assistant Publications Specialist  
DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

The *Canada Federal Court Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Court Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, GUY Y. GOULARD, Q.C., B.A., LL.B., LL.D., Commissioner.

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2000.

*The following added value features in the Canada Federal Court Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.*

*Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Court Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 995-2706.*

ARRÊTISTES

Arrêtiſte principal  
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.

Arrêtiſtes  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Spécialiſte des publications  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Spécialiſte adjointe des publications  
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

Le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale* est publié, et son arrêtiſte en chef et le comité consultatif nommés conformément à la *Loi sur la Cour fédérale*. Le Recueil est préparé pour la publication par le Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, dont le Commissaire est GUY Y. GOULARD, c.r., B.A., LL.B., LL.D.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2000.

*Les rubriques suivantes du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada, ajoutées par les arrêtiſtes, sont protégées par le droit d'auteur de la Couronne: abstraſts et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'histoire de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.*

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil des arrêts de la Cour fédérale doivent être adressées à: L'arrêtiſte en chef, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, au (613) 995-2706.*

*Inquiries concerning the contents of the Canada Federal Court Reports should be directed to the Editor at the above mentioned address and telephone number.*

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing, Public Works and Government Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9.*

*Subscribers who receive the Federal Court Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Laura Vanier, Production Manager, Federal Court Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.*

---

*Federal Court decisions, as handed down by the Court, as well as the edited versions of those selected for publication in the Federal Court Reports, are available on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>*

## **CONTENTS**

Digests .....	D-1
Appeals Noted .....	I

<b>Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada (T.D.) .....</b>	<b>146</b>
--	------------

Human rights — Judicial review of CHRT decision Treasury Board in breach of CHRA, s. 11 by maintaining differences in wages between male, female employees employed in same establishment performing work of equal value — Methodology adopted by CHRT for selecting male comparators for employees in each level of predominantly female complainants group omitting observations from male population where value of work performed higher/lower than highest/lowest value of work performed by female occupational group — Not error of law — Methodology indirectly comparing wages of employees in complainant group performing work having central tendency of value of that group with wages of employees in predominantly male occupational groups performing work of equal value — S. 11 providing only broad, legal framework within which problems of wage discrimination between men, women to be tackled in light of facts of particular employment situation, evidence of expert witnesses, underlying purposes of statute — Methodology calculated to determine extent of systemic discrimination resulting from application over time of wage policies, practices tending either to ignore, undervalue work typically performed by women, by comprehensively viewing pay practices, policies of employer as affecting wages of

*Continued on next page*

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées à l'arrêtiste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.*

*Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, doivent être adressés aux Éditions du gouvernement du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.*

*Les abonnés qui reçoivent le Recueil des arrêts de la Cour fédérale en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à: Laura Vanier, Gestionnaire, production et publication, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3.*

---

*Les décisions de la Cour fédérale, telles que rendues par la Cour, ainsi que, pour les décisions choisies, les versions préparées pour la publication dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale, peuvent être consultées sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>*

## **SOMMAIRE**

Fiches analytiques .....	F-1
Appels notés .....	I

<b>Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada (1<sup>re</sup> inst.) .....</b>	<b>146</b>
--	------------

Droits de la personne — Contrôle judiciaire de la décision du TCDP portant que le Conseil du Trésor a contrevenu à l'art. 11 de la LCDP en pratiquant la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutaient, dans le même établissement, des fonctions équivalentes — La méthode adoptée par le TCDP pour sélectionner les groupes de comparaison à prédominance masculine pour les employés de chaque niveau des groupes plaignants à prédominance féminine omettait les observations relatives aux hommes lorsque la valeur du travail effectué était plus élevée/plus basse que la valeur la plus élevée/la plus faible du travail effectué par les membres du groupe professionnel à prédominance féminine — Absence d'erreur de droit — Cette méthode comparait indirectement les salaires des membres du groupe plaignant qui exécutaient des fonctions dont la valeur correspondait à la tendance centrale de la valeur de ce groupe avec les salaires des membres de groupes professionnels à prédominance masculine exécutant des fonctions équivalentes — L'art. 11 fournit uniquement un cadre législatif large dans lequel les problèmes de discrimination salariale entre les hommes et les femmes doivent être abordés à la lumière de la situation particulière de l'emploi, de la déposition des témoins experts et des objectifs sous-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

men, women — Rational basis in evidence supporting CHRT's exercise of discretion — (2) CHRT holding not necessary to prove differences in wages paid to men, women performing work of equal value based on sex, once established difference in wages paid to men, women performing work of equal value — CHRA, s. 27(2) authorizing CHRC to issue guidelines setting out extent to, manner in which Act applies — Inference Parliament contemplating CHRC's acquired expertise more important than political accountability for ensuring appropriate exercise of legislative power — Equal Wages Guidelines, 1986 s. 14 deeming as one groups with which complainant group alleging difference in wages, neither incompatible with terms of grant of statutory power, in light of purposes of Act, nor unreasonable exercise of CHRT's discretion — (3) CHRT holding occupational groups used only to identify in context of group complaints comparators of opposite gender — References to "occupational group" in Guidelines, ss. 12 to 15 simply referring to groups identified under ss. 12, 13 as predominantly male or predominantly female — S. 15 not mandating comparisons be based on employees in predominantly male occupational groups sampled by group — Even if CHRT committed error of law because s. 15 requiring CHRT to base conclusion on wage curve of predominantly male occupational groups, error not warranting quashing of CHRT's decision — (4) When wages paid to female employees adjusted upwards pursuant to s. 11 complaint, and in accordance with methodology used, any wage difference thereby created statutorily authorized — Not difference established, maintained by employer — (5) Open to CHRT to adopt annual recalculation method whereby wage gap for each year recalculated by taking into account salary increases paid not only to members of complainant group, but also to employees in predominantly male occupational groups included in segmented line in light of imperfect information available.

Public Service — Judicial review of decision of Canadian Human Right Tribunal (CHRT) Treasury Board in breach of CHRA, s. 11 by maintaining differences in wages between

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

jacents de la loi — Méthode conçue pour apprécier l'importance de la discrimination systémique résultant de l'application, au fil du temps, de politiques et de pratiques salariales qui tendaient soit à ignorer, soit à sous-évaluer les fonctions généralement exécutées par des femmes, par un examen le plus détaillé possible de l'incidence des pratiques et politiques de l'employeur en matière de rémunération sur le salaire des hommes et des femmes — L'exercice du pouvoir discrétionnaire du TCDP était rationnellement fondé sur la preuve — 2) Le TCDP a statué qu'une fois démontrée l'existence d'une disparité entre les salaires versés aux hommes et aux femmes qui exécutent des fonctions équivalentes, il n'est pas nécessaire de prouver que cette disparité est fondée sur le sexe — L'art. 27(2) de la LCDP autorise la CCDP à préciser par ordonnance les limites et les modalités de l'application de la Loi — Déduction que le Parlement a dû considérer que l'expertise acquise par la Commission l'emportait sur la responsabilité politique de veiller à ce que le pouvoir législatif soit exercé de façon convenable — L'art. 14 de l'Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, selon lequel les groupes avec lesquels le groupe plaignant allègue l'existence d'une disparité sont considérés comme un seul groupe, n'est pas incompatible avec les termes de l'attribution du pouvoir légal, interprétés en fonction des objectifs de la Loi, et ne constitue pas un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire de la Commission — 3) Le TCDP a statué que les groupes professionnels n'ont été utilisés qu'en vue d'identifier les groupes de comparaison du sexe opposé dans le contexte de plaintes de groupe — La mention des «groupes professionnels» dans les art. 12 à 15 de l'Ordonnance renvoie simplement aux groupes identifiés en vertu des art. 12 et 13 comme des groupes à prédominance masculine ou féminine — L'art. 15 n'exige pas que les comparaisons portent sur les employés des groupes professionnels à prédominance masculine, échantillonnés selon leur groupe — Même si le TCDP avait commis une erreur de droit parce que l'art. 15 l'obligeait à se fonder sur la courbe des salaires des groupes professionnels à prédominance masculine, cette erreur ne justifierait pas l'annulation de la décision du TCDP — 4) Lorsque les salaires des femmes sont rajustés à la hausse à la suite d'une plainte déposée en vertu de l'art. 11, conformément à la méthode utilisée, tout écart salarial en résultant est autorisé par la Loi — Il ne s'agit pas d'une disparité que l'employeur instaure ou pratique — 5) Le TCDP pouvait adopter la méthode du nouveau calcul annuel afin de déterminer l'écart salarial pour chacune des années en tenant compte des augmentations de salaire versées non seulement aux membres du groupe plaignant, mais aussi aux employés appartenant aux groupes professionnels à prédominance masculine inclus dans la courbe segmentée compte tenu de l'information incomplète disponible.

Fonction publique — Contrôle judiciaire de la décision du Tribunal canadien des droits de la personne (TCDP) portant que le Conseil du Trésor a contrevenu à l'art. 11 de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

male, female employees employed in same establishment performing work of equal value — CHRT not erring in choice of methodology for selecting male comparators for employees in each level of predominantly female complainants group i.e. omitting observations from male population where value of work performed higher/lower than highest/lowest value of work performed by female occupational group — S. 11 aimed at existence of wage gap disadvantaging women as result of gendered segregation in employment, systemic undervaluation of work typically performed by women — Any wage difference created by s. 11 adjustment statutorily authorized — Would not give rise to s. 11 complaint by males then earning less — Annual recalculation of wage gap reasonable — Benefit to public interest of setting aside decision for error of technical nature outweighed by costs of so doing.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Judicial review of CHRT decision Treasury Board in breach of CHRA, s. 11 by maintaining differences in wages between male, female employees employed in same establishment performing work of equal value — S. 11 not containing objective criteria for determining whether jobs involving different tasks of equal value — Enacted at level of principle — Implementation requiring mastery of range of technical knowledge of considerable sophistication, thorough understanding of workplace — Indicating more than general questions of law, legal reasoning, quasi-constitutional questions involved — Reasonable inference CHRT having more expertise in matter than Court — S.C.C. decisions establishing correctness as standard of review applicable to Tribunal's interpretation of enabling legislation not determinative — On judicial review within Court's discretion to grant, refuse relief, even when reviewable error by decision-maker — Judicial review public law proceeding; relief granted to further public interest — Benefit to public interest of setting aside CHRT's decision for failure to comply with Equal Wages Guidelines, 1986, s. 15 outweighed by costs of so doing — In context, justice further delayed would be justice denied.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

LCDP en pratiquant la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes — Le TCDP n'a pas commis d'erreur de droit dans le choix de la méthode utilisée pour sélectionner les groupes de comparaison à prédominance masculine pour les employés de chaque niveau des groupes plaignants à prédominance féminine, c'est-à-dire en omettant les observations relatives aux hommes lorsque la valeur du travail effectué était plus élevée/plus basse que la valeur la plus élevée/la plus faible du travail effectué par les membres du groupe professionnel à prédominance féminine — L'art. 11 vise à remédier au problème de l'écart salarial défavorable aux femmes résultant de la ségrégation des emplois fondée sur le sexe et de la sous-évaluation systémique des tâches habituellement exécutées par des femmes — Tout écart salarial résultant du rajustement effectué en vertu de l'art. 11 est autorisé par la Loi — Il ne pourrait donner lieu à une nouvelle plainte en vertu de l'art. 11 de la part des hommes dont le salaire serait alors moindre — Le nouveau calcul annuel de l'écart salarial est raisonnable — Les coûts qu'entraînerait l'annulation de la décision pour une erreur de nature purement technique dépasseraient l'avantage qui en découlerait pour l'intérêt public.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Contrôle judiciaire de la décision du TCDP portant que le Conseil du Trésor a contrevenu à l'art. 11 de la LCDP en pratiquant la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes — L'art. 11 n'établit aucun critère objectif pour déterminer si des fonctions qui comportent des tâches différentes sont équivalentes — Cette disposition a été édictée en tant que principe — Sa mise en œuvre requiert la maîtrise de connaissances techniques très sophistiquées ainsi qu'une compréhension complète du milieu de travail — Cela indique qu'elle comporte plus que des questions de droit de portée générale, qu'un raisonnement juridique et que des valeurs quasi constitutionnelles — Il est raisonnable de conclure que l'expertise du TCDP en la matière est supérieure à celle de la Cour — Les décisions de la C.S.C. établissant la norme de la décision correcte comme la norme de contrôle applicable à l'interprétation par le tribunal de sa loi habilitante ne sont pas déterminantes — Dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour a le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser la réparation, même lorsque l'auteur de la décision administrative a commis une erreur donnant ouverture au contrôle judiciaire — Une demande de contrôle judiciaire est une procédure de droit public; la Cour accorde une réparation pour promouvoir l'intérêt public — Les coûts qu'entraînerait l'annulation de la décision du TCDP pour non-respect de l'art. 15 de l'Ordonnance de 1986 sur la parité salariale dépasseraient l'avantage qui en découlerait pour l'intérêt public — Dans ce contexte, la justice différée davantage serait un déni de justice.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Construction of statutes — CHRA, s. 11 providing discriminatory practice for employer to establish, maintain differences in wages between male, female employees employed in same establishment, performing work of equal value — Unlike employment equity legislation addressing underrepresentation of women, minorities in certain employment, s. 11 addressing systemic wage discrimination attributable to historic pattern of job segregation — Within CHRT's mandate when dealing with complaints under s. 11 to take into account existence of underrepresentation of women in higher paying positions — Parliament aware s. 11 represented more statement of principle than complete prescription — Consistent with Parliament's intention "living tree" of Act should be nourished by experience of other jurisdictions in dealing with social injustice at which s. 11 aimed — CHRT entitled to rely on evidence of expert witnesses who drew on experience with specialized pay equity legislation — Differences between s. 11, other statutes not so significant as to make more modern pay equity legislation irrelevant to resolution of issues before Tribunal.

### **Gitxsan Treaty Society v. Hospital Employees' Union (C.A.)** ..... 135

Practice — Notice of constitutional question — Motion by Attorney General of Canada to prevent applicant from questioning constitutional validity, applicability, operability of Canada Labour Code — Applicant seeking judicial review of decisions of CLRB — Failing to give notice to Attorney General of constitutional question in proceedings before Board as required by Federal Court Act, ss. 57(1), (2) — S. 57(1) applying to proceedings before Federal Court, federal boards, commissions, other tribunals — Requirement to give notice under s. 57(1) mandatory — Argument notice requirement could not be complied with as Board never convened oral hearing rejected — Notice must be given even if not known whether oral hearing will be held — Form 2.1 (notice form) must be adapted to particular circumstances — If no hearing to be held, tribunal will so advise attorneys general, give deadline for written submissions — Presence of prejudice irrelevant — Attorneys general having demonstrated prejudice — On judicial review evidence extrinsic to record before tribunal whose decision reviewed may be introduced — Issue one of constitutional jurisdiction of Board under Canada Labour Code, not one in which want of jurisdiction of Board only apparent on new evidence — Review of decisions, not determination, by trial *de novo*, of questions not adequately canvassed in evidence at tribunal, trial court essential purpose of judicial review.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Interprétation des lois — Selon l'art. 11 de la LCDP, constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans un même établissement, des fonctions équivalentes — Contrairement aux lois portant sur l'équité en matière d'emploi qui traitent de la sous-représentation des femmes et des membres des groupes minoritaires dans certaines fonctions, l'art. 11 vise les disparités salariales systémiques attribuables aux modèles historiques de ségrégation en matière d'emploi — Il relève tout à fait du mandat du TCDP, lorsqu'il statue sur une plainte fondée sur l'art. 11, de prendre en considération la sous-représentation des femmes dans des emplois mieux rémunérés — Le Parlement savait que l'art. 11 constituait davantage un énoncé de principe qu'une disposition complète — Il est conforme à l'intention du Parlement que l'«arbre vivant» de la Loi se nourrisse de l'expérience qu'ont acquise les autres juridictions lorsqu'elles ont traité de l'injustice sociale visée à l'art. 11 — Le TCDP pouvait se fonder sur les dépositions de témoins experts qui se sont servis de leur expérience relative aux lois spécialisées en matière d'équité salariale — Les différences entre l'art. 11 et ces autres lois ne sont pas assez importantes pour rendre les lois plus modernes en matière d'équité salariale non pertinentes quant à la résolution des questions dont le tribunal était saisi.

### **Gitxsan Treaty Society c. Hospital Employees' Union (C.A.)** ..... 135

Pratique — Avis d'une question constitutionnelle — Requête déposée par le procureur général du Canada pour empêcher la demanderesse de mettre en doute la validité, l'applicabilité ou l'effet sur le plan constitutionnel du Code canadien du travail — La demanderesse a demandé le contrôle judiciaire des décisions du CCRT — Elle a omis de donner un avis d'une question constitutionnelle au procureur général lors des procédures devant le CCRT, comme le requièrent les art. 57(1) et (2) de la Loi sur la Cour fédérale — L'art. 57(1) s'applique aux procédures instruites devant la Cour fédérale et devant un office fédéral — Il prévoit l'obligation de communiquer un avis — L'argument selon lequel l'obligation de communiquer l'avis n'a pu être remplie parce que le Conseil n'avait jamais convoqué d'audition orale a été rejeté — Un avis doit être communiqué même lorsqu'on ne sait pas s'il y aura une audition — La formule 2.1 (formule d'avis) doit être adaptée aux circonstances particulières — S'il est décidé qu'aucune audition ne sera tenue, le tribunal en avisera les procureurs généraux et leur fixera une date d'échéance pour le dépôt de leurs observations écrites — La présence d'un préjudice n'est pas un facteur pertinent — Les procureurs généraux ont démontré qu'ils ont subi un préjudice — À l'étape du contrôle judiciaire, il est permis de présenter une preuve extrinsèque au dossier soumis devant le tribunal dont la décision fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire —

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### Lavoie v. Canada (C.A.) ..... 3

Public Service — Selection process — Competitions — Appellants permanent residents — Denied referral to open competition for positions in public service under PSEA, s. 16(4)(c) — Qualified non-Canadian candidates subject to citizenship preference when applying for positions to be filled by open competition — Citizen-based distinction drawn by Act, s. 16(4)(c) not discrimination within meaning of Charter, s. 15(1) — Canadian citizens, permanent residents not “similarly situated” — Preference for Canadian citizens in open competitions not violating merit principle.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Appellants contending citizenship preference for employment in public service contrary to equality principle in Charter, s. 15, not saved by s. 1 — Non-citizens not referred as candidates in open competitions until inventory of qualified Canadian candidates exhausted — Appellants’ basic rights under Charter, s. 15 not breached by PSEA, s. 16(4)(c) — Equality principle not applicable — Citizenship preference not giving rise to discrimination under Charter, s. 15 — *Oakes* test applied — Impugned legislation not disguise, abuse of powers — Importance of legislative objectives outweighing disadvantage created by impugned statutory provision.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Whether employment preference in favour of Canadian citizens created by PSEA, s. 16(4)(c) violating Charter, s. 15(1) — Application of citizenship preference discretionary at referral stage under s. 16(4)(c) — Preference not excluding non-citizens from competing in open competitions but qualified Canadian candidates given priority — Citizenship requiring attachment to Canadian laws, institutions, commitment to duties — Impugned legislation reasonable exercise by Parliament of power with respect to

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

La question qui se pose touche la compétence constitutionnelle du CCRT sous le régime du Code canadien du travail et, non le fait que seuls de nouveaux éléments de preuve peuvent faire apparaître le défaut de compétence du Conseil — Le but premier du contrôle judiciaire est de contrôler des décisions, et non pas de trancher, par un procès *de novo*, des questions qui n’ont pas été examinées de façon adéquate sur le plan de la preuve devant le tribunal ou la cour de première instance.

### Lavoie c. Canada (C.A.) ..... 3

Fonction publique — Procédure de sélection — Concours — Les appelantes étaient résidentes permanentes — Elles s’étaient vu refuser, sur le fondement de l’art. 16(4)c) de la LEFP, le droit de se présenter à un concours public au sein de la fonction publique — Les candidats qualifiés qui n’ont pas la citoyenneté canadienne font face, lorsqu’ils postulent à des postes dotés par concours public, à la préférence accordée aux citoyens — La distinction que l’art. 16(4)c) de la Loi établit au titre de la citoyenneté n’est pas une discrimination au sens de l’art. 15(1) de la Charte — Les citoyens canadiens et les résidents permanents ne se trouvent pas dans une «situation analogue» — La préférence accordée aux citoyens canadiens lors de concours publics n’est pas contraire au principe du mérite.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Les appelantes faisaient valoir que la préférence accordée aux citoyens en matière d’emploi dans la fonction publique porte atteinte au principe d’égalité énoncé à l’art. 15 de la Charte, et que cette atteinte ne se justifie pas au regard de l’article premier — Lors de concours publics, la candidature des non-citoyens n’est présentée qu’après épuisement du répertoire de candidats canadiens qualifiés — L’art. 16(4)c) de la LEFP ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux garantis aux appelantes par l’art. 15 de la Charte — Le principe d’égalité ne s’applique pas en l’espèce — La préférence accordée aux citoyens n’entraîne aucune discrimination au regard de l’art. 15 de la Charte — Le critère dégagé dans l’arrêt *Oakes* s’applique en l’occurrence — La disposition en cause ne constitue ni un déguisement ni un abus de pouvoir — L’importance des objectifs visés par la législation l’emporte sur le désavantage qu’elle entraîne.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — La préférence que l’art. 16(4)c) de la LEFP accorde aux citoyens canadiens en matière d’emploi est-elle contraire à l’art. 15(1) de la Charte? — Selon l’art. 16(4)c), l’application de la préférence est discrétionnaire à l’étape de la présentation des candidats — La préférence n’empêche pas les non-Canadiens de participer aux concours publics mais les citoyens qualifiés ont priorité — La citoyenneté exige un attachement aux lois et aux institutions canadiennes, ainsi que l’engagement de s’acquitter des obligations incombant

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

citizenship — Disadvantage created by impugned statutory provision not pertaining to human dignity of permanent residents — Canadian citizens, permanent residents not “similarly situated”.

### **Nouranidoust v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.)** ..... 123

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Applicant found not entitled to landing under deferred removal orders class regulations as not in possession of passport, travel document — Passport subsequently issued to applicant by Iranian embassy — Original decision to refuse application for landing maintained — Whether immigration officer could reconsider decision on basis of new evidence — Immigration Act silent, case law unsettled as to application of doctrine of *functus officio* to decisions of immigration officers — Decision herein new decision subject to judicial review — Applicant not trying to avoid expiration of limitation period — Immigration officer having authority to reconsider decision on basis of new evidence — Principle of *functus officio* to be applied flexibly — Parliament’s silence not intended to restrict immigration officer from reopening file in interests of justice.

## SOMMAIRE (Fin)

aux citoyens — La disposition législative contestée est le fruit d’un exercice raisonnable, par le législateur, des compétences qu’il a en matière de citoyenneté — Le désavantage qu’entraîne la disposition en cause n’a pas de rapport avec la dignité humaine des résidents permanents — Les citoyens canadiens et les résidents permanents ne sont pas dans une «situation analogue».

### **Nouranidoust c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (1<sup>er</sup> inst.)** ..... 123

Citoyenneté et immigration — Pratique en matière d’immigration — Il a été jugé que le demandeur n’avait aucun droit d’établissement en application des règlements sur les immigrants visés par une mesure de renvoi à exécution différée car il n’était pas en possession d’un passeport ou d’autres documents de voyage — Un passeport a plus tard été délivré au demandeur par l’ambassade d’Iran — La décision originale de rejet de la demande d’établissement a été maintenue — L’agent d’immigration pouvait-il réexaminer sa décision sur la base de nouvelles preuves — La Loi sur l’immigration est muette et la jurisprudence n’est pas fixée sur l’application du principe *functus officio* aux décisions des agents d’immigration — La présente décision est une nouvelle décision susceptible de contrôle judiciaire — Le demandeur n’a pas essayé d’éviter l’expiration d’un délai — L’agent d’immigration avait le pouvoir de réexaminer la demande sur la base de nouvelles preuves — Le principe *functus officio* doit être appliqué avec souplesse — Le silence du législateur ne vise pas à empêcher l’agent d’immigration de réexaminer un dossier s’il y va de l’intérêt de la justice.



## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Canada (Attorney General) v. Boutilier*, [1999] 1 F.C. 459 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-724-98). The reasons for judgment, handed down 2/12/99, will be published in the *Federal Court Reports*.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Canada (Procureur général) c. Boutilier*, [1999] 1 C.F. 459 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-724-98). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 2-12-99, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.



ISSN 0384-2568 (Print/imprimé)  
ISSN 2560-9610 (Online/en ligne)

**Canada  
Federal Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour fédérale  
du Canada**

**2000, Vol. 1, Part 1**

**2000, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**



A-317-95 (T-2479-90)

**Janine Bailey** (*Appellant*) (*Plaintiff*)

v.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada and the Public Service Commission** (*Respondents*) (*Defendants*)

A-318-95 (T-1686-90)

**Elisabeth Lavoie, Jeanne To Thanh Hien** (*Appellants*) (*Plaintiffs*)

v.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada and the Public Service Commission** (*Respondents*) (*Defendants*)**INDEXED AS: LAVOIE v. CANADA (C.A.)**

Court of Appeal, Marceau, Desjardins and Linden J.J.A.—Ottawa, January 13, 14 and May 19, 1999.

*Public Service — Selection process — Competitions — Appellants permanent residents — Denied referral to open competition for positions in public service under PSEA, s. 16(4)(c) — Qualified non-Canadian candidates subject to citizenship preference when applying for positions to be filled by open competition — Citizen-based distinction drawn by Act, s. 16(4)(c) not discrimination within meaning of Charter, s. 15(1) — Canadian citizens, permanent residents not “similarly situated” — Preference for Canadian citizens in open competitions not violating merit principle.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Appellants contending citizenship preference for employment in public service contrary to equality principle in Charter, s. 15, not saved by s. 1 — Non-citizens not referred as candidates in open competitions until inventory of qualified Canadian candidates exhausted — Appellants’ basic rights under Charter, s. 15 not breached by PSEA, s. 16(4)(c) — Equality principle not applicable — Citizenship preference not giving rise to discrimination under Charter, s. 15 — Oakes test applied — Impugned legislation not disguise, abuse of powers — Importance of legislative objectives outweighing disadvantage created by impugned statutory provision.*

A-317-95 (T-2479-90)

**Janine Bailey** (*appelante*) (*demanderesse*)

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la Commission de la fonction publique** (*intimées*) (*défenderesses*)

A-318-95 (T-1686-90)

**Elisabeth Lavoie, Jeanne To Thanh Hien** (*appelantes*) (*demandereses*)

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la Commission de la fonction publique** (*intimées*) (*défenderesses*)**RÉPERTORIÉ: LAVOIE c. CANADA (C.A.)**

Cour d’appel, juges Marceau, Desjardins et Linden, J.C.A.—Ottawa, 13, 14 janvier et 19 mai 1999.

*Fonction publique — Procédure de sélection — Concours — Les appelantes étaient résidentes permanentes — Elles s’étaient vu refuser, sur le fondement de l’art. 16(4)c) de la LEFP, le droit de se présenter à un concours public au sein de la fonction publique — Les candidats qualifiés qui n’ont pas la citoyenneté canadienne font face, lorsqu’ils postulent à des postes dotés par concours public, à la préférence accordée aux citoyens — La distinction que l’art. 16(4)c) de la Loi établit au titre de la citoyenneté n’est pas une discrimination au sens de l’art. 15(1) de la Charte — Les citoyens canadiens et les résidents permanents ne se trouvent pas dans une «situation analogue» — La préférence accordée aux citoyens canadiens lors de concours publics n’est pas contraire au principe du mérite.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Les appelantes faisaient valoir que la préférence accordée aux citoyens en matière d’emploi dans la fonction publique porte atteinte au principe d’égalité énoncé à l’art. 15 de la Charte, et que cette atteinte ne se justifie pas au regard de l’article premier — Lors de concours publics, la candidature des non-citoyens n’est présentée qu’après épuisement du répertoire de candidats canadiens qualifiés — L’art. 16(4)c) de la LEFP ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux garantis aux appelantes par l’art. 15 de la Charte — Le principe d’égalité ne s’applique pas en l’espèce — La préférence accordée aux citoyens n’entraîne aucune discrimination au regard de l’art. 15 de la Charte — Le critère dégagé dans l’arrêt Oakes s’applique en*

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Whether employment preference in favour of Canadian citizens created by PSEA, s. 16(4)(c) violating Charter, s. 15(1) — Application of citizenship preference discretionary at referral stage under s. 16(4)(c) — Preference not excluding non-citizens from competing in open competitions but qualified Canadian candidates given priority — Citizenship requiring attachment to Canadian laws, institutions, commitment to duties — Impugned legislation reasonable exercise by Parliament of power with respect to citizenship — Disadvantage created by impugned statutory provision not pertaining to human dignity of permanent residents — Canadian citizens, permanent residents not “similarly situated”.*

These were appeals from a Trial Division decision dismissing the appellants' actions for declaratory relief and damages, on constitutional grounds, in respect of the application of paragraph 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act*. All three appellants were, at the relevant times, permanent residents of Canada but not citizens. They are well educated women who had all obtained employment with the federal public service, but were denied “referral to open competition” for certain positions for which they had applied on the grounds of said provision. Two of them, who are citizens of Austria and the Netherlands, refused to obtain Canadian citizenship because they would automatically have lost their original citizenships, thereby limiting their opportunities for future employment in the public service of their native countries. It was submitted that the preferential treatment reserved for Canadian citizens offended the equality principle embodied in section 15 of the Charter and that the impugned provision could not be saved by section 1. The citizenship preference can apply at two stages of a competition for a position in the public service: the candidate referral stage (paragraph 16(4)(c)) and the eligibility stage (paragraph 17(4)(c)). At the referral stage, the application of the preference is discretionary; at the eligibility stage, it is mandatory. The respondents exercised their discretion under paragraph 16(4)(c). Although the citizenship preference does not exclude non-Canadians from competing in open competitions, non-citizens will not be referred as candidates until the inventory of qualified Canadian candidates has been exhausted. The Trial Judge found that the purpose and objective of the citizenship preference was twofold: (a) to enhance the meaning, value and importance of citizenship, and (b) to provide an incentive for permanent residents to become citizens. Proceeding to an analysis under section 1 of the Charter, His Lordship ruled that the twofold objective of the impugned legislation constituted a

*l'occurrence — La disposition en cause ne constitue ni un déguisement ni un abus de pouvoir — L'importance des objectifs visés par la législation l'emporte sur le désavantage qu'elle entraîne.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — La préférence que l'art. 16(4)c) de la LEFP accorde aux citoyens canadiens en matière d'emploi est-elle contraire à l'art. 15(1) de la Charte? — Selon l'art. 16(4)c), l'application de la préférence est discrétionnaire à l'étape de la présentation des candidats — La préférence n'empêche pas les non-Canadiens de participer aux concours publics mais les citoyens qualifiés ont priorité — La citoyenneté exige un attachement aux lois et aux institutions canadiennes, ainsi que l'engagement de s'acquitter des obligations incombant aux citoyens — La disposition législative contestée est le fruit d'un exercice raisonnable, par le législateur, des compétences qu'il a en matière de citoyenneté — Le désavantage qu'entraîne la disposition en cause n'a pas de rapport avec la dignité humaine des résidents permanents — Les citoyens canadiens et les résidents permanents ne sont pas dans une «situation analogue».*

Il s'agissait d'appels interjetés d'une décision de la Section de première instance rejetant les demandes en jugement déclaratoire et en dommages-intérêts présentées par les appelantes, pour des motifs d'ordre constitutionnel, en ce qui a trait à l'application de l'alinéa 16(4)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. À l'époque en cause, les trois appelantes résidaient au Canada mais n'en étaient pas des citoyennes. Ce sont des femmes instruites qui avaient toutes obtenu un emploi dans la fonction publique fédérale, mais à qui on avait refusé, sur le fondement de ladite disposition, la «présentation à un concours public» en vue de certaines fonctions auxquelles elles avaient postulé. Deux d'entre elles, citoyennes de l'Autriche et des Pays-Bas, avaient décidé de ne pas se faire naturaliser car cela les aurait obligées à renoncer à leur citoyenneté d'origine, et aurait réduit par là même leurs chances d'obtenir éventuellement un emploi au sein de la fonction publique de leur pays d'origine. Elles estimaient que la préférence accordée aux citoyens canadiens est contraire au principe d'égalité affirmé à l'article 15 de la Charte et que la disposition législative en cause ne saurait être validée par l'article premier. La préférence accordée aux citoyens peut s'appliquer à deux étapes d'un concours en vue d'un poste dans la fonction publique: l'étape de présentation des candidats (alinéa 16(4)c)) et l'étape de la liste d'admissibilité (alinéa 17(4)c)). À l'étape de la présentation, l'application de la préférence est discrétionnaire; à l'étape de la liste d'admissibilité, elle est obligatoire. Les intimées ont exercé le pouvoir discrétionnaire qu'elles tiennent de l'alinéa 16(4)c). La préférence accordée aux citoyens n'interdit pas aux non-Canadiens de prendre part à des concours publics mais les non-citoyens ne sont présentés en tant que candidats qu'après épuisement de la liste d'admissibilité de candidats canadiens qualifiés. Selon le juge de première instance, l'objet de la préférence instituée par la loi en faveur des citoyens est double:



sufficiently pressing and substantial concern to warrant a restriction on the appellants' equality rights under section 15 of the Charter. He concluded that, while paragraph 16(4)(c) of the Act infringes section 15 of the Charter, it constitutes a reasonable limit and is saved by section 1. The issue was whether the employment preference in favour of Canadian citizens created by paragraph 16(4)(c) of the Act violates subsection 15(1) of the Charter because the preference is not enjoyed by permanent residents.

*Held* (Linden J.A. dissenting), the appeals should be dismissed.

*Per* Marceau J.A.: The Trial Judge erred in finding that the appellants' basic rights under section 15 of the Charter were breached by the impugned provision. An immigrant, on setting foot on Canadian soil, cannot pretend to have an inherent right to participate in all Canadian legislative attributes and benefits on the same level as Canadian citizens. To try to apply equality rights between citizens and non-citizens with respect not to their common condition as human beings but to their relative status on Canadian soil would negate the concept of citizenship. The determination of an alien's status in Canada is a purely political prerogative and thus an objectionable law is to be attacked within the political rather than the judicial arena. The equality principle can have no application here. The citizen-based distinction drawn by paragraph 16(4)(c) of the PSEA did not constitute discrimination within the meaning of the Charter provision. Exclusive or preferential access to Public Service employment is and has long been one of the privileges of citizenship not only domestically but almost universally. The intent to enhance the value of citizenship does not denigrate the landed immigrant in a manner based upon a personal characteristic. The citizenship preference cannot be seen objectively as demeaning the human dignity of the appellants or non-citizens generally.

*Per* Desjardins J.A. (*concurring in the result*): A permanent resident means a person who has been granted landing whereas a Canadian citizen means a person who is a citizen within the meaning of the *Citizenship Act*. A permanent resident who chooses not to become a Canadian citizen swears no allegiance and assumes none of the duties of a Canadian citizen. The Charter embodies a number of important constitutional rights which only citizens are entitled to. Law enforcement legislation also establishes preferences. Not only are citizens accorded special privi-

a) rehausser le sens, la valeur et l'importance de la citoyenneté canadienne et b) inciter les résidents permanents à se faire naturaliser. Procédant à une analyse fondée sur l'article premier de la Charte, il a statué que le double objectif de la disposition contestée en l'espèce répondait à une préoccupation suffisamment urgente et réelle pour justifier une restriction imposée aux droits à l'égalité que l'article 15 de la Charte garantit aux appelantes. Il a conclu que, si l'alinéa 16(4)c de la Loi est contraire à l'article 15 de la Charte, cette disposition se justifie au regard de l'article premier, en tant que limite raisonnable. Il s'agissait de savoir si la préférence en matière d'emploi accordée aux citoyens canadiens par l'alinéa 16(4)c de la Loi porte atteinte au paragraphe 15(1) de la Charte dans la mesure où les résidents permanents ne bénéficient pas de cette préférence.

*Arrêt* (le juge Linden, J.C.A. dissident): les appels sont rejetés.

Le juge Marceau, J.C.A.: Le juge de première instance a eu tort de conclure que la disposition contestée portait atteinte aux droits fondamentaux reconnus aux appelantes par l'article 15 de la Charte. L'immigrant qui arrive au Canada ne peut revendiquer le droit inhérent de participer, au même titre que les citoyens canadiens, à l'ensemble des avantages et attributions institués par la loi canadienne. L'idée de reconnaître aussi bien aux citoyens qu'aux non-citoyens des droits à l'égalité en ce qui concerne non pas la condition humaine qui leur est commune, mais leur statut respectif sur le sol canadien, évacuerait complètement le concept de citoyenneté. La définition du statut des étrangers au Canada relève entièrement du pouvoir politique et toute loi contestable en ce domaine doit donc être attaquée non pas devant les tribunaux mais devant les responsables politiques. Le principe d'égalité ne saurait s'appliquer en l'espèce. La distinction établie par l'alinéa 16(4)c de la LEFP entre les citoyens et les autres ne constitue pas une discrimination au sens de la disposition de la Charte. L'accès exclusif ou préférentiel aux emplois de la fonction publique est, depuis longtemps, un des privilèges de la citoyenneté, non seulement ici mais dans presque tous les pays. La 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. On ne saurait dire que la préférence fondée sur la citoyenneté porte objectivement atteinte à la dignité humaine des appelantes ou, plus généralement, à celle des non-citoyens.

Le juge Desjardins, J.C.A. (*souscrivant au résultat*): Un résident permanent est une personne qui s'est vu accorder le droit d'établissement, alors que le citoyen est une personne qui a la citoyenneté canadienne au sens de la *Loi sur la citoyenneté*. Le résident permanent qui décide de ne pas devenir citoyen du Canada ne prête aucun serment d'allégeance et n'assume aucune des obligations d'un citoyen canadien. La Charte énonce plusieurs droits constitutionnels importants réservés aux seuls citoyens. Les lois régissant les forces de l'ordre établissent, elles aussi, des préférences.

leges, they are also provided greater protection than permanent residents specifically on account of their closer ties with the state. Citizenship requires attachment to Canadian laws and institutions and a commitment to the duties that ensue as a Canadian citizen. There was ample evidence on which the Trial Judge could base his conclusion that Parliament's intent, in adopting paragraph 16(4)(c) of the Act, was to value Canadian citizenship and to encourage those who are not Canadian citizens to naturalize. However, the impugned legislation puts in a serious disadvantageous position members of a discrete and insular minority and affects them in their search for employment. If it is discriminatory, an analysis under section 1 of the Charter is mandatory. If the impugned legislation is related to citizenship, an analysis under section 1 of the Charter is also required.

In recent cases, the Supreme Court of Canada has repeated that the analytical framework outlined in *The Queen v. Oakes* is the proper approach for determining whether a statutory provision constitutes a reasonable limit on a Charter right under section 1. Such analysis is heavily dependant on the facts of each case. The burden of proving that a legislative enactment is "demonstrably justified in a free and democratic society" lies upon the party seeking to uphold the legislation. The first step of the section 1 analysis is to determine whether the objective of the impugned legislation is pressing and substantial. Since citizenship is a status shared by both new immigrants and long-time residents and, as such, represents a logical common symbol, it is normal that Parliament would seek to enhance the value and importance of citizenship in Canadian society as a way of bringing Canadians together. The preference in favour of citizens in public service hiring may be perceived as a means of accomplishing this goal. The reasonableness of the objective pursued by the impugned provision in terms of the balance of probabilities suffices to meet the first criterion. The objective pursued by the impugned legislation makes sense considering the history of Canada, a country which has grown both socially and economically by accepting immigrants from other lands and other cultures. The second step of the *Oakes* test is whether the means chosen are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. Given their distinct histories, all free and democratic societies, which have preferences, have adopted them for various and complex reasons which are directly dependent upon their own internal traditions. It is hardly possible to draw a firm inference from this comparison except to say that special bonds between citizens and state have a long and enduring history. As to the proportionality test, the key question was whether the impugned provision was carefully designed so as to impair the chances of employment of permanent residents as little

Non seulement les citoyens se voient-ils accorder des privilèges spéciaux, mais, en raison des liens plus étroits qu'ils entretiennent avec l'État, ils jouissent aussi d'une protection plus grande que celle qui est accordée aux résidents permanents. La citoyenneté exige un attachement aux lois et aux institutions canadiennes, ainsi que l'engagement de s'acquitter des obligations incombant aux citoyens canadiens. Le juge de première instance a pu se fonder sur des preuves abondantes pour conclure qu'en adoptant l'alinéa 16(4)c), le législateur a voulu rehausser la valeur de la citoyenneté canadienne et inciter les non-Canadiens à se faire naturaliser. Cela dit, la disposition législative contestée désavantage sérieusement les membres d'une minorité discrète et isolée, et pèse sur leur recherche d'un emploi. Si la disposition est discriminatoire, il incombe à la Cour de se livrer à une analyse du problème au regard de l'article premier de la Charte. Si la disposition législative contestée concerne la citoyenneté, la Cour doit également faire une analyse au regard de l'article premier de la Charte.

À plusieurs reprises récemment, la Cour suprême du Canada a rappelé que la démarche retenue dans l'arrêt *La Reine c. Oakes* est celle qui s'impose lorsqu'il s'agit de dire si une disposition législative constitue, au regard de l'article premier, une limite raisonnable à un droit garanti par la Charte. Cette analyse dépend beaucoup des faits de chaque affaire. C'est à la partie qui défend la validité de la disposition contestée qu'il appartient de rapporter la preuve d'une «justification [qui peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». La première étape de l'analyse fondée sur l'article premier consiste à se demander si la disposition contestée vise un objectif urgent et réel. La citoyenneté, statut commun aux nouveaux immigrants et aux résidents de longue date, trouve logiquement sa place parmi les symboles dans lesquels les Canadiens de toutes origines pourraient se reconnaître, et l'on comprend que le législateur ait cherché à rehausser la valeur et l'importance de la citoyenneté au sein de la société canadienne, afin de promouvoir la cohésion de la nation. La préférence accordée aux citoyens en matière d'emploi dans la fonction publique peut être considérée comme un moyen de parvenir à cela. Pour satisfaire au premier critère, il suffit de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la disposition contestée vise un objectif raisonnable. L'objectif visé par la disposition contestée se défend compte tenu de l'histoire du Canada, pays qui s'est développé, aussi bien socialement qu'économiquement, en accueillant des immigrants provenant d'autres horizons et d'autres cultures. La seconde étape du critère *Oakes* consiste à se demander si les moyens choisis sont raisonnables et si leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Les sociétés libres et démocratiques qui ont instauré une préférence fondée sur la citoyenneté l'ont fait pour des raisons à la fois diverses et complexes, liées à leurs particularités historiques et en rapport direct avec leurs traditions respectives. Il semble difficile de fonder sur cette comparai-

as possible. The impugned legislation expresses a government policy of enhancement and incentive in a status where rights and duties are correlated. To declare paragraph 16(4)(c) of the Act as being of no force or effect would allow the Court to enter a field where rights and duties are to be balanced. Parliament, in such an area, should be left with a “margin of appreciation”. A Court can intervene in the face of a violation of Charter rights. But preference in employment, as opposed to exclusion from the Public Service, is not one of them. This is so especially, given the acceptance of dual citizenship by Canada which minimizes the hardships of the preference for permanent residents. The importance of the legislative objectives outweighs the disadvantage which is created. The impugned legislation amounts to a reasonable exercise by Parliament of its power with respect to citizenship. It does not constitute a disguise or an abuse of powers. The disadvantage created by the impugned statute does not pertain to the human dignity of permanent residents. Citizenship and permanent residence, by essence, connote different characteristics. The citizen assumes duties, the permanent resident does not. As a result, Canadian citizens and permanent residents are not “similarly situated”. Preference in favour of Canadian citizens in open competitions for positions in the Public Service is not in violation of the merit principle embodied in section 10 of the Act.

*Per Linden J.A. (dissenting):* Citizenship is meant to be an accessible goal for all new Canadians. It is a tool of equality, not exclusion. Non-citizens enjoy almost all the rights held by citizens. Under the Charter, most rights are accorded to all those who are subject to Canadian law. Only certain specific rights, like democratic rights, certain mobility rights and minority language rights, are reserved to citizens. The Canadian approach to equality has always given a large and liberal interpretation to anti-discrimination legislation.

The different views taken by the Supreme Court of Canada regarding the proper approach to subsection 15(1) of the Charter have been laid to rest in the recent decision of *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, a turning point in equality jurisprudence in Canada. This case is now the starting point for any analysis of discrimination under the Charter. There are three questions to be answered by a party seeking to prove a violation of

son une conclusion nette à cet égard, si ce n’est pour dire que les liens spéciaux noués entre les citoyens et l’État ont une très longue histoire. Quant au critère de la proportionnalité, il s’agit surtout de savoir si la disposition contestée a été soigneusement conçue afin de nuire le moins possible aux chances d’emploi des résidents permanents. La disposition contestée est la manifestation d’une politique gouvernementale de valorisation et d’incitation au moyen d’un statut combinant droits et obligations. En déclarant inopérant l’alinéa 16(4)c) de la Loi, la Cour s’introduirait dans un domaine où les droits et les obligations doivent être équilibrés. Dans un tel domaine, il y a lieu de reconnaître au législateur une «marge d’appréciation». Un tribunal peut intervenir en cas de violation des droits reconnus par la Charte. Mais la préférence en matière d’emploi, à l’inverse d’une exclusion radicale des postes de la fonction publique, n’entre pas dans cette catégorie. Il en est particulièrement ainsi parce que le Canada admet la double nationalité, ce qui réduit les difficultés qu’entraîne pour les résidents permanents l’instauration d’une préférence en faveur des citoyens. L’importance des objectifs visés par la législation l’emporte sur le désavantage qu’elle entraîne. La disposition contestée en l’espèce est le fruit d’un exercice raisonnable, par le législateur, des compétences qu’il a en matière de citoyenneté. Il ne s’agit ni d’un déguisement ni d’un abus de pouvoir. Le désavantage qu’entraîne la disposition en cause n’a pas de rapport avec la dignité humaine des résidents permanents. La citoyenneté et la résidence permanente supposent, par leur nature même, des différences de caractéristiques. Le citoyen assume un certain nombre de devoirs, ce qui n’est pas le cas du résident permanent. Par conséquent, les citoyens canadiens et les résidents permanents ne sont pas dans une «situation analogue». La préférence accordée aux citoyens canadiens lors de concours publics organisés en vue de postes dans la fonction publique n’est pas contraire au principe du mérite inscrit à l’article 10 de la Loi.

Le juge Linden, J.C.A. (*dissent*): La citoyenneté est vue comme un but que tous les néo-Canadiens peuvent atteindre. C’est un instrument d’égalité et non pas d’exclusion. Les non-citoyens jouissent de presque tous les droits reconnus aux citoyens. En vertu de la Charte, la plupart des droits énoncés sont reconnus à toutes les personnes assujetties à la loi canadienne. Seuls certains droits précis—les droits démocratiques, la liberté de circulation et d’établissement et les droits se rattachant à la langue de la minorité—sont réservés aux citoyens. En matière d’égalité, l’approche retenue par le Canada a toujours favorisé une interprétation large et libérale de la législation antidiscrimination.

Les différences de point de vue, entre les juges de la Cour suprême du Canada, touchant l’approche du paragraphe 15(1) de la Charte, sont choses du passé depuis le récent arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, qui est le point de départ, en matière d’égalité, de toute analyse de mesures discriminatoires au regard de la Charte. Il y a trois questions auxquelles doit répondre la partie qui plaide une violation du paragraphe 15(1) de la

subsection 15(1) of the Charter. First, the claimant must show that the impugned legislation or state action draws a distinction between him and others. Second, he must show that the distinction has been drawn on an enumerated or analogous ground. Third, he must show that such a distinction is discriminatory in its nature. Paragraph 16(4)(c) of the PSEA does not grant equal benefits to all individuals as it denies non-citizens equal benefit of the law *vis à vis* citizens. Moreover, it is now settled that the distinction is made on the analogous ground of non-citizenship. The third question, whether such a distinction constitutes discrimination under subsection 15(1) of the Charter, is more complex. Where a distinction is drawn exclusively on the basis of an enumerated or analogous ground, that will generally suffice to establish discrimination. Human dignity is now at the centre of the analysis under subsection 15(1) of the Charter. Any Court which deals with it must carefully consider the relationship between the impugned law or state action and the human dignity of the claimant. A determination that a law or state action has adverse effects on the dignity of the claimant must be made from the appropriate context. In *Law*, the Supreme Court has outlined important contextual factors which may help to evaluate whether, from the perspective of the reasonable person in the shoes of the claimant, the legislative imposition of differential treatment has the effect of demeaning his human dignity. The Trial Judge was correct in holding that the citizenship preference violates subsection 15(1) of the Charter. This legislative distinction denies non-citizens employment on the basis of non-citizenship alone. There are four reasons why this legislation demeans the human dignity of non-citizens such as the claimants. First, one of the principal ways in which Canada has historically discriminated against non-citizens and immigrants is by denying them employment, particularly within the public service. In enacting paragraph 16(4)(c) of the PSEA, Parliament has exacerbated the historic, present and pre-existing disadvantages borne by non-citizens in our society. Second, denying people the chance to work is far more serious than refusing them some monetary benefit or procedural right. When the government acts to deny employment to an enumerated or analogous group, the human dignity and self-worth of the group are always impugned. In the context of this case, the impact of the impugned legislation on the appellants was severe and localized. Third, it is questionable to what extent the government may “enhance” citizenship by derogating from the rights of non-citizens. The concept of citizenship cannot be enhanced when it is identified by stripping away the rights of non-citizens. To use citizenship as a tool for exclusion denies the dignity of those who are excluded and rebukes that which is uniquely Canadian. Fourth, the impugned provision is a blanket provision which makes no reference to the needs and capacities of the targeted group (non-citizens). It denies the opportunity to compete for employment to those who are already in a disadvantaged position when seeking employment. Further, the legislation does not take into account the needs or circumstances of non-citizens. Allowing people to

Charte. D’abord, le plaignant doit démontrer que la disposition contestée ou la mesure prise par l’État établit une distinction entre lui-même et d’autres personnes. Ensuite, il doit démontrer que la distinction est fondée sur un des motifs énumérés ou sur un motif analogue. Troisièmement, il doit démontrer qu’une telle distinction est de nature discriminatoire. L’alinéa 16(4)c) de la LEFP n’accorde pas les mêmes avantages à tous les individus étant donné qu’il refuse aux non-citoyens le bénéfice égal de la loi par rapport aux citoyens. La question est maintenant réglée: la distinction établie en l’occurrence est fondée sur un motif analogue, à savoir la non-citoyenneté. La troisième question, celle de savoir si une telle distinction est discriminatoire au regard du paragraphe 15(1) de la Charte, est plus complexe. Lorsqu’une distinction est établie exclusivement sur le fondement d’un motif énuméré ou d’un motif analogue, cela suffit, en général, à établir l’existence d’une discrimination. La dignité humaine est maintenant solidement ancrée au cœur même de l’analyse fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte. Tout tribunal appelé à se pencher sur ce paragraphe doit étudier avec attention le lien qui existe entre la loi ou la mesure étatique contestée et la dignité humaine du plaignant. Toute conclusion qu’une loi ou une mesure étatique a des effets néfastes sur la dignité du demandeur doit être tirée à partir du contexte congru. Dans l’arrêt *Law*, la Cour suprême a défini des facteurs contextuels importants susceptibles de dire si, dans l’optique d’une personne raisonnable se trouvant à la place du demandeur, la différence de traitement imposée par la législation a pour effet de porter atteinte à sa dignité humaine. Le juge de première instance a décidé à bon droit que la préférence accordée aux citoyens est contraire au paragraphe 15(1) de la Charte. Cette distinction établie par la loi refuse aux non-citoyens la possibilité d’un emploi du seul fait qu’ils ne sont pas citoyens. Quatre raisons expliquent pourquoi ce texte de loi porte atteinte à la dignité humaine des non-citoyens se trouvant à la place des demanderesse. D’abord, un des principaux modes de discrimination, au Canada, à l’encontre des non-citoyens et des immigrants, est le refus de les employer, notamment dans la fonction publique. En adoptant l’alinéa 16(4)c) de la LEFP, le législateur exacerbe des désavantages historiques, actuels et préexistants, qu’ont dû subir les non-citoyens de notre société. Deuxièmement, le fait de refuser à certaines personnes la possibilité d’obtenir un emploi est beaucoup plus grave que le refus de leur accorder un avantage monétaire ou un droit procédural. Lorsqu’un gouvernement prend des mesures qui ferment l’emploi aux membres d’un groupe énuméré ou d’un groupe analogue, il y a toujours atteinte à la dignité humaine et à l’amour-propre des membres de ce groupe. Dans le contexte de la présente affaire, la disposition contestée a, sur les appelantes, une incidence grave et localisée. Troisièmement, la question de savoir dans quelle mesure le gouvernement peut «rehausser» la citoyenneté en portant atteinte aux droits de non-citoyens est problématique. On ne saurait rehausser la valeur du concept de citoyenneté en le définissant par rapport aux droits que l’on retire aux non-citoyens. Utiliser

stay permanently in our country while excluding them from jobs which they are qualified to perform on the basis of citizenship alone is a discriminatory practice. This legislation violates the human dignity of non-citizens by denying them the opportunity to compete in a free and fair labour market.

To determine that paragraph 16(4)(c) of the Act is saved by section 1 of the Charter, it must be established that the objective which the limitation is designed to promote is “of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom”. At a minimum, an objective must be “pressing and substantial in a free and democratic society” to qualify as sufficiently important. Only those infringements which are reasonable and demonstrably justified will be permitted. The Trial Judge ignored evidence before him and therefore committed a palpable and overriding error in not finding that the impugned legislation was enacted to address concerns of commitment and loyalty which arise when non-citizens are hired to serve the Canadian public as well as to enhance citizenship and encourage naturalization. There was ample evidence of an additional purpose underlying the citizenship preference, that is concerns of loyalty and commitment. The objectives of enhancing Canadian citizenship and encouraging naturalization are sufficiently important to warrant the compromise of equality between citizens and non-citizens. Legislation will be rationally connected to its intended objective if it is designed to meet its objective, is not arbitrary and is based on assumptions which, logically applied, further the objective. In this case, it was logical to infer that giving citizens preferential treatment in public service employment will further the substantial objectives of enhancing citizenship and encouraging people to naturalize and that the objectives of the impugned legislation are rationally connected to Parliament’s goals. On the other hand, the Crown has not shown evidence that Parliament, in response to a problem or in furtherance of a pressing and substantial objective, has passed legislation which is carefully tailored to minimize impairment of a Charter right, or has turned its mind to alternatives other than the complete repeal of the citizenship preference. The Trial Judge was wrong in holding that the infringement of the equality guarantee was not serious. The effects of the provision are disproportionate to its objectives because one of these effects is to undermine the merit principle underlying the statute as a whole. If Parliament wishes to encourage non-discriminatory, merit-based hiring,

la citoyenneté comme outil d’exclusion, c’est porter atteinte à la dignité de ceux qui sont exclus et c’est contraire à ce à quoi les Canadiens sont particulièrement attachés. Quatrièmement, la disposition en cause est une disposition de portée générale qui ne mentionne ni les besoins ni les capacités du groupe visé (les non-citoyens). Cette disposition refuse la possibilité de postuler un emploi aux personnes se trouvant déjà dans une situation désavantagée lorsqu’elles recherchent un emploi. D’ailleurs, la disposition en cause ne tient aucunement compte des besoins ou de la situation des non-citoyens. C’est de la discrimination que de permettre à des gens de s’installer en permanence dans notre pays tout en leur fermant, du seul fait de leur citoyenneté, des emplois pour lesquels ils sont qualifiés. La disposition en cause porte atteinte à sa dignité humaine des non-citoyens puisqu’elle leur refuse la possibilité de concourir dans un marché du travail libre et équitable.

Pour savoir si l’alinéa 16(4)c) de la Loi se justifie au regard de l’article premier de la Charte, il faut établir que l’objectif auquel la restriction est censée contribuer est «suffisamment important pour justifier que l’on passe outre à une liberté ou à un droit protégé par la Constitution». Au minimum, l’objectif doit correspondre à des préoccupations «urgentes et réelles dans une société libre et démocratique» pour être considéré comme suffisamment important. Seules les atteintes qui sont raisonnables et dont la justification puisse être démontrée seront admises. Le juge de première instance n’a pas tenu compte de certaines preuves produites devant lui et il a par conséquent commis une erreur manifeste et dominante lorsqu’il a omis de conclure que la disposition législative en cause avait été adoptée, non seulement pour rehausser la valeur de la citoyenneté et encourager la naturalisation, mais également en raison d’inquiétudes que suscite, pour des raisons d’engagement et de loyauté, l’idée d’engager des non-citoyens dans la fonction publique du Canada. De nombreux éléments de preuve établissent que la préférence accordée aux citoyens visait un autre objectif, à savoir des préoccupations se rattachant à la loyauté et à l’engagement des non-citoyens. La volonté de rehausser la citoyenneté canadienne et d’inciter les résidents permanents à se faire naturaliser est suffisamment importante pour justifier une atteinte à l’égalité entre les citoyens et les non-citoyens. Il y aura un lien rationnel avec l’objet visé par le texte législatif si ce texte est conçu en vue d’atteindre cet objectif, s’il n’est pas arbitraire, et se fonde sur des hypothèses qui doivent logiquement favoriser la réalisation de l’objectif visé. Il était logique en l’espèce d’inférer que le traitement préférentiel accordé aux citoyens en matière d’emploi dans la fonction publique contribuera à des objectifs importants en rehaussant la valeur de la citoyenneté et en incitant les gens à se faire naturaliser, et qu’il existe un lien rationnel entre les objectifs visés par ce texte de loi et ceux du législateur. Le gouvernement n’a cependant pas démontré que le législateur, en réponse à un problème ou à la poursuite d’un objectif urgent et réel, a adopté un texte soigneusement conçu afin de porter le moins possible atteinte à un droit garanti par la Charte, ou

it seems disproportionate to bar non-citizens, who may be the most meritorious candidates, from competing in virtually all open competitions. The citizenship preference violates subsection 15(1) of the Charter and cannot be saved by section 1.

qu'il a envisagé des solutions autres que l'abrogation de la préférence fondée sur la citoyenneté. C'est à tort que le juge de première instance a estimé que l'atteinte au droit à l'égalité n'était pas grave. Les effets de la disposition en cause sont disproportionnés par rapport à son objet car cette disposition a notamment pour effet de miner le principe du mérite, qui est le fondement même de la loi. Si le législateur a pour objet d'encourager en matière d'emploi le mérite et la non-discrimination, il semble disproportionné d'exclure de la plupart des concours publics les non-citoyens, alors que ce pourrait être les candidats les plus qualifiés. La préférence fondée sur la citoyenneté porte atteinte au paragraphe 15(1) de la Charte et ne se justifie pas au regard de l'article premier.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Act of Settlement (The), 1700* (U.K.), 12 & 13 Will. III, c. 2, s. 3.
- An Act to amend the Naturalization Act*, S.C. 1931, c. 39, s. 4.
- Aliens' Employment Act, 1955* (U.K.), 4 Eliz. 2, c. 18, s. 1.
- Aliens Restriction (Amendment) Act, 1919* (U.K.), 9 & 10 Geo. 5, c. 92, s. 6.
- Bank of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. B-2, s. 10(4).
- Bill C-63, *An Act respecting Canadian Citizenship*, 1st Sess., 36th Parl., 1998 (First reading December 7, 1998).
- British Nationality Act 1981* (U.K.), 1981, c. 61.
- Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, ss. 36, 38.
- Canada Deposit Insurance Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-3, s. 6.
- Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 50.
- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 9.
- Canada Mortgage and Housing Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-7, s. 8.
- Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 3, 6(1), 15, 23, 24.
- Canadian Citizenship Act (The)*, S.C. 1946, c. 15.
- Canadian Payments Association Act*, R.S.C., 1985, c. C-21, s. 14.
- Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, R.S.C., 1985, c. C-22, s. 5(1).
- Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 6, 24, Sch.
- Civil Service Act*, R.S.C. 1927, c. 22, s. 33(1) (as am. by S.C. 1932, c. 40, s. 6).
- Civil Service Act*, S.C. 1960-61, c. 57, ss. 38(3), 40(1).
- Civil Service Act, 1918 (The)*, S.C. 1918, c. 12, ss. 38, 41(1).
- Civil Service Amendment Act, 1908 (The)*, S.C. 1908, c. 15, s. 14.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)),

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Act of Settlement (The), 1700* (R.-U.), 12 & 13 Will. III, ch. 2, art. 3.
- Acte canadien de 1881 sur la naturalisation*, S.C. 1881, ch. 13, art. 10.
- Aliens' Employment Act, 1955* (R.-U.), 4 Eliz. 2, ch. 18, art. 1.
- Aliens Restriction (Amendment) Act, 1919* (R.-U.), 9 & 10 Geo. 5, ch. 92, art. 6.
- British Nationality Act 1981*, (R.-U.), 1981, ch. 61.
- 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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 3, 6(1), 15, 23, 24.
- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 9.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 7(3.1) (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 4), 46, 279.1 (édicte, *idem*, art. 40; L.C. 1995, ch. 39, art. 148), 290(1)b).
- Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 A (III), Doc. off. AG NU, 10 décembre 1948, art. 21.
- Juries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 242, art. 4(a).
- Jury Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 242, art. 3(1)(a).
- Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-5, art. 4.
- Jury Act*, R.S.Y. 1986, ch. 97, art. 4(b).
- Jury Act*, S.A. 1982, ch. J-2.1, art. 3(b).
- Jury Act*, S.S. 1980-81, ch. J-4.1, art. 3.
- Jury Act, 1991*, S.N. 1991, ch. 16, art. 4.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 23(2), 31(2), 91(25).
- Loi de 1908 modifiant la Loi du service civil*, S.C. 1908, ch. 15, art. 14.
- Loi du service civil*, S.R.C. 1927, ch. 22, art. 33(1) (mod. par S.C. 1932, ch. 40, art. 6).

- Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 23(2), 31(2), 91(25).
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 7(3.1) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 4), 46, 279.1 (as enacted *idem*, s. 40; S.C. 1995, c. 39, s. 148), 290(1)(b).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2.
- International Centre for Human Rights and Democratic Development Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 54, s.13(1).
- International Development Research Centre Act*, R.S.C., 1985, c. I-19, ss. 3, 10, 11.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Art. 25.
- Juries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 242, s. 4(a).
- Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, s. 2(b).
- Jurors Act*, R.S.Q., c. J-2, s. 3(a).
- Jury Act*, R.S.B.C. 1996, c. 242, s. 3(1)(a).
- Jury Act*, R.S.M. 1987, c. J30, s. 3.
- Jury Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-3.1, s. 2.
- Jury Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. J-2, s. 4(b).
- Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. J-5, s. 4.
- Jury Act*, R.S.Y. 1986, c. 97, s. 4(b).
- Jury Act*, S.A. 1982, c. J-2.1, s. 3(b).
- Jury Act*, S.S. 1980-81, c. J-4.1, s. 3.
- Jury Act, 1991*, S.N. 1991, c. 16, s. 4.
- Museums Act*, S.C. 1990, c. 3, s. 18.
- National War Services Regulations, 1940 (Recruits)*, s. 4 (1)(i).
- Naturalization Act, Canada, 1881 (The)*, S.C. 1881, c. 13, s. 10.
- Official Secrets Act*, R.S.C., 1985, c. O-5, s. 13.
- Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996*, Pub. L. No. 104-193, 110 Stat. 2105 (1996).
- Public Service Act*, S.B.C. 1985, c. 15, s. 12.
- Public Service Act 1922-1973 (Aust.)*, ss. 34, 82(1A).
- Public Service Employment Act*, S.C. 1966-67, c. 71.
- Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10), 12(1) (as am. *idem*, s. 11), (3) (as am. *idem*), (4) (as am. *idem*), 16(1),(4)(a),(b) (as am. *idem*, s. 13), (c), 17(4)(c).
- Public Service Legislation (Streamlining) Act 1986*, No. 153, 1986 (Aust.), s. 25.
- Public Service Reform Act 1984*, No. 63, 1984 (Aust.), s. 26.
- Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 2 "Public Service", 13(1), Sch. I.
- Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 9.1(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 4).
- Transfer of Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. T-15, s. 3.
- Treaty establishing the European Economic Community*, March 25, 1957, 298 U.N.T.S. 11, Art. 48.
- Loi du Service civil*, S.C. 1918, ch. 12, ss. 38, 41(1).
- Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 50.
- Loi modifiant la Loi de naturalisation*, S.C. 1931, ch. 39, art. 4.
- Loi sur la Banque du Canada*, L.R.C. (1985), ch. B-2, art. 10(4).
- Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, ch. 15.
- Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 6, 24, ann.
- Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 9.1(2) (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 4).
- Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 36, 38.
- Loi sur la Société canadienne d'hypothèques et de logement*, L.R.C. (1985), ch. C-7, art. 8.
- Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-3, art. 6.
- Loi sur l'Association canadienne des paiements*, L.R.C. (1985), ch. C-21, art. 14.
- Loi sur le Centre de recherches pour le développement international*, L.R.C. (1985), ch. I-19, art. 3, 10, 11.
- Loi sur le Centre international des droits de la personne et du développement démocratique*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 54, art. 13(1).
- Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22, art. 5(1).
- Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, S.C. 1966-67, ch. 71.
- Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10), 12(1) (mod., *idem*, art. 11), (3) (mod., *idem*), (4) (mod., *idem*), 16(1),(4)a,b) (mod., *idem*, art. 13), c), 17(4)c).
- Loi sur le jury*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. J-2, art. 4b).
- Loi sur le service civil*, S.C. 1960-61, ch. 57, art. 38(3), 40(1).
- Loi sur le transfèrement des délinquants*, L.R.C. (1985), ch. T-15, art. 3.
- Loi sur les jurés*, L.R.M. 1987, ch. J30, art. 3.
- Loi sur les jurés*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-3.1, art. 2.
- Loi sur les jurés*, L.R.Q., ch. J-2, art. 3a).
- Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, ch. J. 3, art. 2b).
- Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y1.
- Loi sur les musées*, L.C. 1990, ch. 3, art. 18.
- Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 2 «fonction publique», 13(1), ann. I.
- Loi sur les secrets officiels*, L.R.C. (1985), ch. O-5, art. 13.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), c. I-2, s. 2.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 25.
- Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996*, Pub. L. No. 104-193, 110 Stat. 2105 (1996).

*Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217 A (III), UN GAOR, December 10, 1948, Art. 21.  
*Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1.

Projet de loi C-63, *Loi concernant la citoyenneté canadienne*, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 1998 (Première lecture le 7 décembre 1998).  
*Public Service Act*, S.B.C. 1985, ch. 15, art. 12.  
*Public Service Legislation (Streamlining) Act 1986*, No. 153, 1986 (Aust.), art. 25.  
*Public Service Reform Act 1984*, No. 63, 1984 (Aust.), art. 26.  
*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8.  
*Règlements de 1940 sur les services nationaux de guerre (Recrues)*, art. 4(1)i).  
*Traité instituant la Communauté économique européenne*, 25 mars 1957, 294 R.T.N.U. 11, art. 48.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 417; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 N.R. 1; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; (1998), 212 A.R. 237; 156 D.L.R. (4th) 385; 224 N.R. 1; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; (1997), 151 D.L.R. (4th) 385; 218 N.R. 241.

##### CONSIDERED:

*Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88 (1976); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Winner v. S.M.T.*, [1951] S.C.R. 887; [1951] 4 D.L.R. 529; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 299; (1990), 67 D.L.R. (4th) 697; 42 Admin. L.R. 189; 10 Imm. L.R. (2d) 137; 107 N.R. 107 (C.A.); *Pearkes v. Canada* (1993), 72 F.T.R. 90 (F.C.T.D.); *Austin v. British Columbia (Ministry of Municipal Affairs, Recreation &*

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 417; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 N.R. 1; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; (1998), 212 A.R. 237; 156 D.L.R. (4th) 385; 224 N.R. 1; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; (1997), 151 D.L.R. (4th) 385; 218 N.R. 241.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88 (1976); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Winner v. S.M.T.*, [1951] R.C.S. 887; [1951] 4 D.L.R. 529; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 299; (1990), 67 D.L.R. (4th) 697; 42 Admin. L.R. 189; 10 Imm. L.R. (2d) 137; 107 N.R. 107 (C.A.); *Pearkes c. Canada* (1993), 72 F.T.R. 90 (C.F. 1<sup>o</sup> inst.); *Austin v. British Columbia (Ministry of Municipal Affairs,*



*Culture*) (1996), 66 D.L.R. (4th) 33, 42 B.C.L.R. (2d) 288; 47 C.R.R. 264 (S.C.); *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Larbi-Odam and Others v. Member of the Executive Council for Education*, CCT 2-97 (South Africa Const'l Court); *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; (1998), 38 O.R. (3d) 735; 159 D.L.R. (4th) 385; 226 N.R. 1; 109 O.A.C. 201; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; (1991), 3 O.R. (3d) 511; 81 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 14,029; 4 C.R.R. (2d) 193; 126 N.R. 161; 48 O.A.C. 241.

## REFERRED TO:

*Lem Moon Sing v. United States*, 158 U.S. 538 (1895); *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; (1997), 31 O.R. (3d) 574; 142 D.L.R. (4th) 385; 207 N.R. 171; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; 96 B.C.A.C. 81; 218 N.R. 161; *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976); *Mow Sun Wong v. Hampton*, 435 F.Supp. 37 (Dist. Ct. Cal. 1977); *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973); *Re Public Employees: E.C. Commission v. Belgium (Case 149/79)*, [1981] 2 C.M.L.R. 413 (E.C.J.); *Re Public Employees (No. 2): E.C. Commission v. Belgium (Case 149/79)*, [1982] 3 C.M.L.R. 539 (E.C.J.); *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. S.(T.)* (1989), 69 O.R. (2d) 189 (C.A.); *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Glynos v. Canada*, [1992] 3 F.C. 691; (1992), 96 D.L.R. (4th) 95; 148 N.R. 66 (C.A.); *Benmansour c. Québec (Directeur de l'État civil)*, [1994] A.Q. n° 1259 (C.S.) (QL); *Steward v. Law Society of New Brunswick* (1990), 108 N.B.R. (2d) 178 (Q.B.); *Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1997] 1 F.C. 689; (1996), 142 D.L.R. (4th) 122; [1997] 3 C.N.L.R. 21; 206 N.R. 85 (C.A.); *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Schachtschneider v. Canada*, [1994] 1 F.C. 40; (1993), 105 D.L.R. (4th) 162; [1993] 2 C.T.C. 178; 93 DTC 5298; 154 N.R. 321 (C.A.); *R. v. Edwards Books and*

*Recreation & Culture*) (1996), 66 D.L.R. (4th) 33, 42 B.C.L.R. (2d) 288; 47 C.R.R. 264 (C.S.); *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Larbi-Odam and Others v. Member of the Executive Council for Education*, CCT 2-97 (South Africa Const'l Court); *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; (1998), 38 O.R. (3d) 735; 159 D.L.R. (4th) 385; 226 N.R. 1; 109 O.A.C. 201; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; (1991), 3 O.R. (3d) 511; 81 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 14,029; 4 C.R.R. (2d) 193; 126 N.R. 161; 48 O.A.C. 241.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Lem Moon Sing v. United States*, 158 U.S. 538 (1895); *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; (1997), 31 O.R. (3d) 574; 142 D.L.R. (4th) 385; 207 N.R. 171; *Benner c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; 96 B.C.A.C. 81; 218 N.R. 161; *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976); *Mow Sun Wong v. Hampton*, 435 F.Supp. 37 (Dist. Ct. Cal. 1977); *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973); *Re Public Employees: E.C. Commission v. Belgium (Case 149/79)*, [1981] 2 C.M.L.R. 413 (E.C.J.); *Re Public Employees (No. 2): E.C. Commission v. Belgium (Case 149/79)*, [1982] 3 C.M.L.R. 539 (E.C.J.); *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. S.(T.)* (1989), 69 O.R. (2d) 189 (C.A.); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Glynos c. Canada*, [1992] 3 C.F. 691; (1992), 96 D.L.R. (4th) 95; 148 N.R. 66 (C.A.); *Benmansour c. Québec (Directeur de l'État civil)*, [1994] A.Q. n° 1259 (C.S.) (QL); *Steward c. Law Society of New Brunswick* (1990), 108 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 178 (B.R.); *Bande indienne de Batchewana (membres non-résident) c. Bande indienne de Batchewana*, [1997] 1 C.F. 689; (1996), 142 D.L.R. (4th) 122; [1997] 3 C.N.L.R. 21; 206 N.R. 85 (C.A.); *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Schachtschneider c. Canada*, [1994] 1 C.F. 40; (1993), 105 D.L.R. (4th) 162; [1993] 2 C.T.C. 178; 93 DTC 5298; 154 N.R. 321 (C.A.); *R. c. Edwards*

*Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; (1992), 95 D.L.R. (4th) 202; 75 C.C.C. (3d) 449; 16 C.R. (4th) 1; 140 N.R. 1; 56 O.A.C. 161; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; (1992), 89 D.L.R. (4th) 449; [1992] 2 W.W.R. 577; 70 C.C.C. (3d) 129; 11 C.R. (4th) 137; 8 C.R.R. (2d) 1; 78 Man. R. (2d) 1; 134 N.R. 81; 16 W.A.C. 1; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1994] 1 F.C. 250; (1993), 105 D.L.R. (4th) 21; 21 Imm. L.R. (2d) 164; 155 N.R. 321 (C.A.); *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971); *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81; *Kask v. Shimizu, Doe, Bloggs and Charles Camsell Hospital* (1986), 69 A.R. 343; 28 D.L.R. (4th) 64; 44 Alta. L.R. (2d) 293; [1986] 4 W.W.R. 154; 34 C.R.R. 362 (Q.B.).

*Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; (1992), 95 D.L.R. (4th) 202; 75 C.C.C. (3d) 449; 16 C.R. (4th) 1; 140 N.R. 1; 56 O.A.C. 161; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; (1992), 89 D.L.R. (4th) 449; [1992] 2 W.W.R. 577; 70 C.C.C. (3d) 129; 11 C.R. (4th) 137; 8 C.R.R. (2d) 1; 78 Man. R. (2d) 1; 134 N.R. 81; 16 W.A.C. 1; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] 1 C.F. 250; (1993), 105 D.L.R. (4th) 21; 21 Imm. L.R. (2d) 164; 155 N.R. 321 (C.A.); *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971); *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81; *Kask v. Shimizu, Doe, Bloggs and Charles Camsell Hospital* (1986), 69 A.R. 343; 28 D.L.R. (4th) 64; 44 Alta. L.R. (2d) 293; [1986] 4 W.W.R. 154; 34 C.R.R. 362 (B.R.).

## AUTHORS CITED

Abella, Irving and H. Troper. *None is Too Many: Canada and the Jews of Europe, 1933-1948*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1982.

Australia. *Report of the Royal Commission on Australian Government Administration*. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1974.

Beatty, David. "Labour is not a Commodity" in B. J. Reiter and J. Swan (eds.), *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980.

Cairns, Alan C. "The Fragmentation of Canadian Citizenship" in Douglas E. Williams, ed. *Reconfigurations: Canadian Citizenship and Constitutional Change: Selected Essays by Alan C. Cairns*. Toronto: McClelland & Stewart, 1995.

Canada. Department of Justice. *Equality Issues in Federal Law: A Discussion Paper*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1985.

Canada. Department of Justice. *Toward Equality: The Response to the Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1986.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Canadian Citizenship: A Sense of Belonging: Report of the Standing Committee on Citizenship and Immigration*. Ottawa: Canada Communication Group, 1994.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Sub-committee on Equality Rights*. Issue No. 29 (October 25, 1985).

Canada. House of Commons. Sub-committee on Equality Rights. *Equality for All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*. Ottawa: Queen's Printer, 1985.

## DOCTRINE

Abella, Irving and H. Troper. *None is Too Many: Canada and the Jews of Europe, 1933-1948*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1982.

Australia. *Report of the Royal Commission on Australian Government Administration*. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1974.

Beatty, David. «Labour is not a Commodity» in B. J. Reiter and J. Swan (eds.), *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980.

Cairns, Alan C. «The Fragmentation of Canadian Citizenship» in Douglas E. Williams, ed. *Reconfigurations: Canadian Citizenship and Constitutional Change: Selected Essays by Alan C. Cairns*. Toronto: McClelland & Stewart, 1995.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *La citoyenneté canadienne: Un sentiment d'appartenance: Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration*. Ottawa: Groupe Communication Canada, 1994.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages du Sous-comité sur les Droits à l'égalité*. Fascicule n° 29 (25 octobre 1985).

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*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1985.

Canada. Ministère de la Justice. *Cap sur l'égalité: Réponse au rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1986.

Canada. Ministère de la Justice. *Les droits à l'égalité et la législation fédérale: un document de travail*.

- Citizenship and Immigration Canada. *Application Kits/Forms*, Last update August 1999, <<http://cicnet.ci.gc.ca/english/coming/index.html>>.
- Citizenship and Immigration Canada. *Citizenship of Canada Act*. December 1998, <[http://cicnet.ci.gc.ca/english/about/policy/citact\\_e.html](http://cicnet.ci.gc.ca/english/about/policy/citact_e.html)>.
- Citizenship and Immigration Canada. *Fee Schedule for Citizenship and Immigration Services*, January 1997, <<http://cicnet.ci.gc.ca/english/info/fees-e.html>>.
- Colom-González, Francisco. "Dimensions of Citizenship: Canada in Comparative Perspective" (1996), 14 *IJCS* 95
- Gibson, Dale. *The Law of the Charter: Equality Rights*. Toronto: Carswell, 1990.
- Head, Ivan L. "The Stranger in our Midst: A Sketch of the Legal Status of the Alien in Canada" (1964), 2 *Can. Y.B. Int'l L.* 107.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Looseleaf ed., Vol. 2. Toronto: Carswell, 1992.
- House of Commons Debates*, Vol. LXXXVII, 4th Sess., 10th Parl., 7-8 Edw. VII, 1908.
- House of Commons Debates*, Vol. II, 2nd Sess., 17th Parl., 21-22 Geo. V, 1931.
- House of Commons Debates*, 2nd Sess., 20th Parl., 1946.
- House of Commons Debates*, Vol. VIII, 1st Sess., 33rd Parl., 1986.
- Jenson, Jane and Susan Phillips. "Regime Shift: New Citizenship Practices in Canada" (1996), 14 *IJCS* 111.
- Kymlicka, W. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Lardy, Heather. "Citizenship and the Right to Vote" (1997), 17 *Oxford J. of L. Studies* 75.
- Morton, D. "Divided Loyalties? Divided Country?" in William Kaplan, ed. *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship*. Montréal: McGill-Queen's Univ. Press, 1993.
- Note, "The Functionality of Citizenship" (1997), 110 *Harv. L. Rev.* 1814.
- Pannick, D. Comment, "Principles of Interpretation of Convention Rights under the Human Rights Act and the Discretionary Area of Judgment", [1988] *Public Law* 545.
- Report of the Special Committee on the Review of Personnel Management and the Merit Principle*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1979 (Chairman: Guy R. D'Avignon).
- Schuck, Peter H. "The Re-evaluation of American Citizenship" (1997), 12 *Georgetown Immigration 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*. Montréal: McGill-Queen's Univ. Press, 1993.
- Sigurdson, Richard. "First Peoples, New Peoples and Citizenship in Canada" (1996), 14 *IJCS* 53.
- Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1985.
- Citoyenneté et Immigration Canada. *Trousses et formulaires de demande*, dernière mise à jour: juin 1999, <<http://cicnet.ci.gc.ca/french/coming/index.html>>.
- Citoyenneté et Immigration Canada. *Loi sur la citoyenneté au Canada*, décembre 1998, <[http://cicnet.ci.gc.ca/french/about/policy/citact\\_f.html](http://cicnet.ci.gc.ca/french/about/policy/citact_f.html)>.
- Citoyenneté et Immigration Canada. *Barème des droits exigés pour les services de Citoyenneté et Immigration*, janvier 1997, <<http://cicnet.ci.gc.ca/french/info/fees-f.html>>.
- Colom-González, Francisco. «Dimensions of Citizenship: Canada in Comparative Perspective» (1996), 14 *RIÉC* 95.
- Débats de la Chambre des communes*, Vol. LXXXVII, 4<sup>e</sup> sess., 10<sup>e</sup> Parl., 7-8 Edw. VII, 1908.
- Débats de la Chambre des communes*, Vol. II, 2<sup>e</sup> sess., 17<sup>e</sup> Parl., 21-22 Geo. V, 1931.
- Débats de la Chambre des communes*, 2<sup>e</sup> sess., 20<sup>e</sup> Parl., 1946.
- Débats de la Chambre des communes*, Vol. VIII, 1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> Parl., 1986.
- Gibson, Dale. *The Law of the Charter: Equality Rights*. Toronto: Carswell, 1990.
- Head, Ivan L. «The Stranger in our Midst: A Sketch of the Legal Status of the Alien in Canada» (1964), 2 *A.C.D.I.* 107.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Looseleaf ed., Vol. 2. Toronto: Carswell, 1992.
- Jenson, Jane and Susan Phillips. «Regime Shift: New Citizenship Practices in Canada» (1996), 14 *RIÉC* 111.
- Kymlicka, W. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Lardy, Heather. «Citizenship and the Right to Vote» (1997), 17 *Oxford J. of L. Studies* 75.
- Morton, D. «Divided Loyalties? Divided Country?» in William Kaplan, ed. *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship*. Montréal: McGill-Queen's Univ. Press, 1993.
- Note, «The Functionality of Citizenship» (1997), 110 *Harv. L. Rev.* 1814.
- Pannick, D. Comment, «Principles of Interpretation of Convention Rights under the Human Rights Act and the Discretionary Area of Judgment», [1988] *Public Law* 545.
- Rapport du Comité spécial sur la gestion du personnel et le principe du mérite*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1979 (Président du conseil: Guy R. D'Avignon).
- Schuck, Peter H. «The Re-evaluation of American Citizenship» (1997), 12 *Georgetown Immigration L.J.* 1.
- Sharpe, Robert J. «Citizenship, the Constitution Act, 1867, and the Charter» in William Kaplan, ed.

Smith, Douglas G. "Citizenship and the Fourteenth Amendment" (1997), 34 *San Diego L. Rev.* 681.  
 Spiro, Peter J. "Dual Nationality and the Meaning of Citizenship" (1997), 46 *Emory L.J.* 1411.  
 Tarnopolsky, W. S. "Discrimination and the Law in Canada" (1992), 41 *U.N.B.L.J.* 215.  
 Trisolini, Katherine A. Book Note, "Rights Across Borders: Immigration and the Decline of Citizenship" (1997), 33 *Stanford J. of Int'l L.* 165.

*Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship.* Montréal: McGill-Queen's Univ. Press, 1993.

Sigurdson, Richard. «First Peoples, New Peoples and Citizenship in Canada» (1996), 14 *R.I.É.C.* 53.  
 Smith, Douglas G. «Citizenship and the Fourteenth Amendment» (1997), 34 *San Diego L. Rev.* 681.  
 Spiro, Peter J. «Dual Nationality and the Meaning of Citizenship» (1997), 46 *Emory L.J.* 1411.  
 Tarnopolsky, W. S. «Discrimination and the Law in Canada» (1992), 41 *R.D.U.N.-B.* 215.  
 Trisolini, Katherine A. Book Note, «Rights Across Borders: Immigration and the Decline of Citizenship» (1997), 33 *Stanford J. of Int'l L.* 165.

APPEALS from a Trial Division decision ([1995] 2 F.C. 623; (1995), 125 D.L.R. (4th) 80; 95 F.T.R. 1) dismissing actions for declaratory relief and damages on the ground that, while paragraph 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act* infringes section 15 of the Charter, it constitutes a reasonable limit and is saved by section 1 of the Charter. Appeals dismissed.

APPELS d'une décision de la Section de première instance ([1995] 2 C.F. 623; (1995), 125 D.L.R. (4th) 80; 95 F.T.R. 1) rejetant les actions en jugement déclaratoire et en dommages-intérêts au motif que si l'alinéa 16(4)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* est attentatoire à l'article 15 de la Charte, il constitue une limite raisonnable et se justifie au regard de l'article premier de la Charte. Appels rejetés.

APPEARANCES:

*Andrew J. Raven* and *David Yazbeck* for appellants.  
*Edward Sojonky, Q.C.*, and *Yvonne Milosevic* for respondents.

ONT COMPARU:

*Andrew J. Raven* et *David Yazbeck* pour les appelantes.  
*Edward Sojonky, c.r.*, et *Yvonne Milosevic* pour les intimées.

SOLICITORS OF RECORD:

*Raven, Allen, Cameron & Ballantyne*, Ottawa, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Raven, Allen, Cameron & Ballantyne*, Ottawa, pour les appelantes.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimées.

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

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

[1] MARCEAU J.A.: No provision 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.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] has given rise to more detailed analyses and thoughtful commentaries in the case law and the legal literature than section 15. And yet the basic meaning, purpose and scope of the equality principle embodied

[1] LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: De toutes les dispositions 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, c. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], aucune n'a suscité, dans la jurisprudence ou dans la doctrine, d'analyses plus détaillées et de commentaires plus réfléchis, que l'article 15. Et malgré cela, le sens

in that section has remained a constant subject of controversy. While this decision was under reserve, the Supreme Court, on March 25th, released its decision in the case of *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.<sup>1</sup> The parties were accordingly given an opportunity to file written representations with respect to the relevance of that judgment to the matter at issue here. Such occurrence explains the long delay between the hearing of this case and the date of judgment.

[2] The matter arises from similar complaints of three plaintiffs in two different actions. All three plaintiffs were, at relevant times, residents of Canada, having been admitted a few years earlier as landed immigrants, but they were not citizens of Canada. Well educated women, they had all obtained employment with the federal public service but they presented evidence that they had been denied “referral to open competition” for certain positions for which they had applied on the grounds of paragraph 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act* [R.S.C., 1985, c. P-33] (PSEA) which, in its pertinent parts, reads:

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).

[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

exact, le véritable objet et le champ précis du principe d'égalité qu'énonce cette disposition demeurent controversés. Alors que le présent arrêt était en délibéré, la Cour suprême a, le 25 mars, rendu publique sa décision dans l'affaire *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*.<sup>1</sup> Les parties ont, par conséquent, obtenu la possibilité de déposer des observations écrites touchant la pertinence que ce jugement pourrait avoir à l'égard de la question nous concernant en l'espèce. Voilà ce qui explique le long délai entre l'audition du présent appel et la date du jugement.

[2] L'affaire a son origine dans des plaintes analogues déposées par les trois demandresses dans le cadre de deux actions distinctes. À l'époque pertinente, les trois demandresses, qui quelques années plus tôt avaient été admises au Canada comme immigrantes reçues, résidaient au Canada mais n'en étaient pas des citoyennes. Ce sont des femmes instruites qui avaient toutes obtenu un emploi dans la fonction publique fédérale, mais elles ont démontré qu'on leur avait refusé, sur le fondement de l'alinéa 16(4)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), ch. P-33] (LEFP), la «présentation à un concours public» en vue de certaines fonctions auxquelles elles avaient postulé. Voici ce que prévoit le texte en question:

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 ceux mentionnés aux alinéas a) et b), soit à ceux mentionnés aux alinéas a), b) et c).

[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 recon-

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. Their contention, nevertheless, was that the Canadian preferential treatment reserved for citizens offended the equality principle embodied in section 15 of the Charter and that the legislative provision could not be validated under section 1. They sought a declaration to that effect and a consequential remedy in damages pursuant to section 24 of the Charter.

[4] It took several days of trial: first, to establish the facts of the case, especially the circumstances of the individual complaints as well as the history and operation of the citizenship preference in Canadian federal legislation; and then to hear the opinions of two expert witnesses on the concept of citizenship and the role it has in the world today. The learned Trial Judge, in lengthy but clear reasons [[1995] 2. F.C. 623 (T.D.)], after reviewing all of that evidence along with the comments of the Supreme Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*,<sup>2</sup> apparently had no difficulty in finding that the citizenship preference created by subsection 16(4) of the PSEA violated subsection 15(1) of the Charter. He held, at pages 647-648 of his reasons:

In *Andrews, supra*, at page 183, McIntyre J. stated in very clear terms that non-citizens, lawfully permanent residents of Canada, are a good example of “discrete and insular minority” who come within the protection of subsection 15(1). There is also little doubt that on the facts of this case all three plaintiffs were in one way or another disadvantaged or burdened by the citizenship preference. Paragraph (16)(4)(c) does not have to be an absolute bar to disadvantage or burden permanent residents. It nevertheless operates as a disadvantage for a minimum of about four years (3 years waiting period plus a 1 year administrative delay) before citizenship is obtained. The application of paragraph 16(4)(c) virtually precludes referral to open competitions whether the permanent resident is in or outside the public

nue—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. Elles estimaient cependant que la préférence accordée aux citoyens canadiens est contraire au principe d’égalité affirmé à l’article 15 de la Charte, et que la disposition législative en cause ne saurait être validée au regard de l’article premier. Elles sollicitaient un jugement déclaratoire en ce sens et demandaient, en vertu de l’article 24 de la Charte, réparation sous forme de dommages-intérêts.

[4] Il a fallu plusieurs jours d’audience, d’abord pour établir les faits de l’affaire, notamment les circonstances entourant les plaintes individuelles. Il a fallu aussi retracer la genèse et montrer le fonctionnement de la préférence que la législation fédérale accorde aux citoyens canadiens. Il a fallu ensuite recueillir l’avis de deux témoins experts en matière de citoyenneté sur le rôle que cette notion joue à l’époque contemporaine. Après avoir examiné ces divers éléments, ainsi que le raisonnement exposé par la Cour suprême dans l’affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*<sup>2</sup>, le juge de première instance (dans le cadre de motifs abondants mais clairs) [[1995] 2 C.F. 623 (1<sup>re</sup> inst.)] n’a, semble-t-il, pas hésité à conclure qu’en instaurant une préférence fondée sur la citoyenneté, le paragraphe 16(4) de la LEFP violait le paragraphe 15(1) de la Charte. C’est ainsi qu’aux pages 647 et 648 de ses motifs, il estime:

Dans l’arrêt *Andrews*, précité, à la page 183, le juge McIntyre a affirmé très clairement que les non-citoyens, qui sont des résidents permanents légitimes du Canada, sont un bon exemple de «minorité discrète et isolée» que protège le paragraphe 15(1). En outre, il est pratiquement certain, vu les faits en l’espèce, que les trois demandereses, d’une manière ou d’une autre, se sont vu imposer des désavantages ou des fardeaux par la préférence fondée sur la citoyenneté. Il n’est pas nécessaire que l’alinéa 16(4)c pose une interdiction absolue pour qu’il aboutisse à un désavantage ou à un fardeau pour les résidents permanents. Il cause néanmoins un désavantage pendant au moins quatre ans, environ (soit le délai d’attente de trois ans, plus un délai administratif d’un an) avant l’obtention de la citoyenneté. L’application

service. Clearly, the difference in treatment is closely related to the personal characteristic of the person or group of persons, i.e. citizenship. It is only on account of the plaintiffs' lack of citizenship that the disadvantages or burdens have been imposed. The distinction, therefore, in the Court's view, is unquestionably based on this personal characteristic and is a characteristic covered by subsection 15(1) of the Charter. Accordingly, it is the Court's view that paragraph 16(4)(c) of the PSEA infringes the right to equality guaranteed in subsection 15(1) of the Charter.

[5] The real difficulty for the learned Trial Judge was to decide whether the infringement could be excused under section 1 within the confines established by the *Oakes* test.<sup>3</sup> Recognizing that the determination of the objective of the legislation was crucial to properly apply the test, he reasoned that the legislative objective behind the citizenship preference was twofold: (a) to enhance the value of citizenship and (b) to encourage naturalization. His reasoning to that effect was based principally on the history of the provision which, although formally enacted relatively recently,<sup>4</sup> was in fact a mere continuation of long-standing residency requirements that have been in effect since 1908,<sup>5</sup> and also on speeches made in the House of Commons by members of the Government at various occasions. After having determined legislative intent, the Trial Judge found that the restrictive provision was meant to realize a pressing and substantial goal; that it could reasonably help achieve that goal; and that it imposed in the circumstance an impairment so minimal that an acceptable proportionality between the deleterious and salutary effects of the measure, was maintained. The requirements of the *Oakes* test being therefore met, the plaintiffs could not maintain that their constitutional rights had been violated, and thus their action could not succeed.

[6] Before this Court, the appellants first dispute the conclusion of the Trial Judge as to legislative intent. They argue that the true objective of the legislation was to assuage security and loyalty concerns which attend the employment of non-citizens in the national civil service. They continue, however, by alleging that

de l'alinéa 16(4)c) a pratiquement pour effet d'empêcher un résident permanent d'être présenté à un concours public, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la fonction publique. Manifestement, la différence de traitement est intimement liée à la caractéristique personnelle de la personne ou du groupe de personnes, soit la citoyenneté. Ce n'est que parce que les demanderesse ne sont pas citoyennes que des désavantages ou des fardeaux leur ont été imposés. De l'avis de la Cour, la distinction est donc indéniablement fondée sur cette caractéristique personnelle visée par le paragraphe 15(1) de la Charte. Par conséquent, la Cour est d'avis que l'alinéa 16(4)c) de la LEFP viole le droit à l'égalité garanti par le paragraphe 15(1) de la Charte.

[5] Pour le juge de première instance, le véritable problème était de dire si cette violation de l'article 15 pouvait se justifier au regard de l'article premier selon le critère dégagé dans l'affaire *Oakes*<sup>3</sup>. Reconnaissant que ce critère exige que l'on identifie l'objet de la disposition législative en cause, il estima que la préférence accordée aux citoyens avait un double but: a) renforcer la valeur de la citoyenneté et b) inciter les résidents permanents à se faire naturaliser. Il se fondait surtout en cela sur la genèse de la disposition—qui, même si elle était de promulgation relativement récente<sup>4</sup>, ne faisait que reprendre les conditions de résidence imposées depuis 1908<sup>5</sup>—ainsi que sur des discours prononcés à plusieurs occasions à la Chambre des communes par des membres du gouvernement. Après avoir cerné l'intention du législateur, le juge de première instance a estimé que la restriction qu'apporte la disposition en cause visait un objectif urgent et réel, que la disposition pouvait raisonnablement contribuer à cet objectif, et qu'en l'occurrence, la restriction était si minime que cela assurait la proportionnalité des effets salutaires et des effets néfastes de la mesure en question. Les conditions du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* ayant été observées, les demanderesse ne pouvaient prétendre qu'il avait été porté atteinte à leurs droits constitutionnels et elles ne pouvaient par conséquent obtenir gain de cause.

[6] Les appelantes contestent en l'espèce la conclusion du juge de première instance quant à l'intention du législateur. Elles font valoir que le véritable objet de la loi visait à répondre à un souci de sécurité et de loyauté que faisait naître l'idée d'employer, dans la fonction publique nationale, des non-citoyens. Elles

even if the objective was correctly determined by the Trial Judge, it was not one that was pressing and substantial, that there was no evidence that such an objective could be achieved by the citizenship preference and finally that, in any event, the important impairment caused to the people subject to it was much greater than the benefit that could flow from it.

[7] The respondents defend vigorously the conclusion of the Trial Judge as to the objective of the legislation and they obviously support his reasoning as to the application of the *Oakes* test. Their main argument, however, is that section 15 was not breached if the teachings of the Supreme Court in the decisions following *Andrews* are respected.

[8] I have always felt an intellectual malaise when confronted with a case involving section 15 of the Charter and admit to having always had difficulty mastering the teachings of the Supreme Court. The decision in *Law* is, no doubt, bound to open a new chapter in the evolving area of equality law, but its real import, at this time, is not clear in my mind and my confusion has not been assuaged. As such, the views I arrived at finally in considering the present appeal remain somewhat untested, but I obviously have no choice other than to decide in accordance with them.

[9] Like the respondents, I too think with respect that the learned Judge erred in finding that the appellants' basic rights under section 15 of the Charter were breached by the impugned provision. My criticism, however, is even more basic. Not only do I think, as the respondents do, that the distinction made by the legislation does not give rise to the type of discrimination prohibited by section 15, it is my view that one cannot even speak of the possibility of a breach of the equality principle when comparing the privileges of citizenship to those accorded to immigrants. So I will first deal with the latter proposition before explaining as an alternative conclusion my adherence to the position of the respondents.

font par ailleurs valoir que même si l'objet de la loi avait été correctement décelé par le juge de première instance, il ne s'agissait pas d'un objet urgent et réel, que rien n'indiquait qu'un tel objet serait servi par une préférence fondée sur la citoyenneté et qu'en tout état de cause, la gravité de l'atteinte imposée aux personnes qui faisaient les frais de cette préférence dépassait de loin les avantages qui pouvaient en être espérés.

[7] Les intimées défendent avec vigueur la conclusion du juge de première instance sur l'objet des dispositions en cause et soutiennent manifestement sa démarche quant à l'application du critère *Oakes*. Leur principal argument est, cependant, qu'il n'a pas été porté atteinte à l'article 15 si les principes dégagés par la Cour suprême dans les arrêts postérieurs à l'affaire *Andrews* sont respectés.

[8] Intellectuellement, je me sens toujours mal à l'aise devant une affaire faisant appel à l'article 15 de la Charte et j'admets éprouver toujours de la difficulté à maîtriser les préceptes de la Cour suprême. La décision rendue dans l'affaire *Law* entame sans doute un nouveau chapitre dans l'évolution des droits à l'égalité, mais pour l'instant, sa signification profonde ne m'apparaît pas entièrement et la confusion que j'éprouvais avant subsiste toujours. Cela étant, les conclusions auxquelles je suis enfin parvenu dans le présent appel demeurent dans une certaine mesure inédites. Il est néanmoins clair que je ne puis éviter de fonder sur elles mon jugement.

[9] Comme les intimées, j'estime que le juge de première instance a eu tort de conclure que la disposition contestée portait atteinte aux droits fondamentaux reconnus aux appelantes par l'article 15 de la Charte. Mais la critique que j'ai à formuler est plus élémentaire encore que cela. Non seulement je pense, comme les intimées, que la distinction établie par le texte de loi n'entraîne pas le type de discrimination prohibé par l'article 15, mais j'estime qu'on ne saurait évoquer la possibilité même d'une atteinte au principe d'égalité en comparant les privilèges de la citoyenneté avec les droits reconnus aux immigrants. J'aborderai d'abord cette proposition avant d'expliquer, comme conclusion subsidiaire, mon adhésion à la thèse des intimées.



1. I do not see how the equality principle can be breached by the citizenship preference.

[10] The rejection of the similarly situated concept by Mr. Justice McIntyre in *Andrews* to verify the existence of inequality between individuals or groups is understandable if the words used in the formulation of the test are taken in their plenary meaning. Indeed, at the limit, taking “similar” as “identical,” the very basis on which the impugned distinction is established may be analysed as showing dissimilarity between the groups and therefore, from the outset, depriving the test of any meaning. It seems to me, however, that such rejection cannot be interpreted as denying that the two groups being compared on both sides of the equation must necessarily be seen at the outset as forming one large entity by virtue of the existence of a sufficiently significant common denominator. To verify the existence of discriminatory unequal treatment between individuals or groups, the starting proposition must be one that attests undisputable sufficient similarity of relevant characteristics and situation between the individuals or the members of the two groups. Otherwise, the comparison would be flawed from the start and the demonstration could not even take off. The claimant must be able to say that the members of his or her group and the members of the group favourably treated were all equally deserving of the same treatment because they were all in the same situation with respect to the existence and exercise of the right involved or the entitlement to the benefit created, a situation which will then lead to the conclusion that the alleged basis for the introduction of the particular unequal treatment is, on first analysis at least, purely artificial. A sort of “common mantle,” so to speak, must fit the two groups before allowing a conclusion that an inequality of treatment introduced afterwards is discrimination.<sup>6</sup>

[11] When considering the terms and conditions upon which immigrants are admitted to and allowed to stay in this country, the “common mantle” fitting them and the citizens, required to base a reasoning founded on the equality principle and leading to discrimination, cannot to my mind be identified. The status of immigrants is determined by Parliament under subsection

1. Je ne conçois pas que la préférence fondée sur la citoyenneté puisse porter atteinte au principe d'égalité.

[10] On comprend, à prendre le critère dans son sens intégral, qu'ait été écarté par le juge McIntyre, dans l'affaire *Andrews*, le concept de situation analogue lorsqu'il s'agit de confirmer l'existence d'une inégalité entre des individus ou des groupes. Je dirais même qu'à la limite, si l'on considère que le mot «analogue» a le même sens que le mot «identique», on peut conclure que la distinction contestée repose, justement, sur les dissimilitudes entre groupes, ce qui, d'emblée, retire au critère toute signification. Il me semble cependant qu'écarter ce concept, ce n'est pas contester que les deux groupes faisant l'objet de la comparaison doivent nécessairement, en raison d'un dénominateur commun suffisamment important, être considérés d'emblée comme formant une seule entité. Pour pouvoir confirmer l'existence d'inégalités de traitement discriminatoires entre individus ou entre groupes, il faut au départ postuler l'existence indiscutable d'une similitude suffisante de traits caractéristiques pertinents et de situations entre les individus ou membres des deux groupes en question. Autrement, la comparaison est viciée au départ et la démonstration ne peut même pas être tentée. Un plaignant doit pouvoir affirmer que les membres de son groupe et les membres du groupe bénéficiant d'un traitement plus favorable méritent d'être tous traités de la même manière car ils se trouvent tous dans la même situation pour ce qui est de l'existence et de l'exercice du droit en cause ou du droit à un avantage instauré. Une telle situation portera à conclure que la raison invoquée à l'appui du traitement inégal ainsi prévu serait, du moins à première vue, purement artificielle. Avant que l'on puisse conclure qu'une inégalité de traitement introduite *a posteriori* est discriminatoire, il faut pouvoir ranger les deux groupes, en quelque sorte, sous un «même chapiteau»<sup>6</sup>.

[11] En ce qui concerne les conditions dans lesquelles les immigrants sont autorisés à entrer au Canada et à y demeurer, j'estime qu'on ne peut pas, justement, trouver ce «chapiteau commun» sous lequel trouveraient place aussi bien les citoyens que les immigrants, mais sans lequel on ne saurait plaider pourtant le principe d'égalité et démontrer l'existence d'une

91(25) of the *British North America Act, 1867* [now *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] and is a political prerogative derived from the sovereignty of the nation. An immigrant, on setting foot on Canadian soil, cannot pretend that he or she, on the basis of what or who he or she is, has an inherent right to participate in all Canadian legislative attributes and benefits on the same level as Canadian citizens. When one compares the immigrant and the citizen, the equality principle, beyond what pertains directly to their common condition as human beings, is not rational. It should be recalled that we are dealing with the Canadian (not the world) Charter within the Canadian Constitution which recognizes the concept of citizenship as lying at the very foundation of the national political community.<sup>7</sup> To try to apply equality rights between citizens and non-citizens with respect, I repeat, not to their common condition as human beings but to their relative status on Canadian soil appears to me to negate or abolish the concept of citizenship altogether.

[12] In reaching such a conclusion, am I not going here against the decision in *Andrews*? I don't think so. The terms and conditions upon which immigrants are admitted and allowed to live in Canada as determined by the competent authority, namely Parliament, was not involved in *Andrews*. In question there was a piece of provincial legislation. Provincial laws govern all the residents living within the boundaries of provincial jurisdictions and the people subject to provincial legislation are composed of citizens as well as landed immigrants. There is no limit attached to the status of being a landed immigrant, as determined by Parliament, that would affect the right to earn a living and practice a profession in any jurisdiction. When a provincial legislature bans landed immigrants from the practice of their profession, it imposes on a particular group within its community a restriction that would not normally exist and it prevents its members from

discrimination. Le statut des immigrants qui a été défini par le législateur au paragraphe 91(25) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* [maintenant *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], relève d'une prérogative politique qui découle de la souveraineté du pays. L'immigrant qui arrive au Canada ne peut revendiquer, au titre de ses qualités personnelles, le droit inhérent de participer, au même titre que les citoyens canadiens, à l'ensemble des avantages et attributions institués par la loi canadienne. Pour comparer un immigrant à un citoyen, le principe d'égalité ne peut rationnellement être invoqué au-delà de ce qui concerne la condition humaine qui est la caractéristique commune de l'un et de l'autre. Il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit en l'occurrence de la Charte canadienne (et non pas d'une charte mondiale), texte qui, dans le cadre de la Constitution canadienne, reconnaît que le concept de citoyenneté est un des fondements mêmes de la communauté politique du pays<sup>7</sup>. L'idée de reconnaître aussi bien aux citoyens qu'aux non-citoyens des droits à l'égalité en ce qui concerne, je le répète, non pas la condition humaine qui leur est commune, mais leur statut respectif sur le sol canadien, me semble évacuer entièrement le concept de citoyenneté.

[12] En parvenant à une telle conclusion, ne vais-je pas à l'encontre de la décision rendue dans l'affaire *Andrews*? Je ne le pense pas. L'affaire *Andrews* ne portait pas sur les conditions dans lesquelles les immigrants sont admis au Canada et autorisés à y vivre par l'autorité compétente, à savoir le Parlement du Canada. Elle portait plutôt sur des dispositions d'une loi provinciale. Les lois provinciales s'appliquent à toutes les personnes résidant dans le ressort de la province concernée et la législation provinciale concerne à la fois les citoyens et les immigrants reçus. Le statut d'immigrant reçu, tel que défini par le législateur, ne comporte aucune restriction du droit de gagner sa vie ou d'exercer une profession dans n'importe quel ressort territorial du Canada. Lorsqu'une législature provinciale interdit aux immigrants reçus d'exercer leur profession, elle impose à un groupe relevant de sa juridiction une restriction qui n'existe

exercising a right they could otherwise exercise. Section 15 is directly involved. The comments of the judges in *Andrews* that landed immigrants form a “discrete and insular minority,” “a group lacking in political power and as such vulnerable to having their interests overlooked and their rights to equal concern and respect violated,” are quite appropriate. The equality principle between the various groups of residents of a province before the laws of that province that govern their activity must be given full impact. But again, what was in question there was not legislation which affected the status of all immigrants living on Canadian soil.

[13] I note the result was achieved in the United States where state laws affecting aliens are subject to judicial scrutiny under the equal protection clauses of the American Constitution, but a corresponding judicial scrutiny does not apply to Congressional laws. Mr. Justice Rehnquist (as he then was), in the *Hampton v. Mow Sun Wong* decision,<sup>8</sup> is adamant in that respect, opening his reasons as follows:

At the outset it is important to recognize that the power of the federal courts is severely limited in the areas of immigration and regulation of aliens. As we reiterated recently in *Kleindienst v. Mandel*, 408 U. S. 753, 766 (1972):

“The power of Congress to exclude aliens altogether from the United States, or to prescribe the terms and conditions upon which they may come to this country, and to have its declared policy in that regard enforced exclusively through executive officers, without judicial intervention, is settled by our previous adjudications.” Quoting from *Lem Moon Sing v. United States*, 158 U. S. 538, 547 (1895).

It is also clear that the exclusive power of Congress to prescribe the terms and conditions of entry includes the power to regulate aliens in various ways once they are here. *E.g.*, *Hines v. Davidowitz*. 312 U. S. 52, 69-70 (1941). Indeed the court, by holding that the regulations in question would presumptively have been valid if “expressly mandated by the Congress,” *ante*, at 103, concedes the congressional power to exclude aliens from employment in the civil service altogether if it so desires or to limit their participation.<sup>9</sup>

pas d’ordinaire, et elle empêche les membres de ce groupe d’exercer un droit qu’ils pourraient autrement exercer. Dans un tel cas, l’article 15 est directement en jeu. C’est à juste titre que, dans l’arrêt *Andrews*, les juges parlent des immigrants reçus comme d’une «minorité discrète et isolée», «un groupe dépourvu de pouvoir politique et [dont les membres] sont, à ce titre, susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d’être considéré et respecté également violé». Le principe de l’égalité entre les divers groupes de résidents d’une province devant les lois de cette province doit recevoir sa pleine application. Mais là encore, dans cette autre affaire, il ne s’agissait pas de dispositions législatives affectant le statut de l’ensemble des immigrants vivant sur le sol canadien.

[13] Je note la situation aux États-Unis, où les lois des États concernant les étrangers sont susceptibles d’examen judiciaire en vertu des clauses de la Constitution américaine garantissant à tous une égale protection de la loi. Ce contrôle judiciaire ne s’applique toutefois pas aux lois votées par le Congrès des États-Unis. Le juge Rehnquist (actuellement juge en chef) s’est prononcé formellement en ce sens dans l’affaire *Hampton v. Mow Sun Wong*<sup>8</sup> où, au début de ses motifs, il dit:

[TRADUCTION] Il convient d’emblée de reconnaître que le pouvoir des tribunaux fédéraux est fortement limité dans les domaines de l’immigration et du contrôle des étrangers. Ainsi que nous l’avons récemment rappelé dans l’affaire *Kleindienst v. Mandel*, 408 U. S. 753, 766 (1972):

«Le pouvoir qu’a le Congrès d’interdire entièrement aux étrangers l’entrée aux États-Unis, ou de fixer les conditions auxquelles est subordonnée leur arrivée dans ce pays, ainsi que le pouvoir de voir sa politique officielle appliquée exclusivement par des agents du pouvoir exécutif, sans intervention des tribunaux, ont déjà été reconnus par la Cour dans le cadre d’arrêts antérieurs». Citant *Lem Moon Sing v. United States*, 158 U. S. 538, 547 (1895).

Il est également évident que le pouvoir exclusif qu’a le Congrès de fixer les conditions d’entrée comprend le pouvoir d’imposer aux étrangers diverses formes de contrôle une fois qu’ils sont arrivés ici. Voir, par exemple, *Hines v. Davidowitz*. 312 U. S. 52, aux pp. 69-70 (1941). En estimant que le règlement en cause aurait vraisemblablement été considéré comme valide si «il avait été expressément prescrit par le Congrès,» *ante*, à la p. 103, la Cour reconnaît le pouvoir qu’a le Congrès d’exclure entièrement les étrangers des emplois de la fonction publique si bon lui semble ou de limiter leur participation à de tels emplois<sup>9</sup>.

[14] It seems to me somewhat artificial to reject any useful reference to the American jurisprudence by saying, as the learned Trial Judge says:<sup>10</sup>

It is clear that the application of U.S. constitutional equality law is problematic in the Canadian context. Federalism has a different impact on the enforcement of Charter rights in Canada than in the United States. In Canada, similar standards of constitutional doctrine apply to both federal and provincial legislation under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, whereas in the U.S. with respect to alienage, the Supreme Court has applied different standards of review to federal and state legislation.

I suppose I can say, with respect, that the learned Trial Judge's explanation is hardly convincing.<sup>11</sup>

[15] Would my analysis mean that any qualification imposed by Parliament with respect to the status of the landed immigrant could not be criticised under section 15? It is my understanding that such qualification may offend fundamental rights and be attacked under other provisions of the Charter, but not on the sole basis of inequality with citizens. The determination of an alien's status in Canada is a purely political prerogative and thus an objectionable law is to be attacked within the political rather than the judicial arena. Again, I am talking about the status of landed immigrants generally, that is to say the basic qualifications imposed on all immigrants without differentiation. A law that in its purpose or in its effect would differentiate between immigrants would undoubtedly fall under section 15, but not a generally applicable one.

[16] In *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>12</sup> Mr. Justice Sopinka quickly rejected any possible argument under section 15 against the provision that provides for deportation in addition to the regular penalty for a non-citizen found guilty of an indictable offence punishable by a minimum of five years of imprisonment. Referring to the

[14] Il me semble un peu artificiel de vouloir écarter tout renvoi utile à la jurisprudence américaine pertinente du simple fait que, comme le fait remarquer le juge de première instance<sup>10</sup>:

Il est clair que l'application du droit constitutionnel américain en matière d'égalité est problématique dans le contexte canadien. Le fédéralisme n'a pas les mêmes conséquences sur l'exercice des droits garantis par la Charte au Canada qu'aux États-Unis. Au Canada, des normes constitutionnelles semblables s'appliquent, tant aux lois fédérales qu'aux lois provinciales, en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, alors qu'aux États-Unis, pour ce qui est de l'extranéité, la Cour suprême a appliqué des normes d'examen différentes aux lois fédérales et aux lois des États.

Je crois pouvoir dire que l'explication donnée sur ce point par le juge de première instance ne me paraît guère convaincante<sup>11</sup>.

[15] Mon raisonnement veut-il dire qu'aucune restriction imposée par le législateur au statut des immigrants reçus ne peut être contestée au regard de l'article 15? D'après moi, une telle restriction pourrait très bien porter atteinte à des droits fondamentaux et être attaquée en vertu d'autres dispositions de la Charte, mais pas uniquement en raison de l'inégalité qu'elle instaure par rapport aux citoyens. La définition du statut des étrangers au Canada relève entièrement du pouvoir politique et toute loi contestable en ce domaine doit donc être attaquée non pas devant les tribunaux mais devant les responsables politiques. Encore une fois, il s'agit là du statut des immigrants reçus pris dans leur ensemble, c'est-à-dire des conditions élémentaires imposées sans distinction à l'ensemble des immigrants. Toute loi qui, par son objet ou son effet, opérerait une distinction entre immigrants, relèverait incontestablement de l'article 15, ce qui ne serait pas vrai toutefois d'une loi d'application générale.

[16] Dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>12</sup>, le juge Sopinka a écarté sans tarder tout argument invoqué, sur le fondement de l'article 15, à l'encontre d'une disposition qui prévoyait, en plus des peines ordinaires, l'expulsion de tout non-citoyen jugé coupable d'un acte criminel passible d'une peine minimum de cinq

provisions of the Constitution, he simply ended the discussion by stating adamantly [at page 736]: “There is therefore no discrimination contrary to s. 15 in a deportation scheme that applies to permanent residents, but not to citizens.”

[17] What I think, therefore, basically is that the equality principle can have no application here and one cannot speak of discrimination as a result of the application of the citizenship preference.

2. If I am wrong and the equality principle applies, then I say that the citizenship preference does not give rise to the discrimination contemplated in section 15 of the Charter.

[18] There is no other way to verify such an assertion than to apply, as the respondents suggest, the teachings of the Supreme Court begun with *Andrews*<sup>13</sup> and further developed in many other much commented cases, such as *Miron*,<sup>14</sup> *Egan*,<sup>15</sup> *Eaton*,<sup>16</sup> *Benner*,<sup>17</sup> *Eldridge*,<sup>18</sup> and finally *Law*<sup>19</sup> which is presented as a synthesis of the applicable principles agreed upon by all the members of the Court. But before addressing those teachings, it is necessary to be better informed as to the real effects of the legislation and, more particularly, as to its objectives.

[19] Subsection 16(4) of the PSEA establishes a scheme of preferences applicable when positions are staffed by open competition. Preference is given first to war service pensioners (disabled veterans), then to able-bodied veterans and widows, and, thirdly, to Canadian citizens. The citizenship preference, like the veterans' preference, applies at two stages of an open competition: the candidate referral stage (paragraph 16(4)(c)) and the eligibility list stage (paragraph 17(4)(c)). At the referral stage, the application of the preference is discretionary; at the eligibility list stage, it is mandatory. In the case of the appellants, the respondent Public Service Commission (PSC) exercised its discretion under paragraph 16(4)(c) of the PSEA in accordance with policy guidelines in effect during the relevant period (1988-1990). The guidelines

ans d'emprisonnement. Évoquant les dispositions de la Constitution, il a tranché en déclarant sans ambages [à la page 736]: «Ne constitue donc pas une discrimination interdite par l'art. 15 un régime d'expulsion qui s'applique aux résidents permanents, mais non aux citoyens».

[17] J'estime donc que le principe d'égalité ne saurait s'appliquer en l'espèce et que, s'agissant de la préférence fondée sur la citoyenneté, on ne saurait parler de discrimination.

2. Si j'ai tort sur ce point, et que le principe d'égalité s'applique effectivement, j'estime alors que la préférence fondée sur la citoyenneté n'entraîne aucune discrimination au sens de l'article 15 de la Charte.

[18] La seule manière de vérifier une telle affirmation est d'appliquer, comme les intimées le proposent, les préceptes posés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Andrews*<sup>13</sup> et développés dans beaucoup d'autres arrêts qui, comme les arrêts *Miron*<sup>14</sup>, *Egan*<sup>15</sup>, *Eaton*<sup>16</sup>, *Benner*<sup>17</sup>, *Eldridge*<sup>18</sup> et, enfin, *Law*<sup>19</sup>, ont suscité d'abondants commentaires, ce dernier arrêt étant considéré comme une synthèse des principes applicables, sur lesquels se sont entendus tous les juges de la Cour. Mais avant de nous pencher sur ces préceptes, il convient d'en savoir davantage sur les effets concrets du texte en question, et plus particulièrement sur son objet.

[19] Le paragraphe 16(4) de la LEFP instaure un régime de préférences applicable à la dotation de postes par concours public. La préférence va d'abord aux pensionnés de guerre (anciens combattants faisant état d'une incapacité), puis aux anciens combattants valides et aux veuves d'anciens combattants et, enfin, aux citoyens canadiens. La préférence fondée sur la citoyenneté, comme celle reconnue aux anciens combattants, s'applique à deux étapes du concours public: l'étape de présentation des candidats (alinéa 16(4)c)) et l'étape de la liste d'admissibilité (alinéa 17(4)c)). À l'étape de la présentation, l'application de la préférence est discrétionnaire; à l'étape de la liste d'admissibilité, elle est obligatoire. En ce qui concerne les appelantes, la Commission de la fonction publique intimée (CFP) a exercé le pouvoir discrétion-

state that the citizenship preference does not exclude non-Canadians from competing in open competitions or from being accepted into candidate inventories. However, non-citizens will not be referred as candidates until the inventory of qualified Canadian candidates has been exhausted. As for the objectives of the legislation, in spite of the arguments of the appellants, I have no hesitation in accepting the findings of the learned Trial Judge to which I referred to above. It might be that the classification of objectives is a type of "legislative fact," and as suggested by La Forest J. in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*,<sup>20</sup> that with respect to a finding concerning a so-called "legislative fact," the deference due to a trial judge can be less stringent. But here, as I said, the finding is based on a detailed analysis of the evidence and I believe that the conclusion this analysis pointed to was properly identified by the Trial Judge. It is to be agreed upon, therefore, that the objectives of the citizen preference in the PSEA are twofold: (a) principally to enhance the meaning, value and importance of Canadian citizenship by according citizens preferential access to federal public service employment, and, as a result, (b) to provide an incentive to permanent residents to naturalize.

[20] These preliminary points regarding the objectives and effects of the legislation being, for me, settled, I should read again subsection 15(1) of the Charter:

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.

[21] It is clear from a mere reading of the provision that a claimant under subsection 15(1) of the Charter must establish: not only that, because of a distinction drawn by law between he or she and others, he or she has been denied "equal protection" or "equal benefit"

naire que lui confère l'alinéa 16(4)c) de la LEFP conformément aux directives en vigueur au cours de la période en cause (1988-1990). Selon ces directives, la préférence fondée sur la citoyenneté n'empêche pas les non-Canadiens de participer aux concours publics ou d'être inscrits aux répertoires de candidats. Cependant, les non-citoyens ne peuvent être présentés que lorsque le répertoire de citoyens qualifiés est épuisé. Quant aux objets de ces dispositions, je n'hésite pas, malgré les arguments invoqués par les appelantes, à admettre les conclusions du juge de première instance auxquelles j'ai déjà renvoyé. Il se peut que la classification de ces objectifs soit un genre de «fait législatif» et que, comme le juge La Forest le suggère dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*<sup>20</sup>, on soit tenu dans ce cas à faire preuve de moins de retenue envers les conclusions adoptées en première instance. Mais en l'espèce, je le répète, la conclusion en question est fondée sur une analyse détaillée de la preuve et je considère que la conclusion à laquelle tendait cette analyse a été correctement exposée par le juge de première instance. Il y a donc lieu de convenir que les objectifs visés par la disposition de la LEFP instaurant une préférence fondée sur la citoyenneté sont doubles: a) d'abord, rehausser le sens, la valeur et l'importance de la citoyenneté canadienne en accordant aux citoyens l'accès préférentiel à un emploi dans la fonction publique et, ce faisant, b) inciter les résidents permanents à se faire naturaliser.

[20] Ces questions préliminaires concernant les objectifs et les effets des dispositions en cause me paraissant réglées, penchons-nous à nouveau sur le paragraphe 15(1) de la Charte:

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.

[21] La simple lecture de cette disposition nous apprend qu'une personne invoquant le paragraphe 15(1) de la Charte doit établir non seulement qu'en raison d'une distinction établie par la loi entre elle et une ou plusieurs autres personnes, elle se voit

of the law, but also that the denial constitutes discrimination on one of the grounds enumerated therein or an analogous ground in view of the use in the text of the phrase “in particular.” There lies the real difficulty: how is this crucial question of when a legislatively drawn distinction will constitute the discrimination contemplated by the provision to be approached?

[22] Until *Law*, the members of the Supreme Court did not appear to be unanimous as to the proper way to tackle this difficulty. Some members were of the view that the focus should be put on relevance, noting that, to constitute a breach of subsection 15(1), it was not enough that a distinction be based on an enumerated or analogous ground since the same ground could be discriminatory in some cases but not in others depending on the context. A violation of subsection 15(1) would exist only if the distinguishing personal characteristic was not relevant to the legislative goal or functional values underlying the impugned law, provided obviously that the goal or values of that law were not themselves discriminatory. Other members preferred to leave the question of relevance and context to the exculpatory provision of section 1. They suggested that the verification of the discriminatory nature of a prejudicial distinction had to be done principally by the assertion that it was based on a stereotypical application of presumed group or personal characteristics.

[23] *Law*, as I understand it, did not dispute the validity of these two lines of reasoning. It accepted both, but reduced their role and significance, so to speak. They should not be taken as strict and rigid tests to be followed in conducting the equality analysis but as guidelines which will help in verifying whether the purpose of subsection 15(1), the safeguard of human dignity, has been infringed.

[24] I was in complete agreement with the respondents' position that, on either of the two

refuser la «même protection» ou le «même bénéfice» de la loi, mais également que ce déni constitue une discrimination fondée sur un des motifs énumérés ou un motif analogue, puisque l'énumération est précédée du mot «notamment». Mais voilà tout le problème: comment aborder cette question cruciale qui consiste à savoir dans quelles circonstances une distinction établie par la loi constituera une discrimination au sens de l'article 15?

[22] Avant l'arrêt *Law*, les juges de la Cour suprême ne paraissaient pas unanimes quant à la manière d'aborder la question. Certains juges estimaient qu'il y avait surtout lieu d'insister sur la pertinence, relevant que, pour qu'il y ait atteinte au paragraphe 15(1), il ne suffisait pas qu'une distinction soit fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue, puisque le même motif pouvait être discriminatoire dans certains cas mais pas dans d'autres, selon le contexte de l'affaire. Il n'y aurait donc atteinte au paragraphe 15(1) que si les traits caractéristiques personnels étaient sans pertinence au regard de l'objet même de la disposition législative en cause ou des valeurs fonctionnelles à la base du texte contesté, dans la mesure, bien sûr, où l'objet du texte de loi, ou les valeurs sur lesquelles il était fondé n'étaient pas eux-mêmes discriminatoires. D'autres juges préféraient voir la question de la pertinence et du contexte tranchée au regard de l'exception prévue à l'article premier. D'après eux, le caractère discriminatoire d'une distinction préjudiciable se confirmerait surtout si l'on pouvait dire que cette distinction était fondée sur le recours stéréotypé à de prétendus traits caractéristiques personnels ou de groupe.

[23] D'après moi, l'arrêt *Law* n'a pas remis en cause la validité de ces deux raisonnements. Il les admet tous les deux mais en bornant, en quelque sorte, leur rôle et leur portée. Il conviendrait ainsi de ne pas y voir des critères inflexibles applicables dans le cadre de l'analyse fondée sur l'égalité, mais plutôt des repères nous permettant de dire s'il a été porté atteinte à l'objet même du paragraphe 15(1), c'est-à-dire la sauvegarde de la dignité humaine.

[24] J'étais entièrement d'accord avec la thèse des intimées, à savoir que selon l'une ou l'autre des deux

approaches that were suggested by the Supreme Court's jurisprudence prior to *Law*, in view of the objectives of the legislation and its limited scope, the citizen-based distinction drawn by paragraph 16(4)(c) of the PSEA did not constitute discrimination within the meaning of the Charter provision.

[25] On the one hand, focussing on the relevance of the preference, one has to admit that the concept of citizenship which is put in effect is a concept imbedded in our Constitution, universally held within a democratic context to be of value to both the citizen and the state, and inherently distinctive based as it is on the idea that certain rights, privileges and obligations will be ascribed exclusively to citizens as attributes of their status. Exclusive or preferential access to Public Service employment is and has long been one of the privileges of citizenship not only domestically but almost universally. On the other hand, again keeping in mind the objective of the preference as defined by the Trial Judge, it makes no sense to speak of a "stereotypical application of presumed group or personal characteristics." The intent to enhance the value of citizenship does not denigrate the landed immigrant in a manner based upon a personal characteristic.

[26] Was the decision in *Law* susceptible of weakening my adherence to the view that the citizenship preference cannot be seen as discriminatory? On the contrary, it has confirmed me in my conviction. I was not sure that the directives of the Supreme Court were well understood and followed when the two so-called approaches were presented and applied as complete and exclusive to one another. It seemed to me that the first approach, on focussing essentially on relevancy, constituted a partial return on the similarly situated concept but applied in reverse starting with an analysis of the ground of distinction viewed in itself and then only looking at it in context. And the danger could be the one suggested by Mr. Justice McIntyre that the relevancy issue be subject only to a superficial view. As to the other approach, the appeal "to a stereotypical application of presumed personal

approches ébauchées par la jurisprudence de la Cour suprême avant l'arrêt *Law*, compte tenu des objectifs du texte en question et de la portée limitée de ce texte, la distinction établie par l'alinéa 16(4)c) de la LEFP entre les citoyens et les autres ne constitue pas une discrimination au sens de cette disposition de la Charte.

[25] D'une part, en ce qui concerne la pertinence de la préférence ainsi instaurée, il faut reconnaître que le concept de citoyenneté appliqué en l'occurrence est inscrit dans notre Constitution, et, dans les pays démocratiques, universellement considéré comme important aussi bien pour le citoyen que pour l'État. C'est un concept tout à fait distinctif puisqu'il repose sur l'idée que certains droits, privilèges et obligations seront exclusivement reconnus aux citoyens en tant qu'attributs de leur statut. L'accès exclusif ou préférentiel aux emplois de la fonction publique est, depuis longtemps, un des privilèges de la citoyenneté, non seulement ici mais dans presque tous les pays. D'autre part, et sans oublier, encore une fois, l'objet de cette préférence tel que défini par le juge de première instance, il n'est pas logique d'invoquer en l'espèce une «application stéréotypée de prétendues caractéristiques personnelles ou de groupe». La 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.

[26] L'arrêt *Law* était-il de nature à saper ma conviction que la préférence fondée sur la citoyenneté ne saurait être considérée comme discriminatoire? Au contraire, cet arrêt a conforté ma position sur ce point. Je n'étais pas certain que les directives de la Cour suprême avaient été bien comprises et suivies lorsque les deux soi-disant approches ont été présentées, et appliquées, comme si chacune formait une démarche complète en elle-même et excluant l'autre. Il me semblait que la première approche, fondée essentiellement sur la notion de pertinence, était un peu un retour au concept de situation analogue mais appliquée, cette fois, à rebours avec, au départ, une analyse du motif de distinction d'abord examiné séparément et seulement ensuite replacé dans son contexte. On courait alors le risque, évoqué par le juge McIntyre, d'examiner la question de la pertinence seulement de



characteristics” had the effect, in my view, of restricting unduly the scope of the guarantee. Why should we have a group; why should the group be insular and discrete and why should the group lack sufficient influence to ward off disadvantage? But the synthesis of *Law* where the previous approaches are seen as just that, approaches to analysis, in order to answer the essential question involved, namely whether the human dignity of the individual or group prejudicially treated is affected, eliminates completely my uneasiness. With the greatest respect for the contrary opinion, considering the extent of the citizenship preference and the full context of the claim, I simply cannot accept that it can be seen objectively as demeaning in any way the human dignity of the appellants or non-citizens generally.

[27] Whether or not I rely on my contention that the equality principle can have no application here, which indeed is my main reason, or that, if one may speak of its application, the distinction made is not discriminatory as human dignity is not affected, a subsidiary reason, I conclude that the learned Trial Judge was right, finally, in denying merit to the actions.

[28] I would therefore suggest that the appeals be dismissed. With respect to costs, this being an appeal, I see no reason to depart from the normal rule, but only one set of costs should be awarded.

\* \* \*

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

DESJARDINS J.A.:

#### I—Introduction

[29] Does the employment preference in favour of Canadian citizens created by paragraph 16(4)(c) of the

façon superficielle. Quant à l’autre approche, c’est-à-dire l’évocation d’une «application stéréotypée de prétendues caractéristiques personnelles», elle restreignait indûment, à mon avis, la portée de la garantie constitutionnelle. Pourquoi faut-il que ce soit un groupe? Pourquoi faut-il que ce groupe soit discret et isolé et pourquoi faut-il que le groupe n’ait pas assez d’influence pour se prémunir contre le désavantage en question? Mais la synthèse opérée par l’arrêt *Law* a complètement dissipé mes inquiétudes à cet égard puisque, dans cet arrêt, les approches antérieures sont prises pour ce qu’elles sont, c’est-à-dire de simples manières d’aborder le problème afin d’apporter une réponse à la question essentielle, savoir si l’individu ou le groupe est atteint dans sa dignité humaine. En toute déférence pour les avis contraires, et compte tenu du champ d’application de la préférence fondée sur la citoyenneté et des circonstances de la présente affaire, je ne saurais dire que cette préférence porte objectivement atteinte à la dignité humaine des appelantes ou, plus généralement, à celle des non-citoyens.

[27] Que je me fonde ou non sur ma conviction que le principe d’égalité ne saurait s’appliquer en l’espèce, ce qui est effectivement mon motif principal, ou que je considère, comme motif subsidiaire si l’on envisage, au contraire, d’appliquer ce principe, que la distinction établie n’est pas discriminatoire car elle ne porte pas atteinte à la dignité humaine, j’en conclus que c’est en définitive avec raison que le juge de première instance a estimé que les actions n’étaient pas en l’occurrence fondées.

[28] Je conclus donc au rejet des appels. En ce qui concerne les dépens, puisqu’il s’agit d’un appel, je ne vois aucune raison de ne pas appliquer la règle ordinaire, mais en n’accordant qu’un seul mémoire de dépens.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.:

#### I—Introduction

[29] La préférence en faveur de citoyens canadiens qu’instaure en matière d’emploi l’alinéa 16(4)c) de la

*Public Service Employment Act*<sup>21</sup> (the Act) violate subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter) because the preference is not enjoyed by permanent residents?

[30] The three appellants, Janine Bailey, Elisabeth Lavoie and Jeanne To Thahn Hien, contend there is such a violation.

[31] Janine Bailey is a Dutch citizen who became a permanent resident of Canada in November 1986. She was eligible to become a Canadian citizen in November 1989. She decided not to become a citizen because she would have to relinquish her Dutch citizenship. She was unwilling to do so because she has emotional ties with the Netherlands and was concerned she might need to return there to care for her aging parents. Elisabeth Lavoie is an Austrian citizen who became a permanent resident in June of 1988. She became eligible to obtain Canadian citizenship in June of 1991 but did not do so because she would automatically have lost her Austrian citizenship, thereby limiting her opportunities for future employment in the public service of Austria. Jeanne To Thanh Hien is a citizen of France. She became a permanent resident of Canada in 1987. She encountered difficulties in obtaining employment in the Public Service, because of her status as a permanent resident until she acquired Canadian citizenship in 1991. Since neither French nor Canadian law prohibit dual citizenship, she was able to retain her French citizenship. All three appellants are citizens of the European Union. As such, they enjoy the privileges and benefits that flow from their national and European citizenship status, including the right to work in any member state of the European Union.

[32] Bailey has a Dutch law degree. Lavoie is an executive secretary and office administrator. To Thanh Hien is a French language editor. Bailey commenced her employment in the public service with the Canada Employment and Immigration Commission in June of

*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*<sup>21</sup> (la Loi) porte-t-elle atteinte au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) dans la mesure où les résidents permanents ne bénéficient pas de cette préférence?

[30] Les trois appelantes, Janine Bailey, Elisabeth Lavoie et Jeanne To Thanh Hien prétendent que oui.

[31] Janine Bailey est une citoyenne des Pays-Bas qui a acquis la résidence permanente au Canada en novembre 1986. Elle avait, dès novembre 1989, la possibilité de devenir citoyenne canadienne. Elle décida de ne pas se faire naturaliser car cela l'aurait obligée à renoncer à sa citoyenneté hollandaise. Or, elle ne voulait pas faire cela vu les liens sentimentaux qu'elle entretient avec les Pays-Bas. Elle pensait devoir peut-être rentrer dans son pays d'origine pour s'occuper de ses parents âgés. Elisabeth Lavoie, de citoyenneté autrichienne, est devenue résidente permanente en juin 1988. Il lui devint possible de solliciter la citoyenneté canadienne en juin 1991, mais elle ne le fit pas car cela aurait automatiquement entraîné la perte de sa citoyenneté autrichienne, ce qui aurait réduit ses chances d'obtenir éventuellement un emploi au sein de la fonction publique autrichienne. Jeanne To Thanh Hien est de citoyenneté française. Elle est devenue résidente permanente du Canada en 1987. Elle a eu de la peine à trouver un emploi au sein de la fonction publique en raison de son statut de résidente permanente, et ce, jusqu'à ce qu'elle acquière la citoyenneté canadienne en 1991. Ni la loi française, ni la loi canadienne n'interdisant la double nationalité, elle a pu conserver sa citoyenneté française. Les appelantes sont toutes trois citoyennes de l'Union européenne. En tant que citoyennes d'un pays européen et de l'Union européenne, elles bénéficient d'un certain nombre de privilèges et avantages, y compris le droit de travailler dans tout État membre de l'Union européenne.

[32] M<sup>me</sup> Bailey est diplômée en droit d'une université hollandaise. M<sup>me</sup> Lavoie est secrétaire de direction et administratrice de bureau. M<sup>me</sup> To Thanh Hien est rédactrice en langue française. M<sup>me</sup> Bailey a commencé à travailler dans la fonction publique en juin

1987 when she was selected for a short-term appointment. Between then and 1992, she applied for a number of positions as an immigration counsellor, but she experienced difficulty obtaining these positions because she was virtually unable to compete in open competitions due to her citizenship. Similarly, after working for the Department of Supply and Services for twenty-two weeks under a series of short-term contracts, Lavoie applied for a permanent position in that department. Her application was refused by the Public Service Commission because a qualified Canadian citizen was available. The appellant To Thanh Hien had similar experiences. She commenced her employment when she secured a part-time position as a French language editor for the House of Commons. Later, she moved through a series of short-term appointments, but was unable to secure positions to suit her qualifications because, at the time, she was not a Canadian citizen. All three sought declaratory relief and damages on constitutional grounds as a result of the application of paragraph 16(4)(c) of the Act.

[33] The citizenship preference, like the veterans' preference, can apply at two stages of a competition for a position in the public service: the candidate referral stage (paragraph 16(4)(c)) and the eligibility stage (paragraph 17(4)(c)). At the referral stage, the application of the preference is discretionary; at the eligibility stage, it is mandatory. Since the appellants were affected only at the referral stage, the constitutionality of paragraph 17(4)(c) is not at issue. Subsection 16(1) and paragraph 16(4)(c) read thus [paragraph 16(4)(b) (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 13)]:

16. (1) The Commission shall examine and consider all applications received within the time prescribed by it for the receipt of applications and, after considering such further material and conducting such examinations, tests, interviews and investigations as it considers necessary or desirable, shall select the candidates who are qualified for the position or positions in relation to which the competition is conducted.

1987, alors qu'elle était nommée à un poste de courte durée à la Commission canadienne de l'emploi et de l'immigration. Entre cette époque et 1992, elle se porte candidate à plusieurs postes de conseillère en immigration, mais elle a du mal à se faire nommer à un de ces postes car, en raison de sa citoyenneté, il lui est pratiquement impossible de passer un concours public. De la même façon, après avoir travaillé 22 semaines pour le ministère des Approvisionnement et Services dans le cadre de toute une série de contrats de brève durée, M<sup>me</sup> Lavoie a sollicité un poste permanent au sein du Ministère. Sa demande est rejetée par la Commission de la fonction publique au motif qu'il y avait un citoyen canadien qualifié. M<sup>me</sup> To Thanh Hien s'est heurtée au même genre de situation. Pour son premier emploi, elle obtint un poste à temps partiel de rédactrice en langue française à la Chambre des communes. Puis, elle occupa toute une série de postes de brève durée, incapable pourtant d'obtenir un poste conforme à ses aptitudes puisqu'à l'époque elle n'était pas citoyenne du Canada. Toutes trois ont demandé à la Cour un jugement déclaratoire ainsi que des dommages-intérêts en invoquant des motifs constitutionnels en application de l'alinéa 16(4)c) de la Loi.

[33] La préférence accordée aux citoyens, comme celle qui favorise les anciens combattants, peut s'appliquer à deux étapes d'un concours en vue d'un poste dans la fonction publique: l'étape de présentation des candidats (alinéa 16(4)c)), et l'étape de la liste d'admissibilité (alinéa 17(4)c)). À l'étape de la présentation, l'application de la préférence est discrétionnaire; à l'étape de la liste d'admissibilité, par contre, la préférence est obligatoire. Étant donné que les appelantes n'ont été affectées par cette préférence qu'à l'étape de la présentation, la constitutionnalité de l'alinéa 17(4)c) n'est pas ici en cause. Le paragraphe 16(1) et l'alinéa 16(4)c) prévoient [alinéa 16(4)b) (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 13)]:

16. (1) La Commission étudie toutes les candidatures qui lui parviennent dans le délai fixé à cet égard. Après avoir pris connaissance des autres documents qu'elle juge utiles à leur égard, et après avoir tenu les examens, épreuves, entrevues et enquêtes qu'elle estime souhaitables, elle sélectionne les candidats qualifiés pour le ou les postes faisant l'objet du concours.

...

[. . .]

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

(a) persons in receipt of a pension by reason of war service as defined in Schedule II,

(b) persons who do not come within paragraph (a) and who are veterans as defined in Schedule II or widows or widowers of veterans as defined in Schedule II, or

(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). [Emphasis added.]

[34] The respondent exercised its discretion under paragraph 16(4)(c) of the Act in accordance with policy guidelines in effect during the relevant period (1988-1990). The guidelines state that the citizenship preference does not exclude non-Canadians from competing in open competitions or from being accepted into candidate inventories. Open competitions are those in which both persons in and outside the public service are eligible to compete. However, non-citizens will not be referred as candidates until the inventory of qualified Canadian candidates has been exhausted. In accordance with this policy, the usual practice of the Public Service is to exclude non-citizens from referral to open competitions where it is of the opinion that there are sufficient qualified Canadian candidates for referral. Where there are insufficient qualified candidates for referral, or where there are no qualified citizens, the Public Service will refer qualified non-Canadian candidates either alone or together with Canadian candidates as it did in the case of Bailey and To Thanh Hien. Successful non-Canadian candidates who are appointed to the Public Service are immediately eligible for appointment to other positions through closed competition or without competition without regard to their citizenship status. However, they remain subject to the citizenship preference when applying for positions which are to be filled by way of open competition. While no

(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:

a) des pensionnés de guerre selon la définition de l'annexe II;

b) des anciens combattants, selon la définition de l'annexe II, ne tombant pas dans la catégorie définie par l'alinéa a), ou des veufs ou veuves d'anciens combattants selon la définition de cette annexe II;

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). [Non souligné dans l'original.]

[34] L'intimée a exercé le pouvoir discrétionnaire qu'elle tient de l'alinéa 16(4)c) de la Loi conformément aux lignes directrices en vigueur à l'époque en question (1988-1990). Selon ces lignes directrices, la préférence accordée aux citoyens n'interdit pas aux non-Canadiens de prendre part à des concours publics ni de faire partie d'un répertoire de candidats. Les concours publics sont ouverts à la fois aux fonctionnaires et aux personnes de l'extérieur. Cela dit, les non-citoyens ne sont présentés en tant que candidats qu'après épuisement de la liste d'admissibilité de candidats canadiens. Conformément à cette politique, la pratique en vigueur au sein de la fonction publique est de ne pas présenter la candidature de non-citoyens aux concours publics lorsqu'on estime qu'il y a un nombre suffisant de citoyens canadiens qualifiés. Lorsque le nombre de candidats qualifiés est insuffisant, ou lorsqu'il n'y a pas de citoyens qualifiés, la fonction publique peut présenter des candidats non-canadiens qualifiés, soit seuls, soit avec des candidats canadiens, comme cela a été le cas de M<sup>me</sup> Bailey et M<sup>me</sup> To Thanh Hien. Les candidats non-canadiens qui obtiennent un poste dans la fonction publique deviennent immédiatement admissibles à d'autres postes, pourvus soit par concours interne, soit sans concours, indépendamment de leur citoyenneté. Cependant, ils continuent à se voir opposer la préférence fondée sur la citoyenneté chaque fois qu'ils se portent candidats

statistics are kept, it is clear that the number of non-Canadians referred to open competition is small.<sup>22</sup>

## II—The judgment under appeal<sup>23</sup>

[35] The Trial Judge held that paragraph 16(4)(c) of the Act did not need to be an absolute bar to employment in order to disadvantage or burden permanent residents. It operated as a disadvantage for a minimum of about four years because there is a three-year waiting period plus a one-year administrative delay before citizenship can be obtained. The appellants, as a result, had been discriminated on the basis of a personal characteristic, namely citizenship. He then proceeded to determine, under section 1 of the Charter, whether paragraph 16(4)(c) of the Act was justified as a reasonable limit to the guaranty of equality. He found that the purpose and objective of the citizenship preference in the Act was twofold: (a) to enhance the meaning, value and importance of citizenship, and (b) to provide an incentive for permanent residents to become citizens. He said:<sup>24</sup>

What is clear from my review of the evidence, particularly in the comparative context with European nations including Germany, France, and the United Kingdom, is that in an immigration country like Canada citizenship has always been relatively easy to obtain. The evidence of Professors Schuck and Carens amply demonstrates that citizenship is an inherently political and social status which clearly is matter of important public policy. It is also a matter of growing debate, particularly in a global economy. It is more than simply a question of the right to vote or the right to carry a Canadian passport, or to be appointed or elected to certain positions. It is more a question of defining who we are both individually and as a nation. A free and democratic society like Canada is invariably uncomfortable with highlighting differences among its people. However, no citizenship law is capable of escaping the drawing of some distinctions between people within a nation-state, and while it will never resolve the fundamental social or political problems within a country, its necessity is unquestioned. [Emphasis added.]

[36] Pursuing his analysis under section 1 of the Charter, he found that the twofold objective of the impugned legislation constituted a sufficiently pressing

à des postes pourvus par voie de concours public. Il n'y a pas de statistique sur cela, mais il est clair que le nombre de non-Canadiens présentés comme candidats à des concours publics est faible<sup>22</sup>.

## II—Le jugement faisant l'objet du présent appel<sup>23</sup>

[35] Selon le juge de première instance, il n'est pas nécessaire, pour désavantager les résidents permanents, que l'alinéa 16(4)c) de la Loi constitue, pour eux, un obstacle absolu à l'emploi. Cette disposition les désavantage pendant au moins quatre ans étant donné que l'obtention de la citoyenneté est subordonnée à un délai de trois ans, plus un an pour les formalités administratives. Les appelantes auraient donc été l'objet d'un traitement discriminatoire fondé sur une caractéristique personnelle, en l'occurrence la citoyenneté. Le juge s'attacha alors à examiner si, au regard de l'article premier de la Charte, l'alinéa 16(4)c) de la Loi était justifié en tant que limite raisonnable du droit à l'égalité. Il a estimé que l'objet de la préférence instituée par la Loi en faveur des citoyens était double: a) rehausser le sens, la valeur et l'importance de la citoyenneté canadienne et b) inciter les résidents permanents à se faire naturaliser. Selon lui<sup>24</sup>:

Il ressort clairement de mon examen de la preuve, particulièrement en faisant la comparaison avec des États européens comme l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni, que dans un pays d'immigration comme le Canada, il a toujours été relativement facile d'obtenir la citoyenneté. La preuve des professeurs Schuck et Carens démontre amplement que la citoyenneté est un statut essentiellement politique et social, lequel est clairement une importante question d'ordre public. La citoyenneté est également l'objet d'un débat croissant, particulièrement dans une économie mondiale. Il ne s'agit pas simplement d'une question de droit de vote ou du droit d'être détenteur d'un passeport canadien, ou d'être nommé ou élu à certains postes. Il s'agit plutôt de définir qui nous sommes, à titre individuel et comme pays. Une société libre et démocratique comme le Canada répugne invariablement à mettre en évidence les différences qui existent au sein de son peuple. Cependant, toute loi sur la citoyenneté ne peut éviter d'établir certaines distinctions entre les membres de l'État-nation et, bien qu'elle ne puisse jamais résoudre les problèmes fondamentaux—sociaux ou politiques—d'un pays, elle est d'une nécessité indéniable. [Non souligné dans l'original.]

[36] Poursuivant son analyse fondée sur l'article premier de la Charte, il a conclu que le double objectif de la disposition contestée en l'espèce répondait à une

and substantial concern to warrant a restriction on the equality rights of the appellants under section 15 of the Charter. He noted that with the exception of Sweden and New Zealand, virtually all liberal democratic societies imposed citizenship based restrictions in one form or another on access to employment in their national public services.<sup>25</sup> He concluded that the means chosen to achieve that objective satisfied the *Oakes* test.<sup>26</sup> The validity of the legislation was thereby upheld.

### III—Analysis

#### A—Permanent residence and citizenship

[37] Under the *Immigration Act*,<sup>27</sup> a permanent resident means a person who has been granted landing. A Canadian citizen on the other hand means a person who is a citizen within the meaning of the *Citizenship Act*.<sup>28</sup> The status of “Canadian citizen” was created by *The Canadian Citizenship Act* in 1947 [S.C. 1946, c. 15]. Prior to 1947, Canadian nationals were merely British subjects resident in Canada. In *Winner v. S.M.T.*,<sup>29</sup> Rand J. referred to both subsection 91(25) of the *Constitution Act, 1867*, and the residual powers as the foundation for Parliament’s constitutional powers with regard to citizenship. He said:<sup>30</sup>

The first and fundamental accomplishment of the constitutional Act was the creation of a single political organization of subjects of His Majesty within the geographical area of the Dominion, the basic postulate of which was the institution of a Canadian citizenship. Citizenship is membership in a state; and in the citizen inhere those rights and duties, the correlatives of allegiance and protection, which are basic to that status. [Emphasis added.]

[38] The *Citizenship Act* does not identify these rights and duties, the correlatives of allegiance and protection, which are inherent to the status of citizenship. It recognizes, however, their existence both in section 6 and in the Schedule to section 24 of the Act. What the Schedule to section 24 makes clear is that a permanent resident who chooses not to become a Canadian citizen swears no allegiance and assumes none of the duties of a Canadian citizen.

préoccupation suffisamment urgente et réelle pour justifier une restriction imposée au droit à l'égalité que l'article 15 de la Charte garantit aux appelantes. Il a relevé qu'à l'exception de la Suède et de la Nouvelle-Zélande, presque toutes les sociétés libérales et démocratiques imposent en matière d'emploi dans la fonction publique nationale, sous une forme ou une autre, des restrictions fondées sur la citoyenneté<sup>25</sup>. Il a conclu que les moyens choisis pour atteindre l'objectif répondaient au critère de l'arrêt *Oakes*<sup>26</sup>. La Cour a ainsi confirmé la validité de la disposition en cause.

### III—Analyse

#### A—La résidence permanente et la citoyenneté

[37] Selon la *Loi sur l'immigration*<sup>27</sup>, un résident permanent est une personne qui s'est vu accorder le droit d'établissement. Le citoyen est, lui, une personne qui a la citoyenneté canadienne au sens de la *Loi sur la citoyenneté*<sup>28</sup>. Le statut de «citoyen canadien» a été instauré par la *Loi sur la citoyenneté canadienne* en 1947 [S.C. 1946, ch. 15]. Avant 1947, les ressortissants du Canada étaient simplement des sujets britanniques résidant au Canada. Dans l'arrêt *Winner v. S.M.T.*<sup>29</sup>, le juge Rand a vu, dans le paragraphe 91(25) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et les compétences résiduelles, le fondement du pouvoir constitutionnel qu'a le Parlement en matière de citoyenneté. D'après lui<sup>30</sup>:

[TRADUCTION] La première réalisation fondamentale de la Loi constitutionnelle a été la création d'une organisation politique unifiée de sujets de Sa Majesté dans les limites géographiques du Dominion, dont le postulat fondamental était l'institution de la citoyenneté canadienne. La citoyenneté est l'appartenance à un État, et en le citoyen s'incarnent les droits et obligations, corollaires de l'allégeance et de la protection, qui constituent le fondement de ce statut. [Non souligné dans l'original.]

[38] La *Loi sur la citoyenneté* n'énumère pas ces droits et ces obligations, corrélatifs à l'allégeance et à la protection, et inhérents au statut de citoyen. Elle reconnaît, cependant, leur existence, en son article 6 ainsi qu'à l'annexe de l'article 24. Il ressort clairement de l'annexe de l'article 24 que le résident permanent qui décide de ne pas devenir citoyen du Canada ne prête aucun serment d'allégeance et n'assume aucune des obligations d'un citoyen canadien.

[39] By contrast, a person who wishes to become a Canadian citizen must take the oath or affirmation of citizenship which is the following:<sup>31</sup>

I swear (*or* affirm) that I will be faithful and bear true allegiance to Her Majesty Queen Elizabeth the Second, Queen of Canada, Her Heirs and Successors, and that I will faithfully observe the laws of Canada and fulfil my duties as a Canadian citizen. [Underlining added.]

[40] The rights and duties of the Canadian citizen, the correlatives of allegiance and protection, are not to be found in any comprehensive legislation. One must look to a number of pieces of legislation to identify them. The following is a sampling of the rights and duties created by federal statutes.

#### 1. The rights

[41] The Charter itself embodies a number of important constitutional rights which only citizens are entitled to. Section 3 specifies that only citizens have the right to “vote in an election of members of the House of Commons or a legislative assembly and to be qualified for membership therein”. This fundamental distinction is reflected in section 50 of the *Canada Elections Act*,<sup>32</sup> which specifies that one must be a Canadian citizen in order to qualify as an elector. Section 6 of the Charter grants to Canadian citizens, only, the right to enter, remain in, and leave Canada. However, the same section gives to both citizens and permanent residents the right to move between provinces and to gain a livelihood in any province. Only citizens have the right to minority language education for their children under section 23 of the Charter. Only those who are “Subjects of the Queen” qualify for the office of senator under sections 23 and 31 of the *Constitution Act, 1867*.

[42] Many of the pieces of legislation which create federal public bodies require that the directors and principal officers of those organizations be Canadian citizens.<sup>33</sup> Similar restrictions apply to numerous senior positions in some federal organizations.<sup>34</sup> Further, in order to qualify for many of these positions the law requires a citizen to be “ordinarily resident in Canada”.<sup>35</sup>

[39] À l’inverse, la personne qui désire acquérir la citoyenneté canadienne, fait serment ou affirmation de citoyenneté, en les termes suivants<sup>31</sup>:

Je jure fidélité et sincère allégeance à Sa Majesté la Reine Elizabeth Deux, Reine du Canada, à ses héritiers et successeurs et je jure d’observer fidèlement les lois du Canada et de remplir loyalement mes obligations de citoyen canadien. [Non souligné dans l’original.]

[40] Les droits et obligations du citoyen canadien, corrélatifs à l’allégeance et à la protection, n’ont pas été regroupés dans un texte de loi. Il faut, pour les trouver, les chercher dans plusieurs textes. Voici quelques-uns des droits et devoirs institués par des lois fédérales.

#### 1. Les droits

[41] La Charte énonce elle-même plusieurs droits constitutionnels importants réservés aux seuls citoyens. L’article 3 prévoit que seul le citoyen a un «droit de vote et [est] éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales». Cette distinction fondamentale se retrouve à l’article 50 de la *Loi électorale du Canada*<sup>32</sup>, qui précise que, pour être électeur, il faut être citoyen canadien. L’article 6 de la Charte reconnaît aux seuls citoyens canadiens le droit de demeurer au Canada, d’y entrer ou d’en sortir. Cette même disposition reconnaît cependant, aussi bien aux citoyens qu’aux résidents permanents, le droit de se déplacer dans tout le pays et de gagner leur vie dans toute province. Seuls les citoyens possèdent le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité en vertu de l’article 23 de la Charte. Seuls les «sujets de la Reine» peuvent être nommés sénateurs, selon les articles 23 et 31 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[42] La plupart des textes législatifs portant création d’organismes publics fédéraux prévoient que seuls des citoyens canadiens peuvent en être nommés administrateurs ou dirigeants<sup>33</sup>. Des restrictions analogues s’appliquent à de nombreux postes élevés dans certaines organisations fédérales<sup>34</sup>. De plus, la loi prévoit que pour exercer nombre de ces fonctions, il faut être «citoyen canadien résidant habituellement au Canada»<sup>35</sup>.

[43] This preference for citizens is not universal. Some federal organizations can be headed by permanent residents. The International Centre for Human Rights and Democratic Development is only one example. Its chairman, vice-chairman, president and directors can all be permanent residents.<sup>36</sup>

[44] Other federal organizations employ a hybrid strategy which allows some senior officers to be non-citizens. For example, the International Development Research Centre is headed by a chairman, a president and up to 19 governors. Of these, only the chairman, the president and nine governors must be Canadian citizens.<sup>37</sup> Further, the voting rules of the organization stipulate that a quorum can only be achieved when the majority of governors present are citizens.<sup>38</sup> The *Young Offenders Act*<sup>39</sup> permits the attorneys general of the provinces to establish “youth justice committees” to assist in the implementation of programs for young offenders. Positions on these committees are open to citizens only.

[45] Law enforcement legislation also establishes preferences. Subsection 9.1(2) of the *Royal Canadian Mounted Police Act*<sup>40</sup> specifies that persons who are not citizens can be appointed as members of the police force (which includes police officers) where there are no Canadian citizens who meet the requirements for the position in question.

## 2. The protections

[46] Not only are citizens accorded special privileges, they are also provided greater protection than permanent residents specifically on account of their closer ties with the state. The *Transfer of Offenders Act*<sup>41</sup> provides that Canadian citizens who are convicted of offences in foreign countries and are confined in those countries may request that they be

[43] Cette préférence en faveur des citoyens n'est pas absolue cependant. Certaines organisations fédérales peuvent être dirigées par des résidents permanents. Cela est vrai, par exemple, du Centre international des droits de la personne et du développement démocratique. Son président du conseil, vice-président du conseil, président et les administrateurs peuvent tous être des résidents permanents<sup>36</sup>.

[44] D'autres organisations fédérales ont adopté une stratégie mixte qui permet de nommer à certains postes de direction des personnes qui ne sont pas des citoyens. C'est ainsi, par exemple, que le Centre de recherches pour le développement international a une direction composée d'un président du conseil, d'une présidente et d'un conseil d'administration de 19 membres. Seuls le président du conseil, le président et neuf gouverneurs sont tenus d'être citoyens canadiens<sup>37</sup>. En outre, les règles concernant le vote au sein de l'organisation prévoient qu'il n'y a quorum que lorsque la majorité des gouverneurs présents sont eux-mêmes citoyens<sup>38</sup>. La *Loi sur les jeunes contrevenants*<sup>39</sup> donne aux procureurs généraux des provinces la possibilité d'établir des «comités de justice pour la jeunesse» afin d'aider à mettre en œuvre les programmes destinés aux jeunes contrevenants. Les postes au sein de ces comités ne peuvent être occupés que par des citoyens.

[45] Les lois régissant sur les forces de l'ordre établissent, elles aussi, des préférences. Ainsi, le paragraphe 9.1(2) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*<sup>40</sup> précise que les non-citoyens peuvent être nommés membres de cette force policière (y compris les agents de police) lorsqu'aucun citoyen canadien ne répond aux conditions requises pour le poste en question.

## 2. Les mesures de protection

[46] Non seulement les citoyens se voient-ils accorder des privilèges spéciaux, mais, en raison des liens plus étroits qu'ils entretiennent avec l'État, ils jouissent aussi d'une protection plus grande que celle qui est accordée aux résidents permanents. La *Loi sur le transfèrement des délinquants*<sup>41</sup> prévoit que les citoyens canadiens jugés coupables d'une infraction et



transferred to serve the remainder of their sentences in Canada.<sup>42</sup> There is no similar privilege for permanent residents in the same situation. Also, it is an offence under Canadian law for a person to take a Canadian citizen hostage even though the hostage taking occurs abroad.<sup>43</sup> This is not true if the person taken hostage is a permanent resident.

### 3. The duties

[47] The criminal law applies equally to citizens and permanent residents inside Canada. However, when these two groups are outside of Canada they become subject to different obligations and the *Criminal Code*<sup>44</sup> provides for a number of offences that can be committed abroad only by Canadian citizens. Section 46 specifies that only citizens (and not permanent residents) will commit treason if they perform certain treasonous acts while outside of Canada. Similarly, only a Canadian citizen commits an offence if he or she enters into a bigamous marriage outside the country.<sup>45</sup> The *Official Secrets Act*<sup>46</sup> makes it an offence under Canadian law for a citizen, or a person owing allegiance to the Crown, to disclose secret information while outside the country.<sup>47</sup> The same measure does not apply to permanent residents.

[48] Allegiance, historically, has been linked with the duty to bear arms. It is interesting in this regard to note that under the *National War Services Regulations, 1940 (Recruits)*<sup>48</sup> those who were called out for military training were “every male British Subject who [was] or [had] been at any time subsequent to the first day of September, 1939, ordinarily resident of Canada.”

[49] Although I have not canvassed other provincial legislation creating duties for citizens, it is known that only citizens are called upon to serve as jurors in the provinces.<sup>49</sup> In the North West Territories, both citizens and permanent residents must sit on juries.<sup>50</sup> In the Yukon, this duty is required of both citizens and British subjects.<sup>51</sup>

emprisonnés dans un pays étranger peuvent demander leur transfèrement afin de purger le reste de leur peine au Canada<sup>42</sup>. Aucun privilège analogue n'existe pour les résidents permanents se trouvant dans la même situation. La loi canadienne, de plus, érige en infraction le fait de prendre en otage un citoyen canadien même si cette prise d'otage a lieu à l'étranger<sup>43</sup>. Il n'en va pas de même si la personne prise en otage est un résident permanent.

### 3. Les obligations

[47] Au Canada, le droit pénal s'applique d'une manière égale aux citoyens et aux résidents permanents. Cela dit, lorsque des membres de ces deux groupes se trouvent hors du Canada, il leur incombe des obligations différentes, et le *Code criminel*<sup>44</sup> prévoit un certain nombre d'infractions qui ne peuvent être commises à l'étranger que par des citoyens canadiens. Selon l'article 46, seuls des citoyens (et non pas des résidents permanents) commettront une trahison si, alors qu'ils se trouvent hors du Canada, ils commettent un certain nombre d'actes de trahison. De la même façon, seul un citoyen canadien commet une infraction s'il contracte, à l'extérieur du Canada, un mariage bigame<sup>45</sup>. La *Loi sur les secrets officiels*<sup>46</sup> érige en infraction le fait, pour un citoyen canadien ou autre personne devant allégeance à la Couronne, de divulguer, alors qu'il se trouve hors du pays, un renseignement secret<sup>47</sup>. Cette disposition ne s'applique pas aux résidents permanents.

[48] Historiquement, l'allégeance est liée au devoir militaire. Il est intéressant de noter à cet égard que les *Règlements de 1940 sur les services nationaux de guerre (Recrues)*<sup>48</sup> astreignaient à l'entraînement militaire «tout sujet britannique du sexe masculin qui réside ou a résidé ordinairement au Canada, en tout temps après le premier jour de septembre 1939».

[49] Je ne me suis pas penchée sur d'autres lois provinciales pour savoir si elles créent des obligations pour les citoyens, mais chacun sait que seuls les citoyens sont appelés dans les provinces à servir comme jurés<sup>49</sup>. Dans les Territoires du Nord-Ouest, ce sont à la fois les citoyens et les résidents permanents qui sont appelés à siéger au sein de jurys<sup>50</sup>. Au Yukon, ce devoir s'impose à la fois aux citoyens et aux sujets britanniques<sup>51</sup>.

#### 4. Conclusion

[50] From this, I conclude that citizenship, as demonstrated by the oath or affirmation, requires attachment to Canadian laws and institutions and a commitment to the duties that ensue as a Canadian citizen. A number of statutes, designed to foster specific links between the state and its nationals, illustrate the rights, privileges and duties of Canadian citizens.

#### B—The citizenship preference in the *Public Service Employment Act*

[51] The impugned legislation must first be characterized.

[52] In his analysis of the objectives of paragraph 16(4)(c) of the Act and his quest to determine whether that measure relates to a concern sufficiently pressing and substantial in a free and democratic society to override a protected right, the Trial Judge concluded that Parliament's intent, in adopting this legislation, was to value Canadian citizenship and to encourage those who are not Canadian citizens to naturalize. There was ample evidence on which he could base his conclusion.

[53] In 1985, for instance, the year section 15 of the Charter came into force, the Minister of Justice issued a paper on *Equality Issues in Federal Law: A Discussion Paper*<sup>52</sup>. The Minister noted that few would question the need to create distinctions between citizens, permanent residents and aliens. The Minister noted a range of federal and provincial statutes which use citizenship as a condition of eligibility for some status or benefit. He stated generally:<sup>53</sup>

The right to vote and to hold public office are reasonable concomitants of citizenship. It may also be reasonable to require the allegiance witnessed by citizenship in certain sensitive positions in law enforcement or in the Public Service. A degree of latitude may also be appropriate in requiring citizenship simply to encourage residents of Canada to acquire citizenship and participate more fully in our political process.

#### 4. Conclusion

[50] Je conclus de tout cela que la citoyenneté, dont témoigne le serment ou l'affirmation d'allégeance, exige un attachement aux lois et aux institutions canadiennes, ainsi que l'engagement de s'acquitter des obligations incombant aux citoyens canadiens. Plusieurs lois, destinées à promouvoir des liens précis entre l'État et ses ressortissants, illustrent les droits, les privilèges et les devoirs des citoyens canadiens.

#### B—La préférence accordée aux citoyens par la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*

[51] Il y a d'abord lieu de caractériser la disposition législative contestée en l'espèce.

[52] Dans son analyse des objectifs visés par l'alinéa 16(4)c) de la Loi, et dans ses efforts en vue de déceler si cette disposition, découle d'une préoccupation suffisamment urgente et réelle pour l'emporter, dans une société libre et démocratique, sur un droit constitutionnellement protégé, le juge de première instance a conclu qu'en adoptant cette disposition, le législateur a voulu rehausser la valeur de la citoyenneté canadienne et inciter les non-citoyens à se faire naturaliser. Il a pu se fonder sur des preuves abondantes.

[53] En 1985, par exemple, l'année où l'article 15 de la Charte est entré en vigueur, le ministre de la Justice a publié un document intitulé *Les droits à l'égalité et la législation fédérale: un document de travail*<sup>52</sup>. Le ministre fit observer que rares seraient ceux qui doutent de la nécessité de distinguer les citoyens des résidents permanents et des étrangers. Le ministre a pu citer tout un ensemble de lois fédérales et provinciales qui subordonnent à la citoyenneté l'obtention de tel statut ou avantage. De manière plus générale, il expliqua que<sup>53</sup>:

Il est raisonnable d'exiger la citoyenneté des personnes à qui on accorde le droit de voter ou d'occuper une charge publique. Il est sans doute aussi raisonnable d'exiger cette preuve de fidélité que constitue la citoyenneté de ceux qui occupent certains postes de confiance dans le domaine de l'application de la loi ou dans la Fonction publique. Il peut enfin être justifié de laisser au législateur une certaine latitude dans le choix des circonstances où il exige la

[54] There was then a discussion on public service employment. He said:<sup>54</sup>

The rationale [for the citizenship preference] is threefold. First, is the argument that one of the benefits of Canadian citizenship is the right to seek and receive employment in the federal Public Service. While this preference is subject to certain obligations, it remains one of the advantages of Canadian citizenship.

Secondly, employees must recognize the authority of and faithfully serve the employer. In the Public Service, the Crown is the employer. Citizenship implies loyalty to the Crown, but non-Canadians, even if permanently resident in this country, owe loyalty to another state.

This rationale, however, raises questions because non-citizens can be granted Public Service positions. This preference for citizens does not, therefore, imply a want of recognition of service, loyalty or reliability on the part of the non-citizen. The citizenship requirement is merely a preference, although its effect is that very few positions in the federal Public Service are held by non-citizens. The same question applies to the third rationale which is a concern for national security of non-Canadians are employed.

The fundamental issue here is whether offering citizens a preference for positions in the federal Public Service should be considered an acceptable privilege that goes along with the acquisition of citizenship. Since citizenship must have some privileges, the concern is to delineate what privileges are justified.

[55] The sub-committee on Equality Rights in turn expressed concern about what it felt was a form of discrimination with regard to paragraph 16(4)(c) of the Act. It recommended that the provision be eliminated.<sup>55</sup>

[56] The Response of the Minister of Justice was the following.<sup>56</sup>

The Government does not agree with this recommendation. It takes the view that the current preference granted to citizens is a reasonable and justified limitation, permitted by

citoyenneté, ne serait-ce que pour encourager les résidents du Canada à obtenir ce statut et à participer plus activement à la vie politique du pays.

[54] Il aborda ensuite la question de l'emploi dans la fonction publique. Selon lui<sup>54</sup>:

On donne trois raisons pour justifier cette situation [la préférence fondée sur la citoyenneté]. La première est que l'un des avantages de la citoyenneté canadienne est précisément la possibilité d'obtenir un emploi dans la Fonction publique fédérale, même si cela comporte certaines obligations.

La deuxième raison invoquée est que les employés doivent admettre l'autorité de l'employeur et le servir loyalement. Or dans la Fonction publique, c'est la Couronne qui est l'employeur. Et le fait d'avoir la citoyenneté implique que l'on est loyal à la Couronne. Pour leur part, les non-Canadiens, même s'ils résident en permanence au Canada ont une obligation de loyauté envers un autre État.

Cette raison n'est toutefois pas totalement convaincante, puisque des non-citoyens peuvent aussi, dans certains cas, accéder à des postes dans la Fonction publique. Cette priorité accordée aux citoyens ne signifie donc pas que l'on considère que les non-citoyens manquent de loyauté ou ne sont pas dignes de confiance. Le fait d'exiger la citoyenneté n'indique qu'une préférence, même s'il a pour conséquence que très peu de postes au sein de la Fonction publique fédérale sont occupés par des non-citoyens. Le même problème se pose en ce qui a trait à la troisième raison. Il est en effet soutenu, en troisième lieu, que l'octroi de postes à des non-Canadiens serait de nature à compromettre la sécurité nationale.

La question fondamentale est de savoir si le fait d'accorder la priorité aux citoyens lorsqu'il s'agit de combler des postes dans la Fonction publique fédérale doit être considéré comme une conséquence acceptable de la possession de la citoyenneté. Étant donné qu'il est normal que le citoyen ait certains privilèges, le problème est de décider quels privilèges sont justifiés.

[55] Le sous-comité sur les droits à l'égalité s'est à son tour dit préoccupé par ce qui lui semblait être une forme de discrimination inscrite dans l'alinéa 16(4)(c) de la Loi. Il recommandait l'abrogation de cette disposition<sup>55</sup>.

[56] Le ministre répondit en ces termes<sup>56</sup>:

Le gouvernement ne souscrit pas à cette recommandation. Il estime que la préférence actuellement accordée aux citoyens canadiens est une restriction raisonnable et justifiée,

the *Charter* and the *International Covenant on Civil and Political Rights*.

This view is based on considerations of the nature of citizenship and its relation to the role of the Public Service. In their work, public servants serve and represent the Canadian community by guaranteeing its security, ensuring its safety, advancing its physical and economic welfare and representing its interests, in Canada and abroad.

Citizenship carries with it both privileges and responsibilities. The privileges include the right to vote; one responsibility is to promote the security and welfare of the country and protect the country's way of life. The Government is of the opinion that one of the legitimate benefits of Canadian citizenship should be the right to seek and receive employment in the federal public service on a preferential basis. This right is subject to certain obligations, such as the limitations on political activity, but it remains one of the advantages of citizenship and a recognition of the value placed on citizenship by Canadian society.

It is to be noted that this view seems to prevail in other Western democracies, some of which (e.g., United States, France, Great Britain, Australia) go farther than Canada in making citizenship a requirement for entry to the civil service, rather than a preference.

Under the current system, non-Canadians can be employed in public service jobs for which no qualified Canadian citizens are found.

[57] The Report of the Sub-committee on Equality Rights of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs was debated in the House of Commons in March 1986. A motion that the Report be concurred with by the House failed to win the necessary support. On the issue of the citizenship preference, the Honourable Pierre H. Cadieux (Minister of Labour) stated:<sup>57</sup>

The Government has clearly indicated that it felt that the preference now granted to Canadian citizens is a reasonable and justified restriction under the *Charter* and the *International Agreement on Civil and Political Rights*.

The main purpose of this step is to recognize that all of us, you and I and every other Canadian, cherish and appreciate our citizenship which involves some duties such as the promotion of welfare within the community. It also includes a number of rights, including the right to vote, Mr. Speaker. And one of the legitimate benefits of Canadian citizenship must be the right of priority access to jobs within the federal Civil Service. It is only reasonable that we

permise par la *Charte* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

Cette opinion est fondée sur une étude de la nature de la citoyenneté et de son lien avec le rôle de la Fonction publique. Dans leur travail, les fonctionnaires servent et représentent la communauté canadienne lui en garantissant la sécurité, en contribuant à son bien-être physique et économique, et en représentant ses intérêts, au Canada et à l'étranger.

La citoyenneté entraîne tant des privilèges que des responsabilités. Les privilèges comprennent le droit de vote. Une des responsabilités est de promouvoir le bien-être et la sécurité du pays et d'en protéger son mode de vie. Le gouvernement estime que l'un des avantages légitimes de la citoyenneté canadienne devrait être le droit de postuler et d'obtenir de façon préférentielle un emploi dans la Fonction publique fédérale. Ce droit est assujéti à certaines obligations comme la restriction des activités politiques, mais il demeure l'un des avantages de la citoyenneté et une reconnaissance de la valeur que lui accorde la société canadienne.

Soulignons que cette opinion semble prévaloir dans d'autres démocraties occidentales, certaines (par exemple, les États-Unis, la France, la Grande-Bretagne, et l'Australie) allant jusqu'à faire de la citoyenneté une condition d'entrée dans la fonction publique plutôt qu'une préférence.

Dans le cadre du système actuel, les non-Canadiens peuvent être recrutés dans la Fonction publique fédérale si aucun citoyen canadien ne se qualifie pour l'emploi.

[57] Le Rapport du Sous-comité sur les droits à l'égalité du Comité permanent de la justice et des questions juridiques fut débattu à la Chambre des communes au mois de mars 1986. Une motion tendant à faire approuver le Rapport par la Chambre n'obtint pas le nombre de voix nécessaires. S'agissant de la préférence accordée aux citoyens, l'honorable Pierre H. Cadieux (ministre de la Main-d'œuvre) déclara<sup>57</sup>:

Le gouvernement a indiqué clairement qu'il estimait que la préférence présentement accordée aux citoyens canadiens constitue une restriction raisonnable et justifiée en vertu de la *Charte* et du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

Le but principal de cette mesure consiste à reconnaître ce que nous chérissons et apprécions tous, vous, moi et tous les autres Canadiens, soit que notre citoyenneté en démocratie comporte certains devoirs comme celui de promouvoir le bien-être de la collectivité. Elle comprend aussi, monsieur le Président, certains droits comme le droit de vote. Et l'un des avantages légitimes de la citoyenneté canadienne doit être l'accès prioritaire aux emplois offerts dans la Fonction

should thus recognize the value and particular importance of Canadian citizenship.

If permanent residents wish to acquire the same rights and duties, they have the possibility to do so by applying for Canadian citizenship. After all, we only ask them to wait three years before they can say they are Canadians and proud of it. Any Canadian citizen has the right to claim certain benefits resulting from Canadian citizenship due to the status which Canadian citizenship confers to citizens. Moreover, Canada is not the only country which feels that its Civil Service should be made up entirely of its own citizens. As a matter of fact, countries such as the United States, France, Great Britain and Australia go even further than Canada, making citizenship a *sine qua non* condition for joining their Civil Services and not merely a criteria for preference as in this country. I should emphasize that, through an international agreement, whoever serves in the foreign service or diplomatic corps of a country must be a citizen of that country.

[58] *Prima facie*, considering the findings of the Trial Judge, the preference of employment in the Public Service appears to be just another feature of the rights and privileges of Canadian citizens meant to reinforce the links between citizens and state.

[59] The appellants submit, however, that the case of *Andrews*, reaffirmed recently by a unanimous judgment of the Supreme Court of Canada in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>58</sup> supports the findings of the Trial Judge that the appellants were subject to discrimination contrary to section 15 of the Charter.

[60] *Andrews* involved the constitutional validity of a provincial legislation while, in the case at bar, the impugned legislation is federal. It opens the possibility that the federal legislation may not discriminate but constitutes a valid distinction in relation to citizenship.

[61] *Law*, on the other hand, deals with the denial of survivor's benefits under the *Canada Pension Plan* [R.S.C., 1985, c. C-8] for those, such as Nancy Law, who are without dependent children or disability and are under the age of thirty-five. The case is a brilliant

publique fédérale. Il n'est que raisonnable que nous reconnaissons la valeur et l'importance particulière de la citoyenneté canadienne.

Si les résidents permanents désirent les mêmes droits et obligations, ils ont la possibilité, monsieur le Président, de présenter une demande de citoyenneté canadienne. Après tout, nous leur demandons seulement d'attendre trois ans avant de pouvoir dire, eux aussi, oui je suis Canadien et fier de l'être. Tout citoyen canadien a droit à certains des avantages découlant de la citoyenneté du fait de la valeur que la citoyenneté canadienne attribue au fait d'être citoyen. En outre, le Canada n'est pas le seul pays à estimer que sa Fonction publique doit se composer de ses citoyens. En fait, des pays comme les États-Unis, la France, la Grande-Bretagne et l'Australie vont même plus loin que le Canada, faisant de la citoyenneté une condition d'entrée dans la Fonction publique et non seulement un critère de préférence comme chez nous. Il me faut signaler que, par convention internationale, quiconque sert dans le service étranger ou le corps diplomatique d'un pays doit être citoyen de ce pays.

[58] À première vue, étant donné les conclusions du juge de première instance, la préférence en matière d'emplois dans la fonction publique semble n'être qu'un des aspects des droits et privilèges reconnus aux citoyens canadiens afin de renforcer les liens entre le citoyen et l'État.

[59] Les appelantes font cependant valoir que l'arrêt *Andrews*, récemment confirmé par un jugement unanime de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>58</sup>, étaye les conclusions du juge de première instance selon lesquelles les appelantes ont été l'objet d'une discrimination contraire à l'article 15 de la Charte.

[60] L'arrêt *Andrews* portait sur la validité constitutionnelle d'une disposition législative provinciale, alors qu'en l'espèce la disposition contestée se trouve dans une loi fédérale. Cela permet de penser que la législation fédérale n'établit peut-être pas une discrimination, ne faisant que répondre à une distinction parfaitement défendable entre le citoyen et les autres.

[61] L'affaire *Law*, par contre, concerne le refus d'accorder, dans le cadre du *Régime de pensions du Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-8], les prestations du survivant aux personnes qui, comme Nancy Law, n'ont pas d'enfant à charge, ne souffrent d'aucune

synthesis of guidelines meant to assist courts of law in identifying the relevant contextual factors in a particular discrimination claim. Iacobucci J., for the Court, states at paragraph 51 [page 529] that the key purpose of subsection 15(1) of the Charter:

. . . 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. [Emphasis added.]

[62] “Human dignity” was thus defined in paragraph 53 [page 530] of his reasons for judgment:

What is human dignity? There can be different conceptions of what human dignity means. For the purpose of analysis under s. 15(1) of the *Charter*, however, the jurisprudence of this Court reflects a specific, albeit non-exhaustive, definition. As noted by Lamer C.J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 554, the equality guarantee in s. 15(1) is concerned with the realization of personal autonomy and self-determination. Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law?

[63] In the final analysis, the provision of the *Canada Pension Plan* was held non discriminatory. It simply reflected the fact that younger people, such as

incapacité, et ont moins de trente-cinq ans. L’arrêt est une brillante synthèse des directives devant permettre aux tribunaux de mieux cerner, en matière d’action en discrimination, les facteurs contextuels pertinents. Au nom de la Cour, le juge Iacobucci a déclaré, au paragraphe 51 [page 529] de l’arrêt, que le paragraphe 15(1) de la Charte avait pour principal objet:

[. . .] 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 dans 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. [Non souligné dans l’original.]

[62] Au paragraphe 53 [page 530] des motifs de l’arrêt, la notion de «dignité humaine» est définie en ces termes:

En quoi consiste la dignité humaine? Il peut y avoir différentes conceptions de ce que la dignité humaine signifie. Pour les fins de l’analyse relative au par. 15(1) de la *Charte*, toutefois, la jurisprudence de notre Cour fait ressortir une définition précise, quoique non exhaustive. Comme le juge en chef Lamer l’a fait remarquer dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 554, la garantie d’égalité prévue au par. 15(1) vise la réalisation de l’autonomie personnelle et de l’autodétermination. La dignité humaine signifie qu’une personne ou un groupe ressent du respect et de l’estime de soi. Elle relève de l’intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n’ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d’égalité, la dignité humaine n’a rien à voir avec le statut ou la position d’une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu’une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l’ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi?

[63] Il fut jugé, en dernière analyse, que la disposition en question du *Régime de pensions du Canada* n’était pas discriminatoire. Cette disposition rendait

Nancy Law, were more able to overcome long-term need than others covered by the legislation. The challenged provision did not demean, neither in purpose nor effect, the dignity of those it excluded.<sup>59</sup>

[64] In the case at bar, the impugned legislation puts, in a serious disadvantageous position, members of a discrete and insular minority and affects them in their search for employment. If it is discriminatory, an analysis under section 1 of the Charter is mandatory.

[65] If the impugned legislation is related to citizenship, an analysis under section 1 of the Charter is also required. Let me explain this latter proposition.

[66] The legal status of aliens including permanent residents has been, historically, the subject of much abuse.<sup>60</sup> Great care must, therefore, be taken before the validity of such a provision is pronounced. One is reminded of La Forest J.'s statement in *Andrews* where a British Columbia statute, which required citizenship as a condition for admission to the Bar, was found to be discriminatory. La Forest J. laid down the following principles of analysis:<sup>61</sup>

There is no question that citizenship may, in some circumstances, be properly used as a defining characteristic for certain types of legitimate governmental objectives. I am sensitive to the fact that citizenship is a very special status that not only incorporates rights and duties but serves a highly important symbolic function as a badge identifying people as members of the Canadian polity. Nonetheless, it is, in general, irrelevant to the legitimate work of government in all but a limited number of areas. By and large, the use in legislation of citizenship as a basis for distinguishing between persons, here for the purpose of conditioning access to the practice of a profession, harbours the potential for undermining the essential or underlying values of a free and democratic society that are embodied in s. 15. Our nation has throughout its history drawn strength from the flow of people to our shores. Decisions unfairly premised on citizenship would be likely to "inhibit the sense of those who are discriminated against that Canadian society is not free or democratic as far as they are concerned and. . . such persons are likely not to have faith in social and political

simplement compte du fait que les personnes jeunes, telle Nancy Law, sont mieux à même de subvenir à leurs besoins à long terme que les autres personnes visées par les dispositions de la loi. La disposition contestée ne portait atteinte, ni par son objet ni par ses effets, à la dignité des personnes qu'elle permettait d'exclure<sup>59</sup>.

[64] En l'espèce, la disposition législative contestée désavantage sérieusement les membres d'une minorité discrète et isolée, et pèse sur leur recherche d'un emploi. Si la disposition est discriminatoire, il incombe à la Cour de se livrer à une analyse du problème au regard de l'article premier de la Charte.

[65] Si la disposition législative contestée concerne la citoyenneté, la Cour doit également faire une analyse au regard de l'article premier de la Charte. Permettez-moi de m'expliquer sur ce point.

[66] Le statut juridique des étrangers, y compris des résidents permanents, a longtemps été la source de maints abus<sup>60</sup>. Avant de dire, donc, qu'une disposition telle que celle qui est en cause ici est valide, il faut bien réfléchir. Cela nous rappelle les propos du juge La Forest dans l'arrêt *Andrews*, la Cour ayant jugé discriminatoire une loi de Colombie-Britannique qui subordonnait l'admission au barreau à la citoyenneté. Voici les principes d'analyse dégagés par le juge La Forest<sup>61</sup>:

Il ne fait aucun doute que la citoyenneté peut, dans certains cas, servir à bon droit de caractéristique distinctive relativement à certains types d'objectifs légitimes du gouvernement. Je suis sensible au fait que la citoyenneté confère un statut très particulier qui ne comporte pas seulement des droits et des obligations, mais qui remplit la fonction très importante de symbole identifiant les gens comme membres de l'État canadien. Néanmoins, la citoyenneté n'a généralement rien à voir avec les activités légitimes d'un gouvernement, si ce n'est dans un nombre restreint de domaines. Dans l'ensemble, l'emploi dans une mesure législative de la citoyenneté comme motif de distinction entre individus, en l'espèce pour conditionner l'accès à l'exercice d'une profession, comporte le risque de miner les valeurs essentielles ou fondamentales d'une société libre et démocratique qui sont enchâssées à l'art. 15. Tout au long de son histoire, notre pays a tiré sa force des gens qui sont venus l'habiter. Les décisions fondées injustement sur la citoyenneté seraient susceptibles de [TRADUCTION] «laisser croire à ceux qui sont victimes de discrimination que la

institutions which enhance the participation of individuals and groups in society, or to have confidence that they can freely and without obstruction by the state pursue their and their families' hopes and expectations of vocational and personal development".

[67] Later, he said:<sup>62</sup>

That is not to say that no legislative conditioning of benefits (for example) on the basis of citizenship is acceptable in the free and democratic society that is Canada, merely that legislation purporting to do so ought to be measured against the touchstone of our Constitution. It requires justification. [Emphasis added.]

[68] In the same vein, McLachlin J. in *Miron v. Trudel*<sup>63</sup> stated:

Marriage and citizenship may be used as the basis to exclude people from protections and benefits conferred by law, provided the state can demonstrate under s. 1 that they are truly relevant to the goal and values underlying the legislative provision in question. [Emphasis added.]

She further said:<sup>64</sup>

If the proponent of the law can demonstrate that the ground of denial of a protection or benefit is relevant to the goal of the legislation, the discrimination loses its sting. "[I]f the . . . differences amongst different people are relevant to the goal in question, then this will be a permissible distinction. . . .": *Boronovsky v. Chief Rabbis of Israel*, [P.D. CH [25] (1), 7]. [Emphasis added.]

[69] I will, at this stage, make no firm finding as to whether this law deals with a legitimate goal, namely, citizenship, or whether it imposes an invalid distinction which amounts to discrimination. In both cases, scrutiny of the impugned legislation is mandatory. I shall, therefore, proceed with such an analysis.

#### C—Section 1 of the Charter

[70] Section 1 of the Charter reads:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only

société canadienne n'est pas libre et démocratique en ce qui les concerne et [. . .] ces personnes risquent de ne pas avoir confiance dans les institutions politiques et sociales qui favorisent la participation des individus et des groupes dans la société et de ne pas croire qu'elles peuvent librement et sans entrave de la part de l'État poursuivre la réalisation de leurs aspirations et attentes, ainsi que de celles de leur famille, en matière de carrière et d'épanouissement personnel».

[67] Un peu plus loin, il ajoutait<sup>62</sup>:

Cela signifie non pas qu'aucune loi qui (par exemple) conditionne un avantage à l'obtention de la citoyenneté n'est acceptable dans la société libre et démocratique qu'est le Canada, mais simplement que la loi qui paraît le faire devrait être soupesée en fonction de la pierre de touche de notre Constitution. Elle doit être justifiée. [Non souligné dans l'original.]

[68] Dans un même ordre d'idée, dans l'arrêt *Miron c. Trudel*<sup>63</sup>, le juge McLachlin déclarait:

Le mariage et la citoyenneté peuvent être utilisés comme motifs pour exclure des personnes de la protection et du bénéfice de la loi, pourvu que l'État puisse, dans le cadre de l'article premier, démontrer que ces motifs sont vraiment pertinents par rapport à l'objet et aux valeurs qui sous-tendent la disposition législative en question. [Non souligné dans l'original.]

Elle ajoutait, un peu plus loin<sup>64</sup>:

Si le défendeur de la loi peut démontrer que le motif de la négation d'une mesure de protection ou d'un avantage est pertinent relativement à l'objectif de la loi, la discrimination perd de sa force. [TRADUCTION] «[S]i les distinctions entre des personnes différentes sont pertinentes relativement à l'objectif en question, il s'agira alors d'une distinction autorisée . . .»: *Boronovsky c. Chief Rabbis of Israel*, [P.D. CH [25] (1), 7]. [Non souligné dans l'original.]

[69] Je n'entends pas, à ce stade-ci, dire si cette loi vise un objectif légitime, en l'occurrence la citoyenneté, ou si elle impose une distinction non valide qui constitue une discrimination. Dans les deux cas, un examen de la disposition contestée s'impose. Je vais donc maintenant passer à l'étape de l'analyse.

#### C—L'article premier de la Charte

[70] Voici le libellé de l'article premier de la Charte:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être



to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. [Emphasis added.]

### 1. The analytical framework under section 1

[71] On several recent occasions, the Supreme Court of Canada has repeated that the analytical framework outlined in *The Queen v. Oakes*<sup>65</sup> is the proper approach for determining when a statutory provision constitutes a reasonable limit on a Charter right under section 1. In *Vriend v. Alberta*,<sup>66</sup> seven members of the Court approved the following summary formulated by Iacobucci J. with regard to the steps to be performed according to the *Oakes* standard:<sup>67</sup>

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

[72] In the earlier case of *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*,<sup>68</sup> a majority of the Court also agreed that this analysis is meant to be context sensitive and must, therefore, be applied in a flexible manner taking into account the particular rights asserted and the sphere of activity in which they are asserted. Thus, it is not a formalistic test which is to be applied in the abstract to each fact situation. As La Forest J., for the dissenting judges, explained:<sup>69</sup>

The appropriate “test” to be applied in a s. 1 analysis is that found in s. 1 itself, which makes it clear that the court’s role in applying that provision is to determine whether an infringement is reasonable and can be demonstrably justified in a “free and democratic society”. In *Oakes*, this Court

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. [Non souligné dans l’original.]

### 1. Le cadre de l’analyse au regard de l’article premier

[71] Récemment, et à plusieurs reprises, la Cour suprême du Canada a rappelé que la démarche retenue dans l’arrêt *La Reine c. Oakes*<sup>65</sup> est celle qui s’impose lorsqu’il s’agit de dire si une disposition législative constitue, au regard de l’article premier, une limite raisonnable à un droit garanti par la Charte. Dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*<sup>66</sup>, sept juges de la Cour ont souscrit au résumé du juge Iacobucci concernant les étapes à suivre selon le critère dégagé dans l’arrêt *Oakes*<sup>67</sup>:

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

[72] Plus tôt, dans l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*<sup>68</sup>, les juges majoritaires de la Cour avaient convenu que cette analyse devait tenir compte du contexte et, par conséquent, être faite avec souplesse afin de tenir compte des droits revendiqués dans chaque cas précis ainsi que de la sphère d’activités dans le cadre de laquelle ils sont revendiqués. Il ne s’agit donc pas d’un critère formaliste pouvant être appliqué de façon abstraite aux faits d’une affaire. Comme le juge La Forest l’expliquait au nom des juges dissidents<sup>69</sup>:

Le «critère» approprié applicable à une analyse fondée sur l’article premier se trouve dans la disposition même, laquelle établit clairement que le rôle du tribunal lorsqu’il l’applique est de déterminer si la limite est raisonnable et peut se démontrer dans le cadre d’une «société libre et démocrati-

established a set of principles, or guidelines, intended to serve as a framework for making this determination. However, these guidelines should not be interpreted as a substitute for s. 1 itself. It is implicit in the wording of s. 1 that the courts must, in every application of that provision, strike a delicate balance between individual rights and community needs. Such a balance cannot be achieved in the abstract, with reference solely to a formalistic “test” uniformly applicable in all circumstances. The s. 1 inquiry is an unavoidably normative inquiry, requiring the courts to take into account both the nature of the infringed right and the specific values and principles upon which the state seeks to justify the infringement.

[73] Later in the same case, McLachlin J., writing for herself and two others, supported much the same position, though she preferred to focus on the specific questions a court must answer to ensure that its analysis is sensitive to the context:<sup>70</sup>

That the s. 1 analysis takes into account the context in which the particular law is situated should hardly surprise us. The s. 1 inquiry is by its very nature a fact-specific inquiry. In determining whether the objective of the law is sufficiently important to be capable of overriding a guaranteed right, the court must examine the actual objective of the law. In determining proportionality, it must determine the actual connection between the objective and what the law will in fact achieve; the actual degree to which it impairs the right; and whether the actual benefit which the law is calculated to achieve outweighs the actual seriousness of the limitation of the right. In short, s. 1 is an exercise based on the facts of the law at issue and the proof offered of its justification, not on abstractions.

[74] As La Forest and McLachlin JJ. suggest, this analysis is heavily dependant on the facts of each case. The divisions between the members of the Supreme Court in *RJR-MacDonald Inc.* is a good example of this. In that case, La Forest J. and three of his colleagues found that the context of the case, which involved legislation enacted to prevent Canadians from being influenced by advertising to use tobacco products, justified the application of a less demanding and more deferential standard of justification. La Forest J. was particularly influenced by the difficulties of proving the sociological theories behind

que». Dans l'arrêt *Oakes*, notre Cour a établi une série de principes ou directives destinés à servir de cadre analytique à cette fin. Toutefois, ces directives ne devraient pas être interprétées comme si elles remplaçaient l'article premier. Le libellé de l'article premier indique implicitement que les tribunaux doivent, chaque fois qu'ils l'appliquent, établir un équilibre délicat entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Un tel équilibre ne peut être établi dans l'abstrait, à partir seulement d'un «critère» formaliste qui s'appliquerait de façon uniforme dans toutes les circonstances. L'examen fondé sur l'article premier est un examen inévitablement normatif qui exige des tribunaux qu'ils tiennent compte de la nature du droit violé ainsi que des valeurs et des principes spécifiques à partir desquels le ministère public tente de justifier la violation.

[73] Plus loin, dans ce même arrêt, le juge McLachlin, écrivant en son nom propre et au nom de deux autres juges de la Cour, a défendu une position très proche de celle-ci, même si elle a préféré insister davantage sur les questions précises auxquelles doit répondre un tribunal pour s'assurer que l'analyse à laquelle il se livre tienne compte du contexte<sup>70</sup>:

Il n'est pas vraiment étonnant que l'analyse fondée sur l'article premier tienne compte du contexte dans lequel se situe la loi en question. L'examen fondé sur l'article premier est, de par sa nature même, un examen spécifique des faits. Pour déterminer si l'objectif de la loi est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti, le tribunal doit examiner le véritable objectif de la loi. Dans l'examen de la proportionnalité, le tribunal doit déterminer quel est le lien qui existe entre l'objectif de la loi et ce que cette loi réussira effectivement à accomplir, dans quelle mesure la loi restreint le droit en question et, enfin, si l'avantage que la loi vise l'emporte sur la gravité de la restriction du droit. Bref, l'évaluation en vertu de l'article premier est un exercice fondé sur les faits de la loi en cause et sur la preuve de sa justification, et non sur des abstractions.

[74] Comme le font entendre les juges La Forest et McLachlin, cette analyse dépend beaucoup des faits de chaque affaire. Le partage des avis au sein de la Cour suprême dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc.* en témoigne d'ailleurs. Dans cette affaire, le juge La Forest et trois de ses collègues estimèrent que le contexte de l'affaire, qui portait sur certaines dispositions législatives visant à soustraire les Canadiens à l'influence des publicités pour le tabac, justifiait l'application d'un critère de justification moins exigeant et plus déférent envers le jugement des tribunaux d'instance inférieure. Le juge La Forest a été particulièrement influencé par

major social policy legislation. This position was substantially rejected by McLachlin J., writing for herself and two others, who explained that words “demonstrably justified” in section 1 required that courts ensure that, before the state overrides constitutional rights, it must provide a reasoned demonstration of the benefits the legislation may achieve relative to rights it would infringe.

[75] It is agreed that the burden of proving that a legislative enactment is “demonstrably justified in a free and democratic society” lies upon the party seeking to uphold the legislation. The standard of proof is the ordinary civil standard of proof, the balance of probabilities.<sup>71</sup> In *RJR-MacDonald*, the various judges of the Supreme Court explained that appellate courts owe less deference to some of the findings of fact of a trial judge in the context of a section 1 analysis. The usual level of deference applies to purely factual findings. A much lowered degree of deference applies to a trial judge’s findings concerning the interpretation of social science and other policy evidence. This is because a trial judge is not in a privileged position to appreciate and weigh “social” or “legislative” facts relative to appellate courts.<sup>72</sup>

[76] I must now examine each of the steps of the section 1 analysis individually.

(a) The objective of the impugned legislation must be pressing and substantial

[77] Since its inception, Canada has always been a country which has grown both socially and economically by accepting immigrants from other lands and other cultures. This has meant that one of Canada’s

la difficulté qu’il y a à démontrer des théories sociologiques invoquées à l’appui de mesures législatives fixant les grandes orientations de la politique sociale. Cette thèse fut en gros rejetée par le juge McLachlin qui, écrivant en son nom et au nom de deux autres juges de la Cour, expliqua que la formule «dont la justification puisse se démontrer» de l’article premier impose aux tribunaux de veiller à ce que l’État, avant de restreindre un droit garanti par la Constitution, démontre, arguments à l’appui, les avantages que la disposition législative en cause procurera par comparaison aux droits qui pourraient être touchés.

[75] Il est convenu que c’est à la partie qui défend la validité de la disposition contestée qu’il appartient de rapporter la preuve d’une «justification [qui peut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique». La norme de preuve est celle qui est normale en matière civile, c’est-à-dire la prépondérance des probabilités<sup>71</sup>. Dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, les divers juges de la Cour suprême ont expliqué que, dans le cadre d’une analyse fondée sur l’article premier, les cours d’appel font preuve de moins de retenue envers certaines des conclusions de fait du juge de première instance. Le degré de retenue habituel ne s’applique qu’aux pures conclusions de fait. Un degré de retenue beaucoup plus faible s’impose à l’égard des conclusions du juge de première instance touchant l’interprétation de preuves s’appuyant sur les sciences sociales ou sur d’autres considérations d’ordre général invoquées à l’appui d’une disposition. S’il en est ainsi, c’est parce que le juge de première instance est moins bien placé que les cours d’appel pour apprécier et juger les faits «sociaux» ou «de caractère public»<sup>72</sup>.

[76] Il convient maintenant d’examiner individuellement chacune des étapes de l’analyse fondée sur l’article premier.

a) La disposition contestée doit viser un objectif urgent et réel

[77] Depuis sa fondation, le Canada s’est développé, aussi bien socialement qu’économiquement, en accueillant des immigrants provenant d’autres horizons et d’autres cultures. Cela veut dire qu’un des plus

greatest challenges has been to create common bonds to join together its diverse peoples. One of the primary means of accomplishing this has been the creation of symbols to which Canadians of all backgrounds were capable of relating. Citizenship, a status shared by both new immigrants and long-time residents, is a logical common symbol. It is, therefore, understandable that Parliament would seek to enhance the value and importance of citizenship in Canadian society as a way of bringing Canadians together. The preference in favour of citizens in public service hiring may be perceived as a means of accomplishing this goal.

[78] The appellants submit that to demonstrate a pressing and substantial concern, one would have expected that the respondents would have tendered evidence that the number of permanent residents in Canada was increasing, that permanent residents were not naturalizing at a fast rate, that there was some animosity or other frictions developing between permanent residents and citizens as a result of the presence of permanent residents in Canada, and that this animosity or friction was causing concrete problems in Canadian society at large.<sup>73</sup>

[79] I do not think so.

[80] We need not, in my view, assess this criterion by reference to a crisis or in terms of success in numbers, but in terms of an appreciation of the reality behind this legislation. Canada has an interest in encouraging residents to become citizens and has envisaged an incentive for permanent residents to encourage them to become full-fledged members of the Canadian society. Canada facilitates this adhesion by recognizing dual citizenship, thereby allowing permanent residents to maintain their connections with their countries of origin. In the case at bar, the countries of origin of Ms. Bailey (the Netherlands) and Ms. Lavoie (Austria) do not recognize dual citizenship. This appears to have been the key reason for their refusal to apply for Canadian citizenship. Dual citizenship was not a barrier for Ms. To Thanh Hien. When she discovered this, she applied and obtained Canadian citizenship.

grands défis que le Canada ait eu à relever au cours de son histoire a été celui de forger des liens entre peuples d'origines différentes. Un des moyens les plus puissants pour cela a été la création de symboles dans lesquels les Canadiens de toutes origines pourraient se reconnaître. La citoyenneté, statut commun à la fois aux nouveaux immigrants et aux résidents de longue date, trouve logiquement sa place parmi ces symboles. On comprend donc bien que le législateur ait cherché à rehausser la valeur et l'importance de la citoyenneté au sein de la société canadienne, afin de promouvoir la cohésion de la nation. La préférence accordée aux citoyens en matière d'emploi dans la fonction publique peut être considérée comme un moyen de parvenir à cela.

[78] Selon les appelantes, on pourrait s'attendre des intimées qu'elles invoquent, pour démontrer l'existence d'une préoccupation urgente et réelle, l'augmentation du nombre de résidents permanents au Canada, le fait que les résidents permanents ne sont pas assez nombreux à demander leur naturalisation, qu'on perçoit une certaine animosité ou tension entre les résidents permanents et les citoyens en raison de la présence de résidents permanents au Canada, et que cette animosité ou cette tension crée pour la société canadienne dans son ensemble des problèmes réels<sup>73</sup>.

[79] Je ne suis pas de cet avis.

[80] D'après moi, il n'est pas nécessaire, pour appliquer ce critère, de pouvoir invoquer une crise ou des chiffres satisfaisants, mais, plutôt, d'apprécier la réalité qui sous-tend cette disposition. Le Canada, qui a tout intérêt à encourager les résidents à se faire naturaliser, a trouvé une manière d'inciter les résidents permanents à devenir membres à part entière de la société canadienne. Le Canada facilite cette adhésion sociale en reconnaissant la double nationalité, ce qui permet aux résidents permanents de maintenir leurs liens avec leur pays d'origine. En l'espèce, les pays d'origine de M<sup>me</sup> Bailey (Pays-Bas) et de M<sup>me</sup> Lavoie (Autriche) ne reconnaissent pas la double nationalité. C'est surtout pour cela, semblé-t-il, qu'elles ont décidé de ne pas demander la citoyenneté canadienne. Pour M<sup>me</sup> To Thanh Hien, la double nationalité ne crée aucun obstacle. Lorsqu'elle a appris cela, elle a demandé et obtenu la citoyenneté canadienne.

[81] What suffices, in my view, to meet the first criterion is the reasonableness of the objective pursued by the impugned provision in terms of the balance of probabilities. I conclude that the objective pursued by the impugned legislation makes sense considering Canada's history which La Forest J. summed up in *Andrews v. Law Society of British Columbia*<sup>74</sup> in the following way:

Our nation has throughout its history drawn strength from the flow of people to our shores.

(b) The means chosen-are they reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society?

[82] It is worth examining first the state of the law in other democratic countries and under international law. I do not find this analysis to be determinative, but simply illustrative of the trends shown in other free and democratic countries.

[83] I start with the international instruments. The *Universal Declaration of Human Rights*<sup>75</sup> recognizes equality for citizens in public service employment of their respective countries. Article 21 provides that:

Article 21

1. Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives.

2. Everyone has the right to equal access to public service in his country. [Emphasis added.]

[84] The *International Covenant on Civil and Political Rights*<sup>76</sup> also recognizes the rights of citizens to equal access to employment in the public services of their respective countries. According to Article 25(c):

Article 25

Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restriction:

...

[81] D'après moi, pour satisfaire au premier critère, il suffit de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la disposition contestée vise un objectif raisonnable. Je conclus que l'objectif visé par la disposition contestée se défend compte tenu de l'histoire du Canada, histoire que, dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*<sup>74</sup>, le juge La Forest a résumé en ces termes:

Tout au long de son histoire, notre pays a tiré sa force des gens qui sont venus l'habiter.

b) Les moyens choisis sont-ils raisonnables et leur justification peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

[82] Il convient d'abord d'examiner l'état du droit dans d'autres pays démocratiques et aussi l'état du droit international. D'après moi, cette analyse ne permet pas, à elle seule, de trancher la présente affaire, mais elle illustre les tendances qui se manifestent dans les autres pays libres et démocratiques.

[83] D'abord, les instruments internationaux. La *Déclaration universelle des droits de l'homme*<sup>75</sup> reconnaît l'égalité des citoyens en matière d'emploi dans la fonction publique de leurs pays respectifs. C'est ainsi qu'elle prévoit, à son article 21:

Article 21

1. Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis.

2. Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays. [Non souligné dans l'original.]

[84] Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>76</sup> reconnaît lui aussi le droit qu'ont les citoyens d'accéder en toute égalité aux fonctions publiques de leurs pays respectifs. Selon l'alinéa 25c):

Article 25

Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables:

[. . .]

(c) To have access, on general terms of equality, to public service in his country. [Emphasis added.]

c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays. [Non souligné dans l'original.]

[85] These instruments, because they are the result of a consensus between many very differently situated nations, may, to a certain extent, reflect only a common denominator. They recognize. They do not condemn.

[85] Ces instruments internationaux, parce qu'ils sont le fruit d'un consensus entre pays se trouvant dans des situations très différentes, ne font peut-être, dans une certaine mesure, que refléter un dénominateur commun. Ils reconnaissent. Ils ne condamnent pas.

[86] The Trial Judge found that with the exception of Sweden and New Zealand, virtually all liberal democratic societies impose citizenship-bases restrictions in one form or another on access to employment in their national public services. This is so in Switzerland where only Swiss citizens may be appointed as public servants except in exceptional cases where the Federal Council authorizes the employment of a non-citizen.<sup>77</sup>

[86] Selon le juge de première instance, à l'exception de la Suède et de la Nouvelle-Zélande, à peu près toutes les sociétés libérales et démocratiques imposent, sous une forme ou sous une autre, à l'entrée dans la fonction publique, une restriction fondée sur la citoyenneté des candidats. Il en va de même en Suisse, où seuls les citoyens suisses peuvent être nommés à des emplois publics, hormis des cas exceptionnels où le Conseil fédéral peut autoriser la nomination d'un non-citoyen<sup>77</sup>.

[87] For many years, the United States has restricted the employment of non-citizens in the federal public service. These restrictions have survived challenges under the equality provisions of the United States Constitution. Yet, similar restrictions by state governments have almost always been struck down by the United States Supreme Court as violations of equality rights. The distinction appears to lie in the division of legislative powers between state and federal governments. Since aliens and citizenship is an area of federal legislative competence, federal legislation which creates restrictions based on citizenship is subjected to a much less rigorous standard of review than is equivalent state legislation.<sup>78</sup> State legislation is inherently suspect.<sup>79</sup> The courts are deferential to federal distinctions based on citizenship because of their belief that aliens and citizenship is an area of authority that has been committed to the political branches of government. Because of the separation of powers doctrine, the courts are not to interfere with the activities confined to the political branch and thus the courts exercise only the most limited powers of review in this area.<sup>80</sup> The only state legislated restriction to survive scrutiny under the constitutional guarantee of equality was a restriction which prevented non-citizens from exercising "political functions" in a state's public service. This is a narrow

[87] Depuis de nombreuses années, les États-Unis restreignent l'emploi de non-citoyens au sein de la fonction publique fédérale. La validité de ces restrictions a été confirmée par les tribunaux, après avoir été contestée sur le fondement des droits à l'égalité garantis par la Constitution américaine. Par contre, des restrictions analogues, instaurées par les divers États de ce pays, ont presque toujours été infirmées par la Cour suprême des États-Unis, qui les a considérées comme contraires aux droits à l'égalité. La distinction semble fondée sur la répartition des compétences législatives entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des divers États. Étant donné que la situation des étrangers et la citoyenneté relèvent des compétences législatives fédérales, les lois fédérales imposant une restriction fondée sur la citoyenneté sont soumises, en matière d'examen judiciaire, à des critères beaucoup moins rigoureux que les dispositions analogues adoptées par les États<sup>78</sup>. En ce domaine, en effet, la législation des divers États paraît, aux yeux des tribunaux américains, intrinsèquement suspecte<sup>79</sup>. Les tribunaux américains se montrent déférents envers les distinctions que la loi fédérale établit au regard de la citoyenneté car ils estiment que le statut des étrangers et la citoyenneté constituent un domaine relevant en propre du pouvoir politique. En raison du principe de la séparation des pouvoirs, les tribunaux ne doivent

exception which only prohibits non-citizens from holding positions in which a state could “require citizenship as a qualification for office”.<sup>81</sup> It requires a consideration of each function sought to be reserved for citizens to determine whether citizenship is truly a prerequisite for performing that role.

[88] Australia has taken a path different from that of other nations. Until 1984 only British subjects could obtain permanent employment in the public service of Australia unless a special exception was obtained.<sup>82</sup> A Royal Commission recommended the abolition of the nationality requirement,<sup>83</sup> but the Government rejected this option. Instead, it legislated that Australian citizenship would be a requirement for public service employment, but with an important limitation.<sup>84</sup> Permanent residents can be appointed to public service positions on a probationary basis for up to two years. Probationary positions only become permanent if permanent residents obtain citizenship within the two-year period. Failure to obtain citizenship results in the termination of the appointment.

[89] In my view, the Australian system is more drastic than the Canadian preference system since, after the end of the probationary period, a total exclusion is pronounced.

[90] The situation is more complex for European countries which are members of the European Union. Most of these countries have constitutions or statutes which reserve for their citizens employment opportunities in their public services. For example, the German

pas s’ingérer dans ce qui relève du pouvoir politique et donc, dans ce domaine, les tribunaux n’exercent que des pouvoirs de contrôle extrêmement restreints<sup>80</sup>. La seule restriction imposée par la législation d’un État à avoir résisté à l’examen judiciaire au regard des droits constitutionnels à l’égalité était une restriction interdisant aux non-citoyens l’exercice de «fonctions politiques» au sein de la fonction publique d’un État. Il s’agit d’une exception étroitement circonscrite qui ne permet d’exclure les non-citoyens que des postes pour lesquels un État peut «exiger, comme condition d’emploi, la citoyenneté»<sup>81</sup>. Il convient donc d’examiner chaque poste que l’on veut réserver à des citoyens afin de savoir si la citoyenneté peut vraiment être considérée comme une condition essentielle de la fonction.

[88] L’Australie, en ce domaine, se distingue des autres nations. Jusqu’en 1984, sauf dispense, seuls les sujets britanniques pouvaient obtenir un emploi permanent au sein de la fonction publique australienne<sup>82</sup>. Une commission royale recommanda que l’on abolisse la condition de citoyenneté<sup>83</sup>, mais le gouvernement en décida autrement. Selon de nouvelles dispositions, la citoyenneté australienne resterait nécessaire à l’obtention d’un emploi dans la fonction publique, mais cette condition s’accompagnerait d’une réserve importante<sup>84</sup>. Ainsi, un résident permanent peut être nommé à un poste dans la fonction publique pour une période de mise à l’épreuve pouvant aller jusqu’à deux ans. Les personnes effectuant un tel stage ne peuvent toutefois être titularisées que si elles obtiennent la citoyenneté au cours de cette période de deux ans. Celles qui ne se font pas naturaliser perdent leur poste.

[89] D’après moi, le système australien est plus radical que le système de préférence en vigueur au Canada car, à la fin de la période de stage, l’intéressé perd toute possibilité d’emploi dans la fonction publique.

[90] La situation est plus complexe dans les pays membres de l’Union européenne. La plupart de ces pays se sont dotés de constitutions ou ont promulgué des statuts qui réservent à leurs citoyens les emplois dans leurs fonctions publiques respectives.

Constitution provides that only Germans shall be employed in its public service except where there is an urgent need to hire a non-citizen.<sup>85</sup> Statutes create the same system in the United Kingdom and provide that aliens may be hired for limited periods only where there are insufficient British subjects available and special authorisation is received.<sup>86</sup> However, such restrictions have been limited to positions in the “public administration” of each country by Article 48 of the Treaty of Rome<sup>87</sup> which generally requires that workers within the European Union be free to work in any country without discrimination based on nationality. In *Re Public Employees: E.C. Commission v. Belgium*<sup>88</sup> the European Court determined the scope of “public administration” and found that member countries could only institute citizenship restrictions for those positions which “involve direct or indirect participation in the exercise of powers conferred by public law and duties designed to safeguard the general interests of the State”.<sup>89</sup> The Court explained that the rational for employing such a closely tailored functional definition was that:<sup>90</sup>

Such posts in fact presume on the part of those occupying them the existence of a special relationship of allegiance to the State and reciprocity of rights and duties which form the foundation of the bond of nationality.

[91] While this decision encourages the free movement of workers within the European Union, it does not benefit citizens of countries outside that trade block. For them the previous absolute restrictions enshrined in the national law of each member country continue to apply.

[92] I agree with the appellants that, given their distinct histories, all free and democratic societies, which have preferences, have adopted them for various and complex reasons which are directly dependent upon their own internal traditions.<sup>91</sup> I find that it is hardly possible to draw a firm inference from this comparison, except to say that special bonds between citizens and state have a long and enduring history.

La Constitution allemande, par exemple, prévoit que seuls des Allemands peuvent occuper des emplois dans la fonction publique, sauf si la nécessité porte à engager un non-citoyen<sup>85</sup>. La loi a institué le même système au Royaume-Uni, où les étrangers ne peuvent être engagés que pour des périodes limitées et seulement sur autorisation spéciale et en cas de pénurie de sujets britanniques aptes à la fonction<sup>86</sup>. Mais de telles restrictions se limitent, en raison de l'article 48 du Traité de Rome<sup>87</sup>, aux postes dans l'«administration publique» des divers pays, ce traité exigeant, de manière générale, que les travailleurs de l'Union européenne soient libres d'aller travailler dans tout pays de l'Union sans discrimination fondée sur la nationalité. Dans l'affaire intéressant des fonctionnaires publics: *Re Public Employees: E.C. Commission v. Belgium*<sup>88</sup>, la Cour européenne a défini la notion d'«administration publique» et estimé que les États membres ne pouvaient instituer de restrictions fondées sur la citoyenneté que pour les postes qui «exigent une participation directe ou indirecte à l'exercice de pouvoirs conférés par une loi publique et dont les fonctions sont destinées à la sauvegarde des intérêts généraux de l'État»<sup>89</sup>. La Cour a expliqué que si elle retenait dans cette affaire une définition fonctionnelle si ajustée, c'était que<sup>90</sup>:

[TRADUCTION] De tels postes supposent en fait de la part de ceux qui les occupent l'existence d'un rapport spécial d'allégeance avec l'État et la réciprocité des droits et des devoirs qui sont à la base du lien que constitue la nationalité.

[91] Cette décision encourage, certes, le libre mouvement des travailleurs au sein de l'Union européenne, mais elle n'offre aucun recours aux citoyens de pays extérieurs à ce marché commun. Pour eux, les restrictions absolues inscrites dans le droit national de chaque pays continuent à s'appliquer.

[92] Je conviens avec les appelantes que toutes les sociétés libres et démocratiques qui ont instauré une préférence fondée sur la citoyenneté l'ont fait pour des raisons à la fois diverses et complexes liées à leurs particularités historiques et en rapport direct avec leurs traditions respectives<sup>91</sup>. Il me semble difficile de fonder sur cette comparaison une conclusion nette à cet égard, si ce n'est pour dire que les liens spéciaux noués entre les citoyens et l'État ont une très longue histoire.



(c) The proportionality test

[93] At this stage, under the *Oakes* test, I must determine whether the means chosen to implement the objective are proportionate to it. The analysis is threefold: (a) I must ask whether the means chosen are rationally connected to the objective, (b) if so, whether the means impair the right in question as little as possible and (c) whether there is a proper balance between the effect of the limitation and the legislative objective.

[94] My concern lies with this threefold test of proportionality. Not so much with regard to the rational connection. It makes sense for Parliament, on a balance of probabilities, to encourage permanent residents to become citizens and to participate more fully in the affairs of the state by giving them the added incentive of increased employment opportunities in the Public Service.

[95] The key question is whether the impugned provision was carefully designed so as to impair the chances of employment of permanent residents as little as reasonably possible. Could Parliament have accomplished its goal with a less restrictive preference? By limiting, for instance, the preference to the most sensitive positions where citizenship might be deemed to be essential for reasons of security? Or where allegiance is deemed essential? Should the appellants have brought to our attention less intrusive measures? Should the Australian model of a total exclusion after a probationary period of two years be preferred?

[96] The application of the minimal impairment test is not an easy one. In *Libman v. Quebec (Attorney General)*,<sup>92</sup> a freedom of expression case, the Supreme Court of Canada reiterated some of the key principles applicable. The Court reminded us of the following:

In *RJR-MacDonald, supra*, McLachlin J. explained the application of the minimal impairment test as follows, at p. 342:

c) Le critère de la proportionnalité

[93] Il y a lieu maintenant, selon le critère dégagé dans l'arrêt *Oakes*, de dire si les moyens choisis pour réaliser l'objectif sont proportionnés à celui-ci. Il s'agit d'une analyse tripartite où l'on doit a) se demander s'il existe, entre les moyens choisis et l'objectif, un lien rationnel, b) dans l'affirmative, si ces moyens portent au droit en question l'atteinte la plus faible possible, et c) s'il existe entre l'effet de la restriction imposée et l'objectif fixé par le législateur un équilibre satisfaisant.

[94] Je m'arrêterai principalement à ce critère en trois volets de proportionnalité. Non pas tellement en ce qui concerne le lien rationnel puisque, selon la prépondérance des probabilités, il est logique que le Parlement cherche à encourager les résidents permanents à obtenir leur naturalisation et à participer plus pleinement aux affaires de l'État en leur offrant cette incitation supplémentaire qu'est un accès plus large aux postes de la fonction publique.

[95] Il s'agit surtout de savoir si la disposition contestée a été soigneusement conçue afin de nuire le moins possible aux chances d'emploi des résidents permanents. Le législateur aurait-il pu réaliser son objectif en instaurant une préférence moins restrictive? En limitant, par exemple, la préférence aux postes les plus sensibles où l'on pourrait considérer que la citoyenneté est effectivement nécessaire pour des raisons de sécurité? Ou aux postes où l'allégeance peut paraître essentielle? Les appelantes auraient-elles dû attirer l'attention de la Cour sur des mesures moins draconiennes? Convenait-il de préférer le modèle australien, qui exclut totalement les non-citoyens après une période de mise à l'épreuve de deux ans?

[96] Il n'est pas facile d'appliquer le critère de l'atteinte minimale. Dans l'arrêt *Libman c. Québec (Procureur général)*<sup>92</sup>, qui portait sur la liberté d'expression, la Cour suprême du Canada a réitéré certains des principes essentiels applicables en ce domaine. La Cour rappela, en effet que:

Dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, le juge McLachlin explique en ces termes l'application du critère de l'atteinte minimale, aux pp. 342 et 343:

[T]he government must show that the measures at issue impair the right of free expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective. The impairment must be “minimal”, that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement . . .

This Court has already pointed out on a number of occasions that in the social, economic and political spheres, where the legislature must reconcile competing interests in choosing one policy among several that might be acceptable, the courts must accord great deference to the legislature’s choice because it is in the best position to make such a choice. On the other hand, the courts will judge the legislature’s choices more harshly in areas where the government plays the role of the “singular antagonist of the individual”—primarily in criminal matters—owing to their expertise in these areas (*Irwin Toy, supra*, at pp. 993-94; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at pp. 304-5; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, at p. 521; *RJR-MacDonald, supra*, at pp. 279 and 331-32). La Forest J.’s comment on the subject in *RJR-MacDonald, supra*, at p. 277, is perfectly apposite:

Courts are specialists in the protection of liberty and the interpretation of legislation and are, accordingly, well placed to subject criminal justice legislation to careful scrutiny. However, courts are not specialists in the realm of policy-making, nor should they be. This is a role properly assigned to the elected representatives of the people, who have at their disposal the necessary institutional resources to enable them to compile and assess social science evidence, to mediate between competing social interests and to reach out and protect vulnerable groups.

[97] These comments are fundamental to the case at bar.

[98] My view, in the final analysis, is the following. The impugned legislation expresses a government policy of enhancement and incentive in a status where rights and duties are correlated. To declare paragraph 16(4)(c) of the Act as being of no force or effect would allow this Court to enter a field where rights

[L]e gouvernement doit établir que les mesures en cause restreignent le droit à la liberté d’expression aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l’objectif législatif. La restriction doit être «minimale», c’est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l’atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d’adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu’elle a une portée trop générale simplement parce qu’ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l’objectif et à la violation . . .

Notre Cour a déjà souligné à plusieurs reprises que, dans les domaines sociaux, économiques ou politiques où le législateur doit concilier des intérêts différents afin de choisir une politique parmi plusieurs qui pourraient être acceptables, les tribunaux doivent faire preuve d’une grande retenue face aux choix du législateur en raison de sa position privilégiée pour faire ces choix. À l’opposé, les tribunaux seront plus sévères face aux choix du législateur dans les domaines où l’État joue le rôle d’«adversaire singulier de l’individu»—principalement en matière criminelle—en raison de leur expertise dans ces domaines (*Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, aux pp. 304 et 305; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, à la p. 521; *RJR-MacDonald*, précité, aux pp. 279, 331 et 332). À ce sujet, le commentaire du juge La Forest, dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, est tout à fait à propos, à la p. 277:

Les tribunaux sont des spécialistes de la protection de la liberté et de l’interprétation des lois et sont, en conséquence, bien placés pour faire un examen approfondi des lois en matière de justice criminelle. Cependant, ils ne sont pas des spécialistes de l’élaboration des politiques et ils ne devraient pas l’être. Ce rôle est celui des représentants élus de la population, qui disposent des ressources institutionnelles nécessaires pour recueillir et examiner la documentation en matière de sciences humaines, arbitrer entre des intérêts sociaux opposés et assurer la protection des groupes vulnérables.

[97] Ces propos sont en l’espèce d’une pertinence essentielle.

[98] Je me range, en dernière analyse, au point de vue suivant. La disposition contestée est la manifestation d’une politique gouvernementale de valorisation et d’incitation au moyen d’un statut combinant droits et obligations. En déclarant inopérant l’alinéa 16(4)(c) de la Loi, la Cour s’introduirait dans un domaine où

and duties are to be balanced. Parliament, in such an area, should be left with a “margin of appreciation”.<sup>93</sup>

[99] Concepts such as national allegiance and citizenship might be seen as archaic in today’s global village. One could wish that, one day, we might all be citizens of the world. At present, such concepts, including the rights and duties attached, are in the political field. They are not defined by courts of law. As a result, the drawing of the line with regard to employment restriction in the Public Service cannot be entirely devoid of political considerations. A court can intervene in the face of a violation of Charter rights. But preference in employment, as opposed to exclusion from the Public Service, is not one of them. This is so especially, given the acceptance of dual citizenship by Canada which minimizes the hardships of the preference for permanent residents.<sup>94</sup>

[100] The last element to be considered under the *Oakes* test is the balancing between the limitations on a fundamental right and the objective which the state uses to justify these limitations. It is a weighing exercise as between the significance of the infringement and the importance of the countervailing objectives. Having found in favour of the legislation on both counts, I can only conclude that the importance of the legislative objectives outweighs the disadvantage which is created.<sup>95</sup>

#### IV—Conclusion

[101] I am satisfied that this impugned legislation amounts to a reasonable exercise by Parliament of its power with respect to citizenship. It does not constitute a disguise or an abuse of powers.

[102] The disadvantage created by the impugned statute does not pertain to the human dignity of permanent residents. They are not deprived of work, nor are they prevented from practising their profession

les droits et les obligations doivent être équilibrés. Or, dans un tel domaine, il y a lieu de reconnaître au législateur une «marge d’appréciation»<sup>93</sup>.

[99] Des concepts tels que l’allégeance envers la nation et la citoyenneté peuvent paraître dépassés à une époque où l’on parle de village planétaire. On peut souhaiter qu’un jour nous soyons tous citoyens du monde. À l’heure actuelle, de tels concepts, y compris les droits et obligations s’y rattachant, relèvent de la sphère politique. Ce ne sont pas des concepts définis par les tribunaux. Ainsi, les limites aux restrictions à l’emploi dans la fonction publique ne peuvent pas entièrement faire fi de considérations d’ordre politique. Un tribunal peut intervenir en cas de violation de droits reconnus par la Charte. Mais la préférence en matière d’emploi, à l’inverse d’une exclusion radicale des postes de la fonction publique, n’entre pas dans cette catégorie. Il en est particulièrement ainsi parce que le Canada admet la double nationalité, ce qui réduit les difficultés qu’entraîne pour les résidents permanents l’instauration d’une préférence en faveur des citoyens<sup>94</sup>.

[100] Le dernier élément à considérer selon le critère dégagé dans l’arrêt *Oakes* est l’équilibre entre les restrictions apportées à un droit fondamental et l’objectif invoqué par l’État pour justifier ces restrictions. Il s’agit de jauger la gravité de l’atteinte à un droit et l’importance des objectifs censés la justifier. Ayant, sur ces deux points, tranché en faveur de la disposition en cause, je ne peux que conclure que l’importance des objectifs visés par la législation l’emporte sur le désavantage qu’elle entraîne<sup>95</sup>.

#### IV—Conclusion

[101] Je suis convaincue que la disposition contestée en l’espèce est le fruit d’un exercice raisonnable, par le législateur, des compétences qu’il a en matière de citoyenneté. Il ne s’agit ni d’un déguisement, ni d’un abus de pouvoir.

[102] Le désavantage qu’entraîne la disposition en cause n’a pas de rapport avec la dignité humaine des résidents permanents. Ceux-ci ne sont ni privés de travail, ni empêchés d’exercer leur profession dans

in other sectors of the public service (by opposition to the Public Service). They are deprived of a preferential treatment in one sector of the Canadian economy where citizenship, as a status, is valued. Citizenship remains, however, wide open to them. The policy behind paragraph 16(4)(c) of the Act may serve an integrative and equalizing function rather than an exclusionary one.

[103] Citizenship and permanent residence, by essence, connote different characteristics. They cannot be compared. The citizen assumes duties. The permanent resident does not. As a result, Canadian citizens and permanent residents are not “similarly situated”.<sup>96</sup> No real comparison under subsection 15(1) of the Charter is possible. The contextual framework is such that citizenship cannot be the proper comparator in the case at bar.<sup>97</sup>

[104] In such a context, preference in favour of Canadian citizens in open competitions for positions in the Public Service is not in violation of the merit principle embodied in section 10 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10] of the *Public Service Employment Act*. The merit principle applies to those who qualify under the Act.

[105] I would dismiss these appeals with one set of costs.

\* \* \*

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

[106] LINDEN J.A. (*dissenting*): I respectfully disagree with both of my colleagues.

#### I. Introduction

[107] The issue in this case is whether the “Canadians First” policy enshrined in the *Public Service Employment Act*<sup>98</sup> violates the equality provision of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which reads:

d’autres secteurs de l’administration publique (par opposition à la fonction publique). On leur refuse un traitement préférentiel dans un secteur de l’économie canadienne où l’on accorde de la valeur au statut de citoyen. Cela dit, la citoyenneté leur reste entièrement accessible. La politique qui a inspiré l’alinéa 16(4)c) de la Loi peut avoir une fonction d’intégration et d’égalisation plutôt qu’une fonction d’exclusion.

[103] La citoyenneté et la résidence permanente supposent, par leur nature même, des différences de caractéristiques. On ne saurait donc les comparer. Le citoyen assume un certain nombre de devoirs, ce qui n’est pas le cas du résident permanent. Par conséquent, les citoyens canadiens et les résidents permanents ne sont pas dans une «situation analogue»<sup>96</sup>. Il n’est pas possible de se livrer à une comparaison valable au regard du paragraphe 15(1) de la Charte. Le contexte est tel que la citoyenneté ne saurait en l’espèce être l’élément de comparaison<sup>97</sup>.

[104] Dans un tel contexte, la préférence accordée aux citoyens canadiens lors de concours publics en vue de postes dans la fonction publique n’est pas contraire au principe du mérite inscrit à l’article 10 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10] de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*. Le principe du mérite s’applique aux personnes admissibles aux termes de la Loi.

[105] Je suis d’avis de rejeter les présents appels en accordant un seul mémoire de dépens.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

[106] LE JUGE LINDEN, J.C.A. (*dissident*): Je suis en désaccord avec mes deux collègues.

#### I. Introduction

[107] Il s’agit de savoir, en l’espèce, si la politique «les Canadiens d’abord» inscrite dans la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*<sup>98</sup> est contraire à la disposition de la *Charte canadienne des droits et libertés* en matière d’égalité, qui prévoit:

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.

## II. Facts

[108] This matter arises from the complaint of three plaintiffs: Janine Bailey, Elisabeth Lavoie, and Jeanne To Thanh Hien. All three plaintiffs were, at relevant times, permanent residents—but not citizens—of Canada. All three plaintiffs applied for employment with the public service, and all three presented evidence<sup>99</sup> that they were denied referral to open competition for public service positions on the grounds of paragraph 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act*, which reads:

16. . . .

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

(a) [veterans],

(b) [veterans' widows], or

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

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

[109] All three appellants are citizens of European countries: Bailey is Dutch, Lavoie is Austrian, and Hien is French. All three are educated, professional women: Bailey holds a Dutch law degree, Lavoie is an office administrator, and Hien is a French language editor with a Master's degree in Applied Foreign Languages from l'Université Paris X. All three women applied for positions within their respective fields of interest.

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.

## II. Les faits

[108] L'affaire a son origine dans la plainte déposée par les trois demandereses: Janine Bailey, Elisabeth Lavoie et Jeanne To Thanh Hien, qui étaient, à l'époque en cause, résidentes permanentes, mais non citoyennes du Canada. Elles avaient toutes trois postulé un emploi dans la fonction publique, et toutes trois ont rapporté la preuve<sup>99</sup> qu'on avait refusé de les présenter à un concours public pour des postes de la fonction publique, sur le fondement de l'alinéa 16(4)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, qui prévoit:

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:

a) des pensionnés de guerre selon la définition de l'annexe II;

b) des anciens combattants, selon la définition de l'annexe II, ne tombant pas dans la catégorie définie par l'alinéa a), ou des veufs ou veuves d'anciens combattants selon la définition de cette annexe II;

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).

[109] Les appelantes sont toutes trois citoyennes de pays européens. M<sup>me</sup> Bailey est Hollandaise, M<sup>me</sup> Lavoie est Autrichienne, et M<sup>me</sup> Hien est Française. Toutes sont instruites et toutes ont un métier: M<sup>me</sup> Bailey a un diplôme de droit décerné par une université hollandaise, M<sup>me</sup> Lavoie est administratrice de bureau, et M<sup>me</sup> Hien est rédactrice en langue française, titulaire d'une maîtrise en langues modernes de l'Université Paris X. Elles avaient toutes trois postulé des emplois dans leurs domaines respectifs de compétence.

[110] In their testimony, both Bailey and Lavoie, who would automatically lose their original citizenship upon obtaining Canadian citizenship, testified about personal reasons for refusing to apply for Canadian citizenship. Janine Bailey, for example, testified that she needed the unfettered right to enter and remain in Holland in order to visit and care for her aging parents. Hien acquired Canadian citizenship in 1991 and now holds dual citizenship.

[111] All three plaintiffs have had temporary or contract positions with the federal public service. Bailey was hired to a term position as a receptionist (at the CR-03 level), and received a term position as an Immigration Counsellor (at the PM-02 level) through a closed competition. Since March 31, 1992 she has been acting as an Immigration Case Presenting Officer at the PM-03 level. Elizabeth Lavoie worked with the Department of Supply and Services through a series of short-term contracts, and as a secretary through a temporary agency. On November 25, 1988, the contract between the temporary agency and the Department of Supply and Services regarding Lavoie's services was not renewed. Subsequently, Lavoie sought employment outside the federal public service. Jeanne To Thanh Hien was also hired to provide secretarial services to various government agencies through a temporary employment agency. In March, 1989, she was appointed to a term position as a secretary with the Department of Secretary of State. During that time the Department redeployed her to the Translation Secretariat in order to better use her skills. However, in May, 1989, she was appointed to a secretarial position. She left the federal public service in September 1989 and has worked on a contract basis as a translator with the House of Commons since that time.

[112] The appellants want only to be allowed to compete for positions on the basis of merit; they are not seeking any special treatment. The Government, for its part, has conceded that the number of non-citizens referred to open competitions for public

[110] Dans leur témoignage, M<sup>me</sup> Bailey et M<sup>me</sup> Lavoie, qui, en obtenant leur naturalisation, auraient automatiquement perdu leur citoyenneté d'origine, ont évoqué les motifs personnels qui les avaient poussées à ne pas se faire naturaliser au Canada. Janine Bailey, par exemple, a témoigné qu'elle devait conserver le droit d'entrer librement et de demeurer en Hollande afin d'aller voir ses parents âgés et de s'occuper d'eux. M<sup>me</sup> Hien a acquis la citoyenneté canadienne en 1991 et a maintenant la double nationalité.

[111] Les trois demandresses ont toutes occupé, au sein de la fonction publique fédérale, des postes temporaires ou à contrat. M<sup>me</sup> Bailey avait été engagée, pour une durée déterminée, en tant que réceptionniste (niveau CR-03), et, dans le cadre d'un concours interne, avait été nommée à un poste à durée déterminée de conseillère en immigration (niveau PM-02). Depuis le 31 mars 1992, elle occupait un poste intérimaire d'agent de présentation des cas de niveau PM-03. Elisabeth Lavoie a travaillé pour le ministère des Approvisionnements et Services dans le cadre de toute une série de contrats à court terme, puis elle y a travaillé comme secrétaire par l'intermédiaire d'une agence d'intérim. Le 25 novembre 1988, le contrat entre l'agence d'intérim et le ministère des Approvisionnements et Services, dans le cadre duquel M<sup>me</sup> Lavoie travaillait, n'a pas été renouvelé. C'est alors que M<sup>me</sup> Lavoie se chercha un emploi hors de la fonction publique fédérale. Jeanne To Thanh Hien avait, elle aussi, été engagée pour des tâches de secrétariat dans divers organismes gouvernementaux, par l'intermédiaire d'une agence d'intérim. En mars 1989, elle fut nommée, pour une durée déterminée, à un poste de secrétaire au Secrétariat d'État. À cette époque, le Ministère la muta au Bureau des traductions afin de tirer meilleur profit de ses aptitudes. Mais, en mai 1989, elle fut nommée à un poste de secrétaire. Elle quitta la fonction publique fédérale en septembre 1989 et, depuis lors, travaille comme traductrice contractuelle à la Chambre des communes.

[112] Les appelantes désirent simplement avoir la possibilité de concourir pour des postes sur la base du seul mérite. Elles ne demandent aucun traitement de faveur. Le gouvernement a pour sa part reconnu que le nombre de non-citoyens présentés lors de concours

service employment is very small. In their testimony, all three plaintiffs conceded that one benefit of retaining their original citizenship was preferential employment within the European Union countries, and within the public service of their native countries.

### III. The PSEA

[113] It was pointed out by counsel for the appellants that the purpose of the PSEA generally is to ensure that the Canadian public service hires the best possible people in the fairest possible manner,<sup>100</sup> without discrimination. Section 10 of the Act requires that appointments are to be based on merit:

10. (1) Appointments to or from within the Public Service shall be based on selection according to merit, as determined by the Commission, and shall be made by the Commission, at the request of the deputy head concerned, by competition or by such other process of personnel selection designed to establish the merit of candidates as the Commission considers is in the best interests of the Public Service. [Emphasis added.]

[114] Subsection 12(1) [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 11] of the Act explains what Parliament meant when it established that appointments are to be based on merit:

12. (1) For the purpose of establishing the basis for selection according to merit under section 10, the Commission may prescribe standards for selection and assessment as to education, knowledge, experience, language, residence or any other matters that, in the opinion of the Commission, are necessary or desirable having regard to the nature of the duties to be performed and the present and future needs of the Public Service.

[115] Subsections 12(3) [as am. *idem*] and 12(4) [as am. *idem*] of the Act instruct that the Commission shall not discriminate on the basis of irrelevant personal characteristics—including national origin—unless the characteristic represents a *bona fide* occupational requirement.

#### 12. . . .

(3) The Commission, in prescribing or applying standards under subsection (1), shall not discriminate against any

publics pour des emplois dans la fonction publique est très faible. Dans leurs témoignages, les trois demandresses ont reconnu que le fait d'avoir conservé leur citoyenneté d'origine leur permettait de bénéficier d'un traitement préférentiel en matière d'emploi dans les pays de l'Union européenne et au sein de la fonction publique de leurs pays d'origine respectifs.

### III. LA LEFP

[113] L'avocat des appelantes a fait remarquer que la LEFP a pour objet d'assurer que la fonction publique du Canada engage les meilleurs candidats possibles, dans les conditions les plus équitables possibles<sup>100</sup>, et sans discrimination. L'article 10 de la Loi exige que les nominations se fassent au mérite:

10. (1) Les nominations internes ou externes à des postes de la fonction publique se font sur la base d'une sélection fondée sur le mérite, selon ce que détermine la Commission, et à la demande de l'administrateur général intéressé, soit par concours, soit par tout autre mode de sélection du personnel fondé sur le mérite des candidats que la Commission estime le mieux adapté aux intérêts de la fonction publique. [Non souligné dans l'original.]

[114] Le paragraphe 12(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 11] de la Loi explique ce que le législateur a voulu en prévoyant que les nominations aient lieu au mérite:

12. (1) Pour déterminer, conformément à l'article 10, les principes de la sélection au mérite, la Commission peut fixer des normes de sélection et d'évaluation touchant à l'instruction, aux connaissances, à l'expérience, à la langue, au lieu de résidence ou à tout autre titre ou qualité nécessaire ou souhaitable à son avis du fait de la nature des fonctions à exécuter et des besoins, actuels et futurs, de la fonction publique.

[115] Les paragraphes 12(3) [mod., *idem*] et 12(4) [mod., *idem*] de la Loi imposent à la Commission de ne pas faire intervenir de distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles non pertinentes—y compris l'origine nationale—à moins que ces caractéristiques ne correspondent à des exigences justifiées par la nature des fonctions.

#### 12. [. . .]

(3) Dans la formulation ou l'application de telles normes, la Commission ne peut faire intervenir de distinctions

person by reason of race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

(4) Subsection (3) does not apply in respect of the prescription or application of standards that constitute bona fide occupational requirements having regard to the nature of the duties of any position.

[116] It should be noted that the PSEA applies only to that portion of the federal public service that is legislatively defined [in section 2] as the “Public Service.” That definition includes the departments listed in Part I of Schedule I of the *Public Service Staff Relations Act*, and some of the employers listed in Part II of that Schedule, including some 90 departments and agencies, for example the positions staffed by the Public Service Commission, civilians within the RCMP, the Canada Labour Relations Board, the Canadian Human Rights Commission, and the Federal Court. Employers not covered by the PSEA include military personnel, RCMP uniformed personnel, and employees of Crown corporations.

[117] The PSEA operates to staff about half of the public service, broadly defined, comprising approximately 250,000 jobs. Only competitions staffed pursuant to the PSEA engage the citizenship preference found in paragraph 16(4)(c). Further, only open competitions are subject to the operation of paragraph 16(4)(c) of the PSEA. Open competitions are those in which persons both within and outside the Public Service may compete. Closed competitions are those in which only persons already employed in the Public Service may compete. The majority of skilled positions are staffed through closed, rather than open, competitions.

#### IV. An evolutionary view of Canadian Citizenship

[118] Like Canada itself, conceptions of Canadian citizenship evolved gradually out of the idea of being British, and not without considerable debate. Canadian scholars, unlike their U.S. counterparts, see citizenship

fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

(4) Le paragraphe (3) ne s'applique pas à la formulation ou à l'application de normes dont les exigences sont justifiées par la nature des fonctions d'un poste.

[116] Il convient de noter que la LEFP ne s'applique qu'à cette partie de la fonction publique fédérale que la Loi définit [à l'article 2] comme étant la «fonction publique». Cette définition comprend les ministères figurant à la partie I de l'annexe I de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, ainsi que certains des employeurs figurant à la partie II de cette annexe, y compris quelque 90 ministères et organismes, notamment les postes pourvus par la Commission de la fonction publique, les employés civils de la GRC, le Conseil national des relations de travail, la Commission canadienne des droits de la personne et la Cour fédérale. Citons, parmi les employeurs auxquels le LEFP ne s'applique pas, le personnel militaire, les membres de la GRC qui portent l'uniforme et les employés des sociétés d'État.

[117] La LEFP régit la dotation d'environ la moitié des postes de la fonction publique, au sens large du terme, c'est-à-dire à peu près 250 000 emplois. Seuls les concours pourvus en vertu de la LEFP sont visés par la préférence accordée aux citoyens en vertu de l'alinéa 16(4)c). En outre, seuls les concours publics sont régis par l'alinéa 16(4)c) de la LEFP. Les concours publics sont les concours ouverts à la fois à des membres de la fonction publique et à des gens de l'extérieur. Les concours internes sont ceux qui ne sont ouverts qu'aux personnes occupant déjà un emploi dans la fonction publique. La plupart des postes spécialisés sont dotés par concours interne et non par concours public.

#### IV. Conception évolutive de la citoyenneté canadienne

[118] Comme le pays lui-même, les conceptions qu'on a de la citoyenneté canadienne ont évolué petit à petit à partir du concept de sujet britannique. Ce développement n'a pas été sans controverse. Les



as a fluctuating concept in part because they have no common reference point—from bitter debates over conscription to debates over the composition of Canadian society, citizenship has never during our history had a single, purposive meaning.<sup>101</sup> While scholars in the United States debate the modern meaning of citizenship in that country,<sup>102</sup> the notion of American citizenship is clearly based on the United States Constitution and the views of its framers.

[119] In Canada there is a plurality of views about the elusive concept called citizenship. For example, Cairns speaks of a “three-nations” view of Canada, by which Quebec, Aboriginal Canadians, and the “rest of Canada” give separate and distinct perspectives on citizenship and community which shape our nation-building exercise.<sup>103</sup> Sigurdson compares a liberal individualist notion of citizenship with a universalist, plural understanding of citizenship and finds that each, individually, lacks the components which would yield a satisfactory model of Canadian citizenship<sup>104</sup>. He believes that Canadian citizenship is polarized around ideas of individualism, whereby citizens are able to choose their own identity and are given equal opportunity to achieve self-expression, and pluralism, whereby citizens receive differential group treatment to ensure true equality. Sigurdson concludes that neither of these abstract ideals is sufficient to ground a satisfactory concept of Canadian citizenship. Colom-González identifies four “patterns” of citizenship—republican, liberal, ethnocultural, and multicultural—from which Canadians, through delicate balance, have fashioned a national identity. Colom-González argues that each of the patterns of citizenship is compatible with the democratic ideal and that each reflects a different historical experience. In his view, Canada has created a distinctive concept of citizenship by delicately balancing these ideals.<sup>105</sup>

spécialistes canadiens de la question, contrairement à leurs homologues américains, considèrent que la citoyenneté est un concept à géométrie variable, en partie du fait de l’absence d’un point de référence commun. Des graves controverses concernant la conscription aux débats sur la composition de la société canadienne, la citoyenneté n’a jamais, au cours de notre histoire, eu un sens net et univoque<sup>101</sup>. Si, aux États-Unis, les spécialistes débattent du sens que revêt, à l’époque moderne, la citoyenneté dans ce pays<sup>102</sup>, le concept de citoyenneté américaine est solidement ancré dans la constitution des États-Unis d’Amérique et dans l’optique des constituants.

[119] Au Canada, il existe plusieurs manières de concevoir la chose et la notion de citoyenneté est difficile à cerner. Cairns, par exemple, invoque le concept d’un Canada à «trois nations», dans le cadre duquel le Québec, les Canadiens autochtones et le «reste du Canada» apportent à la citoyenneté et à la communauté des points de vue distincts qui inspirent et influencent nos efforts en vue d’une cohésion ou d’une unité nationale toujours plus grande<sup>103</sup>. Sigurdson compare la notion libérale-individualiste de la citoyenneté avec une manière plurielle et universaliste d’aborder la question, estimant que les deux approches, considérées isolément, manquent de certains éléments susceptibles de déboucher sur une conception satisfaisante de ce que constitue la citoyenneté canadienne<sup>104</sup>. Il pense que la citoyenneté canadienne tourne autour d’un noyau d’idées inspirées de l’individualisme, les citoyens étant à même de choisir leur propre identité et ayant tous des chances égales de s’exprimer et de manifester leur pluralisme, les divers groupes étant différemment traités afin d’assurer une égalité véritable. Sigurdson conclut en disant qu’aucun de ces idéaux abstraits ne fournit une base suffisamment solide au concept de citoyenneté canadienne. Colom-González distingue quatre «modèles» de citoyenneté—le modèle républicain, le modèle libéral, le modèle ethnoculturel et le modèle multiculturel—à partir desquels les Canadiens, par un délicat jeu d’équilibre, ont façonné une identité nationale. Pour Colom-González, chacun de ces modèles de citoyenneté est compatible avec l’idéal démocratique et chacun rend compte d’une expérience historique différente. D’après lui, le Canada a créé, par l’équili-

[120] Like any distinctive category, citizenship has often been used to exclude. Nationalist views of citizenship, based on *jus sanguinis*, have been instituted by countries which intend to protect a “pure” or racially-based polity from the intrusion of immigrants. Among these attempts, the German vision of the Reich stands out as a widely known example. Other countries have developed widely different concepts of citizenship. In the United Kingdom, for example, concepts of citizenship are related to the concept of the British Commonwealth. While Commonwealth citizens and British citizens are distinct categories, any Commonwealth citizen, as defined by the *British Nationality Act 1981* [(U.K.), 1981, c. 61], may vote in England.<sup>106</sup> The European Union stands as an example of a supranational polity which broadly grants reciprocal political and legal rights to its citizens without attempting to create interpersonal bonds between its citizens.<sup>107</sup> Unlike the European trend toward inclusiveness, the United States has recently enacted legislation that broadens the gap between citizens and permanent residents. The *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996* [Pub. L. No. 104-193, 110 Stat. 2105 (1996)] excludes aliens, including permanent residents, from “any grant, contract, loan, professional licence, or commercial licence provided by an agency of the United States” and “any retirement, welfare, health, disability, public or assisted housing, postsecondary education, food assistance, unemployment benefit, or any other similar benefit.”<sup>108</sup>

[121] While Canada, in the past, has not always treated immigrants and new Canadians with respect and dignity,<sup>109</sup> Canada’s modern position as a multicultural society has redefined, and in some ways curtailed, more traditional, exclusionary views of citizenship.<sup>110</sup> The broader, inclusive, Canadian view of citizenship which has emerged brings with it important legal ramifications. Citizenship is meant to

bre de ces idéaux, un concept de citoyenneté qui lui est particulier<sup>105</sup>.

[120] Comme toute catégorie distinctive, la citoyenneté a souvent servi à exclure. Une conception nationaliste de la citoyenneté, fondée sur la loi du sang, a été invoquée dans des pays qui entendaient protéger contre les immigrants une communauté nationale «pure» fondée sur la race. Le Reich allemand est à cet égard un exemple notoire. D’autres pays ont élaboré des concepts très divers de la citoyenneté. Au Royaume-Uni, par exemple, le concept de citoyenneté est lié à celui de Commonwealth britannique. Les citoyens du Commonwealth et les citoyens britanniques forment deux catégories distinctes, mais tout citoyen du Commonwealth, tel que défini par le *British Nationality Act 1981* [(R.-U.), 1981, ch. 61], peut voter en Angleterre<sup>106</sup>. L’Union européenne est l’exemple même d’un ensemble supranational qui accorde largement aux citoyens des pays membres des droits politiques et juridiques réciproques, sans instituer pour cela de liens interpersonnels entre ses citoyens<sup>107</sup>. Contrairement à cette tendance européenne à l’inclusion, les États-Unis ont récemment adopté des mesures ayant pour effet de renforcer la ligne qui sépare les citoyens des résidents permanents. Le *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996* [Pub. L. No. 104-193, 110 Stat. 2105 (1996)] exclut les étrangers, y compris les résidents permanents, de [TRADUCTION] «tout contrat, subvention, prêt, licence professionnelle ou commerciale fournie par une agence du gouvernement des États-Unis» et [TRADUCTION] «toute prestation de retraite, de bien-être social, de santé, d’incapacité, de logement public ou subventionné, d’enseignement post-secondaire, d’aide alimentaire ou d’assurance-chômage ou tout autre avantage de cet ordre»<sup>108</sup>.

[121] Si, par le passé, le Canada n’a pas toujours accordé respect et dignité aux immigrants et aux néo-Canadiens<sup>109</sup>, la situation récente du Canada, qui est celle d’une société multiculturelle, a redéfini, et à certains égards battu en brèche, une conception plus traditionnelle et plus exclusive de la citoyenneté<sup>110</sup>. Cette conception plus large et plus inclusive qui s’est développée au Canada s’accompagne de retombées

be an accessible goal for all new Canadians. It is a tool of equality, not exclusion.

[122] To this end, we have by our highest law prescribed limits within which the government is constrained from drawing distinctions between citizens and non-citizens. More precisely, we have limited the kinds of rights which accompany citizenship. Indeed non-citizens enjoy almost all the rights held by citizens. Dean Robert Sharpe (as he then was) wrote that one of Canada's fundamental values, by operation of the Charter, forbids us from preferring our fellow citizens to the detriment of strangers:

As a result of the guarantee of equality in section 15 and the decision of the Supreme Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, the Charter significantly constrains governments' capacity to confer benefits or impose restrictions on the basis of citizenship. In other words, not only is citizenship eliminated as a prerequisite for asserting a claim to most Charter rights: citizenship itself is rendered a highly suspect legislative classification.<sup>111</sup>

#### V. Citizenship and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

[123] Under our Charter, most rights are accorded to all those who are subject to Canadian law. Only certain specific rights—democratic rights, certain mobility rights, and minority language rights—are reserved to citizens by the Charter. Specifically, those rights are enumerated in section 3, subsection 6(1), and section 23 of the Charter, which read as follows:

3. Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

...

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

...

importantes sur le plan juridique. La citoyenneté est vue comme un but que tous les néo-Canadiens peuvent atteindre. C'est un instrument d'égalité et non pas d'exclusion.

[122] C'est pour cela que, par notre loi suprême, nous avons fixé des limites aux modes de différenciation que le gouvernement peut prescrire entre les citoyens et les non-citoyens. Plus précisément, nous avons limité les genres de droit se rattachant à la citoyenneté. En effet, les non-citoyens jouissent de presque tous les droits reconnus aux citoyens. Robert Sharpe, doyen à l'époque, a écrit que l'une des valeurs essentielles du Canada nous empêche, du fait de la Charte, de préférer nos concitoyens au détriment des étrangers:

[TRADUCTION] Vu la garantie d'égalité énoncée à l'article 15 et la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*, la Charte limite sensiblement la possibilité que les gouvernements ont d'accorder des avantages ou d'imposer des restrictions en fonction de la citoyenneté. Autrement dit, non seulement la citoyenneté n'a-t-elle pas été retenue en tant que condition préalable à l'invocation de la plupart des droits reconnus dans la Charte: la citoyenneté devient elle-même une distinction juridique hautement suspecte<sup>111</sup>.

#### V. La citoyenneté et la *Charte canadienne des droits et libertés*

[123] En vertu de notre Charte, la plupart des droits énoncés sont reconnus à toutes les personnes assujetties à la loi canadienne. Seuls certains droits précis—les droits démocratiques, la liberté de circulation et d'établissement et les droits se rattachant à la langue de la minorité—sont, selon la Charte, réservés aux citoyens. Il s'agit des droits énoncés à l'article 3, au paragraphe 6(1) et à l'article 23 de la Charte, qui prévoient:

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

[. . .]

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

[. . .]

23. (1) Citizens of Canada:

(a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or

(b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province

(a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and

(b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.

[124] As well, membership in the Senate is constitutionally reserved [in the *Constitution Act, 1867*]:

23. The Qualifications of a Senator shall be as follows:

. . .

(2) He shall be either a natural-born Subject of the Queen, or a Subject of the Queen naturalized by an Act of the Parliament of Great Britain, or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, or of the Legislature of One of the Provinces of Upper Canada, Lower Canada, Canada, Nova Scotia, or New Brunswick, before the Union, or of the Parliament of Canada after the Union

[125] My colleague Décaré J.A. wrote in another context that “[t]o be a Canadian citizen by birth is a most cherished privilege.”<sup>112</sup> I believe he would agree that this sentiment extends to Canadian citizenship however it is acquired. Canadian citizenship is a

23. (1) Les citoyens canadiens:

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l’un ou l’autre cas, le droit d’y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d’une province:

a) s’exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l’instruction dans la langue de la minorité;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d’enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

[124] La nomination au Sénat fait, elle aussi, l’objet d’une réserve constitutionnelle [dans la *Loi constitutionnelle de 1867*]:

23. Les qualifications d’un sénateur seront comme suit:

[. . .]

(2) Il devra être sujet-né de la Reine, ou sujet de la Reine naturalisé par loi du parlement de la Grande-Bretagne, ou du parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d’Irlande, ou de la législature de l’une des provinces du Haut-Canada, du Bas-Canada, du Canada, de la Nouvelle-Écosse, ou du Nouveau-Brunswick, avant l’union, ou du parlement du Canada, après l’union;

[125] Mon collègue le juge Décaré, J.C.A. a, dans un autre contexte, écrit que «[l]a citoyenneté canadienne de naissance est un privilège hautement estimé»<sup>112</sup>. Il conviendrait, d’après moi, que ce sentiment englobe la citoyenneté canadienne quelle que soit la

cherished privilege, not for the pecuniary benefits which accrue to its holders, but for the bonds that it creates. Those bonds are not built on exclusion.

[126] The Charter and its jurisprudence allow some other distinctions to be made between citizens and non-citizens. In *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, Sopinka J. wrote for the Court that:

I agree, for the reasons given by Pratte J.A. in the Federal Court of Appeal, that there is no violation of s. 15. As I have already observed, s. 6 of the *Charter* specifically provides for differential treatment of citizens and permanent residents in this regard. While permanent residents are given various mobility rights in s. 6(2), only citizens are accorded the right to enter, remain in, and leave Canada in s. 6(1). There is therefore no discrimination contrary to s. 15 in a deportation scheme that applies to permanent residents, but not to citizens.<sup>113</sup>

[127] The *Chiarelli* case questioned the constitutionality of the expulsion provisions relating to non-citizens in the *Immigration Act* and found those provisions to be constitutionally valid. That the right to enter into and remain in Canada can be found in the Charter itself was, in effect, dispositive of the appeal. Undoubtedly there are certain citizen's rights which are protected by the Charter. Those rights, however, are also limited by the Charter. When *Chiarelli* was adjudicated in this Court, Pratte J.A. wrote that:

The appellant . . . argued that subsection 32(2) violates the right to equality guaranteed by section 15 of the Charter. He made two submissions on the point. His first submission was that subsection 32(2) infringes section 15 because it discriminates against permanent residents by requiring that they be deported while, in similar circumstances, Canadian citizens may remain in the country. That submission has no merit. It would, if accepted, lead to the conclusion that the Charter guarantees to permanent residents a right to remain in Canada equal to that enjoyed by Canadian citizens. That is not so. The Charter, itself, in subsections 6(1) and (2), distinguishes between the rights enjoyed by Canadian citizens and permanent residents in this respect. It is clear that, subject to section 1, the Charter guarantees the right of Canadian citizens to remain in the country; it is equally

manière dont elle a été acquise. La citoyenneté canadienne est un privilège précieux, non pas en raison des avantages économiques qu'elle procure à ceux qui la possèdent, mais pour les liens qu'elle crée. Or, ces liens ne sont pas fondés sur l'exclusion.

[126] La Charte et la jurisprudence à laquelle elle a donné lieu permettent de faire certaines distinctions entre les citoyens et les non-citoyens. Dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, le juge Sopinka a écrit au nom de la Cour:

J'estime, pour les motifs exposés par le juge Pratte en Cour d'appel fédérale, qu'il n'y a pas eu violation de l'art. 15. Comme je l'ai déjà indiqué, l'art. 6 de la *Charte* prévoit expressément un traitement différent à cet égard pour les citoyens et les résidents permanents. Si les résidents permanents jouissent aux termes du par. 6(2) de certains droits à la liberté de circulation, seuls les citoyens se voient conférer au par. 6(1) le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir. Ne constitue donc pas une discrimination interdite par l'art. 15 un régime d'expulsion qui s'applique aux résidents permanents, mais non aux citoyens<sup>113</sup>.

[127] Dans l'arrêt *Chiarelli*, qui portait sur la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur l'immigration* concernant l'expulsion de certains non-citoyens, la Cour a estimé que ces dispositions étaient valides au plan constitutionnel. Le fait que le droit de demeurer au Canada ou d'y entrer soit inscrit dans la Charte a permis de trancher la question. Il ne fait aucun doute que certains des droits des citoyens sont protégés par la Charte. Cela dit, ces mêmes droits sont également limités par la Charte. Ayant à se prononcer, au nom de la Cour, sur l'appel interjeté dans l'affaire *Chiarelli*, le juge Pratte, J.C.A. a écrit:

L'appelant a [. . .] soutenu que le paragraphe 32(2) viole le droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la Charte. Il a présenté deux arguments sur ce point. Voici le premier. Le paragraphe 32(2) contrevient à l'article 15 parce qu'il exerce une discrimination contre des résidents permanents en exigeant d'eux qu'ils soient déportés alors que dans des circonstances semblables, les citoyens canadiens peuvent demeurer au pays. Cet argument n'est pas fondé. S'il était accepté, cela signifierait que la Charte garantit aux résidents permanents un droit égal à celui des citoyens canadiens de demeurer au pays. Ce n'est pas le cas. La Charte elle-même, aux paragraphes 6.1 et 6.2, établit une distinction entre les droits des citoyens canadiens et des résidents permanents à cet égard. Il est clair que, sous réserve de l'article 1, la Charte garantit aux citoyens canadiens le droit de demeurer

clear that the Charter does not guarantee that same right to permanent residents. Thus, the Charter impliedly recognizes the power of Parliament to differentiate between Canadian citizens and permanent residents by imposing limits on the right of the permanent residents to remain in Canada. In exercising that power, Parliament is not guilty of discrimination prohibited by section 15. The situation would be different if Parliament or a Legislature were to differentiate between permanent residents and citizens otherwise than by determining the limits of the residents' right to remain in the country. Such was the case in *Andrews v. Law Society of British Columbia* where the Supreme Court of Canada held that a law denying to permanent residents the right to practice law was discriminatory and against section 15 of the Charter.<sup>114</sup> [Emphasis added; footnotes omitted.]

[128] Where the citizenship-based distinctions do not flow from the rights granted in the Charter itself, the Supreme Court has decided that these distinctions may constitute discrimination. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, La Forest J. specifically noted that citizenship, as a permissible distinction, was limited in its scope:

There is no question that citizenship may, in some circumstances, be properly used as a defining characteristic for certain types of legitimate governmental objectives. I am sensitive to the fact that citizenship is a very special status that not only incorporates rights and duties but serves a highly important symbolic function as a badge identifying people as members of the Canadian polity. Nonetheless, it is, in general, irrelevant to the legitimate work of government in all but a limited number of areas. By and large, the use in legislation of citizenship as a basis for distinguishing between persons, here for the purpose of conditioning access to the practice of a profession, harbours the potential for undermining the essential or underlying values of a free and democratic society that are embodied in s. 15. [Emphasis added.]<sup>115</sup>

[129] Wilson J. explained, in her concurring reasons, why this was so:

Relative to citizens, non-citizens are a group lacking in political power and as such vulnerable to having their interests overlooked and their rights to equal concern and respect violated. They are among "those groups in society to whose needs and wishes elected officials have no apparent interest in attending". . . Non-citizens, to take only the most obvious example, do not have the right to vote.<sup>116</sup>

au Canada. Il est tout aussi clair que la Charte ne garantit pas ce même droit aux résidents permanents. La Charte reconnaît donc implicitement le pouvoir du Parlement d'établir une distinction entre les citoyens canadiens et les résidents permanents en imposant des limites aux droits des résidents permanents de résider au Canada. La situation serait différente si le Parlement ou une assemblée législative provinciale voulait établir une distinction entre les résidents permanents et les citoyens à un autre niveau qu'à celui de la détermination des limites des droits des résidents à demeurer au pays. C'était notamment le cas dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*, dans laquelle la Cour suprême du Canada a statué qu'une loi interdisant aux résidents permanents le droit de pratiquer le droit était discriminatoire et contraire aux dispositions de l'article 15 de la Charte<sup>114</sup>. [Non souligné dans l'original; les notes en bas de page n'ont pas été reprises.]

[128] Dans les cas où les distinctions fondées sur la citoyenneté ne découlent pas de droits reconnus dans la Charte, la Cour suprême a estimé que ces distinctions peuvent constituer des formes de discrimination. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, le juge La Forest a pris soin de noter que la citoyenneté comporte certaines limites quant aux distinctions auxquelles elle peut donner lieu:

Il ne fait aucun doute que la citoyenneté peut, dans certains cas, servir à bon droit de caractéristique distinctive relativement à certains types d'objectifs légitimes du gouvernement. Je suis sensible au fait que la citoyenneté confère un statut très particulier qui ne comporte pas seulement des droits et des obligations, mais qui remplit la fonction très importante de symbole identifiant les gens comme membres de l'État canadien. Néanmoins, la citoyenneté n'a généralement rien à voir avec les activités légitimes d'un gouvernement, si ce n'est dans un nombre restreint de domaines. Dans l'ensemble, l'emploi dans une mesure législative de la citoyenneté comme motif de distinction entre individus, en l'espèce pour conditionner l'accès à l'exercice d'une profession, comporte le risque de miner les valeurs essentielles ou fondamentales d'une société libre et démocratique qui sont enchâssées à l'art. 15.<sup>115</sup>. [Non souligné dans l'original.]

[129] Dans ses motifs concordants, le juge Wilson a expliqué pourquoi il en allait ainsi:

Comparativement aux citoyens, les personnes qui n'ont pas la citoyenneté constituent un groupe dépourvu de pouvoir politique et sont, à ce titre, susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d'être considéré et respecté également violé. Ils font partie de [TRADUCTION] «ces groupes de la société dont les besoins et les aspirations ne suscitent apparemment pas l'intérêt des représentants élus» [. . .] Pour ne citer que l'exemple le plus évident, ceux qui n'ont pas la citoyenneté n'ont pas le droit de vote<sup>116</sup>.

[130] Since *Andrews*, commentators<sup>117</sup> have expressly noted that citizenship is a constitutionally suspect ground on which to distinguish between people. Courts have recognized this. In *Pearkes v. Canada*, the Federal Court (Trial Division) held that certain Social Sciences and Humanities Research Council grants which could not be held abroad by permanent residents violated section 15 of the Charter and could not be saved by section 1. In that case, Pinard J. wrote that:

. . . the application by SSHRC of the impugned regulation can only discriminate against nonfaculty member permanent residents of Canada who wish to apply to hold a SSHRC grant abroad. Such permanent residents of Canada are entitled to be dealt with on their individual merits, not dismissed from consideration due to stereotyping and discrimination based on their noncitizen status.<sup>118</sup>

[131] In *Austin v. British Columbia (Ministry of Municipal Affairs, Recreation & Culture)*<sup>119</sup> the British Columbia Supreme Court considered section 12 of the British Columbia *Public Service Act* [S.B.C. 1985, c. 15], which enacted that the Government of British Columbia would only hire Canadian citizens unless no qualified citizens applied for the vacant position. In that case the Government of British Columbia conceded that the impugned section violated subsection 15(1) of the Charter. In the course of finding that the legislation failed every aspect of the *Oakes* test, Maczko J. wrote that:

The discrimination displayed on the face of the statute is of the worst kind. It decides a person's employment opportunities on the basis of status rather than merit or achievement. Discrimination of that sort is inherently repugnant to a society which values achievement through personal enterprise and hard work. In my view the right to pursue one's career of choice, significantly outweighs the government's objective in this instance.<sup>120</sup>

[132] The conclusion,<sup>121</sup> then, is that courts must look with a sceptical eye at legislation which

[130] Depuis l'arrêt *Andrews*, les commentateurs<sup>117</sup> ont expressément relevé que la citoyenneté était un motif constitutionnellement suspect pour établir des distinctions entre des personnes. Les tribunaux l'ont eux-mêmes reconnu. Dans l'affaire *Pearkes c. Canada*, la Cour fédérale (Section de première instance) a estimé que certaines subventions du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, dont ne pouvaient pas bénéficier à l'étranger des résidents permanents du Canada, étaient contraires à l'article 15 de la Charte et ne se justifiaient pas au regard de l'article premier. Dans cette affaire, le juge Pinard a écrit que:

[. . .] l'application par le CRSH de la règle attaquée ne peut qu'être discriminatoire à l'égard des résidents permanents qui n'enseignent pas dans une université et qui désirent faire une demande de bourse pour étudier à l'étranger. Ces personnes ont droit à un traitement reposant sur le mérite de leur dossier. On ne peut rejeter sommairement leur candidature à cause de stéréotypes et de motifs discriminatoires découlant de leur statut de non-citoyens<sup>118</sup>.

[131] Dans l'affaire *Austin v. British Columbia (Ministry of Municipal Affairs, Recreation & Culture)*<sup>119</sup>, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a eu à se pencher sur l'article 12 de la *Public Service Act* [S.B.C. 1985, ch. 15] de la Colombie-Britannique, selon lequel le gouvernement de la Colombie-Britannique ne devait engager que des citoyens canadiens, à moins qu'aucun citoyen qualifié ne postule l'emploi. Dans cette affaire, le gouvernement de la Colombie-Britannique a reconnu que la disposition contestée était contraire au paragraphe 15(1) de la Charte. Avant de conclure que la disposition en question ne respectait aucun aspect du critère dégagé dans l'affaire *Oakes*, le juge Maczko a écrit que:

[TRADUCTION] La discrimination qu'établit indiscutablement cette loi est de la pire sorte. Elle accorde ou non les occasions d'emploi en fonction du statut et non pas du mérite, ou des réalisations. Ce genre de discrimination est foncièrement incompatible avec une société qui attache la plus haute importance à la valeur personnelle, fruit du travail et de l'esprit d'entreprise. J'estime que le droit de faire carrière dans un domaine que l'on choisit l'emporte largement sur l'objectif visé par le gouvernement en l'occurrence<sup>120</sup>.

[132] La conclusion<sup>121</sup> est donc que les tribunaux doivent examiner avec scepticisme toute disposition

differentiates between people based on their status as citizens or non-citizens. Allowing citizenship-based distinctions without demonstrably justifiable reasons runs generally counter not only to the supreme law of the land, but also to the principles of inclusiveness and diversity which are enshrined in that law.

## VI. A brief history of the citizenship preference

[133] Like citizenship generally, the citizenship preference currently enacted in paragraph 16(4)(c) of the PSEA evolved from an earlier provision. A requirement that all persons attending the civil service examination be British subjects resident in Canada for at least three years appeared in section 14 of *The Civil Service Amendment Act, 1908*.<sup>122</sup> At that time, the Honourable Sydney Fisher stated on second reading of the bill that:

The intention was to take real residents of Canada into the Service. But for this provision, a person might come here "on spec," just to go up for the examination.<sup>123</sup>

The three-year residency requirement corresponded with the residency requirement set down by *The Naturalization Act, Canada, 1881*.<sup>124</sup>

[134] In 1918 *The Civil Service Act, 1918*<sup>125</sup> created an exception by which the Governor in Council could authorize those who did not meet the requirements of *The Civil Service Amendment Act, 1908* to sit for the civil service examination. In 1932 the citizenship preference<sup>126</sup> was again amended, increasing the residency requirement from three to five years [S.C. 1932, c. 40, s. 6]. This corresponded with the *Naturalization Act* which had also been amended, increasing the residency requirement for naturalization to five years [S.C. 1931, c. 38, s. 4]. At that time, the Honourable Mr. O. Boulanger argued for the Government that:

The amendment proposed by the bill is to change the term of three years residence to a term of five years. I believe

législative qui établit une distinction entre des personnes en raison de leur statut respectif de citoyen ou de non-citoyen. Permettre des distinctions fondées sur la citoyenneté sans exiger que l'on justifie les motifs invoqués à l'appui de ce genre de mesure est, d'une manière générale, non seulement contraire à la loi suprême du pays, mais également aux principes d'inclusion et de diversité qu'incorpore cette loi.

## VI. Bref historique de la préférence accordée aux citoyens

[133] Comme le concept même de citoyenneté, la préférence reconnue aux citoyens par l'actuel alinéa 16(4)c) de la LEFP s'est développée à partir d'une disposition antérieure. L'exigence voulant que toutes les personnes passant un examen de la fonction publique soient des sujets britanniques résidant au Canada depuis au moins trois ans était inscrite à l'article 14 de la *Loi de 1908 modifiant la Loi du service civil*<sup>122</sup>. À l'époque, l'honorable Sydney Fisher déclara, au cours de l'examen du projet de loi en deuxième lecture:

Notre intention était d'admettre dans le service les personnes vraiment domiciliées au Canada. Sans cette disposition, une personne pourrait venir au Canada «courir le risque» d'être admise à l'épreuve du concours<sup>123</sup>.

La condition de résidence de trois ans correspondait aux conditions de résidence fixées dans l'*Acte canadien de 1881 sur la naturalisation*<sup>124</sup>.

[134] En 1918, la *Loi du Service civil, 1918*<sup>125</sup> instaurait une exception permettant au gouverneur en conseil d'autoriser ceux qui ne répondaient pas aux conditions fixées dans la *Loi de 1908 modifiant la Loi du service civil* de prendre part aux examens de la fonction publique. En 1932, la préférence en faveur des citoyens<sup>126</sup> fut à nouveau modifiée, la condition de résidence étant portée de trois à cinq ans [S.C. 1932, ch. 40, art. 6]. Cela allait de pair avec la *Loi de naturalisation* qui, elle aussi, avait été modifiée, les conditions de résidence étant, en ce qui concerne la naturalisation, portées à cinq ans [S.C. 1931, ch. 38, art. 4]. À l'époque, l'honorable O. Boulanger a soutenu, au nom du gouvernement:

Le bill propose de changer la période de résidence de trois ans en une période de cinq ans. Ce changement, je crois,



this change would be in accordance with our whole system of granting Canadian citizenship to aliens. As the law stands at the present time a residence of five years is required before a man is granted Canadian citizenship. . . . A man cannot be naturalized as a Canadian citizen unless he has resided in Canada for a term of five years, and he is not granted the right to vote unless he is here for a similar period. I respectfully submit that the same requirements should apply when application is made for a position in the Canadian civil service. If it is proper to stipulate a period of five years before a vote is allowed, if it is right that five years' residence must be established before a person may become a citizen of this country, then a similar period should be necessary before a person obtains a position in the public service. That is the purpose of the second amendment.<sup>127</sup>

[135] After citing the media attention that ensued when, in 1930, "a little insignificant paper published in Montréal" printed a list of exceptions which had been made to the residency requirement for the civil service, the Honourable Mr. Boulanger summarized the objectives of the provision, saying that:

Surely it is possible to find men in Canada who will act as prison guards and chiefs of services. Members of the Civil Service Commission should not have such matters left in their own hands. . . .

I believe the spirit of the bill is in accordance with the Canada first policy of the present government, and I am sure the government will approve the bill and support it. I trust therefore that the Civil Service Act will be amended as the proposed measure suggests. Not only are we for the Canada first policy but we are also for Canadians first and especially should that policy apply in the matter of the filling of civil service positions. Certainly that is one place where Canadians should be first.<sup>128</sup>

[136] In 1946 Parliament passed *The Canadian Citizenship Act* and formally created the status of Canadian citizenship. While doing so, Parliament intentionally maintained the requirement that those attending the civil service examinations be British subjects (including Canadian citizens) who had been resident in Canada for five years.<sup>129</sup> In 1961 the citizenship preference was enacted more or less in its present form, withdrawing preferential treatment from British subjects who were not Canadian citizens.

s'accorde avec tout notre système d'après lequel nous accordons aux étrangers la nationalité canadienne. D'après la loi actuelle, un étranger doit demeurer au pays pendant au moins cinq ans avant d'obtenir cette nationalité. Durant les premières cinq années de résidence au Canada, un étranger peut être renvoyé dans son pays. Un homme ne peut être naturalisé au Canada avant d'avoir accompli ses cinq années de résidence au pays et il ne peut exercer le droit de suffrage avant d'avoir fait un séjour similaire ici. Je le soumets respectueusement, on devrait établir les mêmes conditions pour ceux qui cherchent à entrer dans le service civil. S'il est convenable d'exiger un séjour de cinq années au pays avant d'accorder le droit de suffrage à un étranger, avant de lui permettre d'être sujet britannique, on devrait exiger de lui la même période de résidence avant de lui accorder un poste dans le service de l'État. C'est là le but du deuxième amendement<sup>127</sup>.

[135] Après avoir rappelé l'émoi suscité dans les milieux de la presse lorsque, en 1930 «une feuille insignifiante de Montréal» publia une liste des exceptions faites aux conditions de résidence en vue de l'emploi dans la fonction publique, M. Boulanger résuma les objectifs visés par cette disposition, expliquant que:

On peut certainement trouver au Canada des hommes qui rempliront les emplois de gardiens de prison et de chefs de service. On ne devrait pas laisser les questions de ce genre à la discrétion des membres de la Commission du service civil [. . .]

Il est conforme, je crois, à la politique «du Canada d'abord» du présent Gouvernement et je suis certain que le ministère approuvera ce projet de loi et l'appuiera. J'ai donc confiance que la loi du service civil sera modifiée comme le demande ce projet de loi. Nous sommes non seulement en faveur de cette politique du Canada d'abord, mais encore de celles des Canadiens avant tout, politique qui devrait être tout particulièrement appliquée lorsqu'il s'agit de remplir les positions du service civil. C'est certainement ici que les Canadiens devraient avoir la première place<sup>128</sup>.

[136] En 1946, le législateur adopta la *Loi sur la citoyenneté canadienne* qui créait officiellement le statut de citoyen canadien. Ce faisant, le législateur a, à dessein, repris la condition voulant que les examens de la fonction publique soient réservés à des sujets britanniques (y compris les citoyens canadiens) ayant résidé au Canada depuis cinq ans<sup>129</sup>. En 1961, la préférence accordée aux citoyens fut instaurée grosso modo sous la forme qu'elle a aujourd'hui, privant de traitement préférentiel les sujets britanniques qui n'étaient pas citoyens canadiens.

[137] In 1979, the Special Committee on the Review of Personnel Management and the Merit Principle in the Public Service produced its final report, known as the D'Avignon Report. That Report considered the citizenship preference and concluded that:

In all but exceptional circumstances, employment in the public service is limited to Canadian citizens. Both landed immigrants and public servants have criticized this provision of the PSEA as being discriminatory. Noting that the federal government encourages employers in the private sector to hire new Canadians it would seem appropriate for external competitions to be open to landed immigrants. We therefore recommend

**that permanent residents of Canada be eligible to compete on the same basis as Canadian citizens.**<sup>130</sup>

The Government did not act on the recommendation.

[138] In 1985 the Parliament's Standing Committee on Justice and Legal Affairs, Sub-committee on Equality Rights, considered the citizenship preference in light of the newly enacted *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Sub-committee's First Report concluded that:

In any open competition for public service positions pursuant to the *Public Service Employment Act*, preference must be given first to war veterans and second to Canadian citizens. In the result, permanent residents do not enjoy the same opportunities as Canadian citizens to obtain public service appointments.

We believe that this represents a form of discrimination, on the basis of national origin, that offends section 15 of the *Charter*. Such a preference may encourage permanent residents to follow the desirable course of taking out Canadian citizenship as soon as they are able to do so. However, the failure to become a Canadian citizen should not be taken as a mark of lack of commitment to this country. As we pointed out earlier, the rights of some individuals may be severely prejudiced, if they become Canadian citizens, as a result of foreign laws. We believe it is unfair to favour Canadian citizens over permanent residents who are eligible for Canadian citizenship but have not yet taken that step.

[137] En 1979, le Comité spécial sur l'examen de la gestion du personnel et le principe du mérite dans la fonction publique remet son rapport final connu sous le nom de Rapport D'Avignon. Le Rapport examinait la préférence accordée aux citoyens, concluant que:

Dans tous les cas, sauf dans des circonstances exceptionnelles, l'emploi dans la Fonction publique est limité aux citoyens canadiens. Les immigrants reçus et les fonctionnaires ont tour à tour critiqué la nature discriminatoire de cette disposition de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique. Étant donné que le gouvernement fédéral encourage les employeurs du secteur privé à engager des néo-Canadiens, il semblerait logique que les concours publics soient ouverts aux immigrants reçus. En conséquence, nous recommandons

**que les personnes ayant le statut de résidents permanents du Canada soient admises à concourir sur la même base que les citoyens canadiens**<sup>130</sup>.

Le gouvernement ne donna aucune suite à cette recommandation.

[138] En 1985, le Comité permanent de la justice et des questions juridiques, Sous-comité sur les droits à l'égalité, examina la préférence accordée aux citoyens au regard de la nouvelle *Charte canadienne des droits et libertés*. Le premier rapport du sous-comité concluait que:

En vertu de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, la préférence doit être accordée d'abord aux anciens combattants, puis aux autres citoyens canadiens, et ce, dans tous les concours publics pour la dotation de postes de fonctionnaires. Par conséquent, les résidents permanents n'ont pas autant de chances que les citoyens canadiens d'entrer dans la Fonction publique.

Nous pensons que cette pratique constitue une forme de discrimination fondée sur l'origine nationale, ce qui contrevient aux dispositions de l'article 15 de la *Charte*. Certes, cette priorité peut encourager certains résidents permanents à demander leur citoyenneté canadienne dès qu'ils le peuvent, ce qui est évidemment souhaitable, mais ce n'est pas parce qu'une personne tarde à demander la citoyenneté canadienne qu'elle n'est pas pour autant attachée à son pays d'adoption. Comme nous l'avons déjà souligné, certaines personnes hésitent à se faire naturaliser parce que leurs droits en seraient gravement compromis à cause des lois en vigueur dans leur pays d'origine. Par conséquent, il nous semble injuste d'accorder la préférence aux citoyens canadiens par rapport aux résidents permanents qui remplissent les conditions pour l'obtention de la citoyenneté, mais qui n'en ont pas encore fait la demande pour des raisons qui leur sont propres.

We are unable to find any justification for a preference for Canadian citizens over permanent residents of less than 3 years' standing so far as public service employment is concerned. Canadian citizenship is not a condition of employment in the public service. Therefore the citizenship factor cannot be a *bona fide* occupational qualification in the sense of the *Canadian Human Rights Act*. Nor do we believe that it can be demonstrably justified as a reasonable limit, in the sense of section 1 of the *Charter*, on freedom from discrimination on the basis of national origin.

**38. We recommend that the general preference in favour of Canadian citizens in job competitions in the public service, pursuant to the *Public Service Employment Act*, be eliminated so that permanent residents may compete for public service jobs on an equal footing with Canadian citizens.**<sup>131</sup>

[139] The Mulroney government responded with a report, entitled *Toward Equality: The Response to the Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*. In that report, the government disagreed with the Sub-committee's recommendation, writing that:

The Government does not agree with this recommendation. It takes the view that the current preference granted to citizens is a reasonable and justified limitation permitted by the *Charter* and the *International Covenant on Civil and Political Rights*.

This view is based on considerations of the nature of citizenship and its relation to the role of the Public Service. In their work, public servants serve and represent the Canadian community by guaranteeing its security, ensuring its safety, advancing its physical and economic welfare and representing its interests, in Canada and abroad.

Citizenship carries with it both privileges and responsibilities. The privileges include the right to vote; one responsibility is to promote the security and welfare of the country and protect the country's way of life. The Government is of the opinion that one of the legitimate benefits of Canadian citizenship should be the right to seek and receive employment in the federal Public Service on a preferential basis. This right is subject to certain obligations, such as the limitations on political activity, but it remains one of the advantages of citizenship and a recognition of the value placed on citizenship by Canadian society.

It is to be noted that this view seems to prevail in other Western democracies, some of which (e.g., United States, France, Great Britain, Australia) go farther than Canada in

Nous sommes incapables de justifier la préférence accordée à un citoyen canadien plutôt qu'à un résident permanent avec au moins trois ans de résidence lorsqu'il s'agit de combler des postes dans la Fonction publique. La citoyenneté canadienne n'est pas un critère d'embauche dans la Fonction publique. Par conséquent, la citoyenneté canadienne ne peut pas être un critère véritable de qualification pour l'emploi au titre de la *Loi canadienne des droits de la personne*. Nous ne croyons pas non plus qu'on puisse démontrer qu'elle constitue une limite raisonnable, au sens de l'article 1 de la *Charte*, en tant que liberté découlant d'une discrimination fondée sur l'origine nationale.

**38. Nous recommandons que la préférence généralement accordée aux citoyens canadiens lors de concours dans la Fonction publique, en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, soit éliminée afin que les résidents permanents puissent poser leur candidature pour ces mêmes concours sur un pied d'égalité avec les citoyens canadiens.**<sup>131</sup>

[139] Le gouvernement Mulroney répondit par un rapport intitulé *Cap sur l'égalité: Réponse au Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*. Dans ce rapport, le gouvernement contestait la recommandation formulée par le Sous-comité, déclarant que:

Le gouvernement ne souscrit pas à cette recommandation. Il estime que la préférence actuellement accordée aux citoyens canadiens est une restriction raisonnable et justifiée, permise par la *Charte* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

Cette opinion est fondée sur une étude de la nature de la citoyenneté et de son lien avec le rôle de la Fonction publique. Dans leur travail, les fonctionnaires servent et représentent la communauté canadienne en lui garantissant la sécurité, en contribuant à son bien-être physique et économique, et en représentant ses intérêts, au Canada et à l'étranger.

La citoyenneté entraîne tant des privilèges que des responsabilités. Les privilèges comprennent le droit de vote. Une des responsabilités est de promouvoir le bien-être et la sécurité du pays et d'en protéger son mode de vie. Le gouvernement estime que l'un des avantages légitimes de la citoyenneté canadienne devrait être le droit de postuler et d'obtenir de façon préférentielle un emploi dans la Fonction publique fédérale. Ce droit est assujéti à certaines obligations comme la restriction des activités politiques, mais il demeure l'un des avantages de la citoyenneté et une reconnaissance de la valeur que lui accorde la société canadienne.

Soulignons que cette opinion semble prévaloir dans d'autres démocraties occidentales, certaines (par exemple, les États-Unis, la France, la Grande-Bretagne, et l'Australie)

making citizenship a requirement for entry into the civil service, rather than a preference.

Under the current system, non-Canadians can be employed in public service jobs for which no qualified Canadian citizens are found.<sup>132</sup>

[140] In 1986 the Report of the Sub-committee on Equality Rights was debated in the House of Commons. Speaking in support of the Government response, the Honourable Mr. Pierre Cadieux said:

The main purpose of this step is to recognize that all of us, you and I and every other Canadian, cherish and appreciate our citizenship which involves some duties such as the promotion of welfare within the community. It also includes a number of rights, including the right to vote, Mr. Speaker. And one of the legitimate benefits of Canadian citizenship must be the right of priority access to jobs within the federal Civil Service. It is only reasonable that we should thus recognize the value and particular importance of Canadian citizenship.

If permanent residents wish to acquire the same rights and duties, they have the possibility to do so by applying for Canadian citizenship. After all, we only ask them to wait three years before they can say they are Canadians and proud of it. Any Canadian citizen has the right to claim certain benefits resulting from Canadian citizenship due to the status which Canadian citizenship confers to citizens. Moreover, Canada is not the only country which feels that its Civil Service should be made up entirely of its own citizens. As a matter of fact, countries such as the United States, France, Great Britain and Australia go even further than Canada, making citizenship a *sine qua non* condition for joining their Civil Services and not merely a criteria for preference as in this country. I should emphasize that, through an international agreement, whoever serves in the foreign service or diplomatic corps of a country must be a citizen of that country.<sup>133</sup>

[141] Since 1986 there has been little legislative activity relating to the citizenship preference, even though *Andrews, supra*, was decided in 1989.

## VII. The Canadian approach to equality

[142] The Canadian approach to equality has always given a large and liberal interpretation to anti-discrimination legislation. Recently, the Supreme Court, speaking unanimously on this point, summarized the ideals which underlie the Canadian approach to equality:

allant jusqu'à faire de la citoyenneté une condition d'entrée dans la fonction publique plutôt qu'une préférence.

Dans le cadre du système actuel, les non-Canadiens peuvent être recrutés dans la fonction publique fédérale si aucun citoyen canadien ne se qualifie pour l'emploi<sup>132</sup>.

[140] En 1986 le Rapport du Sous-comité sur les droits à l'égalité fut discuté à la Chambre des communes. Défendant la réponse apportée par le gouvernement, l'honorable Pierre Cadieux déclara:

Le but principal de cette mesure consiste à reconnaître ce que nous chérissons et apprécions tous, vous, moi et tous les autres Canadiens, soit que notre citoyenneté en démocratie comporte certains devoirs comme celui de promouvoir le bien-être de la collectivité. Elle comprend aussi, monsieur le Président, certains droits comme le droit de vote. Et l'un des avantages légitimes de la citoyenneté canadienne doit être l'accès prioritaire aux emplois offerts dans la fonction publique fédérale. Il n'est que raisonnable que nous reconnaissons la valeur et l'importance particulière de la citoyenneté canadienne.

Si les résidents [*sic*] permanents désirent les mêmes droits et obligations, ils ont la possibilité, monsieur le Président, de présenter une demande de citoyenneté canadienne. Après tout, nous leur demandons seulement d'attendre trois ans avant de pouvoir dire, eux aussi, oui je suis Canadien et fier de l'être. Tout citoyen canadien a droit à certains des avantages découlant de la citoyenneté du fait de la valeur que la citoyenneté canadienne attribue au fait d'être citoyen. En outre, le Canada n'est pas le seul pays à estimer que sa fonction publique doit se composer de ses citoyens. En fait, des pays comme les États-Unis, la France, la Grande-Bretagne et l'Australie vont même plus loin que le Canada, faisant de la citoyenneté une condition d'entrée dans la fonction publique et non seulement un critère de préférence comme chez nous. Il me faut signaler que, par convention internationale, quiconque sert dans le service étranger ou le corps diplomatique d'un pays doit être citoyen de ce pays<sup>133</sup>.

[141] Depuis 1986, la préférence fondée sur la citoyenneté n'a plus guère retenu l'attention du législateur, malgré l'arrêt *Andrews*, précité, rendu en 1989.

## VII. L'approche canadienne en matière d'égalité

[142] En matière d'égalité, l'approche retenue par le Canada a toujours favorisé une interprétation large et libérale de la législation antidiscrimination. S'exprimant à l'unanimité sur ce point, la Cour suprême a récemment eu l'occasion de résumer les idéaux qui sont à la base de l'approche canadienne en ce domaine:

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

The concept and principle of equality is almost intuitively understood and cherished by all. It is easy to praise these concepts as providing the foundation for a just society which permits every individual to live in dignity and in harmony with all. The difficulty lies in giving real effect to equality. Difficult as the goal of equality may be it is worth the arduous struggle to attain. It is only when equality is a reality that fraternity and harmony will be achieved. It is then that all individuals will truly live in dignity.<sup>134</sup>

[143] When an equality claim is brought pursuant to subsection 15(1) of the *Charter*, Canadian courts approach the case in the light of the large, liberal, and purposive approach which is the cornerstone of *Charter* interpretation. In *Hunter et al. v. Southam Inc.*, Dickson J. (as he then was) wrote:

I begin with the obvious. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document. Its purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms; it is not in itself an authorization for governmental action.<sup>135</sup>

And in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.* Dickson J. (as he then was) made the position of the purposive approach to *Charter* interpretation abundantly clear:

Les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte* sont fondamentaux pour le Canada. Ils reflètent les rêves les plus chers, les espérances les plus élevées et les aspirations les plus nobles de la société canadienne. L'adoption du suffrage universel a eu pour effet de reconnaître, jusqu'à un certain point, l'importance de l'individu. En adoptant le par. 15(1), dont les dispositions ont une large portée et se caractérisent par un grand souci de justice fondamentale, le Canada a franchi une autre étape dans la reconnaissance de l'importance fondamentale et de la dignité inhérente de chacun. Cette démarche est non seulement louable, mais essentielle à la réalisation d'un objectif admirable: le droit de chacun à la dignité. C'est le moyen d'inspirer aux Canadiens un sentiment de fierté. Pour qu'il y ait égalité, la valeur et l'importance intrinsèques de chaque individu doivent être reconnues sans égard à l'âge, au sexe, à la couleur, aux origines ou à d'autres caractéristiques de la personne. Cette reconnaissance devrait alors susciter chez tous les Canadiens un sentiment de dignité et de valorisation tout en leur inspirant la plus grande fierté et la satisfaction d'appartenir à une grande nation.

Presque intuitivement, tous comprennent la notion et le principe de l'égalité et y sont attachés. Il est facile de louer l'égalité comme le fondement d'une société juste qui permet à chacun de vivre dans la dignité et l'harmonie au sein de la collectivité. La difficulté consiste à la réaliser concrètement. Si difficile soit-il, cet objectif mérite qu'on livre une rude bataille pour l'atteindre. Ce n'est que dans un contexte d'égalité réelle que la fraternité et l'harmonie peuvent exister. C'est alors que chacun peut véritablement vivre dans la dignité.<sup>134</sup>

[143] Lorsqu'une action en revendication d'égalité est intentée sur le fondement du paragraphe 15(1) de la *Charte*, les tribunaux canadiens examinent l'affaire à la lumière de l'approche large et libérale fondée sur l'objet, qui forme la pierre angulaire en matière d'interprétation de la *Charte*. Dans l'affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*, le juge Dickson (plus tard juge en chef) a écrit:

Je commence par ce qui est évident. La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir.<sup>135</sup>

Et dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, le juge Dickson a explicité la thèse selon laquelle l'interprétation de la *Charte* doit se fonder sur les objets mêmes du texte:

This Court has already, in some measure, set out the basic approach to be taken in interpreting the *Charter*. In *Hunter v. Southam Inc.* . . . , this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.<sup>136</sup> [Citation omitted.]

It is from this viewpoint that we consider the constitutionality of paragraph 16(4)(c) of the PSEA.

VIII. Does paragraph 16(4)(c) of the PSEA violate subsection 15(1) of the Charter?

The proper approach to subsection 15(1) of the Charter

[144] While in the past there has been some variation in the views of the Supreme Court Justices regarding the proper approach to subsection 15(1) of the Charter, these differences of opinion have diminished over time,<sup>137</sup> and finally have been laid to rest in the recent decision of *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>138</sup> a turning point in equality jurisprudence in Canada. In *Law*, Iacobucci J. masterfully synthesized the divergent views regarding the proper application of subsection 15(1) of the Charter into a new approach, unanimously accepted by his colleagues. *Law* is now the starting point for any analysis of discrimination under the Charter.

[145] The proper approach to subsection 15(1) was summarized by Iacobucci J. at paragraph 39 [pages 523-524] of his reasons:

In my view, the proper approach to analyzing a claim of discrimination under s. 15(1) of the *Charter* involves a synthesis of these various articulations. Following upon the analysis in *Andrews, supra*, and the two-step framework set out in *Egan, supra*, and *Miron, supra*, among other cases, a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries. First, does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into

Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* [. . .], la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger<sup>136</sup>. [Renvois omis.]

C'est de ce point de vue là que nous envisageons la question de la constitutionnalité de l'alinéa 16(4)c) de la LEFP.

VIII. L'alinéa 16(4)c) de la LEFP est-il contraire au paragraphe 15(1) de la Charte?

L'approche à suivre pour ce qui est du paragraphe 15(1) de la Charte

[144] Alors qu'on a pu relever par le passé, entre les juges de la Cour suprême, certaines différences de point de vue touchant l'approche du paragraphe 15(1) de la Charte, ces différences d'opinion se sont amenuisées avec le passage du temps<sup>137</sup> et sont choses du passé depuis le récent arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>138</sup>. Dans l'arrêt *Law*, le juge Iacobucci se livre à une synthèse magistrale des divergences de point de vue concernant la manière dont il convient d'appliquer le paragraphe 15(1) de la Charte, parvenant à une nouvelle approche, acceptée unanimement par ses collègues. L'arrêt *Law* est maintenant le point de départ de toute analyse de mesures discriminatoires au regard de la Charte.

[145] C'est en ces termes qu'au paragraphe 39 [pages 523 et 524] de ses motifs, le juge Iacobucci résume, s'agissant du paragraphe 15(1), la démarche à suivre:

À mon avis, pour analyser une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, il convient de faire une synthèse de ces différentes démarches. Appliquant l'analyse énoncée dans *Andrews*, précité, et l'analyse en deux étapes décrite notamment dans *Egan* et *Miron*, précités, le tribunal appelé à décider s'il y a eu discrimination au sens du par. 15(1) devrait se poser les trois grandes questions suivantes. Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles,

account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage? The second and third inquiries are concerned with whether the differential treatment constitutes discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

[146] There are, accordingly, not unlike the position before *Law*, three questions to be answered by a party seeking to prove a violation under subsection 15(1) of the Charter. First, the claimant must show that the impugned legislation or state action—or its effects—draws a distinction between the claimant and others. Second, the claimant must show that the distinction has been drawn on an enumerated or analogous ground.<sup>139</sup> Third, the claimant must show that the distinction drawn on the basis of an enumerated or analogous ground is discriminatory in its nature. The first two aspects of this analysis are similar to the earlier position; it is in the treatment of the third aspect that there has been some blending and rethinking, the details of which will be discussed later.

Does this legislation deny one of the four equalities?

[147] The first inquiry is whether the impugned legislative provision denies one of the four equalities. In *Egan, supra*, I noted that the analysis at this stage is meant to be straightforward, taking into account whether the complainants are pursuing individual or systemic remedies, but ignoring considerations of whether the impugned distinction is unreasonable, invidious, or irrational.<sup>140</sup>

[148] It is obvious that, as the Trial Judge found, paragraph 16(4)(c) of the PSEA does not grant equal benefits to all individuals. The section is drafted to do

ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique? Les deuxième et troisième questions servent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1).

[146] Il y a ainsi, un peu comme avant l'affaire *Law*, trois questions auxquelles doit répondre la partie qui plaide une violation du paragraphe 15(1) de la Charte. D'abord, le plaignant doit démontrer que la disposition contestée ou la mesure prise par l'État—ou la conséquence de celle-ci—établit une distinction entre lui-même et d'autres personnes. Ensuite, le plaignant doit démontrer que la distinction est fondée sur un des motifs énumérés ou sur un motif analogue<sup>139</sup>. Troisièmement, le plaignant doit démontrer que la distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue est de nature discriminatoire. Les deux premiers aspects de cette analyse ne s'écartent pas de la position antérieure; c'est dans la manière d'aborder le troisième aspect qu'il a fallu modifier la démarche et y incorporer de nouveaux éléments. Nous verrons cela plus en détail ultérieurement.

La disposition législative en cause nie-t-elle un des quatre droits à l'égalité?

[147] Il s'agit d'abord de savoir si la disposition législative contestée en l'espèce nie l'un des quatre droits à l'égalité. Dans l'arrêt *Egan*, précité, j'ai noté qu'à cette étape du raisonnement, l'analyse est relativement simple puisqu'il s'agit de savoir si les plaignants sollicitent, comme réparation, des mesures individuelles ou des mesures systémiques, sans chercher pour l'instant à savoir si la distinction contestée est déraisonnable, vexatoire ou irrationnelle<sup>140</sup>.

[148] Il est clair, comme l'a constaté le juge de première instance, que l'alinéa 16(4)c) de la LEFP n'accorde pas les mêmes avantages à tous les

otherwise, because it denies non-citizens equal benefit of the law *vis à vis* citizens.

Does this legislation deny one of the four equalities on the basis of an enumerated or analogous ground?

[149] The second question is whether the distinction is drawn on the basis of an enumerated or analogous ground. While this is sometimes a difficult consideration,<sup>141</sup> in this case it is quite simple.

[150] Canada's history of prejudice against non-citizens, and especially against immigrants,<sup>142</sup> is such that non-citizens are properly protected by subsection 15(1) of the Charter. In *Andrews*, the Supreme Court held that non-citizens are a group analogous to those expressly protected by subsection 15(1) of the Charter. As discussed above, Canadian scholarship and jurisprudence since *Andrews* has taken the position that non-citizenship is an analogous ground for purposes of section 15 of the Charter. The Supreme Court's reasons in *Law, supra*, expressly affirm the conclusion in *Andrews* that non-citizens are an analogous group which must be protected by section 15(1) of the Charter.<sup>143</sup> The matter is settled: the distinction in this case is made on the analogous ground of non-citizenship.

Differentiating discriminatory and non-discriminatory distinctions.

[151] It is in the determination of whether a distinction drawn on the basis of an enumerated or analogous ground constitutes impermissible discrimination under subsection 15(1) of the Charter that *Law, supra*, charts a new course. This new approach is significant because it both integrates the older jurisprudence and adds some new elements. Two introductory points are necessary. First, there is no fixed formula or rigid test for determining whether a distinction drawn on an

individus. Cette disposition est formulée de manière à atteindre le résultat contraire, car elle refuse aux non-citoyens le bénéfice égal de la loi par rapport aux citoyens.

Cette disposition législative nie-t-elle un des quatre droits à l'égalité en raison d'un motif énuméré ou d'un motif analogue?

[149] Il s'agit, en deuxième lieu, de savoir si la distinction est fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue. L'interrogation sur ce point est parfois malaisée<sup>141</sup>, mais, en l'espèce, elle est simple.

[150] Au Canada, les préjugés traditionnels à l'encontre des non-citoyens, et en particulier à l'encontre des immigrants<sup>142</sup>, sont tels que c'est à juste titre que les non-citoyens sont protégés par le paragraphe 15(1) de la Charte. Dans l'arrêt *Andrews*, la Cour suprême a estimé que les non-citoyens constituent un groupe analogue à ceux qui sont expressément protégés par le paragraphe 15(1) de la Charte. Comme nous l'avons vu plus haut, les spécialistes canadiens de la question, et la jurisprudence des tribunaux depuis l'arrêt *Andrews*, sont d'avis que la non-citoyenneté constitue, aux fins de l'article 15 de la Charte, un motif analogue. Dans l'arrêt *Law*, précité, la Cour suprême a expressément confirmé la conclusion de l'arrêt *Andrews* selon laquelle les non-citoyens constituent un groupe analogue auquel s'appliquent les garanties inscrites au paragraphe 15(1) de la Charte<sup>143</sup>. La question est donc réglée: la distinction établie en l'occurrence est fondée sur un motif analogue, à savoir la non-citoyenneté.

La différence entre les distinctions discriminatoires et celles qui ne le sont pas.

[151] C'est sur la question de savoir si une distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue constitue une discrimination illicite au regard du paragraphe 15(1) de la Charte que l'arrêt *Law*, précité, innove. Cette nouvelle approche est importante parce qu'elle intègre l'ancienne jurisprudence en y ajoutant de nouveaux éléments. Deux remarques préalables s'imposent ici. D'abord, il n'existe aucune formule ou critère fixé une fois pour toutes permettant de savoir



enumerated or analogous ground is discriminatory.<sup>144</sup> Second, as mentioned above, the analysis of discrimination in Canada is a purposive one. *Law, supra*, expressly states that each stage of the analysis is to be purposive.<sup>145</sup> This is as it should be, for there is no room in the Canadian context for a reading of subsection 15(1) which impoverishes or diminishes the special nature of the equality guarantee in our supreme law. Parliament and the Supreme Court speak in unison on this issue—the equality guarantee is meant to be taken seriously.

[152] Despite the unanimous reasons of the Supreme Court in *Law, supra*, differentiating discriminatory and non-discriminatory distinctions remains a complex matter. In determining whether there has been impermissible discrimination for purposes of subsection 15(1) of the Charter, much of the view of equality contained in *Andrews, supra*, remains relevant today. The teachings of *Andrews*, i.e., that discrimination does not exist in a vacuum and requires some comparative work,<sup>146</sup> that substantive rather than formal equality is the focus of the subsection 15(1) analysis,<sup>147</sup> and that a law may discriminate in its effects as well as on its face,<sup>148</sup> are still an important part of the equality analysis. The Supreme Court also restated that, where a distinction is drawn exclusively on the basis of an enumerated or analogous ground, that will generally suffice to establish discrimination.<sup>149</sup> It is, of course, not the case that distinctions drawn on the basis of enumerated or analogous grounds will always be discriminatory. In this regard, Iacobucci J. also reminded us that legislation or state action which is designed to take into account the merits and capacities of individual claimants will rarely be found to be discriminatory:

At this point, it is sufficient to note that the Court in *Andrews* held that the fact that a distinction is drawn on the

si une distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue est discriminatoire<sup>144</sup>. Deuxièmement, comme nous l'avons vu plus haut, l'analyse en matière de discrimination au Canada est centrée sur l'objet de la loi. Il est explicitement affirmé, dans l'arrêt *Law*, précité, qu'à chaque étape de l'analyse, on doit insister sur l'objet du texte de loi<sup>145</sup>. Il est bon qu'il en soit ainsi, car il est exclu dans le contexte canadien que l'on donne au paragraphe 15(1) une interprétation qui ait pour effet d'amenuiser ou de dévaloriser le caractère particulier du droit à l'égalité garanti par notre loi fondamentale. Le législateur et la Cour suprême sont à l'unisson sur ce point—la garantie du droit à l'égalité doit être prise au sérieux.

[152] Malgré les motifs unanimes de la Cour suprême dans l'arrêt *Law*, précité, différencier les distinctions discriminatoires et celles qui ne le sont pas demeure un exercice complexe. S'agissant de savoir s'il y a eu, aux fins du paragraphe 15(1) de la Charte, une discrimination illicite, une bonne part de ce qui est dit dans l'arrêt *Andrews*, précité, au sujet de l'égalité, demeure pertinent. Les préceptes formulés dans l'arrêt *Andrews*, c'est-à-dire que la discrimination n'existe pas dans l'abstrait et que la question impose une analyse comparative<sup>146</sup>, que l'analyse de la question au regard de l'article 15(1) doit tendre à une égalité réelle et non pas à une égalité purement formelle<sup>147</sup>, et qu'un texte de loi peut établir une discrimination non seulement dans sa formulation même mais aussi dans ses effets<sup>148</sup>, sont autant d'éléments qui demeurent importants en matière d'analyse de la question de l'égalité. La Cour suprême a également affirmé de nouveau que, lorsqu'une distinction est établie exclusivement sur le fondement d'un motif énuméré ou d'un motif analogue, cela suffit, en général, à établir l'existence d'une discrimination<sup>149</sup>. Cela ne veut bien sûr pas dire que les distinctions établies sur le fondement de motifs énumérés ou de motifs analogues sont toujours discriminatoires. À cet égard, le juge Iacobucci nous a également rappelé qu'il sera rare de considérer comme discriminatoires des textes de loi ou des mesures étatiques ayant pour objet de tenir compte du mérite ou des capacités particulières de chacun:

Pour l'instant, il suffit de mentionner que, dans *Andrews*, notre Cour a conclu que le fait qu'une distinction soit

basis of a ground expressly enumerated in s. 15(1) or one analogous thereto, although generally sufficient to establish discrimination, does not automatically give rise to this conclusion. In some circumstances a distinction based upon an enumerated or analogous ground will not be discriminatory. As mentioned, McIntyre J. in *Andrews* gave an indication as to one such type of permissible distinction, namely a distinction which takes into account the actual differences in characteristics or circumstances between individuals in a manner which respects and values their dignity and difference.<sup>150</sup>

[153] None of these matters, which were established in *Andrews*, are new to the fresh subsection 15(1) analysis outlined in *Law*; they have been integrated into the new approach.

[154] The reasons in *Law*, however, offer substantial new insights on the subject of establishing that discrimination has occurred in a substantive sense. At paragraph 41 [page 525] of his reasons, Iacobucci J. emphasizes the proposition that, in order to hold that a law or some state action violates subsection 15(1), the Court must make a finding that the state action conflicts with the purpose of subsection 15(1).<sup>151</sup>

Since the beginning of its s. 15(1) jurisprudence, this Court has recognized that the existence of a conflict between an impugned law and the purpose of s. 15(1) is essential in order to found a discrimination claim. This principle holds true with respect to each element of a discrimination claim. The determination of whether legislation fails to take into account existing disadvantage, or whether a claimant falls within one or more of the enumerated and analogous grounds, or whether differential treatment may be said to constitute discrimination within the meaning of s. 15(1), must all be undertaken in a purposive and contextual manner. [Emphasis added.]

[155] More significantly, *Law, supra*, asserts categorically that “the fundamental purpose of subsection 15(1) is the protection of human dignity.”<sup>152</sup> This is consistent with many of the earlier comments about equality, *supra*, see note 134, articulated by the entire Supreme Court in *Vriend v. Alberta*, where the majority and concurring reasons noted that the dignitary element was inherent in violations of subsection 15(1). In that case, L’Heureux-Dubé J. wrote, in concurring reasons, that:

fondée sur un motif expressément énuméré au par. 15(1) ou sur un motif analogue, bien qu’il soit suffisant de façon générale pour établir la discrimination, n’entraîne pas automatiquement cette conclusion. Dans certaines circonstances, une distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue ne sera pas discriminatoire. Comme je l’ai mentionné, dans *Andrews*, le juge McIntyre a indiqué un genre de distinction permise, soit une distinction qui tient compte des différences réelles dans les caractéristiques ou la situation de certaines personnes d’une manière qui respecte et valorise leur dignité et leur différence.<sup>150</sup>

[153] Aucun de ces points, établis dans l’arrêt *Andrews*, n’innove par rapport à la nouvelle analyse du paragraphe 15(1) retenue dans l’arrêt *Law*; ils ont été intégrés dans cette nouvelle approche.

[154] L’arrêt *Law*, cependant, apporte de nouvelles lumières sur la manière d’établir s’il y a réellement eu discrimination. Au paragraphe 41 [page 525] de ses motifs, le juge Iacobucci souligne que, pour dire qu’une loi ou une autre mesure étatique porte atteinte au paragraphe 15(1), la Cour doit conclure que la mesure étatique en cause est contraire à l’objet même du paragraphe 15(1)<sup>151</sup>:

Depuis ses tout premiers arrêts portant sur le par. 15(1), notre Cour a reconnu qu’il fallait absolument qu’il y ait conflit entre la loi contestée et l’objet du par. 15(1) pour fonder une allégation de discrimination. Ce principe demeure vrai à l’égard de tous les éléments d’une allégation de discrimination. C’est en fonction de l’objet et du contexte qu’il faut déterminer si les dispositions législatives omettent de tenir compte d’un désavantage existant, si un demandeur peut se réclamer de l’un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues, ou si on peut dire que la différence de traitement constitue de la discrimination au sens du par. 15(1). [Non souligné dans l’original.]

[155] Mais, chose plus importante encore, l’arrêt *Law*, précité, affirme catégoriquement que «la préservation de la dignité humaine constituait l’objectif fondamental du paragraphe 15(1)»<sup>152</sup>. Cela va dans le sens de bon nombre de propos antérieurs concernant l’égalité (voir la note 134) tenus par la Cour suprême, unanime, dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, dans lequel les motifs des juges majoritaires et les motifs concordants précisent bien que l’atteinte à la dignité est inhérente en cas d’atteinte au paragraphe 15(1). Dans cette affaire, le juge L’Heureux-Dubé écrivait, dans ses motifs concordants:

In *Egan v. Canada*, . . . I articulated the approach to equality in a similar vein:

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

Integral to the inquiry into whether a legislative distinction is in fact discriminatory within the meaning of s. 15(1) is an appreciation of both the social vulnerability of the affected individual or group, and the nature of the interest which is affected in terms of its importance to human dignity and personhood.<sup>153</sup>

[156] Thus human dignity is now solidly at the centre of the analysis under subsection 15(1) of the *Charter*. Any court which deals with subsection 15(1) of the *Charter* must carefully consider the relationship between the impugned law or state action and the human dignity of the claimant. At paragraph 51 [page 529] of his reasons [in *Law*], Iacobucci J. wrote that:

It may be said that the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration. Legislation which effects differential treatment between individuals or groups will violate this fundamental purpose where those who are subject to differential treatment fall within one or more enumerated or analogous grounds, and where the differential treatment reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society. Alternatively, differential treatment will not likely constitute discrimination within the purpose of s. 15(1) where it does not violate the human dignity or

Dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [. . .] j'ai exposé de façon similaire la façon dont il convient d'aborder l'égalité:

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

L'un des éléments essentiels de l'examen permettant de déterminer si une distinction législative est, de fait, discriminatoire au sens du par. 15(1), porte tant sur la vulnérabilité sociale de l'individu ou du groupe concerné que sur la nature du droit auquel il est porté atteinte quant à son importance pour la dignité humaine et la personnalité<sup>153</sup>.

[156] La dignité humaine est donc maintenant solidement ancrée au cœur même de l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1) de la *Charte*. Tout tribunal appelé à se pencher sur le paragraphe 15(1) de la *Charte* doit étudier avec attention le lien qui existe entre la loi ou la mesure étatique contestée et la dignité humaine du plaignant. Au paragraphe 51 [page 529] de ses motifs [dans *Law*], le juge Iacobucci a écrit:

On pourrait affirmer que le par. 15(1) a pour objet 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. Une disposition législative qui produit une différence de traitement entre des personnes ou des groupes est contraire à cet objectif fondamental si ceux qui font l'objet de la différence de traitement sont visés par un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues et si la différence de traitement traduit une application stéréotypée de présomées caractéristiques personnelles ou de groupe ou que, par ailleurs, elle perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne. Subsidiairement, une différence de

freedom of a person or group in this way, and in particular where the differential treatment also assists in ameliorating the position of the disadvantaged within Canadian society. [Emphasis added.]

[157] The reasons in *Law, supra*, make an attempt to define human dignity in the context of subsection 15(1). Iacobucci J. notes that dignity involves concerns of personal autonomy, self-determination, feelings of self-respect and self-worth, physical and psychological integrity, and the prevention of marginalization and devaluation of persons and groups within Canadian society. He wrote [at paragraph 53, page 530]:

What is human dignity? There can be different conceptions of what human dignity means. For the purpose of analysis under s. 15(1) of the *Charter*, however, the jurisprudence of this Court reflects a specific, albeit non-exhaustive, definition. As noted by Lamer C.J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)* . . . the equality guarantee in s. 15(1) is concerned with the realization of personal autonomy and self-determination. Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law? [Emphasis added; citation omitted.]

[158] The reasons in *Law, supra*, also mandate the proper vantage point from which to evaluate a claim that subsection 15(1) has been violated. In order to prove a violation of subsection 15(1), it is obviously

traitement ne constituera vraisemblablement pas de la discrimination au sens du par. 15(1) si elle ne viole pas la dignité humaine ou la liberté d'une personne ou d'un groupe de cette façon, surtout si la différence de traitement contribue à l'amélioration de la situation des défavorisés au sein de la société canadienne. [Non souligné dans l'original.]

[157] L'arrêt *Law*, précité, tente de définir ce qu'est la dignité humaine dans le contexte du paragraphe 15(1). Le juge Iacobucci relève que la dignité est liée à des considérations d'autonomie personnelle, à l'autodétermination, au sentiment d'amour-propre et d'appréciation de sa propre valeur, à l'intégrité physique et psychologique et à la prévention de tout ce qui pourrait marginaliser et dévaluer les personnes et les groupes au sein de la société canadienne. Il écrit [au paragraphe 53, page 530]:

En quoi consiste la dignité humaine? Il peut y avoir différentes conceptions de ce que la dignité humaine signifie. Pour les fins de l'analyse relative au par. 15(1) de la *Charte*, toutefois, la jurisprudence de notre Cour fait ressortir une définition précise, quoique non exhaustive. Comme le juge en chef Lamer l'a fait remarquer dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)* [. . .] la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) vise la réalisation de l'autonomie personnelle et de l'autodétermination. La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l'ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi? [Non souligné dans l'original; renvois omis.]

[158] L'arrêt *Law*, précité, définit également le point de vue qu'il convient d'adopter pour apprécier toute action invoquant une violation du paragraphe 15(1). Afin de démontrer qu'il y a eu violation du paragra-

not enough for a claimant merely to assert that his or her dignity has been adversely affected by a law. The relevant point of view is both subjective and objective; we must examine the situation from the point of view of a reasonable and reasonably informed person who is in the shoes of the claimant.<sup>154</sup> Iacobucci J. is, however, careful to caution against using this hybrid subjective-objective test as a means of subverting the guarantee of equality contemplated by subsection 15(1). At paragraph 61 [pages 533-534] of his judgment he writes that:

I should like to emphasize that I in no way endorse or contemplate an application of the above perspective which would have the effect of subverting the purpose of s. 15(1). I am aware of the controversy that exists regarding the biases implicit in some applications of the “reasonable person” standard. It is essential to stress 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. Equality analysis under the Charter is concerned with the perspective of a person in circumstances similar to those of the claimant, who is informed of and rationally takes into account the various contextual factors which determine whether an impugned law infringes human dignity, as that concept is understood for the purpose of s. 15(1). [Emphasis added.]

[159] *Law* also examines the importance of context in the equality analysis. A determination that a law or state action has adverse effects on the dignity of the claimant must be made from the appropriate context. *Law* outlines four important contextual factors which may assist in the analysis of whether a claimant’s dignity is demeaned by the state action in question: a) pre-existing disadvantage or vulnerability, b) relationship between the ground on which the claim is based and the actual needs and capacities of the claimant, c) the possible ameliorative purpose or effects of the legislation on disadvantaged groups, and d) the nature and scope of the interest affected by the impugned state action. It is important to note that none of these four factors is dispositive, that there may be other factors to consider and not all the factors listed will be relevant in every case.<sup>155</sup> At all times the goal is to evaluate whether, from the perspective of the reasonable person in the shoes of the claimant, the legislative

phie 15(1), le plaignant ne peut pas, de toute évidence, simplement affirmer que sa dignité a été atteinte par une loi. Le point de vue qui s’impose en ce domaine est à la fois subjectif et objectif. Il faut examiner la situation dans l’optique d’une personne raisonnable et relativement bien informée qui se trouverait à la place du plaignant<sup>154</sup>. Le juge Iacobucci prend soin, cependant, de nous mettre en garde contre le recours à ce critère hybride subjectif-objectif pour subvertir le droit à l’égalité garanti par le paragraphe 15(1). Au paragraphe 61 [pages 533 et 534] de son jugement, il écrit:

Je me dois d’insister sur le fait que je n’appuie ni n’envisage, de quelque façon que ce soit, une application de la perspective susmentionnée d’une manière qui aurait pour effet de détourner l’objet du par. 15(1). Je suis conscient de la controverse qui existe au sujet du parti pris inhérent à certaines applications de la norme de la «personne raisonnable». Il est primordial de souligner 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. L’analyse relative à l’égalité selon la Charte tient compte de la perspective d’une personne qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur, qui est informée et qui prend en considération de façon rationnelle les divers facteurs contextuels servant à déterminer si la loi contestée porte atteinte à la dignité humaine, au sens où ce concept est interprété aux fins du par. 15(1). [Non souligné dans l’original.]

[159] L’arrêt *Law* examine également l’importance du contexte dans le cadre de l’analyse des questions liées à l’égalité. Toute conclusion qu’une loi ou une mesure étatique a des effets néfastes sur la dignité du demandeur doit être tirée à partir du contexte congru. L’arrêt *Law* définit quatre facteurs contextuels importants susceptibles de contribuer à l’analyse devant permettre de dire si, en raison de la mesure étatique en question, le plaignant a été atteint dans sa dignité: a) un désavantage ou une vulnérabilité préexistante, b) la correspondance entre le motif invoqué à l’appui de la demande et les besoins et capacités effectives du plaignant, c) l’objet ou l’effet d’amélioration possible de la loi sur les groupes désavantagés, et d) la nature et la portée de l’intérêt atteint par la mesure étatique contestée. Notons qu’aucun de ces quatre facteurs ne permet à lui seul de trancher et qu’il peut y avoir d’autres facteurs dont il convient de tenir compte, les facteurs énoncés plus haut n’étant pas nécessairement

imposition of differential treatment has the effect of demeaning his or her human dignity.<sup>156</sup> Iacobucci J. summarizes these four helpful contextual factors that may be considered at paragraph 88 [pages 550-552] of his reasons:

- (A) Pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability experienced by the individual or group at issue. The effects of a law as they relate to the important purpose of s. 15(1) in protecting individuals or groups who are vulnerable, disadvantaged, or members of “discrete and insular minorities” should always be a central consideration. Although the claimant’s association with an historically more advantaged or disadvantaged group or groups is not *per se* determinative of an infringement, the existence of these pre-existing factors will favour a finding that s. 15(1) has been infringed.
- (B) The correspondence, or lack thereof, between the ground or grounds on which the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others. Although the mere fact that the impugned legislation takes into account the claimant’s traits or circumstances will not necessarily be sufficient to defeat a s. 15(1) claim, it will generally be more difficult to establish discrimination to the extent that the law takes into account the claimant’s actual situation in a manner that respects his or her value as a human being or member of Canadian society, and less difficult to do so where the law fails to take into account the claimant’s actual situation.
- (C) The ameliorative purpose or effects of the impugned law upon a more disadvantaged person or group in society. An ameliorative purpose or effect which accords with the purpose of s. 15(1) of the *Charter* will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater need or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation. This factor is more relevant where the s. 15(1) claim is brought by a more advantaged member of society.

and

- (D) The nature and scope of the interest affected by the impugned law. The more severe and localized the consequences of the legislation for the affected group,

pertinents dans chaque cas<sup>155</sup>. Il s’agit de savoir, dans un cas donné, si, dans l’optique d’une personne raisonnable se trouvant à la place du demandeur, la différence de traitement imposée par la législation a pour effet de porter atteinte à sa dignité humaine<sup>156</sup>. Le juge Iacobucci a résumé, au paragraphe 88 [pages 550 à 552] de ses motifs, ces quatre facteurs contextuels qu’il est utile de prendre en compte:

- (A) La préexistence d’un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité subis par la personne ou le groupe en cause. Les effets d’une loi par rapport à l’objectif important du par. 15(1) pour ce qui est de la protection des personnes et des groupes qui sont vulnérables, défavorisés ou qui sont membres de «minorités distinctes et isolées», doivent toujours constituer une considération majeure. Bien que l’appartenance du demandeur à un ou plusieurs groupes historiquement favorisés ou défavorisés ne signifie pas, en soi, qu’il y a ait eu atteinte à un droit, la présence de ces facteurs préexistants portera à conclure qu’il y a eu violation du par. 15(1).
- (B) La correspondance, ou l’absence de correspondance, entre le ou les motifs sur lesquels l’allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d’autres personnes. Bien que le simple fait que les dispositions législatives contestées tiennent compte des caractéristiques et de la situation personnelles du demandeur ne suffira pas nécessairement pour faire rejeter une allégation fondée sur le par. 15(1), il sera généralement plus difficile de démontrer l’existence de discrimination lorsque la loi prend en considération la situation véritable du demandeur d’une manière qui respecte sa valeur en tant qu’être humain ou que membre de la société canadienne, et il sera moins difficile de le faire lorsque la loi fait abstraction de la situation véritable du demandeur.
- (C) L’objet ou l’effet d’amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société. Un objet ou un effet d’amélioration conforme à l’objet du par. 15(1) de la *Charte* ne portera vraisemblablement pas atteinte à la dignité humaine de personnes favorisées lorsque l’exclusion de ces dernières correspond en grande partie aux besoins plus grands ou à la situation différente propres au groupe défavorisé visé par les dispositions législatives. Ce facteur a une plus grande pertinence lorsque l’allégation fondée sur le par. 15(1) est faite par un membre favorisé de la société.

et

- (D) La nature et l’étendue du droit touché par la loi contestée. Plus les effets des dispositions législatives sont graves et localisés pour le groupe touché, plus il

the more likely that the differential treatment responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15(1).

[160] The reasons of the Supreme Court in *Law* make three explicit points regarding the onus which rests on the claimant seeking to argue an infringement of subsection 15(1) of the Charter. First, conclusive proof of the violation of the claimant's dignity is not required. Judicial notice and logical reasoning may be a sufficient basis for the determination that impugned state action infringes subsection 15(1).<sup>157</sup> Second, claimants do not have to prove anything that is not reasonably within their knowledge. Claimants are not required to establish that the intent of the legislature in enacting the impugned legislation was discriminatory—claimants need only establish that either the purpose or the effect of the impugned legislation infringes subsection 15(1) of the Charter. Third, as a practical matter, some cases will be focussed on whether the impugned state action discriminates in a dignitary sense. Iacobucci J. writes at paragraph 82 [page 545] of his reasons that:

For example, in cases where it is clear that a law draws a formal distinction upon enumerated or established analogous grounds, the issue in the case will largely be limited to that of whether the law discriminates in a sense which interferes with the claimant's dignity. Similarly, through the process of demonstrating that the adverse effect of a law is to produce substantive inequality through formally identical treatment, a claimant will often also make clear that the law infringes the human dignity of those affected, thus satisfying two elements of the s. 15(1) inquiry at once.

Does this legislative distinction violate subsection 15(1) of the Charter?

[161] In my view, the Trial Judge was correct when he held that the citizenship preference violates subsection 15(1) of the Charter. Simply, this legislative distinction denies non-citizens employment on the basis of non-citizenship alone. As *Law* reiterates, it is rare that legislation which denies equal opportunity on the basis of a personal characteristic alone will not violate subsection 15(1). This is because the enumer-

est probable que la différence de traitement à la source de ces effets soit discriminatoire au sens du par. 15(1).

[160] Les motifs exposés par la Cour suprême dans l'arrêt *Law* établissent explicitement trois choses concernant le fardeau qui incombe au plaignant qui cherche à établir qu'il y a eu violation du paragraphe 15(1) de la Charte. D'abord, il n'est pas tenu de rapporter la preuve concluante d'une atteinte à sa dignité. La connaissance d'office et le raisonnement logique peuvent à eux seuls permettre de conclure que la mesure étatique contestée est contraire au paragraphe 15(1)<sup>157</sup>. Deuxièmement, le plaignant n'est pas tenu d'établir quoi que ce soit dont il ne peut avoir raisonnablement connaissance. Il n'a pas à établir que, lors de l'adoption des mesures législatives contestées, le législateur avait une intention discriminatoire—il est simplement tenu d'établir que, par son objet ou ses effets, la disposition législative en cause porte atteinte au paragraphe 15(1) de la Charte. Troisièmement, en pratique, il s'agira, dans certaines affaires, de dire si la discrimination établie par la mesure gouvernementale contestée porte atteinte à la dignité. Au paragraphe 82 [page 545] de ses motifs, le juge Iacobucci écrit:

Par exemple, dans les cas où il est clair qu'une loi établit une distinction formelle fondée sur des motifs énumérés ou sur des motifs analogues déjà reconnus, la question en litige se résumera en grande partie à celle de savoir si la loi établit une discrimination d'une manière qui porte atteinte à la dignité du demandeur. De même, dans le cadre de la présentation de sa preuve selon laquelle l'effet négatif d'une loi est de produire une inégalité réelle au moyen d'un traitement formellement identique, le demandeur fera souvent ressortir le fait que la loi porte atteinte à la dignité humaine des personnes touchées, répondant ainsi à deux éléments de l'analyse relative au par. 15(1).

La distinction établie par la loi est-elle contraire au paragraphe 15(1) de la Charte?

[161] À mon avis, le juge de première instance a décidé à bon droit que la préférence accordée aux citoyens est contraire au paragraphe 15(1) de la Charte. En un mot, cette distinction établie par la loi refuse aux non-citoyens la possibilité d'un emploi du seul fait qu'ils ne sont pas citoyens. Comme le rappelle l'arrêt *Law*, il est rare qu'un texte de loi qui nie l'égalité des chances sur le simple fondement d'une

ated and analogous grounds approach specifically seeks to prevent the state from drawing differences on the basis of characteristics which are frequently the basis of stereotyping and discrimination.<sup>158</sup> *Law* also recognizes that there may be cases in which state action draws distinctions exclusively on the basis of an enumerated or analogous ground in such a way as to avoid the devaluation of the claimant's dignity. Courts must, therefore, assess the ways in which the human dignity of claimants are maligned by the legislation or state action at hand. I have identified four reasons why this legislation demeans the human dignity of non-citizens in the circumstances of the claimants. As advised by Justice Iacobucci, I have used the contextual factors he listed as well as others, but I have not employed them as a definitive formula.

[162] First, as pointed out by the late Justice Tarnopolsky, one of the principal ways in which Canada has historically discriminated against non-citizens (and immigrants) is by denying them employment, particularly within the public service.<sup>159</sup> Thus, in enacting paragraph 16(4)(c) of the PSEA, Parliament has harmed a minority group, against whom Canada has traditionally discriminated through the denial of employment and further damaged them by denying them opportunities for employment. While the denial of public service employment may not be an affront to other groups, it definitely is that to non-citizens, for whom the denial of employment represents the repetition of invidious discrimination from an earlier age. Thus, paragraph 16(4)(c) of the PSEA exacerbates the historic, present and pre-existing disadvantages borne by non-citizens in our society. Such pre-existing disadvantage is one of the contextual factors enumerated by Iacobucci J. in *Law (A)*. When current legislation maintains today the very attitude which gave rise to the shameful history of discrimination against immigrants and non-citizens, the Crown should be required to justify that behaviour in light of the Charter. To hold otherwise would be to allow the mistakes of the past to continue to rule us today. As Iacobucci J. wrote at paragraph 63 [pages 534-535] of

caractéristique personnelle ne porte pas atteinte au paragraphe 15(1). Il en est ainsi parce que la démarche fondée sur les motifs énumérés et les motifs analogues vise justement à empêcher l'État d'établir des distinctions sur le fondement de caractéristiques qui, souvent, sont à la base des stéréotypes et de la discrimination<sup>158</sup>. L'arrêt *Law* reconnaît également que, dans certains cas, des mesures étatiques peuvent établir des distinctions sur l'unique fondement d'un motif énuméré ou d'un motif analogue sans pour cela porter atteinte à la dignité du plaignant. Les tribunaux doivent donc examiner la manière dont les dispositions législatives ou mesures étatiques en cause portent atteinte à la dignité du plaignant. J'ai cité quatre raisons qui expliquent pourquoi ce texte de loi porte atteinte à la dignité humaine des non-citoyens se trouvant à la place des demanderesse. Suivant la démarche proposée par le juge Iacobucci, j'ai eu recours aux facteurs contextuels qu'il avait retenus et à d'autres facteurs encore, mais je n'en ai pas fait une formule fixée une fois pour toutes.

[162] D'abord, comme l'avait fait remarquer feu le juge Tarnopolsky, historiquement, un des principaux modes de discrimination, au Canada, à l'encontre des non-citoyens (et des immigrants), est le refus de les employer, notamment dans la fonction publique<sup>159</sup>. Ainsi, en adoptant l'alinéa 16(4)c) de la LEFP, le législateur a fait du tort aux membres d'un groupe minoritaire contre lesquels le Canada a, peut-on dire, toujours fait de la discrimination en refusant de les employer et, leur a en outre fait du tort en leur refusant la possibilité même de se trouver un emploi. Alors que le refus d'employer ces personnes dans la fonction publique ne constitue pas nécessairement un affront aux membres d'autres groupes, cela en est très certainement un pour les non-citoyens pour lesquels le refus d'emploi n'est que le prolongement d'odieuses discriminations d'un autre âge. Ainsi, l'alinéa 16(4)c) de la LEFP exacerbe des désavantages historiques, actuels et préexistants, qu'ont dû subir les non-citoyens de notre société. Un tel désavantage préexistant est un des facteurs contextuels énumérés par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law (A)*. Lorsque des textes de loi manifestent aujourd'hui encore l'attitude qui a été la source d'antécédents honteux de discrimination à l'encontre des immigrants et des non-citoyens, le ministère public devrait être tenu de



his reasons in *Law*, a pre-existing disadvantage or vulnerability on the part of the individual or group is “probably the most compelling factor” underpinning a conclusion that differential treatment imposed by legislation is “truly discriminatory”:

As has been consistently recognized throughout this Court’s jurisprudence, probably the most compelling factor favouring a conclusion that differential treatment imposed by legislation is truly discriminatory will be, where it exists, pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice experienced by the individual or group: see, e.g., *Andrews*, . . . at pp. 151-53, *per Wilson J.*, p. 183, *per McIntyre J.*, pp. 195-97, *per La Forest J.; Turpin*, . . . at pp. 1331-33; *Swain*, . . . at p. 992, *per Lamer C.J.; Miron*, . . . at paras. 147-48, *per McLachlin J.; Eaton*, . . . at para. 66. These factors are relevant because, to the extent that the claimant is already subject to unfair circumstances or treatment in society by virtue of personal characteristics or circumstances, persons like him or her have often not been given equal concern, respect, and consideration. It is logical to conclude that, in most cases, further differential treatment will contribute to the perpetuation or promotion of their unfair social characterization, and will have a more severe impact upon them, since they are already vulnerable. [Emphasis added; citations omitted.]

[163] Second, denying people the chance to work is far more serious than refusing them some monetary benefit or procedural right. Work, along with the family, is the primary way by which people in our society identify themselves. One’s self-image and self-worth are largely based on their work. The classic statement of this proposition in the Canadian context comes from Professor David Beatty, who in his seminal article, “Labour is not a Commodity”, wrote that:

So it is then that the social institutions through which society’s production has been generated have always been understood to have a profound and in some cases total bearing on the identities of its participants, on the meaning of their very being, in the community at large. All societies

justifier ces mesures à la lumière de la Charte. On continuerait, en décidant autrement, à se laisser régir par les erreurs du passé. Comme le juge Iacobucci l’a écrit au paragraphe 63 [pages 534 et 535] des motifs qu’il a exposés dans l’arrêt *Law*, une vulnérabilité ou un désavantage préexistant chez un individu ou un groupe est «probablement le plus concluant» des facteurs fondant une conclusion selon laquelle la différence de traitement imposée par le texte législatif en question est «vraiment discriminatoire»:

Comme la jurisprudence de notre Cour l’a reconnu de façon constante, le facteur qui sera probablement le plus concluant pour démontrer qu’une différence de traitement imposée par une disposition législative est vraiment discriminatoire sera, le cas échéant, la préexistence d’un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par la personne ou par le groupe: voir p. ex., *Andrews* [. . .] aux pp. 151 à 153, le juge Wilson, à la p. 183, le juge McIntyre, aux pp. 195 à 197, le juge La Forest; *Turpin* [. . .] aux pp. 1331 à 1333; *Swain* [. . .] à la p. 992, le juge en chef Lamer; *Miron* [. . .] aux par. 147 et 148, le juge McLachlin; *Eaton* [. . .] au par. 66. Ces facteurs sont pertinents parce que, dans la mesure où le demandeur se trouve déjà dans une situation injuste ou fait déjà l’objet d’un traitement inéquitable dans la société du fait de caractéristiques ou d’une situation qui lui sont propres, il est arrivé souvent que des personnes dans la même situation n’aient pas fait l’objet du même intérêt, du même respect et de la même considération. Il s’ensuit logiquement que, dans la plupart des cas, une différence de traitement additionnelle contribuera à la perpétuation ou à l’accentuation de leur caractérisation sociale injuste et aura sur elles un effet plus grave puisqu’elles sont déjà vulnérables. [Non souligné dans l’original; renvois omis.]

[163] Deuxièmement, le fait de refuser à certaines personnes la possibilité d’obtenir un emploi est beaucoup plus grave que le refus de leur accorder un avantage monétaire ou un droit procédural. Avec la famille, le travail est l’élément central de notre identité sociale. L’idée que nous avons de nous-mêmes et de notre propre valeur dépend en grande partie de notre travail. Au Canada, c’est le professeur David Beatty qui a peut-être le mieux exprimé cette notion dans un article de fond intitulé «Labour is not a Commodity». Selon lui:

[TRADUCTION] Ainsi, les institutions sociales qui sont à la source de ce que produit la société ont toujours été considérées comme ayant une influence profonde et, dans certains cas, absolue sur l’identité des participants, conférant une signification à leur existence même au sein de la société.

seem to have recognized that what individuals do in such activities has a meaning beyond what they produce; that the doing, the forty hours every week, is important and has an existence and purpose of its own. . . .<sup>160</sup>

. . .

Consistent with the traditional understanding of work relationships generally, this Labour Charter [the Treaty of Versailles] confirmed the existence of a discrete, personal meaning of employment to be defined by other than its social (production) purposes. At its most basic level, this personal end of the relationship is one of subsistence, of physical survival. As we have noted, for most individuals in our own society their physical needs can only be satisfied within this institution. However, at a more sophisticated level, and reflecting the characterization of humans as, for the most part, doers and makers, the identity aspect of employment is increasingly seen to serve deep psychological needs as well. It recognizes the importance of providing the members of society with an opportunity to realize some sense of identity and meaning, some sense of worth in the community beyond that which can be taken from the material product of the institution. As a vehicle which admits a person to the status of a contributing, productive, member of society, employment is seen as providing recognition of the individual's being engaged in something worthwhile. It gives the individual a sense of significance. By realizing our capabilities and contributing in ways society determines to be useful, employment comes to represent the means by which most members of our community can lay claim to an equal right of respect and concern from others. It is this institution through which most of us secure much of our respect and self-esteem. With such an emphasis on contributing to society one avoids the demoralization that inevitably attends idleness and exile, even when it is assuaged by social assistance. It ensures that the basis of survival remains within the individual's control. This aspect of employment, then, satisfies one of the driving psychological forces of our existence to develop our abilities, and in consequence, makes secure the dignity and integrity of our identities.<sup>161</sup> [Emphasis added; footnotes omitted.]

[164] When the government acts to deny employment to an enumerated or analogous group, the human dignity and self-worth of the group are always impugned. To deny someone the opportunity to even compete for employment denies that person the opportunity to participate economically in our society. For many, that would be more serious than to deny

Toutes les sociétés semblent avoir reconnu que l'activité professionnelle d'un individu a une signification qui dépasse de beaucoup le résultat produit; le fait de participer, quarante heures par semaine, a une importance, une existence et un but qui n'a pas grand chose à voir avec la production<sup>160</sup>. [ . . . ]

[ . . . ]

Selon la manière traditionnelle de concevoir les relations de travail, cette Charte du travail [le Traité de Versailles] confirmait l'existence d'une signification autonome et discrète de l'emploi, qu'il convenait de définir autrement que par rapport à sa finalité sociale, c'est-à-dire la production. Au niveau le plus élémentaire, cette finalité autonome de la relation est liée à la subsistance, à la survie. Comme nous l'avons fait remarquer, on peut dire que, pour la plupart des individus vivant au sein de notre société, leurs besoins physiques ne peuvent être satisfaits qu'au sein de cette institution. Pourtant, en poussant plus à fond l'analyse, et en tenant compte du fait que les êtres humains sont, pour la plupart, des «faiseurs», l'identité qui ressort de l'emploi est de plus en plus considérée comme répondant à de très profonds besoins psychologiques. C'est dire combien il est important de fournir aux membres de la société la possibilité de se réaliser sur le plan de l'identité et de la signification, d'atteindre, au sein de la communauté, cette estime de soi qui va bien au delà des résultats productifs proprement dits. En tant que véhicule du statut de membre productif de la société, de personne contribuant à l'ensemble de la communauté, l'emploi est porteur d'une reconnaissance que l'individu participe à quelque chose de valable. L'emploi donne à l'individu un sentiment de signification. En mettant nos aptitudes à l'œuvre et en contribuant d'une manière que la société estime utile, l'emploi finit par représenter le moyen qui permet à la plupart des membres de notre communauté de prétendre au respect et à l'intérêt des autres. C'est de cette institution que la plupart d'entre nous tirons notre amour-propre. L'importance qu'on attache ainsi à une contribution sociale, permet d'éviter la démoralisation qui est le fruit inévitable du désœuvrement et de la marginalisation, même lorsque les effets en sont tempérés par l'aide sociale. C'est le travail qui permet à l'individu de maîtriser les moyens de sa survie. Cet aspect de l'emploi répond donc à un des impératifs psychologiques de notre existence, qui est de développer nos talents et, en conséquence, c'est le travail qui est la défense de la dignité et de l'intégrité de nos identités<sup>161</sup>. [Non souligné dans l'original; notes en bas de page omises.]

[164] Lorsqu'un gouvernement prend des mesures qui ferment l'emploi aux membres d'un groupe énuméré ou d'un groupe analogue, il y a toujours atteinte à la dignité humaine et à l'amour-propre des membres de ce groupe. Le simple fait de refuser à quelqu'un jusqu'à la possibilité de concourir pour un emploi, c'est lui refuser la possibilité de participer à la

them other rights, such as for example, the right to vote. Placing this point in the context of this case, the impact on the appellants of the impugned legislation is therefore “severe and localized,”<sup>162</sup> to utilize another of Justice Iacobucci’s contextual factors (D). People define who they are in large part by what they do. If the state shuts an enumerated or analogous group out of employment solely on the basis of group membership, it should be called upon to demonstrably justify that decision.

[165] Third, since *Andrews*, it has been questionable to what extent the government may “enhance” citizenship by derogating from the rights of non-citizens. Citizenship is a concept which is inexorably linked to community. A concept of citizenship creates a concept of “insiders”, which by definition means that there will be “outsiders”. Cases like as *Andrews, supra*, *Pearkes, supra*, and *Austin, supra*, make the point that defining the “in-group” through denigration of the “out-group” is not usually tolerable in the Canadian context. We do not enhance the concept of citizenship when we identify citizenship by stripping away the rights of non-citizens. To use citizenship as a tool for exclusion denies the dignity of those who are excluded and rebukes that which is uniquely Canadian. Where the state sees fit to denigrate others in order to define ourselves, it must be called upon to demonstrably justify that choice.

[166] Fourth, this provision is a blanket provision which makes no reference to the needs and capacities of the targeted group (non-citizens). The correspondence between the ground of the equality claim and the needs and capacities of the claimants and others within their analogous ground is another of the contextual factors enumerated by Iacobucci J. in *Law* (B). This provision denies the opportunity to compete for employment to those who are already in a disadvantaged position when seeking employment. By virtue of foreign accents, differently coloured skin, foreign educational accreditation, foreign work experience, lack of business networks, and invidious discrimina-

société sur le plan économique. Pour beaucoup, cela est plus grave que de leur refuser d’autres droits, tel le droit de vote. Cela veut dire, pour replacer ce point dans le contexte de l’affaire, que la disposition contestée a, sur les appelantes, une incidence «grave [. . .] et localisée»<sup>162</sup>, pour reprendre un autre des facteurs contextuels définis par le juge Iacobucci (D). Les personnes se définissent en grande partie par ce qu’elles font. Si l’État exclut de l’emploi les membres d’un groupe énuméré ou d’un groupe analogue sur le seul fondement de cette appartenance, il est tenu de justifier cette décision.

[165] Troisièmement, depuis l’arrêt *Andrews*, la question de savoir dans quelle mesure le gouvernement peut «rehausser» la citoyenneté en portant atteinte aux droits de non-citoyens est problématique. La citoyenneté est inexorablement liée à la communauté. Le concept de citoyenneté évoque celui d’«initié», ce qui, par définition, crée une catégorie de «profanes». Les arrêts tels que *Andrews, Pearkes* et *Austin*, précités, insistent sur le fait qu’on ne tolérera généralement pas au Canada qu’un groupe d’«initiés» se définisse au détriment d’un groupe de «profanes». Nous ne rehaussons aucunement la valeur du concept de citoyenneté lorsque nous le définissons en dépouillant les non-citoyens de leurs droits. Utiliser la citoyenneté comme outil d’exclusion, c’est porter atteinte à la dignité de ceux qui sont exclus et c’est contraire à quelque chose à laquelle les Canadiens sont particulièrement attachés. Si l’État est porté à dénigrer les autres pour mieux affirmer notre identité, il devra justifier ce choix.

[166] Quatrièmement, la disposition en cause est une disposition de portée générale qui ne mentionne ni les besoins ni les capacités du groupe visé (en l’occurrence les non-citoyens). La correspondance entre le motif invoqué pour revendiquer un droit à l’égalité et les besoins et capacités des plaignants et d’autres personnes invoquant un motif analogue est un autre des facteurs contextuels énumérés par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Law* (B). La disposition en cause refuse la possibilité de concourir pour un emploi aux personnes se trouvant déjà dans une situation désavantagée du point de vue de la recherche d’un emploi. En raison d’accents étrangers, d’une couleur

tion, Canada's immigrants are frequently disadvantaged when seeking employment. Non-citizens' feelings that their human dignity is degraded when employment opportunities, particularly with the government, are curtailed by state action, must be taken seriously, considering the context in which they live their lives.

[167] Further, the legislation does not take into account the needs or circumstances of non-citizens. Human dignity is comprised of values such as self-esteem and self-worth. Part of self-worth is being evaluated on your own individual merits and capacities, not being judged on your personal characteristics over which you have little or no control. Being told that your "kind" is not permitted to apply for a job, seriously demeans the human dignity of the applicant. If the government wishes to make that kind of statement, then it must demonstrate that doing so is reasonably and demonstrably justified in a free and democratic society.

[168] It has been argued by the respondent, invoking another of Mr. Justice Iacobucci's contextual factors (C), that this provision has an "ameliorative" purpose because it encourages non-citizens to naturalize. I do not see how the exclusion of non-citizens from one quarter of a million jobs can be said to ameliorate non-citizens' disadvantaged position in Canada. In any event this argument is misleading. Ameliorative purpose refers to state action which has the effect of excluding one group in order to address the greater need of another, more disadvantaged group. In *Law*, for example, it was held that the legislation denying the younger widows survivorship benefits, existed primarily to assist seniors, who would have more difficulty securing employment, to the detriment of younger people, who would have less difficulty obtaining employment. Withholding benefits in the circumstances could not be said to harm their dignity as human beings. Further, Iacobucci J. cautions at paragraph 71 [pages 538-539] of his reasons that

de peau différente, de diplômés étrangers, d'une expérience professionnelle qui s'est déroulée dans un autre pays, de l'absence de réseaux au Canada et d'une insupportable discrimination, les immigrants sont souvent désavantagés au Canada lors de la recherche d'un emploi. Le sentiment des non-citoyens qui estiment que leur dignité humaine est atteinte lorsque l'État vient restreindre leurs possibilités d'emploi, en particulier au sein de la fonction publique, doit être pris au sérieux compte tenu du contexte dans lequel ils vivent.

[167] D'ailleurs, la disposition en cause ne tient aucunement compte des besoins ou de la situation des non-citoyens. La dignité de la personne humaine est faite de valeurs telles l'estime de soi et le sentiment de sa propre valeur. Cela exige notamment que chacun soit jugé en fonction de son mérite et de son talent et non pas en raison de caractéristiques personnelles qui échappent à sa volonté. Lorsqu'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. Si le gouvernement entend tenir ce genre de propos, il doit être prêt à démontrer en quoi cela est raisonnable et en quoi cela peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[168] L'intimée a fait valoir, en invoquant un autre des facteurs contextuels (C) énumérés par le juge Iacobucci, que la disposition en cause tend à une amélioration de la situation puisqu'elle cherche à inciter les non-citoyens à se faire naturaliser. Je ne vois pas comment on pourrait améliorer la position défavorable des non-citoyens au Canada en leur fermant l'accès à un quart de million d'emplois. Quoi qu'il en soit, l'argument me paraît trompeur. On entend par objectif d'amélioration une mesure étatique qui a pour effet d'exclure un groupe pour répondre aux besoins plus pressants d'un groupe plus désavantagé. Il a été décidé, dans l'arrêt *Law*, que les dispositions législatives refusant aux jeunes veuves les prestations du survivant avaient principalement pour but d'aider les personnes plus âgées, qui ont plus de mal à obtenir un emploi, et ce, au détriment de personnes plus jeunes, qui ont moins de mal à trouver un emploi. On ne pouvait pas dire, dans cette affaire, que le fait de refuser des prestations à certaines

legislation which, though ameliorative, excludes members of a historically disadvantaged group will “rarely escape the charge of discrimination.”

[169] Placing human dignity at the centre of the equality analysis is not new to Commonwealth jurisdictions. A striking example comes from South Africa, where dignity has been said to be an “underlying consideration” in the determination of whether a law is unfairly discriminating, and is thus at the heart of the equality analysis in that country. In *Larbi-Odam*,<sup>163</sup> a case decided by the Constitutional Court of South Africa, Mokgoro J. wrote for a unanimous court that:

Once discrimination has been established, the next enquiry is whether that discrimination is unfair. The unfairness enquiry is concerned with the impact of the impugned measures on the complainants. As was held in *Hugo*,

“To determine whether that impact was unfair it is necessary to look not only at the group who has been disadvantaged but at the nature of the power in terms of which the discrimination was effected and, also at the nature of the interests which have been affected by the discrimination.” In *Harksen* the focus of the unfairness enquiry was further explained as follows:

“In [*Hugo*] dignity was referred to as an underlying consideration in the determination of unfairness. The prohibition of unfair discrimination in the Constitution provides a bulwark against invasions which impair human dignity or which affect people adversely in a comparably serious manner. However, as L’Heureux-Dubé J acknowledged in *Egan v. Canada*, ‘Dignity [is] a notoriously elusive concept . . . it is clear that [it] cannot, by itself, bear the weight of s.15’s task on its shoulders. It needs precision and elaboration.’ It is made clear in . . . *Hugo* that this stage of the enquiry focuses primarily on the experience of the ‘victim’ of discrimination. In the final analysis it is the impact of the discrimination on the complainant that is the determining factor regarding the unfairness of the discrimination.” [Emphasis added; footnotes omitted.]

personnes portait atteinte à leur dignité. Le juge Iacobucci émet, en outre, au paragraphe 71 [pages 538 et 539] de ses motifs, une mise en garde, estimant que les dispositions qui excluent les membres d’un groupe historiquement désavantagé, même si elles visent l’amélioration d’une situation, «seront presque toujours taxées de discrimination».

[169] L’idée de mettre la dignité humaine au centre même de toute analyse de la problématique de l’égalité n’a rien de nouveau pour les juridictions du Commonwealth. On en trouve un bon exemple en Afrique du Sud où, a-t-on dit, la dignité est une «considération fondamentale» lorsqu’il s’agit de dire si une loi est injustement discriminatoire. Dans ce pays-là, la dignité se trouve donc au cœur même de toute analyse de la question de l’égalité. Dans l’arrêt *Larbi-Odam*<sup>163</sup> de la Cour constitutionnelle d’Afrique du Sud, le juge Mokgoro, écrivant au nom d’une cour unanime, a déclaré:

[TRADUCTION] Une fois que l’on a établi la discrimination, il faut se demander si celle-ci est injuste. L’examen de son caractère injuste vise à cerner l’incidence des mesures contestées sur les plaignants. Ainsi qu’il en a été décidé dans l’affaire *Hugo*,

«Pour déterminer si cette incidence était injuste, il faut se pencher non seulement sur le groupe qui a été désavantagé, mais sur la nature du pouvoir établissant la discrimination et aussi sur la nature des intérêts touchés par celle-ci». Dans l’affaire *Harksen*, la démarche à suivre pour cerner l’injustice éventuelle fut explicitée de la façon suivante:

«Dans l’arrêt [*Hugo*] la dignité a été considérée comme la considération fondamentale lorsqu’il s’agit de déceler une injustice. L’interdiction, aux termes de la Constitution, de toute discrimination injuste, constitue un rempart contre les empiètements susceptibles de porter atteinte à la dignité humaine ou susceptibles d’avoir sur les personnes un effet gravement négatif. Cependant, comme le juge L’Heureux-Dubé l’a reconnu dans l’affaire *Egan c. Canada*, “La dignité étant cependant un concept notoirement vague, il est évident que cette définition ne saurait, en soi, porter sur ses épaules le poids de la tâche qui relève de l’art. 15. Elle doit être précisée et approfondie”. Il ressort clairement de l’arrêt *Hugo* que cette étape de la démarche s’attache principalement à l’expérience vécue par la «victime» de la discrimination. En dernière analyse, le facteur déterminant pour dire si la discrimination est ou non injuste sera l’impact que la discrimination a eu sur le plaignant». [Non souligné dans l’original; notes en bas de page omises.]

[170] In the *Larbi-Odam* case, the claimants were non-citizens who were barred from tenured or permanent positions as teachers because of a citizenship preference. As in this case, the government argued that there was an interest in putting citizens first, that the provisions only affected certain positions, and that the effects of the provision were temporary, since permanent residents could apply for citizenship. The Constitutional Court held that such discrimination violated the equality provision of the South African Constitution. The Court noted that employment interests are “undoubtedly a vital interest”,<sup>164</sup> and that security of tenure is integral to self-autonomy. The Court reasoned that “it makes little sense to permit people to stay permanently in a country, but then to exclude them from a job they are qualified to perform.”<sup>165</sup> The Court concluded:

I hold that regulation 2(2) constitutes unfair discrimination against permanent residents, because they are excluded from employment opportunities even though they have been permitted to enter the country permanently. The government has made a commitment to permanent residents by permitting them to so enter, and discriminating against them in this manner is a detraction from that commitment. Denying permanent residents security of tenure, notwithstanding their qualifications, competence and commitment is a harsh measure.<sup>166</sup> [Emphasis added.]

[171] I am persuaded by the reasoning of the Constitutional Court of South Africa that allowing people to stay permanently in our country while excluding them from jobs which they are qualified to perform on the basis of citizenship alone is a discriminatory practice, one which robs the excluded group not only of the dignity which accompanies employment, but also of the dignity which accompanies meaningful personal autonomy.

[172] Thus, in my view, this legislation violates the human dignity of non-citizens by denying them the opportunity to compete in a free and fair labour market. In effect, this legislation is tantamount to

[170] Dans l'affaire *Larbi-Odam*, les plaignants étaient des non-citoyens qui ne pouvaient occuper un poste permanent d'enseignant vu la préférence qui était accordée aux citoyens. Comme en l'espèce, le gouvernement soutenait qu'il y allait de l'intérêt de l'État d'accorder la préférence aux citoyens, que les dispositions contestées ne visaient que certains postes, et que les effets de la disposition en cause étaient provisoires étant donné que les résidents permanents pouvaient demander leur naturalisation. La Cour constitutionnelle a décidé qu'une pareille discrimination était contraire au principe d'égalité reconnu dans la Constitution d'Afrique du Sud. La Cour releva que les considérations en matière d'emploi constituaient [TRADUCTION] «sans aucun doute un intérêt de la plus grande importance»<sup>164</sup> et que la permanence était un élément essentiel de l'autonomie. La Cour a estimé que [TRADUCTION] «il n'est guère logique d'autoriser les gens à s'installer en permanence dans un pays, si c'est pour les exclure d'un emploi pour lequel ils ont toutes les qualités requises»<sup>165</sup>. La Cour a ainsi conclu:

[TRADUCTION] Je considère que le paragraphe 2(2) constitue une discrimination injuste à l'encontre des résidents permanents parce qu'il les exclut de certains emplois bien qu'ils soient autorisés à s'installer dans le pays de façon permanente. Le gouvernement a pris un engagement envers les résidents permanents en les autorisant à s'installer ici et la discrimination ainsi établie à leur égard est contraire à cet engagement. La mesure consistant à refuser aux résidents permanents la sécurité que procure la permanence dans l'emploi, malgré leurs qualifications professionnelles, leurs compétences, et dévouement, est excessive<sup>166</sup>. [Non souligné dans l'original.]

[171] Le raisonnement adopté par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud m'a convaincu que c'est de la discrimination que de permettre à des gens de s'installer en permanence dans notre pays tout en leur fermant, du seul fait de leur citoyenneté, des emplois pour lesquels ils sont qualifiés. Cette pratique discriminatoire enlève au groupe exclu non seulement la dignité qui va de pair avec l'emploi, mais également la dignité qui va de pair avec l'autonomie personnelle au plein sens du terme.

[172] J'estime donc que la disposition en cause porte atteinte à la dignité humaine des non-citoyens puisqu'elle leur refuse la possibilité de concourir dans un marché du travail libre et équitable. Le texte en cause

holding up a disturbing stop sign which says: “Canada demands that its public service be staffed by the best qualified people, without discrimination. Non-citizens need not apply.”

IX. Is paragraph 16(4)(c) of the PSEA saved by the operation of section 1 of the Charter?

The approach to section 1 of the Charter.

[173] Any approach to section 1 of the Charter begins with the words of section 1 itself:

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.

[174] The basic framework for a section 1 analysis set out in *The Queen v. Oakes*, remains in place, but has been elucidated by subsequent decisions. The analytical framework was recently restated in *Egan v. Canada*, and quoted with approval in *Eldridge and Vriend*:

A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to obtain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right. In all s. 1 cases the burden of proof is with the government to show on a balance of probabilities that the violation is justifiable.<sup>167</sup>

[175] Thus, it must be established that the objective which the limitation is designed to promote is “of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom.” At a minimum, an objective must be “pressing and substantial in a

est un peu comme un panneau d’interdiction qui proclamerait, de manière assez troublante, «Le Canada veut que sa fonction publique soit composée, sans discrimination, des personnes les plus qualifiées. Les non-citoyens sont priés de s’abstenir».

IX. L’alinéa 16(4)c) de la LEFP peut-il être sauvegardé par l’application de l’article premier de la Charte?

L’approche fondée sur l’article premier de la Charte.

[173] Toute approche fondée sur l’article premier de la Charte commence par le texte même de cet article:

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.

[174] En matière d’analyse fondée sur l’article premier, le cadre fondamental défini par l’arrêt *La Reine c. Oakes* reste valable, même s’il a été nuancé par des décisions postérieures. Ce cadre d’analyse a été récemment formulé de nouveau dans l’arrêt *Egan c. Canada*, et cité avec approbation dans les arrêts *Eldridge* et *Vriend*:

L’atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l’objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l’objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l’objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l’effet de la mesure et son objectif de sorte que l’atteinte au droit garanti ne l’emporte pas sur la réalisation de l’objectif législatif. Dans le contexte de l’article premier, il incombe toujours au gouvernement de prouver selon la prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier<sup>167</sup>.

[175] Il faut donc établir que l’objectif auquel la restriction est censée contribuer est «suffisamment important pour justifier que l’on passe outre à une liberté ou un droit protégé par la Constitution». Au minimum, l’objectif doit correspondre à des préoccu-

free and democratic society” to qualify as sufficiently important.

[176] If this requirement is met, the second requirement involves a proportionality test. The proportionality test includes three components. First, the measure limiting the Charter right must be rationally connected to the intended objective. In other words, the measure must be carefully designed to achieve its objective without being arbitrary, unfair, or based on irrational considerations. Second, the limiting measures must impair the Charter right as little as possible. This condition has been modified by decisions subsequent to *Oakes*, *supra*. Third, the effects of the measures must be proportional to the significance of the objective which is to be achieved. An objective that is merely pressing and substantial should not override a Charter right, if the effect of the means used to accomplish that objective severely compromise the rights of an individual or group. A provision limiting a Charter right that fails to satisfy any one of these criteria will not be saved under section 1.

[177] Cases decided since the judgment of the Trial Division in this case have added sophistication to our understanding of the *Oakes* test. First, the Supreme Court has reminded us that the words of section 1 itself are not to be forgotten. Only those infringements which are reasonable and demonstrably justifiable will be permitted. In *RJR-MacDonald*, McLachlin J. wrote that:

... to meet its burden under s. 1 of the *Charter*, the state must show that the violative law is “demonstrably justified”. The choice of the word “demonstrably” is critical. The process is not one of mere intuition, nor is it one of deference to Parliament’s choice. It is a process of demonstration. This reinforces the notion inherent in the word “reasonable” of rational inference from evidence or established truths.

The bottom line is this. While remaining sensitive to the social and political context of the impugned law and allowing for difficulties of proof inherent in that context, the

pations «urgentes et réelles dans une société libre et démocratique» pour être considéré comme suffisamment important.

[176] Si cette condition est remplie, on passe à une deuxième condition, qui a trait à la proportionnalité. Le critère de la proportionnalité comprend trois éléments. D’abord, la mesure venant restreindre un droit garanti par la Charte doit entretenir avec l’objectif visé un lien rationnel. Autrement dit, la mesure en question doit être soigneusement conçue pour atteindre son objectif sans être arbitraire ou injuste et sans se fonder sur des considérations irrationnelles. Deuxièmement, les mesures restrictives doivent porter le moins possible atteinte aux droits garantis par la Charte. Cette condition a été modifiée par des décisions postérieures à l’arrêt *Oakes*, précité. Troisièmement, les effets des mesures en question doivent être proportionnels à l’importance de l’objectif visé. Un objectif qui est simplement urgent et réel ne peut pas l’emporter sur un droit garanti par la Charte si les moyens utilisés pour l’atteindre compromettent gravement les droits d’un individu ou d’un groupe. Toute disposition restreignant un droit garanti par la Charte qui ne répondrait pas à l’un de ces critères ne saurait être sauvegardé par l’article premier.

[177] Les décisions qui ont été rendues depuis le jugement de la Section de première instance dans la présente affaire ont affiné notre manière de concevoir le critère dégagé dans l’arrêt *Oakes*. D’abord, la Cour suprême nous a rappelé qu’il ne faut pas perdre de vue le texte même de l’article premier. Seules les atteintes qui sont raisonnables et dont la justification puisse être démontrée seront admises. Dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, le juge McLachlin a écrit:

[...] pour s’acquitter du fardeau que lui impose l’article premier de la *Charte*, l’État doit établir que la violation comprise dans une loi se situe à l’intérieur de limites «dont la justification puisse se démontrer». Le choix de l’expression «puisse se démontrer» est important. Il ne s’agit pas de procéder par simple intuition, ou d’affirmer qu’il faut avoir de l’égard pour le choix du Parlement. Il s’agit d’un processus de démonstration. Cela renforce la notion propre au terme «raisonnable» selon laquelle il faut tirer une inférence rationnelle de la preuve ou des faits établis.

La démarche fondamentale est la suivante. Bien qu’ils doivent demeurer conscients du contexte socio-politique de la loi attaquée et reconnaître les difficultés qui y sont



courts must nevertheless insist that before the state can override constitutional rights, there be a reasoned demonstration of the good which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement. It is the task of the courts to maintain this bottom line if the rights conferred by our constitution are to have force and meaning. The task is not easily discharged, and may require the courts to confront the tide of popular public opinion. But that has always been the price of maintaining constitutional rights. No matter how important Parliament's goal may seem, if the state has not demonstrated that the means by which it seeks to achieve its goal are reasonable and proportionate to the infringement of rights, then the law must perforce fail.<sup>168</sup> [Emphasis in original.]

[178] Second, the Supreme Court has emphasized that, under the section 1 analysis, context matters. While the Supreme Court notes the obvious point that any weighing of legislative objective requires some canvassing of “the nature of the social problem which it addresses,”<sup>169</sup> the Court goes on to emphasize that proportionality can only be measured through close attention to the details and facts of the matter.

[179] The Supreme Court also notes that it is only within the context of the case that the proper standard of proof can be established. In many cases, scientific and conclusive proof of the effects of legislation is impossible. While the onus always remains on the government to justify Charter violations on the balance of probabilities, a court should be willing to find causal connection between legislation and its intended benefits on the basis of reason, deduction, or inference.<sup>170</sup>

Is the legislative objective of the impugned section pressing and substantial so as to warrant the compromise of a Charter right?

[180] In this Court, judges are slow to overturn findings of adjudicative facts. Any judge who sits on a Court of Appeal—and particularly one who has served as a trial judge—is mindful of the fact that it is the trial judge who hears and evaluates *viva voce* evidence, and that it is to the trial judge that the most complete presentation of the facts is made. While

propres en matière de preuve, les tribunaux doivent néanmoins insister pour que, avant qu'il ne supprime un droit protégé par la Constitution, l'État fasse une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation. Les tribunaux doivent respecter cette démarche fondamentale pour que les droits garantis par notre constitution soient opérants. Ce n'est pas une tâche facile, et les tribunaux devront peut-être affronter le courant d'opinion publique. Cependant, c'est depuis toujours le prix du maintien des droits constitutionnels. Si important que puisse sembler l'objectif du Parlement, si l'État n'a pas démontré que les moyens qu'il utilise pour atteindre son objectif sont raisonnables et proportionnels à la violation des droits, la loi doit alors par nécessité être déclarée non valide<sup>168</sup>. [Souligné dans l'original.]

[178] Deuxièmement, la Cour suprême a insisté sur le fait que, dans le cadre de toute analyse fondée sur l'article premier, il faut tenir compte du contexte. La Cour suprême rappelle un point d'évidence: pour apprécier l'objet visé par la loi, il faut se livrer à «un examen approfondi de la nature du problème social en cause»<sup>169</sup>. La Cour suprême a en outre souligné le fait que la proportionnalité ne peut être évaluée qu'en prêtant une étroite attention aux détails et aux faits de la cause.

[179] La Cour suprême note également que ce n'est que dans le contexte de l'affaire que peut être établie la norme de preuve applicable. Dans plusieurs cas, il est impossible de démontrer, de manière scientifique et concluante, les effets de la disposition législative en cause. Bien qu'il incombe toujours au gouvernement de justifier, selon la prépondérance des probabilités, une atteinte à la Charte, les tribunaux doivent accepter de recourir à la raison, à la déduction ou à l'inférence, pour déceler le lien de causalité entre le texte en cause et les avantages qu'il est censé procurer<sup>170</sup>.

Le but visé par la disposition législative est-il suffisamment urgent et réel pour justifier l'atteinte à un droit garanti par la Charte?

[180] Les juges de notre Cour hésitent à infirmer des conclusions touchant les faits en litige. Tout juge de la Cour d'appel—et il en sera particulièrement ainsi d'un juge qui a autrefois siégé en première instance—est conscient du fait que c'est le juge de première instance qui entend les témoignages de vive voix et qui est donc le mieux à même de les évaluer, et que c'est

findings of legislative fact are not entitled to the same level of deference as findings of adjudicative fact, such findings are still entitled to respect. In this case, while I agree with the Trial Judge's finding that this provision was enacted in order to enhance citizenship and encourage naturalization, I have concluded for the reasons which follow that the Trial Judge ignored evidence before him and therefore committed a palpable and overriding error in not finding that this legislation was also enacted to address concerns of commitment and loyalty which arise when non-citizens are hired to serve the Canadian public.

[181] Appellate evaluation of legislative objectives is no easy matter. The respondents conceded in oral argument that the finding was one of legislative fact and was therefore entitled to less deference than a finding of adjudicative fact.<sup>171</sup> The respondents correctly point out, however, that appellate courts must still remain sensitive to the fact that the trial judge has had the advantage of hearing competing expert testimony first hand, and that a case such as this necessarily involves a large body of documentary and *viva voce* evidence which an appellate court, by its very nature, will not be able to fully canvas.

[182] Further, in a case such as this it is hard to decide the time when the objective was established. As noted above, the modern citizenship preference appeared more or less in its current form in 1961, but was enacted seemingly without debate or fanfare. This makes it exceedingly difficult to consider what the legislative objective was at that time.<sup>172</sup> As a result, both parties seemed to consider the entire legislative history of the provision—including debates which occurred years before and years after its adoption—in order to infer the legislative objective.

devant le juge de première instance que les faits sont présentés de la manière la plus complète. Bien que les conclusions concernant un fait législatif n'appellent pas un aussi grand degré de retenue que les conclusions concernant un fait en litige, de telles conclusions méritent tout de même le respect. En l'espèce, bien que je convienne avec le juge de première instance que la disposition en cause a été adoptée afin de rehausser la valeur de la citoyenneté et d'encourager la naturalisation, je conclus, pour les motifs qui vont suivre, que le juge de première instance n'a pas tenu compte de certaines preuves produites devant lui, et qu'il a par conséquent commis une erreur manifeste et dominante lorsqu'il a omis de conclure que la disposition législative en cause avait également été adoptée en raison d'inquiétudes que suscite, pour des raisons d'engagement et de loyauté, l'idée d'engager des non-citoyens dans la fonction publique du Canada.

[181] Il n'est pas facile d'évaluer, en appel, les objectifs du législateur. Les intimées ont reconnu dans leurs plaidoiries qu'il s'agissait d'une conclusion portant sur un fait législatif, conclusion qui appelait donc moins de retenue qu'une conclusion portant sur un fait en litige<sup>171</sup>. Les intimées font à juste titre remarquer, cependant, que les cours d'appel doivent tenir compte du fait que le juge de première instance a eu l'avantage d'entendre le témoignage des experts, et qu'une affaire telle que celle-ci comporte invariablement une vaste documentation et des témoignages oraux que, de par sa nature même, une cour d'appel n'est pas en mesure d'examiner de manière exhaustive.

[182] D'ailleurs, dans une affaire telle que celle-ci, il est difficile de dire à quelle époque l'objectif en cause a été formulé. Comme nous l'avons vu plus haut, la préférence accordée, à l'époque moderne, aux citoyens, semble être plus ou moins apparue sous sa forme actuelle en 1961, mais elle a été, semble-t-il, adoptée sans débat ni publicité. Il est, par conséquent, extrêmement difficile de dire quel était, à l'époque, l'objectif visé par ce texte législatif<sup>172</sup>. Par conséquent, les deux parties ont semblé recourir à toute l'histoire législative de cette disposition, y compris les débats qui ont eu lieu des années précédant et des années suivant son adoption—pour en inférer l'objectif visé par le législateur.

[183] The Trial Judge found that the purpose of the citizenship preference was two-fold: to enhance citizenship and to encourage naturalization. I agree with his conclusion about the existence of these two purposes.

[184] However, I also believe that there is ample evidence of an additional purpose underlying the citizenship preference—concerns of loyalty and commitment. The reasons for judgment below refer to at least two examples to make this point.

[185] First, the Trial Judge quotes from the speech of the Honourable Mr. Sydney Fisher, whose speech in the House of Commons manifests a clear suspicion that people who are not “real residents” might find their way into the civil service:

The intention was to take real residents of Canada into the service. But for this provision, a person might come here “on spec,” just to go up for the examination.<sup>173</sup> [Emphasis added.]

[186] Second, the Trial Judge quotes from *Equality Issues in Federal Law: A Discussion Paper*, at pages 49-50, the 1985 paper on equality circulated by the Minister of Justice. The words of the Report make clear that loyalty and commitment concerns are partly responsible for this preference:

The rationale [for the citizenship preference] is threefold. First is the argument that one of the benefits of Canadian citizenship is the right to seek . . . employment in the federal Public Service. . . .

Secondly, employees must recognize the authority of and faithfully serve the employer. In the Public Service, the Crown is the employer. Citizenship implies loyalty to the Crown, but non-Canadians, even if permanently resident in this country, owe loyalty to another state.

This rationale, however, raises questions because non-citizens can be granted Public Service positions. This preference for citizens does not, therefore, imply a want of

[183] Le juge de première instance a estimé que la préférence accordée aux citoyens avait un double objet: rehausser la valeur de la citoyenneté et inciter à la naturalisation. Je suis d'accord avec sa conclusion quant à l'existence de ces deux objets.

[184] Cela dit, il existe d'après moi de nombreux éléments de preuve établissant que la préférence accordée aux citoyens visait aussi un autre objectif, à savoir des préoccupations se rattachant à la loyauté et à l'engagement des non-citoyens. Les motifs de jugement exposés plus loin citent au moins deux exemples à l'appui de cet argument.

[185] D'abord, le juge de première instance cite un extrait de l'allocation de l'honorable Sydney Fisher qui, dans un discours prononcé à la Chambre des communes, semble nettement soupçonner que des personnes qui ne sont pas «vraiment domiciliées» pourraient s'insinuer dans la fonction publique:

Notre intention était d'admettre dans le service les personnes vraiment domiciliées au Canada. Sans cette disposition, une personne pourrait venir au Canada «courir le risque» d'être admise à l'épreuve du concours<sup>173</sup>. [Non souligné dans l'original.]

[186] Deuxièmement, le juge de première instance a cité *Les droits à l'égalité et la législation fédérale: un document de travail*, aux pages 62 et 63, une étude sur l'égalité diffusée en 1985 par le ministre de la Justice. Il ressort très nettement de ce rapport que des considérations de loyauté et d'engagement sont en partie à l'origine de la préférence accordée aux citoyens:

On donne trois raisons pour justifier cette situation [la préférence fondée sur la citoyenneté]. La première est que l'un des avantages de la citoyenneté canadienne est précisément la possibilité d'obtenir un emploi dans la Fonction publique fédéral [. . .]

La deuxième raison invoquée est que les employés doivent admettre l'autorité de l'employeur et le servir loyalement. Or dans la fonction publique, c'est la Couronne qui est l'employeur. Et le fait d'avoir la citoyenneté implique que l'on est loyal à la Couronne. Pour leur part, les non-Canadiens, même s'ils résident en permanence au Canada ont une obligation de loyauté envers un autre État.

Cette raison n'est toutefois pas totalement convaincante, puisque des non-citoyens peuvent aussi, dans certains cas, accéder à des postes dans la Fonction publique. Cette

recognition of service, loyalty or reliability on the part of the non-citizen. The citizenship requirement is merely a preference, although its effect is that very few positions in the federal Public Service are held by non-citizens. The same question applies to the third rationale which is a concern for national security if non-Canadians are employed.<sup>174</sup> [Emphasis added.]

[187] I, therefore, find that the purpose of the citizenship preference is threefold:

1. to enhance the value of citizenship;
2. to encourage naturalization; and,
3. to address concerns of commitment and loyalty which arise when non-citizens are hired to serve the Canadian public.

[188] I am bolstered in my conclusion by the oral argument of the respondent, who before this Court willingly conceded that, while they disagreed that the objective was commitment and loyalty to the government as employer, they agreed that one aspect of enhancing the value of citizenship was ensuring commitment and loyalty to Canada. Specifically, the Crown, arguing that the preference has always been animated by citizenship concerns, notes that citizenship usually involves a commitment to Canada. While there is still some distance between the appellants and the respondent on this issue, it is proper to infer from the record and from the arguments that one of the objectives of this legislation was to address concerns of commitment and loyalty which arise when non-citizens are hired to serve the Canadian public.

[189] The Trial Court Judge was correct to hold as he did, that two purposes of enacting this legislation were to encourage naturalization and to enhance citizenship. I believe that a reading of the legislative history of the provision, however, makes clear that

priorité accordée aux citoyens ne signifie donc pas que l'on considère que les non-citoyens manquent de loyauté ou ne sont pas dignes de confiance. Le fait d'exiger la citoyenneté n'indique qu'une préférence, même s'il a pour conséquence que très peu de postes au sein de la Fonction publique fédérale sont occupés par des non-citoyens. Le même problème se pose en ce qui a trait à la troisième raison. Il est en effet soutenu, en troisième lieu, que l'octroi de postes à des non-Canadiens serait de nature à compromettre la sécurité nationale<sup>174</sup>. [Non souligné dans l'original.]

[187] Je conclus par conséquent que la préférence accordée aux citoyens vise un triple objet:

1. rehausser la valeur de la citoyenneté;
2. inciter les résidents permanents à se faire naturaliser; et,
3. tenir compte de considérations de loyauté et d'engagement qui peuvent se poser lorsque des non-citoyens entrent dans la fonction publique canadienne.

[188] La plaidoirie de l'intimée confirme ma conclusion puisque, devant la Cour, celle-ci n'a pas hésité à reconnaître que, même s'il lui paraît inexact de dire que la disposition en cause avait pour objectif d'assurer l'engagement et la loyauté envers le gouvernement en tant qu'employeur, elle convient que le rehaussement de la valeur de la citoyenneté peut avoir pour objectif d'assurer la loyauté et l'engagement envers le Canada. Plus précisément, faisant valoir que la préférence en question a toujours été motivée par des considérations de citoyenneté, la Couronne fait remarquer que la citoyenneté est en général porteuse d'un engagement envers le Canada. Si, sur ce point, les appelantes et l'intimée ne sont pas parvenues à se rapprocher entièrement, on peut inférer du dossier et des arguments développés par les parties que, parmi les objets visés par la disposition législative en cause, figurait la question de l'engagement et de la loyauté qui peut se poser lorsque des non-citoyens sont employés au service du public canadien.

[189] Le juge de première instance a eu raison de dire que les deux objets de la disposition en cause étaient d'inciter les résidents permanents à se faire naturaliser et de rehausser la valeur de la citoyenneté. J'estime, cependant, qu'un troisième objet ressort

there was a third purpose—to address concerns of commitment and loyalty. The Supreme Court has repeatedly rejected the notion that purposes may change and shift over time, preferring instead to seek and analyze the purposes of the legislation at the time it was passed.<sup>175</sup> I agree with the parties that in cases when the legislation was passed with little or no fanfare, common sense dictates that courts must use what evidence is available to determine what the purpose was at the time the legislation was passed. In this case, the historic record clearly demonstrates a third purpose to deal with concerns of commitment and loyalty but the Trial Judge below ignored that evidence by reading out that third, more archaic, purpose.

[190] At this point it is important to note that the purpose of paragraph 16(4)(c) is actually at odds with the purpose of the Act generally. While this is in no way determinative of the question, it is instructive to the contextual analysis which follows.

[191] Turning to the facts of the case before this Court, the first question to be answered is whether the objectives of the impugned provisions are pressing and substantial in a free and democratic society. Are the objectives of the provisions in question so important as to warrant overriding the equality rights of non-citizens? In this case, the objective of the provision in question is threefold: (a) to enhance the value of citizenship, (b) to encourage naturalization, and (c) to address concerns of security and loyalty which arise when non-citizens are hired to serve the Canadian public.

[192] On this issue, the parties are talking past one another. The respondents argue that since citizenship is an inherently distinctive status, enhancing the value of citizenship and encouraging naturalization must mean drawing distinctions between citizens and non-citizens. The appellants counter-argue that the purpose of the legislation is only to ensure loyalty, and that is

clairement de l'histoire législative de cette disposition—les préoccupations concernant l'engagement et la loyauté des futurs fonctionnaires. La Cour suprême a, à maintes reprises, rejeté l'idée que les objets d'un texte législatif peuvent se modifier et varier dans le temps, préférant rechercher et analyser quel était, à l'époque de son adoption, l'objet d'une disposition donnée<sup>175</sup>. Je conviens avec les parties que, s'agissant de dispositions législatives dont l'adoption est presque passée inaperçue, le bon sens veut que les tribunaux aient recours aux éléments de preuve dont ils disposent pour déterminer quel était l'objet du texte de loi lors de son adoption. En l'espèce, les comptes rendus de l'époque montrent bien que le texte avait effectivement un troisième objet fondé sur des considérations d'engagement et de loyauté, mais le juge de première instance n'a pas tenu compte des éléments de preuve à cet égard, écartant en cela ce troisième objet, plus archaïque.

[190] Il y a lieu de noter à ce stade-ci que l'objet de l'alinéa 16(4)c) est en fait en contradiction avec l'objet général de la Loi. Bien que cela ne suffise aucunement à trancher l'affaire, c'est tout de même utile à l'analyse contextuelle suivante.

[191] Considérant les faits de la présente affaire, il y a d'abord lieu de déterminer si les objectifs visés par la disposition en cause sont urgents et réels dans le contexte d'une société libre et démocratique. Les objectifs visés par la disposition en cause sont-ils d'une telle importance qu'ils justifient une atteinte aux droits à l'égalité des non-citoyens? En l'espèce, la disposition avait un triple objet: a) rehausser la valeur de la citoyenneté, b) inciter les résidents permanents à se faire naturaliser et c) répondre aux considérations de sécurité et de loyauté qui se manifestent lorsque des non-citoyens sont engagés au service de la population canadienne.

[192] Sur ce point, les parties ne parviennent pas à s'entendre. Les intimées font valoir que puisque la citoyenneté est un statut qui est par sa nature même distinctif, la volonté de rehausser la valeur de la citoyenneté et d'inciter les résidents permanents à se faire naturaliser entraîne nécessairement des distinctions entre les citoyens et les non-citoyens. Les

an invalid purpose rooted in the invidious discrimination which the Charter seeks to eliminate.

[193] I would agree with the Trial Judge that, on balance, the objectives of enhancing Canadian citizenship and encouraging naturalization are sufficiently important to warrant the compromise of equality between citizens and non-citizens. While citizenship may be a concept which is on many levels incompatible with the emerging global village, it remains a relevant and important status which forms an indispensable part of our national life. The Supreme Court has repeatedly upheld citizenship-based distinctions where those distinctions are rooted in the status of citizenship as described by the Charter itself. Giving value—whether tangible or otherwise—to our citizenship is something which our government is entitled, expected, and justified in doing.

[194] The loyalty of permanent residents in Canada is a more problematic concern which, on the evidence, might not by itself be considered a pressing and substantial objective outside limited circumstances. Nevertheless, the other two objectives are pressing and substantial objectives which may warrant some compromise of equality rights.

Is the legislation rationally connected to the objectives it seeks to further?

[195] Despite some confusion as to the proper approach to the “rational connection” test, it is my view that a rational connection is just that. The test is not the “proven connection” or the “established connection” test, it is the “rational connection” test. Hence, discussion of the effects of the legislation is best left to the proportionality test below. Legislation will be rationally connected to its intended objective if it (i) is designed to meet its objective; (ii) is not

appelantes répliquent que le texte en cause visait simplement à assurer la loyauté des fonctionnaires et que cela est un objet invalide fondé sur une discrimination répréhensible que la Charte vise justement à éliminer.

[193] Je conviens avec le juge de première instance que, à tout prendre, la volonté de rehausser la citoyenneté canadienne et d’inciter les résidents permanents à se faire naturaliser est suffisamment importante pour justifier une atteinte à l’égalité entre les citoyens et les non-citoyens. Si le concept de citoyenneté est, à maints égards, incompatible avec le village planétaire que l’on voit se développer, la citoyenneté demeure un statut important et pertinent et constitue un élément indispensable de notre vie nationale. La Cour suprême a, à maintes occasions, confirmé les distinctions fondées sur la citoyenneté lorsque ces distinctions ont leur origine dans le statut de citoyenneté que la Charte elle-même décrit. Tout effort en vue de valoriser—de façon tangible ou non—notre citoyenneté fait partie des mesures que notre gouvernement est en droit de prendre ou qu’on s’attend à ce qu’il prenne, et qu’il est fondé à prendre.

[194] La loyauté des résidents permanents du Canada soulève une préoccupation qui cause davantage de difficulté et qui, d’après les éléments de preuve produits, pourrait ne pas, en soi, être considérée, hormis certaines circonstances précises, comme un objet urgent et réel. Malgré tout, les deux autres objets sont des objets urgents et réels qui peuvent justifier que l’on porte quelque peu atteinte aux droits à l’égalité.

La législation en cause entretient-elle un lien rationnel avec les objectifs qu’elle tente de promouvoir?

[195] Malgré une certaine confusion quant à la manière d’aborder le critère du «lien rationnel», j’estime qu’un lien rationnel, c’est précisément cela. Le critère n’est pas celui du «lien démontré» ou du «lien établi», mais bien le critère du «lien rationnel». Par conséquent, tout examen des effets du texte en question relève plutôt du critère de la proportionnalité examiné plus loin. Il y aura un lien rationnel avec l’objet visé par le texte législatif si ce texte (i) est

arbitrary; and, (iii) is based on assumptions which, logically applied, further the objective.

[196] Supporting this view, Wilson J. summarized the standard of justification under the rational connection test in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*:

The *Oakes* inquiry into “rational connection” between objectives and means to attain them requires nothing more than showing that the legitimate and important goals of the legislature are logically furthered by the means government has chosen to adopt.<sup>176</sup>

[197] At this stage, calls for scientific and conclusive proof of the effects of legislation must be rejected. While the onus always remains on the government to justify Charter violations on the balance of probabilities, a court should be willing, where appropriate, to find sufficient causal connection between legislation and its intended benefits on the basis of reason, deduction, or inference.

[198] In this case, it is logical to infer that giving citizens preferential treatment in public service employment will further the substantial objectives of enhancing citizenship and encouraging people to naturalize. In my view, which is consistent with that of the Trial Judge, the objectives of this legislation are rationally connected to Parliament’s goals.

Does the legislation minimally impair the violated equality right?

[199] There is considerable debate between the parties as to whether a modified minimal impairment test is warranted in this case. The respondents claim that this case is not one in which the government acts as a “singular antagonist” against the group, nor is it one where the government is allocating scarce resources or choosing between the rights of competing groups. The appellants argue otherwise.

conçu en vue d’atteindre cet objectif; (ii) n’est pas arbitraire; et (iii) est fondé sur des hypothèses qui doivent logiquement favoriser la réalisation de l’objectif visé.

[196] À l’appui de cette idée, le juge Wilson a résumé, dans l’arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l’Ontario*, la norme de justification au regard du critère du lien rationnel:

L’examen, proposé dans *Oakes*, du «lien rationnel» entre les objectifs et les moyens choisis pour les atteindre n’exige rien de plus que la démonstration que les moyens retenus par le gouvernement favorisent logiquement la réalisation des objectifs légitimes et importants du législateur<sup>176</sup>.

[197] Il convient, à ce stade-ci, de rejeter tout appel à des éléments de preuve scientifiques et concluants concernant les effets du texte en question. Bien qu’il incombe toujours au gouvernement de justifier, selon la prépondérance des probabilités, une atteinte à la Charte, une cour doit accepter, le cas échéant, de rechercher par la raison, la déduction ou l’inférence, un lien de causalité suffisant entre le texte législatif en question et les avantages qu’il est censé procurer.

[198] Il est logique en l’espèce d’inférer que le traitement préférentiel accordé aux citoyens en matière d’emploi dans la fonction publique contribuera à des objectifs importants en rehaussant la valeur de la citoyenneté et en incitant les gens à se faire naturaliser. J’estime, en accord avec les conclusions du juge de première instance, qu’il existe un lien rationnel entre les objectifs visés par ce texte de loi et ceux du législateur.

Le texte législatif porte-t-il le moins possible atteinte au droit à l’égalité?

[199] Les parties sont loin de s’entendre sur la question de savoir si s’impose en l’espèce une modification du critère de l’atteinte minimale. Les intimées estiment que, dans la présente affaire, le gouvernement n’agit pas en tant qu’ «adversaire singulier» d’un groupe et qu’il ne tente pas de répartir des ressources limitées ni d’arbitrer entre les droits de groupes qui se feraient concurrence. Les appelantes font valoir le contraire.

[200] The issue of when the modified version of the minimal impairment branch of the proportionality test is applicable and when the conventional *Oakes* version should be relied upon is not entirely settled. There is general agreement, however, that the modified approach to minimal impairment may be applied where the rights of different groups come in conflict and must, to some extent, be mediated. Under this approach, the minimal impairment condition depends on whether Parliament could “reasonably have chosen an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively.” In *Benner*, I described the modified approach in the following way:

Where competing rights must be balanced, a court may rely on the lesser standard of the modified approach to minimal impairment. Under the modified approach, the question is whether Parliament could reasonably have chosen an alternative means which would have impaired the right in question less or not at all but which would have achieved the identified objective as effectively.<sup>177</sup>

[201] In *Thomson Newspapers, supra*, Bastarache J. wrote for the Court that the context of each case would determine the amount of deference given by the courts to Parliament’s impairment of the Charter right.<sup>178</sup> He wrote in that case that factors which determine the level of deference included the vulnerability of the group sought to be protected,<sup>179</sup> the presence of a logical inference refuting the existence of harm or social problem,<sup>180</sup> the opposition of group interests,<sup>181</sup> and whether the harm against which the legislation is intended to act is actual or potential.<sup>182</sup>

[202] In this case, an argument can be made that the rights of two groups are being balanced and a choice is being made. This is evident from the fact that, in 1979 and 1985, Parliamentary committees concluded that Parliament had come to the wrong balance.<sup>183</sup> Debate over the legitimacy of Parliament’s choice ensued, following which Cabinet made a decision not

[200] N’est pas complètement réglée la question de savoir dans quelles circonstances il y a lieu d’appliquer une version modifiée du volet «atteinte minimale» du critère de la proportionnalité, et dans quels cas il convient, au contraire, de retenir la version traditionnelle de ce critère telle que dégagée dans l’arrêt *Oakes*. Tout le monde s’entend pour dire, cependant, que la conception modifiée de l’atteinte minimale peut être retenue lorsque les droits de divers groupes sont en conflit et doivent, en quelque sorte, être conciliés. Selon cette approche du problème, la condition relative à l’atteinte minimale va dépendre de la question de savoir si le législateur aurait pu «raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d’atteindre l’objectif de façon tout aussi efficace». Dans l’arrêt *Benner*, j’ai décrit de la manière suivante cette conception modifiée:

Là où il faut mettre dans la balance des droits contradictoires, la juridiction saisie peut s’en remettre à la norme moins rigoureuse de la version révisée de l’atteinte minimum. Dans cette approche modifiée, il s’agit de demander si le législateur aurait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui porterait moins atteinte au droit en question ou n’y porterait pas atteinte du tout, mais qui aurait permis d’atteindre l’objectif de façon tout aussi efficace<sup>177</sup>.

[201] Dans l’arrêt *Thomson Newspapers*, précité, le juge Bastarache a écrit au nom de la Cour que du contexte de chaque affaire va dépendre le degré de retenue que les tribunaux accorderont à l’atteinte que le législateur peut porter à un droit garanti par la Charte<sup>178</sup>. Dans cet arrêt, il a écrit que parmi les facteurs qui déterminent le degré de retenue, il faut compter la vulnérabilité du groupe que l’on cherche à protéger<sup>179</sup>, la possibilité de conclure logiquement à l’absence de tort ou de problème social<sup>180</sup>, l’opposition entre les intérêts des divers groupes en présence<sup>181</sup> et la question de savoir si le tort que le texte législatif en question est censé pallier, est réel ou seulement éventuel<sup>182</sup>.

[202] On pourrait soutenir, en l’espèce, qu’il y a un effort en vue d’équilibrer les droits de deux groupes et qu’un choix a été fait à cet égard. Cela ressort clairement du fait que, en 1979 et en 1985, des comités parlementaires ont conclu que le Parlement était parvenu à un mauvais équilibre<sup>183</sup>. Il y eut alors débat quant au bien-fondé du choix effectué par le législa-



to change the legislation.<sup>184</sup> Given that Parliament debated the balancing of rights in this case, one might argue that this Court has no business applying a strict test.

[203] Considering the context of the case, however, the modified approach might not be in order. First, this Court heard uncontested evidence that the effect of this provision is potentially to exclude some 600,000 people from about 250,000 jobs. Those are big numbers. Second, the group benefited by the provision—citizens—is not a historically disadvantaged group. The group disadvantaged by the provision, however, is the very group that has suffered invidious discrimination at the hands of those to whom the provision yields advantage. In general, I would hold that a law which elevates the privileged by expressly and systemically harming the disadvantaged is a law which must be strictly scrutinized. Third, the harms which the citizenship preference seeks to remedy, i.e., undervalued citizenship, naturalization problems, and an uncommitted non-citizenry, are at best only potential harms. The government has shown not one scintilla of evidence that any of these are problems facing our country today. On the contrary, this Court heard evidence that Canadian citizenship is an extremely valuable status, and that Canada has one of the highest naturalization rates in the world. This accords with common sense.

[204] I would therefore hold that a deferential approach to minimal impairment is not warranted in this case. Even using a modified test, however, I doubt whether this legislation is constitutionally valid.

[205] On one hand, the citizenship preference seems carefully designed to impair the right in a sub-maximal way. First, non-citizens are not prohibited outright from participation in the Canadian public

teur, puis le Cabinet décida de ne pas modifier la disposition en question<sup>184</sup>. Étant donné que le Parlement avait examiné l'équilibre des droits ici en cause, on pourrait faire valoir qu'il n'appartient pas à la Cour d'appliquer un critère trop sévère.

[203] Compte tenu du contexte de l'affaire, cependant, il ne convient peut-être pas de retenir la conception modifiée du critère. D'abord, la Cour a entendu des témoignages incontestés selon lesquels cette disposition pourrait avoir pour effet d'exclure 600 000 candidats de quelque 250 000 emplois. Ce sont là des chiffres importants. Deuxièmement, le groupe qui a profité de cette disposition, en l'occurrence les citoyens, n'est pas un groupe historiquement désavantagé. Le groupe désavantagé par cette disposition est, par contre, le groupe qui a dû subir la pernicieuse discrimination que lui infligeaient les personnes mêmes que la disposition en question cherche à avantager. Je serais en général d'avis que toute loi qui avantage les privilégiés en faisant expressément et systématiquement du tort aux personnes défavorisées est une loi qui doit être soumise à un examen extrêmement attentif. Troisièmement, les torts que la préférence accordée aux citoyens cherche à corriger, c'est-à-dire une citoyenneté sous-évaluée, des problèmes au plan de la naturalisation, et des non-citoyens dont l'engagement envers le pays ne serait pas démontré, sont, au plus, des torts éventuels. Le gouvernement n'a pas produit la moindre parcelle de preuve tendant à démontrer que ces problèmes se posent actuellement au pays. La Cour, par contre, a entendu des témoins faisant valoir que la citoyenneté canadienne correspond à un statut très prisé et que le Canada a un taux de naturalisation parmi les plus élevés du monde. Cela semble conforme à la logique.

[204] J'estime donc qu'il n'y a pas lieu en l'espèce de faire preuve de retenue pour ce qui est du critère de l'atteinte minimale. Mais même au regard d'un critère modifié, je doute que la disposition en cause soit valide sur le plan constitutionnel.

[205] D'une part, la préférence accordée aux citoyens semble avoir été conçue de façon à porter atteinte au droit en n'atteignant pas le seuil de gravité. D'abord, on n'interdit pas absolument aux non-

service. Indeed all three appellants have held term or contract public service positions. Second, the citizenship preference may only be invoked where there is a sufficient number of Canadian citizens to establish an adequate pool of candidates. Third, even if there is a sufficient number of Canadians to establish an adequate pool of candidates, paragraph 16(4)(c) gives the Commission discretion to confine its selection—it does not mandate doing so. Finally, the preference does not exist in closed competitions.

[206] On the other hand, there are many options by which the citizenship preference could exist in a way which impairs the right less than the current preference. 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.<sup>185</sup> 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 in Australia. In my view, it is one thing to tell someone that, regardless of merit, they may not because of their immigration status have a job; it is completely another to inform those who merit a job that one condition of keeping that employment is eventual naturalization. Third, the citizenship preference could be eliminated in the case of permanent residents, but maintained for non-landed visa holders. The Crown has provided neither evidence nor argument of the harm which might result from such a position. 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

citoyens l’entrée dans la fonction publique du Canada. En effet, les trois appelantes ont occupé, au sein de la fonction publique, des emplois à durée déterminée ou des fonctions contractuelles. Ensuite, la préférence fondée sur la citoyenneté ne joue que lorsqu’il y a suffisamment de citoyens canadiens pour former le bassin de candidats nécessaires. Troisièmement, même en présence d’un nombre suffisant de candidats canadiens, la Commission tient de l’alinéa 16(4)c) le pouvoir discrétionnaire de limiter sa sélection—la loi ne lui impose aucunement de le faire. Et enfin, cette préférence ne s’applique pas aux concours internes.

[206] Il existe, par contre, beaucoup de moyens de conserver la préférence accordée aux citoyens en portant moins atteinte au droit à l’égalité. 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<sup>185</sup>. 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 qu’elles en ont la possibilité. C’est sous cette forme-là que se présente en Australie la préférence accordée aux citoyens. D’après moi, c’est une chose de dire à quelqu’un que, quelles que soient ses qualités, il ne pourra pas occuper un emploi en raison de son statut d’immigrant, et tout à fait autre chose que de dire aux personnes ayant postulé avec succès un emploi, qu’elles ne pourront le garder que si elles se font naturaliser. 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. La Couronne n’a pas présenté à la Cour d’élément de preuve ni d’argument concernant les inconvénients d’une telle mesure. 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

and loyalty with regards to those positions which require it.

[207] Considering these arguments, it is important to recall that since the decision in this case was decided by the Court below, McLachlin J. of the Supreme Court has reiterated the importance of recalling the government's section 1 onus with regards to the minimal impairment test:

Even on difficult social issues where the stakes are high, Parliament does not have the right to determine unilaterally the limits of its intrusion on the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. The Constitution, as interpreted by the courts, determines those limits. Section 1 specifically stipulates that the infringement may not exceed what is reasonable and "demonstrably justified in a free and democratic society", a test which embraces the requirement of minimal impairment, and places on the government the burden of demonstrating that Parliament has respected that limit.<sup>186</sup> [Emphasis added.]

[208] In this case the government has argued that the legislation is not as bad as it could be. I agree. The government, however, has not shown evidence that Parliament, in response to a problem or in furtherance of a pressing and substantial objective, has passed legislation which is carefully tailored to minimize impairment of the Charter right. While the legislative history reveals that Parliament has defended the legislation, it gives no indication that Parliament turned its mind to alternatives other than the complete repeal of the citizenship preference as it is written. Further, the Crown conceded that the government almost never exercises its discretion to permit non-citizens to compete in open competition. Hence, the discretion vested in the Commission is largely illusory and, therefore, significantly increases the impairment of the equality right. Finally, while the respondents argue that Parliament sought the least impairing means by replacing the (former) citizenship requirement with a citizenship preference, the legislative history shows

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.

[207] Cela étant, il convient de rappeler que, depuis que cette affaire a été tranchée en première instance, la Cour suprême a rappelé, par la voix du juge McLachlin, l'importance de bien avoir à l'esprit qu'en ce qui concerne le critère de l'atteinte minimale, c'est au gouvernement que la preuve incombe au regard de l'article premier:

Même dans le cas de problèmes sociaux difficiles qui présentent des enjeux élevés, le Parlement n'a pas le droit de déterminer unilatéralement les limites qu'il peut imposer aux droits et libertés garantis par la *Charte*. C'est la Constitution, selon l'interprétation que lui donnent les tribunaux, qui détermine ces limites. L'article premier édicte expressément que la violation ne peut aller au-delà de limites qui soient «raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», critère qui englobe l'exigence de l'atteinte minimale et impose au gouvernement le fardeau d'établir que le Parlement a respecté cette limite<sup>186</sup>. [Non souligné dans l'original.]

[208] Dans la présente affaire, le gouvernement a fait valoir que le texte en question n'est pas aussi préjudiciable qu'il pourrait l'être. J'en conviens. Le gouvernement n'a cependant pas démontré que le législateur, en réponse à un problème ou à la poursuite d'un objectif urgent et réel, a adopté un texte soigneusement conçu afin de porter le moins possible atteinte à un droit garanti par la Charte. Bien que l'historique législatif montre bien que le Parlement a défendu le texte, il n'indique pas que le législateur aurait envisagé des solutions autres que l'abrogation de la préférence fondée sur la citoyenneté telle qu'elle est prévue dans la disposition en cause. La Couronne a d'ailleurs reconnu que le gouvernement n'exerce presque jamais son pouvoir discrétionnaire d'ouvrir un concours public à des non-citoyens. Le pouvoir discrétionnaire dont est investie la Commission est donc en grande partie illusoire, ce qui aggrave sensiblement l'atteinte au droit à l'égalité. Enfin, si les intimées font valoir que le législateur a choisi le

no evidence that this was a consideration in 1961, or at any other time. On balance, I would hold that it has not been demonstrated by the Crown that, on the evidence, this legislation does not impair the Charter right beyond what is tolerable in a free and democratic society.

Are the effects of the legislation proportional to the objective involved?

[209] The third part of the proportionality test involves an inquiry into whether the effects of the measures are proportional to the significance of the objective which is to be achieved. Weighing the significance of a legislative objective against the degree to which the Charter rights of an individual or group are impeded is always a difficult and imprecise process.

[210] In recent jurisprudence, the Supreme Court has given distinct scope and function to the proportionality analysis. A court weighing the proportionality between the measures and the pressing and substantial objective of the provision must take into account factors such as:

- the significance of the objectives;
- evidence of the effectiveness of the objectives;
- the benefits of the legislation;
- the extent to which the Charter right is interfered with; and,
- the manner, e.g., direct or indirect, in which the Charter right is compromised.<sup>187</sup>

[211] In *Dagenais*, Lamer C.J.C. summarized his reformulation of the proportionality analysis as follows:

I would, therefore, rephrase the third part of the *Oakes* test as follows: there must be a proportionality between the deleterious effects of the measures which are responsible for

moyen le moins attentatoire aux droits à l'égalité en remplaçant l'ancienne condition de citoyenneté par une simple préférence accordée aux citoyens, l'historique législatif du texte ne permet pas d'affirmer que cela était effectivement une préoccupation en 1961, ou à toute autre époque d'ailleurs. À tout prendre, j'estime que la Couronne n'a pas établi que le texte législatif en question ne porte pas atteinte à un droit garanti par la Charte, au delà de ce que peut tolérer une société libre et démocratique.

Les effets de la disposition législative en cause sont-ils proportionnels à l'objet visé par celle-ci?

[209] Le troisième volet du critère de la proportionnalité consiste à savoir si les effets des mesures en question sont proportionnels à l'objectif visé. L'appréciation de l'importance que revêt un objectif législatif par rapport à l'atteinte portée aux droits d'un individu ou d'un groupe est un exercice invariablement difficile et imprécis.

[210] Dans sa jurisprudence récente, la Cour suprême a précisé la portée et la fonction de l'analyse de proportionnalité. Un tribunal à qui l'on demande d'apprécier la proportionnalité entre les mesures législatives et l'objectif urgent et réel visé par ce texte doit tenir compte d'un certain nombre de facteurs, tels:

- l'importance des objectifs visés;
- les éléments de preuve quant à l'efficacité de ces objectifs;
- les avantages des dispositions législatives;
- la mesure de l'atteinte portée à un droit garanti par la Charte; et
- la manière, directe ou indirecte, dont il a été porté atteinte au droit garanti par la Charte<sup>187</sup>.

[211] Dans l'arrêt *Dagenais*, le juge en chef Lamer a résumé en ces termes la manière dont doit être, selon lui, reformulée l'analyse de la proportionnalité:

Je reprendrais donc la troisième partie du critère *Oakes* comme suit: il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une

limiting the rights or freedoms in question, and there must be proportionality between the deleterious and salutary effects of the measures.<sup>188</sup> [Emphasis in original.]

[212] In *Thomson Newspapers*, Bastarache J. expanded on the analysis between the deleterious and salutary effects in the context of the *Oakes* test generally. He wrote that:

The focus of the first and second steps of the proportionality analysis is not the relationship between the measures and the *Charter* right in question, but rather the relationship between the ends of the legislation and the means employed. Although the minimal impairment stage of the proportionality test necessarily takes into account the extent to which the *Charter* value is infringed, the ultimate standard is whether the *Charter* right is impaired as little as possible given the validity of the legislative purpose. 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*.<sup>189</sup>

[213] In this case, decided before *Thomson Newspapers*, the Trial Judge felt that the infringement of the equality guarantee was not particularly serious, since (a) over half of the public service, broadly defined, is not subject to the citizenship preference, (b) the restriction can be temporary and can be lifted through naturalization, and (c) the objectives which underlie the preference are important and justified.

[214] With great respect, I am unable to agree. There are five reasons why this is so. First, the burden imposed is significant regardless of the level of analysis. From a systemic point of view, it is the case that over 600,000 people are potentially excluded from nearly 250,000 jobs. Those are big numbers. The federal government has recently lifted a hiring freeze which lasted nearly a decade. As a result, cases such as these are bound to become more common and thus take on added importance. With this in mind, the jobs which are currently available to permanent residents are temporary or contract positions, which necessitate

liberté et l'objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques<sup>188</sup>. [Souligné dans l'original.]

[212] Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, le juge Bastarache a développé l'analyse de la proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques, dans le contexte général du critère dégagé dans l'arrêt *Oakes*. Selon lui:

Les première et deuxième étapes de l'analyse de la proportionnalité ne portent pas sur le rapport entre les mesures et le droit en question garanti par la *Charte*, mais plutôt sur le rapport entre les objectifs de la loi et les moyens employés. Même si l'étape de l'atteinte minimale du critère de la proportionnalité tient nécessairement compte de la mesure dans laquelle il est porté atteinte à une valeur prévue par la *Charte*, la norme qui doit être appliquée en bout de ligne consiste à se demander s'il est porté atteinte le moins possible au droit garanti par la *Charte* compte tenu de la validité de l'objectif législatif. 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*.<sup>189</sup>

[213] Dans la présente affaire, qui a été tranchée avant que ne soit rendu l'arrêt *Thomson Newspapers*, le juge de première instance a estimé que l'atteinte au droit à l'égalité n'était pas particulièrement grave vu que a) plus de la moitié de la fonction publique, au sens large, n'est pas assujettie à la préférence fondée sur la citoyenneté, b) la restriction peut être provisoire, et elle disparaît par l'effet de la naturalisation et c) les objectifs qui sont à l'origine de cette préférence sont à la fois importants et légitimes.

[214] Je dois dire que je ne partage pas son avis. Il y a pour cela cinq raisons. La première est que le fardeau qui est imposé à certaines personnes est important, et ce, à quelque niveau de l'analyse que l'on se situe. Sur le plan systémique, il s'agit de plus de 600 000 personnes qui peuvent être exclues de presque 250 000 emplois. Ce sont des chiffres importants. Le gouvernement fédéral a récemment mis fin au gel du recrutement, qui a duré presque dix ans. Les actions telle l'affaire dont est saisie la Cour en l'espèce sont donc appelées à se multiplier et à prendre une importance croissante. Les emplois actuellement

moving on after a short period of time, thus depriving the employee of any ability to plan his or her career in the medium- or long-term.

[215] From an individual point of view, this provision 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. Justice Maczko made the point succinctly in *Austin, supra*:

I must also consider whether the symbolism the government seeks to achieve is more important than the right of a person to pursue job opportunities. I see very little symbolic value in requiring a cook, deck-hand or indeed even a museum curator to be a citizen. What little symbolic value may be achieved does not outweigh the interference with an important fundamental right.

The discrimination displayed on the face of the statute is of the worst kind. It decides a person's employment opportunities on the basis of status rather than merit or achievement. Discrimination of that sort is inherently repugnant to a society which values achievement through personal enterprise and hard work. In my view the right to pursue one's career of choice, significantly outweighs the government's objective in this instance.<sup>190</sup>

[216] Second, Canada permits naturalization but does not require it. The Government of Canada has long recognized that people have many and varied reasons not to naturalize. Canada further recognizes—through mechanisms such as permitting dual citizenship—that people have legitimate reasons to maintain their connection with their homelands. This does not reduce the benefit which Canada receives from non-citizens, nor does it reduce Canada's commitment to treat non-citizens fairly. In *Andrews, supra*, La Forest J. noted that:

Our nation has throughout its history drawn strength from the flow of people to our shores. Decisions unfairly premised on citizenship would be likely to "inhibit the sense of

ouverts aux résidents permanents sont des emplois temporaires ou des postes contractuels, cela les obligeant à se trouver un autre travail relativement peu de temps après, ce qui les empêche de planifier leur carrière à moyen et à long terme.

[215] Sur le plan individuel, la disposition en cause 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. Dans l'arrêt *Austin*, précité, le juge Maczko expose de manière concise l'argument sur ce point:

[TRADUCTION] Je dois également examiner si le symbolisme que le gouvernement cherche à instaurer est plus important que le droit de postuler à un emploi. Je ne vois guère la valeur symbolique qu'il y a à exiger d'un cuisinier, d'un matelot ou même d'un conservateur de musée qu'il soit citoyen. Le peu de valeur symbolique que l'on peut ainsi engendrer ne l'emporte pas sur l'atteinte à un droit fondamental.

La discrimination qu'établit indiscutablement cette loi est de la pire sorte. Elle accorde ou non les occasions d'emploi en fonction du statut et non pas du mérite, ou des réalisations. Ce genre de discrimination est foncièrement incompatible avec une société qui attache la plus haute importance à la valeur personnelle, fruit du travail et de l'esprit d'entreprise. J'estime que le droit de faire carrière dans un domaine que l'on choisit l'emporte largement sur l'objectif visé par le gouvernement en l'occurrence<sup>190</sup>.

[216] Deuxièmement, le Canada permet la naturalisation, mais ne l'exige pas. Depuis longtemps, le gouvernement du Canada reconnaît que les gens ont maintes et maintes raisons de ne pas se faire naturaliser. Le Canada reconnaît en outre—par divers mécanismes telle la reconnaissance de la double nationalité—que les personnes peuvent avoir des raisons parfaitement légitimes de conserver leurs liens avec leur pays d'origine. Cela ne réduit en rien ce que les non-citoyens peuvent contribuer au Canada, et ne réduit en rien l'obligation qu'a le Canada de traiter les non-citoyens de manière équitable. Dans l'arrêt *Andrews*, précité, le juge La Forest a fait remarquer que:

Tout au long de son histoire, notre pays a tiré sa force des gens qui sont venus l'habiter. Les décisions fondées injustement sur la citoyenneté seraient susceptibles de

those who are discriminated against that Canadian society is not free or democratic as far as they are concerned and . . . such persons are likely not to have faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society, or to have confidence that they can freely and without obstruction by the state pursue their and their families' hopes and expectations of vocational and personal development".<sup>191</sup>

[217] This legislation, however, flies in the face of that sentiment. It explains to permanent residents that, while we encourage them to settle, work, and pay taxes here, they are not allowed to serve our country as public servants until they take out citizenship. Justice La Forest's vision of Canada is preferable to that presented by paragraph 16(4)(c) of the PSEA.

[218] Third, while the objectives of enhancing citizenship and encouraging naturalization are important ones, concerns regarding commitment and loyalty, except in rare situations, are remnants from an earlier era. It may be that there are positions which should be held by citizens for security reasons. It is disproportionate, however, to exclude virtually all non-citizens from open competition on the basis that some jobs might legitimately need to be held by citizens. Further, Canada can give value to its citizenship in ways other than by excluding them from civil service employment. For example, the Minister of Citizenship has recently tabled a bill in the House of Commons,<sup>192</sup> the purpose of which is to "strengthen the value of Canadian citizenship by modernizing the Act."<sup>193</sup> The new Act contains many measures which are specifically intended to strengthen the value of Canadian citizenship. None of these measures mention or modify the citizenship preference. None of these measures achieve the goal of enhancing citizenship by undercutting the rights or privileges of non-citizens.

[219] Fourth, the benefits of this preference are meagre indeed. This Court heard no evidence that the

[TRADUCTION] «laisser croire à ceux qui sont victimes de discrimination que la société canadienne n'est pas libre et démocratique en ce qui les concerne et [. . .] ces personnes risquent de ne pas avoir confiance dans les institutions politiques et sociales qui favorisent la participation des individus et des groupes dans la société et de ne pas croire qu'elles peuvent librement et sans entrave de la part de l'État poursuivre la réalisation de leurs aspirations et attentes, ainsi que de celles de leur famille, en matière de carrière et d'épanouissement personnel»<sup>191</sup>.

[217] Et pourtant, le texte de loi en question va complètement à l'encontre de ce sentiment. Il explique aux résidents permanents que, si on les encourage effectivement à s'installer au Canada, à travailler et à payer des impôts ici, on ne leur permet pas, tant qu'ils n'auront pas la citoyenneté, de servir le pays dans le cadre de la fonction publique. L'idée que le juge La Forest se fait du Canada est préférable à celle dont témoigne l'alinéa 16(4)c) de la LEFP.

[218] Troisièmement, bien que les objectifs visant à rehausser la valeur de la citoyenneté et inciter les résidents permanents à se faire naturaliser soient importants, le souci de s'assurer du degré d'engagement et de loyauté des fonctionnaires, qui ne se justifie que dans de rares cas, est le vestige d'une époque révolue. Il y a peut-être des postes qui, pour des raisons de sécurité, ne devraient être confiés qu'à des citoyens. Il est, cependant, disproportionné d'exclure des concours publics la quasi-totalité des non-citoyens simplement parce que certains postes pourraient légitimement être réservés à des citoyens. Le Canada peut en outre rehausser la valeur de sa citoyenneté autrement qu'en excluant les non-citoyens des emplois de la fonction publique. Le ministre de la Citoyenneté a, par exemple, récemment déposé devant la Chambre des communes un projet de loi<sup>192</sup> tendant à «renforcer la valeur de la citoyenneté en modernisant la Loi»<sup>193</sup>. La nouvelle Loi contient plusieurs dispositions qui visent principalement à rehausser la valeur de la citoyenneté canadienne. Aucune de ces mesures n'évoque ou ne modifie la préférence accordée aux Canadiens, ni ne cherche à rehausser la valeur de la citoyenneté en diminuant les droits ou privilèges des non-citoyens.

[219] Quatrièmement, les avantages que procure cette préférence sont particulièrement minces. La Cour

preference succeeds in enhancing citizenship. Counsel for the appellants presented evidence that indicates, rather, that Canada's naturalization rates are among the highest in the world. Hence, the benefits are hard to see. On the contrary, the burdens imposed are significant. Let me explain.

[220] Citizenship is not as easy to get as the Crown would have us believe. The application for citizenship<sup>194</sup>, which comprises some 17 pages, sets out a series of application and pre-application requirements. Assuming that one has passed through the necessary and significant hurdles of obtaining the necessary visas and permanent resident status,<sup>195</sup> the successful applicant for citizenship will have

- paid \$100 in the form of a "Right of Citizenship fee" and a \$100 "Grant of Citizenship" fee;
- sent photocopies of their immigration record and provided proof of identification;
- provided two photographs;
- calculated and submitted the number of days in which they have been resident in Canada during the last four years, including at a discount time spent in Canada in the two years immediately prior to obtaining landed immigrant status;
- studied for and passed a citizenship test in either English or French;
- taken an oath of loyalty to Canada; and,
- given out basic personal information, as well as all addresses in Canada and absences from Canada in the last four years.

[221] As has already been discussed, Canada recognizes the attachment which people may legitimately have to their homelands. In many circumstances, the citizenship laws of other countries dictate that taking out Canadian citizenship means giving up one's

n'a entendu aucun témoignage indiquant que la préférence en question a pour effet de rehausser la valeur de la citoyenneté. L'avocat des appelantes a plutôt produit des éléments de preuve établissant que le taux de naturalisation au Canada est parmi les plus élevés du monde. Les avantages sont difficiles à percevoir. Les fardeaux qui sont imposés sont, par contre, importants. Je m'explique.

[220] La citoyenneté ne s'obtient pas aussi facilement que la Couronne nous le porterait à croire. La demande de citoyenneté<sup>194</sup> comprend quelque 17 pages et toute une série de conditions de demande et de pré-demande. À supposer qu'il a déjà passé les étapes, nécessaires et compliquées, pour obtenir les visa et statut de résident permanent requis<sup>195</sup>, l'heureux candidat à la citoyenneté aura ainsi dû:

- verser 100 \$ sous forme de «Droit exigé pour la citoyenneté» et 100 \$ pour l'«Octroi de la citoyenneté»;
- envoyer des photocopies de son dossier d'immigration et fournir la preuve de son identité;
- fournir deux photographies;
- calculer et communiquer le nombre de jours de résidence qu'il a accumulés au Canada au cours des quatre dernières années, y compris le décompte du temps passé au Canada au cours des deux années précédant immédiatement l'octroi du statut d'immigrant reçu;
- préparer et passer avec succès un test de citoyenneté en anglais ou en français;
- prêter serment de loyauté envers le Canada;
- fournir des rudiments biographiques ainsi que la liste de tous ses domiciles au Canada et de ses absences du Canada au cours des quatre dernières années.

[221] Comme nous l'avons déjà vu, le Canada reconnaît que les gens peuvent légitimement rester attachés à leur pays d'origine. Souvent, dans d'autres pays, les lois sur la citoyenneté prévoient que la naturalisation au Canada entraînera la perte de la



original citizenship. Canada has no such requirement, recognizing that people do not have to choose between countries and allegiances to be good Canadians. In the case at bar, one of the applicants, Bailey, testified that she needed to retain the right to enter and remain in Holland in order to care for aging parents there. In my view, it is wrong to pass a law which has the effect of forcing our permanent residents to choose between curtailed career opportunities here and curtailed rights of access to their former homeland.

[222] In this case, the respondent suggests that since certain international agreements contemplate or accommodate a citizenship preference in civil service hiring, then a finding that paragraph 16(4)(c) of the PSEA impermissibly violates subsection 15(1) condemns international human rights treaties and other international treaties as discriminatory. This argument is shortly dealt with: Canadian laws must stand up to the scrutiny of Canada's Charter. It is one thing to note that treaties may have been negotiated to carve out exceptions which permit citizenship preferences in civil service hiring. It is a very different thing to argue that the existence of such exceptions necessitates similar treatment of our citizenship preference by courts applying our Charter.

[223] Fifth, I am bolstered in my conclusion that the effects of the provision are disproportionate to its objectives because one of the effects of the provision is to undermine the merit principle underlying the statute as a whole. While the objectives of the legislation as a whole are not generally the focus of the *Oakes* test, they are part of the context within which the *Oakes* test must operate. I have discussed the role of context in the *Oakes* analysis at length above. If Parliament has as its goal the encouragement of non-discriminatory, merit-based hiring, then it seems disproportionate to bar non-citizens, who may be the most meritorious candidates, from competing in virtually all open competitions.

citoyenneté d'origine. Le Canada n'a pas imposé de telles règles, reconnaissant que pour être de bons Canadiens, les gens n'ont pas à faire un choix entre pays et entre objets de leur allégeance. En l'espèce, une des demanderesse, M<sup>me</sup> Bailey, a témoigné qu'il lui faut conserver le droit d'entrer et de rester en Hollande pour qu'elle puisse s'occuper de ses parents âgés qui se trouvent là-bas. Il serait, à mon avis, injuste d'instaurer des règles ayant pour effet d'obliger nos résidents permanents à choisir entre une restriction de leurs possibilités d'emploi ici et une restriction de l'accès à leur ancien pays.

[222] En l'espèce, l'intimée fait valoir que, puisque certaines conventions internationales évoquent ou admettent la préférence accordée aux citoyens en matière d'emploi dans la fonction publique, la Cour, en estimant que l'alinéa 16(4)c) de la LEFP enfreint de manière non justifiée le paragraphe 15(1), dénoncerait le caractère discriminatoire de traités internationaux, et notamment de traités sur les droits de la personne. Cet argument peut être contré en quelques mots: les lois canadiennes doivent résister à l'analyse au regard de la Charte du Canada. C'est une chose d'affirmer que les traités ont pu être négociés de façon à retenir certaines exceptions qui autorisent la préférence accordée aux citoyens en matière d'emploi dans la fonction publique. Mais c'est tout à fait autre chose que de soutenir que de telles exceptions obligent les tribunaux canadiens, qui sont chargés de faire respecter notre Charte, à accorder la même considération à la préférence fondée sur la citoyenneté.

[223] Cinquièmement, je suis d'autant plus porté à conclure que les effets de la disposition en cause sont disproportionnés par rapport à son objet que cette disposition a notamment pour effet de miner le principe du mérite, qui est le fondement même de la Loi. Bien que le critère dégagé dans l'arrêt *Oakes* ne concerne pas principalement les objectifs du texte législatif en cause, ces objectifs font partie du contexte dans le cadre duquel le critère *Oakes* doit être appliqué. J'ai longuement examiné plus haut le rôle qui revient au contexte dans la démarche qu'a définie l'arrêt *Oakes*. Si le législateur a pour objet d'encourager en matière d'emploi le mérite et la non-discrimination, il me semble disproportionné d'exclure

## X. Disposition

[224] For all the reasons given above, I would hold that the citizenship preference impermissibly violates subsection 15(1) of the Charter and cannot be saved by section 1 of the Charter. I would, therefore, declare paragraph 16(4)(c) of the PSEA to be of no force and effect, and refer the matter back to the Federal Court (Trial Division) for a hearing as to damages. The appellants should have their costs throughout.

<sup>1</sup> [1999] 1 S.C.R. 497.

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

<sup>3</sup> *The Queen. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

<sup>4</sup> By the terms of the *Civil Service Act*, S.C. 1960-61, c. 57, a citizen preference was to be applied on a discretionary basis to the selection of qualified candidates for referral to any competition (s. 38(3)) and on a mandatory basis to the listing of candidates on eligibility lists in the case of open competition (s. 40(1)). By the enactment of the *Public Service Employment Act*, S.C. 1966-67, c. 71, the citizen preference was made applicable only to open competition.

<sup>5</sup> S. 14 of *The Civil Service Amendment Act, 1908*, S.C. 1908, c. 15, prohibited the admission of any person to examination for entry into the Civil Service unless he was a natural-born or naturalized British subject, and had been a resident of Canada for at least three years.

<sup>6</sup> Mr. Justice McIntyre, in *Andrews*, was obviously quite sensitive to that reality as shown by some of his comments, including the following where, at p. 164, he noted with respect to equality:

It is a comparative concept, the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises.

<sup>7</sup> The concept of citizenship is constitutionally recognized in Canada. S. 23(2) and 31(2) of the *Constitution Act, 1867* provide that only British subjects may be appointed to the Senate. (As noted by McIntyre J. in *Andrews*, the concept of citizenship in early Canada was embodied in the term "British subject".) Further, ss. 3, 6(1) and 23 of the Charter guarantee certain rights to citizens only.

de la plupart des concours publics les non-citoyens, alors que ce pourrait être les candidats les plus qualifiés.

## X. Dispositif

[224] Pour l'ensemble des motifs exposés ci-dessus, j'estime que la préférence fondée sur la citoyenneté porte une atteinte inadmissible au paragraphe 15(1) de la Charte et ne se justifie pas au regard de l'article premier de la Charte. Il y a donc lieu de déclarer l'alinéa 16(4)c) de la LEFP inopérant, et de renvoyer l'affaire devant la Cour fédérale (Section de première instance) pour détermination des dommages-intérêts. Les appelantes devraient se voir adjuger les dépens en totalité.

<sup>1</sup> [1999] 1 R.C.S. 497.

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

<sup>3</sup> *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

<sup>4</sup> Aux termes de la *Loi sur le service civil*, S.C. 1960-61, ch. 57, la préférence accordée aux citoyens devait être appliquée de manière discrétionnaire pour la sélection des candidats qualifiés pouvant être présentés en vue d'un concours (art. 38(3)) et, de façon obligatoire, pour l'inscription des candidats sur les listes d'admissibilité à des concours publics (art. 40(1)). Suite à la promulgation de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.C. 1966-67, ch. 71, la préférence accordée aux citoyens ne s'appliquait plus qu'aux concours publics.

<sup>5</sup> L'art. 14 de la *Loi de 1908 modifiant la Loi du service civil*, S.C. 1908, ch. 15, interdisait l'admission à l'épreuve d'un concours pour faire partie du service civil à toute personne qui n'était pas sujet britannique de naissance ou par naturalisation et résident du Canada depuis au moins trois ans.

<sup>6</sup> Dans l'arrêt *Andrews*, le juge McIntyre était parfaitement conscient de cette réalité, comme en témoignent certaines des ses observations, y compris celle-ci, dans laquelle il aborde, à la p. 164, le concept d'égalité:

C'est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée.

<sup>7</sup> Le concept de citoyenneté fait au Canada l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle. Les art. 23(2) et 31(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoient que seuls des sujets britanniques peuvent être nommés au Sénat. (Ainsi que le juge McIntyre l'a relevé dans l'arrêt *Andrews*, dans les premiers temps de l'histoire du Canada, le concept de citoyenneté s'exprimait par la formule «sujet britannique».) D'ailleurs, les art. 3, 6(1) et 23 de la Charte ne reconnaissent certains droits qu'aux citoyens.

<sup>8</sup> 426 U.S. 88 (1976).

<sup>9</sup> Those reasons of Mr. Justice Rehnquist, to which other judges concurred, were dissenting reasons, but the dissent and indeed the majority opinion was exclusively concerned with the delegation of authority to the Civil Service Commissioner, not with the absolute power of Congress.

Here are two other passages of this earlier *Lem Moon Sing* [*Lem Moon Sing v. United States*, 158 U.S. 538 (1895)] judgment from which the quote was taken which are equally unequivocal [at pp. 541-542]:

In the *Chinese Exclusion Case*, 130 U.S. 581, 603, this court said: "That the government of the United States, through the action of the legislative department, can exclude aliens from its territory, is a proposition which we do not think open to controversy. Jurisdiction over its own territory to that extent is an incident of every independent nation. It is part of its independence."

and later [at p. 543]:

This court, observing that, according to the accepted maxims of international law, every sovereign nation has the power, inherent in sovereignty, and essential to self-preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions, or to admit them only in such cases and upon such conditions as it may see fit to prescribe, said: "In the United States this power is vested in the national government."

<sup>10</sup> [1995] 2 F.C. 623 (T.D.), at pp. 646-647.

<sup>11</sup> To a non-expert, the overall U.S. position is all the more difficult to master in that two amendments were found to be involved, the 5th and the 14th, and a difference is always drawn between terms and conditions of entry and residence and protection through the due process requirement in deportation proceedings, for example, or discharge for cause, etc. But, in any event, as far as I could see, never has the exercise by Congress of its powers toward aliens been made subject to any review by the judiciary.

<sup>12</sup> [1992] 1 S.C.R. 711.

<sup>13</sup> *Supra*, note 2.

<sup>14</sup> *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418.

<sup>15</sup> *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513.

<sup>16</sup> *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241.

<sup>17</sup> *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358.

<sup>18</sup> *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624.

<sup>19</sup> *Supra*, note 1.

<sup>20</sup> [1995] 3 S.C.R. 199.

<sup>21</sup> R.S.C., 1985, c. P-33. The *Public Service Employment Act* applies only to that portion of the federal public service

<sup>8</sup> 426 U.S. 88 (1976).

<sup>9</sup> Ces motifs du juge Rehnquist, auxquels d'autres juges avaient souscrit, étaient des motifs dissidents, mais l'opinion dissidente, voire l'opinion des juges majoritaires, portait exclusivement sur la question des pouvoirs délégués au Commissaire de la fonction publique américaine, et non pas sur le pouvoir absolu du Congrès.

Voici deux autres extraits de l'arrêt *Lem Moon Sing* [*Lem Moon Sing v. United States*, 158 U.S. 538 (1895)] dont était tirée la citation reproduite plus haut, deux extraits qui semblent eux aussi très clairs sur ce point [aux p. 541 et 542]:

[TRADUCTION] Dans l'affaire de l'exclusion d'un ressortissant chinois, 130 U.S. 581, 603, la cour a estimé que: «Le gouvernement des États-Unis, par le truchement du pouvoir législatif, peut exclure les étrangers de son territoire et cette idée ne saurait, d'après nous, être mise en question. Une pareille compétence à l'égard de son territoire est l'apanage de toute nation indépendante. Cela fait partie de son indépendance».

puis, plus loin [à la p. 543]:

La Cour, relevant que, conformément aux maximes du droit international, tout État souverain a le pouvoir, inhérent à sa souveraineté et essentiel à sa conservation, d'interdire l'entrée de son territoire aux étrangers, ou de les y admettre seulement dans les cas et aux conditions qui lui semblent bons de fixer, a déclaré: «Aux États-Unis, ce pouvoir appartient au gouvernement national».

<sup>10</sup> [1995] 2 C.F. 623 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 646 et 647.

<sup>11</sup> Pour le non-spécialiste, la situation qui prévaut aux États-Unis est d'autant plus difficile à saisir que deux amendements à la Constitution, le 5<sup>e</sup> et le 14<sup>e</sup>, pouvaient être invoqués et qu'une différence est toujours faite entre les conditions d'entrée et de résidence et les conditions régissant la protection des individus, telles que garanties par la clause d'application régulière de la loi, en ce qui concerne les procédures de déportation, par exemple, ou d'une libération pour un motif déterminé, etc. Mais, en tout état de cause, et pour autant que je sache, jamais l'exercice des pouvoirs qu'a le Congrès envers les étrangers, n'a été soumis au contrôle des tribunaux.

<sup>12</sup> [1992] 1 R.C.S. 711.

<sup>13</sup> *Supra*, note 2.

<sup>14</sup> *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

<sup>15</sup> *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

<sup>16</sup> *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241.

<sup>17</sup> *Benner c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358.

<sup>18</sup> *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

<sup>19</sup> *Supra*, note 1.

<sup>20</sup> [1995] 3 R.C.S. 199.

<sup>21</sup> L.R.C. (1985), ch. P-33. La *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* ne s'applique qu'à la partie de la fonction

that is legislatively defined as the "Public Service". It comprises all the government departments and agencies listed in Part I of Schedule I to the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, and some of the separate employers listed in Part II of the Schedule. The Trial Judge stated that as of December 31, 1989, the total population of the Public Service was 227,545 and comprised 42.6% of the full public service of 534,343. The Public Service includes only civilian positions ranging from the clerical to the assistant deputy minister level and includes a broad range of occupational categories. See *Lavoie v. Canada*, [1995] 2 F.C. 623 (T.D.), at p. 636.

<sup>22</sup> *Lavoie v. Canada*, [1995] 2 F.C. 623 (T.D.), at p. 637.

<sup>23</sup> *Lavoie v. Canada*, [1995] 2 F.C. 623 (T.D.).

<sup>24</sup> *Ibid.*, at pp. 657-658.

<sup>25</sup> *Ibid.*, at p. 661.

<sup>26</sup> *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

<sup>27</sup> R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2.

<sup>28</sup> R.S.C., 1985, c. C-29.

<sup>29</sup> [1951] S.C.R. 887.

<sup>30</sup> *Ibid.*, at p. 918.

<sup>31</sup> *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29.

<sup>32</sup> R.S.C., 1985, c. E-2.

<sup>33</sup> For example, s. 14 of the *Canadian Payments Association Act*, R.S.C., 1985, c. C-21 specifies that "No person who is not a Canadian citizen. . . may be a director of the Association."

<sup>34</sup> Members of the Board of Directors of the Bank of Canada, *Bank of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. B-2, s. 10(4); Directors of the Canadian Broadcasting Corporation, *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, ss. 36, 38; Chairperson of the Canada Deposit Insurance Corporation, *Canada Deposit Insurance Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-3, s. 6; Member of the Canada Labour Relations Board, *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 9; Director or President of the Canada Mortgage and Housing Corporation, *Canada Mortgage and Housing Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-7, s. 8; Member of the Board of Trustees of a Museum, *Museums Act*, S.C. 1990, c. 3, s. 18; Member of the Public Service Staff Relations Board, *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 13(1).

<sup>35</sup> For example, s. 5(1) of the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, R.S.C., 1985, c. C-22 provides that "A person is not eligible to be appointed or to continue as a member of the Commission if the person is not a Canadian citizen ordinarily resident in Canada".

<sup>36</sup> *International Centre for Human Rights and Democratic Development Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 54 s. 13(1).

publique fédérale définie par la loi comme constituant la «fonction publique». Cela comprend tous les ministères et organismes gouvernementaux figurant à la partie I de l'annexe I de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, plus certains autres employeurs figurant à la partie II de l'annexe. Selon le juge de première instance, au 31 décembre 1989, la fonction publique comprenait, au total, 227 545 personnes, soit 42,6 p. 100 du total des effectifs de la fonction publique toute entière, soit 534 343 personnes. La fonction publique ne comprend que les emplois civils, du commis au sous-ministre adjoint, et comprend toute une gamme de catégories professionnelles. Voir *Lavoie c. Canada*, [1995] 2 C.F. 623 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 636.

<sup>22</sup> *Lavoie c. Canada*, [1995] 2 C.F. 623 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 637.

<sup>23</sup> *Lavoie c. Canada*, [1995] 2 C.F. 623 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>24</sup> *Ibid.*, aux p. 657 et 658.

<sup>25</sup> *Ibid.*, à la p. 661.

<sup>26</sup> *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

<sup>27</sup> L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2.

<sup>28</sup> L.R.C. (1985), ch. C-29.

<sup>29</sup> [1951] R.C.S. 887.

<sup>30</sup> *Ibid.*, à la p. 918.

<sup>31</sup> *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29.

<sup>32</sup> L.R.C. (1985), ch. E-2.

<sup>33</sup> Voir, par exemple, l'art. 14 de la *Loi sur l'Association canadienne des paiements*, L.R.C. (1985), ch. C-21 qui précise que «Les administrateurs de l'Association doivent être citoyens canadiens».

<sup>34</sup> Les membres du Conseil d'administration de la Banque du Canada, *Loi sur la Banque du Canada*, L.R.C. (1985), ch. B-2, art. 10(4); les administrateurs de la Société Radio-Canada, *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 36 et 38; le président de la Société d'assurance-dépôts du Canada, *Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-3, art. 6; membre du Conseil canadien des relations de travail, *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 9; administrateur ou président de la Société canadienne d'hypothèques et de logement, *Loi sur la Société canadienne d'hypothèques et de logement*, L.R.C. (1985), ch. C-7, art. 8; membre du Conseil d'administration d'un musée, *Loi sur les musées*, L.C. 1990, ch. 3, art. 18; membre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 13(1).

<sup>35</sup> Voir, par exemple, l'art. 5(1) de la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22 qui prévoit que «Nul ne peut être nommé conseiller ni continuer à occuper cette charge s'il n'est pas un citoyen canadien résidant habituellement au Canada».

<sup>36</sup> *Loi sur le Centre international des droits de la personne et du développement démocratique*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 54, art. 13(1).

<sup>37</sup> *International Development Research Centre Act*, R.S.C., 1985, c. I-19, s. 3, 10.

<sup>38</sup> R.S.C., 1985, c. I-19 s. 11.

<sup>39</sup> R.S.C., 1985, c. Y-1.

<sup>40</sup> R.S.C., 1985, c. R-10, s. 9.1 (2) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 4].

<sup>41</sup> R.S.C., 1985, c. T-15.

<sup>42</sup> R.S.C., 1985, c. T-15, s. 3.

<sup>43</sup> *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 279.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 40; S.C. 1995, c. 39, s. 148] and s. 7(3.1) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 4].

<sup>44</sup> R.S.C., 1985, c. C-46.

<sup>45</sup> S. 290(1)(b).

<sup>46</sup> R.S.C., 1985, c. O-5.

<sup>47</sup> R.S.C., 1985, c. O-5, s. 13.

<sup>48</sup> S. 4(1)(i).

<sup>49</sup> *Juries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 242, s. 4(a), *Jury Act*, S.A. 1982, c. J-2.1, s. 3(b); *Jury Act*, R.S.B.C. 1996, c. 242, s. 3(1)(a); *Jury Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-3.1, s. 2; *Jurors Act*, R.S.Q., c. J-2, s. 3(a); *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J-3, s. 2(b); *Jury Act*, 1991, S.N. 1991, c. 16, s. 4; *Jury Act*, S.S. 1980-81, c. J-4.1, s. 3; *Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. J-5, s. 4; *Jury Act*, R.S.M. 1987, c. J30, s. 3.

<sup>50</sup> *Jury Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. J-2, s. 4(b).

<sup>51</sup> *Jury Act*, R.S.Y. 1986, c. 97, s. 4(b).

<sup>52</sup> Department of Justice Canada, Minister of Supply and Services Canada, 1985.

<sup>53</sup> *Equality Issues in Federal Law: A Discussion Paper*, at p. 49.

<sup>54</sup> *Ibid.*, at pp. 49-50.

<sup>55</sup> *Equality for All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*. Ottawa: Queen's Printer, 1985, Appeal Book, Common Appendix I, vol. V, at p. 763.

<sup>56</sup> *Toward Equality: The Response to the Report of the Parliamentary Committee on Equal Rights*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1986, [at p. 31], Appeal Book, Common Appendix I, vol. V, at p. 780.

<sup>57</sup> *House of Commons Debates*, Vol. VIII, 1st Sess., 33rd Parl., (March 26, 1986), at p. 11916.

<sup>58</sup> [1999] 1 S.C.R. 497.

<sup>59</sup> See para. 104, p. 560.

<sup>60</sup> Ivan L. Head, "The Stranger in our Midst: A Sketch of the Legal Status of the Alien in Canada" (1964), 2 *Can. Y.B. Int'l L.* 107.

<sup>61</sup> [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 196-197.

<sup>62</sup> *Ibid.*, at p. 197.

<sup>63</sup> [1995] 2 S.C.R. 418, at p. 502.

<sup>64</sup> *Ibid.*, at p. 504.

<sup>65</sup> [1986] 1 S.C.R. 103.

<sup>66</sup> [1998] 1 S.C.R. 493.

<sup>37</sup> *Loi sur le Centre de recherches pour le développement international*, L.R.C. (1985), ch. I-19, art. 3, 10.

<sup>38</sup> L.R.C. (1985), ch. I-19, art. 11.

<sup>39</sup> L.R.C. (1985), ch. Y-1.

<sup>40</sup> L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 9.1(2) [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 4].

<sup>41</sup> L.R.C. (1985), ch. T-15.

<sup>42</sup> L.R.C. (1985), ch. T-15, art. 3.

<sup>43</sup> *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 279.1 [édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 40; L.C. 1995, ch. 39, art. 148] et l'art. 7(3.1) [édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 4].

<sup>44</sup> L.R.C. (1985), ch. C-46.

<sup>45</sup> Art. 290(1)(b).

<sup>46</sup> L.R.C. (1985), ch. O-5.

<sup>47</sup> L.R.C. (1985), ch. O-5, art. 13.

<sup>48</sup> Art. 4(1)(i).

<sup>49</sup> *Juries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 242, art. 4a); *Jury Act*, S.A. 1982, ch. J-2.1, art. 3b); *Jury Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 242, art. 3(1)(a); *Loi sur les jurés*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-3.1, art. 2; *Loi sur les jurés*, L.R.Q., ch. J-2, art. 3a); *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, ch. J-3, art. 2b); *Jury Act*, 1991, S.N. 1991, ch. 16, art. 4; *Jury Act*, S.S. 1980-81, ch. J-4.1, art. 3; *Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-5, art. 4; *Loi sur les jurés*, L.R.M. 1987, ch. J30, art. 3.

<sup>50</sup> *Loi sur le jury*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. J-2, art. 4b).

<sup>51</sup> *Jury Act*, R.S.Y. 1986, ch. 97, art. 4b).

<sup>52</sup> Ministère de la Justice Canada, ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1985.

<sup>53</sup> *Les droits à l'égalité et la législation fédérale: un document de travail*, à la p. 61.

<sup>54</sup> *Ibid.*, aux p. 62 et 63.

<sup>55</sup> *L'égalité pour tous: rapport du sous-comité sur les droits à l'égalité*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1985, dossier d'appel, annexe commune I, vol. V, à la p. 763.

<sup>56</sup> *Cap sur l'égalité: réponse au Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1986, [à la p. 35] dossier d'appel, annexe commune I, vol. V, à la p. 780.

<sup>57</sup> *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég. (26 mars 1986), à la p. 11916.

<sup>58</sup> [1999] 1 R.C.S. 497.

<sup>59</sup> Voir le par. 104, p. 560.

<sup>60</sup> Ivan L. Head, «The Stranger in our Midst: A sketch of the Legal Status of the Alien in Canada» (1964), 2 *A.C.D.I.*, à la p. 107.

<sup>61</sup> [1989] 1 R.C.S. 143, aux p. 196 et 197.

<sup>62</sup> *Ibid.*, à la p. 197.

<sup>63</sup> [1995] 2 R.C.S. 418, à la p. 502.

<sup>64</sup> *Ibid.*, à la p. 504.

<sup>65</sup> [1986] 1 R.C.S. 103.

<sup>66</sup> [1998] 1 R.C.S. 493.

<sup>67</sup> *Vriend*, at para. 108, p. 554. This same summary was stated in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182, p. 605, and quoted with approval in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 84, pp. 684-685.

<sup>68</sup> [1995] 3 S.C.R. 199.

<sup>69</sup> *Ibid.*, at para. 62, p. 270.

<sup>70</sup> *Ibid.*, at para. 133, pp. 330-331.

<sup>71</sup> *Ibid.*, at para. 137, p. 333. Note, however, that La Forest J. suggested, in dissent, at para. 82, p. 290, that the civil standard of proof does not apply to determining when a rational connection exists.

<sup>72</sup> *Ibid.*, at paras. 139 to 141, pp. 333-335.

<sup>73</sup> Memorandum of fact and law submitted on behalf of the appellants, at pp. 30-31, para. 78.

<sup>74</sup> [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 197.

<sup>75</sup> GA Res. 217 A (III), UN GAOR, December 10, 1948.

<sup>76</sup> December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47. Ratified by Canada in 1976.

<sup>77</sup> *Statut des fonctionnaires*, 172.221.10, juin 1927, s. 2. See Appeal Book, Common Appendix I, Vol. IV, at p. 666 (French) and at p. 667 (English); *Règlement des employés*, 172.221104, novembre 1959, s. 6. See Appeal Book, Common Appendix I, Vol. IV, at p. 668 (French) and at p. 669 (English); *Règlement des fonctionnaires*, 172.221.103, 24 juin 1987, s. 4(4) and (6). See Appeal Book, Common Appendix I, Vol. IV, at p. 671 (French) and at p. 673 (English).

<sup>78</sup> *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976), at pp. 78-80; *Mow Sun Wong v. Hampton*, 435 F. Supp. 37 (Dist. Ct. Cal. 1977), at pp. 42-44.

<sup>79</sup> *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973).

<sup>80</sup> *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976), at pp. 81-82.

<sup>81</sup> *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973), at p. 647.

<sup>82</sup> *Public Service Act 1922-1973*, ss. 34 and 82(1A). See Appeal Book, Common Appendix I, Vol. IV, at pp. 710-712.

<sup>83</sup> *Report of the Royal Commission on Australian Government Administration* (Canberra: Australian Government Publishing Service, 1974) at p. 173. See Appeal Book, Common Appendix I, Vol. IV, at pp. 723-724.

<sup>84</sup> *Public Service Reform Act 1984*, No. 63, 1984, s. 26. See Appeal Book, Common Appendix I, Vol. IV, at p. 734; *Public Service Legislation (Streamlining) Act 1986*, No. 153, 1986, s. 25. See Appeal Book, Common Appendix I, Vol. IV, at p. 747.

<sup>85</sup> Ss. 33 and 116 of the German *Basic Law*. See Appeal Book, Common Appendix I, Vol. IV, at pp. 634-635 (German) and 636-637 (English); *Federal Civil Service Framework Act (1977) (Beamtenechtsrahmengesetz)*, s. 4. See Appeal Book, Common Appendix I, Vol. IV, at p. 638

<sup>67</sup> *Vriend*, au par. 108, p. 554. Ce même résumé était formulé dans l'affaire *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 182, p. 605, et cité avec approbation dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 84, p. 684 et 685.

<sup>68</sup> [1995] 3 R.C.S. 199.

<sup>69</sup> *Ibid.*, au par. 62, p. 270.

<sup>70</sup> *Ibid.*, au par. 133, p. 330 et 331.

<sup>71</sup> *Ibid.*, au par. 137, p. 333. Notons, cependant, que, dans sa dissidence, le juge La Forest fait entendre, au par. 82, p. 290, que la norme de preuve normalement applicable en matière civile ne s'applique plus lorsqu'il s'agit de conclure à l'existence d'un lien rationnel.

<sup>72</sup> *Ibid.*, aux par. 139 à 141, p. 333 à 335.

<sup>73</sup> Mémoire du droit et des faits déposé au nom des appelantes, aux p. 30 et 31, par. 78.

<sup>74</sup> [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 197.

<sup>75</sup> Résolution de l'Assemblée générale 217 A (III), Doc. off. AGNU, 10 décembre 1948.

<sup>76</sup> 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47. Ratifié par le Canada en 1976.

<sup>77</sup> *Statut des fonctionnaires*, 172.221.10, juin 1927, art. 2. Voir le dossier d'appel, annexe commune I, vol. IV à la p. 666 (français) et à la p. 667 (anglais); *Règlement des employés*, 172.221104, novembre 1959, art.6. Voir le dossier d'appel, annexe commune I, vol. IV à la p. 668 (français) et à la p. 669 (anglais); *Règlement des fonctionnaires*, 172.221.103, 24 juin 1987, par. 4(4) et (6). Voir le dossier d'appel, annexe commune I, vol. IV à la p. 671 (français) et à la p. 673 (anglais).

<sup>78</sup> *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976), aux p. 78 à 80; *Mow Sun Wong v. Hampton*, 435 F. Supp. 37 (Dist. Ct. Cal. 1977), aux p. 42 à 44.

<sup>79</sup> *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973).

<sup>80</sup> *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976), aux p. 81 et 82.

<sup>81</sup> *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973), à la p. 647.

<sup>82</sup> *Public Service Act 1922-1973*, art. 34 et 82(1A). Voir le dossier d'appel, annexe commune I, vol. IV, aux p. 710 à 712.

<sup>83</sup> *Report of the Royal Commission on Australian Government Administration* (Canberra: Australian Government Publishing Service, 1974), à la p. 173. Voir le dossier d'appel, annexe commune I, vol. IV, aux p. 723 et 724.

<sup>84</sup> *Public Service Reform Act 1984*, n° 63, 1984, art. 26. Voir le dossier d'appel, annexe commune I, vol. IV, à la p. 734; *Public Service Legislation (Streamlining) Act 1986*, n° 153, 1986, art. 25. Voir le dossier d'appel, annexe commune I, vol. IV, à la p. 747.

<sup>85</sup> Les art. 33 et 116 de la *Loi fondamentale* allemande. Voir le dossier d'appel, annexe commune I, vol. IV, aux p. 634 et 635 (en allemand) et aux p. 636 et 637 (en anglais); *Loi cadre sur la fonction publique fédérale (1977) (Beamtenechtsrahmengesetz)*, art. 4. Voir le dossier d'appel,

(German) and p. 642 (English); *Civil Servants (Amendment) Act* (1993) (*Zehntes Gesetz zur Aenderung dienrechtlicher Vorschriften*), s. 1. See Appeal Book, Common Appendix I, Vol. IV, at p. 646 (German) and p. 649 (English). See also: France: Loi n° 83-634, juillet 1983, s. 5(1) amended by Loi n° 91-715, 26 juillet 1991, s. 2. See Appeal Book, Common Appendix I, Vol. IV, at pp. 600 and 624.

<sup>86</sup> *The Act of Settlement 1700*, (U.K.), 12 & 13 Will. III, c. 2, s. III.; *Aliens Restriction (Amendment) Act, 1919*, (U.K.) 9 & 10 Geo. 5, c. 92, s. 6. See Appeal Book, Common Appendix I, Vol. IV, at p. 680; *Aliens' Employment Act, 1955* (U.K.), 4 Eliz. 2, c. 18, s. 1. See Appeal Book, Common Appendix I, Vol. IV, at p. 687. It is important to note that the *Civil Service Commission General Regulations 1983* provide that, for more important and sensitive civil service positions, applicants must have a greater level of connection with the country.

<sup>87</sup> [*Treaty establishing the European Economic Community*, March 25, 1957] 298 U.N.T.S. 11.

<sup>88</sup> Case 149/79, [1981] 2 C.M.L.R. 413 (E.C.J.) and [*Re Public Employees (No. 2): E.C. Commission v. Belgium*] [1982] 3 C.M.L.R. 539. See Appeal Book, Common Appendix I, Vol. III, at p. 544.

<sup>89</sup> [1981] 2 C.M.L.R. 413, at p. 433. See Appeal Book, Common Appendix I, Vol. III, at p. 564.

<sup>90</sup> [1981] 2 C.M.L.R. 413, at p. 433. See Appeal Book, Common Appendix I, Vol. III, at p. 564.

<sup>91</sup> Memorandum of fact and law submitted on behalf of the appellants, at p. 27, para. 69.

<sup>92</sup> [1997] 3 S.C.R. 569, at pp. 605-606, paras. 58-59.

<sup>93</sup> P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Loose-leaf ed., Vol. 2 (Toronto: Carswell, 1992) para. 35.11(b), at p. 35-32.2, footnote 160 explains:

The European Court of Human Rights, interpreting the limitation clauses in the European Convention on Human Rights, has allowed member states "une marge d'appréciation", which is usually mechanically rendered into English as "margin of appreciation", although measure of discretion would be much better. This concept allows the Court to tolerate different levels of derogation of Convention rights out of respect for the different conditions and values of the European states that adhere to the Convention.

See also *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 999; D. Pannick, Comment: "Principles of Interpretation of Convention Rights under the Human Rights Act and the Discretionary Area of Judgment", [1998] *P.L.* 545.

<sup>94</sup> See *Canadian Citizenship: A Sense of Belonging: Report of the Standing Committee on Citizenship and Immigration*, June 1994, at p. 15; Appeal Book, Common Appendix I, Vol. II, 253, at p. 269.

annexe commune I, vol. IV, à la p. 638 (en allemand) et à la p. 642 (en anglais); *Loi (modification) sur les fonctionnaires de l'État* (1993) (*Zehntes Gesetz zur Aenderung dienrechtlicher Vorschriften*), art. 1. Voir le dossier d'appel, annexe commune I, vol. IV, à la p. 646 (en allemand) et à la p. 649 (en anglais). Voir également: France: Loi n° 83-634, juillet 1983, par. 5(1) modifiée par la Loi n° 91-715, 26 juillet 1991, art. 2. Voir le dossier d'appel, annexe commune I, vol. IV, aux p. 600 et 624.

<sup>86</sup> *The Act of Settlement 1700*, (R.-U.), 12 & 13 Will, ch. 2, art. III.; *Aliens Restriction (Amendment) Act, 1919* (R.-U.), 9 & 10 Geo. 5. ch. 92, art. 6. Voir le dossier d'appel, annexe commune I, vol. IV, à la p. 680; *Aliens' Employment Act, 1955* (R.-U.), 4 Eliz. 2, ch. 18, art. 1. Voir le dossier d'appel, annexe commune I, vol. IV, à la p. 687. Il convient également de noter que le *Civil Service Commission General Regulations 1983* prévoit que, pour les fonctions les plus importantes et les postes sensibles de la fonction publique, les candidats doivent entretenir, avec le pays, des liens plus étroits.

<sup>87</sup> [*Traité instituant la Communauté économique européenne*, 25 mars 1957] 294 R.T.N.U. 17.

<sup>88</sup> Affaire 149/79, [1981] 2 C.M.L.R. 413 (C.E.J.) et [*Re Public Employees (No. 2): E.C. Commission v. Belgium*], [1982] 3 C.M.L.R. 539. Voir le dossier d'appel, annexe commune I, vol. III, à la p. 544.

<sup>89</sup> [1981] 2 C.M.L.R. 413, à la p. 433. Voir le dossier d'appel, annexe commune I, vol. III, à la p. 564.

<sup>90</sup> [1981] 2 C.M.L.R. 413, à la p. 433. Voir le dossier d'appel, annexe commune I, vol. III, à la p. 564.

<sup>91</sup> Mémoire des faits et du droit déposé au nom des appelantes, à la p. 27, par. 69.

<sup>92</sup> [1997] 3 R.C.S. 569, aux p. 605 et 606, pars. 58 et 59.

<sup>93</sup> P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, édition en feuillets mobiles, vol. 2, (Toronto: Carswell, 1992) par. 35.11(b), aux p. 35-36, note 160, où l'auteur explique que:

[TRADUCTION] La Cour européenne des droits de l'homme, interprétant les clauses restrictives de la Convention européenne des droits de l'homme, a laissé aux États membres «une marge d'appréciation» [en français dans l'original], qu'en général on traduit automatiquement en anglais par «margin of appreciation», même s'il serait préférable de dire «measure of discretion». Ce concept a permis à la Cour de tolérer plusieurs niveaux de dérogation aux droits garantis dans la Convention par déférence envers les différences de valeurs et de situations des États européens ayant ratifié la Convention.

Voir également *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 à la p. 999; D. Pannick, Comment, «Principles of Interpretation of Convention Rights under the Human Rights Act and the Discretionary Area of Judgment», [1998] *P.L.* 545.

<sup>94</sup> Voir *La citoyenneté canadienne: Un sentiment d'appartenance: Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration*, juin 1994, à la p. 15; dossier d'appel, annexe commune I, vol. II, 253, à la p. 269.

<sup>95</sup> P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Loose-leaf ed., Vol. 2 (Toronto: Carswell, 1992), para. 35.12, at pp. 35-36.

<sup>96</sup> See D. Gibson, *The Law of the Charter: Equality Rights* (Toronto: Carswell, 1990), where the author [at p. 74], after an analysis of *Andrews* writes:

. . . no court facing an equality issue can avoid somehow determining whether the person or group relying on section 15 is sufficiently similar to other persons or groups in relevant respects to merit equal treatment.

For a vigorous treatment of the “similarly situated test”, see *Catholic Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto v. S. (T.)* (1989), 69 O.R. (2d) 189 (C.A.), at pp. 205-206, per Tarnopolsky J.A. who wrote after *Andrews*.

<sup>97</sup> See *Law v. Canada Minister of Employment and Immigration*, [1999] 1 S.C.R. 497, at paras. 56 to 58 incl., pp. 531-532.

<sup>98</sup> R.S.C. 1985, c. P-33, hereinafter “PSEA”.

<sup>99</sup> The respondents contest that the appellant Jeanne To Thanh Hien has shown evidence that she was denied the opportunity to compete for a public service position on the basis of PSEA s. 16(4)(c). A full outline of the three plaintiffs’ stories can be found in the judgment of Wetston J., reported at [1995] 2 F.C. 623 (T.D.).

<sup>100</sup> The merit principle was the driving objective behind *The Civil Service Amendment Act, 1908*: see the speech of the Honourable Sydney Fisher, Official Report of the *House of Commons Debates*, 4th Session, 10th Parliament (June 25, 1908), at pp. 11318-11321.

<sup>101</sup> See, e.g., Alan C. Cairns, “The Fragmentation of Canadian Citizenship” in Douglas E. Williams (ed.) *Reconfigurations: Canadian Citizenship and Constitutional Change: Selected Essays by Alan C. Cairns* (Toronto: McClelland & Stewart, 1995), at p. 157; see also Richard Sigurdson, “First Peoples, New Peoples, and Citizenship in Canada” (1996) 14 *ICJS* 53; Jane Jensen and Susan Phillips, “Regime Shift: New Citizenship Practices in Canada” (1996) 14 *ICJS* 111.

<sup>102</sup> See, e.g., Peter J. Spiro, “Dual Nationality and the Meaning of Citizenship” (1997), 46 *Emory L.J.* 1411; Peter H. Schuck, “The Re-evaluation of American Citizenship” (1997), 12 *Georgetown Immigration L. J.* 1; Douglas G. Smith, “Citizenship and the Fourteenth Amendment” (1997), 34 *San Diego L. Rev.* 681; Note, “The Functionality of Citizenship” (1997), 110 *Harv. L. Rev.* 1814; Katherine A. Trisolini, Book Note “Rights Across Borders: Immigration and the Decline of Citizenship” (1997), 33 *Stanford J. of Int’l L.* 165.

<sup>103</sup> Cairns, *supra*, Note 101.

<sup>104</sup> Sigurdson, *supra*, note 101.

<sup>105</sup> Francisco Colom-González, “Dimensions of Citizenship: Canada in Comparative Perspective” (1996), 14 *IJCS* 95.

<sup>95</sup> P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, édition en feuillets mobiles, vol. 2 (Toronto: Carswell, 1992) par. 35.12, aux p. 35 et 36.

<sup>96</sup> Voir D. Gibson, *The Law of the Charter: Equality Rights* (Toronto: Carswell, 1990), dans lequel l’auteur [à la p. 74], après avoir analysé l’arrêt *Andrews*, écrit:

[TRADUCTION] [. . .] aucun tribunal saisi d’une question ayant trait à l’égalité peut éviter de dire d’une manière ou d’une autre si la situation de la personne ou du groupe invoquant l’article 15 est suffisamment similaire à celle d’autres personnes ou d’autres groupes, par des aspects pertinents, pour mériter un traitement égal.

Pour une solide analyse du critère de la «similitude de situation», voir *Catholic Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto v. S. (T.)* (1989), 69 O.R. (2d) 189 (C.A.), aux p. 205 et 206, le juge Tarnopolsky de la Cour d’appel, écrivant après l’arrêt *Andrews*.

<sup>97</sup> Voir *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, aux paras. 56 à 58 incl., p. 531 et 532.

<sup>98</sup> L.R.C. (1985), ch. P-33, ci-après la «LEFP».

<sup>99</sup> Les intimées contestent le fait que l’appelante Jeanne To Thanh Hien ait démontré qu’on lui avait refusé la possibilité de concourir pour un poste de la fonction publique en raison de l’art. 16(4)c. Un exposé complet du récit fait par les trois demandresses se trouve dans le jugement du juge Wetston, dont le compte rendu se trouve dans [1995] 2 C.F. 623 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>100</sup> Le principe du mérite a été l’objectif central de la *Loi de 1908 modifiant la Loi du service civil*: voir l’allocution de l’honorable Sydney Fisher, Compte rendu officiel des *Débats de la Chambre des communes*, 4<sup>e</sup> session, 10<sup>e</sup> Parlement (25 juin 1908), aux p. 11318 à 11321.

<sup>101</sup> Voir, p. ex., Alan C. Cairns, «The Fragmentation of Canadian Citizenship» dans Douglas E. Williams (ouvrage collectif) *Reconfigurations: Canadian Citizenship and Constitutional Change: Selected Essays by Alan C. Cairns* (Toronto: McClelland & Stewart, 1995), à la p. 157; voir également Richard Sigurdson, «First Peoples, New Peoples, and Citizenship in Canada» (1996), 14 *RIÉC* 53; Jane Jensen et Susan Phillips, «Regime Shift: New Citizenship Practices in Canada» (1996), 14 *RIÉC* 111.

<sup>102</sup> Voir, p. ex., Peter J. Spiro, «Dual Nationality and the Meaning of Citizenship» (1997), 46 *Emory L.J.* 1411; Peter H. Schuck, «The Re-evaluation of American Citizenship» (1997), 12 *Georgetown Immigration L. J.* 1; Douglas G. Smith, «Citizenship and the Fourteenth Amendment» (1997), 34 *San Diego L. Rev.* 681; Note, «The Functionality of Citizenship» (1997), 110 *Harv. L. Rev.* 1814; Katherine A. Trisolini, Book Note «Rights Across Borders: Immigration and the Decline of Citizenship» (1997), 33 *Stanford J. of Int’l L.* 165.

<sup>103</sup> Cairns, *supra*, note 101.

<sup>104</sup> Sigurdson, *supra*, note 101.

<sup>105</sup> Francisco Colom-González, «Dimensions of Citizenship: Canada in Comparative Perspective» (1996), 14 *RIÉC* 95.



<sup>106</sup> See, e.g., Heather Lardy, "Citizenship and the Right to Vote" (1997), 17 *Oxford J. of L. Studies* 75, at p. 78.

<sup>107</sup> See, e.g., Note, "The Functionality of Citizenship" (1997), 110 *Harv. Law Review* 1814, at p. 1818.

<sup>108</sup> *Ibid.*, at p. 1814; see also Peter Schuck, "The Re-evaluation of American Citizenship" (1997), 12 *Georgetown Immigration L. J.* 1 at 13.

<sup>109</sup> See, e.g., Irving Abella and Harold Troper, *None is Too Many: Canada and the Jews of Europe, 1933-1948* (Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1982). See also W. S. Tarnopolsky, "Discrimination and the Law in Canada" (1992), 41 *U.N.B.L.J.* 215 at pp. 215-224.

<sup>110</sup> See especially William Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. (Oxford: Clarendon Press, 1995).

<sup>111</sup> Robert J. Sharpe, "Citizenship, the Constitution Act, 1867, and the Charter" in William Kaplan (ed.) *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship* (Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 1993) 221, at p. 236.

<sup>112</sup> *Glynos v. Canada*, [1992] 3 F.C. 691 (C.A.), at p. 701.

<sup>113</sup> [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 736.

<sup>114</sup> [1990] 2 F.C. 299 (C.A.), at pp. 310-311.

<sup>115</sup> [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 196-197 (hereinafter *Andrews*). See also, the judgment of McIntyre J. at pp. 182-183.

<sup>116</sup> *Ibid.*, at p. 152.

<sup>117</sup> See, e.g., Sharpe, *supra*, note 111; see also Desmond Morton, "Divided Loyalties? Divided Country?" in William Kaplan (ed.) *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship* (Montréal: McGill-Queen's University Press, 1993) 50, at p. 60 ("The Charter of Rights and Freedoms deliberately left citizens with few advantages over other residents of Canada.")

<sup>118</sup> *Pearkes v. Canada* (1993), 72 F.T.R. 90 (F.C.T.D.), at p. 95.

<sup>119</sup> (1990), 66 D.L.R. (4th) 33 (B.C.S.C.).

<sup>120</sup> *Ibid.*, at p. 41.

<sup>121</sup> See also *Steward v. Law Society of New Brunswick* (1990), 108 N.B.R. (2d) 178 (Q.B.), at p. 180 "[T]he Law Society Act of New Brunswick permits permanent residents who are not citizens, but declare under oath an intention to apply for citizenship, to seek admission to the bar of New Brunswick. However, I fail to see where this can save the offending sections in light of the clear direction of the Supreme Court in *Andrews*". But see *Benmansour c. Québec (Directeur de l'État civil)* [1994] A.Q. No. 1259 (S.C.) (QL) [at paras. 29-30]. [TRANSLATION] "Furthermore, it would run counter to the principle of name stability for a permanent resident to be able to use two names, the one in his passport and the other which he seeks to use in the instant case. Although a permanent resident deprived of the right to change his name does suffer a disadvantage, it does not outweigh the ensuing objective of stability, control and possibly security.")

<sup>106</sup> Voir, p. ex., Heather Lardy, «Citizenship and the Right to Vote» (1997), 17 *Oxford J. of L. Studies* 75, à la p. 78.

<sup>107</sup> Voir, p. ex., Note, «The Functionality of Citizenship» (1997), 110 *Harv. L. Rev.* 1814, à la p. 1818.

<sup>108</sup> *Ibid.*, à la p. 1814; voir également Peter Schuck, «The Re-evaluation of American Citizenship» (1997), 12 *Georgetown Immigration L. J.* 1, à la p. 13.

<sup>109</sup> Voir, p. ex., Irving Abella and Harold Troper, *None is Too Many: Canada and the Jews of Europe, 1933-1948* (Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1982). Voir également W. S. Tarnopolsky, «Discrimination and the Law in Canada» (1992), 41 *R.D.U.N.-B.* 215, aux p. 215 à 224.

<sup>110</sup> Voir, en particulier, William Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. (Oxford: Clarendon Press, 1995).

<sup>111</sup> Robert J. Sharpe, «Citizenship, the Constitution Act, 1867, and the Charter» dans William Kaplan (ouvrage collectif) *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship* (Montréal et Kingston: McGill-Queen's University Press, 1993) 221, à la p. 236.

<sup>112</sup> *Glynos c. Canada*, [1992] 3 C.F. 691 (C.A.), à la p. 701.

<sup>113</sup> [1992] 1 R.C.S. 711, à la p. 736.

<sup>114</sup> [1990] 2 C.F. 299 (C.A.), aux p. 310 et 311.

<sup>115</sup> [1989] 1 R.C.S. 143, aux p. 196 et 197 (ci-après *Andrews*). Voir également, le jugement du juge McIntyre aux p. 182 et 183.

<sup>116</sup> *Ibid.*, à la p. 152.

<sup>117</sup> Voir, p. ex., Sharpe, *supra*, note 111; voir également Desmond Morton, «Divided Loyalties? Divided Country?» dans William Kaplan (ouvrage collectif) *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship* (Montréal et Kingston: McGill-Queen's University Press, 1993) 50, à la p. 60 ([TRANSLATION] «La Charte des droits et libertés a, de propos délibéré, laissé aux citoyens peu d'avantages par rapport aux autres résidents du Canada.»)

<sup>118</sup> *Pearkes c. Canada*, (1993) 72 F.T.R. 90 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 95.

<sup>119</sup> (1990), 66 D.L.R. (4th) 33 (C.S.C.-B.).

<sup>120</sup> *Ibid.*, à la p. 41.

<sup>121</sup> Voir également *Steward c. Law Society of New Brunswick* (1990), 108 R.N.-B. (2d) 178 (B.R.), à la p. 180 «la Loi sur le Barreau du Nouveau-Brunswick autorise le résident permanent qui n'est pas citoyen canadien, mais qui déclare sous serment qu'il a l'intention de demander la citoyenneté, à demander l'admission au barreau du Nouveau-Brunswick. Cependant, je ne vois pas comment cette disposition pourrait sauver les articles incriminés étant donné les directives claires qu'a données la Cour suprême dans l'arrêt *Andrews*». Mais voir *Benmansour c. Québec (Directeur de l'État civil)*, [1994] A.Q. n° 1259 (C.S.) (QL) [au par. 29 et 30] «De plus, il serait contraire au principe de stabilité du nom qu'un résident permanent puisse utiliser deux noms, celui qui figure sur son passeport et l'autre, dont il demande l'usage dans le présent dossier. Certes, le résident permanent qui se voit privé du droit de changer son nom subit un désavantage mais, il n'est pas prépondérant

<sup>122</sup> S.C. 1908, c. 15.

<sup>123</sup> Speech of the Honourable Sydney Fisher, *House of Commons Debates*, 4th Sess., 10th Parl. (June 25, 1908), at p. 11397.

<sup>124</sup> S.C. 1881, c. 13, s. 10.

<sup>125</sup> S.C. 1918, c. 12, ss. 38 and 41(1).

<sup>126</sup> Enacted as part of the *Civil Service Act*, R.S.C. 1927, c. 22 [s. 33(1) (as am. by S.C. 1932, c. 40, s. 6)].

<sup>127</sup> Speech of the Hon. O. Boulanger, *House of Commons Debates*, 2nd Session, 17th Parliament (May 1, 1931), at p. 1197.

<sup>128</sup> *Ibid.*, at p. 1198.

<sup>129</sup> Speech of the Hon. Paul Martin, *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 20th Parl. (April 29, 1946), at pp. 1015-1016.

<sup>130</sup> *Report of the Special Committee on the Review of Personnel Management and the Merit Principle*, September 30, 1979, at p. 86.

<sup>131</sup> Parliament of Canada, Sub-committee on Equality Rights of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs. First Report, October 25, 1985, at pp. 66-67.

<sup>132</sup> *Toward Equality: The Response to the Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*, 1985, at p. 31.

<sup>133</sup> *House of Commons Debates*, Vol. VIII, 1st Sess., 33rd Parl. (March 26, 1986) at p. 11916.

<sup>134</sup> *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, per Cory J., at paras. 67-68, pp. 535-536.

<sup>135</sup> [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156.

<sup>136</sup> [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344.

<sup>137</sup> Comparé the decisions of the Supreme Court in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418 and *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513 with the decisions in *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; and *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

<sup>138</sup> [1999] 1 S.C.R. 497 (herein after *Law*).

<sup>139</sup> Alternatively, the claimant may show that the state action draws a distinction against a group based on a convergence of enumerated or analogous grounds. For example, the state may not pass legislation which discriminates on two bases, say race and gender, and then claim that the second test is not met because no one ground is the basis of the impugned law. The manner in which a convergence of grounds may affect a subsection 15(1) analysis is, of course, better left for another day. *Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1997] 1 F.C. 689 (C.A.), at pp. 727-728; see also *Law*, supra, note 138, at para. 37, p. 523.

<sup>140</sup> *Egan v. Canada*, [1993] 3 F.C. 401 (C.A.), at p. 430; see also *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1328, per Wilson J.

aux objectifs de stabilité, de contrôle et éventuellement, de sécurité qui en découlent.»

<sup>122</sup> S.C. 1908, ch. 15.

<sup>123</sup> Allocution de l'honorable Sydney Fisher, *Débats de la Chambre des communes*, 4<sup>e</sup> sess., 10<sup>e</sup> Parl. (25 juin 1908), à la p. 11968.

<sup>124</sup> S.C. 1881, ch. 13, art. 10.

<sup>125</sup> S.C. 1918, ch. 12, art. 38 et 41(1).

<sup>126</sup> Édifiée dans le cadre de la *Loi du service civil*, S.R.C. 1927, ch. 22 [art. 33(1) (mod. par S.C. 1932, ch. 40, art. 6)].

<sup>127</sup> Discours de l'honorable O. Boulanger, *Débats de la Chambre des communes*, 2<sup>e</sup> sess., 17<sup>e</sup> Lég. (1<sup>er</sup> mai 1931), à la p. 1188.

<sup>128</sup> *Ibid.*, à la p. 1189.

<sup>129</sup> Discours de l'honorable Paul Martin, *Débats de la Chambre des communes*, 2<sup>e</sup> sess., 20<sup>e</sup> Lég. (29 avril 1946), aux p. 1015 et 1016.

<sup>130</sup> *Rapport du Comité spécial sur la gestion du personnel et le principe du mérite*, 30 septembre 1979, à la p. 99.

<sup>131</sup> Parlement du Canada, Sous-comité sur les droits à l'égalité du Comité permanent de la justice et des questions juridiques. Premier rapport, 25 octobre 1985, à la p. 73.

<sup>132</sup> *Cap sur l'égalité: Réponse au Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, 1985, à la p. 35.

<sup>133</sup> *Débats de la Chambre des communes*, Vol. VIII, 1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> Lég. (26 mars 1986), à la p. 11916.

<sup>134</sup> *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, le juge Cory, aux pars. 67 et 68, p. 535 et 536.

<sup>135</sup> [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 156.

<sup>136</sup> [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344.

<sup>137</sup> Comparer les décisions de la Cour suprême dans l'affaire *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, et *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, avec les arrêts *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, et *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

<sup>138</sup> [1999] 1 R.C.S. 497 (ci-après l'arrêt *Law*).

<sup>139</sup> Le plaignant peut, subsidiairement, démontrer que la mesure prise par l'État établit une distinction à l'encontre d'un groupe sur le fondement d'un faisceau de motifs énumérés ou de motifs analogues. Ainsi, l'État ne peut adopter de dispositions législatives établissant une discrimination fondée sur deux motifs, disons la race et le sexe, puis prétendre qu'il n'est pas satisfait au deuxième critère vu que la disposition n'est pas fondée pas sur un seul et unique motif. La manière dont le faisceau de plusieurs motifs est susceptible d'affecter l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1) ne peut guère être abordée en l'occurrence. *Bande indienne de Batchewana (membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1997] 1 C.F. 689 (C.A.), aux p. 727 et 728; voir également l'arrêt *Law*, supra, note 138, au par. 37, p. 523.

<sup>140</sup> *Egan c. Canada*, [1993] 3 C.F. 401 (C.A.), à la p. 430; voir également *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1328, le juge Wilson.

<sup>141</sup> See, *Egan, supra*, note 140, at pp. 424 et. seq.; *Schachtschneider v. Canada*, [1994] 1 F.C. 40 (C.A.), at pp. 68 et. seq.; *Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1997] 1 F.C. 689 (C.A.), at pp. 719 et. seq.

<sup>142</sup> In any discrimination case, it is helpful to review the writing of the late Mr. Justice Walter Tarnopolsky, one of the great heroes on the Canadian journey towards equality. Justice Tarnopolsky's article "Discrimination and the Law in Canada" (1992), 41 *U.N.B.L.J.* 215, at pp. 215-224 provides a concise, striking review of Canada's history as regards discrimination against immigrants. His insights, wisdom and courage are sorely missed today.

<sup>143</sup> *Law, supra*, note 138, at para. 78, pp. 542-543. .

<sup>144</sup> *Law, supra*, note 138, at para. 3, p. 508.

<sup>145</sup> *Law, supra*, note 138, at para. 7, p. 509.

<sup>146</sup> *Law, supra*, note 138, at para. 24, p. 517.

<sup>147</sup> *Law, supra*, note 138, at paras. 25 and 38, pp. 517-518 and 523.

<sup>148</sup> *Law, supra*, note 138, at paras. 25 and 36, pp. 517-518 and 522-523.

<sup>149</sup> *Law, supra*, note 138, at paras. 28 and 82, pp. 519 and 544-545.

<sup>150</sup> *Law, supra*, note 138, at para. 28, p. 519.

<sup>151</sup> It is noteworthy that the Supreme Court does not require that the purpose of the state action conflict with the purpose of subsection 15(1); *Law, supra*, did not alter the long-standing Canadian view that the effects of state action may constitute a violation of subsection 15(1).

<sup>152</sup> *Law, supra*, note 138, at para. 48, p. 528.

<sup>153</sup> *Vriend, supra*, note 134, at para. 183, p. 580.

<sup>154</sup> *Law, supra*, note 138, at paras. 59-60, pp. 532-533.

<sup>155</sup> *Law, supra*, note 138, at paras. 62 and 75, pp. 534 and 540-541.

<sup>156</sup> *Law, supra*, note 138, at para. 75, pp. 540-541.

<sup>157</sup> *Law, supra*, note 138, at paras. 77-79, pp. 541-543.

<sup>158</sup> *Law, supra*, note 138, at para. 29, pp. 519-520.

<sup>159</sup> Tarnopolsky, *supra*, notes 109 and 142, at pp. 218, 222-223.

<sup>160</sup> David Beatty, "Labour is not a Commodity" in Reiter and Swan, (eds.) *Studies in Contract Law* (Toronto: Butterworths, 1980), at p. 320.

<sup>161</sup> *Ibid.*, at p. 324.

<sup>162</sup> See *Law, supra*, note 138, at para. 74, p. 540.

<sup>163</sup> *Larbi-Odam and Others v. Member of the Executive Council for Education*, CCT 2-97, at para. 17.

<sup>164</sup> *Ibid.*, at para. 23.

<sup>165</sup> *Ibid.*, at para. 24.

<sup>166</sup> *Ibid.*, at para. 25.

<sup>167</sup> *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182, p. 605, per Iacobucci J.; *Eldridge, supra*, note 137, at para. 84, pp. 684-685, per La Forest J.; *Vriend, supra*, note 134, at para. 108, p. 554, per Iacobucci J.

<sup>141</sup> Voir *Egan, supra*, note 140, aux p. 424 et suivantes; *Schachtschneider c. Canada*, [1994] 1 C.F. 40 (C.A.), aux p. 68 et suivantes; *Bande indienne Batchewana (membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1997] 1 C.F. 689 (C.A.), aux p. 719 et suivantes.

<sup>142</sup> Dans toute affaire de discrimination, il est utile de revoir ce qu'en a écrit feu le juge Walter Tarnopolsky, un des héros canadiens de la longue marche vers l'égalité. L'article du juge Tarnopolsky «Discrimination and the Law in Canada» (1992), 41 *R.D.U.N.-B.* 215, aux p. 215 à 224, retrace de manière concise et vivante les antécédents canadiens en matière de discrimination à l'encontre des immigrants. Son intelligence, sa sagesse et son courage nous seraient fort utiles aujourd'hui.

<sup>143</sup> *Law, supra*, note 138, au par. 78, p. 542 et 543.

<sup>144</sup> *Law, supra*, note 138, au par. 3, p. 508.

<sup>145</sup> *Law, supra*, note 138, au par. 7, p. 509.

<sup>146</sup> *Law, supra*, note 138, au par. 24, p. 517.

<sup>147</sup> *Law, supra*, note 138, aux paras. 25 et 38, p. 517 et 518 et 523.

<sup>148</sup> *Law, supra*, note 138, aux paras. 25 et 36, p. 517 et 518 et 522 et 523.

<sup>149</sup> *Law, supra*, note 138, aux paras. 28 et 82, p. 519 et 544 et 545.

<sup>150</sup> *Law, supra*, note 138, au par. 28, p. 519.

<sup>151</sup> Notons que la Cour suprême n'exige pas que l'objet de la mesure étatique en cause soit contraire à l'objet du paragraphe 15(1); l'arrêt *Law, supra*, n'a pas modifié l'idée, depuis longtemps en vigueur au Canada, que les effets d'une mesure étatique peuvent entraîner une violation du paragraphe 15(1).

<sup>152</sup> *Law, supra*, note 138, au par. 48, p. 528.

<sup>153</sup> *Vriend, supra*, note 134, au par. 183, p. 580.

<sup>154</sup> Arrêt *Law, supra*, note 138, aux par. 59 et 60, p. 532 et 533.

<sup>155</sup> Arrêt *Law, supra*, note 138, aux par. 62 et 75, p. 534 et 540 et 541.

<sup>156</sup> Arrêt *Law, supra*, note 138, aux par. 75, p. 540 et 541.

<sup>157</sup> Arrêt *Law, supra*, note 138, aux par. 77 à 79, p. 541 à 543.

<sup>158</sup> Arrêt *Law, supra*, note 138, aux par. 29, p. 519 et 520.

<sup>159</sup> Tarnopolsky, *supra*, notes 109 et 142, aux p. 218 et 222 et 223.

<sup>160</sup> David Beatty, «Labour is not a Commodity» dans Reiter et Swan, (ouvrage collectif) *Studies in Contract Law* (Toronto: Butterworths, 1980), à la p. 320.

<sup>161</sup> *Ibid.* à la p. 324.

<sup>162</sup> Voir l'arrêt *Law, supra*, note 138, au par. 74, p. 540.

<sup>163</sup> *Larbi-Odam and Others v. Member of the Executive Council for Education*, CCT 2-97, au par. 17.

<sup>164</sup> *Ibid.*, au par. 23.

<sup>165</sup> *Ibid.*, au par. 24.

<sup>166</sup> *Ibid.*, au par. 25.

<sup>167</sup> *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 182, p. 605, le juge Iacobucci; l'arrêt *Eldridge, supra*, note 137, au par. 84, p. 684 et 685, le juge La Forest; l'arrêt *Vriend, supra*, note 134, au par. 108, p. 554, le juge Iacobucci.

<sup>168</sup> [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 128-129, pp. 328-329.

<sup>169</sup> See *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para 87, p. 939.

<sup>170</sup> *RJR-MacDonald Inc.*, *supra*, note 168, at para. 88, p. 295.

<sup>171</sup> *Ibid.*, at paras. 79-81, pp. 285-289 *per* La Forest J. "I conclude that an appellate court may interfere with a finding of a trial judge respecting a legislative or social fact in issue in a determination of constitutionality whenever it finds that the trial judge erred in the consideration or appreciation of the matter."

<sup>172</sup> See *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 335, *per* Dickson J.

<sup>173</sup> [1995] 2 F.C. 623 (T.D.), at p. 651 citing *House of Commons Debates*, 4th Sess., 10th Parl., Vol. LXXXVII, June 25, 1908, at p. 11397.

<sup>174</sup> [1995] 2 F.C. 623 (T.D.), at p. 653.

<sup>175</sup> See, e.g., *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 334; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 754-755; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 973; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at pp. 760-761; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 494.

<sup>176</sup> [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 291; adopted by La Forest J. in *RJR-MacDonald*, *supra*, note 168, at para. 82, p. 290.

<sup>177</sup> *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1994] 1 F.C. 250 (C.A.), at p. 283. See also *Egan*, *supra*, note 140.

<sup>178</sup> See *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, *supra*, note 169, at paras. 111-117, pp. 955-962.

<sup>179</sup> *Ibid.*, at para. 111, p. 955.

<sup>180</sup> *Ibid.*, at para. 113, pp. 956-957.

<sup>181</sup> *Ibid.*, at para. 114, pp. 957-958.

<sup>182</sup> *Ibid.*, at para 116, pp. 960-961.

<sup>183</sup> [1995] 2 F.C. 623 (T.D.).

<sup>184</sup> *Ibid.*

<sup>185</sup> Professor Peter Schuck, one of the government's expert witnesses in this case, briefly described the jurisprudence regarding the civil service preference in the United States in his 1997 article "The Re-evaluation of American Citizenship" (1997), 12 *Georgetown Immigration L. J.* 1 at 14:

The U.S. 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. In two Supreme Court decisions in the mid-1970s, the Court applied the constitutional principles relating to discrimination against aliens in the civil service setting. It held that the Constitu-

<sup>168</sup> [1995] 3 R.C.S. 199 aux pars. 128 et 129; p. 328 et 329.

<sup>169</sup> Voir *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au par. 87, p. 939.

<sup>170</sup> *RJR-MacDonald Inc.*, *supra*, note 168, au par. 88, p. 295.

<sup>171</sup> *Ibid.*, aux pars. 79 à 81, p. 285 à 289, le juge La Forest («je conclus qu'une cour d'appel peut modifier une conclusion d'un juge de première instance concernant un fait législatif ou social en cause dans une détermination de la constitutionnalité lorsqu'elle décide que le juge de première instance a commis une erreur dans son examen ou son évaluation de la question.»)

<sup>172</sup> Voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 335, le juge Dickson.

<sup>173</sup> [1995] 2 C.F. 623 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 651, citant les *Débats de la Chambre des communes*, 4<sup>e</sup> sess., 10<sup>e</sup> Parl., Vol. LXXXVII, 25 juin 1908, à la p. 11968.

<sup>174</sup> [1995] 2 C.F. 623 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 653.

<sup>175</sup> Voir, p. ex., *R. c. Big M. Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 334; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux p. 754 et 755; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 973; *R. c. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, aux p. 760 et 761; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à la p. 494.

<sup>176</sup> [1991] 2 R.C.S. 211, à la p. 291; adopté par le juge La Forest dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, *supra*, note 168, au par. 82, p. 290.

<sup>177</sup> *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] 1 C.F. 250 (C.A.), à la p. 283. Voir également l'arrêt *Egan*, *supra*, note 140.

<sup>178</sup> Voir l'arrêt *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, *supra*, note 169, aux pars. 111 à 117, p. 955 à 962.

<sup>179</sup> *Ibid.*, au par. 111, p. 955.

<sup>180</sup> *Ibid.*, au par. 113, p. 956 et 957.

<sup>181</sup> *Ibid.*, au par. 114, p. 957 et 958.

<sup>182</sup> *Ibid.*, au par 116, p. 960 et 961.

<sup>183</sup> [1995] 2 C.F. 623 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>184</sup> *Ibid.*

<sup>185</sup> Le professeur Peter Schuck, un des témoins experts cités dans la présente affaire par le gouvernement, a brièvement expliqué la jurisprudence américaine concernant la préférence accordée aux citoyens pour les emplois de la fonction publique, dans son article de 1997 intitulé: «The Re-evaluation of American Citizenship» (1997), 12 *Georgetown Immigration L. J.* 1, à la p. 14:

[TRADUCTION] Aux États-Unis, la politique qui exclut des emplois de la fonction publique fédérale les étrangers, 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 servir au sein d'un jury. 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. Dans deux arrêts remontant au milieu des années 70, la Cour suprême appliqua les

tion permitted Congress and the President to limit federal civil service jobs to citizens (which has been done since the 1880s) but that the states could not impose citizenship requirements for their own civil service systems. The Court emphasized the exclusive federal interest in regulating immigration, a principle that is discussed more fully below. It recognized, however, the state's power to exclude LPRs from particular job categories that represented the state's "political function," such as schoolteachers and police officers. This distinction, between jobs involving a political function and those that do not, has proved exceedingly difficult to apply but continues to enjoy the Court's support.

It should be noted that the constitutional framework within which citizenship law is made in the United States differs greatly from the Canadian constitutional framework: see Note, "The Functionality of Citizenship" *supra*, note 107, at p. 1821 "The Supreme Court's invalidation of state alienage distinctions relies squarely on the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment, which does not apply to the federal government. Instead, judicial review of federal alienage distinctions rests on the Fifth Amendment's Due Process Clause and is review in name only." See also *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971), at p. 372 "[state] classifications based on alienage . . . are inherently suspect and subject to close judicial scrutiny". As of 1977, the only rights that states could clearly withhold from aliens were the rights to vote, to hold elective public office, and to serve on a jury: see Note, "The Functionality of Citizenship" *supra*, note 107, at footnote 41.

<sup>186</sup> *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, *supra*, note 168, at para. 168, p. 346, *per* McLachlin J. See also *Vriend*, *supra*, note 134, at paras. 126-127, pp. 561-562, *per* Iacobucci J.

<sup>187</sup> See *Thomson Newspapers*, *supra*, note 169, at paras. 123-127, pp. 967-971; see also *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at pp. 888-889.

<sup>188</sup> *Dagenais*, *supra*, at p. 889.

<sup>189</sup> *Thomson Newspapers*, *supra*, note 169, at para. 125, at p. 969.

<sup>190</sup> *Austin*, *supra*, note 119, at p. 41.

<sup>191</sup> *Andrews*, *supra*, note 115, at p. 197, citing *Kask v. Shimizu, Doe, Bloggs and Charles Camsell Hospital* (1986), 69 A.R. 343 (Q.B.), at p. 349.

<sup>192</sup> *An Act respecting Canadian Citizenship*, Bill C-63, 1st session, 36th Parliament (First reading, December 7, 1998).

principes constitutionnels en matière de discrimination à l'encontre des étrangers voulant accéder à la fonction publique. La Cour estima que la Constitution permettait au Congrès et au Président d'exclure les non-citoyens des emplois dans la fonction publique fédérale (ce qui a effectivement lieu depuis les années 1880), précisant, cependant, que les États ne pouvaient pas subordonner à la citoyenneté l'emploi dans leur propre fonction publique. La Cour a insisté sur l'existence d'un intérêt fédéral exclusif portant à réglementer l'immigration, principe examiné plus à fond plus loin. La Cour a reconnu aux États, cependant, le pouvoir d'exclure des résidents permanents de certaines catégories d'emploi correspondant à la «fonction politique» de l'État, tels les emplois d'enseignant ou d'agent de police. Cette distinction entre les emplois participant de la fonction politique de l'État et les autres s'est avérée extrêmement difficile à appliquer même si la Cour continue d'y recourir.

Il convient de noter que le cadre constitutionnel dans lequel s'élabore le droit de la citoyenneté aux États-Unis diffère grandement du cadre constitutionnel canadien: voir Note, «The Functionality of Citizenship» *supra*, note 107, à la p. 1821 [TRADUCTION] «L'invalidation par la Cour suprême des distinctions établies dans les États en matière d'extranéité est directement fondée sur la clause du quatorzième amendement de la Constitution garantissant l'égalité de protection de la loi, qui ne s'applique pas au gouvernement fédéral. Le contrôle judiciaire des distinctions établies par le gouvernement fédéral en matière d'extranéité repose plutôt sur la clause du cinquième amendement de la Constitution garantissant l'équité procédurale et n'a de contrôle que le nom.» Voir également *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971), à la p. 372 «les classifications établies par les États en fonction de l'extranéité sont considérées comme étant fondamentalement suspectes et font l'objet d'un examen rigoureux.» À partir de 1977, les seuls droits que les États pouvaient manifestement refuser aux étrangers étaient le droit de vote, le droit d'occuper un mandat électif et celui de servir au sein d'un jury: voir Note, «The Functionality of Citizenship» *supra*, note 107, à la note en bas de page 41.

<sup>186</sup> *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, *supra*, note 168, au par. 168, p. 346, le juge McLachlin. Voir également l'arrêt *Vriend*, *supra*, note 134, aux pars. 126 et 127, p. 561-562, le juge Iacobucci.

<sup>187</sup> Voir *Thomson Newspapers*, *supra*, note 169, aux par. 123 à 127, p. 967 à 971; voir également *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, aux p. 888 et 889.

<sup>188</sup> *Dagenais*, *supra*, à la p. 889.

<sup>189</sup> *Thomson Newspapers*, *supra*, note 169, au par. 125, p. 969.

<sup>190</sup> *Austin*, *supra*, note 119, à la p. 41.

<sup>191</sup> *Andrews*, *supra*, note 115, à la p. 197, citant *Kask v. Shimizu, Doe, Bloggs and Charles Camsell Hospital* (1986), 69 A.R. 343 (Q.B.), à la p. 349.

<sup>192</sup> *Loi concernant la citoyenneté canadienne*, projet de loi C-63, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> Lég. (première lecture, 7 décembre 1998).

<sup>193</sup> See Citizenship and Immigration Canada, *Citizenship of Canada Act* available at <[http://cicnet.ci.gc.ca/english/about/policy/citact\\_e.html](http://cicnet.ci.gc.ca/english/about/policy/citact_e.html)>.

<sup>194</sup> [*Application Kits/Forms*] available on the World Wide Web at <<http://cicnet.ci.gc.ca/english/coming/index.html>> [*Trousses et formulaires de demande*].

<sup>195</sup> The process for obtaining permanent resident status in Canada includes but is not limited to a \$975 “Right of Landing Fee”; a \$500 fee which must accompany an “Application for Permanent Residence”; a \$275 “Order in Council-A38(1) Landing fee,” and unspecified “processing fees”. For a complete list of fees, see Citizenship and Immigration Canada. *Fee Schedule for Citizenship and Immigration Services* available at <<http://cicnet.ci.gc.ca/english/info/fees-e.html>>.

<sup>193</sup> Voir Citoyenneté et l’Immigration Canada, *Loi sur la citoyenneté au Canada* disponible sur le Web à l’adresse <[http://cicnet.ci.gc.ca/french/about/policy/citact\\_f.html](http://cicnet.ci.gc.ca/french/about/policy/citact_f.html)>.

<sup>194</sup> [*Trousses et formulaires de demande*] disponible sur le Web à l’adresse <<http://cicnet.ci.gc.ca/french/coming/index.html>> et <<http://cicnet.ci.gc.ca/french/fmain.html>>.

<sup>195</sup> La procédure prévue pour l’obtention du statut de résident au Canada comprend, mais ce n’est pas tout, des «frais de droit d’établissement» de 975 \$; la somme de 500 \$ qui doit accompagner toute «Demande de Résidence Permanente» des frais de 275 \$ pour le «Décret-A38(1) droit d’établissement»; et une somme dont le montant n’est pas précisé pour la «constitution du dossier». Pour une liste complète de ces frais, voir Citoyenneté et Immigration Canada. «Barème des droits exigés pour les services de Citoyenneté et Immigration» qui peut être obtenue à <<http://cicnet.ci.gc.ca/french/info/fees-f.html>>.

IMM-3873-98

IMM-3873-98

**Hamid Nouranidoust** (*Applicant*)**Hamid Nouranidoust** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(*défendeur*)**INDEXED AS: NOURANIDOUST v. CANADA (MINISTER OF  
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: NOURANIDOUST c. CANADA (MINISTRE DE LA  
CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)**Trial Division, Reed J.—Toronto, June 23; Ottawa,  
June 30, 1999.Section de première instance, juge Reed—Toronto, 23  
juin; Ottawa, 30 juin 1999.

*Citizenship and Immigration — Immigration practice — Applicant found not entitled to landing under deferred removal orders class regulations as not in possession of passport, travel document — Passport subsequently issued to applicant by Iranian embassy — Original decision to refuse application for landing maintained — Whether immigration officer could reconsider decision on basis of new evidence — Immigration Act silent, case law unsettled as to application of doctrine of functus officio to decisions of immigration officers — Decision herein new decision subject to judicial review — Applicant not trying to avoid expiration of limitation period — Immigration officer having authority to reconsider decision on basis of new evidence — Principle of functus officio to be applied flexibly — Parliament's silence not intended to restrict immigration officer from reopening file in interests of justice.*

*Citoyenneté et immigration — Pratique en matière d'immigration — Il a été jugé que le demandeur n'avait aucun droit d'établissement en application des règlements sur les immigrants visés par une mesure de renvoi à exécution différée car il n'était pas en possession d'un passeport ou d'autres documents de voyage — Un passeport a plus tard été délivré au demandeur par l'ambassade d'Iran — La décision originale de rejet de la demande d'établissement a été maintenue — L'agent d'immigration pouvait-il réexaminer sa décision sur la base de nouvelles preuves — La Loi sur l'immigration est muette et la jurisprudence n'est pas fixée sur l'application du principe functus officio aux décisions des agents d'immigration — La présente décision est une nouvelle décision susceptible de contrôle judiciaire — Le demandeur n'a pas essayé d'éviter l'expiration d'un délai — L'agent d'immigration avait le pouvoir de réexaminer la demande sur la base de nouvelles preuves — Le principe functus officio doit être appliqué avec souplesse — Le silence du législateur ne vise pas à empêcher l'agent d'immigration de réexaminer un dossier s'il y va de l'intérêt de la justice.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11.401*  
(as enacted by SOR/94-681, s. 3).

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172,*  
art. 11.401 (édicte par DORS/94-681, art. 3).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2  
S.C.R. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577;  
[1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40  
Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277; *Chan v.*  
*Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,  
[1996] 3 F.C. 349; (1996), 136 D.L.R. (4th) 433; 43  
Admin. L.R. (2d) 314; 114 F.T.R. 247; 34 Imm. L.R.  
(2d) 259 (T.D.).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2  
R.C.S. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577;  
[1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40  
Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277; *Chan c.*  
*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra-*  
*tion)*, [1996] 3 C.F. 349; (1996), 136 D.L.R. (4th) 433;  
43 Admin. L.R. (2d) 314; 114 F.T.R. 247; 34 Imm.  
L.R. (2d) 259 (1<sup>re</sup> inst.).

## CONSIDERED:

*Soimu v. Canada (Secretary of State)* (1994), 83 F.T.R. 285 (F.C.T.D.); *Dumbrava v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 230; 31 Imm. L.R. (2d) 76 (F.C.T.D.); *Kandasamy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 119 F.T.R. 262; 36 Imm. L.R. (2d) 237 (F.C.T.D.); *Tchassovnikov et al. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 144 (F.C.T.D.); *Jimenez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 147 F.T.R. 199 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 685 (T.D.) (QL); *Dhaliwal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 982 (T.D.) (QL).

## AUTHORS CITED

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, Vol. 2, loose-leaf ed., Toronto: Butterworths.

APPLICATION to set aside the decision of an immigration officer that the applicant was not entitled to landing pursuant to the deferred removal orders class regulations. Application allowed.

## APPEARANCES:

*Chantal Desloges* for applicant.  
*Michael Beggs* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Green & Spiegel*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada*, for respondent.

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

[1] REED J.: The applicant seeks an order setting aside the decision of an immigration officer that found he was not entitled to landing pursuant to the deferred removal orders class (DROC) regulations

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Soimu c. Canada (Secrétaire d'État)* (1994), 83 F.T.R. 285 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Dumbrava c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 230; 31 Imm. L.R. (2d) 76 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Kandasamy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 119 F.T.R. 262; 36 Imm. L.R. (2d) 237 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Tchassovnikov et al. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 144 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Jimenez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 147 F.T.R. 199 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 685 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Dhaliwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 982 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

## DOCTRINE

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, Vol. 2, loose-leaf ed., Toronto: Butterworths.

DEMANDE d'annulation de la décision d'un agent d'immigration portant que le demandeur n'avait aucun droit d'établissement en application des règlements sur les immigrants visés par une mesure de renvoi à exécution différée. Demande accueillie.

## ONT COMPARU:

*Chantal Desloges* pour le demandeur.  
*Michael Beggs* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Green & Spiegel*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE REED: Le demandeur vise à obtenir une ordonnance annulant la décision d'un agent d'immigration précisant qu'il n'a aucun droit d'établissement en application des règlements sur les immigrants visés



[SOR/94-681]. The main issue is whether an immigration officer can reconsider a decision on the basis of new evidence.

[2] The Regulatory Impact Analysis Statement, which accompanied the DROC regulations, explained their goal:

The goal . . . is to regularize the status of certain failed refugee claimants who have been in "limbo" for several years awaiting removal due to the Department's unwillingness or inability to remove them and whose situation shows no immediate prospect of resolution. In many cases, these individuals have formed an attachment to Canada; consequently, removal, at this point, would be both unfair to the individual and would have no deterrent value.

[3] The document also states that several alternatives to the DROC program were considered but the:

. . . status quo was rejected because in some cases the situations which led the Department to depart from the normal removals policy show little sign of improvement and hence those persons who are currently under order would likely continue in "limbo" for some time. In other cases the human rights situation has improved to the point that removals are now possible, but many of those under removal order have been in Canada for such a long time that removing them would be unfair.

[4] The applicant clearly fell within the purpose of this program. He came to Canada in 1990 when he was 14 years old. He applied for refugee status, but in 1991 the Immigration and Refugee Board found him not to be a Convention refugee. He remained in Canada thereafter without status.

[5] When the DROC program was announced, he applied and was found to be eligible for landing thereunder. In order to be granted landing, however, an eligible person had to be in possession of a passport or other travel document. Paragraph 11.401(b)

par une mesure de renvoi à exécution différée (IMRED) [DORS/94-681]. La principale question litigieuse est de savoir si un agent d'immigration peut réexaminer une décision sur la base de nouvelles preuves.

[2] Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation qui accompagne les règlements sur les immigrants visés par une mesure de renvoi à exécution différée, explique leur but:

Cette modification réglementaire a pour objet de régulariser le statut de certains demandeurs déboutés qui, attendant d'être renvoyés, sont tombés «dans l'oubli» depuis de nombreuses années, mais que le ministère n'a pas voulu ou n'a pas pu renvoyer et dont le cas ne semble pas sur le point d'être réglé. Dans beaucoup de cas, ces personnes ont pu créer des liens avec le Canada; ainsi, le renvoi, à ce moment-ci, serait à la fois injuste pour l'intéressé et n'aurait aucun effet dissuasif.

[3] Le document précise également que plusieurs solutions subsidiaires aux mesures de renvoi à exécution différée ont été étudiées mais que:

Le statu quo a été rejeté parce que dans certain cas la situation qui a amené le ministère à s'écarter de la politique habituelle concernant les renvois montre peu de signe d'amélioration et parce que les personnes qui se trouvent actuellement sous le coup d'une mesure de renvoi auraient toutes les chances de demeurer «dans l'oubli» pendant quelque temps encore. Dans d'autres cas, la situation relative au respect des droits de la personne s'est améliorée au point où le renvoi est maintenant possible, mais un grand nombre des personnes frappées de renvoi se trouvent au Canada depuis si longtemps qu'il serait injuste de les renvoyer dans leur pays.

[4] Le demandeur entrait clairement dans le cadre de ce programme. Il est venu au Canada en 1990 alors qu'il était âgé de 14 ans. Il a fait une demande en vue d'obtenir le statut de réfugié mais en 1991, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a décidé qu'il n'était pas un réfugié au sens de la Convention. Il est néanmoins resté au Canada mais sans statut.

[5] Lorsque le programme relatif aux immigrants visés par une mesure de renvoi à exécution différée a été annoncé, il a fait une demande et a été déclaré admissible à s'établir en vertu de celui-ci. Cependant, pour se voir accorder le droit d'établissement, la

[as enacted by SOR/94-681, s. 3] of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, stated:

11.401 A member of the deferred removal orders class and the member's dependants, if any, are subject to the following landing requirements:

...

(b) the member and a member's accompanying dependants must be, as the case may be, in possession of

(i) a passport or travel document issued to that member by the country of which the member is a citizen or national, unless the member cannot acquire such document because of the disruption of government in the issuing country,

[6] The applicant attempted to obtain a passport from the Iranian embassy as he had left Iran without one. His counsel was informed by the embassy that it would renew a passport, but would not issue a new one unless the applicant could provide a birth certificate issued by the new Government of the Islamic Republic of Iran. The applicant had a birth certificate issued by the Imperial Government of the Shah of Iran. This information was forwarded to the respondent on May 6, 1996.

[7] The respondent then instructed the applicant, pursuant to departmental policy, to obtain a letter from the Iranian embassy saying why it would not issue a passport. The applicant was apparently told that the embassy would do nothing for him because he had left Iran illegally and had not done his military service. This was communicated to the respondent on October 18, 1996.

[8] On May 5, 1997, the applicant was informed by the relevant immigration officer that his application might have to be refused because he was not in possession of a passport, identity or travel document. The applicant was given 30 days to respond. The

personne admissible devait posséder un passeport ou d'autres documents de voyage. Le paragraphe 11.401b) [édicte par DORS/94-681, art. 3] du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, prévoyait:

11.401 Les exigences relatives à l'établissement d'un immigrant visé par une mesure de renvoi à exécution différée et des personnes à sa charge, le cas échéant, sont les suivantes:

[. . .]

b) lui et les personnes à sa charge qui l'accompagnent possèdent, selon le cas, l'un des documents suivants:

(i) un passeport ou un document de voyage qui lui a été délivré par le pays dont il est citoyen ou ressortissant, sauf si l'immigrant en sa qualité de citoyen ou de ressortissant ne peut se procurer de tels documents du fait de la vacance de gouvernement dans le pays qui aurait dû les délivrer

[6] Comme il avait quitté l'Iran sans passeport, le demandeur a essayé d'en obtenir un de l'ambassade iranienne. Son avocat a été informé par l'ambassade qu'elle pouvait renouveler un passeport, mais qu'elle ne pouvait pas en délivrer un nouveau, à moins que le demandeur soit en mesure de fournir un certificat de naissance délivré par le nouveau gouvernement de la République islamique d'Iran. Le demandeur avait un certificat de naissance qui lui avait été délivré par le gouvernement impérial du Shah d'Iran. Ces renseignements ont été envoyés au défendeur le 6 mai 1996.

[7] Le défendeur a dès lors requis le demandeur, en application de la politique du ministère, d'obtenir une lettre de l'ambassade d'Iran précisant pourquoi celle-ci ne voulait pas lui délivrer un passeport. Le demandeur a apparemment été avisé que l'ambassade ne ferait rien pour lui, car il avait quitté l'Iran illégalement et il n'avait pas fait son service militaire. Ce renseignement a été communiqué au défendeur le 18 octobre 1996.

[8] Le 5 mai 1997, le demandeur a été informé par l'agent d'immigration compétent qu'il se pouvait que sa demande soit rejetée au motif qu'il n'était pas en possession d'un passeport, de documents prouvant son identité ou de documents de voyage. Un délai de 30

applicant's counsel responded, explaining again the difficulty the applicant was having in obtaining a passport from the embassy. The letter enclosed a copy of the applicant's birth certificate and suggested that it be used instead.

[9] The applicant subsequently received a letter dated November 3, 1997, refusing his application for landing as a member of DROC because he was not in possession of a passport or other travel document. He was informed that he was required to leave Canada immediately. The applicant then retained different counsel. At his new counsel's urging, he went back to the Iranian embassy and this time was issued a passport. His new counsel sent a copy of the passport under cover of a letter dated February 11, 1998, to the relevant officer and requested a resumption of the processing of the applicant's file under the DROC program.

[10] A letter, dated July 3, 1998, was sent by the officer in reply stating that the earlier refusal was maintained. It is this decision that is now under review. The July 3, 1998 letter states:

We have received your letter dated February 18 [*sic*], 1998 with the attached information and have conducted a review of your file. The original decision to refuse your application of which you were notified on November 03, 1997 is maintained.

[11] The applicant's counsel argues that that decision is perverse because when it was made the officer had a copy of the applicant's passport before him. Thus, in making the July 3, 1998, decision relevant evidence was ignored.

[12] The respondent argues that despite the fact that the text of the July 3, 1998, letter indicates that a decision was made after reconsideration of the applicant's DROC application, the letter was merely a courtesy letter not a new decision. In addition, the respondent argues that with the making of the Novem-

jours lui a été donné pour répondre. L'avocat du demandeur a répondu, en expliquant à nouveau combien il était difficile pour le demandeur d'obtenir un passeport de l'ambassade. Il a joint à sa lettre une copie du certificat de naissance du demandeur en suggérant que celui-ci soit utilisé à la place du passeport.

[9] Par la suite, le demandeur a reçu une lettre, datée du 3 novembre 1997, refusant sa demande d'établissement à titre d'immigrant visé par une mesure de renvoi à exécution différée, au motif qu'il ne détenait pas de passeport ni d'autres documents de voyage. Il a été informé qu'il devait quitter le Canada immédiatement. Le demandeur a dès lors engagé un nouvel avocat. Sous la vive recommandation de son avocat, il est retourné à l'ambassade d'Iran et cette fois-ci un passeport lui a été délivré. Son nouvel avocat a envoyé à l'agent compétent une copie du passeport accompagnée d'une lettre, datée du 11 février 1998, demandant que le dossier du demandeur soit réexaminé en vertu du programme sur les mesures de renvoi à exécution différée.

[10] L'agent, dans une lettre datée du 3 juillet 1998, a répondu que le précédent rejet était maintenu. C'est cette décision qui fait l'objet du présent contrôle. La lettre du 3 juillet 1998 dit:

[TRADUCTION] Nous avons reçu votre lettre datée du 18 [*sic*] février 1998 accompagnée des renseignements qui y étaient joints et nous avons réexaminé votre dossier. La décision de rejeter votre demande, dont vous avez été avisé le 3 novembre 1997, est maintenue.

[11] L'avocat du demandeur soutient que cette décision est abusive au motif que l'agent, lorsqu'il l'a prise, disposait d'une copie du passeport du demandeur. Par conséquent, en rendant sa décision du 3 juillet 1998, il a omis de tenir compte d'une preuve pertinente.

[12] Le défendeur soutient que, malgré le fait que la lettre du 3 juillet 1998 indique qu'une décision a été prise après le réexamen de la demande faite dans le cadre de la catégorie des immigrants visés par une mesure de renvoi à exécution différée, celle-ci n'était en fait qu'une lettre de politesse et non une nouvelle

ber 3, 1997, decision the officer was *functus officio*, and had no authority to reconsider the application.

[13] The governing jurisprudence with respect to when the principle of *functus officio* is applied to administrative decisions is found in *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, at page 862. Mr. Justice Sopinka, speaking for a majority of the Court, indicated that the origin of the doctrine *functus officio* related to formal orders of a Court that were subject to full appeal. He noted that there was some indication that the doctrine did not apply to administrative tribunals from which there was no appeal. In his view this was not correct since there were sound policy reasons for finality of decision making by both administrative tribunals and courts. However, he noted that the doctrine should be applied flexibly to administrative tribunals:

... I am of the opinion that its application must be more flexible and less formalistic in respect to the decisions of administrative tribunals which are subject to appeal only on a point of law. Justice may require the reopening of administrative proceedings in order to provide relief which would otherwise be available on appeal.

Accordingly, the principle should not be strictly applied where there are indications in the enabling statute that a decision can be reopened in order to enable the tribunal to discharge the function committed to it by enabling legislation.

[14] Mr. Justice Cullen considered the application of the doctrine of *functus officio* to a visa officer's decision in *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] 3 F.C. 349 (T.D.). The issue was whether a visa officer could revoke visas that had been issued to a woman and her son as a result of information the visa officer subsequently obtained that the woman was involved with a criminal triad. Mr. Justice Cullen quoted the above passage from *Chandler* and commented as follows at pages 366-367:

décision. De plus, le défendeur soutient qu'en rendant la décision du 3 novembre 1997, l'agent agissait *functus officio* et n'avait pas le pouvoir de réexaminer la demande.

[13] La jurisprudence concernant le moment où le principe *functus officio* s'applique aux décisions administratives se trouve dans l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, à la page 862. Le juge Sopinka, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a précisé que l'origine du principe *functus officio* était liée aux ordonnances officielles d'une cour de justice pouvant faire l'objet d'un appel en bonne et due forme. Il a noté qu'il y avait des indications que le principe ne s'appliquait pas aux tribunaux administratifs dont les décisions ne pouvaient faire l'objet d'un appel. À son avis, cela n'était pas juste puisqu'il existait de bonnes raisons de principe étayant le caractère définitif des décisions prises par les tribunaux administratifs et les cours. Cependant, il a noté que le principe devrait être appliqué de manière souple aux tribunaux administratifs:

C'est pourquoi j'estime que son application doit être plus souple et moins formaliste dans le cas de décisions rendues par des tribunaux administratifs qui ne peuvent faire l'objet d'un appel que sur une question de droit. Il est possible que les procédures administratives doivent être réouvertes, dans l'intérêt de la justice, afin d'offrir un redressement qu'il aurait par ailleurs été possible d'obtenir par voie d'appel.

Par conséquent, il ne faudrait pas appliquer le principe de façon stricte lorsque la loi habilitante porte à croire qu'une décision peut être réouverte afin de permettre au tribunal d'exercer la fonction que lui confère sa loi habilitante.

[14] Le juge Cullen a considéré l'application du principe *functus officio* à la décision d'un agent des visas dans l'arrêt *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] 3 C.F. 349 (1<sup>re</sup> inst.). La question était de savoir si un agent des visas pouvait annuler un visa qui avait été délivré à une femme et son fils, par suite des renseignements qu'il avait reçus ultérieurement et qui indiquaient que la femme était impliquée dans une triade criminelle. Le juge Cullen a cité le passage ci-dessus tiré de l'arrêt *Chandler* et a fait les commentaires suivants aux pages 366 et 367:

I understand this decision to mean that administrative decision-making, because it is more flexible and less formalistic than judicial decision-making, can be “re-opened” in the interests of justice where the enabling statute contemplates reconsideration of a decision.

Does the *Immigration Act* contemplate that a visa officer can reconsider his decision? There is nothing in the statute that deals with whether a visa officer may review decisions already made. I would take this silence, however, not to be a prohibition against reconsideration of decisions. Rather, I think that the visa officer has jurisdiction to reconsider his decision, particularly when new information comes to light. One can well imagine a situation opposite the one in the case at bar. What if the applicant was initially denied her visa because the officer considered her to be a member of the Sun Yee On triad? Could she not have brought new information to light, asking the visa officer to reconsider his decision? If the new information was persuasive, I have little doubt that the visa officer would have jurisdiction to issue a new decision, granting a visa. In my view, the same logic applies to the case at bar. The visa officer, upon receiving information that the applicant was a member of an inadmissible class, had jurisdiction to reconsider his earlier decision and revoke her visa. To squeeze the administrative decisions of visa officers into the same *functus officio* box that is imposed on judicial decision-makers would, in my view, not accord with the role and duties of visa officers. [Emphasis added.]

[15] Mr. Justice Cullen’s conclusion accords with the statement contained in paragraph 13.322.1 of Mr. Waldman’s loose-leaf publication, *Immigration Law and Practice*, Vol. 2 (Toronto: Butterworths Canada):

If an application is refused, either counsel or the applicant have several options. They can seek clarification on the reasons for refusal, either by approaching the visa officer or by making a request under the *Access to Information Act* for the visa officer’s file. In either case, after being apprised of the reasons for refusal, the applicant can seek a reconsideration by submitting further documentation in support of the application in order to address the concerns raised by the visa officer.

[16] There is no doubt that the jurisprudence in this area is unsettled. One aspect that is clear, however, is that a decision, such as that undertaken in this case is a new decision subject to judicial review. The validity of the decision depends on whether the decision maker has authority to undertake the reconsideration. This

Si je comprends bien cet arrêt, les décisions rendues par des organismes administratifs, plus souples et moins formalistes que les décisions judiciaires, peuvent être «réouvertes» dans l’intérêt de la justice lorsque la loi habilitante envisage le réexamen d’une décision.

La *Loi sur l’immigration* envisage-t-elle qu’un agent des visas puisse réexaminer sa décision? Rien dans la loi ne porte sur le réexamen éventuel, par un agent des visas, de ses décisions. Je n’interprète cependant pas ce silence comme prohibant un tel réexamen. Je crois plutôt que l’agent des visas a la compétence nécessaire pour reconsidérer ses décisions, particulièrement lorsque de nouveaux renseignements sont connus. On peut fort bien imaginer une situation opposée à celle en l’espèce. Qu’en serait-il si on avait dès le départ refusé un visa à la requérante parce que l’agent avait considéré qu’elle était membre de la triade Sun Yee On? N’aurait-elle pu présenter de nouveaux renseignements, et demander à l’agent des visas de reconsidérer sa décision? Si les nouveaux renseignements étaient convaincants, je ne doute pas que l’agent des visas aurait la compétence nécessaire pour rendre une nouvelle décision qui accorderait le visa. À mon sens, la même logique s’applique à l’espèce. L’agent des visas, sur réception de renseignements l’informant que la requérante était membre d’une catégorie de personnes non admissible, était compétent à reconsidérer sa décision antérieure et à révoquer son visa. Appliquer aux décisions administratives des agents des visas les mêmes règles de perte subséquente de compétence qui régissent les décisions judiciaires ne serait pas, à mon sens, en accord avec le rôle et les fonctions des agents des visas. [Non souligné dans l’original.]

[15] La conclusion du juge Cullen concorde avec celle de l’alinéa 13.322.1 de la publication à feuilles mobiles de M. Waldman intitulée *Immigration Law and Practice*, Vol. 2 (Toronto: Butterworths Canada):

[TRADUCTION] Si une demande est rejetée, l’avocat ou le demandeur disposent de plusieurs options. Ils peuvent demander des éclaircissements quant aux motifs du rejet, soit en s’adressant à l’agent des visas, soit en faisant une demande en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* pour obtenir le dossier de l’agent des visas. Dans chacun des cas, après avoir été informé des motifs du rejet, le demandeur peut demander un réexamen en présentant de nouveaux documents à l’appui de la demande en vue d’aborder les questions soulevées par l’agent des visas.

[16] Il ne fait aucun doute que la jurisprudence n’est pas fixée en la matière. Un aspect qui est clair cependant, est qu’une décision comme celle qui a été prise dans la présente affaire est une nouvelle décision susceptible de contrôle judiciaire. La validité de la décision dépend de la question de savoir si celui qui

was held to be the case by Mr. Justice Rothstein in *Soimu v. Canada (Secretary of State)* (1994), 83 F.T.R. 285 (F.C.T.D.), and by Mr. Justice Noël in *Dumbrava v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 230 (F.C.T.D.).

[17] A situation such as the present is different from those in which the second “consideration” is not a reconsideration but an explanation of the earlier decision, or in which a courtesy letter is sent in response to the request to reopen the earlier decision, see, for example, *Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 685 (T.D.) (QL); and *Dhaliwal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 982 (T.D.) (QL). Indeed, in some instances a request for a reconsideration may be nothing more than an attempt by counsel for the applicant to avoid the expiration of the time limit within which judicial review of the first decision might be commenced, see *Dhaliwal (supra)* and *Wong (supra)*.

[18] What is unsettled in the jurisprudence, however, are the circumstances in which an administrative decision maker will be bound by the doctrine of *functus officio* and, therefore, unable to reopen a decision that has been made to consider new evidence and when a decision maker is not so bound. In the *Soimu* case, Mr. Justice Rothstein at page 288 found that since the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] was silent as to whether a visa officer could review decisions that had been made, it would appear that she was not *functus*:

The review that she conducted might have, although it did not, result in her changing her mind and allowing the applicant’s counsel’s request for review. Surely had she changed her mind it could not be said that the letter advising of her new opinion was not a decision. By the same reasoning, even though, on the review, she came to the same conclusion as before, that conclusion must also constitute a decision.

Counsel agreed that there is nothing in the **Immigration Act** that deals with whether a visa officer may review decisions already made. Therefore, it does not appear that

a rendu la décision a le pouvoir d’entreprendre le réexamen. Le juge Rothstein dans l’arrêt *Soimu c. Canada (Secrétariat d’État)* (1994), 83 F.T.R. 285 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), et le juge Noël dans l’arrêt *Dumbrava c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1995), 101 F.T.R. 230 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) en ont décidé ainsi.

[17] La présente situation est différente de celles dans lesquelles le deuxième «examen» n’est pas un réexamen, mais une explication de la première décision ou encore de celles dans lesquelles une lettre de politesse est envoyée en réponse à une demande visant le réexamen de la précédente décision, voir par exemple les arrêts *Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 685 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); et *Dhaliwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 982 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). En effet, dans certains cas, la demande de réexamen n’est rien d’autre qu’une tentative de l’avocat du demandeur d’éviter l’expiration du délai dans lequel le contrôle judiciaire de la première décision doit être commencé, voir *Dhaliwal* (précité) et *Wong* (précité).

[18] Cependant, ce qui n’est pas fixé dans la jurisprudence, ce sont les circonstances dans lesquelles une instance décisionnelle administrative sera liée ou non par le principe du *functus officio* et ne pourra donc réexaminer une décision qui a été rendue pour tenir compte de nouveaux éléments de preuve. Dans l’arrêt *Soimu*, le juge Rothstein, à la page 288, a décidé que, puisque la *Loi sur l’immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] est muette sur la question de savoir si une agente des visas pouvait réviser les décisions déjà rendues, il apparaîtrait qu’elle n’agissait pas *functus officio*:

La révision à laquelle elle s’est livrée aurait pu l’amener à changer d’avis pour accueillir la demande du requérant. C’était en fait ce que visait la requête en révision introduite par l’avocat du requérant. Si elle avait changé d’avis, on ne pourrait certainement pas dire que la lettre informant de sa nouvelle opinion n’était pas une décision. Dans le même ordre d’idée, même si, à l’occasion de la révision, elle tirait la même conclusion qu’auparavant, cette conclusion doit également constituer une décision.

Les avocats ont convenu que rien dans la **Loi sur l’immigration** ne portait sur la question de savoir si un agent des visas pouvait réviser les décisions déjà prises. L’agente des

the visa officer was “functus” after she made her February 8, 1994 decision such that the April 20, 1994 decision was made without jurisdiction.

[19] Mr. Justice Noël in *Dumbrava*, however, came to the opposite conclusion. He stated at page 237:

I would have thought that the matter could best be approached the other way in that, absent an express grant of jurisdiction, it is doubtful that a decision maker has the power to reconsider a prior decision on new grounds and exercise his or her discretion anew. The decision making powers of a visa officer are statutory and, as such, they must be found in the statute. While I have no doubt that slips, typos and obvious errors can be corrected after a decision has been rendered the discretion of a decision maker is, in my view, fully exhausted once the discretionary authority to decide has been exercised in the manner contemplated by statute. As such a decision maker cannot pronounce more than once on the same matter.

[20] Subsequent to the *Soimu* and *Dumbrava* decisions, the same issue was addressed with respect to decisions of senior immigration officials. In *Kandasamy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 119 F.T.R. 262 (F.C.T.D.), an applicant had been determined not to be eligible to have his claim to be a Convention refugee determined because he was a Convention refugee in Germany, the latter fact being one with which the applicant agreed. Subsequent to that decision, the applicant learned from his father that he had not been accepted as a Convention refugee in Germany. He sought to have his ineligibility finding reconsidered. The senior immigration officer refused on the ground that the information on which the applicant was now relying “could reasonably have been expected to have been available at [the] time of” the first decision—it was not new information that was coming to light for the first time. Mr. Justice MacKay held that there was a serious issue raised by the applicant’s argument (the issue before Mr. Justice MacKay was whether a stay of the execution of a deportation order should be granted). The decision of the senior immigration officer refusing to reconsider the applicant’s eligibility was subsequently set aside, on consent, and referred back for reconsideration with respect to the new documentary evidence the applicant had submitted that he had

visas n’était pas, semble-t-il, dessaisie de ses fonctions après qu’elle eut pris sa décision du 8 février 1994. Dans le cas contraire, elle a pris la décision du 20 avril 1994 alors qu’elle était sans compétence.

[19] Cependant, dans l’arrêt *Dumbrava*, le juge Noël est arrivé à la conclusion opposée. Il a dit à la page 237:

Je pense qu’il vaudrait mieux aborder la question dans l’autre sens, étant donné que faute d’attribution expresse de compétence, il est douteux qu’une autorité décisionnaire puisse revoir une décision antérieure sur la base de nouveaux motifs et exercer son pouvoir discrétionnaire derechef. L’agente des visas tire son pouvoir décisionnaire de la loi écrite, elle ne peut donc exercer que les pouvoirs qui y sont expressément prévus. Je ne doute pas que les lapsus, fautes de frappe et autres erreurs matérielles visibles puissent être rectifiés après coup, mais à mon avis, le pouvoir discrétionnaire de l’autorité décisionnaire est vidé, une fois qu’il a été exercé de la manière prévue par la loi. Il s’ensuit que cette autorité ne peut prononcer deux fois sur la même question.

[20] Après les arrêts *Soimu* et *Dumbrava*, la même question s’est posée relativement aux décisions prises par des agents principaux. Dans l’arrêt *Kandasamy c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l’Immigration)* (1996), 119 F.T.R. 262 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), un demandeur n’a pu être admis à faire juger sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention au Canada du fait qu’il était déjà un réfugié au sens de la Convention en Allemagne, ce dernier fait étant l’un de ceux que le demandeur a reconnu. Après le prononcé de cette décision, le demandeur avait appris de son père qu’il n’avait pas été admis à titre de réfugié en Allemagne. Il a demandé que son inadmissibilité soit réexaminée. L’agent principal a refusé au motif que l’information sur laquelle se fondait maintenant le demandeur «pouvait raisonnablement être disponible à l’époque» de la première décision—il ne s’agissait pas d’une information nouvelle fraîchement disponible. Le juge MacKay a statué qu’une question grave avait été soulevée par le demandeur (la question que le juge MacKay devait trancher était de savoir si la demande de sursis de l’exécution d’une mesure d’expulsion devait être accueillie). La décision de l’agent principal refusant de réexaminer l’admissibilité du demandeur a plus tard été annulée, de consentement, et renvoyée pour réexamen eu égard à la nouvelle preuve documentaire que le demandeur avait fournie selon laquelle

not been granted refugee status in Germany. (Order rendered by Mr. Justice Gibson on March 3, 1997.)

[21] The decision of an immigration officer with respect to the eligibility of a refugee claimant was also considered in *Tchassovnikov et al. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 144. In that decision, Mr. Justice Campbell relied, at page 145, on the *Chan* decision and found that a reconsideration of the applicant's eligibility should have taken place:

On November 13, 1996, the applicants' counsel sent a letter to Immigration Canada requesting a reconsideration of the July 12, 1995 ineligibility finding on the basis of new evidence. This request for reconsideration was denied on November 17, 1997 on the following ground:

"The decision at issue may not be revisited on the basis of the *functus* principle and it does not appear that, notwithstanding the rule of *functus*, one of the exceptions apply to this case."

This is the decision under review in this application.

Regarding whether an error of law has been made in reaching the decision under review on the *functus* principle, I find the decision of Cullen, J. in *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] 3 F.C. 349 . . . to be compelling authority. In that case, Cullen, J. decided that a visa officer has jurisdiction to reconsider a decision made, particularly when new information comes to light.

I find it reasonable to extend Cullen, J.'s reasoning in *Chan* to the Senior Immigration Officer's decision in this case. Accordingly, I find the Senior Immigration Officer's decision of November 17, 1997 to be based on an error in law.

As the reason for requesting the reconsideration stems from a letter from the Spanish authorities dated April 24th, 1995, which places the original decision reached in this case on July 12, 1995 in significant doubt, I set the decision of November 17, 1997 aside and refer this matter to another immigration officer for redetermination . . . .

[22] At the same time, Mr. Justice Muldoon in *Jimenez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 147 F.T.R. 199 (F.C.T.D.), held

sa demande de statut de réfugié avait été rejetée en Allemagne. (Ordonnance rendue par le juge Gibson le 3 mars 1997.)

[21] La décision d'un agent d'immigration relativement à l'admissibilité d'un revendicateur du statut de réfugié a également été étudiée dans l'affaire *Tchassovnikov et al. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 144. Dans cet arrêt, le juge Campbell s'est fondé sur l'arrêt *Chan*, à la page 145, et a décidé que le réexamen de l'admissibilité du demandeur aurait dû avoir lieu:

Le 13 novembre 1996, l'avocat des demandeurs a envoyé une lettre à Immigration Canada, dans laquelle il lui demandait de réexaminer la décision du 12 juillet 1995 qui refusait de reconnaître aux demandeurs le statut de réfugié, en raison de la découverte de nouveaux éléments de preuve. Le 17 novembre 1997, cette demande de nouvel examen a été rejetée dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Par application du principe de l'épuisement de la compétence, la décision en l'espèce ne peut être réexaminée. Indépendamment du principe susmentionné, il n'apparaît pas qu'une exception s'applique en l'espèce.

La présente demande vise cette dernière décision.

Quant à la question de savoir si la décision faisant l'objet du présent appel comporte une erreur de droit en ce qui concerne l'application du principe de l'épuisement de la compétence, je me considère lié par la décision du juge Cullen dans *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] 3 C.F. 349. En l'espèce, le juge Cullen a statué qu'un agent des visas, particulièrement sur réception de nouveaux renseignements, est compétent à réexaminer une décision.

En l'espèce, j'estime raisonnable d'appliquer le raisonnement du juge Cullen dans *Chan* à la décision de l'agent principal. En conséquence, je considère que la décision de l'agent principal du 17 novembre 1997 comporte une erreur en droit.

Étant donné que la demande de nouvel examen prend appui sur une lettre des autorités espagnoles en date du 24 avril 1995, qui a pour effet de jeter sérieusement le doute sur la décision initiale du 12 juillet 1995, j'annule la décision du 17 novembre 1997 et renvoie l'affaire à un autre agent d'immigration afin qu'il statue à nouveau sur celle-ci, [. . .]

[22] À la même époque, le juge Muldoon, dans l'arrêt *Jimenez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 147 F.T.R. 199



that a decision by the relevant immigration officer that the applicant “appear[ed] to meet the eligibility requirements” of the DROC rendered the decision maker *functus officio* so that that decision could not be reopened to allow the immigration officer to consider evidence that the applicant may have committed war crimes or crimes against humanity.

[23] It is in that context, then, that I will consider the present application. This is not a situation in which the applicant is trying to avoid the expiration of a limitation period. It is not a circumstance where the relevant immigration officer has responded by explaining his earlier decision because that is all he considers necessary as a response. The letter that was sent was not a courtesy letter refusing to reconsider the application. The immigration officer undertook a reconsideration of the applicant’s application for landing but, for whatever reason, ignored the new evidence that had been presented as the basis for the reconsideration request. As such, the decision should be set aside unless the immigration officer had no authority to undertake the reconsideration.

[24] I am not prepared, in the absence of a Federal Court of Appeal decision to the contrary, to conclude that the immigration officer had no such authority. It is clear that immigration officers and visa officers, as a matter of practice, often reconsider their decisions on the basis of new evidence (see Waldman, *supra*). As I read the jurisprudence, I think the need to find express or implied authority to reopen a decision in the relevant statute is directly related to the nature of the decision and the decision-making authority in question. Silence in a statute with respect to the reopening of a decision that has been made on an adjudicative basis, consequent on a formal hearing, and after proof of the relevant facts may indicate that no reopening is intended. Silence in a statute with respect to the reopening of a decision that is at the other end of the scale, a decision made by an official pursuant to a highly informal procedure, on whom no time limits are imposed, must be assessed in light of

(C.F. 1<sup>re</sup> inst.), a statué qu’une décision rendue par l’agent d’immigration compétent que le demandeur «sembl[ait] satisfaire aux conditions d’admissibilité» relatives à la catégorie des immigrants visés par une mesure de renvoi à exécution différée rendait le décideur *functus officio* de sorte que cette décision ne pouvait plus être réouverte afin de permettre à l’agent d’immigration de tenir compte de la preuve que le demandeur ait pu commettre des crimes de guerre ou des crimes contre l’humanité.

[23] C’est dans ce contexte que je vais donc étudier la présente demande. Ce n’est pas une situation dans laquelle le demandeur essaie d’éviter l’expiration d’un délai. Il ne s’agit pas d’une circonstance dans laquelle l’agent d’immigration compétent a répondu en expliquant sa décision précédente, parce que c’est la seule réponse qu’il estime nécessaire. La lettre qui a été envoyée n’était pas une lettre de politesse refusant de réexaminer la demande. L’agent d’immigration a entrepris un réexamen de la demande d’établissement mais, pour une quelconque raison, il n’a pas tenu compte de la nouvelle preuve qui lui était présentée comme fondement de la demande de réexamen. En conséquence, la décision doit être annulée à moins que l’agent d’immigration n’ait pas le pouvoir d’entreprendre le réexamen.

[24] Je ne suis pas prête, en l’absence d’une décision contraire de la Cour d’appel fédérale, à conclure que l’agent d’immigration n’avait pas un tel pouvoir. Il est clair que les agents d’immigration et les agents des visas, dans la pratique, réexaminent souvent leurs décisions sur la base de nouvelles preuves (voir Waldman, *précité*). En lisant la jurisprudence, je pense que le besoin de trouver un pouvoir explicite ou implicite dans la loi pertinente pour réexaminer une décision est directement relié à la nature de la décision et à l’instance décisionnelle en question. Le silence dans une loi relativement au réexamen d’une décision judiciaire rendue à la suite d’une audience en bonne et due forme et après que les faits pertinents eurent été établis peut indiquer qu’aucun réexamen n’est voulu. Le silence dans une loi relativement au réexamen d’une décision qui se trouve à l’autre extrémité du spectre, une décision rendue par un fonctionnaire en application d’une procédure très informelle, à qui

the statute as a whole. Silence in such cases may not indicate that Parliament intended that no reconsideration of the decision by the relevant official be allowed. It may merely mean that discretion to do so, or to refuse to do so was left with the official.

[25] As noted, the *Chandler* decision states that the principle of *functus officio* should be applied flexibly in the case of administrative decisions since justice may require the reopening of those decisions. I am persuaded that Parliament's silence in the case of applications for landing, when the individual has been found eligible for such because he falls under DROC, was not intended to restrict the immigration officer from reopening a file when the officer considers it in the interests of justice to do so.

[26] For the reasons given the decision under review will be set aside and the application for landing referred back for reconsideration. Neither party has sought the certification of a question.

aucun délai n'est imposé, doit être apprécié compte tenu de la loi prise dans son ensemble. Le silence dans de tels cas n'indique pas forcément que l'intention du législateur était de ne pas permettre le réexamen de la décision rendue par le fonctionnaire concerné. Il peut simplement vouloir dire que le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser de le faire a été laissé au fonctionnaire.

[25] Tel qu'indiqué, l'arrêt *Chandler* précise que le principe *functus officio* devrait être appliqué avec souplesse dans le cas de décisions administratives puisque la justice peut exiger le réexamen de ces décisions. Je suis convaincue que le silence du législateur, dans le cas de demandes d'établissement de personnes déclarées admissibles parce qu'elles relèvent de la catégorie des IMRED, ne visait pas à empêcher l'agent d'immigration de réexaminer un dossier lorsque ce dernier pense qu'il y va de l'intérêt de la justice.

[26] Pour ces motifs, la décision faisant l'objet du présent contrôle est annulée et la demande d'établissement est renvoyée pour réexamen. Aucune des parties n'a requis la certification d'une question.

A-507-97

A-507-97

A-603-96

A-603-96

**Gitxsan Treaty Society, as represented by the  
Gitxsan Health Authority (*Applicant*)**

**Gitxsan Treaty Society, représentée par la Gitxsan  
Health Authority (*demanderesse*)**

v.

c.

**The Hospital Employees' Union and The British  
Columbia Nurses' Union (*Respondents*)**

**Hospital Employees' Union et British Columbia  
Nurses' Union (*défendeurs*)**

**INDEXED AS: GITXSAN TREATY SOCIETY v. HOSPITAL  
EMPLOYEES' UNION (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: GITXSAN TREATY SOCIETY c. HOSPITAL EM-  
PLOYEES' UNION (C.A.)**

Court of Appeal, Rothstein J.A.—Vancouver, July 19  
and 20, 1999.

Cour d'appel, juge Rothstein, J.C.A.—Vancouver, 19  
et 20 juillet 1999.

*Practice — Notice of constitutional question — Motion by Attorney General of Canada to prevent applicant from questioning constitutional validity, applicability, operability of Canada Labour Code — Applicant seeking judicial review of decisions of CLRB — Failing to give notice to Attorney General of constitutional question in proceedings before Board as required by Federal Court Act, ss. 57(1), (2) — S. 57(1) applying to proceedings before Federal Court, federal boards, commissions, other tribunals — Requirement to give notice under s. 57(1) mandatory — Argument notice requirement could not be complied with as Board never convened oral hearing rejected — Notice must be given even if not known whether oral hearing will be held — Form 2.1 (notice form) must be adapted to particular circumstances — If no hearing to be held, tribunal will so advise attorneys general, give deadline for written submissions — Presence of prejudice irrelevant — Attorneys general having demonstrated prejudice — On judicial review evidence extrinsic to record before tribunal whose decision reviewed may be introduced — Issue one of constitutional jurisdiction of Board under Canada Labour Code, not one in which want of jurisdiction of Board only apparent on new evidence — Review of decisions, not determination, by trial de novo, of questions not adequately canvassed in evidence at tribunal, trial court essential purpose of judicial review.*

*Pratique — Avis d'une question constitutionnelle — Requête déposée par le procureur général du Canada pour empêcher la demanderesse de mettre en doute la validité, l'applicabilité ou l'effet sur le plan constitutionnel du Code canadien du travail — La demanderesse a demandé le contrôle judiciaire des décisions du CCRT — Elle a omis de donner un avis d'une question constitutionnelle au procureur général lors des procédures devant le CCRT, comme le requièrent les art. 57(1) et (2) de la Loi sur la Cour fédérale — L'art. 57(1) s'applique aux procédures instruites devant la Cour fédérale et devant un office fédéral — Il prévoit l'obligation de communiquer un avis — L'argument selon lequel l'obligation de communiquer l'avis n'a pu être remplie parce que le Conseil n'avait jamais convoqué d'audition orale a été rejeté — Un avis doit être communiqué même lorsqu'on ne sait pas s'il y aura une audition — La formule 2.1 (formule d'avis) doit être adaptée aux circonstances particulières — S'il est décidé qu'aucune audition ne sera tenue, le tribunal en avisera les procureurs généraux et leur fixera une date d'échéance pour le dépôt de leurs observations écrites — La présence d'un préjudice n'est pas un facteur pertinent — Les procureurs généraux ont démontré qu'ils ont subi un préjudice — À l'étape du contrôle judiciaire, il est permis de présenter une preuve extrinsèque au dossier soumis devant le tribunal dont la décision fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire — La question qui se pose touche la compétence constitutionnelle du CCRT sous le régime du Code canadien du travail et, non le fait que seuls de nouveaux éléments de preuve peuvent faire apparaître le défaut de compétence du Conseil — Le but premier du contrôle judiciaire est de contrôler des décisions, et non pas de trancher, par un procès de novo, des questions qui n'ont pas été examinées de façon adéquate sur le plan de la preuve devant le tribunal ou la cour de première instance.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

LOIS ET RÈGLEMENTS

*Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 16(p).*

*Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 16p).*

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35(1).  
*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19), (2) (as am. *idem*).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 301.1 (as enacted by SOR/92-43, s. 2), Form 2.1 (as enacted *idem*, s. 20).  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 107.

*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35(1).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19), (2) (mod. *idem*).  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, règle 301.1 (éditée par DORS/92-43, art. 2), formule 2.1 (éditée, *idem*, art. 20).  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 107.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; (1997), 142 D.L.R. (4th) 385; 41 C.R.R. (2d) 240; 207 N.R. 171; 97 O.A.C. 161; *Rex v. Nat Bell Liquors Limited*, [1922] 2 A.C. 128 (P.C.).

## REFERRED TO:

*Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; 79 CLLC 14,211; 28 N.R. 107; *Watt v. Liebelt*, [1999] 2 F.C. 455 (C.A.); *Westbank First Nation v. British Columbia (Labour Relations Board)*, [1997] B.C.J. No. 2410 (S.C.) (QL); *Kenbrent Holdings Ltd. v. Atkey*, [1995] F.C.J. No. 530 (T.D.) (QL); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Toledo*, [1998] F.C.J. No. 284 (T.D.) (QL); *In re McEwen*, [1941] S.C.R. 542.

MOTION to prevent the applicant from questioning the constitutional validity, applicability or operability of the *Canada Labour Code* on the ground that the applicant failed to give notice to the Attorney General of Canada of the constitutional question before the Canada Labour Relations Board as required by subsections 57(1) and (2) of the *Federal Court Act*. Motion granted.

## APPEARANCES:

*Charles B. Coutts* and *Paul M. Pulver* for applicant.  
*Carolyn J. Askew* for respondent, Hospital Employees' Union.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; (1997), 142 D.L.R. (4th) 385; 41 C.R.R. (2d) 240; 207 N.R. 171; 97 O.A.C. 161; *Rex v. Nat Bell Liquors Limited*, [1922] 2 A.C. 128 (C.P.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; 79 CLLC 14,211; 28 N.R. 107; *Watt c. Liebelt*, [1999] 2 C.F. 455 (C.A.); *Westbank First Nation v. British Columbia (Labour Relations Board)*, [1997] B.C.J. No. 2410 (C.S.) (QL); *Kenbrent Holdings Ltd. c. Atkey*, [1995] A.C.F. n° 530 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Toledo*, [1998] A.C.F. n° 284 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *In re McEwen*, [1941] R.C.S. 542.

REQUÊTE pour empêcher la demanderesse de mettre en doute la validité, l'applicabilité ou l'effet sur le plan constitutionnel du *Code canadien du travail*, au motif que la demanderesse a omis de communiquer au procureur général un avis d'une question constitutionnelle lors des procédures devant le Conseil canadien des relations du travail, comme le requièrent les paragraphes 57(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Requête accueillie.

## ONT COMPARU:

*Charles B. Coutts* et *Paul M. Pulver* pour la demanderesse.  
*Carolyn J. Askew* pour le défendeur, Hospital Employees' Union.

*Christopher G. Buchanan* for respondent, British Columbia Nurses' Union.

*Alan D. Louie* and *Rodney Yamanouchi* for intervener, Attorney General of Canada.

*John B. Edmond* for intervener, Attorney General of British Columbia.

SOLICITORS OF RECORD:

*Schiller, Coutts, Weiler & Gibson*, Vancouver, for applicant.

*Askew Fiorillo & Glavin*, Vancouver, for respondent, Hospital Employees' Union.

*Christopher G. Buchanan*, Victory Square Law Office, Vancouver, for respondent, British Columbia Nurses' Union.

*Deputy Attorney General of Canada* for intervener, Attorney General of Canada.

*John B. Edmond*, *Legal Services, Ministry of the Attorney General of British Columbia*, Victoria, for intervener, Attorney General of British Columbia.

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

[1] ROTHSTEIN J.A.: The Attorney General of Canada moves for an order under Rule 107 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], that the applicant be prevented from questioning the constitutional validity, applicability or operability of the *Canada Labour Code*<sup>1</sup> in these judicial reviews of decisions of the Canada Labour Relations Board (CLRB).<sup>2</sup> The grounds are that the applicant failed to give notice to the Attorney General of Canada of the constitutional question in the proceedings before the CLRB as required by subsections 57(1) and (2) of the *Federal Court Act*,<sup>3</sup> that the Attorney General is prejudiced thereby, and that there is no proper factual foundation for the constitutional question to be argued in this Court. Subsections 57(1) and (2) provide:

57. (1) Where the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of

*Christopher G. Buchanan* pour le défendeur, British Columbia Nurses' Union.

*Alan D. Louie* et *Rodney Yamanouchi* pour l'intervenant, le procureur général du Canada.

*John B. Edmond* pour l'intervenant, le procureur général de la Colombie-Britannique.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Schiller, Coutts, Weiler & Gibson*, Vancouver, pour la demanderesse.

*Askew Fiorillo & Glavin*, Vancouver, pour le défendeur, Hospital Employees' Union.

*Christopher G. Buchanan*, Victory Square Law Office, Vancouver, pour le défendeur, British Columbia Nurses' Union.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intervenant, le procureur général du Canada.

*John B. Edmond*, *Services juridiques, Ministère du procureur général de la Colombie-Britannique*, Victoria, pour l'intervenant, le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Le procureur général du Canada a déposé une requête pour que soit prononcée une ordonnance, en application de la règle 107 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106], visant à empêcher la demanderesse de mettre en doute la validité, l'applicabilité ou l'effet sur le plan constitutionnel du *Code canadien du travail*<sup>1</sup> dans le cadre des demandes de contrôle judiciaire des décisions rendues par le Conseil canadien des relations du travail (CCRT)<sup>2</sup>. Le procureur général invoque au soutien de sa requête que la demanderesse a omis de lui donner un avis de la question constitutionnelle lors des procédures devant le CCRT, comme le requièrent les paragraphes 57(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>3</sup>, que cette omission lui a causé préjudice et qu'il n'existe aucun fondement factuel approprié qui justifie que la question constitutionnelle soit débattue devant la Cour. Les paragraphes 57(1) et (2) prévoient:

57. (1) Les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d'application, dont la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur

any province, or of regulations thereunder, is in question before the Court or a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, the Act or regulation shall not be adjudged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with subsection (2).

(2) Except where otherwise ordered by the Court or the federal board, commission or other tribunal, the notice referred to in subsection (1) shall be served at least ten days before the day on which the constitutional question described in that subsection is to be argued.

The Attorney General of Canada is supported in this motion by the respondents and by the Attorney General of British Columbia.

[2] For the purposes of this motion, the facts may be briefly stated. By decision No. 1552 of July 5, 1996, the CLRB certified the Hospital Employees' Union as the bargaining agent for a unit comprising all employees of the Gitxsan Treaty Society as represented by the Gitxsan Health Authority engaged in providing community health services in the province of British Columbia excluding the executive director, regional managers and medical doctors.

[3] The British Columbia Nurses' Union and the applicant sought reconsideration of that decision. By decision dated March 13, 1997, a reconsideration panel of the CLRB denied the applicant's reconsideration application. By decision issued June 12, 1997, the British Columbia Nurses' Union was certified to be the bargaining agent for a unit comprising all registered nurses and the registered nurses were excluded from the Hospital Employees' Union bargaining unit.

[4] In Court file A-603-96, the applicant seeks judicial review of the July 5, 1996 decision of the Board and in Court file A-507-97, the applicant seeks judicial review of the June 12, 1997 decision of the Board.

le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour ou un office fédéral, sauf s'il s'agit d'un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n'aient été avisés conformément au paragraphe (2).

(2) L'avis est, sauf ordonnance contraire de la Cour ou de l'office fédéral en cause, signifié au moins dix jours avant la date à laquelle la question constitutionnelle qui en fait l'objet doit être débattue.

La requête du procureur général du Canada est appuyée par les défendeurs et par le procureur général de la Colombie-Britannique.

[2] Aux fins de la présente requête, les faits de la cause seront brièvement exposés. Par la décision n° 1552 rendue le 5 juillet 1996, le CCRT a accredité le Hospital Employees' Union à titre d'agent négociateur d'une unité qui comprend, à l'exclusion du directeur général, des directeurs régionaux et des médecins, tous les employés de la Gitxsan Treaty Society représentée par la Gitxsan Health Authority, cette dernière se consacrant à prodiguer des services de santé communautaires dans la province de la Colombie-Britannique.

[3] La demanderesse et le British Columbia Nurses' Union ont cherché à faire réexaminer cette décision. Par une décision datée du 13 mars 1997, une formation du CCRT chargée de réexaminer la décision a rejeté la demande de réexamen présentée par la demanderesse. Par une décision datée du 12 juin 1997, le British Columbia Nurses' Union a été accredité à titre d'agent négociateur d'une unité qui comprend toutes les infirmières autorisées; ces dernières ont alors été exclues de l'unité de négociation du Hospital Employees' Union.

[4] Dans le dossier n° A-603-96, la demanderesse conteste par voie de contrôle judiciaire la décision rendue par le Conseil en date du 5 juillet 1996; dans le dossier n° A-507-97, la demanderesse conteste par voie de contrôle judiciaire la décision rendue par le Conseil en date du 12 juin 1997.

[5] Applicant's counsel explained that it is the applicant's position that the Hereditary Chiefs of the Gitxsan people had the Aboriginal right to control the delivery of health care to the Gitxsan people, that labour relations falls under the delivery of health care services to the Gitxsan and that the decision of the CLRB to certify bargaining agents unjustifiably infringes the Aboriginal right at issue contrary to subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. Subsection 35(1) provides:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

[6] The applicant concedes that no notice of constitutional question was served on the Attorney General of Canada or the attorneys general of the provinces with respect to the proceedings before the CLRB. However, the applicant says first, because there was no hearing before the CLRB, it was not required to provide the notice contemplated under subsection 57(1); second, the attorneys general have not demonstrated prejudice by not being given notice and absent prejudice the attorneys general cannot rely on subsection 57(1); and third, any necessary constitutional evidence that the attorneys general might have introduced before the CLRB may be introduced in this Court.

[7] A preliminary question is whether the CLRB had the jurisdiction to consider the constitutional question raised by the applicant. All parties and interveners argued that it did. They relied on paragraph 16(p) of the *Canada Labour Code* which gives the Board jurisdiction to decide any question that may arise in proceedings, as well as the Supreme Court decisions in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*<sup>4</sup> and *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*.<sup>5</sup> I proceed on the basis that the CLRB had jurisdiction to consider the constitutional question.

[5] L'avocat de la demanderesse a expliqué que, selon sa cliente, les chefs héréditaires chez le peuple gitxsan possèdent un droit ancestral de surveillance de la prestation des soins de santé destinés au peuple gitxsan, que les relations de travail concernent la prestation de services de soins de santé aux Gitxsans et que la décision du CCRT d'accréditer des agents négociateurs empiète sur le droit ancestral en question de manière injustifiée, ce qui contrevient au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Le paragraphe 35(1) prévoit:

35. (1) Les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

[6] La demanderesse admet qu'aucun avis d'une question constitutionnelle n'a été signifié au procureur général du Canada ou aux procureurs généraux des provinces relativement aux procédures devant le CCRT. Elle soutient toutefois que, premièrement, elle n'était pas tenue de communiquer l'avis prévu au paragraphe 57(1) puisque aucune audition n'a été tenue devant le CCRT; deuxièmement, que les procureurs généraux n'ont pas démontré qu'ils ont subi un préjudice par suite du défaut d'avis et que, en l'absence de préjudice, ces derniers ne peuvent se fonder sur le paragraphe 57(1); troisièmement, que toute la preuve pertinente en matière constitutionnelle que les procureurs généraux auraient pu présenter devant le CCRT peut être présentée devant la Cour.

[7] La question préliminaire consiste à savoir si le CCRT avait la compétence voulue pour examiner la question constitutionnelle soulevée par le demandeur. Les parties et les intervenants ont tous soutenu qu'il avait cette compétence, en s'appuyant sur l'alinéa 16p) du *Code canadien du travail*, lequel confère au Conseil le pouvoir de trancher toute question qui peut se poser dans l'instance, de même que sur les arrêts de la Cour suprême *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*<sup>4</sup> et *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*<sup>5</sup>. Je pars donc de la prémisse que le CCRT avait compétence pour connaître la question constitutionnelle.

[8] As to whether notice of the constitutional question need have been served under subsection 57(1) of the *Federal Court Act*, with respect to the proceedings before the CLRB, the applicant says there was no oral hearing before the Board. Form 2.1 provided in the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 20)], required that notice be given of the date, time and place when the constitutional question was to be “heard”. As the Board never convened an oral hearing, the applicant could not comply with subsection 57(1) because it could not give notice of any date, time or place of a hearing. Part of Form 2.1 provided:

## FORM 2.1

. . .

You are hereby advised that (*name of party*) intends to question the constitutional validity, applicability or effect (*state which*) of (*identify the particular provision*) in this proceeding, to be heard on (*day, date and time*) at (*place*).

[9] Form 2.1 must be adapted to the particular circumstances. Rule 301.1 [as enacted *idem*, s. 2] of the *Federal Court Rules* provided:

*Rule 301.1* Notice of a constitutional question under section 57 of the Act shall be in substantially the same form as Form 2.1 set out in the Appendix. [Emphasis added.]

I emphasize the word “substantially” to highlight that the Rules recognize that Form 2.1 may not, as set out, apply strictly in all cases. Subsection 57(1) applies not only to proceedings in the Federal Court but also to proceedings before federal boards, commissions or other tribunals. Some tribunals such as the CLRB do not hold oral hearings in all cases. When it is not known whether an oral hearing will be held, any party wishing to raise a constitutional challenge to the validity, applicability or operability of a statute must still notify the attorneys general of its intention to do so. While I do not here prescribe the form of notice, in the circumstances, I would think it advisable for counsel to indicate that an oral hearing may not be

[8] Quant à savoir si l’avis de la question constitutionnelle aurait dû être signifié en application du paragraphe 57(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* relativement à l’instance devant le CCRT, la demanderesse fait valoir qu’il n’y a pas eu d’audition devant le Conseil. La formule 2.1 annexée aux *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (édicte par DORS/92-43, art. 20)] exigeait qu’un avis soit communiqué quant à la date, à l’heure et au lieu où serait «entendue» la question constitutionnelle. Comme le Conseil n’a jamais convoqué d’audition, la demanderesse ne pouvait donc se conformer aux exigences du paragraphe 57(1) puisqu’elle ne pouvait donner d’avis relativement à une date, à une heure ou à un lieu pour la tenue d’une audience. La formule 2.1 prévoyait notamment ce qui suit:

## FORMULE 2.1

[ . . . ]

Vous êtes avisé par les présentes que (*nom de la partie*) a l’intention de contester la validité, l’applicabilité ou l’effet, sur le plan constitutionnel (*préciser lequel*) de (*préciser les dispositions en cause*) dans cette procédure devant être entendue le (*jour*), (*date*), à (*heure*), à (*le lieu*).

[9] La formule 2.1 doit être adaptée aux circonstances particulières. La règle 301.1 [édicte, *idem*, art. 2] des *Règles de la Cour fédérale* prévoyait:

*Règle 301.1* La forme de l’avis d’une question constitutionnelle prévu à l’article 57 de la Loi correspond essentiellement à la formule 2.1 contenue à l’annexe. [Non souligné dans l’original.]

Je mets l’accent sur le terme «essentiellement» pour souligner le fait que les Règles préoyaient que la formule 2.1, telle qu’elle était énoncée, pouvait ne pas s’appliquer de façon systématique dans tous les cas. Le paragraphe 57(1) s’applique non seulement aux procédures instruites devant la Cour fédérale, mais également aux procédures instruites devant un office fédéral. Certains tribunaux, tel le CCRT, ne tiennent pas d’audition dans tous les cas. Lorsqu’on ne sait pas si une audition aura lieu, toute partie qui désire amorcer une contestation sur le plan constitutionnel relativement à la validité, à l’applicabilité ou à l’effet d’une loi demeure tenue d’aviser les procureurs généraux de son intention. Bien que je ne prescrive



convened and that the attorneys general should make it known to the tribunal that they wish to make written or oral submissions. If a hearing is scheduled, a further notice of the date, time and place is a simple matter of follow up. If no hearing is scheduled, then the tribunal will undoubtedly advise the attorneys general and give them a deadline for written submissions. I am not persuaded by the applicant's first argument.

[10] As to the question of the attorneys general not demonstrating prejudice, whether subsection 57(1) is mandatory has not conclusively been decided by the Supreme Court of Canada. However, except in limited circumstances which are not applicable here, I think the weight of judicial authority is in favour of the provision being mandatory. The question was canvassed by Sopinka J. in *Eaton v. Brant County Board of Education*<sup>6</sup> where he explained why he was inclined to the view that subsection 57(1) is mandatory:

In view of the purpose of s. 109 of the *Courts of Justice Act*, I am inclined to agree with the opinion of the New Brunswick Court of Appeal in *D.N. v. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)*, *supra*, and Arbour J.A. dissenting in *Mandelbaum*, *supra*, that the provision is mandatory and failure to give the notice invalidates a decision made in its absence without a showing of prejudice. It seems to me that the absence of notice is in itself prejudicial to the public interest. I am not reassured that the Attorney General will invariably be in a position to explain after the fact what steps might have been taken if timely notice had been given. As a result, there is a risk that in some cases a statutory provision may fall by default.

There is, of course, room for interpretation of s. 109 and there may be cases in which the failure to serve a written notice is not fatal either because the Attorney General consents to the issue's being dealt with or there has been a *de facto* notice which is the equivalent of a written notice. It is not, however, necessary to express a final opinion on

pas en l'espèce la forme que doit revêtir l'avis en question, je pense qu'il convient pour l'avocat, dans les circonstances, d'indiquer qu'une audition peut ne pas être tenue et que les procureurs généraux devraient informer le tribunal de leur intention de présenter des observations orales ou écrites. Si une audition est prévue, la communication d'un autre avis quant à la date, à l'heure et au lieu n'est plus qu'une simple question de suivi du dossier. S'il est décidé qu'aucune audition ne sera tenue, le tribunal en avisera sans doute les procureurs généraux et leur fixera une date d'échéance pour le dépôt de leurs observations écrites. Je ne suis pas convaincu par le premier argument de la demanderesse.

[10] Quant à la prétention selon laquelle les procureurs généraux n'ont pas démontré qu'ils ont subi un préjudice, la question du caractère obligatoire du paragraphe 57(1) n'a pas été tranchée de façon décisive par la Cour suprême du Canada. Cependant, à l'exception de certaines circonstances qui ne s'appliquent pas en l'espèce, j'estime que la jurisprudence penche en faveur du caractère obligatoire de cette disposition. La question a fait l'objet d'un examen par le juge Sopinka dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*<sup>6</sup>, dans lequel il expliquait la raison pour laquelle il était enclin à favoriser la thèse du caractère obligatoire du paragraphe 57(1):

Compte tenu de l'objet de l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, je suis enclin à être d'accord avec l'opinion exprimée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *D.N. c. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)*, précité, et par le juge Arbour, dissidente, dans l'arrêt *Mandelbaum*, précité, selon laquelle la disposition impose une obligation, et l'omission de donner l'avis invalide une décision rendue en son absence sans que l'existence d'un préjudice ait été prouvée. Il me semble que l'absence d'avis est préjudiciable en soi à l'intérêt public. Je ne suis pas rassuré par le fait que le procureur général sera inmanquablement en mesure d'expliquer après coup quelles mesures auraient pu être prises si l'avis avait été donné au moment opportun. Il y a donc un risque que, dans certains cas, une disposition législative puisse être annulée par défaut.

Il y a naturellement place à interprétation en ce qui concerne l'art. 109, et il peut se présenter des cas où l'omission de signifier un avis par écrit n'est pas fatale parce que le procureur général donne son consentement à ce que la question soit examinée ou parce qu'il y a eu un avis *de facto* qui équivaut à un avis par écrit. Il n'est toutefois

these questions in that I am satisfied that under either strand of authority the decision of the Court of Appeal is invalid. No notice or any equivalent was given in this case and in fact the Attorney General and the courts had no reason to believe that the Act was under attack. Clearly, s. 109 was not complied with and the Attorney General was seriously prejudiced by the absence of notice.<sup>7</sup>

I think these comments suggest that the requirement to give notice in accordance with subsection 57(1) is mandatory (except in limited circumstances, i.e. where the attorneys general consent or where there has been *de facto* notice) and that the presence or absence of prejudice is irrelevant.

[11] In any event, the attorneys general have demonstrated prejudice in this case. They advance a number of areas in which constitutional evidence would be relevant in determining the constitutional question put forward by the applicant. In particular, facts relating to the nature of the Aboriginal right claimed, whether the Aboriginal right has existed continuously, whether it has been infringed and if infringed whether the infringement is justified, are all legitimate evidentiary areas. See for example, *Watt v. Liebelt*.<sup>8</sup> I am satisfied that the attorneys general have demonstrated prejudice. The second argument of the applicant cannot be accepted.

[12] As to the applicant's third argument, that constitutional evidence may be introduced in this Court, the applicant has made reference to some authorities that suggest that where jurisdictional issues are in question, evidence may be introduced at the judicial review stage. See for example, *Westbank First Nation v. British Columbia (Labour Relations Board)*,<sup>9</sup> *Kenbrent Holdings Ltd. v. Atkey*,<sup>10</sup> and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Toledo*.<sup>11</sup>

[13] In *In re McEwen*,<sup>12</sup> Rinfret J. refers to the seminal case of *Rex v. Nat Bell Liquors Limited*<sup>13</sup> in

pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive sur ces questions, car je suis convaincu que, selon l'une ou l'autre tendance de la jurisprudence, la décision de la Cour d'appel n'est pas valide. Aucun avis ou quelque équivalent n'a été donné en l'espèce et, en fait, le procureur général et les tribunaux n'avaient aucune raison de croire que la Loi était contestée. Manifestement, l'art. 109 n'a pas été respecté et le procureur général a subi un préjudice grave en raison de l'absence d'avis<sup>7</sup>.

J'estime que ces commentaires indiquent qu'il existe une obligation de communiquer un avis en conformité avec le paragraphe 57(1) (sauf dans certaines circonstances, soit lorsque les procureurs généraux consentent à l'examen de la question ou lorsqu'il y a eu un avis *de facto*) et que la présence ou l'absence de préjudice n'est pas un facteur pertinent.

[11] Quoi qu'il en soit, les procureurs généraux ont démontré qu'ils ont subi un préjudice en l'espèce. Ils énumèrent un certain nombre d'éléments au sujet desquels la preuve en matière constitutionnelle serait pertinente relativement à la résolution de la question constitutionnelle soulevée par la demanderesse. Plus particulièrement, les considérations liées à la nature du droit ancestral revendiqué, la question de savoir si le droit ancestral a existé de façon continue, la question de savoir s'il y a empiètement sur ce droit et, dans l'affirmative, si l'empiètement peut être justifié, constituent toutes des éléments de preuve légitimes. Voir à cet égard *Watt c. Liebelt*.<sup>8</sup> Je suis convaincu que les procureurs généraux ont démontré qu'ils ont subi un préjudice. Le deuxième argument de la demanderesse doit donc être rejeté.

[12] En ce qui concerne le troisième argument soulevé par la demanderesse, à savoir que la preuve en matière constitutionnelle peut être présentée devant la Cour, la demanderesse a cité de la jurisprudence à l'appui de la thèse selon laquelle lorsqu'il s'agit de questions relatives à la compétence, il est permis de présenter des éléments de preuve à l'étape du contrôle judiciaire. Voir à cet égard *Westbank First Nation v. British Columbia (Labour Relations Board)*,<sup>9</sup> *Kenbrent Holdings Ltd. c. Atkey*,<sup>10</sup> et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Toledo*.<sup>11</sup>

[13] Dans l'arrêt *In re McEwen*,<sup>12</sup> le juge Rinfret a cité la décision qui fait autorité *Rex v. Nat Bell*

which Lord Sumner, delivering the judgment of the Privy Council, squarely addressed the issue. Having regard to the *dicta* of Lord Sumner, I think the applicant is correct that on judicial review evidence extrinsic to the record before the tribunal whose decision is being reviewed may be introduced. However, the opportunity to do so is limited to those circumstances in which the only way to get at the want of jurisdiction is by the bringing of such new evidence before the reviewing Court. In *McEwen*, Rinfret J. quotes from *Nat Bell Liquors* as follows:

The subject was fully considered in *Rex v. Nat Bell Liquors Limited*. In that case, Lord Sumner, delivering the judgment of their Lordships of the Privy Council, said (p. 153):

In *Reg. v. Bolton*, Lord Denman, in a well-known passage, says: "The case to be supposed is one \* \* \* in which the Legislature has trusted the original, it may be (as here) the final, jurisdiction on the merits to the magistrates below; in which this Court has no jurisdiction as to the merits either originally or on appeal. All that we can then do \* \* \* is to see that the case was one within their jurisdiction, and that their proceedings on the face of them are regular and according to law \* \* \* Where the charge laid before the magistrate, as stated in the information, does not amount in law to the offence over which the statute gives him jurisdiction, his finding the party guilty by his conviction in the very terms of the statute would not avail to give him jurisdiction; the conviction would be bad on the face of the proceedings, all being returned before us. Or if, the charge being really insufficient, he had mis-stated it in drawing up the proceedings, so that they would appear to be regular, it would be clearly competent to the defendant to show to us by affidavits what the real charge was, and, that appearing to have been insufficient, we would quash the conviction; \* \* \* But, as in this latest case, we cannot get at the want of jurisdiction but by affidavits, of necessity we must receive them. It will be observed, however, that here we receive them, not to show that the magistrate has come to a wrong conclusion, but that he never ought to have begun the inquiry \* \* \*

At page 154:

The law laid down in *Reg. v. Bolton* has never since been seriously disputed in England.

*Liquors Limited*<sup>13</sup>, dans laquelle lord Sumner, au nom du Conseil privé, a abordé directement cette question. En tenant compte des opinions incidentes exprimées par lord Sumner, je suis d'avis que la demanderesse a raison d'affirmer qu'à l'étape du contrôle judiciaire, il est permis de présenter une preuve extrinsèque au dossier soumis devant le tribunal dont la décision fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire. Cependant, la possibilité de le faire se limite aux cas où le seul moyen d'attaquer le défaut de compétence est de présenter cette nouvelle preuve devant la cour de révision. Dans l'arrêt *McEwen*, le juge Rinfret a cité les extraits suivants de l'arrêt *Nat Bell Liquors*:

[TRADUCTION] La question a été examinée en détail dans l'arrêt *Rex v. Nat Bell Liquors Limited*. Dans cet arrêt, lord Sumner, s'exprimant au nom du Conseil privé, a dit (à la p. 153):

Dans l'arrêt *Reg. v. Bolton*, lord Denman a dit, dans un extrait bien connu: «Il faut tenir pour acquis que [. . .] la législature a conféré aux juges d'instance inférieure la compétence en première instance, voire même la compétence finale (comme en l'espèce), relativement au fond et que la Cour n'a ni compétence en première instance ni compétence en appel quant au fond. Tout ce que nous pouvons donc faire [. . .] est de nous assurer que l'affaire relevait de leur compétence et que la procédure qu'ils ont suivie était, à première vue, régulière et conforme à la loi [. . .] Lorsque le juge est saisi d'une accusation qui, telle qu'elle apparaît dans la dénonciation, n'équivaut pas en droit à l'infraction pour laquelle la loi lui donne compétence, le fait qu'il déclare la partie coupable en s'appuyant sur le libellé même de la loi n'a pas pour effet de lui donner compétence; la déclaration de culpabilité résulterait d'une procédure manifestement erronée et le dossier nous serait déféré. Ou si, l'accusation étant réellement irrégulière, elle avait été énoncée de façon trompeuse dans les procédures, de sorte que celles-ci paraissent régulières, il serait manifestement loisible au défendeur de nous démontrer par voie d'affidavits la véritable nature de l'accusation, et vu le caractère irrégulier de cette dernière, nous annulerions la déclaration de culpabilité [. . .] Cependant, étant donné que, comme dans l'affaire susmentionnée, nous ne pouvons nous prononcer sur le défaut de compétence qu'en nous fondant sur les affidavits, nous n'avons d'autre choix que de les accepter. Il faut toutefois souligner que nous les acceptons en l'espèce non pas pour démontrer que le juge a tiré une conclusion erronée, mais bien pour démontrer qu'il n'aurait jamais dû entreprendre l'examen de l'affaire [. . .]

À la page 154:

Le droit établi dans l'arrêt *Reg. v. Bolton* n'a jamais été sérieusement contesté depuis en Angleterre.

At page 160:

When it is contended that there are grounds for holding that a decision has been given without jurisdiction, this can only be made apparent on new evidence brought ad hoc before the Superior Court. How is it ever to appear within the four corners of the record that the members of the inferior court were unqualified, or were biased, or were interested in the subject-matter?<sup>14</sup>

In the case at bar, the issue is one of the constitutional jurisdiction of the CLRB under the *Canada Labour Code*. However, this is not a case in which the want of jurisdiction of the Board could only be made apparent on new evidence. The opportunity to introduce new evidence before the reviewing Court is not open simply on the grounds that the applicant chose not to introduce sufficient evidence before the Tribunal or did not comply with required procedure so as to enable the attorneys general to have the opportunity to do so.

[14] In *Eaton*, Sopinka J. said that it was essential for the Supreme Court to have the benefit of a record that is the result of a thorough examination of the constitutional issues in the court or tribunal from which the appeal arises. He stated:

The purpose of s. 109 is obvious. In our constitutional democracy, it is the elected representatives of the people who enact legislation. While the courts have been given the power to declare invalid laws that contravene the *Charter* and are not saved under s. 1, this is a power not to be exercised except after the fullest opportunity has been accorded to the government to support its validity. To strike down by default a law passed by and pursuant to the act of Parliament or the legislature would work a serious injustice not only to the elected representatives who enacted it but to the people. Moreover, in this Court, which has the ultimate responsibility of determining whether an impugned law is constitutionally infirm, it is important that in making that decision, we have the benefit of a record that is the result of thorough examination of the constitutional issues in the courts or tribunal from which the appeals arise.<sup>15</sup>

[15] In my respectful view, the same principle is applicable in this Court. The essential purpose of judicial review is the review of decisions, not the

À la page 160:

Lorsqu'on prétend qu'il y a des motifs pour conclure qu'une décision a été rendue en l'absence de compétence, seuls de nouveaux éléments de preuve présentés *ad hoc* devant la cour supérieure peuvent le démontrer. Comment pourrait-on démontrer autrement, vu les limites du dossier, que les membres de la juridiction inférieure n'étaient pas qualifiés, ou étaient biaisés, ou avaient un intérêt en la matière<sup>14</sup>?

En l'espèce, la question qui se pose touche la compétence constitutionnelle du CCRT sous le régime du *Code canadien du travail*. Cependant, il ne s'agit pas d'une cause dans laquelle seuls de nouveaux éléments de preuve peuvent faire apparaître le défaut de compétence du Conseil. Il n'est pas loisible à la demanderesse de présenter de nouveaux éléments de preuve devant la cour de révision pour le simple motif qu'elle a choisi de ne pas en présenter suffisamment devant le tribunal ou ne s'est pas conformée à la procédure requise qui aurait donné l'occasion aux procureurs généraux d'en présenter.

[14] Dans l'arrêt *Eaton*, le juge Sopinka a déclaré qu'il était essentiel pour la Cour suprême de disposer d'un dossier qui résulte d'un examen approfondi des questions constitutionnelles soulevées devant la cour ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel. Il a dit:

L'objectif de l'art. 109 est évident. Dans notre démocratie constitutionnelle, ce sont les représentants élus du peuple qui adoptent les lois. Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la *Charte* et qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. En outre, devant notre Cour, qui a la responsabilité ultime de déterminer si une loi contestée est inconstitutionnelle, il est important que, pour rendre cette décision, nous disposions d'un dossier qui résulte d'un examen en profondeur des questions constitutionnelles soulevées devant les cours ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel<sup>15</sup>.

[15] Je suis d'avis que le même principe est applicable en l'espèce. Le but premier du contrôle judiciaire est de contrôler des décisions, et non pas de trancher,

determination, by trial *de novo*, of questions that were not adequately canvassed in evidence at the tribunal or trial court. The latter is what the applicant is inappropriately proposing for this judicial review. This is not the necessity to which Lord Sumner was referring in *Nat Bell Liquors*, *supra*. The Court will not entertain new evidence in these circumstances.

[16] The motion of the Attorney General of Canada will be granted with costs. In this judicial review the applicant will not be permitted to question the constitutional validity, applicability or operability of the *Canada Labour Code*.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. L-2, as am.

<sup>2</sup> Now the Canada Industrial Labour Relations Board.

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19].

<sup>4</sup> [1991] 2 S.C.R. 5.

<sup>5</sup> [1980] 1 S.C.R. 115.

<sup>6</sup> [1997] 1 S.C.R. 241.

<sup>7</sup> *Id.*, at p. 267. While Justice Sopinka was referring to s. 109 of the *Courts of Justice Act* [R.S.O. 1990, c. C.43], s. 57(1) of the *Federal Court Act* is substantially the same as that provision.

<sup>8</sup> [1999] 2 F.C. 455 (C.A.), *per* Strayer J.A.

<sup>9</sup> [1997] B.C.J. No. 2410 (S.C.) (QL), at paras. 36 and 38.

<sup>10</sup> [1995] F.C.J. 530 (T.D.) (QL), at para. 7.

<sup>11</sup> [1998] F.C.J. 284 (T.D.) (QL), at paras. 7 and 8.

<sup>12</sup> [1941] S.C.R. 542.

<sup>13</sup> [1922] 2 A.C. 128 (P.C.).

<sup>14</sup> At p. 562.

<sup>15</sup> *Supra*, note 6, at pp. 264-265.

par un procès *de novo*, des questions qui n'ont pas été examinées de façon adéquate sur le plan de la preuve devant le tribunal ou la cour de première instance. C'est cette dernière thèse qui est plaidée à tort par la demanderesse dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire. Ce n'est pas la nécessité à laquelle faisait référence lord Sumner dans l'arrêt *Nat Bell Liquors*, précité. La Cour n'examinera pas de nouveaux éléments de preuve dans les circonstances.

[16] La requête présentée par le procureur général du Canada est accueillie avec dépens. Dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire, il n'est pas permis à la demanderesse de contester la validité, l'applicabilité ou l'effet sur le plan constitutionnel du *Code canadien du travail*.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. L-2, mod.

<sup>2</sup> Aujourd'hui le Conseil canadien des relations industrielles.

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19].

<sup>4</sup> [1991] 2 R.C.S. 5.

<sup>5</sup> [1980] 1 R.C.S. 115.

<sup>6</sup> [1997] 1 R.C.S. 241.

<sup>7</sup> *Id.*, à la p. 267. Bien que le juge Sopinka renvoyait à l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* [L.R.O. 1990, ch. C.43], l'art. 57(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* a essentiellement la même teneur.

<sup>8</sup> [1999] 2 C.F. 455 (C.A.), juge Strayer.

<sup>9</sup> [1997] B.C.J. n° 2410 (C.S.) (QL), aux par. 36 et 38.

<sup>10</sup> [1995] A.C.F. n° 530 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au par. 7.

<sup>11</sup> [1998] A.C.F. n° 284 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), aux par. 7 et 8.

<sup>12</sup> [1941] R.C.S. 542.

<sup>13</sup> [1922] 2 A.C. 128 (C.P.).

<sup>14</sup> À la p. 562.

<sup>15</sup> *Supra*, note 6, aux p. 264 et 265.

T-1698-98

T-1698-98

**Attorney General of Canada** (*Applicant*)**Procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**Public Service Alliance of Canada and Canadian Human Rights Commission** (*Respondents*)**Alliance de la fonction publique du Canada et Commission canadienne des droits de la personne** (*défenderesses*)**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA (T.D.)****RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Evans J.—Ottawa, May 31, June 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10; Toronto, October 19, 1999.

Section de première instance, juge Evans—Ottawa, 31 mai, 1<sup>er</sup>, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 juin; Toronto, 19 octobre 1999.

*Human rights — Judicial review of CHRT decision Treasury Board in breach of CHRA, s. 11 by maintaining differences in wages between male, female employees employed in same establishment performing work of equal value — Methodology adopted by CHRT for selecting male comparators for employees in each level of predominantly female complainants group omitting observations from male population where value of work performed higher/lower than highest/lowest value of work performed by female occupational group — Not error of law — Methodology indirectly comparing wages of employees in complainant group performing work having central tendency of value of that group with wages of employees in predominantly male occupational groups performing work of equal value — S. 11 providing only broad, legal framework within which problems of wage discrimination between men, women to be tackled in light of facts of particular employment situation, evidence of expert witnesses, underlying purposes of statute — Methodology calculated to determine extent of systemic discrimination resulting from application over time of wage policies, practices tending either to ignore, undervalue work typically performed by women, by comprehensively viewing pay practices, policies of employer as affecting wages of men, women — Rational basis in evidence supporting CHRT's exercise of discretion — (2) CHRT holding not necessary to prove differences in wages paid to men, women performing work of equal value based on sex, once established difference in wages paid to men, women performing work of equal value — CHRA, s. 27(2) authorizing CHRC to issue guidelines setting out extent to, manner in which Act applies — Inference Parliament contemplating CHRC's acquired expertise more important than political accountability for ensuring appropriate exercise of legislative power — Equal Wages Guidelines, 1986 s. 14 deeming as one groups with which complainant group alleging difference in wages, neither incompatible with terms of grant of statutory power, in light of purposes of Act, nor unreasonable exercise of CHRT's discretion — (3) CHRT holding occupational groups used only to identify in context of*

*Droits de la personne — Contrôle judiciaire de la décision du TCDP portant que le Conseil du Trésor a contrevenu à l'art. 11 de la LCDP en pratiquant la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutaient, dans le même établissement, des fonctions équivalentes — La méthode adoptée par le TCDP pour sélectionner les groupes de comparaison à prédominance masculine pour les employés de chaque niveau des groupes plaignants à prédominance féminine omettait les observations relatives aux hommes lorsque la valeur du travail effectué était plus élevée/plus basse que la valeur la plus élevée/la plus faible du travail effectué par les membres du groupe professionnel à prédominance féminine — Absence d'erreur de droit — Cette méthode comparait indirectement les salaires des membres du groupe plaignant qui exécutaient des fonctions dont la valeur correspondait à la tendance centrale de la valeur de ce groupe avec les salaires des membres de groupes professionnels à prédominance masculine exécutant des fonctions équivalentes — L'art. 11 fournit uniquement un cadre législatif large dans lequel les problèmes de discrimination salariale entre les hommes et les femmes doivent être abordés à la lumière de la situation particulière de l'emploi, de la déposition des témoins experts et des objectifs sous-jacents de la loi — Méthode conçue pour apprécier l'importance de la discrimination systémique résultant de l'application, au fil du temps, de politiques et de pratiques salariales qui tendaient soit à ignorer, soit à sous-évaluer les fonctions généralement exécutées par des femmes, par un examen le plus détaillé possible de l'incidence des pratiques et politiques de l'employeur en matière de rémunération sur le salaire des hommes et des femmes — L'exercice du pouvoir discrétionnaire du TCDP était rationnellement fondé sur la preuve — 2) Le TCDP a statué qu'une fois démontrée l'existence d'une disparité entre les salaires versés aux hommes et aux femmes qui exécutent des fonctions équivalentes, il n'est pas nécessaire de prouver que cette disparité est fondée sur le sexe — L'art. 27(2) de la LCDP autorise la CCDP à préciser par ordonnance les limites et les modalités de l'application de la Loi — Déduc-*

group complaints comparators of opposite gender — References to “occupational group” in Guidelines, ss. 12 to 15 simply referring to groups identified under ss. 12, 13 as predominantly male or predominantly female — S. 15 not mandating comparisons be based on employees in predominantly male occupational groups sampled by group — Even if CHRT committed error of law because s. 15 requiring CHRT to base conclusion on wage curve of predominantly male occupational groups, error not warranting quashing of CHRT’s decision — (4) When wages paid to female employees adjusted upwards pursuant to s. 11 complaint, and in accordance with methodology used, any wage difference thereby created statutorily authorized — Not difference established, maintained by employer — (5) Open to CHRT to adopt annual recalculation method whereby wage gap for each year recalculated by taking into account salary increases paid not only to members of complainant group, but also to employees in predominantly male occupational groups included in segmented line in light of imperfect information available.

Public Service — Judicial review of decision of Canadian Human Right Tribunal (CHRT) Treasury Board in breach of CHRA, s. 11 by maintaining differences in wages between male, female employees employed in same establishment performing work of equal value — CHRT not erring in choice of methodology for selecting male comparators for employees in each level of predominantly female complainants group i.e. omitting observations from male population where value of work performed higher/lower than highest/lowest value of work performed by female occupational group — S. 11 aimed at existence of wage gap disadvantaging women as result of gendered segregation in employment, systemic undervaluation of work typically performed by women — Any wage difference created by s. 11 adjustment statutorily authorized — Would not give rise to s. 11 complaint by males then earning less — Annual recalculation of wage gap reasonable — Benefit to public interest of setting aside decision for error of technical nature outweighed by costs of so doing.

tion que le Parlement a dû considérer que l’expertise acquise par la Commission l’emportait sur la responsabilité politique de veiller à ce que le pouvoir législatif soit exercé de façon convenable — L’art. 14 de l’Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, selon lequel les groupes avec lesquels le groupe plaignant allègue l’existence d’une disparité sont considérés comme un seul groupe, n’est pas incompatible avec les termes de l’attribution du pouvoir légal, interprétés en fonction des objectifs de la Loi, et ne constitue pas un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire de la Commission — 3) Le TCDP a statué que les groupes professionnels n’ont été utilisés qu’en vue d’identifier les groupes de comparaison du sexe opposé dans le contexte de plaintes de groupe — La mention des «groupes professionnels» dans les art. 12 à 15 de l’Ordonnance renvoie simplement aux groupes identifiés en vertu des art. 12 et 13 comme des groupes à prédominance masculine ou féminine — L’art. 15 n’exige pas que les comparaisons portent sur les employés des groupes professionnels à prédominance masculine, échantillonnés selon leur groupe — Même si le TCDP avait commis une erreur de droit parce que l’art. 15 l’obligeait à se fonder sur la courbe des salaires des groupes professionnels à prédominance masculine, cette erreur ne justifierait pas l’annulation de la décision du TCDP — 4) Lorsque les salaires des femmes sont rajustés à la hausse à la suite d’une plainte déposée en vertu de l’art. 11, conformément à la méthode utilisée, tout écart salarial en résultant est autorisé par la Loi — Il ne s’agit pas d’une disparité que l’employeur instaure ou pratique — 5) Le TCDP pouvait adopter la méthode du nouveau calcul annuel afin de déterminer l’écart salarial pour chacune des années en tenant compte des augmentations de salaire versées non seulement aux membres du groupe plaignant, mais aussi aux employés appartenant aux groupes professionnels à prédominance masculine inclus dans la courbe segmentée compte tenu de l’information incomplète disponible.

Fonction publique — Contrôle judiciaire de la décision du Tribunal canadien des droits de la personne (TCDP) portant que le Conseil du Trésor a contrevenu à l’art. 11 de la LCDP en pratiquant la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes — Le TCDP n’a pas commis d’erreur de droit dans le choix de la méthode utilisée pour sélectionner les groupes de comparaison à prédominance masculine pour les employés de chaque niveau des groupes plaignants à prédominance féminine, c’est-à-dire en omettant les observations relatives aux hommes lorsque la valeur du travail effectué était plus élevée/plus basse que la valeur la plus élevée/la plus faible du travail effectué par les membres du groupe professionnel à prédominance féminine — L’art. 11 vise à remédier au problème de l’écart salarial défavorable aux femmes résultant de la ségrégation des emplois fondée sur le sexe et de la sous-évaluation systémique des tâches habituellement exécutées par des femmes — Tout écart salarial résultant du rajustement effectué en vertu de

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Judicial review of CHRT decision Treasury Board in breach of CHRA, s. 11 by maintaining differences in wages between male, female employees employed in same establishment performing work of equal value — S. 11 not containing objective criteria for determining whether jobs involving different tasks of equal value — Enacted at level of principle — Implementation requiring mastery of range of technical knowledge of considerable sophistication, thorough understanding of workplace — Indicating more than general questions of law, legal reasoning, quasi-constitutional questions involved — Reasonable inference CHRT having more expertise in matter than Court — S.C.C. decisions establishing correctness as standard of review applicable to Tribunal's interpretation of enabling legislation not determinative — On judicial review within Court's discretion to grant, refuse relief, even when reviewable error by decision-maker — Judicial review public law proceeding; relief granted to further public interest — Benefit to public interest of setting aside CHRT's decision for failure to comply with Equal Wages Guidelines, 1986, s. 15 outweighed by costs of so doing — In context, justice further delayed would be justice denied.*

*Construction of statutes — CHRA, s. 11 providing discriminatory practice for employer to establish, maintain differences in wages between male, female employees employed in same establishment, performing work of equal value — Unlike employment equity legislation addressing underrepresentation of women, minorities in certain employment, s. 11 addressing systemic wage discrimination attributable to historic pattern of job segregation — Within CHRT's mandate when dealing with complaints under s. 11 to take into account existence of underrepresentation of women in higher paying positions — Parliament aware s. 11 represented more statement of principle than complete prescription — Consistent with Parliament's intention "living tree" of Act should be nourished by experience of other jurisdictions in dealing with social injustice at which s. 11 aimed — CHRT entitled to rely on evidence of expert witnesses who drew on experience with specialized pay equity legislation — Differences between s. 11, other*

*l'art. 11 est autorisé par la Loi — Il ne pourrait donner lieu à une nouvelle plainte en vertu de l'art. 11 de la part des hommes dont le salaire serait alors moindre — Le nouveau calcul annuel de l'écart salarial est raisonnable — Les coûts qu'entraînerait l'annulation de la décision pour une erreur de nature purement technique dépasseraient l'avantage qui en découlerait pour l'intérêt public.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Contrôle judiciaire de la décision du TCDP portant que le Conseil du Trésor a contrevenu à l'art. 11 de la LCDP en pratiquant la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes — L'art. 11 n'établit aucun critère objectif pour déterminer si des fonctions qui comportent des tâches différentes sont équivalentes — Cette disposition a été édictée en tant que principe — Sa mise en œuvre requiert la maîtrise de connaissances techniques très sophistiquées ainsi qu'une compréhension complète du milieu de travail — Cela indique qu'elle comporte plus que des questions de droit de portée générale, qu'un raisonnement juridique et que des valeurs quasi constitutionnelles — Il est raisonnable de conclure que l'expertise du TCDP en la matière est supérieure à celle de la Cour — Les décisions de la C.S.C. établissant la norme de la décision correcte comme la norme de contrôle applicable à l'interprétation par le tribunal de sa loi habilitante ne sont pas déterminantes — Dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour a le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser la réparation, même lorsque l'auteur de la décision administrative a commis une erreur donnant ouverture au contrôle judiciaire — Une demande de contrôle judiciaire est une procédure de droit public; la Cour accorde une réparation pour promouvoir l'intérêt public — Les coûts qu'entraînerait l'annulation de la décision du TCDP pour non-respect de l'art. 15 de l'Ordonnance de 1986 sur la parité salariale dépasseraient l'avantage qui en découlerait pour l'intérêt public — Dans ce contexte, la justice différée davantage serait un déni de justice.*

*Interprétation des lois — Selon l'art. 11 de la LCDP, constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans un même établissement, des fonctions équivalentes — Contrairement aux lois portant sur l'équité en matière d'emploi qui traitent de la sous-représentation des femmes et des membres des groupes minoritaires dans certaines fonctions, l'art. 11 vise les disparités salariales systémiques attribuables aux modèles historiques de ségrégation en matière d'emploi — Il relève tout à fait du mandat du TCDP, lorsqu'il statue sur une plainte fondée sur l'art. 11, de prendre en considération la sous-représentation des femmes dans des emplois mieux rémunérés — Le Parlement savait que l'art. 11 constituait davantage un énoncé de principe qu'une disposition complète — Il est conforme à l'intention du Parlement que l'«arbre vivant» de la Loi se nourrisse de l'expérience qu'ont acquise les autres juridictions lorsqu'elles ont traité*



*statutes not so significant as to make more modern pay equity legislation irrelevant to resolution of issues before Tribunal.*

This was an application for judicial review of a decision of a Canadian Human Rights Tribunal (CHRT) that Treasury Board, the Department responsible for the federal government's relations with its employees, was in breach of section 11 of the *Canadian Human Rights Act* by maintaining "differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value." Section 11 provides that it is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

In February 1990 the Public Service Alliance of Canada (PSAC) filed a complaint with the Commission on behalf of the six predominantly female groups that had been included in a joint union-management initiative (the JUMI study) examining the issue of the underpayment, throughout the federal public service, of those performing work typically performed by females, alleging that the employer was in breach of section 11 in that employees in the six predominantly female occupational groups were being paid less than employees in the 53 predominantly male groups identified in the study who were performing work of equal value to that of members of the female groups. In January 1991 a three-member Tribunal was appointed to inquire into the complaint. It was agreed that it was not possible to make a direct comparison of the value of the work performed by, and the wages paid to, each individual employee in the complainant occupational groups. When a direct comparison of positions is not possible, subsection 15(1) of the *Equal Wages Guidelines, 1986* authorizes the making of an indirect comparison of the value of the work and the wages paid. A commonly used statistical method for making an indirect comparison is through the use of a regression line. This involves locating on a graph, the vertical axis of which represents wages paid in dollars and the horizontal axis of which represents the value of work performed in points, each member of a complainant or comparator group. Lines are drawn through the male-female comparators to allow comparisons to be made. The CHRT adopted the "segmented line" approach for quantifying any wage gap. Observations from the male population where the value of the work performed was higher than that of the highest value of the work performed by members of the female occupational group, and lower than that of the lowest value of the work performed by members of the female occupational group were eliminated. The male comparator was a segment of the composite line and included only the

*de l'injustice sociale visée à l'art. 11 — Le TCDP pouvait se fonder sur les dépositions de témoins experts qui se sont servis de leur expérience relative aux lois spécialisées en matière d'équité salariale — Les différences entre l'art. 11 et ces autres lois ne sont pas assez importantes pour rendre les lois plus modernes en matière d'équité salariale non pertinentes quant à la résolution des questions dont le tribunal était saisi.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (TCDP) portant que le Conseil du Trésor, l'organisme chargé des relations du gouvernement fédéral avec ses employés, a contrevenu à l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en pratiquant «la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes». L'article 11 prévoit que le fait pour un employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes, constitue un acte discriminatoire.

En février 1990, l'Alliance de la fonction publique du Canada (AFPC) a déposé une plainte auprès de la Commission au nom de six des groupes à prédominance féminine qui faisaient l'objet d'une étude mixte syndicale-patronale sur la parité salariale (l'étude sur la parité salariale) portant sur la question de la rémunération insuffisante, dans toute la fonction publique fédérale, de ceux qui exécutent des fonctions habituellement exécutées par des femmes. La plainte alléguait que l'employeur contrevenait à l'article 11 du fait que les employés des six groupes professionnels à prédominance féminine étaient moins bien rémunérés que les employés des cinquante-trois groupes à prédominance masculine faisant l'objet de l'étude qui exécutaient des fonctions équivalentes à celles des membres des groupes à prédominance féminine. En janvier 1991, un tribunal de trois membres a été constitué pour examiner la plainte. Il a été convenu qu'il n'était pas possible de faire une comparaison directe de la valeur du travail effectué par chaque employé des groupes professionnels plaignants et du salaire qui leur était versé. Lorsqu'une comparaison directe de postes n'est pas possible, le paragraphe 15(1) de l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale* permet l'établissement d'une comparaison indirecte de la valeur du travail et des salaires payés. Une méthode statistique de comparaison indirecte généralement acceptée consiste à utiliser une courbe de régression. Cela signifie situer sur un graphique chaque membre d'un groupe plaignant et d'un groupe de comparaison, l'axe vertical représentant les salaires versés (dollars) et l'axe horizontal représentant la valeur du travail effectué (cotes). Des courbes sont tracées à travers les observations des groupes de comparaison à prédominance masculine et à prédominance féminine, ce qui permet une comparaison. Le TCDP a adopté la méthode de la «courbe segmentée» pour quantifier tout écart salarial. Cette méthode écartait les observations relatives aux hommes lorsque la valeur du travail effectué était plus élevée que la valeur la plus élevée

employees in predominantly male occupational groups who were performing with a value that fell within the low and high extremes of the values of the work performed by members of the female group. Treasury Board objected that the two populations were not performing work of equal value merely because the work that they performed had the same lowest and highest values; a determination of whether the groups were performing work of equal value required consideration of the distribution of values between these two points. It argued that the methodology selected for measuring a wage differential between males and females must ensure a similarity between the male comparators as a group, and the female occupational group.

Section 14 of the *Equal Wages Guidelines, 1986* provides that when a complainant occupational group alleges a difference in wages with more than one other occupational group, those groups are deemed to be one. The Attorney General argued that section 14 is *ultra vires* because its effect would be to measure the wage differential by taking into account differences not based on sex. CHRT held that once PSAC had established a difference in the wages paid to men and women performing work of equal value, it had proved its case, subject only to the factors identified in section 16 of the Guidelines that justified differences by reference to various criteria, none of which was applicable. It was not necessary to prove that the differences in wages paid to men and women performing work of equal value were based on sex. The CHRT seems also to have accepted that occupational groups are used only to identify in the context of group complaints comparators of the opposite gender. Finally, the CHRT held that any wage adjustment required was retroactive from the date of the decision (1998) to 1985, and must be recalculated for each year.

The issues were: (1) what was the appropriate standard of review; (2) what principles of statutory interpretation applied; (3) whether the methodology adopted (i) failed to measure differences in wages paid to male and female employees who were performing work of equal value for determination of wage differentials; (ii) did not ensure that the only wage differences measured were those caused by sex discrimination; (iii) failed to compare the wages of the female complainants to those paid to employees in a

du travail effectué par les membres du groupe professionnel à prédominance féminine et plus basse que la valeur la plus faible du travail effectué par les membres du groupe professionnel à prédominance féminine. Le groupe de comparaison à prédominance masculine était un segment de la courbe composite et ne comprenait que les employés des groupes professionnels à prédominance masculine qui effectuaient un travail ayant une valeur se situant entre les deux extrêmes de la valeur du travail effectué par les membres du groupe à prédominance féminine. Le Conseil du Trésor a objecté que les deux groupes n'exécutaient pas des fonctions équivalentes simplement parce que le travail qu'ils effectuaient avait la même valeur la plus faible et la même valeur la plus élevée; pour déterminer si les groupes exécutaient des fonctions équivalentes, il fallait tenir compte de la distribution des valeurs entre ces deux points. Il a fait valoir que toute méthode choisie en vue de mesurer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes devait garantir la similitude entre le groupe de comparaison à prédominance masculine en tant que groupe et le groupe professionnel à prédominance féminine.

L'article 14 de l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale* prévoit que, lorsqu'un groupe professionnel plaignant allègue l'existence d'une disparité salariale avec plus d'un autre groupe professionnel, ces autres groupes sont réputés n'en constituer qu'un seul. Le procureur général a soutenu que l'article 14 était *ultra vires* parce qu'il aurait pour effet de mesurer la différence salariale en tenant compte de différences non fondées sur le sexe. Le TCDP a statué qu'une fois que l'AFPC avait démontré l'existence d'une disparité entre les salaires versés aux hommes et aux femmes qui exécutaient des fonctions équivalentes, elle avait relevé son fardeau de preuve, sous réserve, uniquement, des facteurs mentionnés à l'article 16 de l'*Ordonnance*, qui justifient l'existence de disparités selon divers critères, dont aucun n'était applicable en l'espèce. Il n'était pas nécessaire de prouver que la disparité entre les salaires versés aux hommes et aux femmes qui exécutaient des fonctions équivalentes était fondée sur le sexe. Le TCDP semble également avoir reconnu que les groupes professionnels ne sont utilisés qu'en vue d'identifier les groupes de comparaison du sexe opposé dans le contexte de plaintes de groupe. Enfin, le TCDP a statué que tout rajustement de salaire requis devait s'appliquer de façon rétroactive à la période comprise entre la date de la décision (1998) et 1985, et être calculé de nouveau pour chacune des années.

Les questions en litige étaient les suivantes: 1) Quelle était la norme de contrôle applicable? 2) Quels principes d'interprétation législative s'appliquaient? 3) Est-ce que la méthode retenue (i) ne mesurait pas les écarts entre les salaires versés aux hommes et aux femmes qui exécutaient des fonctions équivalentes pour évaluer les disparités salariales? (ii) ne mesurait pas seulement la disparité salariale fondée sur le sexe? (iii) ne comparait pas les salaires des plaignantes à ceux des employés appartenant à un groupe professionnel à

predominantly male occupational group; (iv) resulted in wage ratcheting; (4) how the amounts payable in each year between 1985 and 1998, except 1987, should be calculated; and (5) whether the Government had so misconducted itself that it ought not to be granted relief.

*Held*, the application should be dismissed.

(1) The omission of any objective criteria for determining whether jobs that involve very different tasks are of equal value in CHRA, section 11 left the Commission and the Tribunal considerable scope to decide how the principle is to be operationalized in any given employment context. Decisions of the Supreme Court of Canada establishing correctness as the standard of review applicable to the Tribunal's interpretation of its enabling legislation were not determinative of the issues raised in this case. Section 11 was enacted at the level of a principle, and requires for its implementation mastery of a range of technical knowledge of considerable sophistication, and a thorough understanding of the given workplace. Parliament did not provide a definitional blueprint of such specificity that its implementation in any given context inevitably involves the Tribunal in questions of statutory interpretation, and hence of law, that are reviewable on a standard of correctness in an application for judicial review. That the implementation of a statutory provision calls for a range of technical expertise much broader than that possessed by courts of law is a clear indication that more than general questions of law, legal reasoning or quasi-constitutional values are involved.

Although members of human rights tribunals are appointed *ad hoc* to hear particular cases, and perform only adjudicative functions, it was reasonable to infer from the length and nature of the hearing, volumes of documentary evidence and duration of the CHRT's immersion in the issues, that the members of the CHRT likely had a better grasp of the problems of operationalizing the principle of pay equity in the federal public service than a judge would acquire in the course of an eight-and-a-half day hearing of an application for judicial review.

(2) According to the Attorney General, the CHRT erred in relying on the evidence of experts whose testimony was shaped by their experience under pay equity statutory regimes which, in some important respects, differed from the CHRA. In contrast to the principle of employment equity which addresses underrepresentation of women and minority

prédominance masculine?; (iv) produisait un effet de cliquet sur les salaires? 4) Comment devaient être calculés les montants payables pour chacune des années comprises entre 1985 et 1998, à l'exception de l'année 1987? 5) Le gouvernement s'était-il si mal comporté qu'il ne devrait pas obtenir une réparation?

*Jugement*: la demande est rejetée.

1) Étant donné qu'il n'y avait, dans la LCDP, aucun critère objectif pour déterminer si les fonctions qui comportent des tâches très différentes sont néanmoins équivalentes, l'article 11 laissait beaucoup de latitude à la Commission et au tribunal pour décider de la manière dont le principe doit être mis en pratique dans un contexte d'emploi donné. Les décisions de la Cour suprême du Canada qui ont établi la norme de la décision correcte comme norme de contrôle applicable à l'égard de l'interprétation par le tribunal de sa loi habilitante n'étaient pas déterminantes quant aux questions soulevées en l'espèce. L'article 11 est une disposition législative qui a été édictée en tant que principe et dont la mise en œuvre requiert la maîtrise de connaissances techniques très sophistiquées ainsi qu'une compréhension complète du milieu de travail en cause. Le Parlement n'a pas établi un cadre définitionnel si précis que son application dans tout contexte donné plonge inévitablement le tribunal dans des questions d'interprétation de la loi et, par conséquent, dans des questions de droit, qui sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire. Le fait que la mise en œuvre d'une disposition législative fasse appel à une série de connaissances techniques beaucoup plus étendues que celles que possèdent les cours de justice constitue une indication claire qu'elle comporte plus que des questions de droit de portée générale, qu'un raisonnement juridique et que des valeurs quasi constitutionnelles.

Bien que les membres des tribunaux des droits de la personne soient habituellement nommés *ad hoc* pour entendre des affaires particulières et qu'ils n'aient que des fonctions juridictionnelles, il était raisonnable de conclure de la durée et de la nature de l'audition, des nombreux volumes de preuve documentaire déposés et de la longue période pendant laquelle le TCDP a été plongé dans l'étude des questions en litige, que les membres du TCDP avaient vraisemblablement une meilleure compréhension des problèmes liés à la mise en pratique du principe de l'équité salariale dans la fonction publique fédérale que celle qu'un juge pourrait probablement acquérir, même au fil d'une audience de huit jours et demi sur une demande de contrôle judiciaire.

2) Le procureur général a fait valoir que le TCDP a commis une erreur quand il s'est appuyé sur la déposition des témoins experts, qui était façonnée par leur expérience acquise dans des régimes d'équité salariale prévus par la loi, qui sont différents à certains égards importants de la LCDP. Contrairement au principe de l'équité en matière d'emploi

groups in certain employment, the CHRT's concern was merely to tackle the systemic wage differences between men and women performing work of equal value, differences that are attributable in part to historic patterns of job segregation. It is within the mandate of the Commission and the CHRT when dealing with a complaint under section 11 to take into account the existence of the underrepresentation of women in higher-paying positions. It also seems consistent with the quasi-constitutional nature of the Act that, when it enacts a principle that is not self-applying, it is appropriate to approach its interpretation in light of subsequent experience in dealing with the implementation of that principle, in the absence of any clear indication in the Act that the meaning of section 11 was fixed once and for all at the time of its enactment. Parliament was aware that section 11 represented more a statement of principle than a complete prescription. It is consistent with Parliament's intention that the "living tree" of the Act should be nourished by the experience of other jurisdictions in dealing with the social injustice at which section 11 is aimed: systemic wage discrimination for work of equal value resulting from the historical segregation of the labour world by gender, and the undervaluation of women's work. Nothing in the statement of legislative purpose in CHRA, section 2 precludes this approach. Therefore it was not an error of law for the Tribunal to rely on the evidence of expert witnesses who drew on their experience with specialized pay equity legislation.

(3)(i) The CHRT did not err in law when it adopted the segmented line methodology for determining wage differentials. First, the CHRT's chosen methodology compares, albeit indirectly, through the use of a regression line, the wages of employees in the complainant group performing work that has the central tendency of the value of that group with the wages of employees in predominantly male occupational groups who are performing work of equal value. This is in line with section 11's proscription of wage differences between men and women performing work of equal value. The Tribunal did not compare the wages paid to employees in the female group performing work at the middle point (or central tendency) of the value of the work performed by members of that group with the wages paid to those performing work at the middle point of the value of the work performed by the comparator group. Second, section 11 provides only a broad legal framework within which problems of wage discrimination between men and women are to be approached in light of the facts of the particular employment situation, the evidence of expert witnesses, and the underlying purposes of the statute. It would be inconsistent with both the underlying purpose of section 11 and the legislative record, to interpret section 11 as impliedly prescribing with particularity the characteristics

qui traite de la sous-représentation des femmes et des membres des groupes minoritaires dans certains types de fonctions, le TCDP cherchait simplement à résoudre le problème des disparités salariales systémiques entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes, disparités attribuables en partie aux modèles historiques de ségrégation en matière d'emploi. Lorsqu'ils statuent sur une plainte fondée sur l'article 11, il relève tout à fait du mandat de la Commission et du tribunal de prendre en considération la sous-représentation des femmes dans des emplois mieux rémunérés. Il semble aussi compatible avec la nature quasi constitutionnelle de la Loi que, lorsqu'elle édicte un principe clairement non autonome, il convient d'en envisager l'interprétation à la lumière de l'expérience acquise subséquentement dans la mise en œuvre de ce principe, en l'absence d'indication claire dans la Loi que la signification de l'article 11 a été établie une fois pour toute au moment de son édicton. Le Parlement savait que l'article 11 constituait davantage un énoncé de principe qu'une disposition complète. Il est conforme à l'intention du Parlement que l'«arbre vivant» de la Loi se nourrisse de l'expérience qu'ont acquise les autres juridictions lorsqu'elles ont traité de l'injustice sociale visée à l'article 11: la discrimination salariale systémique quant à des fonctions équivalentes, résultant de la ségrégation historique du monde du travail selon le sexe, et la sous-évaluation des fonctions des femmes. Rien dans l'énoncé de l'objectif législatif contenu à l'article 2 n'interdit cette façon de voir. Le tribunal n'a donc pas commis une erreur de droit en se fondant sur les dépositions de témoins experts qui se sont servis de leur expérience relative aux lois spécialisées en matière d'équité salariale.

3)(i) Le TCDP n'a pas commis une erreur de droit quand il a adopté la méthode des courbes segmentées pour déterminer les disparités salariales. Premièrement, la méthode choisie par le TCDP compare, bien qu'indirectement, au moyen d'une courbe de régression, les salaires des membres du groupe plaignant qui exécutaient des fonctions dont la valeur correspondait à la tendance centrale de la valeur de ce groupe avec les salaires des membres de groupes professionnels à prédominance masculine exécutant des fonctions équivalentes. Cela est tout à fait conforme à l'interdiction prévue à l'article 11 quant aux disparités salariales entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes. Le tribunal n'a pas comparé les salaires versés aux membres du groupe à prédominance féminine qui exécutent des fonctions dont la valeur correspond au point central (ou à la tendance centrale) de la valeur des fonctions exécutées par les membres de ce groupe avec les salaires versés aux personnes qui exécutent des fonctions dont la valeur correspond au point central de la valeur des fonctions exécutées par le groupe de comparaison. Deuxièmement, l'article 11 fournit uniquement un cadre législatif large dans lequel les problèmes de discrimination salariale entre les hommes et les femmes doivent être abordés à la lumière de la situation particulière de l'emploi, de la déposition des

of the permitted comparative methodologies. Much must be left to be decided by the Commission and the CHRT case by case, with the assistance of experts. Third, the policy motivating the enactment of the principle of equal pay for work of equal value is the elimination from the workplace of sex-based wage discrimination. The discrimination at issue was systemic: it was the result of the application over time of wage policies and practices that tended either to ignore, or to undervalue work typically performed by women. In order to understand the extent of such discrimination in a particular employment context it is important to be able to view as comprehensively as possible the pay practices and policies of the employer as they affect the wages of men and women. The CHRT's methodology was calculated to achieve this objective because it included data on all employees in predominantly male occupational groups who were performing work that had a value that was not less than, nor more than, the range of the value of the work performed by members of the complainant group. The methodology proposed by the Treasury Board would enable the CHRT to examine only a small amount of the available data. Extending the wage line to include employees in male occupational groups performing work of a higher average value than employees in the complainant group will not necessarily widen the differential measured at the point of average value on the female regression line. There was expert evidence before the CHRT that the wage gap between men and women performing work of equal value tended to widen as the value of the work increased. Given the broad and liberal approach to be taken to the statutory mandate to eliminate systemic wage differentials between male and female employees performing work of equal value, it would not be an error of law for the CHRT to construct a male comparator line, the average value of whose work exceeded the average value of the work performed by the complainant group. Fourth, to the extent that the CHRT's selection of the segmented line methodology involved the exercise of discretion, it clearly had a rational basis in the evidence. Expert witnesses testified that it was statistically sound, and that it was always preferable to adopt a methodology that incorporated more rather than less data. The CHRT's methodology was consistent with the methodologies used in other pay equity exercises in jurisdictions where specialized pay equity legislation was in force. Nothing in the Act, or in its underlying policy, lead to the conclusion that the Tribunal's chosen methodology was inconsistent with the statute.

témoins experts et des objectifs sous-jacents de la Loi. Interpréter cet article comme prescrivant implicitement les caractéristiques des méthodes de comparaison permises, serait incompatible avec l'objectif sous-jacent de l'article 11 et avec le dossier législatif. Il faut laisser la Commission et le tribunal se prononcer au cas par cas sur de nombreux points avec l'aide d'experts. Troisièmement, la politique qui a motivé l'adoption du principe de l'égalité de rémunération pour fonctions équivalentes est l'élimination de la discrimination salariale fondée sur le sexe en milieu d'emploi. La discrimination en cause était de nature systémique: elle résultait de l'application au fil du temps de politiques et de pratiques salariales qui tendaient soit à ignorer, soit à sous-évaluer les fonctions généralement exécutées par des femmes. Pour comprendre l'importance d'une telle discrimination dans un contexte d'emploi particulier, il est important de pouvoir examiner de la façon la plus détaillée possible l'incidence, sur le salaire des hommes et sur celui des femmes, des pratiques et politiques de l'employeur en matière de rémunération. La méthode que le TCDP a appliquée visait à atteindre cet objectif, car elle tenait compte de données concernant tous les employés appartenant à des groupes professionnels à prédominance masculine qui exécutaient des fonctions dont la valeur n'était ni inférieure, ni supérieure à l'échelle des valeurs des fonctions qu'exécutaient ceux qui appartiennent au groupe plaignant. La méthode que propose le Conseil du Trésor ne permettrait au tribunal d'examiner qu'une petite partie des données disponibles. Étendre la courbe des salaires de façon qu'elle inclue les employés appartenant à des groupes professionnels à prédominance masculine qui exécutent des fonctions dont la valeur moyenne est supérieure à celle des fonctions qu'exécutent ceux qui font partie du groupe plaignant n'accentuera pas nécessairement la différence que l'on constate au point de la valeur moyenne sur la courbe de régression des données féminines. Des éléments de preuve d'expert dont disposait le TCDP ont établi que l'écart entre le salaire des hommes et celui des femmes exécutant des fonctions équivalentes avait tendance à croître au fur et à mesure que la valeur des fonctions augmentait. Compte tenu de l'interprétation large et libérale qu'il convient de donner à l'objectif législatif qui vise à éliminer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes, le TCDP n'aurait pas commis une erreur de droit en se donnant une courbe de comparaison basée sur les employés appartenant à des groupes professionnels à prédominance masculine dont les fonctions avaient une valeur moyenne supérieure à celle des fonctions exécutées par les personnes faisant partie du groupe plaignant. Quatrièmement, dans la mesure où le choix de la méthode de la courbe segmentée relevait du pouvoir discrétionnaire du TCDP, il est clair qu'un tel choix était rationnellement fondé sur la preuve. Des témoins experts ont témoigné qu'il s'agissait d'un choix valable sur le plan statistique et qu'il était toujours préférable d'adopter une méthode qui tienne compte du plus grand nombre possible de données. La méthode que le TCDP a choisie était compatible avec les

(ii) *Equal Wages Guidelines, 1986*, were issued pursuant to subsection 27(2) of the Act, which authorizes the Commission to issue a guideline setting out the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a class of cases described in the guideline. The provision in question is section 11, which, from its terms and nature inevitably leaves considerable latitude in its implementation. It was inferred from this broad delegation of authority to make subordinate legislation on substantive matters that Parliament must have contemplated that the expertise that the Commission will have acquired in the discharge of its statutory responsibilities for human rights research and public education, and for processing complaints up to the point of adjudication, is more important than political accountability for ensuring the appropriate exercise of the legislative power conferred by subsection 27(2). In view of the breadth of the statutory language of subsection 27(2), and of the attributes of the body to which the discretion has been conferred, a provision in any guidelines issued will only be invalid if it is clearly incompatible with the terms of the grant of statutory power when construed in the light of the purposes of the Act, or is an unreasonable exercise of the Commission's discretion. Section 14 of the Guidelines is neither.

Section 14 will only be invalid on the first ground if the purpose of the CHRA as set out in section 2 requires words to be read into section 11. Subsection 11(1) means what it says and does not require words to be read into it. First, sections 5 to 10 of the Act, which define other discriminatory practices, include as part of the definition that the proscribed conduct must be "based on a prohibited ground of discrimination". In contrast, subsection 11(1) does not state that the conduct prohibited must be based on sex. If the reason for that omission was because such an addition would be redundant, it would be unnecessary to include in the definition of relevant conduct proscribed that it was based on one of the prohibited grounds. Second, subsection 11(4) provides that, notwithstanding subsection 11(1), it is not a discriminatory practice to pay different wages to male and female employees performing work of equal value if that difference can be attributed to one of the factors prescribed in guidelines as a reasonable factor justifying the difference. It can be inferred from subsection 11(4) that the definition of the discriminatory practice described in subsection 11(1) is not limited to differences in wages that

méthodes qui ont été utilisées dans le cadre d'autres analyses en matière d'équité salariale dans des domaines de compétence où des dispositions législatives en matière d'équité salariale étaient en vigueur. Rien dans le libellé de la Loi, ni dans la politique qui la sous-tend, ne mène à la conclusion que la méthode que le tribunal a choisie était incompatible avec la loi.

(ii) L'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale* a été prise en vertu du paragraphe 27(2) de la Loi, lequel autorise la Commission à prendre des ordonnances précisant quelles sont, à son avis, les limites et les modalités de l'application d'une disposition de la loi à une catégorie de cas donnés décrite dans l'ordonnance. La disposition en cause est l'article 11, qui accorde une marge de manœuvre considérable pour ce qui est de son application, vu son libellé et sa nature. Il a été déduit de cette importante délégation d'un pouvoir de statuer par voie réglementaire sur des questions de fond que le Parlement a dû considérer que l'expertise que la Commission acquerrait en s'acquittant des responsabilités qu'il lui conférerait par voie législative en matière de recherche et d'éducation du public sur les droits de la personne et de traitement des plaintes, pouvant aller jusqu'au litige, l'emportait sur la responsabilité politique de veiller à ce que le pouvoir législatif que confère le paragraphe 27(2) soit exercé de façon convenable. Compte tenu de la portée du libellé du paragraphe 27(2) et des attributs de l'organisme auquel le pouvoir discrétionnaire a été accordé, une disposition d'une ordonnance ne sera considérée comme invalide que si elle est clairement incompatible avec les termes dans lesquels le pouvoir a été conféré, interprétés en fonction des objectifs de la Loi, ou si elle constitue un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire de la Commission. L'article 14 de l'*Ordonnance* ne peut être considéré invalide pour l'un ou l'autre de ces motifs.

L'article 14 ne sera invalide pour le premier motif que si l'objectif législatif prévu à l'article 2 exige qu'en interprétant l'article 11 de la Loi, il faille ajouter des mots au libellé de ce dernier. Le paragraphe 11(1) a un sens clair et il n'est pas nécessaire d'y ajouter quoi que ce soit. Premièrement, les articles 5 à 10 de la Loi, qui définissent d'autres actes discriminatoires, ajoutent à la définition que le comportement interdit doit être «fondé sur un motif de distinction illicite». Le paragraphe 11(1), par contraste, ne prévoit pas que le comportement interdit doit être fondé sur le sexe. Si cette précision a été omise parce que superflue, il n'était pas nécessaire de prévoir dans la définition du comportement interdit qu'il est fondé sur un des motifs de distinction illicites. Deuxièmement, le paragraphe 11(4) prévoit que ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe 11(1) la disparité salariale entre hommes et femmes fondée sur un facteur reconnu comme raisonnable par une ordonnance de la Commission. On peut déduire du paragraphe 11(4) que la définition de l'acte discriminatoire décrit au paragraphe 11(1) ne se limite pas à la disparité salariale fondée sur le sexe. Autrement, le paragraphe 11(4) ne serait

are based on sex. Otherwise subsection 11(4) would not have been necessary. That it was necessary to exempt from the reach of section 11 wage differences between men and women performing work of equal value that are attributable to prescribed “reasonable factors”, other than sex (subsection 11(5)) is a clear indication that they would otherwise have fallen within the scope of that section. Accordingly, once a complainant has established a difference in the wages paid to male and female employees performing work of equal value, a breach of section 11 is thereby established, subject only to the employer demonstrating that the difference is attributable to one of the “reasonable factors” prescribed in section 16 of the Guidelines. Third, systemic discrimination “results from the simple operation of established procedures of recruitment, hiring and promotion, none of which is necessarily designed to promote discrimination”. Subsection 11(1) tackled the problem of proof by enacting a presumption that, when men and women are paid different wages for work of equal value, that difference is based on sex, unless it can be attributed to a factor identified by the Commission in a guideline as constituting a reasonable justification for it.

The Attorney General did not contend that section 14 was invalid on the ground of unreasonableness.

(iii) The question was whether the Guidelines prescribed the adoption of employer-designated occupational groups as the measuring units for comparing wage differences under section 11. The words “occupational group” recur throughout sections 12 to 15 of the Guidelines, which stipulate some aspects of the manner in which section 11 applies to complaints by groups. Although “occupational group” is not defined in the Guidelines, it was assumed that they have the same meaning in each of these interlinked sections. The references to “occupational group” in these sections of the Guidelines simply refer to the groups identified under sections 12 and 13 as predominantly male or predominantly female. Section 15 does not mandate that comparisons be based on employees in predominantly male occupational groups, sampled by group. Even if the CHRT did commit an error of law because section 15 of the Guidelines requires it to base its conclusion on the wage curve of the predominantly male occupational groups, the error would not warrant the quashing of the Tribunal’s decision.

(iv) The mischief at which section 11 is principally aimed is the existence of a wage gap that disadvantages women, as a result of gendered segregation in employment and the systemic undervaluation of the work typically performed by women. Moreover, section 14 of the Guidelines is an enactment of the Commission’s view that the principle of equal pay for work of equal value does not require the

d’aucune utilité. Le fait qu’il ait fallu exclure de la portée de l’article 11 les situations de disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes lorsque cette disparité est fondée sur un «facteur reconnu comme raisonnable», autre que le sexe (paragraphe 11(5)), laisse clairement entendre que, normalement, elles seraient tombées sous le coup de cet article. Par conséquent, dès que l’auteur de la plainte a prouvé qu’il existe une disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes, il est établi que cette disparité contrevient à l’article 11, sous réserve uniquement de la preuve faite par l’employeur que cette disparité est fondée sur un «facteur reconnu comme raisonnable» par l’article 16 de l’Ordonnance. Troisièmement, la discrimination systémique «résulte simplement de l’application des méthodes établies de recrutement, d’embauche et de promotion, dont ni l’une ni l’autre n’a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination.» Le paragraphe 11(1) a remédié au problème de la preuve en édictant une présomption selon laquelle, lorsque les femmes et les hommes reçoivent un salaire différent pour exécuter des fonctions équivalentes, cet écart est fondé sur le sexe, à moins qu’il puisse être attribué à un facteur que la Commission a reconnu comme motif raisonnable dans une ordonnance.

Le procureur général n’a pas prétendu que l’article 14 était invalide en raison de son caractère déraisonnable.

(iii) La question en litige était celle de savoir si l’Ordonnance prescrivait l’adoption de groupes professionnels désignés par l’employeur comme unités de mesure pour la comparaison des écarts salariaux en vertu de l’article 11. Les termes «groupe professionnel» reviennent à maintes reprises dans les articles 12 à 15 de l’Ordonnance, qui précisent certains aspects des modalités d’application de l’article 11 dans le contexte d’une plainte collective. Ces mots ne sont pas définis dans l’Ordonnance, mais il est à tout le moins plausible de tenir pour acquis qu’ils ont le même sens dans chacune des dispositions qui sont liées entre elles. La mention des «groupes professionnels» dans l’Ordonnance renvoie simplement aux groupes identifiés en vertu des articles 12 et 13 comme des groupes à prédominance masculine ou féminine. L’article 15 n’exige pas que les comparaisons portent sur les employés des groupes professionnels à prédominance masculine, échantillonnés selon leur groupe. Même si le TCDP avait commis une erreur de droit parce que l’article 15 de l’Ordonnance l’obligeait à se fonder sur la courbe des salaires des groupes professionnels à prédominance masculine, cette erreur ne justifierait pas l’annulation de la décision du tribunal.

(iv) L’article 11 vise principalement à remédier au problème de l’écart salarial défavorable aux femmes résultant de la ségrégation des emplois fondée sur le sexe et de la sous-évaluation systémique des tâches habituellement exécutées par des femmes. De plus, l’article 14 de l’Ordonnance exprime, dans une disposition législative, l’opinion de la Commission que le principe de l’égalité de rémunération

adjustment of female wages up to the level of the highest paid males performing work of equal value. It is sufficient if female wages do not fall below the average of those received by male employees. Accordingly, a complaint by some of the male employees that they are paid less than females whose wages have been adjusted up to the average male wage pursuant to section 11, and that they are thus the victims of a difference in wages contrary to section 11, could not be upheld consistently with the statutory scheme. A literal interpretation of the words of section 11 must yield to an interpretation that is informed by the statutory context in which they appear. When the wages paid to female employees are adjusted upwards pursuant to a section 11 complaint, and in accordance with the methodology used by the CHRT, any wage difference thereby created between the wages of females and males whose wages are below the average could appropriately be regarded as statutorily authorized. It is accordingly not a difference that the employer has established or maintained within the meaning of subsection 11(1). It could also be said that, when a section 11 wage adjustment is made in response to a group complaint, any sex-based wage lines disappear. The result is to produce a single line for all groups regardless of whether they are predominantly male or predominantly female. In such a situation, when a systemic remedy has been fashioned, there is no room for an individual complaint under section 11.

(4) The CHRT's methodology involved a recalculation of the wage gap for each year by taking into account salary increases paid not only to members of the complainant group but also to employees in the predominantly male occupational group included in the segmented line. The Attorney General objected that this method assumes that the value of the work performed by those whose wages are being compared remained constant. Therefore the wage gap should be calculated in 1987, and increased by a percentage increase in the salaries paid to members of the complainant group. This method does not measure differences in wages between male and female employees performing work of equal value. While wage rate data were available, it would be impossible to determine the actual value of the work performed by members of the complainant and comparator group in the years after 1987. It was open to the Tribunal in these circumstances to adopt the annual recalculation method whereby the wage gap for each year is recalculated by taking into account salary increases paid not only to members of the complainant group, but also to employees in the predominantly male occupational groups included in the segmented line, for determining the wage gap in each of the years covered by the retroactive award period. That Treasury Board's proposed method of calculating the wage gap proceeds on the equally unlikely assumption that the wage gap remained constant during that period, was taken

pour fonctions équivalentes n'exige pas que les salaires des femmes soient rajustés à la hausse jusqu'au niveau des hommes les mieux rémunérés qui exécutent des fonctions équivalentes. Il suffit que les salaires des femmes ne soient pas inférieurs au salaire moyen des hommes. Par conséquent, une plainte déposée par des hommes, alléguant qu'ils reçoivent un salaire moindre que les femmes dont les salaires ont été rajustés au niveau du salaire moyen des hommes par application de l'article 11, et qu'ils sont donc victimes d'une disparité salariale interdite par l'article 11, ne pourrait être accueillie si l'on entend respecter l'esprit de la Loi. Une interprétation littérale des termes de l'article 11 doit céder le pas à une interprétation qui tient compte du contexte législatif dans lequel ils figurent. Lorsque les salaires des femmes sont rajustés à la hausse à la suite d'une plainte déposée en vertu de l'article 11, conformément à la méthode utilisée par le TCDP en l'espèce, tout écart salarial en résultant entre les salaires des femmes et ceux des hommes dont le salaire se situe en-dessous de la moyenne pourrait à juste titre être considéré comme autorisé par la Loi. Il ne s'agit donc pas d'une disparité que l'employeur instaure ou pratique au sens du paragraphe 11(1). On pourrait aussi dire que, lorsqu'un rajustement des salaires est effectué en vertu de l'article 11 à la suite d'une plainte collective, toute courbe salariale fondée sur le sexe disparaît. Il en résulte une courbe unique pour tous les groupes, indépendamment de la question de savoir s'ils sont à prédominance masculine ou féminine. En pareil cas, lorsqu'une solution systémique a été conçue, une plainte individuelle fondée sur l'article 11 n'a pas sa place.

4) La méthode retenue par le TCDP veut que l'écart salarial soit calculé de nouveau annuellement en tenant compte des augmentations de salaire versées non seulement aux membres du groupe plaignant, mais aussi aux employés appartenant aux groupes professionnels à prédominance masculine inclus dans la courbe segmentée. Le procureur général a objecté que cette méthode tient pour acquis que la valeur des fonctions exécutées par les personnes dont les salaires sont comparés est demeurée constante pendant toute la période de rétroactivité. Il faut donc calculer l'écart salarial en 1987 et le majorer du pourcentage de l'augmentation de salaire accordée aux membres du groupe plaignant. Cette méthode ne mesure pas la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes. Malgré l'existence de données accessibles sur les taux de rémunération, il serait impossible de déterminer la valeur réelle des fonctions exécutées par les membres du groupe plaignant et des groupes de comparaison au cours des années postérieures à 1987. Dans ces circonstances, le tribunal pouvait adopter la méthode du nouveau calcul annuel en tenant compte des augmentations de salaire versées non seulement aux membres du groupe plaignant, mais aussi aux employés appartenant aux groupes professionnels à prédominance masculine inclus dans la courbe segmentée, afin de déterminer l'écart salarial pour chacune des années de la période de rétroactivité. Il a été tenu



into account. In light of the imperfect information available, including an absence of any evidence adduced by Treasury Board that changes in the value of work performed by the employees in question had occurred, the CHRT's methodology was not unreasonable.

(5) On an application for judicial review it is within the Court's discretion to grant or to refuse the relief sought by an applicant, even when a reviewable error has been committed by the administrative decision-maker. The most powerful reason for withholding relief is that, to set aside the CHRT's decision on the ground that it did not comply with the Guidelines, section 15 would likely frustrate the purposes underlying CHRA, section 11 and inflict injustice on public servants who would be deprived of backpay. Weighed against these considerations is the principle that public money should not be disbursed pursuant to decisions that are inconsistent with the legally binding instructions of the legislature. An application for judicial review is a public law proceeding and in the final analysis relief is granted by the court in order to further the public interest. Thus relief should be refused when it would not serve the public interest to set aside a decision, even if vitiated by legal error. The following were considered in striking a balance between the competing heads of public interest. (i) In view of the substantial lapse of time, it is highly improbable that reliable data could be assembled from which the value of the work performed by these groups could be determined. (ii) Re-sampling the male comparators by occupational group would involve considerable expense and entail further delay in the resolution of this dispute. Justice unduly delayed in this context is justice denied. (iii) If the Tribunal did breach section 15 of the Guidelines, it was an error of a merely technical nature that did not thwart the essential purposes of section 11 or their implementation. Balancing these competing considerations, the benefit to the public interest of setting aside the Tribunal's decision for failure to comply with section 15 would be outweighed by the costs of so doing.

It was also argued that the Government was estopped from challenging the validity of the CHRT's decision as a result of a statement made in 1993 by Mr. Chrétien, then Leader of the Opposition, that if a Liberal Government were elected it would implement without further delay any decision of the Tribunal in this dispute. Accountability for such statements is more appropriately enforced through the

compte du fait que la méthode proposée par le Conseil du Trésor pour le calcul de l'écart salarial s'appuie sur la prémisse tout aussi improbable que l'écart salarial est demeuré constant au cours de cette période. Compte tenu de l'information incomplète dont il disposait, et notamment du fait que le Conseil du Trésor n'a pas produit de preuve établissant que la valeur des fonctions exécutées par les employés en cause a effectivement changé, la méthode retenue par le TCDP n'était pas déraisonnable.

5) Dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour a le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser la réparation sollicitée par le demandeur, même lorsque l'auteur de la décision administrative a commis une erreur donnant ouverture au contrôle judiciaire. Le motif le plus valable de refuser d'accorder réparation tient au fait que l'annulation de la décision du TCDP fondée sur le non-respect de l'article 15 de l'Ordonnance ferait vraisemblablement échec aux buts qui sous-tendent l'article 11 de la LCDP et créerait une injustice pour les fonctionnaires fédéraux qui seraient privés du paiement des arriérés de salaire. Ces éléments doivent évidemment être soupesés en regard du principe voulant que les deniers publics ne soient pas dépensés en exécution de décisions incompatibles avec les directives de la législature, qui ont caractère obligatoire en droit. Une demande de contrôle judiciaire est une procédure de droit public et le tribunal accorde réparation, en dernière analyse, pour promouvoir l'intérêt public. Par conséquent, il y a lieu de refuser d'accorder réparation lorsque l'annulation d'une décision ne servirait pas l'intérêt public, même si elle est viciée par une erreur de droit. Les éléments qui suivent ont été pris en compte pour soupeser les considérations d'intérêt public qui s'opposaient: (i) Compte tenu du long délai écoulé, il est hautement improbable que des données fiables puissent être colligées aux fins de déterminer la valeur des fonctions exécutées par ces groupes. (ii) Un nouvel échantillonnage d'hommes selon le groupe professionnel auquel ils appartiennent, à des fins de comparaison, entraînerait des dépenses considérables et retarderait encore le règlement du litige. Dans ce contexte, la justice indûment différée serait un déni de justice. (iii) Si le tribunal a contrevenu à l'article 15 de l'Ordonnance, cette erreur est de nature purement technique et elle ne contre-carre ni les objets fondamentaux de l'article 11 ni leur mise en œuvre. Si l'on soupèse ces considérations opposées, les coûts qu'entraînerait l'annulation de la décision du tribunal pour non-respect de l'article 15 dépasseraient l'avantage qui en découlerait pour l'intérêt public.

Il a aussi été plaidé que la contestation, par le gouvernement, de la validité de la décision du TCDP était maintenant irrecevable, en raison d'une déclaration faite avant les élections, en 1993, par M. Chrétien qui était alors chef de l'opposition, selon laquelle, si un gouvernement libéral était élu, il mettrait en œuvre sans délai la décision que prononcerait le tribunal relativement au litige. C'est par le proces-

political process than by the courts.

sus politique, plutôt que par le processus judiciaire, que l'auteur d'une telle déclaration devrait être forcé d'en rendre compte.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 9), 5, 6, 7, 8, 9 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 12), 10 (as am. *idem*), 11, 27 (as am. *idem*, s. 20).  
*Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44.  
*Equal Wages Guidelines, 1986*, SOR/86-1082, ss. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16.  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 18, 28.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Public Service Alliance of Canada v. Canada (Department of National Defence)*, [1996] 3 F.C. 789; (1996), 27 C.H.R.R. D/488; 199 N.R. 81 (C.A.); *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 8 C.H.R.R. D/4210; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161.

##### DISTINGUISHED:

*Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; (1993), 102 D.L.R. (4th) 665; 79 B.C.L.R. (2d) 273; 13 Admin. L.R. (2d) 141; 26 B.C.A.C. 241; 18 C.H.R.R. D/310; 152 N.R. 99; 44 W.A.C. 241; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; (1996), 133 D.L.R. (4th) 449; 18 B.C.L.R. (3d) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 1; 72 B.C.A.C. 1; 25 C.H.R.R. D/87; 194 N.R. 81; 119 W.A.C. 1.

##### CONSIDERED:

*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989]

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 9), 5, 6, 7, 8, 9 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 12), 10, 11, 27 (mod., *idem*, art. 20).  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 18, 28.  
*Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, ch. 44.  
*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*, DORS/86-1082, art. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la défense nationale)*, [1996] 3 C.F. 789; (1996), 27 C.H.R.R. D/488; 199 N.R. 81 (C.A.); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de l'homme)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 8 C.H.R.R. D/4210; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161.

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; (1993), 102 D.L.R. (4th) 665; 79 B.C.L.R. (2d) 273; 13 Admin. L.R. (2d) 141; 26 B.C.A.C. 241; 18 C.H.R.R. D/310; 152 N.R. 99; 44 W.A.C. 241; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; (1996), 133 D.L.R. (4th) 449; 18 B.C.L.R. (3d) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 1; 72 B.C.A.C. 1; 25 C.H.R.R. D/87; 194 N.R. 81; 119 W.A.C. 1.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission*

2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 11 C.H.R.R. D/1; 89 CLLC 17,022; 100 N.R. 241; *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113; (1998), 167 D.L.R. (4th) 432 (C.A.).

## REFERRED TO:

*P.S.A.C. v. Canada (Treasury Board) (No. 2)* (1996), 29 C.H.R.R. D/349; *P.S.A.C. v. Canada (Treasury Board)* (1991), 14 C.H.R.R. D/341; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341.

APPLICATION for judicial review of a decision of a Canadian Human Rights Tribunal (*P.S.A.C. v. Canada (Treasury Board) (No. 3)* (1998), 32 C.H.R.R. D/349; 98 CLLC 230-031) that Treasury Board, the Department responsible for the federal government's relations with its employees, was in breach of section 11 of the *Canadian Human Rights Act* by maintaining "differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value". Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Sheila R. Block, Dufferin F. Friesen, Q.C., Lubomyr A. Chabursky, Jane S. Bailey* for applicant.

*Andrew J. Raven and David Yazbeck* for respondent Public Service Alliance of Canada.

*Rosemary G. Morgan and Marja Bulmer* for respondent Canadian Human Rights Commission.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Tory Tory DesLauriers & Binnington*, Toronto and *the Deputy Attorney General of Canada*, for applicant.

*Raven, Allen, Cameron & Ballantyne*, Ottawa, for respondent Public Service Alliance of Canada.

*Canadian Human Rights Commission Legal Department*, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.

*canadienne des droits de la personne*, [1989] 2 R.C.S. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 11 C.H.R.R. D/1; 89 CLLC 17,022; 100 N.R. 241; *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113; (1998), 167 D.L.R. (4th) 432 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*A.F.P.C. c. Canada (Conseil du Trésor) (n° 2)* (1996), 29 C.H.R.R. D/349; *A.F.P.C. c. Canada (Conseil du Trésor)* (1991), 14 C.H.R.R. D/341; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (*A.F.P.C. c. Canada (Conseil du Trésor) (n° 3)* (1998), 32 C.H.R.R. D/349; 98 CLLC 230-031) portant que le Conseil du Trésor, l'organisme chargé des relations du gouvernement fédéral avec ses employés, a contrevenu à l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en pratiquant «la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes». Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*Sheila R. Block, Dufferin F. Friesen, c.r., Lubomyr A. Chabursky, Jane S. Bailey* pour le demandeur.

*Andrew J. Raven et David Yazbeck* pour l'Alliance de la fonction publique du Canada, défenderesse.

*Rosemary G. Morgan et Marja Bulmer* pour la Commission canadienne des droits de la personne, défenderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Tory Tory DesLauriers & Binnington*, Toronto et *le sous-procureur général du Canada*, pour le demandeur.

*Raven, Allen, Cameron & Ballantyne*, Ottawa, pour l'Alliance de la fonction publique du Canada, défenderesse.

*Service du contentieux de la Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, pour la Commission canadienne des droits de la personne, défenderesse.

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

EVANS J.:

#### A. INTRODUCTION

[1] In this application for judicial review the Attorney General of Canada seeks an order to set aside a decision of a Canadian Human Rights Tribunal [(1998), 32, C.H.R.R. D/349] that upheld a complaint made to the Canadian Human Rights Commission by the Public Service Alliance of Canada, the union that represents most employees in the federal public service.

[2] The complaint alleged that the Treasury Board, the Department responsible for the federal government's relations with its employees, was in breach of section 11 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 by maintaining "differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value".

[3] The principal provisions of the order made by the Tribunal are as follows. The existence and size of any wage gap between the employees in female occupational groups on whose behalf the complaint was filed and employees in male occupational groups is to be determined by the methodology proposed by the Commission. Any wage adjustment that is found to be required is retroactive from the date of the Tribunal's decision, July 29, 1998, to March 1985, and must be recalculated for each year of this period.

[4] The Attorney General submits that the Tribunal's decision is vitiated by three fundamental legal flaws resulting from a misinterpretation of section 11 of the Act and of the *Equal Wages Guidelines, 1986* [SOR/86-1082], subordinate legislation made by the Commission under section 27 [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 20] of the Act. More particularly, the Attorney

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

LE JUGE EVANS:

#### A. INTRODUCTION

[1] Dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire, le procureur général du Canada cherche à obtenir une ordonnance annulant une décision d'un tribunal canadien des droits de la personne [(1998), 32 C.H.R.R. D/349] qui a accueilli une plainte déposée auprès de la Commission canadienne des droits de la personne par l'Alliance de la fonction publique du Canada, le syndicat qui représente la plupart des employés de la fonction publique fédérale.

[2] La plainte alléguait que le Conseil du Trésor, l'organisme chargé des relations du gouvernement fédéral avec ses employés, avait contrevenu à l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, en pratiquant «la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes».

[3] Les principales dispositions de l'ordonnance prévoient ce qui suit. L'existence et l'ampleur de toute disparité salariale entre les employés des groupes professionnels à prédominance féminine, au nom de qui la plainte a été déposée, et les employés des groupes professionnels à prédominance masculine doivent être déterminées selon la méthodologie proposée par la Commission. Tout rajustement de salaire qui est jugé requis s'applique de façon rétroactive à la période comprise entre la date de la décision du tribunal, soit le 29 juillet 1998, et mars 1985, et doit être calculé de nouveau pour chacune des années de cette période.

[4] Le procureur général soutient que la décision du tribunal souffre de trois vices fondamentaux en droit qui résultent d'une interprétation erronée de l'article 11 de la Loi et de l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale* [DORS/86-1082], qui est un règlement d'application pris par la Commission en vertu de l'article 27 [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 20] de la

General maintains that the Tribunal erred in law by failing to:

(a) adopt a statistical methodology that measured differences in the wages paid to male and female employees who were performing work of equal value; (b) measure differences in wages paid to male and female employees that were based on sex; and (c) compare the wages of the female complainants to those paid to employees in a predominantly male occupational group, or occupational groups.

[5] The Alliance and the Commission deny that the Tribunal made any reviewable error of law. Furthermore, the Alliance submitted, even if it did, the Court should refuse in the exercise of its discretion to set aside the Tribunal's decision, on the ground that the government had so misconducted itself in this matter that it ought not to be granted relief. Not surprisingly, counsel for the Attorney General vigorously denied this allegation.

[6] In a case where statistics and statistical analysis feature so prominently it is perhaps appropriate that numbers also illustrate the complexity and importance of the issues that it raises. The complaints that started the ball rolling were filed with the Commission in 1984, 15 years ago. The Alliance, which was the complainant before the Tribunal in the present case, is representing some 200,000 federal public service employees who have an interest in the outcome. The Tribunal formally started its hearings on September 9, 1991 and rendered its decision nearly seven years later on July 29, 1998. It held more than 250 days of hearings, and heard witnesses testifying for weeks and, in some instances, months on end. The reasons given by the Tribunal for the decision under review are 200 pages long; in addition, the Tribunal rendered two substantial decisions on preliminary issues [*P.S.A.C. v. Canada (Treasury Board)* (1991), 14 C.H.R.R. D/341; *P.S.A.C. v. Canada (Treasury Board) (No. 2)* (1996), 29 C.H.R.R. D/349].

Loi. Plus particulièrement, le procureur général prétend que le tribunal a commis une erreur de droit en omettant de:

a) adopter une méthodologie statistique mesurant la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes; b) mesurer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui est fondée sur le sexe; et c) comparer les salaires des plaignantes à ceux des employés appartenant à un ou à des groupes professionnels à prédominance masculine.

[5] L'Alliance et la Commission nient que le tribunal ait commis une erreur de droit justifiant le contrôle judiciaire. L'Alliance a de plus soutenu que, même si cela avait été le cas, la Cour devait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser d'annuler la décision du tribunal, au motif que, dans la présente affaire, le gouvernement s'était si mal comporté qu'il ne devrait pas bénéficier de réparation. Les avocats du procureur général ont évidemment nié vigoureusement cette allégation.

[6] Dans une affaire où les statistiques et l'analyse statistique ressortent à ce point, il n'est peut-être que normal que les chiffres illustrent également la complexité et l'importance des questions qu'ils soulèvent. Les plaintes qui ont parti le bal ont été déposées auprès de la Commission en 1984, soit il y a 15 ans. L'Alliance, qui était la plaignante devant le tribunal dans la présente affaire, représente environ 200 000 fonctionnaires fédéraux qui ont un intérêt dans l'issue de cette dernière. Le tribunal a officiellement commencé ses audiences le 9 septembre 1991 et a rendu sa décision presque sept ans plus tard, soit le 29 juillet 1998. Il a tenu plus de 250 jours d'audience, et il a entendu des témoins déposer pendant des semaines et, dans certains cas, pendant des mois, sans arrêt. Les motifs de la décision du tribunal qui fait l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire ont 200 pages; en outre, le tribunal a rendu deux décisions importantes sur des questions préliminaires [*A.F.P.C. c. Canada (Conseil du Trésor)* (1991), 14 C.H.R.R. D/341; *A.F.P.C. c. Canada (Conseil du Trésor) (n° 2)* (1996), 29 C.H.R.R. D/349].

[7] The hearing of this application for judicial review was set down for ten days and lasted for 8½ days; the application records, compendia and addenda filed were substantial. The length of these reasons inevitably reflects these factors, and the comprehensive submissions of counsel.

[8] The Treasury Board has made an offer to settle which is now worth approximately \$1.3 billion, or about one-quarter of the amount that implementation of the Tribunal's decision is sometimes alleged to cost. While this is, of course, a very big sum, its size is attributable to the large number of people amongst whom it will be divided (some 200,000), and the 14 years of retroactivity of the Tribunal's award.

[9] If the Tribunal's decision is upheld it will result in significant lump-sum payments for individual employees, some of whom are now retired. Those employed for most of the period 1985-1998 stand to gain the most. In addition, the decision will give rise to prospective increases in salaries and pensions.

[10] However, it is also important to keep in proportion the total amounts of money involved by considering them from the perspective of individual employees. On the assumption that the retroactive element of the Tribunal's decision will cost \$5 billions, and that the total number of beneficiaries is 200,000, then the average amount payable to individual employees will be a little less than \$2,000 for each year of service, which is subject, of course, to income tax and other employee salary deductions.

[11] Despite the amount of money at stake, and the importance of the issues raised, the disposition of this application for judicial review, like all others, will turn on the statutory grounds on which the Court may review decisions of the Tribunal and the standard of review to be applied, the interpretation of the relevant legislation and its application to the facts.

[7] L'audition de la présente demande de contrôle judiciaire avait une durée prévue de dix jours et a duré huit jours et demi; le dossier de la demande ainsi que les précisions et les ajouts qui y ont été apportés étaient volumineux. La longueur des présents motifs reflète inévitablement ces facteurs ainsi que les observations exhaustives des avocats.

[8] Le Conseil du Trésor a fait une offre de règlement qui équivaut maintenant à environ 1,3 milliard de dollars, soit environ le quart du montant auquel la mise en œuvre de la décision du tribunal est parfois évaluée. Bien que cela constitue naturellement une très grosse somme, son ampleur est attribuable au grand nombre de personnes qui se la partageront (environ 200 000) et à la rétroactivité de quatorze ans de l'indemnité accordée par le tribunal.

[9] Si la décision du tribunal est confirmée, cela entraînera le versement de sommes forfaitaires importantes pour les employés, dont certains sont maintenant à la retraite. Ceux qui étaient employés pendant la majeure partie de la période se situant entre 1985 et 1998 ont le plus à gagner. En outre, la décision donnera lieu à des augmentations futures de salaires et de pensions.

[10] Cependant, il est aussi important de mettre en proportion la somme totale en jeu par un examen du point de vue de chaque employé. Si on tient pour acquis que la partie rétroactive de la décision du tribunal coûtera 5 milliards de dollars et que le nombre de bénéficiaires s'élève à 200 000, le montant moyen payable à chaque employé se situera à un peu moins de 2 000 \$ par année de service, ce qui est naturellement assujéti à l'impôt sur le revenu et à d'autres retenues à la source.

[11] Malgré le montant d'argent en jeu et l'importance des questions soulevées, la décision relative à la présente demande de contrôle judiciaire dépend, comme toutes les autres, des motifs prévus par la loi en vertu desquels la Cour peut contrôler les décisions du tribunal, de la norme de contrôle devant être appliquée, de l'interprétation des dispositions législatives pertinentes et de leur application aux faits.

## B. FACTUAL BACKGROUND

[12] My account of the very substantial factual background to the Tribunal's decision is confined to what is necessary for an understanding of the issues raised in this application for judicial review.

[13] In December 1984 a complaint was filed with the Canadian Human Rights Commission by the Clerical and Regulatory (CR) group of employees in the federal public service. They alleged that members of this predominantly female group were being paid less than members of the predominantly male Public Administration (PA) group, although they were performing work of equal value. This was not the first such complaint to have been filed with the Commission by federal public service employees, but it seems to have precipitated a decision by the government to undertake an examination of the issue of the underpayment, throughout the federal public service, of female employees or, more accurately, of those performing work typically performed by females.

[14] Early in 1985 the public service unions were invited to join this project, which came to be called the Joint Union-Management Initiative (the JUMI). The Canadian Human Rights Commission was also asked to participate, which it did, largely by providing advice to the JUMI Committee that drove the exercise. The Commission also agreed to hold in abeyance the complaint filed in 1984, and not to proceed with any other wage discrimination complaints against the Treasury Board that it received subsequently, pending the completion of the JUMI study.

[15] The study identified nine predominantly female occupational groups and 53 predominantly male groups within the federal public service. These groups varied considerably in size, the largest being the Clerical and Regulatory group which comprised some 50,000 members. Members of a group would not

## B. LES FAITS

[12] Mon résumé des très nombreux faits sous-jacents à la décision du tribunal se limite à ce qui est nécessaire pour bien comprendre les questions soulevées dans la présente demande de contrôle judiciaire.

[13] En décembre 1984, une plainte a été déposée auprès de la Commission canadienne des droits de la personne par le groupe d'employés Commis aux écritures et règlements (CR) de la fonction publique fédérale. Ceux-ci alléguaient que les membres de ce groupe à prédominance féminine étaient moins bien rémunérés que les membres du groupe Administration des programmes (PA) à prédominance masculine, même s'ils exécutaient des fonctions équivalentes. Ce n'était pas la première plainte du genre à être déposée auprès de la Commission par des fonctionnaires fédéraux, mais elle semble avoir incité le gouvernement à entreprendre un examen de la question de la rémunération insuffisante, dans toute la fonction publique fédérale, des femmes ou, plus exactement, de ceux qui exécutent des fonctions habituellement exécutées par des femmes.

[14] Au début de l'année 1985, les syndicats de la fonction publique ont été invités à se joindre à ce projet, qui a été appelé par la suite le Comité mixte syndical-patronal sur la mise en œuvre de la parité salariale (le Comité mixte). On a également demandé à la Commission canadienne des droits de la personne de participer, ce qu'elle a fait, en bonne partie en faisant part de ses opinions au Comité mixte, qui dirigeait la démarche. La Commission a aussi accepté de suspendre la plainte déposée en 1984 et de ne donner suite à aucune autre plainte de discrimination salariale reçue par la suite contre le Conseil du Trésor en attendant l'achèvement de l'étude sur la mise en œuvre de la parité salariale, menée par le Comité mixte (l'étude sur la parité salariale).

[15] L'étude a identifié neuf groupes professionnels à prédominance féminine et cinquante-trois groupes à prédominance masculine dans la fonction publique fédérale. Le nombre de membres de ces groupes variait considérablement, le plus grand groupe étant le groupe Commis aux écritures et règlements qui

necessarily be doing similar work, nor would the work that they did have a similar value. This was particularly true for the CR group, which was divided into seven discrete levels and spanned a very wide range of work of correspondingly different values.

[16] These occupational groupings had existed for many years and, when collective bargaining was introduced into the federal public service in the late 1960s, they formed the bases of the bargaining units. Not surprisingly, over the years the work actually performed by many employees in any given occupational group is likely to have diverged significantly from their job description. When the JUMI was launched there was no single, system-wide standard in place for measuring the value of work of employees in the federal public service.

[17] The most important achievement of the JUMI was its approval and adoption of a plan for evaluating the work performed by employees on a position-by-position basis, using a common measuring standard. A Seattle firm of management consultants, Norman Willis & Associates, was engaged for the purpose of this task. Mr. Willis had substantial experience in the United States and Canada with similar exercises, although he acknowledged that the JUMI study was the largest pay equity study of which he was aware.

[18] The "Willis plan" involved the design and administration of a very lengthy and sophisticated questionnaire which was designed to discover the true nature and scope of the tasks actually performed by employees in their positions. In particular, the questionnaire attempted to elicit information relevant to the criteria contained in subsection 11(2) of the Act, and elaborated in sections 3 to 8 of the Guidelines, for assessing the value of work on the basis of the levels of skill, effort and responsibility involved, and the conditions under which the work was performed.

comprenait environ 50 000 membres. Les membres d'un groupe n'exécutaient pas nécessairement les mêmes fonctions et ces fonctions n'étaient pas équivalentes. Cela était particulièrement vrai pour le groupe CR, qui était divisé en sept niveaux distincts et dont les membres exécutaient un très large éventail de fonctions pour lesquelles la valeur correspondante différait.

[16] Ces regroupements professionnels existaient depuis plusieurs années et, lorsque la négociation collective a été introduite dans la fonction publique fédérale à la fin des années 60, ils ont constitué le fondement des unités de négociation. Il n'est pas surprenant qu'au fil des ans, les fonctions réellement effectuées par les employés dans un groupe professionnel donné soient susceptibles de s'être modifiées radicalement par rapport à leurs descriptions de tâches. Lorsque le Comité mixte a été mis sur pied, il n'y avait aucune norme unique et universelle en place qui mesurait la valeur du travail des fonctionnaires fédéraux.

[17] La réalisation la plus importante du Comité mixte a été l'approbation et l'adoption de sa part d'un plan pour évaluer les fonctions exécutées par les employés poste par poste au moyen de l'utilisation d'une base commune de mesure. Une firme de consultants en gestion de Seattle, Norman Willis & Associates, a été mandatée à cette fin. M. Willis avait une vaste expérience aux États-Unis et au Canada dans le cadre de démarches semblables, bien qu'il ait reconnu que l'étude sur la parité salariale menée par le Comité mixte était, à sa connaissance, l'étude la plus vaste en matière d'équité salariale.

[18] Le «plan Willis» comportait la conception et l'administration d'un questionnaire très long et sophistiqué qui visait à découvrir la vraie nature et la véritable portée des tâches réellement exécutées par les employés dans le cadre de leurs postes. Notamment, le questionnaire cherchait à obtenir des renseignements pertinents aux fins des critères prévus au paragraphe 11(2) de la Loi et précisés aux articles 3 à 8 de l'Ordonnance en vue d'évaluer la valeur du travail en fonction du niveau de qualifications, des efforts et des responsabilités nécessaires, compte tenu des conditions de travail.



[19] The questionnaires were administered to approximately 3,200 employees: 1,800 employees in the nine predominantly female occupational groups, and 1,400 employees in the 53 predominantly male groups. The comparator samples from employees in predominantly male occupational groups were drawn randomly by position occupied, and not by occupational group.

[20] This means that the sample of employees in a particular predominantly male occupational group might represent too small a percentage of the employees in that group to provide statistically reliable information about the group as a whole, especially since there were nearly six times as many male as female occupational groups, and yet the total sample of employees doing "male work" was smaller than that of employees doing "female work".

[21] The JUMI Committee created sub-committees, whose members were responsible for assessing the value of the work performed by employees on the basis of the information provided in the questionnaires. An exercise of this kind inevitably contains a subjective element, despite the relatively objective nature of the statutory criteria for determining the value of work and the technical expertise that has been developed in assessing the value of work, including an understanding of the ways in which work done by women has often been invisible or systemically undervalued.

[22] The job evaluation exercise not surprisingly gave rise to tensions between union and management members in some sub-committees of the JUMI Committee. There was a suspicion on the employer's side that sub-committees were inflating the value of the work performed by employees in predominantly female occupational groups, and deflating the value of the work performed by employees in predominantly male occupational groups. If true, this would, of course, have had a tendency to establish or widen a wage differential between male and female employees performing work of equal value.

[19] Les questionnaires ont été soumis à environ 3 200 employés: 1 800 employés des neuf groupes professionnels à prédominance féminine et 1 400 employés des cinquante-trois groupes à prédominance masculine. Les échantillons comparatifs des employés des groupes professionnels à prédominance masculine ont été choisis au hasard par poste occupé plutôt que par groupe professionnel.

[20] Cela signifie que l'échantillon des employés d'un groupe professionnel à prédominance masculine donné pourrait constituer un pourcentage trop faible des employés de ce groupe pour pouvoir fournir des renseignements statistiquement fiables au sujet du groupe dans son ensemble, d'autant plus qu'il y avait presque six fois plus de groupes professionnels à prédominance masculine que de groupes à prédominance féminine et que, malgré cela, l'échantillon total des employés exécutant des «fonctions masculines» était plus petit que celui des employés exécutant des «fonctions féminines».

[21] Le Comité mixte a créé des sous-comités, dont les membres étaient chargés d'évaluer la valeur du travail effectué par les employés selon les renseignements fournis dans les questionnaires. Un exercice de ce genre comporte inévitablement un élément subjectif, malgré la nature relativement objective des critères prévus par la loi pour déterminer la valeur du travail et malgré l'expertise technique qui a été acquise dans l'évaluation de la valeur du travail, notamment la compréhension des raisons pour lesquelles le travail effectué par les femmes a souvent été invisible ou sous-évalué de façon systémique.

[22] Fait qui n'est pas étonnant, l'exercice d'évaluation des fonctions a causé des tensions entre les membres du syndicat et de la direction au sein de certains sous-comités du Comité mixte. Du côté de l'employeur, on soupçonnait que les sous-comités gonflaient la valeur du travail effectué par les employés des groupes professionnels à prédominance féminine et minimisaient la valeur du travail effectué par les employés des groupes professionnels à prédominance masculine. Si cela était vrai, cela tendrait naturellement à créer ou à élargir une disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes.

[23] Even though it means jumping ahead in the chronology, it is important to emphasize at this point that the accuracy of the evaluation of work, or of the assignment of “Willis points” as it became known, is not in issue in these proceedings. This is because the matter was the subject of a motion before the Tribunal, which ruled in its “Phase I” decision that the Treasury Board had not established that differences in the evaluations of work made by the consultants and the sub-committees were attributable to gender bias. This decision was not challenged on an application for judicial review.

[24] For reasons that are not material for present purposes the JUMI study came to an end when the public service unions withdrew their co-operation towards the end of 1989. Shortly thereafter, in January 1990, the Treasury Board unilaterally offered equalization payments to members of three female occupational groups on the basis of the JUMI study, which they accepted.

[25] In February 1990 the Alliance filed a complaint with the Commission on behalf of 6 of the predominantly female groups that had been included in the JUMI study. The complaint alleged that the results obtained by the JUMI study established that the employer was in breach of section 11 of the *Canadian Human Rights Act* in that employees in the 6 predominantly female occupational groups were being paid less than employees in the 53 predominantly male groups included in the study who were performing work of equal value to that of members of the female groups.

[26] The complaint was investigated by the Commission, which by this time had developed a familiarity with the issues as a result of both dealing with the complaints made in 1984 and earlier, and participating in the JUMI study. The Commission retained Mr. Alan Sunter, a former director of Statistics Canada, to assist it. His expertise was particularly helpful in analysing the data generated by the JUMI

[23] Même si cela signifie prendre de l’avance sur la chronologie des événements, il est important de souligner à ce stade-ci que l’exactitude de l’évaluation des fonctions, ou l’attribution des «cotes Willis», comme on les a appelées, n’est pas en litige dans la présente instance. Cela est dû au fait que cette question a fait l’objet d’une requête présentée au tribunal, qui a conclu dans sa décision de la «Phase I» que le Conseil du Trésor n’avait pas démontré que les différences dans l’évaluation des fonctions faites par les consultants et les sous-comités étaient attribuables à une partialité fondée sur le sexe. Cette décision n’a pas été contestée par voie de demande de contrôle judiciaire.

[24] Pour des raisons qui ne sont pas pertinentes pour les fins de l’espèce, l’étude sur la parité salariale a pris fin lorsque les syndicats de la fonction publique ont cessé de collaborer vers la fin de 1989. Peu de temps après, en janvier 1990, le Conseil du Trésor a unilatéralement offert des rajustements paritaires à des membres de trois groupes professionnels à prédominance féminine à la lumière de l’étude sur la parité salariale, ce qu’ils ont accepté.

[25] En février 1990, l’Alliance a déposé une plainte auprès de la Commission au nom de six des groupes à prédominance féminine qui faisaient l’objet de l’étude sur la parité salariale. La plainte alléguait que les résultats de l’étude sur la parité salariale démontraient que l’employeur contrevenait à l’article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, du fait que les employés des six groupes professionnels à prédominance féminine étaient moins bien rémunérés que les employés des cinquante-trois groupes à prédominance masculine faisant l’objet de l’étude qui exécutaient des fonctions équivalentes à celles des membres des groupes à prédominance féminine.

[26] La plainte a fait l’objet d’une enquête de la part de la Commission qui, à ce moment-là, s’était familiarisée avec les questions en cause étant donné qu’elle s’était penchée sur les plaintes déposées en 1984 et auparavant, et qu’elle avait participé à l’étude sur la parité salariale. La Commission a retenu les services de M. Alan Sunter, un ancien directeur de Statistique Canada, pour l’assister. Son expertise a été particulièrement

study, and in devising a statistical methodology for measuring any gender-based wage differentials in the federal public service.

[27] On the basis of Mr. Sunter's reports, and other material included in the investigator's report, the Commission decided on October 16, 1990 to request the appointment of a Tribunal to inquire into the 1990 complaint filed by the Alliance.

[28] In January 1991 a three-member Tribunal was appointed. The chair, Ms. Gillis, had at one time practised as a labour lawyer, but has subsequently worked in human resources. Another member, Mr. Fetterly, is also a lawyer; he has chaired administrative tribunals and has acted as an arbitrator. The third member, Ms. Cowan-McGuigan, is a social worker responsible for the development of programs in New Brunswick to assist those dependent on drugs.

[29] The Tribunal heard from an impressive array of expert witnesses: statisticians (Mr. Sunter and Dr. Shillington called by the Commission, and Dr. Swimmer by the Alliance), and pay equity experts (Dr. Armstrong, Dr. Weiner and Mr. Willis called by the Commission, and Mr. Ranger by the Alliance). In addition, Mr. Sadler and Mr. Durber, Commission officials, gave evidence on the Commission's understanding of the relevant provisions of the legislation, including the Guidelines that it had promulgated, and the Commission's view of Mr. Sunter's methodology for measuring the wage differential between female and male employees performing work of equal value. These witnesses were cross-examined extensively by counsel for the Treasury Board, which called no witnesses of its own.

### C. THE STATUTORY FRAMEWORK

[30] The following provisions of the *Canadian Human Rights Act* are relevant to this application for judicial review.

rement utile aux fins de l'analyse des données que comportait l'étude sur la parité salariale et aux fins de l'élaboration d'une méthode statistique pour mesurer toute disparité salariale fondée sur le sexe dans la fonction publique fédérale.

[27] Se fondant sur le rapport de M. Sunter et sur les autres documents contenus dans le rapport de l'enquêteur, la Commission a décidé, le 16 octobre 1990, de demander la constitution d'un tribunal pour examiner la plainte déposée en 1990 par l'Alliance.

[28] En janvier 1991, un tribunal de trois membres a été constitué. La présidente, M<sup>me</sup> Gillis, a déjà pratiqué le droit du travail, mais elle travaille depuis dans le domaine des ressources humaines. Un autre membre, M. Fetterly, est également avocat; il a présidé des tribunaux administratifs et a agi en tant qu'arbitre. Le troisième membre, M<sup>me</sup> Cowan-McGuigan, est une travailleuse sociale chargée de l'élaboration de programmes visant à aider ceux qui souffrent d'une dépendance à la drogue au Nouveau-Brunswick.

[29] Le tribunal a entendu un nombre impressionnant de témoins experts: des statisticiens (M. Sunter et M. Shillington qui ont été assignés par la Commission, et M. Swimmer qui a été assigné par l'Alliance), et des experts en matière d'équité salariale (M. Armstrong, M. Weiner et M. Willis qui ont été assignés par la Commission, et M. Ranger qui a été assigné par l'Alliance). En outre, M. Sadler et M. Durber, des représentants de la Commission, ont témoigné au sujet de la façon dont la Commission interprétait les dispositions pertinentes de la loi, et notamment au sujet de l'Ordonnance qu'elle avait promulguée, ainsi qu'au sujet de l'opinion de la Commission sur la méthode utilisée par M. Sunter pour mesurer la disparité salariale entre les femmes et les hommes qui exécutent des fonctions équivalentes. Ces témoins ont été contre-interrogés de façon exhaustive par les avocats du Conseil du Trésor, qui n'a assigné aucun témoin.

### C. LE CADRE LÉGISLATIF

[30] Les dispositions pertinentes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont pertinentes aux fins de la présente demande de contrôle judiciaire.

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

...

11. (1) It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

(2) In assessing the value of work performed by employees employed in the same establishment, the criterion to be applied is the composite of the skill, effort and responsibility required in the performance of the work and the conditions under which the work is performed.

...

(4) Notwithstanding subsection (1), it is not a discriminatory practice to pay to male and female employees different wages if the difference is based on a factor prescribed by guidelines, issued by the Canadian Human Rights Commission pursuant to subsection 27(2), to be a reasonable factor that justifies the difference.

(5) For greater certainty, sex does not constitute a reasonable factor justifying a difference in wages.

(6) An employer shall not reduce wages in order to eliminate a discriminatory practice described in this section.

...

27. . . .

(2) The Commission may, on application or on its own initiative, by order, issue a guideline setting out the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a class of cases described in the guideline.

(3) A guideline issued under subsection (2) is, until it is revoked or modified, binding on the Commission and any member or panel assigned under subsection 49(2) with respect to the resolution of a complaint under Part III regarding a case falling within the description contained in the guideline.

[31] The following sections of the *Equal Wages Guidelines, 1986* are also relevant.

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant: le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne gracée.

[. . .]

11. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes.

(2) Le critère permettant d'établir l'équivalence des fonctions exécutées par des salariés dans le même établissement est le dosage de qualifications, d'efforts et de responsabilités nécessaire pour leur exécution, compte tenu des conditions de travail.

[. . .]

(4) Ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe (1) la disparité salariale entre hommes et femmes fondée sur un facteur reconnu comme raisonnable par une ordonnance de la Commission canadienne des droits de la personne en vertu du paragraphe 27(2).

(5) Des considérations fondées sur le sexe ne sauraient motiver la disparité salariale.

(6) Il est interdit à l'employeur de procéder à des diminutions salariales pour mettre fin aux actes discriminatoires visés au présent article.

[. . .]

27. [. . .]

(2) Dans une catégorie de cas donnés, la Commission peut, sur demande ou de sa propre initiative, décider de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l'application de la présente loi.

(3) Les ordonnances prises en vertu du paragraphe (2) lient, jusqu'à ce qu'elles soient abrogées ou modifiées, la Commission et le membre instructeur désigné en vertu du paragraphe 49(2) lors du règlement des plaintes déposées conformément à la partie III.

[31] Les dispositions suivantes de l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale* sont également pertinentes.

*Complaints by Individuals*

11. (1) Where a complaint alleging a difference in wages is filed by or on behalf of an individual who is a member of an identifiable occupational group, the composition of the group according to sex is a factor in determining whether the practice complained of is discriminatory on the ground of sex.

(2) In the case of a complaint by an individual, where at least two other employees of the establishment perform work of equal value, the weighted average wage paid to those employees shall be used to calculate the adjustment to the complainant's wages.

*Complaints by Groups*

12. Where a complaint alleging different wages is filed by or on behalf of an identifiable occupational group, the group must be predominantly of one sex and the group to which the comparison is made must be predominantly of the other sex.

13. For the purpose of section 12, an occupational group is composed predominantly of one sex where the number of members of that sex constituted, for the year immediately preceding the day on which the complaint is filed, at least

(a) 70 per cent of the occupational group, if the group has less than 100 members;

(b) 60 per cent of the occupational group, if the group has from 100 to 500 members; and

(c) 55 per cent of the occupational group, if the group has more than 500 members.

14. Where a comparison is made between the occupational group that filed a complaint alleging a difference in wages and other occupational groups, those other groups are deemed to be one group.

15. (1) Where a complaint alleging a difference in wages between an occupational group and any other occupational group is filed and a direct comparison of the value of the work performed and the wages received by employees of the occupational groups cannot be made, for the purposes of section 11 of the Act, the work performed and the wages received by the employees of each occupational group may be compared indirectly.

(2) For the purposes of comparing wages received by employees of the occupational groups referred to in subsection (1), the wage curve of the other occupational group referred to in that subsection shall be used to establish the difference in wages, if any, between the employees of the occupational group on behalf of which the complaint is made and the other occupational group.

*Plaintes individuelles*

11. (1) Lorsqu'une plainte dénonçant une situation de disparité salariale est déposée par un individu qui fait partie d'un groupe professionnel identifiable, ou est déposée au nom de cet individu, la composition du groupe selon le sexe est prise en considération avant qu'il soit déterminé si la situation constitue un acte discriminatoire fondé sur le sexe.

(2) Si une comparaison peut être établie avec au moins deux autres employés exécutant des fonctions équivalentes à celle du plaignant visé au paragraphe (1), le salaire moyen pondéré versé à ces employés doit être utilisé dans le calcul du rajustement qui doit être apporté au salaire du plaignant.

*Plaintes collectives*

12. Lorsqu'une plainte dénonçant une situation de disparité salariale est déposée par un groupe professionnel identifiable ou en son nom, ce groupe doit être composé majoritairement de membres d'un sexe et le groupe auquel il est comparé doit être composé majoritairement de membres de l'autre sexe.

13. Pour l'application de l'article 12, un groupe professionnel est composé majoritairement de membres d'un sexe si, dans l'année précédant la date du dépôt de la plainte, le nombre de membres de ce sexe représentait au moins:

a) 70 pour cent du groupe professionnel, dans le cas d'un groupe comptant moins de 100 membres;

b) 60 pour cent du groupe professionnel, dans le cas d'un groupe comptant de 100 à 500 membres;

c) 55 pour cent du groupe professionnel, dans le cas d'un groupe comptant plus de 500 membres.

14. Si le groupe professionnel ayant déposé la plainte est comparé à plusieurs autres groupes professionnels, ceux-ci sont considérés comme un seul groupe.

15. (1) Pour l'application de l'article 11 de la Loi, lorsque la plainte déposée dénonce une situation de disparité salariale entre un groupe professionnel et un autre groupe professionnel et qu'une comparaison directe de ces deux groupes ne peut être faite quant à l'équivalence des fonctions et aux salaires des employés, une comparaison indirecte de ces éléments peut être faite.

(2) Pour la comparaison des salaires des employés des groupes professionnels visés au paragraphe (1), la courbe des salaires du groupe professionnel mentionné en second lieu doit être utilisée pour établir l'écart, s'il y a lieu, entre les salaires des employés du groupe professionnel en faveur de qui la plainte est déposée et de l'autre groupe professionnel.

## D. THE TRIBUNAL'S DECISION

[32] It is difficult to do justice to the Tribunal's reasons for decision in a short space: they do, after all, run to some 200 pages. However, because the parties had raised before the Tribunal most of the arguments made in the application for judicial review I can focus my overview of the Tribunal's reasons on its treatment of the principal issues before it, which are also relevant in this proceeding.

### 1. Equal Pay for Work of Equal Value

#### (a) The parties' positions

[33] Each party proposed a different statistical methodology for determining whether employees in the predominantly female occupational groups included in the Alliance's complaint were being paid less than employees in predominantly male occupational groups performing work of equal value.

[34] All agreed, however, that the first step in any analysis was to identify and distinguish occupational groups that were predominantly male or predominantly female. Section 12 of the *Equal Wages Guidelines, 1986* provides that when a complaint is made on behalf of an occupational group, both it and the occupational group to which comparison is made must be predominantly of different sexes. Occupational groups in which neither sex is predominant are not relevant to this exercise and are accordingly to be ignored.

[35] Whether a group is predominantly of one sex or the other is defined by section 13 of the Guidelines. Thus, a small occupational group of less than 100 members must comprise at least 70% of one sex to be "predominantly" of that sex. On the other hand, a larger occupational group of 500 members or more will be "predominantly" male or female if at least 55% of its members are of that sex.

## D. LA DÉCISION DU TRIBUNAL

[32] Il est difficile de résumer les motifs de la décision du tribunal en peu de mots: après tout, ces motifs s'étendent sur environ 200 pages. Cependant, puisque les parties avaient soulevé devant le tribunal la plupart des arguments invoqués dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire, je peux limiter mon résumé des motifs du tribunal à la façon dont il a traité les principales questions en litige qui lui étaient soumises, lesquelles sont également pertinentes dans la présente instance.

### 1. Égalité de rémunération pour fonctions équivalentes

#### a) La position des parties

[33] Chaque partie a proposé une méthode statistique différente pour déterminer si les employés des groupes professionnels à prédominance féminine visés par la plainte de l'Alliance étaient moins bien rémunérés que les employés des groupes professionnels à prédominance masculine qui exécutent des fonctions équivalentes.

[34] Tous étaient cependant d'accord pour dire que la première étape de toute analyse était d'identifier et de différencier les groupes professionnels qui étaient à prédominance masculine et ceux qui étaient à prédominance féminine. L'article 12 de l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale* prévoit que, lorsqu'une plainte est déposée au nom d'un groupe professionnel, ce groupe et le groupe professionnel avec lequel la comparaison est faite doivent avoir une prédominance de sexes différents. Les groupes professionnels où aucun sexe n'est prédominant ne sont pas pertinents aux fins de cet exercice et ils ne faut donc pas en tenir compte.

[35] L'article 13 de l'*Ordonnance* définit les groupes où un sexe est prédominant. Ainsi, un petit groupe professionnel de moins de 100 membres doit être formé d'au moins 70 p. 100 de membres d'un sexe pour être «composé majoritairement» de membres de ce sexe. Par ailleurs, un grand groupe professionnel de 500 membres et plus sera à prédominance masculine ou féminine si au moins 55 p. 100 de ses membres appartiennent à ce sexe.

[36] The complainant groups all satisfied the statutory criteria for being predominantly female, and comparison was only made with employees in occupational groups that were predominantly male.

[37] It was also agreed that it was not possible to make a direct comparison of the value of the work performed by, and the wages paid to, each individual employee in the complainant occupational groups. This was because it was highly unlikely that for each employee in the complainant groups there would be an employee in the comparison groups performing work of equal value. When a direct comparison of positions is not possible, subsection 15(1) of the Guidelines authorizes the making of an indirect comparison of the value of the work and the wages paid.

[38] A commonly accepted statistical method for making an indirect comparison is through the use of a regression line. This involves locating on a graph each member of a complainant or comparator group included in the sample (the observations): the vertical axis of the graph represents dollars (wages paid), and the horizontal, "Willis points" (the value of work performed). Lines can then be drawn through the female and the comparator male observations to "summarize" the data, and allow a comparison to be made between male and female employees.

[39] Nor was it contentious that, since employees in the complainant occupational groups performed work of different values, the value of the work performed by members of a group, as measured in Willis points, should be taken as the central tendency of the group. "Central tendency" is a term that attempts accurately to capture the middle of data, including, in this case, the average (or mean) or median values of the work performed by employees in the predominantly female complainant groups. It was not relevant to the methodology adopted by the Tribunal for it to determine the central tendency of the value of the work performed by employees in predominantly male groups, although, as we shall see, the government's position was that it

[36] Les groupes plaignants satisfaisaient tous aux critères établis par la loi pour être à prédominance féminine, et la comparaison n'a été faite qu'avec les employés des groupes professionnels qui étaient à prédominance masculine.

[37] On a également convenu qu'il n'était pas possible de faire une comparaison directe de la valeur du travail effectué par chaque employé des groupes professionnels plaignants et du salaire qui leur était versé. Cela était dû au fait qu'il était très improbable que, pour chaque employé des groupes plaignants, il y ait un employé des groupes de comparaison qui exécute des fonctions équivalentes. Lorsqu'une comparaison directe de postes n'est pas possible, le paragraphe 15(1) de l'Ordonnance permet l'établissement d'une comparaison indirecte de la valeur du travail et des salaires payés.

[38] Une méthode statistique de comparaison indirecte généralement acceptée consiste à utiliser une courbe de régression. Cela signifie situer sur un graphique chaque membre d'un groupe plaignant et d'un groupe de comparaison visés dans l'échantillon (les observations): l'axe vertical du graphique représente les dollars (les salaires versés), et l'axe horizontal, les «cotes Willis» (la valeur du travail effectué). Des courbes peuvent être tracées à travers les observations des groupes de comparaison à prédominance féminine et à prédominance masculine pour «résumer» les données et permettre une comparaison entre les employés masculins et féminins.

[39] Il n'était pas non plus contesté qu'étant donné que les employés des groupes professionnels plaignants exécutaient des fonctions différentes, la valeur du travail effectué par les membres d'un groupe, selon les cotes Willis, doit être considérée comme la tendance centrale du groupe. La «tendance centrale» est une expression visant précisément le milieu des données, notamment en l'espèce la moyenne ou les valeurs médianes du travail effectué par les employés des groupes plaignants à prédominance féminine. Pour les fins de la méthode utilisée par le tribunal, il n'était pas pertinent de déterminer la tendance centrale de la valeur du travail effectué par les employés des groupes à prédominance masculine, bien que, comme nous

should have been.

[40] Thus, the starting point for measuring any wage differential between male and female employees performing work of equal value is to determine the wages paid to employees in the predominantly female group for work valued at the central tendency of the value of the work performed by employees in that group.

[41] The heart of the dispute in this case is over the selection of the appropriate male comparators. The Alliance submitted that the male comparators should comprise all the sampled employees in the 53 predominantly male occupational groups, regardless of the value of the work that they performed. Each of these observations would then be located on a graph that plotted wages against value of work, and a regression line would be drawn through them to produce the “best fit” for the data. This is the “composite line”.

[42] Any wage differential between male and female employees performing work of equal value would then be measured by locating the central tendency of the value of the work of the female occupational group, and drawing a vertical line on the graph from that point to the male composite line. This will identify on the male composite line the wages paid to members of predominantly male occupational groups performing work of equal value to that of the central tendency of the value of the work performed by members of the predominantly female occupational group. The wage differential is the difference between the amounts paid to employees in the male occupational groups and employees in the female group who are performing work that has a value equal to the central tendency of the value of the work of the female group.

le verrons, le gouvernement a prétendu que le tribunal aurait dû le faire.

[40] Par conséquent, le point de départ pour mesurer toute disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes consiste à déterminer les salaires versés aux employés du groupe à prédominance féminine pour des fonctions considérées comme représentant la tendance centrale de la valeur du travail effectué par les employés de ce groupe.

[41] En l'espèce, la sélection des groupes de comparaison à prédominance masculine appropriés se situe au cœur du litige. L'Alliance a soutenu que les groupes de comparaison à prédominance masculine devaient comprendre tous les employés échantillonnés des cinquante-trois groupes professionnels à prédominance masculine, peu importe la valeur du travail que ces employés effectuaient. Chacune de ces observations serait ensuite indiquée sur un graphique comparant les salaires et la valeur du travail, et une courbe de régression serait tracée à travers ces observations pour produire le «meilleur ajustement» des données. C'est la «courbe composite».

[42] On mesurerait ensuite toute disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes en repérant la tendance centrale de la valeur du travail effectué par le groupe professionnel à prédominance féminine et en traçant sur le graphique une ligne verticale allant de ce point jusqu'à la courbe composite des données masculines. Cela identifie, sur la courbe composite des données masculines, les salaires versés aux membres des groupes professionnels à prédominance masculine qui exécutent des fonctions équivalentes par rapport à ceux qui correspondent à la tendance centrale de la valeur du travail effectué par les membres du groupe professionnel à prédominance féminine. La disparité salariale consiste en la différence entre les montants versés aux employés des groupes professionnels à prédominance masculine et ceux versés aux employés du groupe à prédominance féminine qui effectuent un travail d'une valeur égale à la tendance centrale de la valeur du travail effectué par le groupe à prédominance féminine.



[43] The methodology proposed by the Commission was essentially similar, except that it omitted observations from the male population where the value of the work performed was higher than that of the highest value of the work performed by members of the female occupational group, and lower than that of the lowest value of the work performed by members of the female occupational group. That is, the male comparator was a segment of the composite line, and included only the employees in predominantly male occupational groups who were performing work with a value that fell within the low and high extremes of the values of the work performed by members of the female group.

[44] The effect of segmenting the male composite line could be the elimination of a large number of employees in the male groups performing work of a value that exceeded the highest value of work performed by employees in the female group. Even if wages can generally be expected to increase with the value of the work performed, it does not necessarily follow that “trimming” the data in this way will alter the slope of the regression line.

[45] If wages increase proportionately with the value of the work performed, the inclusion of employees performing work of a higher value should have no effect on the slope. If the value of the work performed increases proportionately faster than the wages paid, then the regression line will be flattened by including those performing work of a higher value. The inclusion of those performing work with a higher value will only cause the slope of the regression line to tilt up if the ratio of wages to value of work increases in the case of employees performing work of higher value.

[46] The Treasury Board objected to both the composite and the segmented line methodologies on the ground that they failed to measure wage differentials between males and females performing work of equal value, as required by section 11 of the *Canadian*

[43] La méthode proposée par la Commission était essentiellement semblable, à l’exception du fait qu’elle omettait les observations relatives aux hommes lorsque la valeur du travail effectué était plus élevée que la valeur la plus élevée du travail effectué par les membres du groupe professionnel à prédominance féminine et plus basse que la valeur la plus faible du travail effectué par les membres du groupe professionnel à prédominance féminine. C’est-à-dire que le groupe de comparaison à prédominance masculine était un segment de la courbe composite et ne comprenait que les employés des groupes professionnels à prédominance masculine qui effectuaient un travail ayant une valeur se situant entre les deux extrêmes de la valeur du travail effectué par les membres du groupe à prédominance féminine.

[44] La segmentation de la courbe composite des données masculines pouvait avoir comme effet d’éliminer un grand nombre d’employés des groupes à prédominance masculine qui effectuaient un travail d’une valeur qui était supérieure à la valeur la plus élevée du travail effectué par les employés du groupe à prédominance féminine. Même si on peut généralement s’attendre à ce que les salaires augmentent selon la valeur du travail effectué, il ne s’ensuit pas nécessairement que «tronquer» les données de cette manière modifiera la pente de la courbe de régression.

[45] Si les salaires augmentent en proportion de la valeur du travail effectué, l’inclusion des employés qui effectuent un travail d’une valeur plus élevée ne devrait avoir aucun effet sur la pente. Si la valeur du travail effectué augmente plus rapidement, en proportion, que les salaires versés, la courbe de régression sera alors aplatie par l’inclusion de ceux qui effectuent un travail ayant une valeur plus élevée. L’inclusion de ceux qui effectuent un travail ayant une valeur plus élevée n’aura pour effet d’accentuer la pente de la courbe de régression que si le ratio salaires/valeur du travail augmente dans le cas de ces employés.

[46] Le Conseil du Trésor s’est opposé tant à la méthode de la courbe composite qu’à celle de la courbe segmentée au motif qu’elles ne mesureraient pas la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes, comme

*Human Rights Act*. The essential argument was that, even on the “segmented line” methodology proposed by the Commission, the female group would not be doing work of equal value to the male comparator group if the central tendency of the value of the work performed by members of the comparator male groups was substantially higher than the central tendency of the value of the work of the female group.

[47] In other words, the two populations could not be said to be performing work of equal value merely because the work that they performed had the same lowest and highest values. In order to determine whether the groups are performing work of equal value it is also important to take account of the distribution of values between these two points.

[48] Thus, if most members of the female group were performing work towards the low end of the range, while most members of the male group were performing work at the high end, the groups would not be performing work of equal value. The wages paid to those on the male line performing work of equal value to that of the central tendency of the female group are higher than those of the female group because the slope of the regression line plotting wages against value is drawn up by the higher wages paid to employees in the male group who are performing work of higher value than the central tendency of the value of the work performed by employees in the female groups.

[49] Accordingly, the Treasury Board maintained that, in order to comply with section 11 of the Act, any methodology selected for measuring a wage differential between male and female employees performing work of equal value must ensure a similar-

l'exige l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le principal argument invoqué était que, même selon la méthode de la «courbe segmentée» qui a été proposée par la Commission, le groupe à prédominance féminine n'exécuterait pas des fonctions équivalentes à celles du groupe de comparaison à prédominance masculine si la tendance centrale de la valeur du travail effectué par les membres du groupe de comparaison à prédominance masculine était beaucoup plus élevée que la tendance centrale de la valeur du travail effectué par le groupe à prédominance féminine.

[47] En d'autres termes, on ne pouvait pas dire que les deux groupes exécutaient des fonctions équivalentes simplement parce que le travail qu'ils effectuaient avait la même valeur la plus faible et la même valeur la plus élevée. Pour déterminer si les groupes exécutent des fonctions équivalentes, il est aussi important de tenir compte de la distribution des valeurs entre ces deux points.

[48] Par conséquent, si la plupart des membres du groupe à prédominance féminine effectuaient un travail ayant une valeur se situant près du bas de l'échelle tandis que la plupart des membres du groupe à prédominance masculine effectuaient un travail se situant près du haut de l'échelle, les groupes n'exécuteraient pas des fonctions équivalentes. Les salaires versés aux membres du groupe à prédominance masculine qui effectuent un travail ayant une valeur égale à celle de la tendance centrale du groupe à prédominance féminine sont plus élevés que ceux qui sont versés aux membres du groupe à prédominance féminine parce que la pente de la courbe de régression comparant les salaires à la valeur est accentuée par les salaires plus élevés versés aux employés du groupe à prédominance masculine qui effectuent un travail ayant une valeur plus élevée que la tendance centrale de la valeur du travail effectué par les employés des groupes à prédominance féminine.

[49] En conséquence, le Conseil du Trésor a prétendu qu'afin d'être conforme à l'article 11 de la Loi, toute méthode choisie en vue de mesurer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes devait garantir la similitude

ity between the male comparators as a group, and the female occupational group. In particular, there must be a similarity in the distribution of the values of the work performed within each of the groups. Only then could it be said that members of the male and female groups were performing work of equal value.

[50] The Treasury Board proposed a methodology that would, in its view, satisfy the statutory requirements: it became known as “the whole group methodology”. For present purposes, it is sufficient to note that its essential element is a requirement that a predominantly male occupational group is only a legally valid comparator if the central tendency of the value of the work performed by its members is the same as, or very close to, that of the female occupational group.

[51] The “whole group” methodology would reduce the amount of any wage differential between male and female employees performing work of equal value if the wages paid to employees performing work of a higher value increase more rapidly in relation to the value of the work performed than is the case for those performing work that has less value.

(b) The decision

[52] The Tribunal decided to adopt the methodology proposed by the Commission for selecting the appropriate male comparators for employees in each level of the predominantly female complainants groups. That is, it used the “level to segment” approach for identifying and quantifying any wage gap. It supported its conclusion in three ways.

[53] First, the purpose of section 11 of the *Canadian Human Rights Act* is to redress systemic wage discrimination resulting from the historic undervaluation of the work performed by women. It is well established that human rights legislation is quasi-

entre le groupe de comparaison à prédominance masculine en tant que groupe et le groupe professionnel à prédominance féminine. Notamment, il doit y avoir similitude dans la distribution des valeurs du travail effectué à l’intérieur de chacun de ces groupes. C’est seulement à ce moment-là qu’on pourrait dire que les membres du groupe à prédominance masculine et ceux du groupe à prédominance féminine exécutaient des fonctions équivalentes.

[50] Le Conseil du Trésor a proposé une méthode qui, selon lui, respecterait les exigences prescrites par la loi: cette méthode est maintenant connue sous le nom de «méthode des groupes entiers». Pour les fins des présents motifs, il suffit de souligner que son élément essentiel est le principe qu’un groupe professionnel à prédominance masculine n’est un groupe de comparaison suivant la loi que si la tendance centrale de la valeur du travail effectué par ses membres est la même, ou presque, que celle du groupe professionnel à prédominance féminine.

[51] La méthode des «groupes entiers» réduirait le montant de toute disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes si les salaires versés aux employés qui effectuent un travail ayant une valeur plus élevée augmentaient plus rapidement par rapport à la valeur du travail que ce n’était le cas pour ceux qui effectuent un travail ayant une valeur moins élevée.

b) La décision

[52] Le tribunal a décidé d’adopter la méthode proposée par la Commission pour sélectionner les groupes de comparaison à prédominance masculine appropriés pour les employés de chaque niveau des groupes plaignants à prédominance féminine. C’est-à-dire qu’il a utilisé la méthode niveau/segment pour identifier et quantifier tout écart salarial. Il a justifié sa conclusion de trois façons.

[53] En premier lieu, l’objet de l’article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* vise à remédier à la discrimination salariale systémique causée par la sous-évaluation historique du travail effectué par les femmes. Il est bien établi que les lois

constitutional in nature and that its provisions should be given a broad and liberal interpretation so as to further its underlying purposes.

[54] Second, section 11 focusses on work of equal value performed by male and female employees. Its terms do not indicate that the relevant comparison is to the value of work performed by groups of employees. Admittedly, when a complaint is made on behalf of an occupational group, the *Equal Wages Guidelines, 1986* require the consideration of groups. However, this is for the limited purpose of determining whether the complainant groups are predominantly male or female, and ensuring that comparator groups are predominantly of the other sex.

[55] Third, the expert witnesses who testified before the Tribunal all favoured the composite line methodology, whether segmented or not, over the Treasury Board's "whole group" approach. The evidence of the pay equity experts was that this was the way in which pay equity exercises were commonly approached under provincial pay equity legislation, and in those states in the United States where similar legislation is in effect.

[56] The statisticians testified that the composite or segmented line methodologies were preferable because they incorporated the greatest number of the observations collected from the questionnaires administered to employees working in predominantly male occupational groups. In contrast, the Treasury Board's methodology would require jettisoning large quantities of data because they did not relate to those employed in occupational groups where the central tendency of the value of the employees' work approximated that of the female complainant occupational groups.

[57] Moreover, since the populations of employees in male and female groups had been sampled on the assumption that the comparison would be by way of a composite line, not particular occupational groups,

portant sur les droits de la personne sont par nature quasi constitutionnelles et que leurs dispositions doivent être interprétées de façon large et libérale de manière à favoriser leurs objets sous-jacents.

[54] En deuxième lieu, l'article 11 vise essentiellement les fonctions équivalentes exécutées par les hommes et les femmes. Son libellé n'indique pas que la comparaison pertinente se rapporte à la valeur du travail effectué par les groupes d'employés. Il est vrai que, lorsqu'une plainte est déposée au nom d'un groupe professionnel, l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale* exige l'examen des groupes. Cependant, cela n'a que l'objet restreint de déterminer si les groupes plaignants sont à prédominance masculine ou féminine et de garantir que les groupes de comparaison sont à prédominance de l'autre sexe.

[55] En troisième lieu, les témoins experts qui ont déposé devant le tribunal préféraient tous la méthode de la courbe composite, qu'elle soit segmentée ou non, à la méthode des «groupes entiers» préconisée par le Conseil du Trésor. Les experts en matière d'équité salariale ont témoigné qu'il s'agissait de la façon d'aborder les études portant sur l'équité salariale qui était généralement utilisée en vertu des lois provinciales en la matière et dans les États américains où des lois semblables étaient en vigueur.

[56] Les statisticiens ont témoigné que la méthode de la courbe composite ou la méthode des courbes segmentées étaient préférables parce qu'elles intégraient le plus grand nombre d'observations recueillies à partir des questionnaires soumis aux employés travaillant au sein des groupes professionnels à prédominance masculine. Par opposition, la méthode préconisée par le Conseil du Trésor exigerait l'abandon d'un grand nombre de données parce qu'elles ne sont pas liées aux employés des groupes professionnels où la tendance centrale de la valeur du travail des employés se rapproche de celle des groupes professionnels plaignants à prédominance féminine.

[57] De plus, étant donné que l'échantillonnage des employés des groupes à prédominance masculine et des groupes à prédominance féminine a été fait en fonction de la présomption que la comparaison serait

there might well be insufficient data to enable a statistically reliable comparison to be made using the Treasury Board's methodology.

## 2. Wage Differentials, Sex and Causation

### (a) The parties' positions

[58] The Treasury Board further supported its statistical methodology by arguing that it, or something like it, was legally required because the Tribunal's jurisdiction was limited to redressing wage differences that were based on sex. Wage differences attributable to other factors, such as bargaining power or market forces, must therefore be disregarded.

[59] In order to ensure that it was redressing only wage differences caused by systemic sex discrimination the Tribunal was required to compare the wages paid to employees in the complainant group for the work performed at the central tendency of the value of the group's work to wages paid for work of the same value in a predominantly male occupational group with a similar central tendency, provided that the group was not paid more than other male groups performing work of equal value. Since wage differences between two predominantly male occupational groups cannot be based on sex, the wages of members of a more highly paid male occupational group must therefore be ignored for the purpose of section 11.

[60] The Treasury Board further submitted that, to the extent that section 14 of the Guidelines was inconsistent with this position, it was *ultra vires* the Act. This section provides that, when a complainant occupational group alleges a difference in wages with more than one other occupational group, those groups are deemed to be one. Thus, the effect of section 14, if valid, would be to measure the wage differential by

effectuée au moyen d'une courbe composite, et non pas entre des groupes professionnels donnés, il pourrait fort bien ne pas y avoir suffisamment de données pour permettre une comparaison statistiquement fiable si la méthode prônée par le Conseil du Trésor est utilisée.

## 2. Les disparités salariales, le sexe et le lien de causalité

### a) La position des parties

[58] Le Conseil du Trésor a également justifié sa méthode statistique en prétendant que cette méthode, ou une méthode semblable, était exigée par la loi parce que la compétence du tribunal se limitait à remédier aux disparités salariales fondées sur le sexe. Il ne fallait donc pas tenir compte des disparités salariales attribuables à d'autres facteurs, comme le pouvoir de négociation ou les forces du marché.

[59] Pour garantir qu'il ne remédiait qu'aux disparités salariales causées par la discrimination systémique fondée sur le sexe, le tribunal était tenu de comparer les salaires versés aux employés du groupe plaignant pour les fonctions représentant la tendance centrale de la valeur du travail du groupe aux salaires versés pour des fonctions équivalentes aux employés d'un groupe professionnel à prédominance masculine qui a une tendance centrale semblable, pourvu que ce groupe ne soit pas mieux rémunéré que les autres groupes à prédominance masculine qui exécutent des fonctions équivalentes. Étant donné que la disparité salariale existant entre deux groupes professionnels à prédominance masculine ne peut pas être fondée sur le sexe, il ne faut donc pas tenir compte des salaires des membres d'un groupe professionnel à prédominance masculine qui sont mieux rémunérés que les autres pour les fins de l'article 11.

[60] Le Conseil du Trésor a également soutenu que, dans la mesure où l'article 14 de l'Ordonnance était incompatible avec cette position, il était *ultra vires* de la Loi. Cet article prévoit que, lorsqu'un groupe professionnel plaignant allègue l'existence d'une disparité salariale avec plus d'un autre groupe professionnel, ces autres groupes sont réputés n'en constituer qu'un seul. Si l'article 14 était valide, il aurait donc

taking into consideration differences that cannot be said to be based on sex.

[61] The Alliance's position was that once it had established a difference in the wages paid to men and women performing work of equal value it had proved its case, subject only to the factors identified in section 16 of the Guidelines that justified differences by reference to various criteria, none of which was applicable in this case.

[62] Given the difficulties of establishing causation in this area it would be contrary to a broad and purposive interpretation of the Act, counsel argued, to require proof that differences in wages paid to men and women performing work of equal value were based on sex. Accordingly, the validity of section 14 is unimpeachable.

(b) The decision

[63] The Tribunal adopted the position advanced on behalf of the Alliance, which the Commission also supported, for essentially the reasons outlined in the last two paragraphs. By calculating the wage differential for the purpose of section 11 on the basis of the wages paid to men and women for work of equal value (that is, the central tendency of the value of the work of the predominantly female group), the Tribunal accomplished what it termed "on-average fairness".

[64] The Tribunal meant by this that it did not measure the wage differential by reference to either the highest paid or the lowest paid employees in a predominantly male occupational group performing work of equal value to that of the central tendency of the female group. By treating all employees in the segmented line as a single occupational group, the Tribunal was content to countenance the fact that some men would still be paid more than women for work of equal value, while other men might be paid less.

pour effet de mesurer la différence salariale en tenant compte de différences qu'on ne peut pas prétendre être fondées sur le sexe.

[61] L'Alliance a prétendu qu'une fois qu'elle avait démontré l'existence d'une disparité entre les salaires versés aux hommes et aux femmes qui exécutent des fonctions équivalentes, elle avait relevé son fardeau de preuve, sous réserve, uniquement, des facteurs mentionnés à l'article 16 de l'Ordonnance, qui justifient l'existence de disparités selon divers critères, dont aucun n'était applicable en l'espèce.

[62] On a prétendu qu'étant donné la difficulté d'établir le lien de causalité dans ce domaine, il serait contraire à la Loi, interprétée de façon large et en fonction de son objet, d'exiger la preuve que la disparité entre les salaires versés aux hommes et aux femmes qui exécutent des fonctions équivalentes était fondée sur le sexe. Par conséquent, la validité de l'article 14 est inattaquable.

b) La décision

[63] Le tribunal a adopté le raisonnement mis de l'avant au nom de l'Alliance, que la Commission appuyait également, essentiellement pour les mêmes motifs exposés dans les deux paragraphes qui précèdent. En calculant la différence salariale pour les fins de l'article 11 en fonction des salaires versés aux hommes et aux femmes qui exécutent des fonctions équivalentes (c'est-à-dire, la tendance centrale de la valeur du travail du groupe à prédominance féminine), le tribunal a accompli ce qu'il a appelé «l'équité en moyenne».

[64] Le tribunal voulait dire par là qu'il n'a pas mesuré la disparité salariale en comparant le salaire des employés les mieux rémunérés ou celui des employés les moins bien rémunérés faisant partie d'un groupe professionnel à prédominance masculine, qui exécutent des fonctions équivalentes à la tendance centrale du groupe à prédominance féminine. En considérant tous les employés figurant sur la courbe segmentée comme un seul groupe professionnel, le tribunal s'est contenté d'accepter le fait que certains hommes seraient encore mieux rémunérés que les

[65] Accordingly, the attack on the validity of section 14 of the Guidelines, which envisages this result, failed. Again, the Tribunal found support for its conclusion in the testimony of the expert witnesses.

### 3. Wage Differentials and Occupational Groups

#### (a) The parties' positions

[66] The third principal submission advanced by the Treasury Board against the methodologies proposed by both the Alliance and the Commission was that they were incompatible with the *Equal Wages Guidelines, 1986*. In particular, the Treasury Board argued that section 15 of the Guidelines unmistakably requires that, when a complaint alleges differences in wages contrary to the Act between an occupational group and any other occupational group, the matter is to be determined on the basis of a comparison of employees in those occupational groups.

[67] The complaint filed by the Alliance in 1990 fell within section 15. Accordingly, any methodology used by the Tribunal must be based on a comparison of occupational groups. It could not be said that either all the employees sampled in predominantly male occupational groups, or those in the segmented composite line, constituted an occupational group for the purpose of section 15.

[68] The Alliance submitted that it would be contrary to the statutory scheme to restrict the male comparators in this way. Given that occupational groups are unilaterally determined by the employer and that, with the changing nature of work, they will often have lost whatever coherence they once may have had, their importance in implementing statutory pay equity provisions should be limited. Accordingly, the legal significance of occupational groups in the Guidelines should be restricted to a determination of the predominant sex in any occupational group so that the relevant populations for comparison purposes can be identified.

femmes exécutant des fonctions équivalentes tandis que d'autres pouvaient être moins bien rémunérés.

[65] Par conséquent, la contestation de la validité de l'article 14 de l'Ordonnance, lequel permet ce résultat, a été rejetée. Encore une fois, le tribunal a appuyé sa conclusion sur la déposition des témoins experts.

### 3. Les disparités salariales et les groupes professionnels

#### a) La position des parties

[66] Le troisième argument principal avancé par le Conseil du Trésor contre les méthodes proposées par l'Alliance et la Commission était que ces méthodes ne se conformaient pas à l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*. Le Conseil du Trésor a notamment prétendu que l'article 15 de l'Ordonnance exigeait clairement que, lorsqu'une plainte allègue l'existence de disparités salariales contraires à la Loi entre un groupe professionnel et tout autre groupe professionnel, la question soit tranchée sur la base d'une comparaison des employés de ces groupes professionnels.

[67] La plainte déposée par l'Alliance en 1990 était visée par l'article 15. En conséquence, toute méthode utilisée par le tribunal doit être fondée sur une comparaison des groupes professionnels. On ne pouvait pas dire que tous les employés échantillonnés dans les groupes professionnels à prédominance masculine, ou ceux figurant sur la courbe composite segmentée, constituaient un groupe professionnel pour les fins de l'article 15.

[68] L'Alliance a soutenu qu'il serait contraire à l'esprit de la loi de restreindre de cette manière les groupes de comparaison à prédominance masculine. Étant donné que les groupes professionnels sont unilatéralement circonscrits par l'employeur et que, vu la nature variable du travail, ils perdent souvent la cohésion qu'ils peuvent avoir eue dans le passé, leur importance dans la mise en œuvre des dispositions législatives en matière d'équité salariale doit être limitée. Par conséquent, l'importance en droit des groupes professionnels assujettis à l'Ordonnance doit être restreinte à la détermination du sexe prédominant dans tout groupe professionnel, de sorte que l'on

(b) The decision

[69] It is not clear precisely how the Tribunal dealt with this issue. In its discussion of section 15 of the Guidelines, the Tribunal noted that the section provided for an indirect comparison of wages paid for work of equal value when a complaint is made by an occupational group and a direct comparison, job by job, is not possible. The Tribunal seems also to have accepted the Alliance's submission that a purposive interpretation of the Guidelines leads to the conclusion that occupational groups play only a limited role in the implementation of the statutory principle of equal pay for work of equal value. That is, occupational groups are used only to identify in the context of group complaints comparators of the opposite gender.

[70] In any event, since the Tribunal adopted a methodology that the respondent had submitted was inconsistent with section 15 of the Guidelines it must have rejected the Treasury Board's interpretation of that provision.

E. ISSUES AND ANALYSIS

[71] In short, counsel for the Attorney General submitted that the Tribunal had misinterpreted section 11 of the Act and the Guidelines, and had consequently erred in law in adopting the Commission's methodology for determining and measuring any wage difference between employees in the complainant groups, or in levels within those groups, and employees in predominantly male occupational groups.

[72] I shall deal in turn with each of the issues raised by the Attorney General but, first, it is important to deal with two issues that will help to frame the analysis.

1. The Standard of Review

[73] The standard of review to be applied to the Tribunal's interpretation of its enabling legislation is

puisse identifier les populations pertinentes à des fins de comparaisons.

b) La décision

[69] La façon dont le tribunal a traité cette question n'est pas tout à fait claire. Lorsqu'il a abordé l'article 15 de l'Ordonnance, le tribunal a souligné que cet article prévoyait une comparaison indirecte des salaires versés pour des fonctions équivalentes lorsqu'une plainte était déposée par un groupe professionnel et qu'une comparaison directe, poste par poste, n'était pas possible. Le tribunal semble également avoir accepté l'argument de l'Alliance, selon lequel l'interprétation fondée sur l'objet de l'Ordonnance mène à la conclusion que les groupes professionnels ne jouent qu'un rôle limité dans la mise en œuvre du principe, établi par la loi, de l'égalité de rémunération pour fonctions équivalentes. C'est-à-dire que les groupes professionnels ne sont utilisés qu'en vue d'identifier les groupes de comparaison du sexe opposé dans le contexte de plaintes de groupe.

[70] De toute manière, le tribunal ayant adopté une méthode qui, selon la défenderesse, était incompatible avec l'article 15 de l'Ordonnance, il a nécessairement rejeté l'interprétation de cette disposition que préconisait le Conseil du Trésor.

E. LES QUESTIONS EN LITIGE ET L'ANALYSE

[71] En bref, les avocats du procureur général ont soutenu que le tribunal avait mal interprété l'article 11 de la Loi ainsi que l'Ordonnance, et qu'il avait donc commis une erreur de droit en adoptant la méthode de la Commission pour déterminer et mesurer toute disparité salariale entre les employés des groupes plaignants, ou de niveaux se situant à l'intérieur de ces groupes, et les employés des groupes professionnels à prédominance masculine.

[72] J'aborderai à tour de rôle chacune des questions soulevées par le procureur général, mais il faut tout d'abord examiner deux questions qui aideront à établir le cadre de l'analyse.

1. La norme de contrôle

[73] Le choix de la norme de contrôle applicable à l'interprétation par le tribunal de sa loi habilitante ne



not open for debate in this Court. The Supreme Court of Canada has firmly established that the doctrine of curial deference does not apply to tribunals' interpretation of human rights legislation, including the *Canadian Human Rights Act*, and that it is the function of the reviewing court to interpret for itself the provisions of the Act that are in dispute: *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554. This means that, if the reviewing court's interpretation differs from that of the Tribunal, then the Tribunal has erred in law and its decision is liable to be set aside.

[74] However, the scope of these propositions and their application to the facts of this case require some discussion.

(a) Statutory interpretation

[75] First, it is important to emphasize that section 11 of the *Canadian Human Rights Act* is the only provision in the Act that addresses differences in wages paid to male and female employees performing work of equal value, and that only subsection 11(1) is directly relevant to the issues in dispute in this litigation.

11. (1) It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

[76] While this subsection is undoubtedly elegant in its brevity, the absence of the more detailed elaboration typically found in pay equity legislation in the provinces, and in those American states that have adopted it, inevitably leaves considerable scope to the Commission and the Tribunal, with the assistance of pay equity and compensation experts, and statisticians, to decide how the principle is to be operationalized in any given employment context.

[77] Indeed, Parliament was aware that answers to many questions about the implementation of equal pay for work of equal value were not to be found in the

peut pas être débattu devant cette Cour. La Cour suprême du Canada a clairement établi que le principe de la retenue judiciaire ne s'appliquait pas à l'égard de l'interprétation donnée par les tribunaux administratifs aux dispositions législatives en matière de droits de la personne, y compris les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et qu'il incombait à la cour de révision d'interpréter elle-même les dispositions de la Loi qui font l'objet du litige: *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554. Cela signifie que, si l'interprétation de la cour de révision est différente de celle du tribunal, il s'ensuit que le tribunal a commis une erreur de droit et que sa décision est susceptible d'être annulée.

[74] Cependant, il faut examiner la portée de ces propositions et leur application aux faits de la présente affaire.

a) L'interprétation de la loi

[75] En premier lieu, il est important de souligner que l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est la seule disposition qui porte sur la disparité des salaires versés aux hommes et aux femmes qui exécutent des fonctions équivalentes, et que seul le paragraphe 11(1) est directement pertinent quant aux questions en litige dans la présente affaire.

11. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes.

[76] Bien que ce paragraphe soit certes élégant dans sa concision, l'absence des précisions que l'on retrouve habituellement dans les lois portant sur l'équité salariale dans les provinces et dans les États américains qui en ont adopté une laisse inévitablement beaucoup de latitude à la Commission et au tribunal pour décider, avec l'aide d'experts en matière d'équité salariale et de rémunération et de statisticiens, de la manière dont le principe doit être mis en pratique dans un contexte d'emploi donné.

[77] D'ailleurs, le Parlement était conscient qu'on ne pouvait pas trouver dans la formulation lapidaire de l'article 11 la réponse à plusieurs questions relative-

lapidary language of section 11. Thus, in introducing the provisions, the Minister of Justice and Attorney General of the day, the Hon. S. R. Basford, responded to an observation from a member to the effect that there were no objective criteria for determining whether jobs that involve very different tasks were nonetheless of equal value.

[78] Noting that some provincial legislatures had been deterred by the difficulties of going beyond proscribing sex-based wage differentials for equal work, he said:

The federal government has adopted a different approach: that we should legislate the *principle* [of equal pay for work of equal value] and, through the Commission, and through its efforts at setting out guidelines, solve these problems. (Respondents' Joint Record, vol. IV, at pp. 1138-1139.)

I have no doubt that Mr. Basford would have expressed a similar sentiment with respect to the methodological problems with which the Commission and the Tribunal have struggled in this case.

[79] In short, the correct interpretation of section 11 in my opinion is that Parliament intended to confer on the agencies created to administer the Act a margin of appreciation in determining on a case-by-case basis, and with the assistance of the technical expertise available, how the statutorily endorsed principle of equal pay for work of equal value is to be given effect in any given employment setting.

[80] In my view, decisions of the Supreme Court of Canada establishing correctness as the standard of review applicable to the Tribunal's interpretation of its enabling legislation are not determinative of the issues raised in this case. Section 11 is a statutory provision that was enacted at the level of a principle, and requires for its implementation mastery of a range of technical knowledge of considerable sophistication, and a thorough understanding of the given workplace.

ment à la mise en œuvre du principe de l'égalité de rémunération pour fonctions équivalentes. C'est pourquoi, lorsqu'il a présenté les dispositions en cause, le ministre de la Justice et procureur général de l'époque, l'honorable S. R. Basford, a répondu à l'observation d'un député, selon laquelle il n'y avait aucun critère objectif pour déterminer si les fonctions qui comportent des tâches très différentes sont néanmoins équivalentes.

[78] Soulignant que certaines législatures provinciales avaient reculé devant la difficulté d'aller au-delà de l'interdiction de disparités salariales fondées sur le sexe pour des fonctions équivalentes, il a dit:

[TRADUCTION] Le gouvernement fédéral a adopté une méthode différente, soit que nous devons intégrer le *principe* [de l'égalité de rémunération pour fonctions équivalentes] à la loi et, avec l'aide de la Commission et de ses efforts pour établir des lignes directrices, résoudre ces problèmes. (Dossier conjoint des défenderesses, vol. IV, aux p. 1138 et 1139.)

Je ne doute pas que M. Basford aurait exprimé la même opinion relativement aux problèmes méthodologiques avec lesquels la Commission et le tribunal étaient aux prises en l'espèce.

[79] En bref, j'estime que la bonne interprétation de l'article 11 est que le Parlement avait l'intention de conférer aux organismes créés pour appliquer la Loi une marge de manœuvre pour décider, à la lumière de chaque affaire et avec l'aide de l'expertise technique disponible, comment appliquer le principe, inscrit dans la loi, de l'égalité de rémunération pour fonctions équivalentes dans un cadre d'emploi donné.

[80] J'estime que les décisions de la Cour suprême du Canada qui ont établi la norme de la décision correcte comme étant la norme de contrôle applicable à l'égard de l'interprétation par le tribunal de sa loi habilitante ne sont pas déterminantes aux fins des questions soulevées dans la présente affaire. L'article 11 est une disposition législative qui a été édictée en tant que principe et dont la mise en œuvre requiert la maîtrise de connaissances techniques très sophistiquées ainsi qu'une compréhension complète du milieu de travail en cause.

[81] In contrast, the interpretation of the statutory terms “family status” (*Mossop, supra*); “services or facilities customarily available to the public” (*University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353); and “offering or providing services, goods or facilities to the public” (*Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571), could quite properly be said to have involved general questions of law or legal reasoning that depended principally on the interpretative and other legal skills ascribed to judges and on the understanding of equality and discrimination that courts have derived from their experience with constitutional litigation.

[82] It is true that the delineation of the precise scope of the statutory provisions in issue in those cases, when considered in the context of their particular facts, may not have been plain and obvious. Nor, however, were they the enactment of the kind of open-textured principle found in section 11 that requires regular elaboration before its ready application to any given employment context.

[83] Reverting to section 11, I cannot attribute to Parliament an intention that, by enacting the principle of equal pay for work of equal value, it thereby provided a definitional blueprint of such specificity that its implementation in any given context inevitably involves the Tribunal in questions of statutory interpretation, and hence of law, that are reviewable on a standard of correctness in an application for judicial review.

[84] The fact that the implementation of a statutory provision calls for a range of technical expertise much broader than that possessed by courts of law is a clear indication that more than general questions of law, legal reasoning or quasi-constitutional values are involved.

(b) The expertise of the Tribunal

[85] One reason why the Supreme Court of Canada has selected the correctness setting on the standard of

[81] Par opposition, on pourrait dire à juste titre que l’interprétation des expressions, créées par la loi, «situation de famille» (*Mossop*, précité), «services ou installations habituellement offerts au public» (*Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353); et «offre ou fournit au public des services, des biens ou des installations» (*Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571), comportait des questions de droit de portée générale ou faisait intervenir un raisonnement juridique qui reposait surtout sur la faculté d’interprétation et d’autres compétences juridiques attribuées à des juges ainsi que sur la compréhension de l’égalité et de la discrimination que les tribunaux ont tirée de leur expérience en matière de litiges de nature constitutionnelle.

[82] Il est vrai qu’à la lumière des faits particuliers de ces affaires, la délimitation de la portée précise des dispositions législatives en cause n’était peut-être pas claire et évidente. Ne l’était toutefois pas non plus le genre de principe flou figurant à l’article 11, qu’il faut préciser régulièrement avant de pouvoir l’appliquer à un contexte d’emploi donné.

[83] Pour revenir à l’article 11, je ne peux pas conclure qu’en édictant le principe de l’égalité de rémunération pour fonctions équivalentes, le Parlement avait l’intention d’établir de ce fait un cadre définitionnel si précis que son application dans tout contexte donné plonge inévitablement le tribunal dans des questions d’interprétation de la loi et, par conséquent, dans des questions de droit, qui sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire.

[84] Le fait que la mise en œuvre d’une disposition législative fasse appel à une série de connaissances techniques beaucoup plus étendues que celles que possèdent les cours de justice constitue une indication claire qu’elle comporte plus que des questions de droit de portée générale, qu’un raisonnement juridique et que des valeurs quasi constitutionnelles.

b) L’expertise du tribunal

[85] Une des raisons pour lesquelles la Cour suprême du Canada a choisi la norme de la décision

review dial for reviewing legal questions decided by human rights tribunals is that members of these tribunals are typically appointed *ad hoc* to hear particular cases, and perform only adjudicative functions. Thus, they do not have the expertise of members of permanent agencies with regulatory and policy-making responsibilities for the area of activity within their mandate.

[86] These observations are, of course, applicable to the Tribunal members whose decision is under review here. I would note, however, that the Tribunal held over 250 days of hearings, many of which apparently resembled educational seminars conducted by the expert witnesses for the benefit of the parties and the Tribunal, studied volumes of documentary evidence and lived with this case for seven years. It is reasonable to infer from this that the members of the Tribunal were likely to have a better grasp of the problems of operationalizing the principle of pay equity in the federal public service than a judge would probably be able to acquire in the course of even an 8½ day hearing of an application for judicial review.

[87] Counsel for the Attorney General submitted that, despite the understanding of the methodological and policy issues that the Tribunal may have acquired, it had no expertise in law. Indeed, she suggested, the Tribunal may well have lost its legal bearings in the course of struggling to get on board the technical expertise of the statisticians and pay equity consultants.

[88] With all respect, this is not the impression that I have from reading the Tribunal's reasons for decision, which give prominence to the relevant statutory provisions and to the interpretative guidelines contained in the relevant jurisprudence. I would also add that two members of the Tribunal were legally qualified, with professional experience in the law and practice of labour relations and employment.

correcte sur l'échelle des normes de contrôle relativement au contrôle des questions de droit tranchées par les tribunaux des droits de la personne est que les membres de ces tribunaux sont habituellement nommés *ad hoc* pour entendre des affaires particulières et qu'ils n'ont que des fonctions juridictionnelles. Ils ne possèdent donc pas l'expertise des membres des organismes permanents qui sont chargés de la réglementation et de l'élaboration des politiques dans le domaine d'activité qui fait l'objet de leur mandat.

[86] Ces observations s'appliquent naturellement aux membres du tribunal dont la décision fait l'objet de la demande de contrôle en l'espèce. Je souligne toutefois que le tribunal a tenu au-delà de 250 jours d'audience, dont plusieurs ressemblaient à des séminaires de formation dirigés par les témoins experts au bénéfice des parties et du tribunal, et qu'il a étudié plusieurs volumes de preuves documentaires et a vécu avec la présente affaire pendant sept ans. On peut raisonnablement en conclure que les membres du tribunal avaient vraisemblablement une meilleure compréhension des problèmes liés à la mise en pratique du principe de l'équité salariale dans la fonction publique fédérale que celle qu'un juge pourrait probablement acquérir, même au fil d'une audience de huit jours et demi sur une demande de contrôle judiciaire.

[87] L'avocate du procureur général a soutenu que, malgré la compréhension des questions de méthode et de principe que le tribunal peut avoir acquis, celui-ci n'avait aucune expertise en droit. D'ailleurs, a-t-elle dit, le tribunal peut fort bien avoir perdu ses points de repère juridiques à force de tenter de comprendre les explications techniques des statisticiens et des consultants en matière d'équité salariale.

[88] Avec égards, ce n'est pas l'impression que j'ai eue en lisant les motifs de la décision du tribunal, qui mettent en évidence les dispositions législatives pertinentes et les lignes directrices en matière d'interprétation que contiennent les arrêts pertinents. J'ajoute également que deux des membres du tribunal avaient une formation juridique et qu'ils avaient de l'expérience professionnelle en matière de droit et de pratique des relations de travail et de l'emploi.

[89] While I may give no deference to the Tribunal's views on the interpretation of the legislation this does not mean that I should be unwilling to be educated by their reasons for decision. Nor, in light of the Tribunal's lengthy immersion in the issues raised by this dispute and the open-ended nature of the relevant statutory standard, should I be alert to brand as a question of law that which is only doubtfully so, to paraphrase the felicitous words of Dickson J. (as he then was) in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227.

[90] A desire not to expand issues of interpretation so that they encroach on functions that fall within the sphere of expertise of human rights tribunals seems to have prompted Bastarache J. in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at page 1017 to observe that:

... the precise degree of deference which should be accorded to human rights tribunal may still be open to question. . . .

## 2. The Interpretation of the Legislation

[91] Counsel were in agreement that a broad and purposive interpretation must be given to section 11 of the Act, and the Guidelines enacted to put some flesh on the otherwise spare statutory skeleton. The Supreme Court of Canada has consistently held that the quasi-constitutional nature of human rights legislation demands no less. Beyond this, however, there were important differences in the ways in which counsel urged me to approach the interpretation of the relevant statutory provisions.

[92] Counsel for the Attorney General emphasized that, while some provincial legislatures have enacted specialized pay equity legislation to deal with wage differences between male and female employees performing work of equal value, the Parliament of Canada has been content to leave the problem within

[89] Bien que je puisse ne faire preuve d'aucune retenue à l'égard de l'opinion du tribunal sur l'interprétation de la loi, cela ne signifie pas que je dois refuser de tenir compte des motifs de sa décision. Cela ne signifie pas non plus qu'à la lumière du fait que le tribunal a fait face pendant longtemps aux questions soulevées par le présent litige et de la nature évolutive de la norme législative pertinente, je ne devrais pas éviter de qualifier trop rapidement un point de question de droit lorsqu'il existe un doute à cet égard, pour paraphraser les termes bien choisis du juge Dickson (plus tard juge en chef) dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

[90] Le désir de ne pas étendre les questions d'interprétation de manière à empiéter sur des fonctions relevant du domaine d'expertise des tribunaux des droits de la personne semble avoir incité le juge Bastarache, dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, à la page 1017, à observer que:

[ . . . ] le degré précis de retenue dont il faudrait faire preuve envers un tribunal des droits de la personne [peut] toujours être sujet à controverse [ . . . ]

## 2. L'interprétation de la loi

[91] Les avocats étaient d'accord qu'il faut donner une interprétation large et fondée sur l'objet à l'article 11 de la Loi et aux lignes directrices adoptées en vue d'étoffer ce qui constituerait autrement un cadre législatif maigre. La Cour suprême du Canada a de façon constante décidé que la nature quasi constitutionnelle des lois sur les droits de la personne n'exige pas moins. En outre, cependant, il y avait des différences importantes dans la façon dont les avocats m'ont pressé d'aborder l'interprétation des dispositions législatives pertinentes.

[92] L'avocate du procureur général a fait valoir que, bien que certaines assemblées législatives provinciales aient édicté des lois spécialisées en matière d'équité salariale qui traitent des disparités salariales entre les hommes et les femmes exécutant des fonctions équivalentes, le législateur fédéral s'est contenté de laisser la

the confines of the *Canadian Human Rights Act*. She argued that specialized pay equity legislation, enacted in Manitoba, Nova Scotia, New Brunswick, Prince Edward Island, Ontario and Quebec, typically has features that are not found in a more traditional, complaints-driven human rights statute, such as the Act under consideration here. For example, pay equity legislation typically provides for proactive administration; is administered by its own highly specialized agencies; contains detailed and specific provisions on the implementation of pay equity; and is concerned with pay of equal or comparable worth.

[93] Accordingly, section 11 must be read in the context of the *Canadian Human Rights Act* and, in particular, section 2. This provides that the purpose of the Act is to give effect to the principle that individuals should have an equal opportunity to make for themselves the lives that they are able, consistent with their responsibilities as members of society, “without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on . . . sex”.

[94] Thus, it was argued, the Act did not address the structural inequalities that arise from the social expectations, assumptions and norms that have resulted in the underrepresentation of women in many of the better remunerated sections of the labour market. This problem is one of employment equity, a concept that is much broader in scope than that at which section 11 is aimed, namely the elimination of sex-based differences in pay for work of equal value performed by men and women. To the limited extent that the Act deals with the denial to women of access to higher paying jobs it does so through sections 7 and 10 [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 13].

[95] It follows, also, from the failure of the Tribunal to appreciate the relatively narrow focus of section 11, by virtue of its inclusion in a complaint-driven and general statutory human rights scheme, that the

*Loi canadienne sur les droits de la personne* régler le problème. Elle a prétendu que des lois spécialisées en matière d'équité salariale, édictées au Manitoba, en Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, à l'Île-du-Prince-Édouard, en Ontario et au Québec, ont généralement des caractéristiques qui ne se trouvent pas dans les lois sur les droits de la personne plus traditionnelles, fondées sur les plaintes, telle que la loi à l'étude en l'espèce. À titre d'exemple, les lois sur l'équité salariale prévoient généralement une administration proactive; elles sont appliquées par leurs propres agences hautement spécialisées; elles comportent des dispositions détaillées et particulières en ce qui a trait à la mise en œuvre de l'équité salariale et elles ont trait au versement d'un salaire équivalent ou comparable.

[93] En conséquence, l'article 11 doit être interprété dans le contexte de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et, en particulier, de l'article 2. Cette disposition prévoit que la Loi a pour objet de donner effet au principe suivant: le droit des individus, dans la mesure compatible avec leurs responsabilités au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, «indépendamment des considérations fondées sur [. . .] le sexe».

[94] On a donc soutenu que la Loi ne traitait pas des inégalités structurelles découlant des attentes, des postulats et des normes sociales qui ont entraîné la sous-représentation des femmes dans de nombreux secteurs mieux rémunérés du marché du travail. Le problème en l'espèce concerne l'équité en matière d'emploi, un concept dont la portée est beaucoup plus large que celle que vise l'article 11, à savoir l'élimination des différences fondées sur le sexe en ce qui a trait au salaire versé pour des fonctions équivalentes exécutées par des hommes et des femmes. Dans la mesure restreinte où la Loi traite du refus de donner accès aux femmes à des emplois mieux rémunérés, c'est par l'intermédiaire des articles 7 et 10 qu'elle le fait.

[95] Il s'ensuit, également, compte tenu du fait que le tribunal n'a pas apprécié l'objet relativement restreint de l'article 11, en raison de son inclusion dans un système législatif général relatif aux droits de

Tribunal erred when it relied on the evidence of expert witnesses whose testimony was shaped by their experience under pay equity statutory regimes which, as noted above, are different in some important respects from the *Canadian Human Rights Act*.

[96] I do not find this analysis persuasive. First, the principle of employment equity, as enacted in the *Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44, and at one time the law in Ontario, addresses the underrepresentation of women and members of minority groups in particular types of work or places of employment by increasing the access to those positions by members of the excluded group. In contrast, the Tribunal's concern was merely to tackle the systemic wage differences between men and women performing work of equal value, differences that are attributable in part to historic patterns of job segregation.

[97] In my opinion it is squarely within the mandate of the Commission and the Tribunal when dealing with a complaint under section 11 to take into account the existence of the underrepresentation of women in higher-paying positions. This is implicit in the judgment of Hugessen J.A. in *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Department of National Defence)*, [1996] 3 F.C. 789 (C.A.), where he adopted in the context of section 11 the analysis of systemic discrimination, resulting in part from employment segregation, with which Dickson C.J. had held in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, the Act was intended, on a broad and liberal interpretation, to deal.

[98] Second, it seems to me consistent with the quasi-constitutional nature of the Act that, when it enacts a principle that is clearly not self-applying, it is appropriate to approach its interpretation in light of subsequent experience in dealing with the implementa-

la personne fondé sur les plaintes, que le tribunal a commis une erreur quand il s'est appuyé sur la déposition des témoins experts, qui était façonnée par leur expérience acquise dans des régimes d'équité salariale prévus par la loi, qui, comme nous l'avons mentionné précédemment, sont différents à certains égards importants de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[96] Je ne trouve pas cette analyse convaincante. Premièrement, le principe de l'équité en matière d'emploi, édicté dans la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, ch. 44, et, autrefois, dans la législation ontarienne, traite de la sous-représentation des femmes et des membres des groupes minoritaires dans certains types de fonctions ou de lieux de travail en augmentant l'accès des membres du groupe exclu à ces postes. Au contraire, le tribunal cherchait simplement à résoudre le problème des disparités salariales systémiques entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes, disparités attribuables en partie aux modèles historiques de ségrégation en matière d'emploi.

[97] À mon avis, lorsqu'ils statuent sur une plainte fondée sur l'article 11, il relève tout à fait du mandat de la Commission et du tribunal de prendre en considération la sous-représentation des femmes dans des emplois mieux rémunérés. Cela ressort implicitement de l'arrêt *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, [1996] 3 C.F. 789 (C.A.), dans lequel le juge Hugessen a adopté, dans le contexte de l'article 11, l'analyse d'une discrimination systémique qui résulte en partie d'une ségrégation en matière d'emploi, ce que, selon la conclusion du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, la Loi, compte tenu d'une interprétation large et libérale de celle-ci, était destinée à régler.

[98] Deuxièmement, il me semble compatible avec la nature quasi constitutionnelle de la Loi que, lorsqu'elle édicte un principe clairement non autonome, il convient d'en envisager l'interprétation à la lumière de l'expérience acquise subséquemment dans la mise en

tion of that principle, in the absence of any clear indication in the Act that the meaning of section 11 was fixed once and for all at the time of its enactment.

[99] As I have already noted, Parliament was aware that section 11 represented more a statement of principle than a complete prescription: the Minister's acknowledgement that the difficulties of defining the value of work would have to be tackled by the Commission so as to give it concrete expression in a given set of facts is equally applicable to other aspects of the section. The considerations are not present in this case that persuaded the Court in *Mossop, supra*, to conclude that, in amending the *Canadian Human Rights Act*, Parliament had fixed the meaning of "family status" at the time of enactment so as to exclude same-sex couples. In particular, the Court emphasized the fact that, when adding "family status" as a prohibited ground of discrimination, Parliament also rejected an amendment that would have added sexual orientation to the list of proscribed grounds.

[100] Accordingly, it is consistent with Parliament's intention that the "living tree" of the Act should be nourished by the experience of other jurisdictions in dealing with the social injustice at which section 11 is aimed: systemic wage discrimination for work of equal value resulting from the historical segregation of the labour world by gender, and the undervaluation of women's work. I see nothing in the statement of legislative purpose in section 2 that precludes this approach.

[101] Counsel for the Attorney General repeatedly emphasized that section 11 was not "pay equity legislation", but human rights legislation. Indeed, in *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113 (C.A.), at page 118, Décaré J.A. noted that:

The words "pay equity" have yet to make their way into federal legislation or regulation . . .

œuvre de ce principe, en l'absence d'indication claire dans la Loi que la signification de l'article 11 a été établie une fois pour toute au moment de son édicition.

[99] Comme je l'ai déjà souligné, le Parlement savait que l'article 11 constituait davantage un énoncé de principe qu'une disposition complète: la reconnaissance par le ministre que la Commission devrait s'attaquer aux difficultés relatives à la définition de la valeur du travail de façon à lui donner une expression concrète dans un ensemble de faits donnés s'applique de la même manière à d'autres aspects de la disposition. On ne retrouve pas en l'espèce les considérations qui ont convaincu la Cour dans l'arrêt *Mossop*, précité, de conclure que, en modifiant la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le législateur avait arrêté le sens de la «situation de famille» au moment de l'édiction de façon à exclure les couples de même sexe. En particulier, la Cour a mis l'accent sur le fait que, lorsqu'il a ajouté la «situation de famille» aux motifs de distinction illicites, le législateur a également rejeté une modification qui aurait ajouté l'orientation sexuelle à la liste des motifs illicites.

[100] En conséquence, il est conforme à l'intention du Parlement que l'«arbre vivant» de la Loi se nourrisse de l'expérience qu'ont acquise les autres juridictions lorsqu'elles ont traité de l'injustice sociale visée à l'article 11: discrimination salariale systémique quant à des fonctions équivalentes, résultant de la ségrégation historique du monde du travail selon le sexe, et la sous-évaluation des fonctions des femmes. Je ne vois rien dans l'énoncé de l'objectif législatif contenu à l'article 2 qui interdise cette façon de voir.

[101] L'avocate du procureur général a fait valoir à maintes reprises que l'article 11 n'était pas une «mesure législative relative à l'équité salariale», mais qu'il s'agissait d'une mesure législative sur les droits de la personne. En fait, dans l'arrêt *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113 (C.A.), à la page 118, le juge Décaré de la Cour d'appel a noté que:

Les mots «équité salariale» ne font toujours pas partie de la réglementation et de la législation fédérales [. . .]



“To avoid confusion”, he suggested (at page 119), the precise words of section 11 should be used to describe its subject-matter, namely, “wage discrimination complaints”.

[102] On the other hand, Hugessen J.A. in *Department of National Defence, supra* expressed no such concerns about nomenclature, stating (at page 795) in a case involving section 11 of the *Canadian Human Rights Act*: “This case concerns pay equity”. Indeed, throughout his reasons for judgment, Hugessen J.A. used the term “pay equity” to describe the nature of the litigation.

[103] For my part, I do not think that much turns on whether section 11 is characterized as a “pay equity” provision, although it is appropriate to note that pay equity is commonly understood to refer to the principle contained in subsection 11(1), namely that there should be no differential in the wages paid to male and female employees of the same establishment performing work of equal value. On the other hand, it should also be remembered that specialized pay equity legislation may specifically prescribe particular approaches to issues and be intended to be used by the parties in a proactive manner as the basis for adjusting wages.

[104] It was also suggested that the fact that most pay equity legislation enacted the principle of equal pay for work of equal or comparable value gives it a broader scope than the *Canadian Human Rights Act*, where the narrow term “equal value” is used. However, “comparable worth” would seem simply to refer to work that is found to be of equal value as a result of an indirect comparison through the use of wage curves or regression lines. This is, of course, a technique that is expressly permitted by section 15 of the Guidelines.

«Afin d’éviter toute confusion», a-t-il indiqué (à la page 119), les mots précis employés à l’article 11 devraient être utilisés pour décrire l’objet de cette disposition, à savoir les «plaintes en matière de disparité salariale».

[102] Par ailleurs, le juge Hugessen de la Cour d’appel dans l’arrêt *Ministère de la Défense nationale*, précité, qui portait sur l’article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, n’a exprimé aucune préoccupation de la sorte quant à la nomenclature, affirmant (à la page 795): «C’est l’équité salariale qui est en cause en l’espèce». En fait, partout dans ses motifs de jugement, le juge Hugessen de la Cour d’appel a utilisé le terme «équité salariale» pour décrire la nature du litige.

[103] En ce qui me concerne, je ne suis pas convaincu de l’importance de la question de savoir si l’article 11 est qualifié de disposition relative à l’«équité salariale», bien qu’il convienne de noter que l’équité salariale est habituellement associée au principe contenu au paragraphe 11(1), à savoir qu’il ne devrait y avoir aucune disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes. Par ailleurs, on devrait également se rappeler que des lois spécialisées en matière d’équité salariale peuvent prescrire expressément des façons particulières d’aborder les questions litigieuses et être destinées à être utilisées par les parties de façon proactive comme fondement au rajustement des salaires.

[104] On a également indiqué que le fait que la plupart des lois en matière d’équité salariale édictaient le principe de la parité salariale pour fonctions équivalentes ou comparables leur donne une portée plus large que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, dans laquelle le terme précis «équivalent» est utilisé. Cependant, le mot «comparable» semblerait renvoyer tout simplement à des fonctions jugées équivalentes par suite d’une comparaison indirecte au moyen de l’utilisation de courbes de salaires ou de courbes de régression. Il s’agit, bien entendu, d’une technique qui est expressément permise par l’article 15 de l’Ordonnance.

[105] In my opinion, therefore, it was not an error of law for the Tribunal to rely on the evidence of expert witnesses who drew on their experience with specialized pay equity legislation. The differences between section 11 and these other statutes are not so significant as to make the more modern pay equity legislation irrelevant to the resolution of the issues before the Tribunal.

### 3. “Work of Equal Value”: the Definitional Problem

#### (a) The Attorney General’s position

[106] Counsel for the Attorney General reiterated, refined and elaborated the submissions that had been made to the Tribunal on behalf of the Treasury Board. Their essential thrust, it will be recalled, was that the segmented line methodology was contrary to the Act because it involved the comparison of groups of employees who were not performing work of equal value. To the extent that this approach compares the wages of the members of either a female complainant group, or of a level within a particular female group, to the wages of employees in predominantly male occupational groups, the members of which perform work with a significantly higher central tendency value, it could not be said to be measuring wage differences between male and female employees performing work of equal value.

[107] Counsel sought to demonstrate the arbitrariness of the segmented line methodology in various ways. For example, the existence of a single observation, way out at the high end of the female value line, could bring into the segmented male composite line a relatively large number of employees in predominantly male occupational groups performing work of a much higher value than all but one of the observations from the female occupational group. Since employees performing work of higher value are likely to be paid accordingly, their inclusion will tend to draw up the slope of the regression line, and thus widen the wage differential between men and women as measured at the central tendency value of the work performed by

[105] À mon avis, donc, le tribunal n’a pas commis une erreur de droit en se fondant sur les dépositions de témoins experts qui se sont servis de leur expérience relative aux lois spécialisées en matière d’équité salariale. Les différences qui existent entre l’article 11 et ces autres lois ne sont pas assez importantes pour rendre les lois plus modernes en matière d’équité salariale non pertinentes quant à la résolution des questions dont était saisi le tribunal.

### 3. «Fonctions équivalentes»: le problème de définition

#### a) La position du procureur général

[106] L’avocate du procureur général a réitéré, précisé et commenté les allégations qui avaient été soumises au tribunal pour le compte du Conseil du Trésor. L’idée maîtresse de ces allégations, rappelons-le, était que la méthode des courbes segmentées était contraire à la Loi parce qu’elle nécessitait une comparaison de groupes d’employés qui n’exécutaient pas des fonctions équivalentes. Dans la mesure où elle compare les salaires des membres d’un groupe plaignant à prédominance féminine ou d’un niveau au sein d’un groupe déterminé à prédominance féminine avec les salaires des membres des groupes professionnels à prédominance masculine, qui exécutent des fonctions ayant une valeur de tendance centrale beaucoup plus élevée, on ne pourrait pas dire que cette méthode permet de mesurer les disparités salariales entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes.

[107] Les avocats ont cherché à démontrer de diverses manières le caractère arbitraire de la méthode de la courbe segmentée. Ainsi, la présence d’une seule observation à l’extrémité supérieure de la courbe des valeurs féminines pourrait faire que la courbe composite segmentée des données masculines compte un nombre relativement élevé d’employés des groupes professionnels à prédominance masculine qui exécutent des fonctions ayant une valeur beaucoup plus grande que les fonctions exécutées par tous les membres du groupe professionnel à prédominance féminine sauf un. Comme les employés qui exécutent des fonctions d’une plus grande valeur ont des chances d’être rémunérés en conséquence, leur inclusion tendra

employees in the female group.

[108] In addition, the segmented line could include the “tails” of male occupational groups, most of the members of which perform work that is so much higher in value than the work of anyone in the female occupational group that they could not be said to be part of the same employee population. For example, entry-level lawyers in the public service might be performing work that has the same value as that performed by employees at the high end of the value-of-work line of the female occupational group. However, starting salaries for lawyers, and for others in occupations for which there is a strong market demand, are likely to be set in relation to the salaries of more senior members in their occupational groups, who perform work of much higher value than anyone in the female complainant group, and in response to market forces. The inclusion of these “tails” of occupational groups, nearly all of whose members perform work of a much higher value than anyone in the female complainant group, will inflate the wage differential when measured at the central tendency value of the work performed by the female occupational group.

[109] Counsel also used an analogy which, she argued, showed the basic flaw in the position of the Alliance and the Commission. If you wanted to compare the levels of educational attainment of the inhabitants of towns A and B, it would not be sufficient to know that in the last 10 years each had had one drop-out from grade school, and one high school graduate who went on to become a law professor. Any meaningful comparison of the levels of educational attainment of these groups would obviously also

à accroître la pente de la courbe de régression et, donc, à accroître la disparité salariale entre les hommes et les femmes tel que le révèle la valeur de tendance centrale des fonctions exécutées par les employés féminins.

[108] En outre, la courbe segmentée peut inclure les «valeurs planchers» des groupes professionnels à prédominance masculine, dont la plupart des membres exécutent des fonctions qui ont une valeur tellement plus élevée que les fonctions exécutées par qui que ce soit dans le groupe professionnel à prédominance féminine qu'on ne saurait dire qu'ils font partie de la même population d'employés. Par exemple, les avocats qui débutent dans la fonction publique exécutent peut-être des fonctions qui ont la même valeur que celles exécutées par des employés se trouvant à l'extrémité supérieure de la courbe des valeurs féminines. Or, les salaires de départ pour les avocats, et pour les autres groupes professionnels qui sont fortement en demande, seront vraisemblablement fixés en fonction des salaires de membres plus anciens de ces groupes—lesquelles personnes exécutent des fonctions qui ont une valeur beaucoup plus élevée que celles exécutées par qui que ce soit dans le groupe plaignant à prédominance féminine—et des forces du marché. L'inclusion des «valeurs planchers» des groupes professionnels à prédominance masculine, dont la plupart des membres exécutent des fonctions qui ont une valeur beaucoup plus élevée que les fonctions exécutées par qui que ce soit dans le groupe plaignant à prédominance féminine, aura pour effet d'accroître la disparité salariale tel que le révèle la valeur de tendance centrale des fonctions exécutées par les membres du groupe professionnel à prédominance féminine.

[109] L'avocate du procureur général a également utilisé une analogie qui, a-t-elle prétendu, montrait les failles fondamentales de la position de l'Alliance et de la Commission. Si vous voulez comparer le niveau d'instruction des habitants des villes A et B, il ne suffit pas de savoir qu'au cours des dix dernières années, dans chacune de ces villes un élève du primaire a abandonné l'école et un élève diplômé du secondaire a poursuivi ses études pour finalement devenir professeur de droit. Si l'on veut faire une

depend on the distribution of the populations between these two extremes. Thus, if 10% of the high school graduates from town A proceeded to university, as compared to 50% from town B, you would not say that their levels of educational attainment were equal simply because they had identical lowest and highest achievers.

(b) Analysis

[110] Despite the attractiveness of counsel's computer-assisted presentations, I am not satisfied that she established that the Tribunal erred in law by misinterpreting section 11 when it adopted the segmented line methodology for determining wage differentials. I do not accept that section 11 prescribes as precisely as counsel contended the characteristics that a methodology must possess for determining the existence of a prohibited wage gap. Nor can it be said that, to the extent that the Tribunal's selection of a methodology involved the exercise of discretion, it exercised its discretion unreasonably, or without regard to the evidence before it.

[111] First, it is hard to escape the fact that the Tribunal's chosen methodology compares, albeit indirectly through the use of a regression line, the wages of employees in the complainant group performing work that has the central tendency of the value of that group with the wages of employees in predominantly male occupational groups who are performing work of equal value. This would seem to be exactly in line with section 11's proscription of wage differences between men and women performing work of equal value.

[112] It is important to emphasize that the Tribunal did not compare the wages paid to employees in the female group performing work at the middle point (or central tendency) of the value of the work performed by members of that group with the wages paid to

comparaison significative des niveaux d'instruction de ces deux populations, il faut évidemment tenir compte aussi de la distribution des populations entre ces deux extrêmes. En conséquence, si 10 p. 100 des diplômés du secondaire dans la ville A sont allés à l'université, contre 50 p. 100 dans la ville B, on n'osera pas affirmer que les deux groupes ont le même niveau d'instruction du simple fait que chacun d'eux compte un cas d'abandon au primaire et un cas de réussite à l'université.

b) Analyse

[110] Malgré l'attrait de ses présentations assistées par ordinateur, je ne suis pas convaincu que l'avocate du procureur général a établi que le tribunal a commis une erreur de droit parce qu'il a mal interprété l'article 11 quand il a adopté la méthode des courbes segmentées pour déterminer les disparités salariales. À mon avis, l'article 11 ne prescrit pas aussi précisément que l'a prétendu l'avocate les caractéristiques qu'une méthode doit posséder pour permettre de déterminer l'existence d'un écart salarial prohibé. Par ailleurs, dans la mesure où le choix d'une méthode supposait l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le tribunal, on ne peut pas dire que ce dernier a exercé ce pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable ou sans tenir compte des éléments de preuve dont il disposait.

[111] Premièrement, il est difficile de nier que la méthode choisie par le tribunal compare, bien qu'indirectement, au moyen d'une courbe de régression, les salaires des membres du groupe plaignant qui exécutent des fonctions qui ont une valeur qui correspond à la tendance centrale de la valeur de ce groupe avec les salaires des membres de groupes professionnels à prédominance masculine exécutant des fonctions équivalentes. Cela semblerait tout à fait conforme à l'interdiction prévue à l'article 11 quant aux disparités salariales entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes.

[112] Il est important de souligner que le tribunal n'a pas comparé les salaires versés aux membres du groupe à prédominance féminine qui exécutent des fonctions qui ont une valeur correspondant au point central (ou à la tendance centrale) de la valeur des

those performing work at the middle point of the value of the work performed by the comparator group. Hence, counsel's analogy of how one would measure the levels of educational attainment of two populations did not advance her case.

[113] Of course, the way in which achievement within a population is distributed between the polar extremes will affect its average level of education, and therefore how well educated it may be said to be. In addition, the person with an average level of educational attainment within the better educated population may be expected to be performing more highly valued work and earning a higher wage than the person in the other population who has the average level of education for that group.

[114] However, there is no *a priori* reason to think that there would be a wage differential in favour of the person in the better educated population who had the same level of education as the person of average education in the less well educated group. There would be a wage differential if the wages of those in the better educated group with high levels of education rose disproportionately quickly as compared to the wages of those of lower educational attainment.

[115] Second, section 11 is silent on how the male comparator group is to be constructed when it is not possible to make a direct comparison of wages paid to male and female employees engaged in work of equal value. In the absence of any statutory instructions on this matter I do not agree that the principle of equal pay for work of equal value, even in the context of the *Canadian Human Rights Act* as opposed to more modern, specialized pay equity legislation, mandates that comparators be limited to predominantly male occupational groups performing work that has a central tendency value that is the same as, or very similar to, that of the complainant group.

fonctions exécutées par les membres de ce groupe avec les salaires versés aux personnes qui exécutent des fonctions qui ont une valeur correspondant au point central de la valeur des fonctions exécutées par le groupe de comparaison. En conséquence, l'analogie de l'avocate quant à la façon dont on mesurerait les niveaux d'instruction de deux populations n'a pas fait avancer sa cause.

[113] Bien entendu, la façon dont la réussite scolaire au sein d'une population est distribuée entre les deux extrêmes influera sur son niveau moyen d'éducation et donc sur le niveau d'éducation dont on peut dire qu'elle jouit. En outre, on peut s'attendre à ce que la personne possédant un niveau moyen d'instruction, qui appartient à la population plus instruite, exécute des fonctions d'une plus grande valeur et gagne un salaire plus élevé que la personne qui appartient à l'autre population et qui possède le niveau moyen d'éducation de ce groupe.

[114] Cependant, il n'y a *a priori* aucune raison de penser qu'il y aurait une disparité salariale en faveur de la personne qui appartient à la population plus instruite et qui a le même niveau d'instruction que la personne d'instruction moyenne appartenant au groupe moins instruit. Il y aurait une disparité salariale si les salaires des membres du groupe plus instruit qui ont un niveau d'instruction élevé augmentaient beaucoup trop vite par comparaison aux salaires des personnes qui possèdent un niveau d'instruction inférieur.

[115] Deuxièmement, l'article 11 ne traite pas de la façon dont le groupe de comparaison masculin doit être établi lorsqu'il n'est pas possible de faire une comparaison directe entre les salaires payés aux hommes et ceux versés aux femmes qui exécutent des fonctions équivalentes. En l'absence d'indications législatives sur ce point, je ne suis pas d'accord que le principe de l'égalité de rémunération pour fonctions équivalentes, même dans le contexte de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (par opposition aux lois plus modernes, spécialisées en matière d'équité salariale), exige que les groupes de comparaison se limitent aux groupes professionnels à prédominance masculine qui exécutent des fonctions qui ont une valeur de tendance centrale identique ou très semblable à celle du groupe plaignant.

[116] Section 11 provides only a broad legal framework within which problems of wage discrimination between men and women are to be tackled in light of the facts of the particular employment situation, the evidence of expert witnesses, and the underlying purposes of the statute. In my view it would be inconsistent with both the underlying purpose of section 11, and the legislative record, to interpret the section as impliedly prescribing with the particularity suggested by counsel for the Attorney General the characteristics of the permitted comparative methodologies. Much must inevitably be left to be decided by the Commission and the Tribunal case by case, with the assistance of experts.

[117] Third, the policy motivating the enactment of the principle of equal pay for work of equal value is the elimination from the workplace of sex-based wage discrimination. The kind of discrimination at issue here is systemic in nature: that is, it is the result of the application over time of wage policies and practices that have tended either to ignore, or to undervalue work typically performed by women.

[118] In order to understand the extent of such discrimination in a particular employment context it is important to be able to view as comprehensively as possible the pay practices and policies of the employer as they affect the wages of men and women. The Tribunal's methodology was calculated to achieve this objective because it included data on all employees in predominantly male occupational groups who were performing work that had a value that was not less than, nor more than, the range of the value of the work performed by members of the complainant group. In contrast, the methodology proposed by the Treasury Board would enable the Tribunal to examine only a small amount of the available data.

[119] Extending the wage line to include employees in male occupational groups performing work of a higher average value than employees in the complain-

[116] L'article 11 fournit uniquement un cadre législatif large dans lequel les problèmes de discrimination salariale entre les hommes et les femmes doivent être abordés à la lumière de la situation particulière de l'emploi, de la déposition des témoins experts et des objectifs sous-jacents de la loi. À mon avis, interpréter l'article comme prescrivant implicitement, de la manière précise proposée par l'avocate du procureur général, les caractéristiques des méthodes de comparaison permises, serait incompatible avec l'objectif sous-jacent de l'article 11 et avec le dossier législatif. Il faut inévitablement laisser la Commission et le tribunal se prononcer au cas par cas sur de nombreux points avec l'aide d'experts.

[117] Troisièmement, la politique qui a motivé l'adoption du principe de l'égalité de rémunération pour fonctions équivalentes est l'élimination de la discrimination salariale fondée sur le sexe en milieu d'emploi. La discrimination en cause en l'espèce est de nature systémique, c'est-à-dire qu'elle résulte de l'application au fil du temps de politiques et de pratiques salariales qui tendaient soit à ignorer, soit à sous-évaluer les fonctions généralement exécutées par des femmes.

[118] Pour comprendre l'importance d'une telle discrimination dans un contexte d'emploi particulier, il est important de pouvoir examiner de la façon la plus détaillée possible l'incidence, sur le salaire des hommes et sur celui des femmes, des pratiques et politiques de l'employeur en matière de rémunération. La méthode que le tribunal a appliquée visait à atteindre cet objectif, car elle tenait compte de données concernant tous les employés appartenant à des groupes professionnels à prédominance masculine qui exécutaient des fonctions dont la valeur n'était ni inférieure, ni supérieure à l'échelle des valeurs des fonctions qu'exécutaient ceux qui appartiennent au groupe plaignant. Par contraste, la méthode que propose le Conseil du Trésor ne permettrait au tribunal d'examiner qu'une petite partie des données disponibles.

[119] Étendre la courbe des salaires de façon qu'elle inclue les employés appartenant à des groupes professionnels à prédominance masculine qui exécutent des

ant group will not necessarily widen the differential measured at the point of average value on the female regression line.

[120] If the adoption of the segmented line methodology did have this effect it would be because the wages paid to employees in predominantly male occupational groups, who performed work of a higher average value than employees in predominantly female groups, rose proportionately faster than the value of the work that they performed.

[121] Indeed, there was expert evidence before the Tribunal that the wage gap between men and women performing work of equal value tended to widen as the value of the work increased: for example, Dr. Shillington, R.J.R., vol. VII, at pages 2465-2466.

[122] Suppose, then, that this were true for employees in the federal public service, so that the wage gap widened as the value of the work increased, and that women were underrepresented among employees performing more highly valued work. Given the broad and liberal approach to be taken to the statutory mandate to eliminate systemic wage differentials between male and female employees performing work of equal value, it would not be an error of law for the Tribunal to construct a male comparator line, the average value of whose work exceeded the average value of the work performed by the complainant group.

[123] Fourth, to the extent that the Tribunal's selection of the segmented line methodology involved the exercise of discretion, it clearly had a rational basis in the evidence. Expert witnesses testified that it

fonctions dont la valeur moyenne est supérieure à celle des fonctions qu'exécutent ceux qui font partie du groupe plaignant n'accentuera pas nécessairement la différence que l'on constate au point de la valeur moyenne sur la courbe de régression des données féminines.

[120] Si l'adoption de la méthode de la courbe segmentée a eu un tel effet, c'est parce que les salaires versés aux employés appartenant à des groupes professionnels à prédominance masculine qui ont exécuté des fonctions dont la valeur moyenne était supérieure à celle des fonctions qu'ont exécutées les employés appartenant à des groupes professionnels à prédominance féminine ont proportionnellement augmenté plus rapidement que la valeur des fonctions qu'ils ont exécutées.

[121] En effet, des éléments de preuve d'expert dont disposait le tribunal ont établi que l'écart entre le salaire des hommes et celui des femmes exécutant des fonctions équivalentes avait tendance à croître au fur et à mesure que la valeur des fonctions augmentait: voir, par exemple, M. Shillington, D.C.D., vol. VII, aux pages 2465 et 2466.

[122] Supposons que cela soit le cas pour les fonctionnaires fédéraux, de sorte que l'écart salarial croissait au fur et à mesure que la valeur des fonctions augmentait, et que les femmes étaient sous-représentées parmi les employés exécutant des fonctions d'une valeur supérieure. Compte tenu de l'interprétation large et libérale qu'il convient de donner à l'objectif législatif qui vise à éliminer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes, le tribunal ne commettrait pas une erreur de droit en se donnant une courbe de comparaison basée sur les employés appartenant à des groupes professionnels à prédominance masculine dont les fonctions avaient une valeur moyenne supérieure à celle des fonctions exécutées par les personnes faisant partie du groupe plaignant.

[123] Quatrièmement, dans la mesure où le choix de la méthode de la courbe segmentée relevait du pouvoir discrétionnaire du tribunal, il est clair qu'un tel choix était rationnellement fondé sur la preuve. Des témoins

was statistically sound, and that it was always preferable to adopt a methodology that incorporated more rather than less data.

[124] The statisticians were not troubled by the possible impact on the male regression line of the presence of “lonely observations” at the high-value end of the female regression line: Mr. Sunter, R.J.R., vol. VII, at pages 2391-2397; Dr. Shillington, *loc. cit.*, at pages 2445-2446. Since the statisticians had already identified and discarded outlier observations that were statistically suspect, there was no reason to think that these observations were any less reliable than any other: Mr. Sunter, *loc. cit.*, at pages 2311-2318, 2331-2336, 2348-2349; Dr. Shillington, *loc. cit.*, at page 2502.

[125] Nor did they regard as statistically relevant the fact that the segmented line methodology included the “tails” of occupational groups, most members of which were performing work of greater value than that of anyone in the female complainant group: Dr. Shillington, *loc. cit.*, at pages 2400-2404, 2420-2421, 2484-2488.

[126] In contrast, the statisticians testified that it would be irrational for the Tribunal to select a methodology, such as the “whole group” methodology proposed by the Treasury Board, because it used too little of the available data: Dr. Shillington, *loc. cit.*, at pages 2405-2407, 2421-2424, 2487, 2517-2519.

[127] Further, the data had not been collected during the JUMI study with a view to ensuring that it included a representative sample from each predominantly male occupational group in the federal public service: see, for example, exhibits PSAC-2 and PSAC-3, R.J.R., vol. V, at pages 1230-1233. Hence, it was not clear that the data were adequate for making statistically reliable findings about the relation-

experts ont témoigné qu’il s’agissait d’un choix valable sur le plan statistique et qu’il était toujours préférable d’adopter une méthode qui tienne compte du plus grand nombre possible de données.

[124] Les statisticiens n’ont pas été préoccupés outre mesure par l’incidence que pouvait avoir sur la courbe de régression des données masculines la présence d’«observations isolées» dans la partie supérieure de la courbe de régression des données féminines: M. Sunter, D.C.D., vol. VII, aux pages 2391 à 2397; M. Shillington, *loc. cit.*, aux pages 2445 et 2446. Comme les statisticiens avaient déjà identifié et rejeté les observations aberrantes qui étaient suspectes d’un point de vue statistique, il n’y avait aucune raison de penser que ces observations n’étaient pas aussi fiables que les autres: M. Sunter, *loc. cit.*, aux pages 2311 à 2318, 2331 à 2336, 2348 et 2349; M. Shillington, *loc. cit.*, à la page 2502.

[125] En outre, ils n’ont pas non plus considéré que le fait que la méthode de la courbe segmentée tenait compte des «valeurs planchers» des données relatives aux groupes professionnels dont la plupart des membres exécutaient des fonctions d’une valeur supérieure à celle des fonctions qu’exécutait toute employée faisant partie du groupe plaignant était pertinent d’un point de vue statistique: M. Shillington, *loc. cit.*, aux pages 2400 à 2404, 2420, 2421 et 2484 à 2488.

[126] Par contraste, les statisticiens ont témoigné que le tribunal agirait de façon irrationnelle en choisissant une méthode telle que la méthode «des groupes entiers» que proposait le Conseil du Trésor, étant donné que celle-ci ne tenait pas compte d’une quantité suffisante de données disponibles: M. Shillington, *loc. cit.*, aux pages 2405 à 2407, 2421 à 2424, 2487 et 2517 à 2519.

[127] En outre, les données n’avaient pas été recueillies dans le cadre de l’étude sur la parité salariale en vue de comprendre un échantillon représentatif de chaque groupe professionnel à prédominance masculine de la fonction publique fédérale: voir, par exemple, les pièces PSAC-2 et PSAC-3, D.C.D., vol. V, aux pages 1230 à 1233. Il n’était donc pas clair que les données permettaient de tirer des conclusions



ship between the value of the work performed and the wages paid for whole occupational groups, the value of whose work had the same central tendency as that performed by employees in the complainant group.

[128] The evidence of the pay equity experts also supported the use of a methodology that used as much data as possible, which, of course, the whole group methodology does not: Dr. Weiner, R.J.R., vol. VI, at pages 2008-2009 and 2016. The Tribunal's methodology was consistent with the methodologies used in other pay equity exercises with which they were familiar in jurisdictions where specialized pay equity legislation was in force.

(c) Conclusion

[129] For these reasons I can find nothing in the text of the Act, or in its underlying policy, that leads me to the conclusion that the Tribunal's chosen methodology was inconsistent with the statute.

[130] The concept of systemic discrimination, the mischief at which section 11 is primarily aimed, can be difficult to grasp. As this case clearly shows, the elucidation and application of the principle of equal pay for work of equal value calls for the kind of multidisciplinary study in which the Tribunal engaged. I would also add that, as the exhibits referred to above indicate, until the breakdown of the JUMI, the Treasury Board had proceeded on the assumption that wage differentials between men and women would be measured on the basis of the composite line approach.

[131] While not free from its own technical difficulties, and backed by no expert evidence, the whole group methodology, advanced on behalf of the Attorney General as an example of a methodology that did comply with the Act, might nonetheless be

fiables du point de vue statistique sur le lien qui existait entre la valeur des fonctions exécutées et les salaires versés aux employés appartenant à des groupes professionnels entiers, dont les fonctions avaient une valeur qui dénotait la même tendance centrale que celle des fonctions qu'exécutaient les employés qui font partie du groupe plaignant.

[128] Les experts en matière d'équité salariale ont également témoigné qu'ils favorisaient l'utilisation d'une méthode qui tienne compte du plus grand nombre possible de données, ce que, bien entendu, ne fait pas la méthode des groupes entiers: M<sup>me</sup> Weiner, D.C.D., vol. VI, aux pages 2008, 2009 et 2016. La méthode que le tribunal a choisie était compatible avec les méthodes, qu'ils connaissaient bien, qui ont été utilisées dans le cadre d'autres analyses en matière d'équité salariale dans des domaines de compétence où des dispositions législatives en matière d'équité salariale étaient en vigueur.

c) Conclusion

[129] Pour ces motifs, je ne trouve rien ni dans le libellé de la Loi, ni dans la politique qui la sous-tend, qui m'amène à conclure que la méthode que le tribunal a choisie était incompatible avec la loi.

[130] Le concept de discrimination systémique, le fléau que l'article 11 vise principalement, peut être difficile à saisir. Comme il ressort clairement de la présente affaire, l'élucidation et l'application du principe de l'égalité de rémunération pour fonctions équivalentes appelle une étude multidisciplinaire du type de celle que le tribunal a effectuée. J'ajouterais également que, comme les pièces susmentionnées l'indiquent, jusqu'à l'éclatement du Comité mixte, le Conseil du Trésor avait agi en présumant qu'on mesurerait la disparité salariale entre les hommes et les femmes en appliquant la méthode de la courbe composite.

[131] Bien qu'elle ne soit pas exempte de difficultés techniques et qu'elle ne soit pas étayée par de la preuve d'expert, la méthode des groupes entiers, qui a été proposée pour le compte du procureur général à titre d'exemple d'une méthode satisfaisant aux exigen-

adopted by the Tribunal in another case as appropriate for measuring a wage gap.

[132] Accordingly, on the basis of the evidence before it, I am satisfied that the methodology selected by the Tribunal, in the exercise of its discretion, for implementing the broad principle of equal pay for work of equal value in the employment context before it easily met the standard of rationality.

#### 4. Causation

[133] Counsel for the Attorney General submitted that the methodology selected by the Tribunal was also legally flawed because it did not ensure that the only wage differences measured were those caused by sex discrimination. She emphasized that section 2 limited the purpose of the Act to the eradication of inequality caused by “discriminatory practices based on” [underlining added] the prohibited grounds. In this case, of course, sex is the relevant ground.

[134] Hence, the Tribunal was not authorized to redress wage differences between men and women that were the result of social conditions and structures that resulted in the underrepresentation of women in higher paying occupations. The *Canadian Human Rights Act* did not perform the broader functions of employment equity legislation.

[135] It followed from this, counsel submitted, that the inclusion in the Tribunal’s male comparators of men who were paid more than other men performing work of equal value invalidated the methodology, because these differences could not be based on sex. Accordingly, only the lowest paid of the predominantly male occupational groups performing work that had the same central tendency value as that of a complainant group could be used to measure any difference in wages between male and female employees performing work of equal value. Any greater wage difference

ces de la Loi, pourrait néanmoins être adoptée par le tribunal dans une autre affaire en vue de mesurer un écart salarial.

[132] En conséquence, je suis convaincu que, compte tenu de la preuve dont il disposait, le tribunal a amplement satisfait au critère de la décision rationnelle lorsqu’il a déterminé, en exerçant son pouvoir discrétionnaire, la méthode qu’il adopterait pour mettre en œuvre le principe large de l’égalité de rémunération pour fonctions équivalentes dans le contexte d’emploi en cause.

#### 4. Le lien de causalité

[133] L’avocate du procureur général a soutenu que la méthode que le tribunal a choisie était également déficiente sur le plan juridique parce qu’elle ne permettait pas d’apprécier uniquement les disparités salariales engendrées par la discrimination fondée sur le sexe. Elle a fait valoir que l’article 2 circonscrit l’objet de la Loi en prévoyant que celle-ci vise à éliminer les inégalités découlant de «considérations fondées sur» [soulignement ajouté] des motifs de distinction illicites. En l’espèce, le motif de distinction illicite est, bien entendu, le sexe.

[134] Le tribunal n’était donc pas autorisé à combler les disparités salariales entre les hommes et les femmes qui résultaient de conditions et de structures sociales qui avaient entraîné la sous-représentation des femmes au sein des emplois plus rémunérateurs. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* n’a pas rempli les fonctions plus larges d’une loi sur l’équité en matière d’emploi.

[135] Il s’ensuit que, selon l’avocate, le fait que le tribunal a inclus dans son groupe de comparaison à prédominance masculine des hommes qui avaient un salaire supérieur à celui d’autres hommes exécutant des fonctions équivalentes a invalidé la méthode vu que ces disparités ne pouvaient être fondées sur le sexe. En conséquence, seuls les groupes professionnels à prédominance masculine les moins bien rémunérés dont les fonctions avaient la même valeur de tendance centrale que celle des fonctions qu’exécutaient les employés qui font partie du groupe plaignant

between such employees is demonstrably not based on sex, but may be attributable to factors such as bargaining power or market demand.

[136] On the basis of this analysis of section 11 counsel argued that section 14 of the *Equal Wages Guidelines, 1986* must be *ultra vires* because it provides that, when more than one occupational group is used for the purpose of comparison, the groups are deemed to be one. Thus, the Guidelines do not limit the permissible comparators to employees in the lowest paid predominantly male occupational group performing work of equal value to that of the complainant group.

[137] The Guidelines were issued pursuant to subsection 27(2) of the Act which authorizes the Commission to issue guidelines (which, I should add, are legally binding while in force: subsection 27(3)):

27. . . .

(2) The Commission may, on application or on its own initiative, by order, issue a guideline setting out the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a class of cases described in the guideline.

[138] This is a very broad delegation of discretion which leaves to “the opinion of the Commission” the power to determine the manner and extent of the application of a provision of the statute to a described category of case. The provision in question here, of course, is section 11 which, as I have already indicated, from its terms and nature inevitably leaves considerable latitude in its implementation.

[139] I observe, too, that, rather unusually, Parliament has conferred on an independent administrative agency, the Canadian Human Rights

pouvaient être utilisés pour mesurer toute disparité salariale entre des hommes et des femmes exécutant des fonctions équivalentes. De toute évidence, aucune disparité salariale plus importante entre de tels employés ne saurait être fondée sur le sexe; pareille disparité pourrait plutôt être attribuable à des facteurs tels le pouvoir de négociation ou la demande sur le marché.

[136] Sur le fondement de cette analyse de l'article 11, l'avocate a soutenu que l'article 14 de l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale* devait être déclaré *ultra vires* étant donné qu'il prévoit que lorsque l'on se sert de plus d'un groupe professionnel pour fins de comparaison, les groupes sont considérés comme un seul groupe. En conséquence, l'Ordonnance ne limite pas les groupes de comparaison acceptables aux employés du groupe professionnel à prédominance masculine le moins bien rémunéré, qui exécutent des fonctions équivalentes à celles qu'exécutaient les personnes appartenant au groupe plaignant.

[137] L'Ordonnance a été prise en vertu du paragraphe 27(2) de la Loi, lequel autorise la Commission à prendre des ordonnances (qui, faut-il ajouter, ont un effet obligatoire tant qu'elles sont en vigueur: paragraphe 27(3)):

27. [. . .]

(2) Dans une catégorie de cas donnés, la Commission peut, sur demande ou de sa propre initiative, décider de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l'application de la présente loi.

[138] Cette disposition confère un pouvoir discrétionnaire considérable à la Commission, qui peut ainsi déterminer les limites et les modalités de l'application d'une disposition de la loi à une catégorie de cas donnés. La disposition en cause dans la présente affaire est, bien entendu, l'article 11, qui, comme je l'ai déjà mentionné, accorde une marge de manœuvre considérable pour ce qui est de son application vu son libellé et sa nature.

[139] Je fais également remarquer que le Parlement a, chose inhabituelle, accordé à un organisme administratif, la Commission canadienne des droits de la

Commission, the power to make subordinate legislation on substantive matters, as opposed to questions of practice and procedure. At the federal level such powers are more typically conferred on, or their exercise is subject to confirmation by, the Governor in Council.

[140] I infer from this broad delegation of authority that Parliament must have contemplated that the expertise that the Commission will have acquired in the discharge of its statutory responsibilities for human rights research and public education, and for processing complaints up to the point of adjudication, is more important than political accountability for ensuring the appropriate exercise of the legislative power conferred by subsection 27(2).

[141] In view of the breadth of the statutory language of subsection 27(2), and of the attributes of the body to which the discretion has been conferred, a provision in any guidelines issued will only be held to be invalid if it is clearly incompatible with the terms of the grant of statutory power, when construed in the light of the purposes of the Act, or is an unreasonable exercise of the Commission's discretion. In my opinion, section 14 of the Guidelines is neither.

[142] The argument that section 14 is invalid can only succeed on the first ground if the purpose of the statute as set out in section 2 requires words to be read into section 11 of the Act. It will be recalled that subsection 11(1) merely prohibits an employer from maintaining or establishing "differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value".

[143] Counsel for the Attorney General argued that, since the definition of a discriminatory practice is one based on a prohibited ground, the discriminatory practice identified and proscribed by section 11, namely establishing or maintaining wage differences between male and female employees who are performing work of equal value, must by clear implication be

personne, le pouvoir de statuer par voie réglementaire sur des questions de fond, par opposition à des questions de pratique et de procédure. Sur le plan fédéral, de tels pouvoirs sont habituellement accordés au gouverneur en conseil, ou encore leur exercice est assujéti à l'approbation de ce dernier.

[140] Je déduis de cette importante délégation de pouvoir que le Parlement a dû considérer que l'expertise que la Commission acquerrait en s'acquittant des responsabilités qu'il lui conférerait par voie législative en matière de recherche et d'éducation du public sur les droits de la personne et de traitement des plaintes, pouvant aller jusqu'au litige, l'emportait sur la responsabilité politique de veiller à ce que le pouvoir législatif que confère le paragraphe 27(2) soit exercé de façon convenable.

[141] Compte tenu de la portée du libellé du paragraphe 27(2) et des attributs de l'organisme auquel le pouvoir discrétionnaire a été accordé, une disposition d'une ordonnance ne sera considérée comme invalide que si elle est clairement incompatible avec les termes, interprétés en fonction des objectifs de la Loi, dans lesquels le pouvoir a été conféré, ou si elle constitue un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire de la Commission. À mon avis, l'article 14 de l'Ordonnance ne peut être considéré invalide pour l'un ou l'autre de ces motifs.

[142] L'argument selon lequel l'article 14 est invalide pour le premier motif ne peut être retenu que si l'objectif législatif prévu à l'article 2 exige qu'en interprétant l'article 11 de la Loi, il faille ajouter des mots au libellé de ce dernier. Rappelons que le paragraphe 11(1) ne fait qu'empêcher un employeur d'instaurer ou de pratiquer «la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes».

[143] L'avocate du procureur général a soutenu qu'étant donné que la définition d'acte discriminatoire prévoit qu'un tel acte est fondé sur un motif de distinction illicite, il est clair que l'acte discriminatoire mentionné et interdit à l'article 11, soit le fait d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions

limited to differences that are based on or caused by sex.

[144] If this interpretation were correct, then it would certainly be arguable that, for the Commission to issue guidelines that expand the definition of the conduct proscribed by subsection 11(1) would go well beyond legislating on the manner and extent of the application of a provision of the Act to a class of case. In my view, however, the premise of the argument is unsound: subsection 11(1) means what it says, and does not require words to be read into it.

[145] First, sections 5 to 10 [section 9 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 12)] of the Act, which define other discriminatory practices, include as part of the definition that the proscribed conduct must be “based on a prohibited ground of discrimination”. Subsection 11(1), in contrast, does not state that the conduct prohibited, namely maintaining or establishing wage differences between male and female employees performing work of equal value, must be based on sex.

[146] It is arguable, of course, that, in a provision proscribing wage differences between male and female employees performing work of equal value, it would be redundant to add that the differences must be based on sex. This is obvious both from the subject-matter of section 11 and from section 2, where the purposes of the Act are set out. However, if a similar approach were taken to sections 5 to 10 it could also be said that, in light of section 2, it was unnecessary to include in the definition of the relevant conduct proscribed as a discriminatory practice that it was based on one of the prohibited grounds.

[147] Second, subsection 11(4) provides that, notwithstanding subsection 11(1), it is not a discriminatory practice to pay different wages to male and female employees performing work of equal value if that difference can be attributed to one of the factors prescribed in guidelines as a reasonable factor justify-

équivalentes, doit nécessairement se limiter à la disparité fondée sur le sexe ou engendrée par celui-ci.

[144] Dans le cas où une telle interprétation serait fondée, on pourrait certainement soutenir qu'en prenant une ordonnance élargissant la définition du comportement interdit par le paragraphe 11(1), la Commission outrepasserait largement son pouvoir de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l'application d'une disposition de la Loi pour une catégorie de cas donnés. À mon avis, cependant, la prémisse sur laquelle cet argument est fondé n'est pas valable: le paragraphe 11(1) a un sens clair et il n'est pas nécessaire d'y ajouter quoi que ce soit.

[145] Premièrement, les articles 5 à 10 [article 9 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 12)] de la Loi, qui définissent d'autres actes discriminatoires, ajoutent à la définition que le comportement interdit doit être «fondé sur un motif de distinction illicite». Le paragraphe 11(1), par contraste, ne prévoit pas que le comportement interdit, soit le fait d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes, doit être fondé sur le sexe.

[146] On pourrait soutenir, bien entendu, qu'il serait superflu de préciser dans une disposition interdisant la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes que la disparité doit être fondée sur le sexe. Cela ressort clairement tant de la matière sur laquelle porte l'article 11 que sur le libellé de l'article 2, dans lequel les objectifs de la Loi sont énoncés. Cependant, si l'on avait analysé les articles 5 à 10 de façon similaire, on aurait pu également soutenir que, compte tenu de l'article 2, il n'était pas nécessaire de prévoir dans la définition du comportement interdit en tant qu'acte discriminatoire qu'un tel comportement était fondé sur un des motifs de distinction illicites.

[147] Deuxièmement, le paragraphe 11(4) prévoit que ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe 11(1) la disparité salariale entre hommes et femmes fondée sur un facteur reconnu comme raisonnable par une ordonnance de la Commission. Le paragraphe 11(5) ajoute que des considérations fon-

ing the difference. Subsection 11(5) adds “[f]or greater certainty” that sex cannot be a reasonable factor justifying a wage difference.

[148] It can be inferred from subsection 11(4) that the definition of the particular discriminatory practice described in subsection 11(1) is not limited to differences in wages that are based on sex. If, as counsel for the Attorney General argued, section 11 only prohibits differences in wages paid to men and women performing work of equal value when that difference is on the basis of sex, subsection 11(4) would have been unnecessary.

[149] For example, paragraph 16(*h*) of the Guidelines exempts from section 11 of the Act differences in wages between men and women performing work of equal value that are attributable to the existence of an internal labour shortage in a particular job classification. If section 11 bears the narrow meaning that the Attorney General alleges, then a difference in wages caused by a particular labour shortage would have fallen outside the definition of a discriminatory practice because it would not have been caused by sex.

[150] That it was necessary to exempt from the reach of section 11 wage differences between men and women performing work of equal value that are attributable to prescribed “reasonable factors”, other than sex (subsection 11(5)), is a clear indication that they would otherwise have fallen within the scope of that section. Accordingly, once a complainant has established a difference in the wages paid to male and female employees performing work of equal value, a breach of section 11 is thereby established, subject only to the employer’s demonstrating that the difference is attributable to one of the “reasonable factors” prescribed in section 16 of the Guidelines.

[151] Third, the nature of systemic discrimination often makes it difficult to prove that the disadvantaged position in the workplace of many members of particular groups is based on the attributes associated

dées sur le sexe ne sauraient motiver la disparité salariale.

[148] On peut déduire du paragraphe 11(4) que la définition de l’acte discriminatoire que décrit le paragraphe 11(1) ne se limite pas à la disparité salariale fondée sur le sexe. Si, comme l’a soutenu l’avocate du procureur général, l’article 11 n’interdisait la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes que lorsque cette dernière est fondée sur le sexe, le paragraphe 11(4) ne serait d’aucune utilité.

[149] Par exemple, l’alinéa 16(*h*) de l’Ordonnance prévoit que la disparité salariale entre les hommes et les femmes exécutant des fonctions équivalentes qui est attribuable à l’existence d’une pénurie interne de main-d’œuvre relativement à un emploi particulier n’est pas visée par l’article 11 de la Loi. Si l’on conférerait à l’article 11 le sens étroit que propose le procureur général, une disparité salariale engendrée par une quelconque pénurie de main-d’œuvre n’aurait pas été visée par la définition de ce que constitue un acte discriminatoire, parce qu’elle n’aurait pas été causée par le sexe.

[150] Le fait qu’il ait fallu exclure de la portée de l’article 11 les situations de disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes lorsque cette disparité est fondée sur un «facteur reconnu comme raisonnable», autre que le sexe (paragraphe 11(5)), laisse clairement entendre que, normalement, elles seraient tombées sous le coup de cet article. Par conséquent, dès que l’auteur de la plainte a prouvé qu’il existe une disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes, il est établi que cette disparité contrevient à l’article 11, sous réserve uniquement de la preuve faite par l’employeur que cette disparité est fondée sur un «facteur reconnu comme raisonnable» par l’article 16 de l’Ordonnance.

[151] Troisièmement, en raison de la nature de la discrimination systémique, il est souvent difficile de prouver que la situation défavorable dans laquelle se trouvent de nombreux membres de groupes particuliers

with the groups to which they belong. This is because, as Dickson C.J. observed in *Canadian National Railway Co.*, *supra*, at page 1139, systemic discrimination “results from the simple operation of established procedures of recruitment, hiring and promotion, none of which is necessarily designed to promote discrimination.” Accordingly, an employer’s wage policies and practices may be based on such deep-rooted social norms and assumptions about the value of the work performed by women that it would be extremely difficult to establish in a forensic setting that, if women were paid less than men performing work of equal value, that difference was based on sex.

[152] Subsection 11(1) can thus be seen to have tackled the problem of proof by enacting a presumption that, when men and women are paid different wages for work of equal value that difference is based on sex, unless it can be attributed to a factor identified by the Commission in a guideline as constituting a reasonable justification for it. By way of analogy it may be noted that, once a *prima facie* case of discrimination has been proved, the burden shifts to the employer to justify it by showing, for example, that it would impose undue hardship to accommodate the employee who had complained of discrimination: *Ontario Human Rights Commission and O’Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at pages 558-559.

[153] Three other points may also be briefly noted here that detract from the causation argument made on behalf of the Attorney General. First, the Guidelines do not include “market forces” as a reasonable explanation of a wage differential, no doubt for the very good reason that the market is not itself free from discriminatory tendencies.

dans leur milieu de travail est fondée sur les caractéristiques reliées aux groupes auxquels ils appartiennent. Pour reprendre les propos tenus par le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, précité, (à la page 1139), cette difficulté tient au fait que la discrimination systémique «résulte simplement de l’application des méthodes établies de recrutement, d’embauche et de promotion, dont ni l’une ni l’autre n’a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination.» Par conséquent, les politiques et les pratiques salariales d’un employeur peuvent être fondées sur des prémisses et des normes sociales tellement profondément ancrées, quant à la valeur des fonctions exécutées par les femmes, qu’il serait extrêmement difficile d’établir dans un contexte judiciaire que, le cas échéant, c’est en raison de leur sexe que les femmes reçoivent un salaire inférieur aux hommes qui exécutent des fonctions équivalentes.

[152] On peut donc croire que le paragraphe 11(1) a remédié au problème de la preuve en édictant une présomption selon laquelle, lorsque les femmes et les hommes reçoivent un salaire différent pour exécuter des fonctions équivalentes, cet écart est fondé sur le sexe, à moins qu’il puisse être attribué à un facteur que la Commission a reconnu comme motif raisonnable dans une ordonnance. Par analogie, on peut souligner qu’une fois une situation de discrimination établie à première vue, le fardeau de la preuve passe à l’employeur, à qui il incombe de la justifier en démontrant, par exemple, que la prise de mesures d’accommodement à l’égard de l’employé qui se plaint de la discrimination lui imposerait une contrainte excessive: *Commission ontarienne des droits de la personne et O’Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, aux pages 558 et 559.

[153] Trois autres éléments qui repoussent l’argument sur la causalité plaidé au nom du procureur général peuvent aussi être soulignés brièvement. Premièrement, l’Ordonnance n’inclut pas les «forces du marché» comme explication raisonnable d’un écart salarial, et ce, à n’en pas douter, pour l’excellente raison que le marché n’est pas lui-même exempt de tendances discriminatoires.

[154] Second, the lead management representative on the JUMI Committee, Ms. Lise Ouimet, a senior official at the Treasury Board, welcomed the “weighted average” approach when it was incorporated in section 14 of the Guidelines: R.J.R., vol. V, at page 1265. The Commission had adopted this approach in part because it had been used by the government when voluntarily settling pay equity claims in the late 1970s and early 1980s.

[155] Third, in order to establish unlawful discrimination on a ground prohibited by human rights legislation it is sufficient that the conduct in question was based in part on the prohibited ground. It does not have to be the only reason for the conduct.

[156] Accordingly, the structure and purpose of the Act do not require the addition to subsection 11(1) of words that are not there. Hence, section 14 of the Guidelines is not *ultra vires* the terms of the grant of power in subsection 27(2).

[157] Counsel for the Attorney General did not contend that, if section 14 were within the “four corners” of subsection 27(2) because it deals with “the manner and extent” of the application of subsection 11(1), it was invalid on the ground of unreasonableness. In my view, such an argument would have been untenable on the facts.

[158] I should also note in this context that provincial pay equity legislation does not adopt a uniform approach to this issue. On the one hand, the Ontario and Nova Scotia statutes expressly direct that the comparison is to be with the lowest paid male job class, while Manitoba, New Brunswick and Prince Edward Island require the adjustment to be to the average of the male wages.

[159] To conclude, section 14 of the Guidelines is authorized by subsection 27(2) of the Act and permits the Tribunal to do what it did here: that is, to treat the predominantly male occupational groups as one group

[154] Deuxièmement, la principale représentante du milieu patronal au sein du Comité mixte, M<sup>me</sup> Lise Ouimet, haute fonctionnaire au Conseil du Trésor, a accueilli favorablement la méthode de la «moyenne pondérée» lorsqu’elle a été intégrée à l’article 14 de l’Ordonnance: D.C.D, vol. V, à la page 1265. La Commission avait retenu cette méthode en partie parce que le gouvernement l’avait utilisée lors du règlement volontaire des demandes portant sur l’équité salariale à la fin des années 1970 et au début des années 1980.

[155] Troisièmement, pour établir l’existence d’une discrimination illicite fondée sur un motif interdit par la législation en matière de droits de la personne, il suffit que le comportement en cause se fonde en partie sur le motif interdit. Il n’est pas nécessaire que ce soit la seule raison de ce comportement.

[156] Par conséquent, la structure et l’objet de la Loi ne commandent pas l’ajout, au paragraphe 11(1), de mots qui n’y figurent pas. L’article 14 de l’Ordonnance se situe donc dans les limites de l’attribution de pouvoir énoncée au paragraphe 27(2).

[157] L’avocate du procureur général n’a pas prétendu que l’article 14, s’il n’outrepassait pas les limites du paragraphe 27(2) parce qu’il porte sur «des limites et les modalités» de l’application du paragraphe 11(1), était néanmoins invalide en raison de son caractère déraisonnable. Je suis d’avis que cet argument n’aurait pas tenu, si l’on s’en remet aux faits.

[158] Je dois également souligner dans le présent contexte que la législation provinciale en matière d’équité salariale n’aborde pas cette question de façon uniforme. Les lois de l’Ontario et de la Nouvelle-Écosse précisent expressément que la comparaison doit se faire avec la classe d’emplois des hommes les moins bien rémunérés, alors que, pour leur part, le Manitoba, le Nouveau-Brunswick et l’Île-du-Prince-Édouard exigent que les salaires soient rajustés au niveau du salaire moyen des hommes.

[159] Pour conclure, l’article 14 de l’Ordonnance est autorisé par le paragraphe 27(2) de la Loi et permet au tribunal de faire ce qu’il a fait en l’espèce: c’est-à-dire, traiter les groupes professionnels à prédominance



for the purpose of measuring any wage differences between male and female employees performing work of equal value. It was not a breach of the Act for the Tribunal to have adjusted up the wages of the complainant group to the weighted average wage line of the male comparators.

5. “Occupational Groups”

(a) The Attorney General’s position

[160] Counsel for the Attorney General identified the Tribunal’s failure to comply with section 15 of the *Equal Wages Guidelines, 1986* as the third fundamental flaw in its reasoning. She argued that this section requires that, where a complaint is made under section 11 of the Act by an “identifiable occupational group”, as happened here, any comparison of the value of work performed and wages paid must be to employees in other occupational groups. That is, the comparison must be to the occupational group as a whole, and not simply to employees who all happen to be in predominantly male occupational groups.

[161] The Tribunal’s methodology, she argued, did not take as the comparators of the employees in the complainant group employees in other occupational groups. The composite line of all employees in predominantly male occupational groups did not itself constitute an occupational group within the meaning of the Guidelines.

[162] Further, the segmented line could include fragments of occupational groups. This would occur when some employees of an occupational group were performing work that fell outside the value parameters of the complainant group, while others performed work that fell within them. The segmented line was thus not a comparison of occupational groups, but of employees who were performing work with a value that happened to fall within the range of values of that performed by members of the complainant group. This could not make them an “occupational group” for the

masculine comme un seul groupe pour mesurer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes. Le tribunal n’a pas contrevenu à la Loi en rajustant à la hausse les salaires du groupe plaignant jusqu’à la courbe du salaire moyen pondéré des groupes de comparaison à prédominance masculine.

5. «Groupes professionnels»

a) La position du procureur général

[160] L’avocate du procureur général a fait valoir que le non-respect, par le tribunal, de l’article 15 de l’*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale* constitue la troisième erreur fondamentale dans son raisonnement. Elle a soutenu que, par application de cet article, lorsqu’un «groupe professionnel identifiable» dépose une plainte en vertu de l’article 11 de la Loi, comme en l’espèce, la comparaison quant à l’équivalence des fonctions et aux salaires doit nécessairement se faire avec les employés appartenant à d’autres groupes professionnels. C’est-à-dire que la comparaison doit se faire avec le groupe professionnel en entier, et non simplement avec des employés qui appartiennent tous à des groupes professionnels à prédominance masculine.

[161] Selon elle, la méthode retenue par le tribunal n’a pas utilisé, comme éléments de comparaison avec les employés appartenant au groupe plaignant, les employés appartenant à d’autres groupes professionnels. La courbe composite de tous les employés des groupes professionnels à prédominance masculine ne constitue pas en soi un groupe professionnel au sens de l’Ordonnance.

[162] De plus, la courbe segmentée peut inclure des fragments des groupes professionnels. Cela peut se produire lorsque certains employés d’un groupe professionnel exécutent des fonctions qui se situent à l’extérieur des paramètres des valeurs du groupe plaignant, alors que d’autres exécutent des fonctions qui se situent à l’intérieur de ces paramètres. La courbe segmentée n’établit donc pas une comparaison avec des groupes professionnels, mais avec des employés qui exécutent des fonctions dont la valeur se retrouve dans la gamme de valeurs des fonctions

purpose of the Guidelines.

[163] Further, counsel submitted, subsection 15(2) of the Guidelines provides that, for the purpose of making a comparison of the wages received by employees in the complainant occupational group, and employees of the occupational group or groups to which employees of the complainant group have compared themselves, the wage curve or regression line of employees in the comparator group or groups shall be used. Clearly, it was argued, by using a segmented line based on data collected on a position-by-position basis, the Tribunal had not done this, and had thereby committed an error of law.

[164] “Occupational groups” must refer to employee categories designated by the employer for wage and other employment and management purposes on the basis of the nature of the work performed by those employees. In this case, as I have already noted, the employer-created occupational groups within the federal public service were also used as the basis of the bargaining units established when collective bargaining was introduced.

[165] Thus, when the Alliance filed its complaint with the Commission in 1991 it did so on behalf of the Clerical and Regulatory occupational group, and compared the wages of the employees in that group to those paid to employees in 53 predominantly male occupational groups.

(b) The position of the Alliance and the Commission

[166] Counsel for the Alliance and the Commission submitted that, in rejecting the Treasury Board’s interpretation of section 15, the Tribunal had not committed an error of law. They argued that to use employer-created occupational groups to measure wage differences would not further the purpose of

exécutées par les membres du groupe plaignant. Ces employés ne peuvent se transformer ainsi en un «groupe professionnel» pour l’application de l’Ordonnance.

[163] L’avocate a aussi fait valoir que, selon le paragraphe 15(2) de l’Ordonnance, pour établir une comparaison entre les salaires des employés appartenant au groupe professionnel plaignant et ceux des employés du groupe ou des groupes professionnels auxquels se sont comparés les employés du groupe professionnel, il faut utiliser la courbe des salaires ou la courbe de régression des employés appartenant au groupe ou aux groupes de comparaison. Elle a affirmé qu’il est clair que ce n’est pas ce que le tribunal a fait, en utilisant une courbe segmentée fondée sur les données recueillies sur des postes, pris individuellement, et qu’il a de ce fait commis une erreur de droit.

[164] L’expression «groupes professionnels» doit s’entendre de catégories d’employés désignées par l’employeur aux fins de la rémunération et à d’autres fins d’emploi et de gestion, selon la nature des fonctions exécutées par ces employés. En l’espèce, comme je l’ai déjà souligné, les groupes professionnels créés par l’employeur au sein de la fonction publique fédérale ont aussi servi de base aux unités de négociation établies au moment de l’instauration de la négociation collective.

[165] Ainsi, lorsque l’Alliance a déposé sa plainte devant la Commission en 1991, elle l’a fait au nom du groupe professionnel des Commis aux écritures et aux règlements, et elle a comparé les salaires des employés appartenant à ce groupe à ceux des employés de cinquante-trois groupes professionnels à prédominance masculine.

b) La position de l’Alliance et de la Commission

[166] Les avocats de l’Alliance et de la Commission ont soutenu que le tribunal n’a pas commis d’erreur de droit en rejetant l’interprétation de l’article 15 proposée par le Conseil du Trésor. Ils ont fait valoir que l’utilisation des groupes professionnels créés par l’employeur pour mesurer la disparité salariale ne

section 11 of the Act, namely, the elimination of differences in wages paid to male and female employees performing work of equal value as a result of systemic sex discrimination. Section 11 nowhere mentions “occupational groups” and they should therefore not be given the importance in the identification of wage differentials that was ascribed to them by the Treasury Board.

[167] Further, the occupational groups in the federal public service as designated unilaterally by the Treasury Board were quite unsuitable measuring units for pay equity purposes. For one thing, since they had been created more than 30 years ago there was a danger that they might be based on stereotypical assumptions about the relative values of work typically performed by men and women, and could thus be seen to be part of the problem of systemic wage discrimination, not part of the solution.

[168] In other respects, too, counsel submitted, the occupational groups were outmoded and were not even suited to perform the employment functions for which they were created. Thus, if by down-playing the significance of these occupational groups for wage comparison purposes the Tribunal’s methodology had the effect of disrupting “orderly salary-setting” within them, this was not necessarily to be regretted, because most such groups had long ago lost whatever coherence they at one time might have had as a basis for determining employee remuneration.

[169] For example, the definition of many occupational groups has not been amended in response to the changing nature of the work performed by employees assigned to them. Job descriptions often do not describe accurately the full range of duties actually performed by employees occupying particular positions within them. Some occupational groups, such as the Clerical and Regulatory complainant group, are very large and lump together employees performing very different tasks that involve work of widely varying values. Lastly, a significant minority of

servirait pas l’objet de l’article 11 de la Loi, savoir, l’élimination de la disparité entre les salaires des hommes et des femmes qui exécutent des fonctions équivalentes résultant d’une discrimination systémique fondée sur le sexe. L’article 11 ne fait nullement mention de «groupes professionnels»; il ne faut donc pas leur accorder l’importance que leur a attribuée le Conseil du Trésor aux fins de l’appréciation des écarts salariaux.

[167] En outre, les groupes professionnels de la fonction publique fédérale, désignés unilatéralement par le Conseil du Trésor, ne constituaient vraiment pas des unités de mesure convenables aux fins de l’équité salariale. D’abord, comme ils ont été créés il y a plus de trente ans, ils risquaient d’être fondés sur des prémisses stéréotypées quant à la valeur relative des fonctions typiquement exécutées par les hommes ou par les femmes et ils pouvaient de ce fait être considérés comme l’un des éléments du problème de la discrimination systémique, plutôt que de sa solution.

[168] Les avocats ont aussi prétendu que, sous d’autres aspects, les groupes professionnels étaient désuets et ne convenaient même plus aux fonctions relatives à l’emploi pour lesquelles ils ont été créés. Par conséquent, si la méthode retenue par le tribunal, en minimisant l’importance de ces groupes professionnels à des fins de comparaison des salaires, a eu pour effet de perturber la «fixation ordonnée des salaires» dans ces groupes, ce n’était pas nécessairement regrettable, car ces groupes avaient depuis longtemps perdu toute la cohérence qu’ils ont pu avoir autrefois comme fondement à la fixation de la rémunération des employés.

[169] Par exemple, la définition de nombreux groupes professionnels n’a pas été modifiée pour suivre la nature changeante des fonctions exécutées par les employés qui y sont affectés. Souvent, les descriptions de fonctions ne dressent pas un portrait exact de l’éventail complet des tâches effectivement accomplies par les employés qui occupent des postes particuliers au sein de ces groupes. Certains groupes professionnels, comme celui des Commis aux écritures et aux règlements, qui a déposé la plainte, sont très vastes et regroupent des employés qui accomplissent

employees are assigned to an inappropriate occupational group.

(c) Analysis

[170] I have not found the Tribunal's reasons on this issue easy to understand. The interpretation of section 15 of the Guidelines is considered in paragraphs 337-345 [pages D/467-D/468] of the Tribunal's reasons for decision.

[171] The Tribunal's discussion focusses almost exclusively on the fact that subsection 15(1) permits an indirect comparison of wages to be made in group complaints when a direct, job-to-job comparison is not possible, and that subsection 15(2) provides that the indirect comparison is to be made by means of the wage curve of the comparator occupational group.

[172] In paragraph 343 [page D/468] the Tribunal also says this:

We further find the words "occupational group" used in s. 15 of the *Guidelines* are intended in the same manner and for the same purpose as that which arises under s. 14 of the *Guidelines* and refers to groups designated by the application of s. 13 of the *Guidelines* as either female-dominated or male-dominated.

[173] The submissions of the Alliance and the Commission no doubt constitute a powerful case against the adoption of employer-designated occupational groups as the measuring units for comparing wage differences under section 11 of the Act. However, the question for me is whether, properly interpreted, the Guidelines prescribe that this is what must be done.

[174] Since the meaning of "occupational group" in the Guidelines is one of statutory interpretation I must determine on a standard of correctness whether the Tribunal erred in the conclusion that it reached. Further, because of the paucity of the Tribunal's reasons on this issue I have found little there by way of elucidation. However, since the Commission

des tâches très différentes faisant appel à l'exécution de fonctions dont la valeur varie grandement. Enfin, une minorité appréciable d'employés sont affectés à un groupe professionnel inopportun.

c) Analyse

[170] Les motifs du tribunal sur cet aspect ne m'ont pas paru très faciles à comprendre. Le tribunal traite de l'interprétation de l'article 15 de l'Ordonnance aux paragraphes 337 à 345 [pages D/467 et D/468] des motifs de sa décision.

[171] Les propos du tribunal sont axés presque exclusivement sur le fait que le paragraphe 15(1) permet une comparaison indirecte des salaires dans le contexte d'une plainte collective, lorsqu'une comparaison directe entre les postes n'est pas possible, et sur le fait que le paragraphe 15(2) prévoit que la comparaison indirecte doit être établie au moyen de la courbe des salaires du groupe professionnel de comparaison.

[172] Au paragraphe 343 [page D/468], le tribunal dit aussi:

En outre, nous estimons que l'expression «groupe professionnel» à l'art. 15 de l'*Ordonnance* s'interprète de la même façon et vise le même objet qu'à l'art. 14 de l'*Ordonnance*, et qu'il fait référence aux groupes visés par l'application de l'art. 13 de l'*Ordonnance*, à savoir des groupes composés majoritairement soit de femmes, soit d'hommes.

[173] Les prétentions de l'Alliance et de la Commission ont certainement beaucoup de poids à l'encontre de l'adoption de groupes professionnels désignés par l'employeur comme unités de mesure pour la comparaison des écarts salariaux en vertu de l'article 11 de la Loi. Toutefois, la question à laquelle j'estime devoir répondre est celle de savoir si l'Ordonnance, interprétée correctement, prévoit qu'il faut procéder ainsi.

[174] Étant donné que le sens de l'expression «groupe professionnel» figurant dans l'Ordonnance est une question d'interprétation des lois, je dois déterminer, selon la norme de la décision correcte, si le tribunal a commis une erreur en tirant la conclusion à laquelle il est parvenu. De plus, les motifs exprimés par le tribunal sur cette question, qui sont assez peu

promulgated the Guidelines, a responsibility entrusted to it by Parliament by virtue of its front-line experience with issues of discrimination, the submissions made on its behalf by counsel deserve particularly careful attention.

[175] The words “occupational group” recur throughout sections 12 to 15 of the Guidelines, sections that stipulate some aspects of the manner in which section 11 applies to complaints by groups. Although the words are not defined in the Guidelines, it is at least plausible to assume that they have the same meaning in each of these interlinked sections.

[176] It will be helpful at this point to recap some salient features of the statutory scheme and of the factual background to the present litigation. The Alliance’s complaint was made on behalf of an “identifiable occupational group” and compared the wages of employees in this group with the wages paid to employees in 53 other occupational groups in the federal public service. Both the complainant group and the comparator groups were occupational groups created by the employer.

[177] In accordance with sections 12 and 13 of the Guidelines a determination was then made that the complainant group was predominantly female, and that the 53 other occupational groups were predominantly male.

[178] The data available to the Commission, and subsequently to the Tribunal, about the wages paid to and the value of the work performed by employees in predominantly male occupational groups had been collected during the JUMI study. The data were representative of this population as a whole, because they were derived from questionnaires distributed to a random sample of employees selected by the positions that they occupied, and not by the occupational groups to which they belonged.

[179] Thus, the data enabled a statistically reliable picture to be constructed of the employer’s pay

étoffés, ne m’ont pas beaucoup éclairé. Cependant, comme l’Ordonnance émane de la Commission, conformément à la responsabilité que le Parlement lui a confiée en raison de son expérience de première ligne en matière de discrimination, les observations présentées en son nom méritent qu’on leur accorde une attention particulière.

[175] Les termes «groupe professionnel» reviennent à maintes reprises dans les articles 12 à 15 de l’Ordonnance, qui précisent certains aspects des modalités d’application de l’article 11 dans le contexte d’une plainte collective. Ces mots ne sont pas définis dans l’Ordonnance, mais il est à tout le moins plausible de tenir pour acquis qu’ils ont le même sens dans chacune des dispositions qui sont liées entre elles.

[176] Il est utile de récapituler maintenant certains des points saillants du régime législatif et du contexte factuel dans lequel se situe la présente instance. L’Alliance a déposé la plainte au nom d’un «groupe professionnel identifiable» et comparé les salaires des employés appartenant à ce groupe aux salaires versés aux employés de cinquante-trois autres groupes professionnels de la fonction publique. Le groupe plaignant et les groupes de comparaison étaient tous des groupes professionnels créés par l’employeur.

[177] Il a été établi, conformément aux articles 12 et 13 de l’Ordonnance, que le groupe plaignant était à prédominance féminine et que les cinquante-trois autres groupes professionnels étaient à prédominance masculine.

[178] Les données auxquelles la Commission, puis le tribunal, ont eu accès relativement aux salaires des employés des groupes professionnels à prédominance masculine et à la valeur des fonctions qu’ils exécutent ont été recueillies dans le cadre de l’étude sur la parité salariale. Ces données sont représentatives de l’ensemble de cette population, parce qu’elles ont été tirées de questionnaires distribués à un échantillon aléatoire d’employés sélectionnés en fonction du poste qu’ils occupaient et non du groupe professionnel auquel ils appartenaient.

[179] Par conséquent, ces données ont permis de dresser un tableau statistique fidèle des pratiques

practices, or the relationship of wages to the value of work, for the totality of the employees working in predominantly male occupational groups. They did not, however, necessarily provide statistically reliable information about wages and work values for each occupational group or, consequently, for the 53 occupational groups cumulatively.

[180] Counsel for the Alliance and the Commission did not suggest a meaning that the words “occupational groups” bore in the Guidelines, other than occupational groups created by an employer. Rather, their position was that, because these groups were unsuitable for determining pay equity complaints, the Guidelines should be interpreted in a way that minimizes the role of occupational groups in the exercise. In particular, it was urged, occupational groups ceased to be legally relevant after they had been used to determine whether a complainant group was predominantly male or predominantly female in its composition and, if it was, to ensure that any comparator groups were predominantly of the other sex.

[181] Counsel for the Attorney General submitted that this was too narrow a view of the roles assigned by the Guidelines to occupational groups when complaints are made by groups. Thus, section 14 provides that, when a comparison is made with the work and wages of “other occupational groups, those other groups are deemed to be one group.” [Underlining added.]

[182] In addition, subsection 15(1) states that “[w]here a complaint alleging a difference in wages between an occupational group and any other occupational group is filed” and a direct comparison cannot be made between the value of the work performed and the wages “received by employees of the occupational groups”, an indirect comparison may be made of the work and wages “of each occupational group”. [Underlining added.]

salariales de l’employeur, ou du rapport entre le salaire et la valeur des fonctions, pour la totalité des employés travaillant dans les groupes professionnels à prédominance masculine. Elles n’ont toutefois pas nécessairement fourni de renseignements statistiques fiables sur les salaires et la valeur des fonctions de chaque groupe professionnel ni, par conséquent, des cinquante-trois groupes professionnels cumulativement.

[180] Les avocats de l’Alliance et de la Commission n’ont pas proposé d’interpréter l’expression «groupe professionnel» figurant dans l’Ordonnance autrement que comme s’entendant des groupes professionnels créés par l’employeur. Leurs arguments laissent plutôt entendre que, parce que ces groupes ne convenaient pas au règlement des plaintes en matière d’équité salariale, il fallait interpréter l’Ordonnance de façon à faire jouer le rôle le plus négligeable possible aux groupes professionnels dans cet exercice. Ils ont plaidé, plus particulièrement, que les groupes professionnels perdent toute pertinence, sur le plan juridique, après avoir été utilisés pour déterminer si un groupe est à prédominance féminine ou masculine et pour s’assurer que les groupes retenus pour la comparaison sont composés majoritairement de personnes du sexe opposé.

[181] L’avocate du procureur général a fait valoir que cette façon de concevoir le rôle attribué aux groupes professionnels par l’Ordonnance était trop restrictive dans le cadre de plaintes collectives. Ainsi, l’article 14 prévoit que, lorsqu’une comparaison est établie avec les salaires et les fonctions exécutées par plusieurs «autres groupes professionnels, ceux-ci sont considérés comme un seul groupe.» [Soulignements ajoutés.]

[182] De plus, le paragraphe 15(1) dispose que «lorsque la plainte déposée dénonce une situation de disparité salariale entre un groupe professionnel et un autre groupe professionnel», et qu’une comparaison directe de «ces deux groupes» [soulignements ajoutés] ne peut être faite quant à l’équivalence des fonctions et aux salaires des employés, une comparaison indirecte de ces éléments peut être faite.

[183] Most telling of all, perhaps, subsection 15(2) provides that, when an indirect comparison is made, “the wage curve of the other occupational group shall be used to establish the difference in wages, if any” between employees in the complainant “occupational group” and “the other occupational group”. [Underlining added.]

[184] Thus, counsel concluded, the Guidelines clearly contemplate that, for the purpose of determining under section 11 whether a wage difference exists, and if it does its size, the Tribunal must make its comparison between the complainant group and employees in occupational groups that are predominantly of the other sex. In order to perform this exercise the Tribunal must have data that enable it to compare on the basis of occupational groups. The data available to the Tribunal in this case did not enable it to make this kind of comparison.

[185] Despite what counsel for the Attorney General submitted was the “plain meaning” of these provisions, if the Guidelines are interpreted in light of the Tribunal’s interpretation of section 11 of the Act, which I have upheld, it is difficult to see what purpose would be served by a requirement in the Guidelines that the comparison be made on the basis of occupational group, as opposed to one based on the employees of predominantly male occupational groups, sampled by position and not differentiated by occupational group.

[186] In any event, given the large number of predominantly male occupational groups involved here, it is unlikely that the regression line drawn to summarize the wages and value of work data of the employees sampled by occupational group, melded into a composite line pursuant to section 14 of the Guidelines and trimmed to a segment, would differ much from the line produced from data derived from a random sample of the employees by position.

[183] L’élément peut-être le plus révélateur est que le paragraphe 15(2) prévoit que, lorsqu’une comparaison indirecte est faite, «la courbe des salaires du groupe professionnel mentionné en second lieu doit être utilisée pour établir l’écart, s’il y a lieu» entre les employés du «groupe professionnel» plaignant et «l’autre groupe professionnel.» [Soulignements ajoutés.]

[184] Par conséquent, l’avocate a conclu que l’Ordonnance prévoit clairement que, pour établir s’il existe une disparité salariale au sens de l’article 11 et, le cas échéant, en déterminer l’ampleur, le tribunal doit établir une comparaison entre le groupe plaignant et les employés appartenant aux groupes professionnels dont la majorité des membres sont de l’autre sexe. Pour mener à bien cet exercice, le tribunal doit disposer de données qui lui permettent de comparer des groupes professionnels. Les données auxquelles le tribunal a eu accès en l’espèce ne lui permettaient pas d’établir ce type de comparaison.

[185] Bien que l’interprétation proposée par l’avocate du procureur général corresponde au «sens ordinaire» de ces dispositions, si l’Ordonnance est interprétée à la lumière de l’interprétation attribuée par le tribunal à l’article 11 de la Loi, à laquelle j’ai souscrit, il est difficile de voir quel objectif l’Ordonnance favoriserait en exigeant que la comparaison soit effectuée au niveau du groupe professionnel, plutôt qu’au niveau des employés appartenant aux groupes professionnels à prédominance masculine, échantillonnés selon leur poste, sans distinction quant à leur groupe professionnel.

[186] Quoi qu’il en soit, compte tenu du grand nombre de groupes professionnels à prédominance masculine en cause, il est peu probable que la courbe de régression tracée pour résumer les données quant aux salaires et à la valeur des fonctions des employés échantillonnés selon leur groupe professionnel, fondue en une courbe composite conformément à l’article 14 de l’Ordonnance et tronquée pour former un segment, diffère beaucoup de la courbe produite à partir des données tirées d’un échantillon aléatoire des employés sélectionnés selon leur poste.

[187] Accordingly, in my opinion the references to “occupational groups” in the sections of the Guidelines simply refer to the groups identified under sections 12 and 13 as predominantly male or predominantly female. Interpreted both in the context of section 11 properly understood, and of the dangers inherent in assigning to employer-designated occupational groups any broader significance in the pay equity exercise, I cannot conclude that section 15 mandates that comparisons be based on employees in predominantly male occupational groups, sampled by group.

[188] In the event that I am wrong on this point, and the Tribunal did commit an error of law because section 15 of the Guidelines requires the Tribunal to base its conclusion on the wage curve of the predominantly male occupational groups, the error would not warrant the quashing of the Tribunal’s decision. I discuss this issue later under the heading, “G. REMEDIAL DISCRETION”.

#### 6. Wage Ratcheting

[189] An argument advanced before the Tribunal by the Treasury Board, and repeated in this proceeding by counsel for the Attorney General, was that the methodology proposed by the Commission, and eventually adopted by the Tribunal, would inevitably lead to the ratcheting of wages. The result would be that one pay equity adjustment would inevitably lead to another, and that to yet another, and so on, until all employees were eventually paid wages equal to those of the most highly paid employees performing work of equal value, regardless of sex.

[190] This would occur because the Tribunal’s methodology requires the wages of the female occupational group to be moved up to the regression line representing the average wages paid to employees in predominantly male occupational groups. By definition, there will be male employees whose wages are below the male average, and consequently below the wages paid to females following a section 11 wage adjustment.

[187] En conséquence, je crois que la mention des «groupes professionnels» dans l’Ordonnance renvoie simplement aux groupes identifiés en vertu des articles 12 et 13 comme des groupes à prédominance masculine ou féminine. Je ne puis conclure que l’article 15, si on l’interprète dans le contexte de l’article 11, compris correctement, et des risques inhérents à l’attribution d’une importance accrue aux groupes désignés par l’employeur aux fins de l’équité salariale, exige que les comparaisons portent sur les employés des groupes professionnels à prédominance masculine, échantillonnés selon leur groupe.

[188] Si je fais erreur sur ce point, et si le tribunal avait commis une erreur de droit parce que l’article 15 de l’Ordonnance l’oblige à se fonder sur la courbe des salaires des groupes professionnels à prédominance masculine, cette erreur ne justifierait pas l’annulation de la décision du tribunal. Je traite de cette question plus loin, sous la rubrique «G. RÉPARATION À CARACTÈRE DISCRÉTIONNAIRE».

#### 6. L’effet de cliquet

[189] Un argument plaidé devant le tribunal par le Conseil du Trésor, et repris dans la présente instance par l’avocate du procureur général, portait que la méthode proposée par la Commission, et plus tard adoptée par le tribunal, produirait inévitablement un effet de cliquet sur les salaires. Il en résulterait qu’un rajustement aux fins de l’équité salariale entraînerait inévitablement un autre, et ce dernier un autre encore, et ainsi de suite, jusqu’à ce que tous les employés reçoivent un jour le même salaire que les employés les mieux rémunérés parmi ceux qui exécutent des fonctions équivalentes, sans égard au sexe.

[190] Cela se produirait parce que la méthode retenue par le tribunal exige que les salaires des groupes professionnels à prédominance féminine soient rehaussés au niveau de la courbe de régression représentant la moyenne des salaires versés aux employés des groupes professionnels à prédominance masculine. Par définition, il se trouvera des employés masculins dont les salaires seront inférieurs à la moyenne masculine et, partant, inférieurs aux salaires versés aux femmes à la suite du rajustement effectué en vertu de l’article 11.



[191] Section 11 may be invoked by male and female employees alike. Accordingly, males whose wages are below the male average and now, therefore, following a section 11 wage adjustment, below those of females performing work of equal value, may complain that there is a wage difference between male and female employees performing work of equal value.

[192] Moving up these males to the average male wage line would, of course, cause the male average wage line to rise. This would set up a difference in the wages paid to male and female employees performing work of equal value because the wages paid to females would now be below the new male average. This would support another complaint by females and result in an adjustment of their wages up to the new male average. The males below the newly-adjusted female wage would then make a further section 11 complaint and their wages would be adjusted to the new male average. The process would end only when all employees, regardless of sex, were paid the same top rate for work of equal value.

[193] Counsel for the Attorney General submitted that this issue was specifically addressed in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879 (*SEPQA*), where Sopinka J. endorsed a particular interpretation of section 11 because it would avoid wage ratcheting which, he said (at page 888), was contrary to the purpose of the Act because:

. . . s. 11 would not be a guarantee of equal pay between sexes, but a guarantee of equal pay for work of equal value irrespective of sex.

[194] Counsel submitted that ratcheting could not occur under the methodology proposed by the government for eliminating wage differences between men

[191] Tous les employés, qu'ils soient de sexe masculin ou féminin, peuvent se prévaloir de l'article 11. Par conséquent, les hommes dont les salaires sont inférieurs à la moyenne masculine et, à la suite d'un rajustement effectué en vertu de l'article 11, inférieurs à ceux des femmes qui exécutent des fonctions équivalentes, peuvent déposer une plainte alléguant qu'il existe une disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes.

[192] L'augmentation du salaire de ces hommes au niveau de la courbe du salaire moyen des hommes entraînerait évidemment une élévation de cette courbe. Apparaîtrait alors un écart salarial entre les salaires versés aux hommes et aux femmes qui exécutent des fonctions équivalentes, puisque les salaires versés aux femmes seraient désormais inférieurs à la nouvelle moyenne masculine. Cet écart donnerait lieu à une nouvelle plainte de la part des femmes et mènerait à un nouveau rajustement à la hausse de leurs salaires au niveau de la nouvelle moyenne masculine. Les hommes dont le salaire serait inférieur au nouveau salaire rajusté des femmes déposeraient à leur tour une plainte en vertu de l'article 11 et leurs salaires seraient rajustés en fonction de la nouvelle moyenne masculine. Ce processus ne prendrait fin que lorsque tous les employés, peu importe leur sexe, recevraient la même rémunération maximale pour exécuter des fonctions équivalentes.

[193] L'avocate du procureur général a affirmé que cette question était expressément réglée par l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879 (l'arrêt *SEPQA*), dans lequel le juge Sopinka a adhéré à une interprétation particulière de l'article 11 permettant d'éviter l'effet de cliquet sur les salaires, qu'il estimait contraire à l'objet de la Loi parce que (à la page 888):

[. . .] l'art. 11 garantirait non pas la parité salariale entre les sexes, mais le paiement d'un salaire égal pour des fonctions équivalentes indépendamment du sexe des employés.

[194] L'avocate a fait valoir que l'effet de cliquet ne pourrait pas se produire avec la méthode proposée par le gouvernement pour éliminer la disparité salariale

and women because the wages of a predominantly female complainant occupational group would only be raised to the level of the lowest paid predominantly male occupational group performing work of equal value.

[195] The Tribunal rejected this argument and stated at paragraph 393 [page D/491]:

The rationale behind a wage adjustment methodology in the complaints before the Tribunal is the establishment of a male wage curve to capture the male wage policy of the employer. This cannot, in our view, give rise to a claim by males of a discriminatory practice. Ratcheting, in this instance, does not capture the essence of what pay equity is designed to achieve and in that sense is not compatible with the purpose of s. 11.

[196] In my opinion this is eminently good sense. However, it cannot be determinative of the issue before me that ratcheting appears not to have been a problem in the context of other pay equity legislation where a methodology has been used for measuring differences similar to that employed by the Tribunal. Such statutes typically permit only predominantly female groups to complain.

[197] Nor, with respect, is it sufficient for counsel for the Commission to assert that it would not accept a section 11 complaint by male employees when the difference in wages alleged between males and females resulted from a previous section 11 adjustment following a complaint by females.

[198] The relevant question is whether a claim by male employees in the hypothetical under consideration here would amount to an allegation that the employer was establishing or maintaining a difference in wages paid to male and female employees performing work of equal value contrary to section 11 as properly interpreted.

entre les hommes et les femmes, parce que les salaires du groupe professionnel plaignant à prédominance féminine ne seraient rehaussés que jusqu'au niveau du groupe professionnel à prédominance masculine exécutant des fonctions équivalentes le moins bien rémunéré.

[195] Le tribunal a rejeté cet argument et il a dit, au paragraphe 393 [page D/491]:

L'objet d'une méthode de rajustement salarial dans le cadre de l'examen des plaintes à l'étude par le Tribunal c'est d'établir une courbe des salaires des hommes afin de cerner la politique salariale pratiquée par l'employeur à l'égard des hommes. À notre avis, cette démarche ne peut se traduire par le dépôt d'une plainte par des hommes alléguant qu'ils ont fait l'objet d'une pratique discriminatoire. En l'instance, l'effet de cliquet ne cadre pas avec les objectifs fondamentaux de l'équité salariale et, pour cette raison, il n'est pas compatible avec l'objet de l'art. 11.

[196] À mon avis, cette conclusion est éminemment sensée. Toutefois, elle ne peut être déterminante quant à la question qui m'est soumise, portant que l'effet de cliquet paraît ne pas avoir causé de problème dans le contexte des autres lois en matière d'équité salariale lorsqu'une méthode semblable à celle retenue par le tribunal a été utilisée pour mesurer les écarts salariaux. De telles lois ne permettent habituellement qu'aux groupes à prédominance féminine de déposer une plainte.

[197] Avec égards, il ne suffit pas non plus à l'avocate de la Commission d'affirmer que la Commission n'accepterait pas une plainte déposée par des hommes dans le cas où la disparité salariale alléguée entre les hommes et les femmes résulterait d'un rajustement effectué précédemment en vertu de l'article 11 à la suite d'une plainte déposée par des femmes.

[198] La question qui est pertinente est celle de savoir si une plainte déposée par des hommes dans cette situation hypothétique alléguerait, en somme, que l'employeur instaure ou pratique la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes et contreviendrait de ce fait à l'article 11, interprété correctement.

[199] In my opinion it would not. While section 11 certainly does not preclude complaints by male employees that they are paid less than female employees performing work of equal value, no interpretation of section 11 can ignore the fact that the mischief at which it is principally aimed is the existence of a wage gap that disadvantages women, as a result of gendered segregation in employment and the systemic undervaluation of the work typically performed by women.

[200] Moreover, section 14 of the Guidelines is an enactment of the Commission's view that the principle of equal pay for work of equal value does not require the adjustment of female wages up to the level of the highest paid males performing work of equal value. It is sufficient if female wages do not fall below the average of those received by male employees.

[201] Accordingly, a complaint by some of the male employees that they are paid less than females whose wages have been adjusted up to the average male wage pursuant to section 11, and that they are thus the victims of a difference in wages contrary to section 11, could not be upheld consistently with the statutory scheme. A literal interpretation of the words of section 11 must yield to an interpretation that is informed by the statutory context in which they appear.

[202] When the wages paid to female employees are adjusted upwards pursuant to a section 11 complaint, and in accordance with the methodology used by the Tribunal in this case, any wage difference thereby created between the wages of females and the wages of males whose wages are below the average could appropriately be regarded as statutorily authorized. It is accordingly not a difference that the employer has established or maintained within the meaning of subsection 11(1).

[203] It could also be said that, when a section 11 wage adjustment is made in response to a group complaint, any sex-based wage lines disappear. The result is to produce a single line for all groups regard-

[199] J'estime que ce ne serait pas le cas. Certes, l'article 11 n'exclut pas les plaintes déposées par des hommes alléguant qu'ils reçoivent un salaire moindre que les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes, mais aucune interprétation de l'article 11 ne peut faire abstraction du fait qu'il vise principalement à remédier au problème de l'écart salarial défavorable aux femmes résultant de la ségrégation des emplois fondée sur le sexe et de la sous-évaluation systémique des tâches habituellement exécutées par des femmes.

[200] De plus, l'article 14 de l'Ordonnance exprime, dans une disposition législative, l'opinion de la Commission que le principe de l'égalité de rémunération pour fonctions équivalentes n'exige pas que les salaires des femmes soient rajustés à la hausse jusqu'au niveau des hommes les mieux rémunérés qui exécutent des fonctions équivalentes. Il suffit que les salaires des femmes ne soient pas inférieurs au salaire moyen des hommes.

[201] Par conséquent, une plainte déposée par des hommes, alléguant qu'ils reçoivent un salaire moindre que les femmes dont les salaires ont été rajustés au niveau du salaire moyen des hommes par application de l'article 11, et qu'ils sont donc victimes d'une disparité salariale interdite par l'article 11, ne pourrait être accueillie si l'on entend respecter l'esprit de la loi. Une interprétation littérale des termes de l'article 11 doit céder le pas à une interprétation qui tient compte du contexte législatif dans lequel ils figurent.

[202] Lorsque les salaires des femmes sont rajustés à la hausse à la suite d'une plainte déposée en vertu de l'article 11, conformément à la méthode utilisée par le tribunal en l'espèce, tout écart salarial en résultant entre les salaires des femmes et ceux des hommes dont le salaire se situe en-dessous de la moyenne pourrait à juste titre être considéré comme autorisé par la loi. Il ne s'agirait donc pas d'une disparité que l'employeur instaure ou pratique au sens du paragraphe 11(1).

[203] On pourrait aussi dire que, lorsqu'un rajustement des salaires est effectué en vertu de l'article 11 à la suite d'une plainte collective, toute courbe salariale fondée sur le sexe disparaît. Il en résulte une

less of whether they are predominantly male or predominantly female. In such a situation, when a systemic remedy has been fashioned there is no room for an individual complaint under section 11.

[204] Nor is this conclusion inconsistent with *SEPQA*, *supra*, where the facts were very different from those before me, and the principal issue concerned the procedural obligations of the Commission and whether its decisions were reviewable under section 18 or section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] prior to its amendment in 1993.

[205] Further, it would seem that, in the passage where the sentence quoted above appears, Sopinka J. was merely explaining, without necessarily adopting, the manner in which the Commission had avoided ratcheting. The interpretation of section 11 that I have adopted also avoids ratcheting, although not in the manner apparently referred to in *SEPQA*, *supra*.

#### F. RECALCULATION

[206] It was common ground at the hearing of the application for judicial review that, if the data collected in the JUMI study revealed that a wage gap existed in 1987 in contravention of section 11 of the Act, any monetary award made to close that gap should be retroactive from the date of the Tribunal's decision, July 29, 1998, to March 1985 when the JUMI study was announced and the respondent agreed to hold in abeyance existing and potential pay equity complaints made to the Commission. The parties disagreed, however, about how the amounts payable in each of those years, other than 1987, should be calculated.

[207] The Tribunal adopted the methodology proposed by the Commission and the Alliance. This involves a recalculation of the wage gap for each year

courbe unique pour tous les groupes, indépendamment de la question de savoir s'ils sont à prédominance masculine ou féminine. En pareil cas, lorsqu'une solution systémique a été conçue, une plainte individuelle fondée sur l'article 11 n'a pas sa place.

[204] Cette conclusion n'est pas non plus incompatible avec l'arrêt prononcé dans l'affaire *SEPQA*, précitée, portant sur des faits très différents de ceux qui me sont soumis, et dans laquelle la question principale en litige touchait les obligations procédurales de la Commission et la possibilité d'en contester les décisions par voie de contrôle judiciaire en vertu des articles 18 ou 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10] avant les modifications apportées en 1993.

[205] En outre, il semble que, dans le passage où figure la phrase déjà citée, le juge Sopinka ait simplement expliqué, sans nécessairement l'adopter, la façon dont la Commission avait évité l'effet de cliquet. L'interprétation de l'article 11 que j'ai retenue évite aussi l'effet de cliquet, même si ce n'est apparemment pas de la façon décrite dans l'arrêt *SEPQA*, précité.

#### F. NOUVEAU CALCUL

[206] Lors de l'audition de la demande de contrôle judiciaire, tous reconnaissaient que, si les données recueillies dans le cadre de l'étude sur la parité salariale révélaient l'existence, en 1987, d'un écart salarial contraire à l'article 11 de la Loi, toute réparation pécuniaire accordée pour combler cet écart devait s'appliquer rétroactivement entre la date de la décision du tribunal, soit le 29 juillet 1998, et le mois de mars 1985 où l'étude sur la parité salariale a été annoncée et où la défenderesse a accepté de laisser en suspens toutes les plaintes existantes et éventuelles en matière d'équité salariale soumises à la Commission. Les parties ne s'entendaient toutefois pas sur la question de savoir comment les montants payables au cours de chacune de ces années, autres que 1987, devaient être calculés.

[207] Le tribunal a retenu la méthode proposée par la Commission et l'Alliance. Cette méthode veut que l'écart salarial soit calculé de nouveau annuellement

by taking into account salary increases paid not only to members of the complainant group, but also to employees in the predominantly male occupational groups included in the segmented line. Thus, the wage gap would increase if the salaries of the comparator employees rose faster than those of the complainants, and shrink if the complainants' pay increases were larger.

[208] The Attorney General seemed not to object in principle to this method of calculation, but counsel argued that it could not lawfully be used on the facts of this case. This is because it assumes that the value of the work performed by those whose wages are being compared remained constant throughout the period of retroactivity. However, evidence was given by Mr. Willis that, as a result of the changing nature of work, the values of work performed over, for example, a 10-year period typically would not remain constant. Thus, the further one moves from 1987, the year to which the JUMI study data related, the less reliable the data would be for determining the value of the work performed by employees in the complainant and comparator occupational groups.

[209] Hence, to measure the wage gap in any given year by reference to, say, 1995 salary levels and 1987 values of the work performed would not be in accordance with section 11 of the Act because the measurement made of the wage gap would not have taken into consideration changes likely to have occurred in the value of the work performed. Accordingly, the wage difference measured by the Tribunal's method of calculation might not constitute a difference in wages between male and female employees performing work of equal value. Any wage differential in these years could thus not be attributed to gender.

[210] Counsel therefore submitted that the wage gap should be calculated once and for all in 1987, and increased by any percentage increase in the salaries

en tenant compte des augmentations de salaire versées non seulement aux membres du groupe plaignant, mais aussi aux employés appartenant aux groupes professionnels à prédominance masculine inclus dans la courbe segmentée. Par conséquent, l'écart salarial devrait augmenter si les salaires des membres des groupes de comparaison ont augmenté plus rapidement que ceux des plaignants et diminuer si les augmentations de salaire des plaignants ont été supérieures.

[208] Le procureur général ne semble pas s'être opposé en principe à cette méthode de calcul, mais son avocate a soutenu qu'elle ne pouvait pas être utilisée légalement en l'espèce compte tenu des faits en cause. Et ce, parce qu'elle tient pour acquis que la valeur des fonctions exécutées par les personnes dont les salaires sont comparés est demeurée constante pendant toute la période de rétroactivité. Or, dans son témoignage, M. Willis a expliqué que, en raison de la nature changeante des fonctions, la valeur des fonctions exécutées au cours d'une période de dix ans, par exemple, ne devrait habituellement pas demeurer constante. Par conséquent, plus on s'éloigne de 1987, l'année sur laquelle porte l'étude sur la parité salariale, moins on peut se fier aux données pour déterminer la valeur des fonctions exécutées par les employés appartenant au groupe plaignant et aux groupes professionnels de comparaison.

[209] Ainsi, il serait contraire à l'article 11 de la Loi de mesurer l'écart salarial au cours d'une année donnée par référence, par exemple, au niveau des salaires pour l'année 1995 et à la valeur des fonctions exécutées pour l'année 1987, parce que la mesure de l'écart salarial ne tiendrait pas compte des changements qui sont probablement survenus quant à la valeur des fonctions exécutées. Par conséquent, il se peut que l'écart salarial mesuré au moyen de la méthode de calcul retenue par le tribunal ne constitue pas une disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes. Toute disparité salariale pour ces années pourrait donc ne pas être imputée au sexe.

[210] L'avocate a donc fait valoir qu'il faut calculer l'écart salarial une fois pour toutes en 1987, et le majorer du pourcentage de l'augmentation de salaire

paid to members of the complainant group. Thus, on the Treasury Board's formula, if a 2 per cent increase were awarded to members of a complainant group in 1988 as a result of collective bargaining, the sum payable for that year would be the 1987 wage gap plus 2 per cent, regardless of what happened to the salaries of the comparators from the predominantly male occupational groups.

[211] The weakness of this proposal, of course, is that it does not purport to do what the Act requires, which is to measure differences in wages between male and female employees performing work of equal value.

[212] It was conceded that, while wage rate data were available, it would be impossible to determine the actual value of the work performed by members of the complainant and comparator groups in the years after 1987. The absence of relevant data undoubtedly created a serious practical problem for the Tribunal. However, the Tribunal had to do the best that it could with the data that it had to implement the provisions of section 11, interpreted in a broad and liberal manner.

[213] In my opinion, it was open to the Tribunal in these circumstances to adopt the annual recalculation method for determining the wage gap in each of the years covered by the retroactive award period. In reaching this conclusion I have also taken into account the fact that the Treasury Board's proposed method of calculating the wage gap proceeds on the equally unlikely assumption that the wage gap remained constant during that period.

[214] In support of the method chosen by the Tribunal it may be pointed out that the Treasury Board itself had agreed to the adoption of the annual recalculation method in some pay equity settlements that it had made with the Alliance. In addition, when the Treasury Board made a unilateral pay equity award in 1990 it also calculated wage gaps by the annual recalculation method subsequently adopted by

accordée aux membres du groupe plaignant. Par conséquent, selon la formule proposée par le Conseil du Trésor, si les membres du groupe plaignant ont obtenu une augmentation de salaire de 2 p. 100 en 1988 à la suite de négociations collectives, la somme payable pour l'année 1988 correspondrait à la somme payable pour l'année 1987, majorée de 2 p. 100, sans égard à ce qui est advenu des salaires des membres des groupes professionnels de comparaison à prédominance masculine.

[211] La faiblesse de cette proposition tient, bien sûr, au fait qu'elle ne mène pas au résultat visé par la Loi, c'est-à-dire mesurer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes.

[212] Il a été admis que, malgré l'existence de données accessibles sur les taux de rémunération, il serait impossible de déterminer la valeur réelle des fonctions exécutées par les membres du groupe plaignant et des groupes de comparaison au cours des années postérieures à 1987. L'absence de données pertinentes crée sans aucun doute un grave problème pratique au tribunal. Toutefois, le tribunal était tenu de faire de son mieux à l'aide des données dont il disposait pour mettre en œuvre les dispositions de l'article 11, interprété de façon large et libérale.

[213] À mon avis, le tribunal pouvait, dans ces circonstances, adopter la méthode du nouveau calcul annuel afin de déterminer l'écart salarial pour chacune des années de la période de rétroactivité. J'ai tiré cette conclusion en prenant aussi en compte le fait que la méthode proposée par le Conseil du Trésor pour le calcul de l'écart salarial s'appuie sur la prémisse tout aussi improbable que l'écart salarial est demeuré constant au cours de cette période.

[214] À l'appui de la méthode retenue par le tribunal, on peut aussi souligner que le Conseil du Trésor lui-même avait accepté de retenir la méthode du nouveau calcul annuel dans certaines transactions conclues avec l'Alliance en matière d'équité salariale. De plus, lorsque le Conseil du Trésor a accordé unilatéralement un montant au titre de l'équité salariale en 1990, il a aussi calculé les écarts salariaux au

the Tribunal in this case.

[215] Indirect support for the Tribunal can also be found in *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Department of National Defence)*, [1996] 3 F.C. 789 (C.A.), where Hugessen J.A. stated that it was consistent with the principles of human rights legislation to presume that, once a wage gap was shown to exist, it had also existed prior to the period studied. Consequently, once the Alliance had demonstrated that, on the basis of 1987 data, a wage differential of a particular size existed, the employer bore the burden of showing that changes had occurred in the value of the work performed or wages paid that would have altered the size of the wage gap for the purpose of section 11.

[216] The evidence of Mr. Willis that changes in the type of work performed over a period of more than 10 years were likely to have diminished the reliability of the 1987 data as it related to the value of the work performed by the employees being compared is in my opinion insufficient to discharge the Treasury Board's burden of proof and thereby to render the Tribunal's decision an unreasonable way of implementing the broad purposes of section 11. There was no evidence whether any such changes had in fact occurred and, if they had, whether they widened or narrowed the wage differential.

[217] The following observation of Hugessen J.A. (at page 815) is equally apposite to the position in which the Tribunal found itself in this case:

. . . once it is known that a plaintiff has suffered damage, a court cannot refuse to make an award simply because the proof of the precise amount thereof is difficult or impossible. The judge must do the best he can with what he has. [Emphasis added.]

[218] In summary, in light of the imperfect information available to it, including an absence of any

moyen de la méthode du nouveau calcul annuel que le tribunal a retenue plus tard en l'espèce.

[215] L'arrêt *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, [1996] 3 C.F. 789 (C.A.), appuie aussi indirectement la décision du tribunal. Dans cette affaire, le juge Hugessen de la Cour d'appel a dit qu'il était compatible avec les principes édictés par la législation en matière de droits de la personne de présumer qu'une fois établie l'existence d'un écart salarial, cet écart existait aussi avant le début de la période à l'étude. En conséquence, après que l'Alliance a établi, à partir de données pour l'année 1987, l'existence d'une disparité salariale d'une certaine ampleur, il incombait à l'employeur de démontrer que la valeur des fonctions exécutées ou les salaires avaient changé et que ces changements avaient modifié l'ampleur de l'écart salarial pour l'application de l'article 11.

[216] À mon avis, la preuve offerte par M. Willis, selon laquelle il est vraisemblable que des changements sont survenus dans le type de fonctions exécutées au cours d'une période de dix ans et ont rendu les données pour 1987 moins fiables en ce qui concerne la valeur des fonctions exécutées par les employés comparés, ne suffit pour décharger le Conseil du Trésor de son fardeau de preuve et ne fait donc pas de la décision du tribunal un moyen déraisonnable de mettre en œuvre les objectifs généraux de l'article 11 de la Loi. Aucune preuve n'a été produite quant à savoir si de tels changements sont effectivement survenus et, le cas échéant, s'ils ont élargi ou rétréci l'écart salarial.

[217] La remarque suivante formulée par le juge Hugessen de la Cour d'appel (à la page 815) est tout aussi pertinente quant à la situation dans laquelle se trouvait le tribunal en l'espèce:

[. . .] la Cour, sachant que la partie demanderesse a subi des dommages, ne peut refuser d'accorder réparation uniquement parce que le montant précis des dommages est difficile ou impossible à établir. Le juge doit faire de son mieux à l'aide des éléments dont il dispose. [Non souligné dans l'original.]

[218] En résumé, compte tenu de l'information incomplète dont il disposait, et notamment du fait que

evidence adduced by the Treasury Board that changes in the value of work performed by the employees in question had in fact occurred, I cannot characterize as unreasonable the methodology adopted by the Tribunal, especially since the Treasury Board's alternative came no closer to a faithful implementation of section 11.

[219] For these reasons, it is my opinion that the Tribunal committed no error of law in adopting the annual recalculation method for determining the size of the wage gap in the period 1985 to 1998.

### G. REMEDIAL DISCRETION

[220] If, contrary to the view that I expressed earlier, the Tribunal did err in law by failing to compare the wages paid and the value of the work performed by employees in the complainant occupational group with those of predominantly male occupational groups in the manner directed by the Guidelines, it does not necessarily follow that the Tribunal's decision must be set aside.

[221] On an application for judicial review it is within the Court's discretion to grant or to refuse the relief sought by an applicant, even when a reviewable error has been committed by the administrative decision-maker. There are a number of grounds on which a remedy may be withheld in the exercise of the Court's discretion, some of which are potentially relevant here.

[222] Thus, misconduct by the applicant may warrant the refusal of relief. Counsel for the Alliance strenuously argued that this was the case here.

[223] In particular, he relied on the fact that, during the JUMI study the Treasury Board had proceeded on the assumption that the male comparator line would be constituted as a composite of all employees in predominantly male occupational groups, sampled by the work that they performed, not by their occupational

le Conseil du Trésor n'a pas produit de preuve établissant que la valeur des fonctions exécutées par les employés en cause a effectivement changé, je ne puis qualifier la méthode retenue par le tribunal de déraisonnable, d'autant plus que la solution de rechange proposée par le Conseil du Trésor ne respectait pas plus fidèlement l'objet de l'article 11.

[219] Pour ces motifs, j'estime que le tribunal n'a commis aucune erreur de droit en retenant la méthode du nouveau calcul annuel afin de déterminer l'ampleur de l'écart salarial pour la période s'échelonnant de 1985 à 1998.

### G. RÉPARATION À CARACTÈRE DISCRÉTIONNAIRE

[220] Si, contrairement à l'opinion que j'ai déjà exprimée, le tribunal a commis une erreur de droit en ne comparant pas les salaires des employés du groupe professionnel et la valeur des fonctions qu'ils exécutent aux salaires et aux fonctions des groupes professionnels à prédominance masculine de la façon prescrite par l'Ordonnance, il ne s'ensuit pas nécessairement que la décision du tribunal doit être annulée.

[221] Dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour a le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser la réparation sollicitée par le demandeur, même lorsque l'auteur de la décision administrative a commis une erreur donnant ouverture au contrôle judiciaire. Il existe plusieurs motifs pouvant justifier le refus de la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire, dont certains peuvent être pertinents en l'espèce.

[222] Ainsi, l'inconduite du demandeur peut justifier le refus de lui accorder réparation. L'avocat de l'Alliance a plaidé énergiquement que c'était le cas en l'espèce.

[223] Il a invoqué plus particulièrement le fait que, pendant l'étude sur la parité salariale, le Conseil du Trésor a tenu pour acquis que la courbe de comparaison masculine serait constituée comme une courbe composite de tous les membres des groupes professionnels à prédominance masculine, échantillonnés



group. The Treasury Board could not therefore subsequently allege before the Tribunal and this Court that the male comparator line had to be constructed on the basis of occupational group.

[224] However, in my view this is not the kind of conduct that precludes the government, as the representative of the public interest, from subsequently asserting in good conscience that, on a closer examination of the legislation, it was now taking a different view of what the law required. As counsel for the Attorney General fairly put it, during the JUMI study all parties were learning about the intricacies of identifying and measuring systemic wage discrimination, their agreement on methodology was no more than tentative, there was no jurisprudence interpreting the relevant statutory provision, and the Alliance and the Treasury Board at that time were working in a co-operative mode.

[225] Nor am I particularly impressed by the evidence indicating that the government only changed its mind about the restrictions on the methodology imposed by the Act and the Guidelines when it realized that the data on the value of the work performed by employees in the female complainant group indicated that the wage difference was much greater than it had previously believed. A concern on the part of the government not to spend more public money than the law requires, or authorizes, is quite legitimate.

[226] For the same reason I do not think that it was misconduct for the Treasury Board to take issue before the Tribunal with the reliability of the evaluations of the work performed by employees in the complainant groups, or with the use by the Tribunal of data collected in response to confidential questionnaires. Although ultimately unsuccessful, neither challenge was frivolous.

[227] It was also argued that the government was now, in effect, estopped from challenging the validity of the Tribunal's decision as a result of a statement

selon les fonctions qu'ils exécutent et non selon le groupe professionnel auquel ils appartiennent. Le Conseil du Trésor ne pouvait donc pas alléguer par la suite devant le tribunal et devant la Cour que la courbe de comparaison masculine devait être établie d'après le groupe professionnel.

[224] Je crois néanmoins que ce n'est pas là le genre de comportement qui empêche le gouvernement, en sa qualité de représentant de l'intérêt public, de faire valoir plus tard, en toute bonne conscience, après avoir examiné la loi plus attentivement, qu'il conçoit maintenant différemment les exigences de la loi. Comme l'avocate du procureur général l'a bien expliqué, au cours de l'étude sur la parité salariale, toutes les parties ont appris à quel point il était complexe d'identifier et de mesurer la discrimination salariale systémique, leur accord quant à la méthode à utiliser n'était que provisoire, aucune jurisprudence n'existait quant à l'interprétation de la disposition législative pertinente et, à l'époque, l'Alliance et le Conseil du Trésor travaillaient de concert.

[225] Je n'accorde pas beaucoup de poids non plus à la preuve selon laquelle le gouvernement a simplement changé d'idée sur les limites prescrites par la Loi et l'Ordonnance quant à la méthode à utiliser lorsqu'il s'est rendu compte que les données sur la valeur des fonctions exécutées par les membres du groupe plaignant à prédominance féminine révélaient que la disparité salariale était beaucoup plus prononcée qu'il l'avait d'abord cru. La préoccupation du gouvernement de ne pas dépenser plus de deniers publics que la loi ne l'exige ou ne le permet est tout à fait légitime.

[226] Pour la même raison, je ne pense pas que le Conseil du Trésor s'est mal conduit en mettant en doute devant le tribunal la fiabilité des évaluations des fonctions exécutées par les membres du groupe plaignant ou l'utilisation par le tribunal des données recueillies à l'aide de questionnaires confidentiels. Ces arguments n'ont pas été retenus, mais ils n'étaient pas futiles.

[227] Il a aussi été plaidé que la contestation, par le gouvernement, de la validité de la décision du tribunal était maintenant irrecevable, en raison d'une déclara-

made in 1993 prior to the election by Mr. Chrétien when Leader of the Opposition. He had said that if a Liberal Government were elected it would implement without further delay any decision of the Tribunal in this dispute. Whether or not, as counsel contended, this statement should be regarded as intended to apply only to a Tribunal decision that was lawful, accountability for such statements is in my view more appropriately enforced through the political process than through the courts.

[228] The most powerful reason for withholding relief is that, to set aside the Tribunal's decision on the ground that it did not comply with section 15 of the Guidelines, would likely frustrate the purposes underlying section 11 of the *Canadian Human Rights Act*, and inflict a substantial injustice on the thousands of employees in the federal public service, many of whom are now retired, who would be deprived of the payment of back-wages, future wages and pension increases to which they are entitled.

[229] To be weighed against these considerations, of course, is the principle that administrative tribunals are obliged to exercise their statutory decision-making powers in accordance with their enabling legislation, and that public money should not be disbursed pursuant to decisions that are inconsistent with the legally binding instructions of the legislature.

[230] In this context it is important to remember that an application for judicial review is a public law proceeding and that in the final analysis relief is granted by the court in order to further the public interest. Thus, relief should be refused when it would not serve the public interest to set aside a decision, even if vitiated by legal error. This is the basic principle that informs the various grounds on which the discretionary remedies available on an application for judicial review may be withheld.

tion faite avant les élections, en 1993, par M. Chrétien qui était alors chef de l'opposition. M. Chrétien avait alors déclaré que, si un gouvernement libéral était élu, il mettrait en œuvre sans délai la décision que prononcerait le tribunal relativement au présent litige. Peu importe que cette déclaration puisse être considérée ou non comme devant s'appliquer uniquement à une décision juridiquement valide du tribunal, comme l'a soutenu l'avocate, c'est par le processus politique, plutôt que par le processus judiciaire, que l'auteur d'une telle déclaration devrait être forcé d'en rendre compte.

[228] Le motif le plus valable de refuser d'accorder réparation tient au fait que l'annulation de la décision du tribunal, fondée sur le non-respect de l'article 15 de l'Ordonnance, ferait vraisemblablement échec aux buts qui sous-tendent l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et créerait une injustice importante pour les milliers de fonctionnaires fédéraux, dont beaucoup sont maintenant à leur retraite, qui seraient privés du paiement des arriérés de salaire, de la rémunération future et des augmentations de pension auxquels ils ont droit.

[229] Ces éléments doivent évidemment être soupesés en regard du principe voulant que les tribunaux administratifs soient tenus d'exercer les pouvoirs décisionnels que la loi leur confère en conformité avec leur loi habilitante et que les deniers publics ne soient pas dépensés en exécution de décisions incompatibles avec les directives de la législature, qui ont caractère obligatoire en droit.

[230] Dans ce contexte, il est important de se rappeler qu'une demande de contrôle judiciaire est une procédure de droit public et que le tribunal accorde réparation, en dernière analyse, pour promouvoir l'intérêt public. Par conséquent, il y a lieu de refuser d'accorder réparation lorsque l'annulation d'une décision ne servirait pas l'intérêt public, même si elle est viciée par une erreur de droit. C'est le principe fondamental qui sous-tend les différents motifs pouvant justifier le refus d'accorder les réparations à caractère discrétionnaire qui peuvent être obtenues par voie de contrôle judiciaire.

[231] In striking the balance between the competing heads of public interest outlined above, I have taken into account the following considerations.

[232] First, for all practical purposes it would be impossible for the comparator population to be re-sampled by occupational group. Detailed questionnaires would have to be administered in an attempt to discover the value of the work that employees in these groups were performing at the relevant time, that is more than ten years ago. In view of this substantial lapse of time, which would also have accounted for retirements and departures from the public service for other reasons by employees in the relevant occupational groups, it is highly improbable that reliable data could be assembled from which the value of the work performed by these groups could be determined.

[233] Second, even if theoretically possible, re-sampling the male comparators by occupational group would involve considerable expense and entail further delay in the resolution of this dispute. This is a matter that has also dragged on for far too long, and at far too great a cost for all concerned. I would be reluctant to grant a remedy that would have the effect of imposing further delay, with the consequent injustice that this would inflict on many. Justice unduly delayed in this context is indeed likely to be justice denied.

[234] As for the public interest in legality and the lawful expenditure of public money, I cannot say that, if the Tribunal erred in law in failing to comply with the Guidelines, the error was immaterial; there was no evidence on what difference it would have made to the ultimate outcome. However, I would not expect any difference be large, but I cannot be sure. Nor, on the other hand, do I know which party it would favour.

[235] Finally, for the reasons that I have already given, if the Tribunal did breach section 15 of the

[231] En soupesant les considérations d'intérêt public opposées susmentionnées, j'ai tenu compte des éléments qui suivent.

[232] Premièrement, il serait à toute fin pratique impossible d'échantillonner à nouveau la population de comparaison en fonction des groupes professionnels. Des questionnaires détaillés devraient être remplis pour que l'on puisse connaître la valeur des fonctions que les membres de ces groupes exécutaient à l'époque pertinente, il y a plus de dix ans. Compte tenu de ce long délai, auquel est aussi attribuable le grand nombre de membres des groupes professionnels en cause qui ont pris leur retraite et qui ont quitté la fonction publique pour d'autres raisons, il est hautement improbable que des données fiables puissent être colligées aux fins de déterminer la valeur des fonctions exécutées par ces groupes.

[233] Deuxièmement, même si cela était possible en théorie, un nouvel échantillonnage d'hommes selon le groupe professionnel auquel ils appartiennent, à des fins de comparaison, entraînerait des dépenses considérables et retarderait encore le règlement du litige. L'affaire a déjà trop traîné et elle a déjà coûté trop cher à tous les intéressés. Je serais réticent à accorder une réparation qui aurait pour effet d'entraîner un nouveau retard, en raison duquel beaucoup de personnes subiraient une injustice. Dans ce contexte, la justice différée serait vraisemblablement un déni de justice.

[234] En ce qui a trait à l'intérêt qu'a le public à ce que la loi soit appliquée et que les deniers publics soient dépensés en toute légalité, je ne puis affirmer que si le tribunal a commis une erreur de droit du fait qu'il n'aurait pas respecté l'Ordonnance, cette erreur est négligeable; aucune preuve n'a été offerte sur la question de savoir dans quelle mesure le résultat de l'instance aurait été différent en bout de ligne. Je ne crois toutefois pas que cette différence aurait été bien grande, mais je ne peux en être sûr. Et je ne sais pas non plus, par ailleurs, à quelle partie elle aurait été favorable.

[235] Enfin, pour les motifs déjà exposés, si le tribunal a contrevenu à l'article 15 de l'Ordonnance,

Guidelines, it was an error of a merely technical nature that did not thwart the essential purposes of section 11 or their implementation.

[236] Balancing these competing considerations, I have concluded that the benefit to the public interest of setting aside the Tribunal's decision for failure to comply with section 15 would be outweighed by the costs of so doing, even if I were to remit the matter for the sole purpose of requiring the correction of this possible error.

#### H. CONCLUSION

[237] In my opinion the position taken by the Attorney General in these proceedings contains two structural flaws. First, its approach to the interpretation of the *Canadian Human Rights Act* and the *Equal Wages Guidelines, 1986* is too abstract: it is insufficiently grounded in the factual realities of the employment context under consideration, the testimony of the array of expert witnesses who assisted the Commission and Tribunal, or analogous legislation in other jurisdictions.

[238] The Attorney General has sought to convert into questions of general law and statutory interpretation aspects of the implementation of Parliament's enactment of the principle of equal pay for work of equal value that are better regarded as factual, technical or discretionary issues, or questions of mixed fact and law, entrusted to the specialist agencies responsible for administering the legislation.

[239] Second, the Attorney General's argument was based on the narrowest possible interpretation of the *Canadian Human Rights Act*, including the definition of the problem at which section 11 was aimed and the measures that the Tribunal could lawfully take to tackle it. It paid only lip service to the regular admonitions from the Supreme Court of Canada that, as quasi-constitutional legislation, human rights statutes are to be interpreted in a broad and liberal manner.

cette erreur est de nature purement technique et elle ne contrecarre ni les objets fondamentaux de l'article 11 ni leur mise en œuvre.

[236] Après avoir soupesé ces considérations opposées, je conclus que les coûts qu'entraînerait l'annulation de la décision du tribunal pour non-respect de l'article 15 dépasseraient l'avantage qui en découlerait pour l'intérêt public, même si je me contentais de renvoyer l'affaire dans le seul but de faire corriger cette erreur éventuelle.

#### H. CONCLUSION

[237] J'estime que la position défendue par le procureur général en l'espèce comporte deux failles quant à la façon dont elle est structurée. Premièrement, sa démarche relativement à l'interprétation de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et de l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale* est trop abstraite: elle ne s'appuie pas suffisamment sur les réalités factuelles du contexte de l'emploi en cause, sur le témoignage de la batterie de témoins experts qui ont assisté la Commission et le tribunal ni sur les lois analogues en vigueur dans d'autres ressorts.

[238] Le procureur général a tenté de transformer en questions de droit général et d'interprétation des lois certains aspects de l'application d'une mesure législative prise par le Parlement pour édicter le principe de l'égalité de rémunération pour fonctions équivalentes, alors qu'il convient plutôt de les envisager comme des questions factuelles, techniques ou discrétionnaires, ou comme des questions mixtes de fait et de droit, confiées à des organismes spécialisés responsables de l'administration de la loi.

[239] Deuxièmement, l'argumentation du procureur général était fondée sur l'interprétation la plus étroite possible de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, y compris de la définition du problème visé par l'article 11 et des mesures que le tribunal était autorisé à prendre, en vertu de la loi, pour y remédier. Elle ne tenait compte que pour la forme des avertissements servis par la Cour suprême du Canada selon lesquels la législation en matière de droits de la personne doit, de par sa nature quasi constitutionnelle, recevoir une interprétation large et libérale.

[240] The Attorney General too often seemed to regard the relevant provisions of the Act as a straitjacket confining the Tribunal, instead of as an instrument for facilitating specialist agencies' solution of long-standing problems of systemic wage differentials arising from occupational segregation by gender and the undervaluation of women's work.

[241] Three consequences follow from the Attorney General's interpretation of the *Canadian Human Rights Act* and the Guidelines. First, the Tribunal is prohibited from using a methodology for identifying and measuring a wage differential that would take into account the fact that women are underrepresented among employees who are performing more highly valued work, for which the remuneration increases more rapidly than the value of the work. Instead of a methodology approved by all the expert witnesses from whom the Tribunal heard, it should have adopted one for which there was no support at all from any witness.

[242] Second, the Tribunal is prohibited from identifying and measuring a wage differential by comparing the wages paid to employees in predominantly female occupational groups with the average wage paid to employees in predominantly male groups who are performing work of equal value. Instead, the Tribunal must confine its comparison to the wages of employees in the lowest paid male group.

[243] Third, the Tribunal is required to base its comparison on occupational groups, despite their limited utility as a basis for setting salaries in general and for pay equity exercises in particular.

[244] In my opinion Parliament cannot be taken to have required any of these consequences when it enacted the principle of equal pay for work of equal value in section 11 of the *Canadian Human Rights Act* in an attempt to eradicate systemic wage discrimination resulting from the gendered segregation of work and the undervaluation of the work typically performed by women.

[240] Le procureur général a trop souvent semblé considérer les dispositions pertinentes de la Loi comme un carcan qui limite le tribunal, plutôt que comme un outil qui aide les organismes spécialisés à appliquer une solution aux problèmes, existant de longue date, de disparité salariale systémique découlant de la ségrégation des emplois selon le sexe et de la sous-évaluation du travail des femmes.

[241] Trois conséquences découlent de l'interprétation attribuée par le procureur général à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et à l'Ordonnance. Premièrement, le tribunal n'est pas autorisé à identifier et à mesurer une disparité salariale au moyen d'une méthode qui tiendrait compte du fait que les femmes sont sous-représentées parmi les employés qui exécutent des fonctions de valeur supérieure, pour lesquelles la rémunération augmente plus rapidement que la valeur des fonctions. Plutôt que d'adopter une méthode approuvée par tous les témoins experts qui ont déposé devant lui, le tribunal devrait en adopter une qui ne bénéficie de l'appui d'aucun des témoins.

[242] Deuxièmement, le tribunal n'est pas autorisé à identifier ni à mesurer une disparité salariale en comparant les salaires des employés appartenant aux groupes professionnels à prédominance féminine au salaire moyen des employés appartenant aux groupes à prédominance masculine qui exécutent des fonctions équivalentes. Il doit plutôt limiter sa comparaison aux salaires des employés appartenant au groupe à prédominance masculine le moins bien rémunéré.

[243] Troisièmement, le tribunal doit fonder sa comparaison sur les groupes professionnels, malgré leur utilité limitée comme fondement à la fixation des salaires en général et aux exercices d'équité salariale en particulier.

[244] Je suis d'avis qu'on ne peut supposer que le Parlement a voulu l'une de ces conséquences lorsqu'il a édicté le principe de l'égalité de rémunération pour fonctions équivalentes dans l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* dans l'espoir d'éradiquer la discrimination salariale systémique résultant de la ségrégation des emplois selon le sexe et de la sous-évaluation du travail habituellement exécuté par des femmes.

[245] For the reasons that I have given, the application for judicial review is dismissed.

[246] Largely on the basis of the success of the Alliance in this proceeding I award it its costs, despite the importance of the issues raised by the applicant. However, I do not accept the Alliance's submissions that costs on the highest scale are warranted.

[245] Pour les motifs que j'ai exposés, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

[246] En grande partie parce que l'Alliance a eu gain de cause en l'espèce, je lui adjuge ses dépens, malgré l'importance des questions soulevées par le demandeur. Je rejette toutefois la prétention de l'Alliance portant que l'adjudication des dépens selon l'échelle la plus élevée est justifiée.

# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ADMINISTRATIVE LAW

### JUDICIAL REVIEW

Judicial review of National Energy Board's decision respondents satisfied condition to certificate of public convenience and necessity—Board issuing certificate in respect of respondents' pipeline facilities from Goldboro, Nova Scotia to international border near St. Stephen, New Brunswick, for transportation of raw gas—Recommendations of Joint Public Review Panel incorporated as conditions of certificate—Prior to issuance of certificate Board strictly following rules of procedural fairness—Thereafter procedure less formal as applicants, respondents communicating with Board without copying each other, Board responding individually—On October 16, 1998 Board finding respondents satisfying Condition 22 (which required respondents to submit to Board written protocol or agreement spelling out Aboriginal roles, responsibilities for cooperation in studies, monitoring), without having benefit of applicants' response to respondents' September 30 submissions—Where applicable, procedural fairness rules require party entitled to fairness to know case has to meet and be able to respond: *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105—Here applicants asked to make submissions without knowing exactly what respondents proposing in order to comply with Condition 22—Board erred in dealing with respondents, applicants separately, with neither knowing precisely what other submitting to it—Breached rules of procedural fairness—No general duty on Board to adhere to procedural fairness rules in all proceedings involving satisfaction of conditions attached to certificates after public convenience and necessity decision made—However, where particular condition, by necessary implication, imposing obligations between specific participants in proceedings before it, some adherence to procedural fairness rules by Board required—Most post-hearing conditions attached to certificates not involving specifically identified interveners—Aboriginal groups involved herein interveners before Board, and Joint Public Review Panel expressly referring to discussions between these specific

## ADMINISTRATIVE LAW—Concluded

groups, respondents—Circumstances requiring Board to ensure applicants having opportunity to know what respondents submitting in satisfaction of Condition 22 and be able to respond thereto before deciding compliance with it—Except where same decision inevitable (*Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202), breach of procedural fairness must always render decision invalid: *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643—Not inevitable that after hearing from applicants Board would have reached precisely same decision with respect to compliance with Condition 22 as originally did—Breach of procedural fairness rendering Board's decision invalid—Application allowed.

UNION OF NOVA SCOTIA INDIANS V. MARITIMES AND NORTHEAST PIPELINE MANAGEMENT LTD. (A-676-98, Rothstein J.A., judgment dated 20/10/99, 10 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

Practice—Application for judicial review of senior immigration officer's decision rejecting applicants' claim for Convention refugee status on ground claim barred by Act, s. 44(1) as applicants persons against whom removal order made but not executed—Departure order effective May 28, 1998 against applicants after rejection of first claim for Convention refugee status—Applicants failed to leave country within 30 days—Applicants left Canada on August 2, 1998, entered United States illegally and returned to Canada December 17, 1998 through closed border post—On December 18, made new claim for Convention refugee status—Question whether removal order had been executed before that date—Act, s. 44(1) barring refugee claims only if removal order had not been executed—Application dismissed—Act, s. 54(1) deeming removal order not executed if person not granted lawful permission to be in

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

any other country (applicants herein did not have lawful permission to be in United States)—Act, s. 32.02(2), deeming persons deported from Canada, applicable only to persons leaving Canada within 30 days of notification of rejection of refugee claim, without obtaining certificate of departure, therefore, not applicable to applicants—Senior immigration officer correct in holding Act, s. 44(1) barring applicants' new refugee claim—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 32.02 (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 22), 44(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 35), 54(1) (as am. *idem*).

ALBARADO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-77-99, Sharlow J., order dated 30/9/99, 7 pp.)

*Immigration Inquiry Process*

Appeal from Trial Division decision ([1998] 3 F.C. 494) dismissing application for judicial review of decision of Immigration and Refugee Board dismissing motion to dismiss respondent's s. 70(1) appeal for lack of jurisdiction—Respondent male citizen of Philippines—Convicted of bigamy in September 1990—Conditional removal order issued against him in January 1994—Question certified by Trial Judge: where adjudicator found person granted landing by means of improperly obtained visa pursuant to s. 27(1)(e) of Act, and removal order issued against that person as result, is person entitled to appeal that order to Appeal Division by virtue of s. 70(1)?—Question answered affirmatively—Appeal dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1)(e), 70(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1995, c. 15, s. 13).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. SENECA (A-261-98, McDonald J.A., judgment dated 28/9/99, 3 pp.)

*Inadmissible Persons*

Motion to stay execution of deportation order (to Portugal) following Minister's danger opinion—Lengthy criminal record—Motion allowed—Serious issue: applicant still subject to statutory stay pursuant to Immigration Act, s. 49(1)(b), as appeal before Immigration Appeal Division (IAD) yet to be dismissed—Conflicting decisions in Trial Division as to whether Minister's danger opinion, in and of itself, ending statutory stay and Court of Appeal has not specifically dealt with issue—Furthermore, motions continue to be filed, on behalf of respondent, before IAD seeking dismissal of proceedings on ground of lack of jurisdiction—This ongoing practice puts into question "automatic" extinguishment of appeal and statutory stay upon issuance of danger opinion—Two other concerns: standard of review

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

of reasonableness *simpliciter*, which may be applicable concerning refusals of applications pursuant to Immigration Act, s. 114(2), may also be relevant on judicial review of Minister's danger opinions—Also, concern as to timing of applicant's deportation: respondent has attempted to execute removal order within one week of danger opinion and even prior to filing of motion to dismiss IAD appeal—This appears more hasty than "as soon as reasonably practicable" may require in context of applicant's relatively short, although repeated, sentences and 32 years spent in Canada as permanent resident—Irreparable harm: in view of uncertainty as to whether IAD has equitable jurisdiction to reopen appeal from deportation order after Minister's danger opinion has been set aside by way of judicial review, but where applicant has been deported, and of fact recent decisions seem to require motion to reopen be filed prior to execution of removal order, applicant can be said to suffer irreparable harm if his application for judicial review were granted and he were required to file motion to reopen before IAD from outside Canada—Balance of convenience: applicant's undertaking to remain in immigration detention pending final disposition of application for judicial review in Trial Division resolving issue of balance of convenience in his favour—Legal issues at play in proceeding, applicant's presence in Canada for 32 years and undertaking to remain in immigration detention outweighing public interest in Minister executing deportation orders as soon as reasonably practicable—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 49(1)(b) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 41), 114(2) (as am. *idem*, s. 101).

APARICIO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4951-99, Lutfy J., order dated 27/10/99, 10 pp.)

## IMMIGRATION PRACTICE

Application for judicial review of decision of Visa Officer and Program Manager denying application for permanent residence—Preliminary issue whether applicant's notice of application for judicial review complied with r. 302, Immigration Act, s. 82.1—Applicant, permanent resident of Hong Kong, applied for permanent residence in Canada as assisted relative—Requested consideration of application under humanitarian, compassionate grounds as last remaining family member in Hong Kong—Application under Assisted Relative category denied as applicant had failed to acquire 65 points necessary to obtain visa—Request to waive regulatory requirements on humanitarian, compassionate grounds under Act, s. 114(2) refused by Program Manager—Applicant filing notice of application for judicial review of decisions by Visa Officer, Program Manager—Respondent filing motion to strike applicant's notice of application, to dismiss application for judicial review—



**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

Applicant seeking to review two decisions—As notice of application simultaneously refers to both decisions, both individuals, applicant did not comply with r. 302 which limits application for judicial review to one order—Wording of Act, s. 82.1 necessitates filing of two separate applications—Notice of application for judicial review of Program Manager's decision dismissed on ground (1) separate decision from that of Visa Officer, (2) decision requiring leave under s. 82.1(2)—Notice of application for judicial review filed September 18, 1998 amended to refer only to judicial review of Visa Officer's decision—Decision not subject to leave provisions—Visa Officer committing no reviewable error with respect to applicant's evaluation—Application for judicial review dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 302—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 53; 1992, c. 49, s. 73), 114 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 29; c. 29, s. 14; S.C. 1990, c. 38, s. 1; 1992, c. 49, s. 102; 1994, c. 26, s. 36).

LEE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4818-98, Richard A.C.J., order dated 26/10/99, 14 pp.)

Application for judicial review of IRB decision that deportation order issued November 5, 1996 valid and that discretionary relief pursuant to Act, s. 70(1)(b) not warranted—Applicant's application for permanent residence of November 1993 and sworn in February 1994 not truthful, complete or accurate in several areas—At Act, s. 27 inquiry, adjudicator concluded evidence did not establish equivalency between Texas conviction (theft in third degree in 1984, and sentence of 3 years' imprisonment) and Canadian offence, but held applicant's failure to disclose Texas conviction constituted misrepresentation, and issued deportation order pursuant to Act, s. 27(1)(e)—On appeal from deportation order IRB admitted seven documents in evidence, holding they were relevant in consideration of all circumstances of case—Documents pertaining to outstanding charges in Germany ruled admissible not as evidence of guilt, but rather of other proceedings involving applicant in another jurisdiction—IRB stated weight assigned to documents would be reflective of fact they were charges, not convictions—On substance of applicant's appeal, IRB dismissed applicant's argument under German law pertaining to registration of convictions, he had right to declare he had no convictions, including Texas conviction—IRB held no evidence Texas conviction had been entered into German registry and that, in any event, would have to be expunged in accordance with laws of Texas, not Germany—IRB concluded applicant had duty to disclose Texas conviction, and failure to do so amounted to misrepresentation—Issues (1) whether IRB erred in admitting evidence relating to

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

outstanding charges against applicant in Germany; (2) whether IRB erred in not finding same evidence obtained in violation of Charter and should thereby be excluded; (3) whether IRB erred in considering evidence relating to country conditions in intended country of deportation; (4) whether IRB erred in assessing adjudicator's decision relating to Texas offence; (5) whether IRB erred in not finding applicant's reliance on German rehabilitation legislation in good faith; (6) whether IRB erred in characterizing applicant as lacking remorse; (7) whether IRB erred in application of case law in regard to effect of foreign rehabilitative legislation, and whether applicant entitled under German law to deny fact of all prior convictions, including foreign convictions, for purpose of applying for immigration to Canada—Application allowed—(1) Reference to charges against applicant in Germany inadmissible as, unresolved, they cannot impugn applicant's character or credibility—(2) IRB erred in not finding as outstanding charges inadmissible, obtained in violation of Charter—(3) IRB erred in considering country conditions in Germany, but impact of error may not have been important—(3) IRB did not err in referring to adjudicator's decision on Texas offence as appropriately did so for purpose of assessing seriousness of misrepresentation—(4) IRB's finding applicant's explanation (as to reliance on Germany's rehabilitation legislation) implausible and therefore unacceptable open to it based on evidence before panel—(6) As IRB in better position to make observations, assessments and determinations as to applicant's remorse, would be inappropriate for Court to step in and disturb findings—(7) IRB did have before it evidence German legislation allowing for registration and eventual erasure of foreign convictions of German nationals, but not satisfied applicant's U.S. convictions had been registered in first place—Nevertheless, case merits stated question whether enacted pardon from crime accorded by country of party's citizenship necessarily effective and to be disclosed in Canadian law when that party seeks permanent residence in Canada under Immigration Act, despite party's presumably fair conviction of offence in third country—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1)(e), 70 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18); S.C. 1995, c. 15, s. 13)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

BERTOLD V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5228-98, Muldoon J., order dated 29/9/99, 30 pp.)

Application for judicial review of visa officer's (VO) decision refusing visa after assessing applicant as engineer and civil engineering technician—VO found that, on generous assessment, applicant could read, write English with difficulty, ability to speak, understand English seriously

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

limited—Applicant seeking judicial review on ground not assessed in chosen profession (civil engineer), VO double-counted English as factor by including it in consideration of intended occupation—Application allowed—Individuals entitled to be assessed on basis of chosen occupation even if VO does not think they will embark upon their occupation, provided they meet occupational qualifications stipulated by Regulations (herein, defined in National Occupational Classification (NOC))—NOC requirements do not explicitly speak of proficiency in English or French—Distinction to be drawn between present occupational requirements, such as training and experience, and prospective occupational requirements, which will have to be satisfied after arrival in Canada—Prospective occupational requirements will be assessed by competent authority after candidate has settled in Canada—VO not necessarily in position to judge how individual will succeed in that assessment—No doubt some of candidates granted visas to come to Canada as engineers will not pass licensing examinations—Simply risk inherent in system—Canadian Council of Professional Engineers material providing minimum of 12 months experience in Canada required to be eligible for licensing—Applicant would therefore have one year's experience of working in Canada in which to improve English prior to writing examinations—VO therefore exceeded jurisdiction in purporting to assess whether applicant could successfully pass licensing examinations—Applicant met requirements of NOC to extent any candidate can meet them prior to being settled in Canada—For purposes of assessment, applicant ought to have been treated as applying under occupation of civil engineer, which would have given applicant total of 72 assessment units—Applicant denied visa on basis of points, not by exercise of negative discretion—Therefore, no reason why it cannot be sent back for reassessment by different VO on basis of intended occupation as civil engineer—Question certified: Whether within jurisdiction of VO to decline to assess visa applicant with respect to occupation designated by applicant on basis of officer's judgment that applicant will probably be unable to satisfy Canadian licensing requirements in applicant's designated occupation on basis of factors taken into account elsewhere in Schedule I, for example, applicant's proficiency in English or French; or any other factors—Immigration Regulations, 1978 SOR/78-172, Schedule 1.

XU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5537-98, Pelletier J., order dated 6/10/99, 10 pp.)

Application to set aside decision of Refugee Division—Whether jurisdictional requirements of Immigration Act, s. 69(7) complied with—Hearing commenced on October 6, 1998 before panel members Luciuk, Knevel—Neither

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Concluded

counsel nor claimant present at that time—Matter adjourned to October 30, 1998—Hearing resumed on October 30, neither counsel nor claimant present—When case came on for hearing again on November 26, 1998 in presence of claimant, counsel, Luciuk had withdrawn, been replaced by new member Jackson—Whether newly constituted panel had jurisdiction—Under Act, s. 69(7), hearing can only be resumed before newly constituted panel with consent of claimant—November 26 hearing resumption of hearing from October 30, not commencement of new hearing—Newly constituted panel lacked jurisdiction to render decision as procedure required by s. 69(7) not followed—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 69 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 10, s. 5; R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 59).

PHILLIP V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-507-99, Campbell J., order dated 22/10/99, 4 pp.)

**STATUS IN CANADA***Convention Refugees*

Application for judicial review of CRDD decision applicants not Convention refugees—Applicants, citizens of Democratic Republic of Congo (DRC), alleging fear of persecution for reasons of political opinion and membership in particular social group, family—Links with Kabila's people's revolutionary party—Applicants' Convention refugee claim dismissed in Sweden—CRDD found applicants' claim not credible and not enough evidence to establish well-founded fear of persecution in event of return to DRC—Application allowed—No reason to set aside CRDD decision for not having confronted applicant over major contradiction in testimony—Factors serving as potential guidelines in determining whether contradiction should be brought to claimant's attention—However, CRDD erred in disregarding possibility applicant's activities in Canada might give rise to negative reaction on part of DRC authorities and thus to reasonable chance of persecution in event of return (see *Manzila v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1364 (T.D.) (QL)).

NGONGO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6717-98, Tremblay-Lamer J., order dated 25/10/99, 10 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Appeal against Trial Division decision setting aside dismissal by CHRC of respondent's complaint based simply on fact notice of dismissal not supported by reasons—

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

Appeal allowed—Considering fact remedy special and exceptional; considering role of Commission when complaint filed, namely determining whether complaint serious and whether complaint should be submitted to formal sanction of tribunal; considering consistent qualification in case law of decision to dismiss complaint under provisions of Act, s. 44(3)(b) as purely administrative and discretionary, while prescribing strict procedural requirements intended to ensure fairness and impartiality; and considering Parliament did not require Commission to provide reasons for decision to decline to investigate some complaints—Accordingly, no justification for introducing exceptions to clearly established rule Commission not required to give reasons when complaint dismissed under s. 44(3)(b) as convinced, having regard to all circumstances, inquiry into complaint not warranted—Despite increasingly popular argument that despite rule, exceptional circumstances may exist in which principles of fairness, natural justice require explanation of decision, proposition could never be appropriate for purely administrative decision such as that of Commission under s. 44(3)(b), made after proper and open investigation basically involving purely subjective assessment of testimony, facts—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 44(3)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c 31, s. 64).

BROCHU V. BANK OF MONTREAL (A-566-96, Marceau J.A., judgment dated 7/10/99, 5 pp.)

**MARITIME LAW****PRACTICE**

Jurisdiction clause—Motion for stay of claim for damage to cargo carried from Antwerp, Belgium to Seattle, Washington—Stay sought in favour of litigation in Antwerp, based on clause of port-to-port bill of lading on ECU-Line form—Motion denied—Many factors favouring upholding jurisdiction clause—Factors in favour of litigation in Vancouver just short of case plaintiffs must present to override jurisdiction clause—However fundamental breach or deviation precluding ECU-Line from relying on terms and conditions of bill of lading—Whereas plaintiffs had insisted on carriage by sea from Antwerp to Seattle, as photo-processing equipment very susceptible to bumps and jolts, therefore too delicate to travel by rail, carrier arranged for carriage by sea to Montréal and then by rail to Seattle—Here, deviation put in place by ECU-Line clearly voluntary and unreasonable—Carrier therefore losing protection of contract—There being no contract when plaintiffs' cargo discharged at Montréal, no jurisdiction clause upon which ECU-Line can rely—Federal Court Rules, 1990, SOR/98-106.

Z.I. POMPEY INDUSTRIES V. CANMAR FORTUNE (THE) (T-98-98, Hargrave P., order dated 22/9/99, 10 pp.)

**MARITIME LAW—Concluded**

Plaintiff, owner of terminal and dock facility on Fraser River at Annacis Island, seeking payment of C\$58,252.80 to pay balance of moorage to date, from proceeds of sale of ship *Cali*—International Trust and Finance Corporation (ITFC), mortgagee of ship, concerned sale proceeds will be absorbed to unreasonable degree by ongoing moorage, seeking r. 399(2) variation of earlier orders which in effect gave priority to ongoing moorage claim of plaintiff—*Cali* at berth at Annacis Island terminal since December 5, 1996—Order for sale of *Cali* issued August 5, 1998, sale finalized December 1, 1998—Ship sold for US\$210,000 with term providing buyer would use best efforts to move *Cali* within 45 days after closing of sale—Soon after sale completed, plaintiff successful in motion for payment of outstanding moorage (C\$116,505.60) from July 22, 1998 to December 16, 1998—As to plaintiff's motion: orders herein, as they stand, allow plaintiff to claim post-July 22, 1998 moorage for indefinite period of time, with high priority—Therefore, plaintiff must succeed in motion for yet another sum of outstanding moorage, running from December 17, 1998 to February 28, 1999—As to ITFC's motion, variance of existing order under r. 399(2) must meet threefold test: new matter arising or discovered subsequent to order; moving party must establish it could not with reasonable diligence have discovered new matter sooner; if new matter had initially been brought forward, would probably have resulted in different original order—Motion under r. 399 exception to doctrine of *res judicata*—Fact buyer of ship unable to move it off berth as quickly as everyone expected, by reason of lack of both deletion certificate and alternate berth, resulting in unexpectedly lengthy delay, new matter—Considering all circumstances, ITFC moved with reasonable diligence herein—Finally, knowledge of new matter at time of initial sale order would certainly probably have made difference—Yet there must be some equitable tempering of outcome for, while ITFC watched shrinking sale proceeds fund, plaintiff continued, at time motion brought, to be deprived of use of berth for other purposes—No order or document herein bestowing any benefit of pre-paid moorage on buyer after it became owner of *Cali*—Moreover, no bar to plaintiff pursuing buyer *in personam* or *Cali in rem* for moorage after buyer became owner of *Cali*—Plaintiff therefore entitled to 28 days of further secured moorage—Order varied limiting preferred recovery of plaintiff to moorage provided up until March 28, 1999—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 399(2).

ANNACIS AUTO TERMINALS (1997) LTD. V. CALI (THE) (T-1261-98, Hargrave P., order dated 7/9/99, 18 pp.)

**OFFICIAL LANGUAGES**

Action for declaration plaintiff's rights breached on basis not allowed to continue working operationally in his position as air traffic controller following introduction of bilingual

**OFFICIAL LANGUAGES—Continued**

services at Ottawa Control Tower to comply with obligations under Official Languages Act—Bilingual air traffic control services meaning pilot chooses language to be used in air traffic communications—In 1986, in order to ensure safety, Department of Transport decided to make bilingualism in official languages condition of employment as air traffic controller at Ottawa Control Tower, and changed linguistic profiles of existing positions from English essential to bilingual—Language Training Branch of Public Service Commission determined plaintiff did not possess potential to meet language requirements of position—Plaintiff's transfer request denied due to necessity in order to enable normal operations to continue at Ottawa Control Tower—After private language training at Berlitz Language Centre, paid for by Department, and Public Service Commission language training, during which plaintiff in non-operational status, after having been given more than maximum number of hours permitted by Treasury Board to attain C level, plaintiff finally met language requirements for position as air traffic controller—Issue whether rights under Public Service Official Languages Exclusion Approval Order breached—Action dismissed—Public Service Employment Act, s. 20 requiring employees in public service to be qualified in knowledge and use of English or French or both languages to extent Public Service Commission deems necessary—Measures taken to assist unilingual incumbent of indeterminate position in which language requirements changed to require bilingualism: Exclusion Approval Order permitting exclusion of certain employees in public service from language requirements of their positions—*Kelso v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 199 determined air traffic controller in Montréal entitled, by virtue of Exclusion Approval Order, to remain in his position even though did not meet language requirements thereof—However, given constitutional entrenchment of language rights in Charter, ss. 16(1), 20(1), amendments to Official Languages Act and recent guidance from Supreme Court of Canada in *Beaulac v. The Queen*, [1999] 1 S.C.R. 768, concerning principles to be applied in interpreting scope, application of language rights, decision of Dickson J. in *Kelso* not determinative of whether plaintiff entitled, in today's constitutional and legislative framework, to declaration rights breached—Language rights entrenched in Charter, ss. 16(1), 20(1) and Official Languages Act, ss. 21 (right to communicate with and receive services from federal institution), 34 (English and French languages of work in all federal institutions, with employees having right to use either) engaged in present proceeding—Corresponding duties imposed on federal institutions in Official Languages Act, ss. 22, 35, 36 also relevant—Applying purposive approach adopted in *Beaulac*, and in view of Official Languages Act, s. 2, principle of substantive equality has meaning, and provides that institutionally based language rights require government action for their implementation and therefore create obligations for State—Official Languages Act, ss. 22, 35, 36 respectively require federal

**OFFICIAL LANGUAGES—Concluded**

institution to ensure member of public can communicate with it and receive available services from it in either official language within National Capital Region and other prescribed areas, and that it provide work environments conducive to effective use of both official languages—In present case, given integrated nature of air traffic control operations and importance of all controllers being aware of level of activity and events transpiring in area, Department chose to comply with its statutory duties, obligations under Official Languages Act to give effect to language rights in ss. 21, 34 by implementing fully bilingual work environment for safe, effective delivery of bilingual air traffic control services—Department also believed fully bilingual work environment necessary to foster cohesiveness in group effort required in complex air traffic control environment, and that presence of unilingual air traffic controller would force everyone to operate in his language, thereby frustrating its goal—Fully bilingual work environment also consistent, on long-term basis, with Department's high safety requirements for provision of air traffic control services—Facts herein establish inconsistency between constitutionally based language rights, corresponding duties imposed on Department in Official Languages Act and Exclusion Approval Order right excluding plaintiff from requirement of bilingualism—By virtue of Official Languages Act, s. 82, provisions of Part IV, V, respectively involving communications with, services to public and language of work, prevail to extent of inconsistency—Plaintiff therefore not entitled to rely on Exclusion Approval Order to exclude him from operation of bilingual requirements in Public Service Employment Act, s. 20—Therefore, plaintiff not entitled to work operationally in his position as air traffic controller at Ottawa Control Tower following implementation of bilingual air traffic control services, until such time as met language requirements of position—However, Department should have permitted him to transfer or to perform other meaningful work consistent with training, expertise—Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2—Official Languages Act, R.S.C., 1985, c. O-3—Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 2, 21, 22, 31, 34, 35, 36, 82, Parts IV, V—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 20—Public Service Official Languages Exclusion Approval Order, SOR/81-787—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 16(1), 20(1).

SCHREIBER V. CANADA (T-1770-94, McGillis J., judgment dated 21/10/99, 61 pp.)

**PATENTS**

Appeal from Commissioner of Patents' decision refusing to grant appellant's application for "Poker Game" patent—Commissioner dismissed appeal from Examiner's refusal to

**PATENTS—Concluded**

grant patent as found that in carrying out appellant's method, no change in character or condition of any material objects (abstract idea directed to means of playing game)—Commissioner concluded application directed towards subject matter not patentable under Act, s. 2 as methods set forth in claims not directed to either "art" or "process" as contemplated therein—Issue on appeal whether or not appellant's changes in method of playing poker falling within definition of "art" or "process" in Act, s. 2—Appeal dismissed—Definition of "art" as provided by Supreme Court of Canada in *Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents*, [1982] 2 S.C.R. 536 and *Tennessee Eastman Co. et al. v. Commissioner of Patents*, [1974] S.C.R. 111 including process that is not disembodied idea but has method of practical application; new and innovative method of applying skill and knowledge; and has commercially useful result or effect—Commissioner failed to apply adequate test as did not consider S.C.C. definition—However, applying S.C.C. test, appellant's method not conforming to method of applying skill or knowledge as described by S.C.C. in *Shell Oil*—Appellant's changes in method of playing poker not contribution or addition to cumulative wisdom on subject of games—Those changes not referring to "learning" or "knowledge" as commonly used in expressions such as "state of the art" or "prior art"—Appellant's changes in method of playing poker neither substantially modifying existing poker game nor creating new game—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 2 "invention".

PROGRESSIVE GAMES, INC. v. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS) (T-439-98, Denault J., judgment dated 22/10/99, 13 pp.)

**PENSIONS**

Application for judicial review of decision of Pension Appeals Board (PAB) denying applicant disability benefits under Canada Pension Plan—Applicant earned grade 10 education, trade electrician certificate—Ceased working due to back condition, diagnosed by family physician as having chronic back injury, numbness of left leg, blockage in artery—Application for disability benefits received by respondent on July 6, 1995—Applicant denied disability benefits by Minister—Only applicant's family doctor expressed opinion applicant disabled—Appeal dismissed by Review Tribunal on basis applicant not disabled within meaning of Plan—Applicant's medical condition not precluding him from performing all forms of substantially gainful employment—Application for leave to Pension Appeals Board denied by Vice-Chairman—Standard of review in determining whether Court can overrule decision of Board informed by several factors: presence, absence of privative clause, expertise of tribunal, purpose of Act as whole, provision in particular, nature of question to be determined—Privative clause found in Canada Pension Plan,

**PENSIONS—Concluded**

s. 84(1) showing higher level of deference should be granted to decisions of PAB—"Privative clause" subject to judicial review by Courts—Middle to lower level of deference should be accorded to decisions of PAB—Determinations of PAB should not be lightly interfered with unless error of fact, law—Decision of Vice-Chairman herein reasonable—In reviewing merits of PAB's decision, Court bound to only consider evidence before decision-maker—Totality of medical conditions, personal characteristics applicant submitted as cause for inability to pursue substantially gainful employment not satisfying Act, s. 42(2)—Legislation not providing for consideration of age, education under s. 42(2)—Evidence of applicant's family physician, specialists appropriately considered, weighed—PAB correctly applied test for determining disability as prescribed by Act—No reviewable error of fact, law allowing Court to interfere with PAB's decision—Application dismissed—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 42 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 30, s. 12; S.C. 1992, c. 1, s. 23; 1996, c. 11, s. 95(b); 1997, c. 40, s. 68), 84 (as by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 30, s. 45; S.C. 1990, c. 8, s. 46).

DAVIES V. CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) (T-1789-98, Teitelbaum J., order dated 7/10/99, 21 pp.)

**PRACTICE**

Separate determination of issues—Motion for order to allow (i) trade-mark infringement action to proceed to trial without requiring parties to adduce evidence on extent of alleged infringement, questions relating to damages, profits arising from infringement; (ii) amendments to statement of defence, counterclaim—Issues should be tried separately if Court satisfied, on balance of probabilities, in light of evidence and all circumstances of case (including nature of claim, conduct of litigation, issues, remedies sought), severance more likely than not to result in just, expeditious, least expensive determination of proceeding on merits: *Ilva Saronno S.p.A. v. Privilegiata Fabbrica Maraschino "Excel-sior"*, [1999] 1 F.C. 146 (T.D.)—Start with premise normally more efficient if all issues determined together; bifurcating proceeding normally leading to duplication of procedural steps, costs—Extent to which overall costs, savings of time would result from bifurcation of issues major consideration—Defendant using trade-mark "Value Village" in connection with second-hand clothing stores—Court not convinced difficulty in ascertaining profits attributable to Canadian business locations—If financial information not already provided, requirement that now be produced not likely to lengthen appreciably oral discovery process—Defendant not showing separation of issues more likely than not to result in more just, expeditious, less expensive determination of proceeding on merits than

**PRACTICE—Continued**

continuation of unified proceeding—As to proposed amendments to statement of defence, counterclaim, Court now applying case management rules, particularly when action lingering in Court for many years—Action commenced in 1992—In 1998 action allowed to continue on provision of agreed-upon timetable, requiring all motions regarding pleadings to be filed by February 1999—When action allowed to proceed on basis of timetable setting out date for completion of filing of motions respecting pleadings, amendment resting on facts reasonably knowable by party before ‘cut-off’ date should not be allowed after that date—Addition of Trade-marks Act, s. 7(a) claim not allowed—Amendment involving addition of legal characterization of facts not likely to involve lengthening of pre-trial proceedings—Amendment to allow for argument on additional remedy limiting geographic scope of plaintiff’s trade-mark allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 7(a).

VALUE VILLAGE MARKET (1990) LTD. V. VALUE VILLAGE STORES CO. (T-2707-92, Reed J., order dated 29/10/99, 8 pp.)

Consolidation of proceedings—Statements of claim—Louis Bull, Montana Bands filing actions in 1993 claiming entitlement to 25% of all damages suffered by reason of defendant’s breach of trust, fiduciary and equitable obligations owed to plaintiffs in relation to Pigeon Lake Reserve and 25% of all profits, recoveries, royalties derived from production of oil, gas resources from Reserve—Parties agreeing 1993 actions to remain dormant pending determination of similar facts, issues raised in 1989 actions commenced by Samson, Ermineskin Bands—In 1999 Louis Bull, Montana Bands commencing actions for declarations, damages in relation to moneys paid as royalties, revenues earned from oil, gas production from Pigeon Lake Reserve in which each of Bands claiming entitled to 25% of total royalties, revenues held, paid by defendant for or to four bands entitled to share in royalties—Crown contending statement of claim in each of 1999 actions essentially same as 1993 actions—38 paragraphs of 1993 actions identical to 38 of 39 paragraphs in 1999 statements—Differing paragraph setting out claims for relief—Plaintiff Bands claiming actions different in claims, relief sought; paragraphs in 1993 actions having no counterpart in 1999 statements—1993 actions substantially broader in scope than 1999 actions, with more allegations of particular wrongdoing, resulting relief claimed—Because of those differences, trial of 1993 actions expected to require substantially more time than trial of 1999 actions—Despite differences, substantial number of identical paragraphs, reflecting reality underlying bases of both actions, factual background and legal principles that apply to define relationship between plaintiff Bands, Crown same—Both actions seeking damages, declaratory relief and for all claims in both actions underlying relationship of parties, obligations arising therefrom, relief, will need to be

**PRACTICE—Continued**

determined—Doctrines of *res judicata*, issue estoppel not applicable, yet underlying principles of those doctrines may have persuasive value, to require determination of all issues arising in cause of action between same parties to be made once and for all, thus avoiding duplication of proceedings, unnecessary use of judicial resources, possibility of conflicting decisions—Situation warranting order of Court, on own initiative, to consolidate 1993, 1999 actions pursuant to r. 105—Consolidation preserving all claims, forms of relief—Not intended to prejudice plaintiffs’ desire to have relief claimed in 1999 action dealt with as quickly as possible, for under 106 Court may order one or more claims raised in single proceeding be pursued separately where hearing of two or more claims would cause undue complication or delay or would prejudice party—At appropriate time plaintiffs may propose trial of issue for which evidentiary base laid—Court of own motion, may order trial of issue pursuant to r. 107—Where facts agreed upon, parties may state case for determination pursuant to r. 220—Actions ordered consolidated to avoid multiplicity of proceedings, promote more expeditious, less expensive process than separate actions—In two actions as now framed, parties common, legal, factual issues substantially common, much evidence common—Order also providing for extension of time to 45 days after filing further amended statement of claim, for defendant to file statement of defence—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, rr. 106, 107, 220.

LOUIS BULL BAND V. CANADA (T-2953-93, T-2954-93, T-57-99, T-61-99, MacKay J., order dated 26/10/99, 20 pp.)

**COSTS**

Awards of costs in connection with three motions arising from action for patent infringement instituted in 1994 by plaintiffs referred to as Glaxo against generic pharmaceutical manufacturers including Novopharm—Motions resulting from refusal to answer 3,000 questions put to named inventor, two representatives of Glaxo in course of examination for discovery—Most of questions “taken under advisement” by counsel for Glaxo, subsequently refused—Other questions objected to when asked—Motion brought by Novopharm to require Glaxo to answer questions refused, to produce documents for which asked—Motion argued before Giles A.S.P.—Latter ordering Glaxo to pay Novopharm’s costs in any event of cause, awarding costs at high level—Law of costs evolving, now allowing Court to award costs on motion irrespective of outcome of trial—Costs award on motion can be made in order to promote expeditiousness in conduct of litigation—In taking under advisement, objecting to 3,000 questions, position taken on behalf of Glaxo at examination caused significant delays in getting matter to trial, imposed unnecessary expense on Novopharm, consumed undue quantity of scarce judicial resources—For counsel to have taken so many questions under advisement

**PRACTICE—Continued**

in effect avoided requirement in Rules ground must be given for objecting to question, thus deprived counsel for Novopharm of opportunity to reformulate questions in order to meet objection—R. 400(3) listing factors that may be taken into account in exercise of Court's discretion to award costs—Appropriate to use award of costs to make it clear Court strongly disapproves of unreasonable position taken on behalf of party, wishes disapproval to be understood in profession so as to discourage repetition in future—Glaxo's motion appealing from A.S.P.'s award of costs in order dated January 11, 1999 dismissed—Novopharm's motion appealing A.S.P.'s refusal to require certain questions put by Novopharm be answered—Conduct of counsel for Glaxo at examination so added to length, expense of proceedings, hindered Novopharm's right to effective examination for discovery that award of party and party costs in any event of cause fully justified in respect of appeal motion as well—Novopharm also appealing A.S.P.'s order awarding costs in cause in connection with motion to settle substance, form of order made on motion to require production—A.S.P. took into account previous award of costs, decided sufficiently onerous in view of Glaxo's conduct—Did not err in exercising discretion to award costs in cause—Appeal dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 400.

GLAXO GROUP LTD. V. NOVOPHARM LTD. (T-431-94, Evans J., orders dated 12/10/99, 12 pp.)

Applicant seeking solicitor-client costs on discontinuance of within application—Alleging Minister of National Health and Welfare caused unnecessarily bringing of application, also caused applicant significant financial damage by refusing to issue Notice of Compliance (NOC) in timely fashion—In August 1995, Apotex filed application with Minister seeking NOC for ofloxacin tablets—Application by Ortho-McNeil Inc. for order of prohibition preventing issuance of NOC—Court order issued on April 29, 1997 permitting applicants to withdraw proceeding in reliance on undertakings of Apotex Inc. referred to and given in Terms of Settlement—Apotex satisfied all Minister's enquiries for issuance of NOC by June 11, 1997, but Minister refused to issue NOC—According to Minister, Apotex's replacement of methanol with ethanol as solvent in isolation, purification of molecule change to process subject to Court order—Letters sent by Apotex on October 2, 10, 20, 1997 asserting Minister's delay in issuing NOC already cost Apotex great financial damage as it missed inclusion in provincial formularies—Proceedings commenced on October 24, 1997 seeking order requiring Minister to issue NOC—Under r. 400(1), Court "should have full discretionary power over the amount and the allocation of costs and the determination of by whom they are to be paid"—Minister's interpretation of April 29, 1997 order not tenable—Minister not giving matter serious consideration, waiting until February 3, 1998 before mistake acknowledged, corrected—Applicant entitled to full

**PRACTICE—Continued**

indemnity for costs involved in bringing application—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 400.

APOTEX INC. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-2300-97, Reed J., order dated 29/9/99, 6 pp.)

**DISCOVERY***Anton Piller Orders*

Application for "extension" of order of Pinard J., itself extension of prior orders going back to 1991—Orders in question "rolling" Anton Piller orders meaning defendants unknown at time order granted, identified only as John Doe, Jane Doe—Orders authorizing seizure of private property as evidence in trade mark infringement proceedings—Order sought granted as evidence submitted in support of it meets, exceeds current standard for such orders—Evidentiary foundation for Anton Piller orders should reflect intrusive nature of order—Existence of Anton Piller orders recognition that extraordinary problems require extraordinary solutions—"Rolling" orders potentially binding upon all who carry on trade in certain types of consumer goods—Incumbent upon Court to be satisfied potential interference with individual rights justified by evidence put before it as to scope of infringement of plaintiff's rights.

CLUB MONACO INC. V. WOODY WORLD DISCOUNTS (T-1186-91, Pelletier J., order dated 28/10/99, 7 pp.)

*Examination for Discovery*

Motion for directions pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 54: plaintiff seeking back-to-back examinations for discovery, with no appreciable time between first discovery of defendant's witness and second discovery of plaintiff; defendant seeking either to have patent agent familiar with file present at examinations, or break following discovery of defendant so that counsel may obtain transcript, seek professional advice from patent agent—Plaintiff referring to r. 54, permitting litigants to seek procedural directions—Directions not dealing with issue, but with conduct of proceeding—Questions herein mixed: procedural question of practice of back-to-back discovery versus spaced discovery within scope of r. 54, versus issue of who may attend discovery—Defendant attending discovery with witness and patent agent—Plaintiff objecting to presence of patent agent, who has not been qualified as expert—By r. 236(2), defendant may have discovery at any time after statement of claim filed by merely serving r. 91(1) direction to attend—Rules not anywhere hampering discretion to set discovery—Defendant not bound by any convention, rule to hold discoveries back-to-back—May schedule discovery as wishes—Defendant succeeding in having patent agent attend on discovery—Alternative of break between discoveries

**PRACTICE—Continued**

reasonable, proper—In contrast to trial, discovery private procedure—Rules, procedures applying to discovery designed to provide efficient, effective procedure—End of discovery to avoid ambush at trial—Discovery process must be fair to both sides—To accomplish these ends, counsel may wish to bring to discovery process resource person, specialist, or expert assistant in some relevant area—Such expert assistant contributing to just, speedy, expeditious discovery, discovery which will secure ends of justice, save client money—Defendant may have either remedy—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 54, 91, 236.

NASH V. SANJEL CEMENTERS LTD. (T-2827-96, Hargrave P., order dated 9/9/99, 13 pp.)

**DISMISSAL OF PROCEEDINGS***Undue Delay*

Appeal from decision dismissing action for delay—Action for trade mark infringement brought by plaintiff (appellant) in July 1994—Defendant filing statement of defence in September 1994—No steps taken by plaintiff to pursue action—On September 10, 1998, Court issued notice of status review, requiring plaintiff to show cause why action should not be dismissed for delay—Defendant bringing motion, under r. 167, to dismiss action by reason of plaintiff's undue delay in prosecuting it—Lafrenière P. granting motion to dismiss action—Plaintiff failing to provide reasonable explanation to justify inordinate delay of four years—Whether action should be dismissed by reason of delay—New r. 167 providing for dismissal on ground of undue delay in prosecuting action—Burden on plaintiff to satisfy Court proceeding should continue despite delay—On status review in which Court has required plaintiff to show cause under r. 382(2)(a), only relevant consideration whether plaintiff has justified delay, proposed plan for moving case forward—Giles A.S.P. erred by requiring defendant to bring motion under r. 167 to dismiss action on ground of undue delay, by failing to exercise discretion in manner permitted by r. 382(2)(a)—In considering motion to dismiss action for want of prosecution under previous Federal Court Rules, Court consistently applied following test: whether inordinate delay, whether delay inexcusable, whether defendant likely to be seriously prejudiced by delay—Such criteria continued to apply to motion to dismiss action for undue delay under r. 167—Plaintiff failing, on status review, to provide reasonable explanation to justify inordinate delay—A.S.P. should have summarily dismissed action for delay—Matter should be treated as status review—Considerations relevant to exercise of discretion on status review should apply—Plaintiff should not be permitted to continue with action, given failure to provide reasonable explanation to justify inordinate four-year delay—Defendant likely to suffer serious prejudice by reason of plaintiff's inordinate, unjustified delay—Appeal dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 167, 382.

**PRACTICE—Continued**

MULTIBOND INC. V. DURACOAT POWDER MANUFACTURING INC. (T-1703-94, McGillis J., order dated 4/10/99, 11 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Reversal or Variation*

Motion by Crown under Federal Court Rules, 1998, r. 397 for reconsideration of order allowing application for judicial review—Crown had conceded visa officer's failure to grant applicant interview, even though received more than 60 points in initial assessment of application, error entitling applicant to have visa officer's decision quashed—Belatedly realizing should have brought Immigration Regulations, 1978, s. 11.1 to Court's attention—S. 11.1 providing applicant would not have been entitled to interview even if achieved more than 60 points because not achieving any points in category of "occupational factor"—Whether Crown's failure to raise legal argument in course of hearing appropriate basis for reconsideration of order under r. 397(1)(b)—Crown mistakenly relying on *Jhaji v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 369 (T.D.) for submission r. 397 overriding doctrine of *res judicata*—*Jhaji* dealing with predecessor to r. 399, not applicable herein—Assuming r. 397 properly invoked, all arguments made on merits had to be reconsidered—Crown not rebutting applicant's assertion Crown gave him outdated application kit on which relied in making application—Intended occupation would have been different had applicant been given correct information—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 397, 399—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11.1 (as enacted by SOR/92-133, s. 3).

ARJUN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5482-98, Sharlow J., order dated 4/10/99, 7 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Appeal from Trial Division decision granting motion to strike appellant's statement of claim in action seeking to end practice whereby inmates serving life sentences subject to involuntary "double-bunking"—Appeal allowed—Court not convinced motion to strike on ground no reasonable cause of action proper vehicle in cases where issue whether party should have proceeded by way of judicial review or by way of action—Appropriateness of procedure not relating to whether procedure, if proper, disclosing reasonable cause of



**PRACTICE—Continued**

action—Intent of Rules precisely to avoid striking out pleadings that should have originated in another form—Once ascertained that given proceeding judicial review or action, duty of Court to determine applicable category and to allow proceeding to continue in that way—Means must be found by counsel and Court to address issue intelligently and with sense of practicality—New Federal Court Rules, 1998 giving Court and counsel ample guidance to avoid resorting to drastic measures such as motions to strike whenever possible—For example, r. 57 ensuring that originating document shall not be set aside only on ground different originating document should have been used—No useful purpose to move to strike pleadings when, at end of day, Court will allow applicant or plaintiff to file new, and correct, proceeding—Motion to attack irregularity, under r. 58, could well prove useful, yet less drastic, means to bring about change required—In case where many different sorts of relief claimed, some requiring action and some, judicial review, proper course to determine which relief makes more sense to decide first then, to determine whether procedure taken proper one with respect to that relief and, if not, to allow party to correct it with appropriate amendments—As to argument allegations scandalous, frivolous, vexatious or redundant, where Court dealing with self-represented litigant, should resist being too easily put off by mere phrasing of allegations and arguments that do not fall within established parameters—Herein, 43 allegations acceptable, 11 totally unacceptable—Most remedies sought drafted in such confusing way as to be unmanageable or directed at damages which can only be sought by way of action—Even style of cause improper—Defects tainting whole proceeding and cannot be cured by simple amendment—Motion to strike properly granted by Motions Judge—Yet, nature of issue raised, number of acceptable paragraphs, fact respondent made sufficiently aware of main issue raised and of some of evidence appellant intending to bring forward, respect for judicial review process, and fact appellant inmate whose research and working facilities very much limited, all lead Court to conclusion proceeding worthy of continuation and appellant should be allowed to file amended proceeding in form of application for judicial review directed at Correctional Service of Canada and drafted in such way as to follow guidelines suggested herein—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 57, 58.

SWEET V. CANADA (A-324-98, Décaré J.A., judgment dated 4/10/99, 12 pp.)

**VARIATION OF TIME**

Motion seeking order extending time for filing defence, leave to file statement of defence—Statement of claim served on Department of Justice on April 21, 1999—Statement of defence should have been filed within 30 days, pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 204—Motion supported by counsel's own affidavit to which statement of

**PRACTICE—Concluded**

defence attached as exhibit—R. 82 prohibiting solicitors from both deposing to affidavit, presenting arguments to Court based on affidavit, except with leave of Court—Improper to file statement of defence in any way before leave given—Affidavit noting practice among Toronto counsel not to strictly adhere to Rules with respect to service of statement of defence without plaintiff's counsel advising defendant's counsel defence will be required in strict compliance with Rules, thus allowing defence counsel time to investigate claims, draft proper defence, or negotiate settlement—While such gentility possible, perhaps even encouraged under previous R. 402, present r. 204 putting end to such practices—While perhaps considerate counsel should jog opponent falling afoul of Rules before too late, counsel who allow opponent to delay extensively running risk, after 6 months, of having own action dismissed under r. 382 at status review—As plaintiff's counsel appearing ready to consent to defence being filed Court, of own motion, moving under r. 298(3)(a) to remove proceedings from operation of rr. 294 to 299, similarly moving under r. 292(d) to return action to simplified action routine after motion for extension granted—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 82, 204, 292(d), 294-299, 382—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 402 (as am. by SOR/92-726, s. 3; 94-41, s. 4).

LEGAULT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-698-99, Giles A.S.P., order dated 14/10/99, 4 pp.)

**PUBLIC SERVICE****JURISDICTION**

Appeal from Trial Division decision ((1995), 100 F.T.R. 309) holding president of appeal board constituted by Public Service Commission under Public Service Employment Act, s. 21 does not have jurisdiction to inquire into validity of linguistic profile of position to be filled—Before Public Service Employment Act amended in 1992, cases clear: appeal board could not challenge conditions established by department for obtaining position—New Act, s. 12.1 does not have meaning appellant gives section—Section simply continuation of s. 12(1), and like s. 12(1), addresses only “the basis for selection according to merit”—Section allows Commission to review exercise by department of powers former delegated to latter and thus to review what department does in particular case—S. 12.1 in no way altered powers of appeal board—Such board has no more jurisdiction now than before to review linguistic level of position—Appeal dismissed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 12.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 54, s. 11), 21 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16; 1996, c. 18, s. 15).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. ASSELIN (A-539-95, Décaré J.A., judgment dated 13/10/99, 5 pp.)

**TRADE MARKS****REGISTRATION**

Appeal from Registrar's decision maintaining opposition by respondent to appellant's application for registration of trade mark "Canadian Reflections" in association with clothing and clothing accessories—Registrar found likelihood of confusion with respondent's trade mark "Northern Reflections" used in association with similar wares sold through 179 Northern Reflections retail outlets—On appeal respondent stating has been using unregistered trade mark "Canadian Reflections" since March 1992 in association with t-shirts and sweat shirts—Issue likelihood of confusion between appellant's "Canadian Reflections" mark and respondent's registered trade mark "Northern Reflections"—Appeal dismissed—Onus of showing lack of confusion upon applicant—Decision of Registrar entitled to some degree of deference, even on appeal, as result of expert status of Registrar acting within his field—Registrar herein has carefully reviewed circumstances of use and proposed use of two trade marks and found likelihood of confusion between two marks as wares could be sold from adjacent stores—No error on basis of material before Registrar—Different material on appeal not affecting outcome as not possible to amend application for registration after it has been refused by Registrar—Certain amendments permissible but common sense suggesting no amendment possible to that which has already been adjudicated—Once Registrar ruled upon

**TRADE MARKS—Concluded**

application before him, Registrar *functus officio* and could not consider amendment to application—Power of Court to receive evidence not before Registrar in Act, s. 56(5) not enabling Court to decide application which was not before Registrar—Amended application not application which Registrar refused and cannot be subject of appeal since not subject of Registrar's ruling—As matter of practical consequence, permitting such amendments would result in process of successive approximation in which applicants would draft claims as widely as possible before Registrar only to narrow them to conform to Registrar's objections at appeal stage—Would be wasteful process which ought not to be encouraged—Fact one mark not confusing with another mark incorporating particular word not meaning mark not confusing with any other mark incorporating same word—Finally, even though evidence of state of register of trade marks arguably demonstrating consumers able to make subtle distinctions between marks involving common terms, within Registrar's expertise to find Canadian and Northern sufficiently close in idea suggested they are reasonably likely to be confusing when used with common word like "Reflections" to refer to identical wares travelling in same channels of trade—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 56(5).

VEJEE GROUP (CANADA) LTD. v. WOOLWORTH CANADA INC. (T-1653-98, Pelletier J., order dated 5/11/99, 13 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## BREVETS

Appel d'une décision par laquelle le commissaire aux brevets a rejeté la demande de brevet de l'appelante à l'égard de l'invention «Poker Game» de l'appelante—Le commissaire a rejeté l'appel interjeté à l'encontre du refus de l'examineur d'accorder un brevet, jugeant que l'exploitation de la méthode de l'appelante ne donnait lieu à aucune modification touchant la nature ou l'état d'objets concrets (il s'agissait plutôt d'une idée abstraite qui concerne la façon de jouer un jeu)—Le commissaire a conclu que la demande concerne un objet qui n'est pas brevetable selon l'art. 2 de la Loi, parce que les méthodes décrites dans les revendications ne visent pas une «réalisation» ou un «procédé» au sens de cet article—La question à trancher dans le présent appel est celle de savoir si les modifications que l'appelante a apportées à la façon de jouer au poker sont visées par la définition des mots «réalisation» ou «procédé» utilisés dans la définition du mot «invention» à l'art. 2 de la Loi—Appel rejeté—La définition du mot «réalisation» que donne la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536, et *Tennessee Eastman Co. et al. c. Commissaire des brevets*, [1974] R.C.S. 111, comprend un procédé qui n'est pas une idée désincarnée, mais comporte une méthode d'application pratique, qui constitue une façon nouvelle et innovatrice d'appliquer des compétences ou des connaissances et qui produit des résultats ou des effets utiles de façon commerciale—N'ayant pas tenu compte de la définition donnée par la C.S.C., le commissaire n'a pas appliqué le critère qui convenait—Toutefois, la méthode de l'appelante ne respecte pas le critère de l'application des aptitudes ou des connaissances que la Cour suprême a décrit dans l'arrêt *Shell Oil*—Les modifications que l'appelante a apportées à la façon de jouer au poker n'augmentent pas le bagage de connaissances au sujet des jeux et ne renvoient pas à un «apprentissage» ou à une «connaissance» selon le sens habituel de ces mots lorsqu'ils sont utilisés en liaison avec des expressions comme «l'état des connaissances» et «l'antériorité»—Les changements que l'appelante a apportés à la méthode du jeu de poker n'ont pas pour effet de modifier en profondeur le jeu existant ou de créer un

## BREVETS—Fin

nouveau jeu—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2 «invention».

PROGRESSIVE GAMES, INC. C. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS) (T-439-98, juge Denault, jugement en date du 22-10-99, 14 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### EXCLUSION ET RENVOI

Pratique—Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent principal d'immigration rejetant la revendication de statut de réfugié au sens de la Convention des demanderesse, au motif que cette demande était exclue en vertu de l'art. 44(1) de la Loi parce qu'elles étaient des personnes frappées d'une mesure de renvoi qui n'avait pas été exécutée—La mesure d'interdiction de séjour est devenue exécutoire le 28 mai 1998, après le rejet de la première revendication de statut de réfugié au sens de la Convention présentée par les demanderesse—Les demanderesse n'ont pas quitté le pays dans les 30 jours—Les demanderesse ont quitté le Canada le 2 août 1998 et sont entrées illégalement aux États-Unis, pour revenir au Canada par un poste frontière fermé le 17 décembre 1998—Le 18 décembre, elles ont présenté une nouvelle revendication de statut de réfugié au sens de la Convention—La question est de savoir si la mesure de renvoi avait été exécutée avant cette date—L'art. 44(1) exclut les revendications de statut de réfugié seulement si la mesure de renvoi n'a pas été exécutée—Demande rejetée—Selon l'art. 54(1) de la Loi, la mesure de renvoi est réputée n'avoir jamais été exécutée si la personne n'a pu obtenir la permission de séjourner dans aucun autre pays (les demanderesse n'avaient pas obtenu la permission de séjourner aux États-Unis)—L'art. 32.02(2) qui présume qu'une personne a été expulsée du Canada ne s'applique qu'aux personnes qui ont quitté le Canada sans attestation de départ dans les 30 jours suivant la réception de l'avis de rejet de leur revendication de statut de réfugié; il ne s'applique donc pas aux demanderesse—L'agent principal

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

d'immigration a eu raison de dire qu'en vertu de l'art. 44(1), les demanderesse ne peuvent présenter de nouvelles revendications de statut de réfugié—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 32.02 (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 22), 44(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 35), 54(1) (mod., *idem*).

ALBARADO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-77-99, juge Sharlow, ordonnance en date du 30-9-99, 7 p.)

*Personnes non admissibles*

Requête en sursis de l'exécution d'une mesure d'expulsion (vers le Portugal) par suite de l'avis du ministre selon lequel le demandeur constituait un danger pour le public—Le demandeur a un casier judiciaire important—Requête accueillie—Question grave: le demandeur est toujours assujéti à l'art. 49(1*b*) de la Loi sur l'immigration, qui prévoit le sursis de l'exécution de la mesure de renvoi, vu que l'appel qu'il a interjeté devant la section d'appel de l'immigration (SAI) n'a pas encore été rejeté—Les décisions de la Section de première instance sont contradictoires pour ce qui est de la question de savoir si l'avis du ministre selon lequel la personne visée constitue un danger pour le public met fin en soi au sursis, prévu par la loi, de l'exécution de la mesure de renvoi, et la Cour d'appel n'a pas expressément traité de cette question—En outre, on continue de déposer des requêtes devant la SAI pour le compte du défendeur en vue d'obtenir le rejet d'appels pour absence de compétence—Une telle pratique remet en question le rejet «automatique» de l'appel et du sursis prévu par la loi lorsque le ministre se dit d'avis que la personne visée constitue un danger pour le public—Deux autres réserves: la norme de contrôle du caractère raisonnable *simpliciter*, qui peut s'appliquer aux rejets de demandes fondées sur l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration, peut également être pertinente en matière de contrôle judiciaire d'un avis du ministre selon lequel la personne visée constitue un danger pour le public—La deuxième réserve était fondée sur une réaction à l'égard du moment auquel l'expulsion du demandeur devait avoir lieu: le défendeur a tenté d'exécuter la mesure de renvoi moins d'une semaine après que le ministre a donné son avis selon lequel le demandeur constitue un danger pour le public, voire avant que ne soit déposée la requête en rejet de l'appel formé devant la SAI—Un tel délai paraît plus court que celui que prévoit la Loi, soit «dès que les circonstances le permettent», dans le contexte des peines d'emprisonnement relativement courtes, bien que répétées, qui ont été imposées au demandeur et du fait que celui-ci a passé 32 années au Canada en tant que résident permanent—Préjudice irréparable: compte tenu de l'incertitude quant à savoir si la SAI a la compétence d'équité voulue pour entendre de nouveau l'appel qui a été interjeté

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

contre une mesure d'expulsion après que l'avis du ministre selon lequel le demandeur constitue un danger pour le public a été annulé dans le cadre d'un contrôle judiciaire, mais alors que le demandeur a été expulsé du pays, et compte tenu du fait que des décisions récentes semblent exiger que la requête visant à obtenir que l'appel soit entendu de nouveau soit déposée avant l'exécution de la mesure de renvoi, on peut dire que le demandeur subirait un préjudice irréparable si sa demande de contrôle judiciaire était accueillie et s'il était tenu de présenter une requête visant la tenue d'une nouvelle audition devant la SAI depuis l'étranger—Prépondérance des inconvénients: le demandeur est disposé à être détenu par l'Immigration jusqu'à ce que la Section de première instance tranche de façon définitive la présente demande de contrôle judiciaire—Cet engagement résout la question de la prépondérance des inconvénients en faveur du demandeur—Les questions juridiques en jeu dans la présente instance, le fait que le demandeur se trouve au Canada depuis 32 ans et son engagement à être détenu par l'Immigration l'emportent sur l'intérêt du public à ce que le ministre exécute les mesures d'expulsion dès que les circonstances le permettent—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 49(1*b*) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 41), 114(2) (mod., *idem*, art. 101).

APARICIO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4951-99, juge Lutfy, ordonnance en date du 27-10-99, 10 p.)

*Processus d'enquête en matière d'immigration*

Appel d'une décision de la Section de première instance ([1998] 3 C.F. 494) qui rejetait la demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la requête en rejet de l'appel interjeté en vertu de l'art. 70(1) pour défaut de compétence—Intimé citoyen des Philippines—Déclaré coupable de bigamie en septembre 1990—Mesure de renvoi conditionnel prise contre l'intimé en janvier 1994—Le juge de première instance a certifié la question suivante: lorsqu'un arbitre a conclu qu'une personne a obtenu le droit d'établissement sur la foi d'un visa obtenu irrégulièrement au sens de l'art. 27(1*e*) de la Loi et qu'une mesure de renvoi est prise contre elle pour cette raison, cette personne peut-elle interjeter appel de cette mesure devant la Section d'appel en vertu de l'art. 70(1)?—La question certifiée reçoit une réponse affirmative—Appel rejeté—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1*e*), 70(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. SENECA (A-261-98, juge McDonald, J.C.A., jugement en date du 28-9-99, 3 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

## PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'une agente des visas et d'un responsable de programme, qui ont rejeté la demande de résidence permanente du demandeur—Question préliminaire de savoir si l'avis de la demande de contrôle judiciaire du demandeur respecte la règle 302 et l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration—Le demandeur, un résident permanent de Hong Kong, a présenté une demande de résidence permanente au Canada en tant que parent aidé—Il a également demandé que sa demande soit appréciée sur la base de motifs d'ordre humanitaire, étant donné qu'il était le dernier membre de sa famille à Hong Kong—Comme le demandeur n'avait pas obtenu les 65 points nécessaires pour être admissible à obtenir un visa dans le cadre de la catégorie des parents aidés, la demande a été rejetée—La demande de dispense d'application des exigences réglementaires fondée sur des motifs d'ordre humanitaire conformément à l'art. 114(2) de la Loi a été rejetée par le responsable de programme—Le demandeur a déposé un avis de demande de contrôle judiciaire qui visait les décisions de l'agente des visas et du responsable de programme—Le défendeur a déposé une requête en radiation de l'avis de demande et en rejet de la demande de contrôle judiciaire—Le demandeur cherche à obtenir le contrôle des deux décisions—Comme l'avis de demande renvoie simultanément aux deux décisions et aux deux individus, le demandeur ne respecte pas la règle 302, qui prévoit que la demande de contrôle judiciaire ne peut porter que sur une seule ordonnance—Le libellé de l'art. 82.1 de la Loi prévoit le dépôt de deux demandes distinctes—L'avis de demande de contrôle judiciaire de la décision du responsable de programme est rejeté pour les motifs suivants: 1) il s'agit d'une décision distincte de celle de l'agente des visas; 2) il s'agit d'une décision qui exige une autorisation en vertu de l'art. 82.1(2)—L'avis de demande de contrôle judiciaire déposé le 18 septembre 1998 est modifié de façon à ne renvoyer qu'au contrôle judiciaire de la décision de l'agente des visas—Cette décision n'est pas visée par les dispositions applicables en matière d'autorisation—L'agente des visas n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle en appréciant le demandeur—Demande de contrôle judiciaire rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 302—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1990, ch. 8., art. 53; L.C. 1992, ch. 49, art. 73), 114 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 29; ch. 29, art. 14; L.C. 1990, ch. 38, art. 1; 1992, ch. 49, art. 102).

LEE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4818-98, juge en chef adjoint Richard, ordonnance en date du 26-10-99, 14 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la CISR portant que la mesure d'expulsion prise le 5 novembre 1996

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

était valide et que l'octroi de la réparation discrétionnaire prévue par l'art. 70(1)b) n'était pas justifié—La demande de résidence permanente du demandeur datant de novembre 1993 et sa déclaration sous serment datant de février 1994 n'étaient pas véridiques, complètes et exactes à plusieurs égards—Lors de l'enquête tenue sous le régime de l'art. 27 de la Loi, l'arbitre a conclu que la preuve ne permettait pas d'établir une correspondance entre la condamnation prononcée au Texas (vol au troisième degré en 1984 et peine de trois ans d'emprisonnement) et une infraction canadienne, mais il a statué que le défaut du demandeur de divulguer sa condamnation au Texas constituait une fausse indication et pris une mesure d'expulsion en vertu de l'art. 27(1)e) de la Loi—En appel de la mesure d'expulsion, la CISR a reçu sept documents en preuve, statuant qu'ils étaient pertinents eu égard aux circonstances particulières de l'espèce—Des documents relatifs aux accusations en instance en Allemagne ont été jugés recevables non pas à titre de preuve de culpabilité, mais du fait que le demandeur était engagé dans d'autres instances en cours dans un autre ressort—La CISR a précisé que le poids qui serait attribué à ces documents tiendrait compte du fait qu'il s'agissait d'accusations, et non de condamnations—En ce qui a trait au fond de l'appel, la CISR a rejeté la prétention du demandeur qu'il pouvait, en vertu du droit allemand régissant l'enregistrement des déclarations de culpabilité, déclarer n'avoir jamais été condamné, y compris au Texas—La CISR a statué qu'aucune preuve n'établissait que la condamnation prononcée au Texas avait été inscrite au registre allemand et que, quoi qu'il en soit, elle devrait être effacée en vertu des lois du Texas et non de l'Allemagne—La CISR a conclu que le demandeur avait l'obligation de révéler sa condamnation au Texas et que son défaut de le faire constituait une fausse indication—Questions en litige: 1) La CISR a-t-elle commis une erreur en recevant la preuve relative aux accusations en instance contre le demandeur en Allemagne? 2) La CISR a-t-elle commis une erreur en s'abstenant de conclure que la même preuve avait été obtenue dans des conditions qui contreviennent à la Charte et qu'elle devait donc être écartée? 3) La CISR a-t-elle commis une erreur en tenant compte de la preuve relative à la situation existant dans le pays de destination de l'expulsion prévue? 4) La CISR a-t-elle commis une erreur en évaluant la décision de l'arbitre concernant la condamnation prononcée au Texas? 5) La CISR a-t-elle commis une erreur en ne concluant pas que c'est de bonne foi que le demandeur s'est fié à la législation allemande en matière de réhabilitation? 6) La CISR a-t-elle commis une erreur en concluant que le demandeur n'éprouvait pas de remords? 7) La CISR a-t-elle commis une erreur dans son application de la jurisprudence concernant l'effet de la législation étrangère en matière de réhabilitation, et le demandeur avait-il le droit, en vertu du droit allemand, de nier toutes ses condamnations antérieures, y compris celles prononcées à l'étranger, aux fins de sa demande d'immigration au Canada?—Demande accueillie—1) Toute mention des accusations en instance contre le demandeur en

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

Allemagne était irrecevable parce que tant qu'une décision n'a pas été rendue à leur égard, elles ne peuvent porter atteinte à la réputation ou à la crédibilité du demandeur—2) La CISR a commis une erreur en ne concluant pas que la preuve des accusations en instance étant irrecevable, elle avait été obtenue en violation de la Charte—3) La CISR a commis une erreur en tenant compte de la situation existant en Allemagne, mais cette erreur n'a peut-être pas eu de conséquence importante—4) La CISR n'a pas commis d'erreur en se reportant à la décision de l'arbitre concernant la condamnation au Texas, car elle l'a fait à juste titre dans l'intention d'apprécier la gravité de la fausse indication—5) La CISR pouvait conclure, à partir de la preuve soumise, que l'explication fournie par le demandeur (relativement au fait qu'il s'est fié à la législation allemande en matière de réhabilitation) n'était pas plausible et devait être rejetée—6) Étant donné que la CISR se trouvait mieux placée que la Cour pour faire des constatations, des appréciations et se prononcer relativement aux remords éprouvés par le demandeur, il ne conviendrait pas que la Cour intervienne et modifie ses conclusions—7) La CISR disposait d'une preuve selon laquelle la loi allemande permet l'inscription et la radiation éventuelle des déclarations de culpabilité prononcées à l'étranger contre des ressortissants allemands, mais n'était pas convaincue que la condamnation du demandeur aux États-Unis avait déjà été inscrite—L'affaire justifie néanmoins l'énoncé de la question de savoir si la réhabilitation accordée à une partie par une loi du pays dont elle est citoyenne s'applique nécessairement et doit être révélée en droit canadien, lorsque cette partie présente une demande de résidence permanente au Canada sous le régime de la Loi sur l'immigration, malgré la condamnation présumée équitable de cette partie dans un pays tiers—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1)e), 70 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1995, ch. 15, art. 13)—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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 44].

BERTOLD C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5228-98, juge Muldoon, ordonnance en date du 29-9-99, 30 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agente des visas (AV) de refuser un visa au demandeur après l'avoir apprécié comme ingénieur et comme technicien en génie civil—L'AV a conclu que selon une évaluation généreuse le demandeur pouvait écrire et lire l'anglais avec difficulté, et que sa capacité de comprendre et de parler l'anglais était très limitée—Le demandeur cherche à obtenir le contrôle judiciaire au motif qu'il n'a pas été apprécié pour la profession choisie (ingénieur civil) et que l'AV a tenu compte du facteur Anglais en double en le plaçant dans les éléments considérés vis-à-vis la profession choisie—

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

Demande accueillie—Toute personne a droit d'être appréciée vis-à-vis la profession visée, même si l'AV croit qu'elle n'a pas l'intention de l'exercer, à condition qu'elle possède les compétences professionnelles précisées au Règlement (définies en l'instance dans la Classification nationale des professions (CNP))—Les exigences de la CNP ne mentionnent pas explicitement la compétence en anglais ou en français—Il faut distinguer entre les exigences professionnelles actuelles, telles que la formation et l'expérience, et les exigences professionnelles à venir, qui doivent être satisfaites après l'arrivée au Canada—Les exigences professionnelles à venir doivent être évaluées par l'autorité compétente après l'établissement du candidat au Canada—L'AV n'est pas nécessairement bien placé pour évaluer si une personne donnée réussira dans le cadre de cette évaluation—Il est clair que certains des candidats qui reçoivent des visas pour venir au Canada en tant qu'ingénieurs ne réussiront pas les examens d'affiliation—Ce risque est inhérent au système—La documentation du Conseil canadien des ingénieurs prévoit qu'un minimum de 12 mois d'expérience au Canada est exigé avant de faire une demande d'affiliation—Le demandeur aurait donc une année d'expérience au Canada pendant laquelle il pourrait améliorer son anglais avant d'aborder les examens—L'AV a donc excédé sa compétence en voulant évaluer les chances de succès du demandeur face aux examens d'affiliation—Le demandeur satisfaisait aux exigences de la CNP tout autant que n'importe quel candidat peut le faire avant d'être effectivement établi au Canada—Aux fins de l'appréciation, le demandeur aurait dû être traité comme quelqu'un qui vise la profession d'ingénieur civil, ce qui lui aurait donné un total de 72 points d'appréciation—Le visa a été refusé sur la base des points d'appréciation, non par l'exercice défavorable du pouvoir discrétionnaire—Par conséquent, rien n'empêche qu'elle soit retournée à un autre AV pour réexamen vis-à-vis la profession visée d'ingénieur civil—Question certifiée: L'AV a-t-il compétence pour refuser d'apprécier un demandeur de visa vis-à-vis la profession indiquée par ce dernier parce qu'il considère que le demandeur ne pourra satisfaire aux exigences d'affiliation au Canada dans la profession visée, en se fondant sur des facteurs dont il a tenu compte ailleurs dans l'annexe I, par exemple, la compétence en anglais ou en français du demandeur, ou sur tout autre facteur?—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, Annexe I.

XU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5537-98, juge Pelletier, ordonnance en date du 6-10-99, 10 p.)

Demande d'annulation d'une décision de la section du statut de réfugié—Les exigences de compétence prévues à l'art. 69(7) de la Loi sur l'immigration ont-elles été respectées?—Le 6 octobre 1998, à l'audience commencée devant les membres du tribunal M. Luciuk et M. Knevel—Ni l'avocat ni le demandeur n'étaient présents à ce moment-

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

là—L'affaire a été ajournée le 30 octobre 1998—L'audience a repris le 30 octobre encore une fois en l'absence du demandeur et de son avocat—Lorsque, le 26 novembre 1998, l'audience a repris en présence du demandeur et de son avocat, M. Luciuk s'était retiré et avait été remplacé par un nouveau membre, M. Jackson—Le tribunal nouvellement constitué avait-il compétence?—L'art. 69(7) de la Loi sur l'immigration prévoit qu'un nouveau tribunal ne peut reprendre l'audience qu'avec le consentement du demandeur—L'audience du 26 novembre était la reprise de celle du 30 octobre et non le commencement d'une nouvelle audience—Puisque la procédure exigée par l'art. 69(7) de la Loi sur l'immigration n'a pas été suivie, le tribunal nouvellement constitué n'avait pas compétence pour rendre sa décision—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 5; L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. (1992), ch. 49, art. 59).

PHILLIP C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-507-99, juge Campbell, ordonnance en date du 22-10-99, 4 p.)

## STATUT AU CANADA

*Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut que les demandeurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Les demandeurs, citoyens de la République démocratique du Congo (RDC), allèguent une crainte de persécution en raison d'opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social, soit la famille—Liens avec le Parti de la révolution populaire de Kabila—La revendication du statut de réfugié au sens de la Convention des demandeurs a été rejeté en Suède—La section du statut a conclu que la revendication des demandeurs n'était pas crédible et que les éléments de preuve étaient insuffisants pour démontrer une crainte bien fondée de persécution dans l'éventualité d'un retour en RDC—Demande accueillie—Il n'y a aucun motif pour renverser la décision de la section du statut du fait qu'il n'a pas confronté le demandeur au sujet d'une contradiction importante dans son témoignage—Facteurs pouvant servir de guide pour déterminer si une contradiction devait être portée à l'attention du revendicateur—Cependant, la section du statut a commis une erreur en n'examinant par la possibilité que les activités du demandeur au Canada pourraient engendrer une réaction négative de la part des autorités congolaises et, de ce fait, une possibilité raisonnable de persécution en cas de retour (voir *Manzila c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1364 (1<sup>re</sup> inst.) (QL),.

NGONGO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6717-98, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 25-10-99, 10 p.)

## DROIT ADMINISTRATIF

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

Contrôle judiciaire de la décision de l'Office national de l'énergie selon laquelle les défenderesses avaient respecté une condition d'un certificat de commodité et de nécessité publiques—L'Office a délivré un certificat de commodité et de nécessité publiques concernant la construction, par les défenderesses, d'un pipeline de Goldboro (N.-É.) jusqu'à la frontière internationale près de St-Stephen (N.-B.), pour le transport du gaz brut—Les recommandations de la Commission d'examen mixte ont été incorporées aux conditions du certificat—Avant la délivrance du certificat, l'Office a strictement respecté les règles d'équité procédurale—Par la suite, la procédure est devenue moins formelle et les demandeurs et les défenderesses ont communiqué avec l'Office sans s'échanger de copies de leur correspondance et l'Office leur a répondu individuellement—Le 16 octobre 1998, l'Office a fait connaître sa décision concluant que les défenderesses respectaient l'intention de la condition 22 (qui exigeait que les défenderesses soumettent à l'Office un protocole ou un accord écrit énonçant les rôles et les responsabilités des autochtones et des partisans du pipeline en vue de leur collaboration aux études et au contrôle) sans avoir eu l'avantage de lire la réponse des demandeurs aux observations formulées par les défenderesses dans le mémoire du 30 septembre—Lorsque les règles d'équité procédurale s'appliquent, elles exigent qu'une partie qui a droit à l'équité connaisse la preuve qui est réunie contre elle pour être en mesure de la réfuter: *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105—En l'espèce, on a demandé aux demandeurs de fournir des observations sans qu'ils sachent exactement ce que les défenderesses se proposaient de faire pour respecter la condition 22—L'Office a commis une erreur en traitant séparément avec les défenderesses et avec les demandeurs, sans que les uns sachent précisément ce que les autres proposaient—L'Office a manqué aux règles d'équité procédurale—Aucune obligation générale n'est imposée à l'Office d'adhérer aux règles d'équité procédurale dans toutes les procédures concernant le respect de conditions associées à des certificats après qu'une décision de commodité et de nécessité publiques a été prise—Toutefois, lorsqu'une condition particulière impose, implicitement, des obligations entre certains participants dans une procédure dont il est saisi, l'Office doit respecter jusque dans une certaine mesure les règles d'équité procédurale—La plupart des conditions imposées postérieurement aux audiences et qui sont assorties à des certificats ne mettent pas en cause des intervenants expressément identifiés—Les groupes autochtones visés en l'espèce étaient des intervenants devant l'Office, et la Commission d'examen mixte a fait expressément référence aux entretiens entre ces groupes précis et les défenderesses—Les circonstances exigeaient que l'Office s'assure que les demandeurs avaient eu la possibilité d'être informés de ce que les défenderesses proposaient pour respecter la condition 22 et qu'ils soient en mesure d'y

**DROIT ADMINISTRATIF—Fin**

répondre avant qu'une décision soit prise concernant le respect de cette condition—Sauf lorsque la même décision est inéluctable (*Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202), le manquement à l'équité procédurale a toujours pour effet d'invalider une décision: *Cardinal et al. c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643—Il n'était pas inéluctable qu'après avoir entendu les demandeurs l'Office national de l'énergie en serait arrivé précisément à la même décision concernant le respect de la condition 22—Pour cette raison, le manquement à l'équité procédurale rend la décision de l'Office invalide—Demande accueillie.

UNION OF NOVA SCOTIA INDIANS C. MARITIMES AND NORTHEAST PIPELINE MANAGEMENT LTD. (A-676-98, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 20-10-99, 12 p.)

**DROIT MARITIME****PRATIQUE**

Clause de compétence—Requête en suspension d'une action en dommages-intérêts relativement à une cargaison transportée de Anvers (Belgique) à Seattle (Washington)—La suspension s'opérerait au profit d'Anvers, où serait jugée l'affaire, en raison d'une clause du connaissement port à port consigné sur un formulaire de la ECU-Line—Requête rejetée—Plusieurs facteurs favorisent l'application de la clause de compétence—Les facteurs qui militent en faveur d'un procès à Vancouver ne constituent pas des motifs suffisants pour écarter la clause de compétence—Cependant, la violation d'une clause essentielle au contrat ou le déroutement a eu pour effet d'empêcher ECU-Line d'invoquer les clauses du connaissement—Bien que les demandereses aient insisté pour que la cargaison soit transportée par voie maritime de Anvers à Seattle, vu que l'équipement photographique était sensible aux secousses et aux heurts, donc trop délicat pour être transporté par voie ferroviaire, le transporteur a prévu que le transport se ferait par voie maritime jusqu'à Montréal, puis par voie ferroviaire jusqu'à Seattle—En l'espèce, le déroutement effectué par ECU-Line était clairement délibéré et déraisonnable—Le transporteur perd par conséquent toute possibilité d'invoquer à son avantage les clauses du contrat—Étant donné qu'il n'y avait plus de contrat à l'époque où la cargaison des demandereses a été déchargée à Montréal, ECU-Line ne saurait se prévaloir d'une clause attributive de compétence—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106.

Z.I. POMPEY INDUSTRIES C. CANMAR FORTUNE (LE) (T-98-98, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 22-9-99, 10 p.)

La demanderesse, propriétaire d'une installation de terminal et de quais sur la rivière Fraser à Annacis Island,

**DROIT MARITIME—Suite**

réclame, à même le produit de la vente du navire *Cali*, la somme de 58 252,80 \$CAN pour payer les frais de mouillage à ce jour—International Trust and Finance Corporation (ITFC), créancier hypothécaire, inquiet que le produit de la vente soit consacré de façon trop importante aux frais de mouillage qui continuent à s'accumuler, plaide la règle 339(2) pour obtenir une modification des ordonnances antérieures qui ont en fait accordé une priorité à la réclamation de la demanderesse pour les frais de mouillage qui s'accumulent—Le *Cali* est au poste de mouillage d'Annacis Island depuis le 5 décembre 1996—Ordonnance de vente du *Cali* délivrée le 5 août 1998, la vente étant définitive le 1<sup>er</sup> décembre 1998—Le navire a été vendu 210 000 \$US, avec comme condition que l'acheteur ferait de son mieux pour enlever le *Cali* au plus tard 45 jours après la réalisation de la vente—Peu de temps après la vente, la demanderesse a obtenu gain de cause dans sa requête d'obtenir le paiement de 116 505,60 \$CAN pour couvrir les frais de mouillage accumulés du 22 juillet au 16 décembre 1998—Quant à la requête de la demanderesse: telles que rédigées, les ordonnances en cause permettent à la demanderesse de réclamer les frais de mouillage postérieurs au 22 juillet 1998 pendant une période indéterminée, avec une haute priorité—La demanderesse obtient donc gain de cause dans sa requête pour obtenir un paiement additionnel pour les frais de mouillage accumulés entre le 17 décembre 1998 et le 28 février 1999—Quant à la requête d'ITFC: pour modifier une ordonnance en vertu de la règle 399(2), il faut satisfaire à un critère en trois volets: que de nouveaux faits soient établis ou découverts après le prononcé de l'ordonnance; que la partie qui présente la requête démontre que les nouveaux faits n'auraient pu être découverts plus tôt même en faisant preuve de diligence raisonnable; et que, si les nouveaux faits avaient été mis en preuve dans l'action, l'ordonnance aurait probablement été différente—Une requête en vertu de la règle 399 est une exception au principe de l'autorité de la chose jugée—Le fait que l'acheteur du navire n'a pu l'enlever aussi rapidement que prévu, en l'absence d'un certificat de radiation et d'un autre poste de mouillage valable, donne au retard important et inattendu le caractère de nouveau fait—Dans les circonstances, ITFC a exercé une diligence raisonnable—Finalement, si le nouveau fait avait été connu lors de l'ordonnance de vente initiale, il est très probable que cela aurait fait une différence—Il faut toutefois trouver une solution équitable, puisqu'en même temps qu'ITFC voyait fondre le produit de la vente, la demanderesse continuait toujours lors du dépôt de cette requête à être privée de son poste de mouillage—Aucune ordonnance ou document n'accorde à l'acheteur le bénéfice de frais de mouillage prépayés après qu'il soit devenu propriétaire du *Cali*—De plus, rien n'empêche la demanderesse de prendre une action personnelle contre l'acheteur du *Cali* ou une action réelle contre le *Cali* pour les frais de mouillage après que l'acheteur ait pris possession du *Cali*—La demanderesse se voit donc accorder 28 jours de plus de frais de mouillage privilégiés—L'ordonnance est modifiée pour limiter la



**DROIT MARITIME—Fin**

priorité de la demanderesse pour les frais de mouillage, celle-ci prenant fin le 28 mars 1999—Règles de la Cour fédérale de 1998, DORS/98-106, règle 399(2).

ANNACIS AUTO TERMINALS (1997) c. *CALI* (LE)  
(T-1261-98, notaire Hargrave, ordonnance en date  
du 7-9-99, 18 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Appel contre une décision de la Section de première instance annulant le rejet que le CCDP avait opposé à la plainte de l'intimé en se basant strictement sur le fait que l'avis de rejet n'était pas appuyé de motifs—Appel accueilli—Considérant le caractère particulier et exceptionnel du recours; le rôle de la Commission au moment du dépôt de la plainte, soit d'examiner le sérieux de la plainte et de l'opportunité et de la soumettre à la sanction formelle d'un tribunal; le caractère purement administratif et discrétionnaire que la jurisprudence a toujours reconnu à une décision de rejet prise sous le régime de l'art. 44(3)b) de la Loi, tout en la soumettant à des exigences procédurales sévères susceptibles d'en assurer l'équité et l'impartialité; et que le Parlement s'est refusé à imposer à la Commission l'obligation de motiver ses refus de poursuivre l'étude de certaines plaintes—Il serait donc injustifiable de vouloir introduire des exceptions à la règle clairement établie que la Commission n'a pas à motiver le rejet d'une plainte sous l'art. 44(3)b) parce qu'elle est convaincue que, compte tenu de toutes les circonstances, l'examen de celle-ci n'est pas justifiée—Malgré la prise de position de plus en plus répandue que, malgré la règle, il peut y avoir des circonstances exceptionnelles où une explication de la décision devient requise pour pleinement satisfaire les principes d'équité et de justice naturelle, celle-ci ne pourra jamais convenir à une décision purement administrative comme celle de la Commission sous l'art. 44(3)b), rendue au terme d'un processus d'enquête ouvert et sans faille, mettant en cause essentiellement une question subjective d'appréciation de témoignages et de circonstances de faits—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 44(3)b) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64).

BROCHU c. BANQUE DE MONTRÉAL (A-566-96, juge  
Marceau, J.C.A., jugement en date du 7-10-99, 5 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****COMPÉTENCE**

Appel d'une décision de la Section de première instance ((1995), 100 F.T.R. 309) qui a statué que le président d'un comité d'appel constitué par la Commission de la fonction publique en vertu de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique n'a pas compétence pour remettre

**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

en question le bien-fondé du profil linguistique d'un poste à combler—Avant que la Loi sur l'emploi dans la fonction publique ne soit amendée en 1992, la jurisprudence était claire: un comité d'appel ne pouvait remettre en question les conditions d'obtention d'un poste qu'avait établies un ministère—Le nouvel art. 12.1 de la Loi n'a pas la portée que lui confère l'appelant—Il n'est qu'une continuation de l'art. 12(1) et ne vise lui aussi que le principe de la sélection au mérite—Il permet à la Commission de réviser l'exercice par un ministère des pouvoirs qu'elle lui a désignés et donc de réviser ce que fait un ministère dans un cas donné—L'art. 12.1 n'a modifié d'aucune façon les pouvoirs d'un comité d'appel—Un tel comité n'a pas plus aujourd'hui qu'hier compétence pour remettre en question le niveau linguistique d'un poste—Appel rejeté—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. 1985, c. P-33, art. 12.1 (édicte par L.C. 1992, c. 54, art. 11), 21 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ASSELIN (A-539-95,  
juge Décary, J.C.A., jugement en date du 13-10-99,  
5 p.)

**LANGUES OFFICIELLES**

Action visant à obtenir une déclaration portant qu'il a été porté atteinte aux droits du demandeur du fait qu'il n'a pas été autorisé à continuer à exercer les fonctions opérationnelles de son poste de contrôleur de la circulation aérienne après que des services bilingues ont été mis en œuvre à la tour de contrôle d'Ottawa pour satisfaire aux obligations imposées par la Loi sur les langues officielles—Le bilinguisme dans les services de contrôle de la circulation aérienne signifie que c'est au pilote que revient le choix de la langue utilisée dans les communications relatives à la circulation aérienne—En 1986, pour garantir la sécurité, le ministère des Transports a décidé d'exiger le bilinguisme comme condition d'embauche des contrôleurs de la circulation aérienne à la tour de contrôle d'Ottawa et il a modifié le profil linguistique des postes existants en remplaçant la mention «anglais essentiel» par la mention «bilingue»—La Direction générale de la formation linguistique de la Commission de la fonction publique a établi que le demandeur ne possédait pas les aptitudes requises pour satisfaire aux exigences linguistiques de son poste—La demande de mutation du demandeur a été rejetée pour cause de nécessité, afin d'assurer la poursuite des activités normales à la tour de contrôle d'Ottawa—Après avoir suivi des cours de langue privés au Berlitz Language Centre d'Ottawa, payés par le Ministère, et une période de formation linguistique offerte par la Commission de la fonction publique, pendant laquelle le demandeur n'avait pas le statut opérationnel, et après s'être fait accordé un nombre d'heures de formation supérieur à celui autorisé par le Conseil du Trésor pour atteindre le niveau C, le demandeur a finalement satisfait aux exigen-

## LANGUES OFFICIELLES—Suite

ces linguistiques du poste de contrôleur de la circulation aérienne—A-t-il été porté atteinte aux droits conférés au demandeur par le Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique?—Action rejetée—L'art. 20 de la Loi sur l'emploi sur la fonction publique exigeait des fonctionnaires qu'ils possèdent, en ce qui concerne la connaissance et l'usage soit du français, soit de l'anglais, soit des deux langues, les qualifications que la Commission estime nécessaires—Des mesures ont été prises pour aider le titulaire unilingue d'un poste de durée indéterminée dont les exigences linguistiques ont été modifiées pour rendre le bilinguisme obligatoire: le Décret d'exclusion permettait de soustraire certains fonctionnaires aux exigences linguistiques de leur poste—L'arrêt *Kelso c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 199 a établi que le Décret d'exclusion conférait à un contrôleur de la circulation aérienne de Montréal le droit de conserver son poste même s'il ne satisfaisait pas à ses exigences linguistiques—Toutefois, compte tenu de la constitutionnalisation des droits linguistiques par les art. 16(1) et 20(1) de la Charte, des modifications apportées à la Loi sur les langues officielles et des indications données récemment par la Cour suprême dans l'arrêt *Beaulac c. La Reine*, [1999] 1 R.C.S. 768, relativement aux principes applicables à l'interprétation de la portée et de l'application des droits linguistiques, la décision rendue par le juge Dickson dans l'affaire *Kelso*, n'était pas déterminante quant à la question de savoir si, sous le régime législatif et constitutionnel actuel, le demandeur avait droit à une déclaration portant qu'il a été porté atteinte à ses droits—Les droits linguistiques constitutionnalisés dans les art. 16(1) et 20(1) de la Charte et les art. 21 (le droit de communiquer avec les institutions fédérales et d'en recevoir les services) et 34 (le français et l'anglais sont les langues de travail dans les institutions fédérales et le personnel a le droit d'utiliser l'une ou l'autre) de la Loi sur les langues officielles entraînent en jeu en l'espèce—Les obligations correspondantes imposées aux institutions fédérales par les art. 22, 35 et 36 de la Loi sur les langues officielles étaient aussi pertinentes—Selon le raisonnement axé sur l'objet retenu dans l'arrêt *Beaulac* et compte tenu de l'art. 2 de la Loi sur les langues officielles, le principe de l'égalité réelle a une signification et signifie que les droits linguistiques institutionnels exigent des mesures gouvernementales pour leur mise en œuvre et créent, en conséquence, des obligations pour l'État—Les art. 22, 35 et 36 de la Loi sur les langues officielles exigent respectivement que les institutions fédérales veillent à ce que le public puisse communiquer avec elles et en recevoir les services dans les deux langues officielles dans la région de la capitale nationale et dans les autres régions désignées, et à ce que leur milieu de travail soit propice à l'usage effectif des deux langues officielles—En l'espèce, étant donné la nature intégrée des opérations de contrôle de la circulation aérienne et l'importance du fait que tous les contrôleurs soient au courant des activités et des événements qui surviennent dans le secteur, le Ministère a décidé de s'acquitter des devoirs et obliga-

## LANGUES OFFICIELLES—Fin

tions que lui impose la Loi sur les langues officielles de donner effet aux droits linguistiques prévus par les art. 21 et 34 en instaurant un milieu de travail entièrement bilingue pour la prestation sécuritaire et effective des services bilingues de contrôle de la circulation aérienne—Le Ministère croyait aussi qu'un milieu de travail entièrement bilingue était nécessaire pour promouvoir la cohésion dans l'effort de groupe requis dans le milieu complexe du contrôle de la circulation aérienne, et que la présence d'un contrôleur unilingue de la circulation aérienne obligerait chacun à travailler dans sa langue, ce qui l'empêcherait d'atteindre son but—Un milieu de travail entièrement bilingue était aussi conforme, à long terme, avec les exigences très élevées en matière de sécurité que le Ministère applique à la prestation des services de contrôle de la circulation aérienne—Les faits en cause établissaient l'existence d'une incompatibilité entre, d'une part, les droits linguistiques constitutionnels et les obligations correspondantes imposées au Ministère par la Loi sur les langues officielles et, d'autre part, le Décret d'exclusion qui soustrayait le demandeur à l'obligation d'être bilingue—En vertu de l'art. 82 de la Loi sur les langues officielles, les dispositions des parties IV et V, concernant respectivement les communications avec le public et la prestation des services et la langue de travail, l'emportent sur les dispositions incompatibles—Le demandeur ne pouvait donc pas se prévaloir du Décret d'exclusion pour se soustraire au bilinguisme obligatoire prévu par l'art. 20 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—En conséquence, il n'avait pas le droit d'exercer des fonctions opérationnelles en occupant son poste de contrôleur de la circulation aérienne à la tour de contrôle d'Ottawa après la mise en œuvre de services bilingues de contrôle de la circulation aérienne, tant qu'il ne répondait pas aux exigences linguistiques de son poste—Cependant, le Ministère aurait dû l'autoriser à être muté ou à exercer d'autres fonctions significatives correspondant à sa formation et à son expertise—Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, ch. O-2—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985), ch. O-3—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31, art. 2, 21, 22, 31, 34, 35, 36, 82, Parties IV, V—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 20—Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique, DORS/81-787—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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 16(1), 20(1).

SCHREIBER C. CANADA (T-1770-94, juge McGillis, jugement en date du 21-10-99, 61 p.)

## MARQUES DE COMMERCE

## ENREGISTREMENT

Appel d'une décision accueillant l'opposition formée par l'intimée à la demande présentée par l'appelante en vue de

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

faire enregistrer la marque de commerce «Canadian Reflections» en liaison avec des vêtements et des accessoires vestimentaires—Le registraire a conclu que la marque de commerce de l'appelante risquait de créer de la confusion avec les marques de commerce enregistrées «Northern Reflections» de l'intimée qui étaient utilisées en liaison avec des marchandises semblables vendues dans 179 magasins de détail Northern Reflections—En appel, l'intimée affirmait qu'elle employait sa marque de commerce non enregistrée «Canadian Reflections» depuis mars 1992 en liaison avec des tee-shirts et des pulls d'entraînement—Le débat porte sur la confusion entre la marque «Canadian Reflections» de l'appelante et la marque de commerce enregistrée «Northern Reflections» de l'intimée—Appel rejeté—C'est au demandeur qu'il incombe de démontrer qu'il n'y a aucun risque de confusion—La décision du registraire a droit à un certain degré de retenue judiciaire, même en appel, en raison du statut de tribunal spécialisé dont jouit le registraire lorsqu'il agit dans ce domaine—Le registraire a soigneusement examiné les circonstances entourant l'utilisation actuelle et proposée des deux marques de commerce et a conclu qu'il n'y avait aucun risque raisonnable de confusion entre les marques, étant donné qu'elles pouvaient être vendues dans des magasins voisins—Le protonotaire n'a commis aucune erreur, compte tenu des éléments dont il disposait—Les éléments présentés en appel sont différents, mais n'ont aucune incidence sur l'issue de la cause car il est impossible de modifier la demande d'enregistrement une fois que le registraire l'a rejetée—Certaines modifications sont possibles, mais le bon sens permet de penser qu'on ne peut modifier ce qui a déjà fait l'objet d'une décision—Dès lors qu'il s'était prononcé sur la demande dont il était saisi, le registraire était *functus officio* et ne pouvait tenir compte de modifications à la demande—Le pouvoir de la Cour de recevoir des éléments de preuve dont le registraire ne disposait pas qui est prévu à l'art. 56(5) de la Loi ne comprend pas le pouvoir de trancher une demande dont le registraire n'était pas saisi—La demande modifiée n'est pas celle que le registraire a rejetée et elle ne peut faire l'objet d'un appel, étant donné qu'elle n'a pas fait l'objet d'une décision de la part du registraire—En pratique, permettre de telles modifications conduirait à une série d'approximations successives dans lesquelles les requérants rédigerait leurs demandes aussi largement que possible devant le registraire pour les restreindre au niveau de l'appel pour tenir compte des objections du registraire—Il s'ensuivrait un gaspillage qu'il ne faut pas encourager—Le fait qu'une marque donnée ne crée pas de confusion avec une autre marque incorporant un mot déterminé ne signifie pas qu'elle ne crée pas de confusion avec toute autre marque comprenant le même mot—Finalement, même si l'on peut soutenir qu'il ressort des éléments de preuve relatifs à l'état du registre que les consommateurs sont capables de faire des distinctions subtiles entre des marques comportant un mot commun, il était tout à fait loisible au registraire, dans l'exercice de sa compétence spécialisée, de conclure que les mots

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

«Canadian» et «Northern» étaient suffisamment rapprochés dans l'idée qu'ils évoquent pour qu'on puisse raisonnablement conclure qu'ils créeront de la confusion lorsqu'ils sont employés avec un mot commun comme «Reflections» pour désigner des marchandises identiques empruntant les mêmes voies commerciales—Loi sur les marques de commerce, L.R.C (1985), ch. T-13, art. 56(5).

VEJEE GROUP (CANADA) LTD. C. WOOLWORTH CANADA INC. (T-1653-98, juge Pelletier, ordonnance en date du 5-11-99, 13 p.)

**PENSIONS**

Demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Commission d'appel des pensions (CAP) refusant au demandeur le versement de prestations d'invalidité aux termes du Régime de pensions du Canada—Le demandeur a terminé sa dixième année et reçu un certificat d'électricien professionnel—Il a cessé de travailler en raison de maux de dos et son médecin de famille lui a diagnostiqué un cas de blessure chronique au dos, d'engourdissement à la jambe droite et de blocage d'une artère—Le défendeur a reçu la demande de prestations d'invalidité le 6 juillet 1995—Le ministre a rejeté la demande de prestations d'invalidité du demandeur—Seul le médecin de famille du demandeur a émis l'opinion que ce dernier était invalide—Le tribunal de révision a rejeté l'appel du demandeur au motif qu'il n'était pas invalide au sens du Régime—L'état de santé du demandeur ne l'empêchait pas de détenir toutes sortes d'occupations véritablement rémunératrices—Le vice-président de la Commission, a rejeté l'autorisation d'interjeter appel de cette décision devant la Commission d'appel des pensions—La norme de contrôle applicable pour déterminer si la Cour peut infirmer une décision rendue par la Commission est déterminée par plusieurs facteurs: la présence ou l'absence d'une clause privative, l'expertise du tribunal, l'objet de la Loi dans son ensemble et de la disposition législative en cause, et la nature de la question à trancher—La clause privative contenue à l'art. 84(1) du Régime de pensions du Canada prescrit que les décisions de la CAP doivent faire l'objet d'une plus grande retenue judiciaire—Il s'agit d'une «clause privative» qui est assujettie au contrôle judiciaire—Un niveau moyen à faible de retenue judiciaire est de mise à l'égard des décisions de la CAP—Les décisions de la CAP ne doivent pas être modifiées à la légère, à moins qu'elles ne comportent des erreurs de droit ou de fait—La décision du vice-président de la Commission est raisonnable en l'espèce—En examinant le bien-fondé de la décision de la CAP, la Cour ne peut se pencher que sur les éléments de preuve dont disposait le décideur—Tous les problèmes de santé et les caractéristiques personnelles que le demandeur soumet comme étant la cause de son incapacité à détenir une occupation véritablement rémunératrice ne remplissent pas les critères de l'art. 42(2) de la Loi—La loi ne prescrit pas la prise en compte de l'âge

**PENSIONS—Fin**

ou de la formation aux termes de l'art. 42(2)—Les éléments de preuve présentés par le médecin de famille du demandeur et les spécialistes ont tous été adéquatement examinés et évalués—La CAP a correctement appliqué le critère prescrit par la Loi pour évaluer l'invalidité—Il n'y a pas d'erreur de droit ou de fait qui soit susceptible de contrôle judiciaire et qui justifierait que la Cour intervienne à l'égard de la décision de la CAP—Demande rejetée—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 42 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 12; L.C. 1992, ch. 1, art. 23; 1996, ch. 11, art. 95b); 1997, ch. 40, art. 68), 84 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 45; L.C. 1990, ch. 8, art. 46).

DAVIES C. CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) (T-1789-98, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 7-10-99, 21 p.)

**PRATIQUE**

Instruction distincte des questions en litige—Requête en vue d'obtenir une ordonnance autorisant (i) que l'action en contrefaçon d'une marque de commerce soit instruite sans que les parties aient à présenter des éléments de preuve sur l'importance de la présumée contrefaçon et les questions relatives aux dommages-intérêts ou aux profits découlant de cette contrefaçon; (ii) que des modifications soient apportées à la défense et demande reconventionnelle—Les questions doivent être instruites de manière distincte lorsque la Cour, suivant la prépondérance des probabilités, est convaincue, à la lumière de la preuve et de tous les faits de l'affaire (y compris la nature de la réclamation, la conduite de l'instance, les questions en litige et les réparations demandées), que le fait de séparer les questions apportera plus vraisemblablement une solution juste, expéditive et économique au litige: *Ilva Saronno S.p.A. c. Privilegiata Fabrica Maraschino «Excelsior»*, [1999] 1 C.F. 146 (1<sup>re</sup> inst.)—Il faut d'abord se fonder sur la prémisse voulant qu'il soit habituellement plus efficace de trancher toutes les questions ensemble; la disjonction de l'instance entraîne normalement la duplication des étapes procédurales et des frais—Il est déterminant d'établir dans quelle mesure la disjonction des questions en litige est susceptible de se traduire par des économies appréciables quant au temps et à l'ensemble des frais—La défenderesse emploie la marque de commerce «Value Village» en liaison avec des friperies—La Cour n'est pas convaincue qu'il serait ardu d'établir les profits attribuables aux friperies se trouvant au Canada—Si les renseignements financiers n'ont pas déjà été fournis, il est peu probable que le fait de maintenant exiger leur production prolonge considérablement le processus de communication orale—La défenderesse n'a pas prouvé que la séparation des questions se traduirait plus vraisemblablement par une solution du litige qui soit juste, expéditive et plus économique que ne le permettrait la poursuite d'une instance unique—Quant aux modifications proposées à l'égard de la défense et demande

**PRATIQUE—Suite**

reconventionnelle, la Cour applique maintenant les règles relatives à la gestion des instances, surtout lorsque l'action est en instance depuis de nombreuses années—Action introduite en 1992—En 1998, on a autorisé la poursuite de l'action suivant un échancier convenu et produit par les parties, selon lequel toutes les requêtes visant les actes de procédure devaient être déposées au plus tard en février 1999—Lorsqu'une partie est autorisée à poursuivre une action en fonction d'un échancier qui fixe la date à laquelle les requêtes touchant les actes de procédure doivent être déposées, il n'est pas justifié d'autoriser, après cette date, une modification fondée sur des faits dont cette partie pouvait raisonnablement avoir connaissance avant la date limite—L'ajout d'une conclusion fondée sur l'art. 7a) de la Loi sur les marques de commerce n'est pas accordé—La modification visant à ajouter une qualification juridique des faits est peu susceptible de prolonger les mesures préparatoires au procès—La modification prévoyant la présentation de moyens à l'appui de la réparation supplémentaire qui vise à restreindre la portée géographique des droits de la demanderesse découlant de sa marque de commerce est accordée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7a).

VALUE VILLAGE MARKET (1990) LTD. C. VALUE VILLAGE STORES CO. (T-2707-92, juge Reed, ordonnance en date du 29-10-99, 9 p.)

Réunion d'instances—Déclarations—Les bandes indiennes de Louis Bull et de Montana ont déposé des actions en 1993 pour revendiquer 25 p. 100 des dommages-intérêts dus en raison du préjudice que leur a causé la défenderesse par abus de confiance et par manquement à ses obligations de fiduciaire et en *equity* relativement à la réserve de Pigeon Lake, de même que 25 p. 100 de l'ensemble des profits, recouvrements et redevances tirés de la production de pétrole et des ressources gazières de la réserve—Les parties ont convenu que les dossiers des actions engagées en 1993 resteraient inactifs dans l'attente de l'issue des actions intentées en 1989 par les bandes indiennes de Samson et d'Ermineskin, lesquelles reposaient sur des faits et des questions analogues—En 1999, les bandes indiennes de Louis Bull et de Montana ont intenté des actions pour obtenir des jugements déclaratoires et des dommages-intérêts en raison de certaines sommes d'argent versées au titre des redevances ou revenus de la production de pétrole et de gaz de la réserve de Pigeon Lake, chaque bande revendiquant 25 p. 100 de l'ensemble des redevances et revenus détenus ou payés par la défenderesse directement ou pour le compte des quatre bandes ayant droit à une part des redevances—La Couronne fait valoir que les déclarations contenues dans le cadre des actions de 1999 sont essentiellement les mêmes que celles des actions de 1993—38 paragraphes des déclarations afférentes aux actions de 1993 sont identiques à 38 des 39 paragraphes des déclarations afférentes aux actions de 1999—Le seul paragraphe qui diffère des autres expose les

**PRATIQUE—Suite**

redressements sollicités—Les bandes indiennes demanderesse ont intenté des actions reposant sur différentes causes et différentes mesures de redressement; les paragraphes contenus dans les déclarations afférentes aux actions de 1993 n'ont pas leur équivalent dans les déclarations de 1999—Les actions intentées en 1993 ont une portée considérablement plus large que les actions intentées en 1999 étant donné qu'elles comportent davantage d'allégations de faute et sollicitent ainsi davantage de redressements—En raison de ces différences, l'instruction des actions intentées en 1993 risque de prendre largement plus de temps que l'instruction des actions intentées en 1999—Malgré ces différences, le nombre important de paragraphes identiques, la réalité des faits sur lesquels les deux actions sont fondées, le contexte des faits et les principes juridiques permettant de définir les liens existant entre les bandes demandresses et la Couronne sont les mêmes—Les deux actions sollicitent un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts, et en ce qui concerne l'ensemble des réclamations avancées dans le cadre des deux actions, il faudra que la Cour se prononce sur la nature des relations qui existent entre les diverses parties, sur les obligations susceptibles d'en découler et sur le redressement qu'imposerait tout manquement à ces responsabilités—Les doctrines de la *res judicata* et de la chose jugée comme fin de non-recevoir ne s'appliquent pas; cependant, il se peut que les principes à la base de ces deux doctrines aient une valeur convaincante puisqu'ils requièrent que toutes les questions soulevées dans le cadre d'une cause d'action évoquée entre les mêmes parties soient tranchées une fois pour toutes afin d'éviter la duplication des procédures, l'emploi superflu de ressources judiciaires et la possibilité de voir intervenir des décisions contradictoires—La situation justifie que la Cour, par une ordonnance rendue de sa propre initiative, prescrive que l'action intentée en 1993 et celle introduite en 1999 soient réunies en vertu de la règle 105—La réunion des deux instances préserverait toutes les demandes et les mesures de redressement sollicitées—Il ne s'agit aucunement de s'opposer à la volonté des demandresses d'obtenir dans les plus brefs délais les mesures de redressement qu'elles sollicitent dans le cadre de l'action introduite en 1999, car en vertu de la règle 106, la Cour peut ordonner qu'une ou plusieurs causes d'action dans une même instance soient poursuivies en tant qu'instances distinctes lorsque l'audition de deux ou plusieurs causes d'action dans une même instance compliquerait indûment ou retarderait le déroulement de celle-ci ou porterait préjudice à une partie—Le moment venu, les demandresses pourront proposer l'instruction d'une cause d'action lorsque seront réunis les éléments de preuve nécessaires—Aux termes de la règle 107, la Cour peut, de sa propre initiative, ordonner l'instruction d'une question soulevée—Si les parties s'entendent sur les faits, elles pourront, en vertu de la règle 220, demander à la Cour de statuer sur les points litigieux—La réunion des deux actions évite la multiplicité des instances et favorise, contrairement à des actions distinctes, une procédure plus rapide et moins coûteuse—Dans les deux

**PRATIQUE—Suite**

actions telles qu'elles sont présentement formulées, les parties sont les mêmes, il existe une grande similarité quant aux questions de droit et de fait invoquées et les deux actions sont fondées en grande partie sur des preuves analogues—L'ordonnance proroge également les délais, portant à 45 jours après le dépôt d'une déclaration à nouveau modifiée le temps dont dispose la défenderesse pour déposer sa défense—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 106, 107, 220.

BANDE INDIENNE DE LOUIS BULL C. CANADA  
(T-2953-93, T-2954-93, T-57-99, T-61-99, juge  
MacKay, ordonnance en date du 26-10-99, 20 p.)

**ACTES DE PROCÉDURE***Requête en radiation*

Appel d'une décision de la Section de première instance accueillant la requête en radiation de la déclaration de l'appelant dans une action visant à faire cesser la pratique selon laquelle les détenus qui purgent des peines d'emprisonnement à perpétuité sont assujettis à la «double occupation involontaire des cellules»—L'appel est accueilli—La Cour n'est pas convaincue qu'une requête en radiation, au motif que les actes de procédure ne révèlent aucune cause raisonnable d'action, soit la procédure indiquée dans les cas où la question en litige est de savoir si une partie aurait dû entreprendre un contrôle judiciaire ou une action—Juger de l'à-propos d'une procédure est une question distincte de celle de savoir si la procédure, si appropriée, révèle une cause raisonnable d'action—L'intention des Règles est précisément d'éviter la radiation des procédures qui auraient dû être introduites sous une autre forme—Une fois que l'on a constaté qu'une procédure donnée est un contrôle judiciaire ou une action, le devoir de la Cour est de déterminer quelle est la catégorie applicable et de permettre que l'instance soit continuée de cette façon—Les avocats et la Cour doivent trouver les moyens d'aborder la question intelligemment et de façon pratique—Les nouvelles Règles de la Cour fédérale (1998) donnent à la Cour et aux avocats le moyen d'éviter facilement, chaque fois que la chose est possible, d'avoir à recourir à des moyens aussi radicaux que les requêtes en radiation—À titre d'exemple, la règle 57 fait en sorte que la Cour n'annule pas un acte introductif d'instance au seul motif que l'instance aurait dû être introduite par un autre acte introductif d'instance—Il est tout à fait inutile de demander la radiation d'actes de procédure quand, en bout de ligne, la Cour permettra au demandeur ou au défendeur de déposer un nouvel acte de procédure en bonne et due forme—Une requête en contestation d'irrégularités, en vertu de la règle 58, pourrait bien se révéler être un moyen utile, cependant moins radical, d'opérer le changement désiré—Dans une affaire où l'on recherche plusieurs réparations différentes, les unes nécessitant une action, les autres un contrôle judiciaire, la marche à suivre est de

**PRATIQUE—Suite**

déterminer quelle est la réparation qui, logiquement, est à envisager en premier lieu, ensuite de déterminer si la procédure entreprise est celle indiquée au vu de la réparation et, sinon, de permettre à la partie de la corriger en y apportant les modifications appropriées—Quant aux allégations scandaleuses, frivoles, vexatoires, non pertinentes ou redondantes, lorsque la Cour est en présence d'une partie qui se représente elle-même, elle ne doit pas trop facilement se laisser rebuter par les allégations ou arguments dont, simplement, la formulation ne correspond pas aux normes juridiques consacrées—En l'espèce; 43 allégations sont acceptables, 11 sont totalement inacceptables—La plupart des réparations recherchées sont soit rédigées de façon si confuse qu'elles deviennent inintelligibles soit centrées sur des dommages-intérêts qui ne peuvent être sollicités que dans le cadre d'une action—Même l'intitulé de la cause est incorrect—Les vices affectent la procédure dans son ensemble et ils ne peuvent être corrigés par une simple modification—La requête en radiation a été accordée avec raison par le juge des requêtes—Néanmoins, la nature de la question soulevée, le nombre de paragraphes qui sont acceptables, le fait que la partie intimée connaisse suffisamment bien la question principale soulevée par l'appelant et certains des éléments de preuve que l'appelant a l'intention de présenter, le respect pour le processus judiciaire et le fait que l'appelant soit un détenu pour qui la possibilité d'effectuer des recherches et les commodités de travail sont très limitées, tout porte la Cour à conclure qu'elle est en présence d'une procédure qui mérite d'être continuée et que la Cour devrait permettre à l'appelant de déposer un acte de procédure modifié qui prendrait la forme d'une demande de contrôle judiciaire dirigée contre le Service correctionnel du Canada et écrite de façon à être conforme aux lignes directrices énoncées dans les présents motifs—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/ 98-106, règles 57, 58.

SWEET C. CANADA (A-324-98, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 4-10-99, 15 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET  
INTERROGATOIRE PRÉALABLE

*Interrogatoire préalable*

Requête en vue d'obtenir des directives prévues par la règle 54 des Règles de la Cour fédérale (1998); le demandeur veut que les interrogatoires préalables se tiennent l'un à la suite de l'autre, sans délai appréciable entre le premier interrogatoire, celui du témoin du défendeur, et le second interrogatoire, celui du demandeur; la défenderesse cherche à obtenir soit que l'agente de brevets informée du dossier soit présente aux interrogatoires, soit qu'il y ait une suspension après l'interrogatoire du défendeur pour que l'avocat puisse obtenir une transcription et demande l'avis professionnel de l'agente des brevets—Le demandeur mentionne

**PRATIQUE—Suite**

la règle 54 qui permet aux parties à un litige de demander des directives à suivre—Ces directives ne portent pas sur une question en litige, mais sur la conduite d'une instance—Les questions qui se posent en l'espèce sont mixtes: il y a la question de procédure qui vise la pratique des interrogatoires préalables tenus l'un à la suite de l'autre par opposition à la tenue d'interrogatoires espacés qui est couverte par une directive prévue par la règle 54 et la question de savoir qui peut être présent à l'interrogatoire préalable—La défenderesse s'est présentée à l'interrogatoire préalable avec le témoin et l'agente de brevets—Le demandeur s'est opposé à la présence de l'agente de brevets qui n'a pas été reconnue expert—Suivant la règle 236(2), une partie défenderesse peut procéder à un interrogatoire préalable en tout temps après la production de la déclaration en signifiant simplement une assignation à comparaître prévue à la règle 91(1)—Les règles ne limitent aucunement ce pouvoir discrétionnaire de fixer un interrogatoire préalable—Aucune convention ou règle n'oblige la partie défenderesse à tenir les interrogatoires préalables l'un à la suite de l'autre—Elle peut établir le calendrier des interrogatoires préalables comme elle l'entend—La défenderesse a gain de cause pour ce qui est de la présence de l'agente des brevets à l'interrogatoire préalable—L'autre solution, soit une suspension entre les interrogatoires, est raisonnable et adéquate—Contrairement à l'instruction, l'interrogatoire préalable est une procédure privée—Les règles et la procédure qui s'appliquent à l'interrogatoire préalable visent à fournir une procédure efficiente et efficace—L'interrogatoire préalable vise à éviter toute surprise à l'instruction—Le processus de l'interrogatoire préalable doit être juste pour les deux côtés—Pour atteindre ces objectifs, l'avocat peut vouloir amener à l'interrogatoire une personne-ressource, un spécialiste ou un conseiller dans un certain domaine pertinent—Un tel assistant contribue à la tenue d'un interrogatoire préalable juste, rapide et expéditif, un interrogatoire qui servira les fins de la justice, qui épargnera de l'argent au client—La défenderesse peut choisir l'une ou l'autre des solutions—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 54, 91, 236.

NASH C. SANJEL CEMENTERS LTD. (T-2827-96, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 9-9-99, 13 p.)

*Ordonnances Anton Piller*

Demande de «prorogation» de l'ordonnance du juge Pinard, qui constitue en soi une prorogation d'ordonnances antérieures dont la première remonte à l'année 1991—Il s'agit d'ordonnances Anton Piller «à portée étendue», ce qui signifie que les défendeurs sont inconnus à la date à laquelle l'ordonnance est rendue et sont appelés M<sup>m</sup> et M. Untel—Les ordonnances autorisent la saisie de biens privés comme éléments de preuve dans des procédures relatives à la contrefaçon de marques de commerce—L'ordonnance demandée est accordée, étant donné que la preuve présentée

**PRATIQUE—Suite**

au soutien de cette demande respecte ou dépasse la norme applicable—Le fondement de la preuve se rapportant aux ordonnances Anton Piller devrait traduire la nature envahissante de l'ordonnance—L'existence d'ordonnances Anton Piller vise à reconnaître que des problèmes extraordinaires nécessitent des solutions extraordinaires—Ces ordonnances «à portée étendue» pourraient lier tous ceux qui font le commerce de certains types de biens à la consommation—La Cour doit être convaincue que l'atteinte possible aux droits individuels est justifiée par la preuve dont elle est saisie quant à l'ampleur de la contrefaçon des droits de la demanderesse.

CLUB MONACO INC. C. WOODY WORLD DISCOUNTS (T-1186-91, juge Pelletier, ordonnance en date du 28-10-99, 9 p.)

**FRAIS ET DÉPENS**

Adjudication des dépens à l'égard de trois requêtes présentées dans le cadre d'une action en contrefaçon introduite en 1994 par les demandresses, désignées sous l'appellation Glaxo, contre plusieurs fabricants de médicaments génériques dont Novopharm—Les requêtes résultent du refus opposé à 3 000 questions posées à l'inventeur désigné et à deux représentants de Glaxo en interrogatoire préalable—La plupart des questions ont été «prises en délibéré» par l'avocat de Glaxo et subséquemment refusées—D'autres questions ont fait l'objet d'objections—Novopharm a présenté une requête pour obliger Glaxo à répondre aux questions auxquelles un refus avait été opposé et à produire les documents demandés—Requête débattue devant le protonotaire adjoint Giles—Celui-ci a ordonné à Glaxo de payer les dépens de Novopharm quelle que soit l'issue de la cause, adjugeant les dépens à un niveau élevé—Les règles relatives aux dépens évoluent, et elles permettent maintenant à la Cour d'adjudger les dépens afférents à une requête indépendamment de l'issue de l'instruction—La détermination des dépens afférents aux requêtes peut viser à promouvoir la marche expéditive de l'instance—La décision prise au nom de Glaxo de prendre en délibéré 3 000 questions et de s'y opposer au moment de l'interrogatoire a retardé considérablement le cheminement de l'affaire vers l'instruction, a imposé des dépenses inutiles à Novopharm et a fait indûment appel aux ressources limitées de la Cour—En prenant en délibéré autant de questions, l'avocat s'est, en fait, soustrait à l'exigence prévue par les règles de motiver une objection, et a ainsi privé l'avocate de Novopharm de la possibilité de reformuler les questions en réponse à l'objection—La règle 400(3) énumère les facteurs que la Cour peut prendre en considération dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière d'adjudication des dépens—Il convient que la Cour exprime, par l'intermédiaire de l'adjudication des dépens, qu'elle réprouve fortement l'attitude déraisonnable adoptée au nom d'une partie et qu'elle souhaite faire connaître sa

**PRATIQUE—Suite**

désapprobation à l'ensemble de la profession pour décourager un tel comportement à l'avenir—La requête de Glaxo interjetant appel de l'adjudication des dépens contenue dans l'ordonnance du 11 janvier 1999 est rejetée—Requête de Novopharm interjetant appel du refus du protonotaire adjoint d'obliger Glaxo à répondre à certaines questions—Le comportement de l'avocat de Glaxo lors de l'interrogatoire a allongé la durée, augmenté les coûts des procédures et nuï au droit de Novopharm à un interrogatoire préalable efficace à un point tel qu'il est pleinement justifié également d'adjudger des dépens entre parties, quelle que soit l'issue du litige, relativement à l'appel par voie de requête—Novopharm a aussi interjeté appel de l'ordonnance du protonotaire adjoint portant que, relativement à la requête en fixation des termes de l'ordonnance statuant sur la requête pour production, les dépens suivraient l'issue de la cause—Le protonotaire adjoint a tenu compte de l'adjudication de dépens antérieure et a jugé qu'elle sanctionnait assez lourdement le comportement de Glaxo—Il n'a pas commis d'erreur en prescrivant, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire quant aux dépens, que ceux-ci suivraient l'issue de la cause—Appel rejeté—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 400.

GLAXO GROUP LTD. C. NOVOPHARM LTD. (T-431-94, juge Evans, ordonnances en date du 12-10-99, 14 p.)

La demanderesse veut obtenir les dépens sur la base avocat-client pour le désistement de la demande visée en l'espèce—Elle allègue que le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social a causé inutilement l'introduction de la demande et lui a infligé des dommages financiers importants en refusant de délivrer un avis de conformité (AC) dans un délai raisonnable—En août 1995, Apotex a déposé, auprès du ministre, une demande d'AC concernant ses comprimés d'ofloxacin—Ortho-McNeil Inc. a déposé une demande d'ordonnance d'interdiction pour empêcher la délivrance de l'AC—Une ordonnance de la Cour a été prononcée le 29 avril 1997, autorisant les demandresses à se désister de la procédure sur la foi des engagements d'Apotex Inc. mentionnés et exposés dans les Conditions de règlement—Au 11 juin 1997, Apotex avait répondu à toutes les demandes de renseignements du ministre pour la délivrance de l'AC mais le ministre a refusé de délivrer l'avis—Selon le ministre, le remplacement par Apotex du méthanol par l'éthanol comme solvant dans l'isolement et la purification de la molécule constituait un changement du procédé visé par l'ordonnance de la Cour—Dans des lettres envoyées au ministre les 2, 10 et 20 octobre 1997, Apotex a affirmé que le retard du ministre à lui délivrer l'AC lui avait déjà occasionné de lourds dommages financiers parce qu'elle n'avait pu faire inclure son médicament dans les formulaires des provinces—Instance introduite le 24 octobre 1997 en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au ministre de délivrer l'AC—Suivant la règle 400(1), la Cour «a entière discrétion pour déterminer le montant des dépens, les

## PRATIQUE—Suite

répartir et désigner les personnes qui doivent les payer»—L'interprétation faite par le ministre de l'ordonnance du 29 avril 1997 ne se défend pas—Le ministre ne s'est pas penché sérieusement sur la question et il a attendu jusqu'au 3 février 1998 pour reconnaître l'erreur commise et la corriger—La demanderesse a droit à la totalité des dépens engagés pour présenter sa demande—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 400.

APOTEX INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-2300-97, juge Reed, ordonnance en date du 29-9-99, 7 p.)

## JUGEMENTS ET ORDONNANCES

*Annulation ou modification*

Requête déposée par la Couronne en vertu de la règle 397 des Règles de la Cour fédérale (1998) en vue d'examiner de nouveau une ordonnance accueillant la demande de contrôle judiciaire—L'avocat de la Couronne avait reconnu que l'omission d'accorder au demandeur une entrevue, même s'il avait obtenu plus de 60 points dans l'appréciation initiale de sa demande, était une erreur qui donnait au demandeur le droit de faire annuler la décision de l'agent des visas—La Couronne s'est tardivement rendu compte qu'elle aurait dû porter à mon attention l'art. 11.1 du Règlement sur l'immigration de 1978—L'art. 11.1 prévoit que, parce que le demandeur n'avait pas obtenu de point dans la catégorie du «facteur professionnel», il n'aurait pas eu droit à une entrevue même s'il a obtenu plus de 60 points—La question est de savoir si l'omission de la Couronne de soulever un argument juridique au cours d'une audience est un fondement approprié pour demander le réexamen d'une ordonnance en vertu de la règle 397(1)b)—La Couronne fait erreur en s'appuyant sur la décision *Jhaji c. Canada* (*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*), [1995] 2 C.F. 369 (1<sup>re</sup> inst.) pour prétendre que la règle 397 a priorité sur la doctrine de la chose jugée—La décision *Jhaji* traite de la règle qui a précédé la règle 399, et ne s'applique pas en l'espèce—En supposant que la Couronne a à bon droit invoqué la règle 397, tous les arguments qui ont été présentés doivent être réexaminés selon le bien-fondé de cette affaire—La Couronne ne réfute pas l'affirmation du demandeur selon laquelle elle lui a envoyé des renseignements périmés sur lesquels il s'est appuyé pour présenter sa demande—Le métier qu'il avait l'intention d'exercer au Canada aurait été différent si le demandeur avait obtenu des renseignements exacts—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 397, 399—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11.1 (édicte par DORS/92-133, art. 3).

ARJUN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5482-98, juge Sharlow, ordonnance en date du 4-10-99, 7 p.)

## PRATIQUE—Suite

## MODIFICATION DES DÉLAIS

Requête pour obtenir une ordonnance prorogeant le délai prévu pour déposer une défense ainsi que l'autorisation de la déposer—Déclaration signifiée au ministre de la Justice le 21 avril 1999—Une défense aurait dû être déposée dans les 30 jours, conformément à la règle 204 des Règles de la Cour fédérale (1998)—La requête s'appuie sur l'affidavit de l'avocate, la défense étant jointe à l'affidavit—La règle 82 précise qu'un avocat ne peut à la fois être l'auteur d'un affidavit et présenter à la Cour des arguments fondés sur cet affidavit, sauf avec l'autorisation de la Cour—Il est irrégulier de déposer une défense de quelque manière que ce soit avant d'avoir obtenu l'autorisation—L'affidavit décrit une coutume qui s'est développée chez les avocats de Toronto de ne pas respecter strictement les Règles au sujet de la signification des défenses sans que l'avocat du demandeur n'avise l'avocat du défendeur qu'il devra produire une défense dans le respect strict des Règles, ce qui permet à l'avocat de la défense de faire des recherches, de rédiger une défense appropriée ou de négocier un règlement—Même si une telle conduite de gentleman était autorisée et peut-être même encouragée en vertu de l'ancienne Règle 402, la règle 204 a mis fin à ces pratiques—Bien qu'un avocat attentionné doive rappeler à son adversaire qu'il sera en contravention des Règles avant qu'il ne soit trop tard, un avocat qui autorise un adversaire à accumuler un retard important court le risque, après six mois, de voir sa propre action rejetée en vertu de la règle 382 lors d'un examen de l'instance—Comme il semble que l'avocat du demandeur soit d'accord pour le dépôt de la défense, la Cour, de son propre chef, ordonne, en vertu de la règle 298(3)a), l'exclusion de l'action de l'application des règles 294 à 299, et, en vertu de la règle 292d), qu'il soit procédé par voie d'action simplifiée après l'octroi de la requête de prorogation—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 82, 204, 292d), 294 à 299, 382—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 402 (mod. par DORS/92-726, art. 3; 94-41, art. 4).

LEGAULT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-698-99, le protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 14-10-99, 4 p.)

## REJET DE L'INSTANCE

*Retard injustifié*

Appel d'une décision rejetant une action pour cause de retard—Action en contrefaçon de marque de commerce introduite par la demanderesse (l'appelante) en juillet 1994—La défenderesse a déposé une défense en septembre 1994—La demanderesse n'a fait aucune diligence pour faire instruire son action—Le 10 septembre 1998, la Cour a signifié aux parties un avis d'examen d'état de l'instance enjoignant à la demanderesse de justifier les raisons pour



**PRATIQUE—Suite**

lesquelles l'action ne devait pas être rejetée pour cause de retard—La défenderesse a présenté, en vertu de l'art. 167 des Règles, une requête visant à faire rejeter l'action au motif que la poursuite de l'instance par la demanderesse accusait un retard injustifié—Le protonotaire Lafrenière a accueilli la requête en rejet de l'action—La demanderesse n'a fourni aucune explication valable pour justifier le retard excessif de quatre ans—Il s'agit de savoir si l'action devrait être rejetée pour cause de retard injustifié—La nouvelle règle 167 parle de rejet de l'action au motif que la poursuite de l'instance accuse un retard injustifié—Le demandeur a la charge de convaincre la Cour que l'instance devrait être poursuivie malgré le retard—Lors de l'examen de l'état de l'instance au cours duquel la Cour a demandé des explications à la demanderesse en vertu de la règle 282(2)a), les seules considérations pertinentes sont celles de savoir si la demanderesse a justifié son retard et si elle a proposé des mesures pour faire avancer son action—Le protonotaire adjoint Giles a commis une erreur en exigeant de la défenderesse qu'elle présente une requête en vertu de la règle 167 pour faire rejeter l'action pour cause de retard injustifié et en n'exerçant pas son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la règle 382(2)a)—Dans le cas des requêtes en rejet de l'action pour péremption d'instance qui lui étaient soumises en vertu des anciennes Règles de la Cour fédérale, la Cour

**PRATIQUE—Fin**

a constamment appliqué les critères suivants: Le retard est-il excessif ? Le retard est-il inexcusable ? Le retard risque-t-il de causer un grave préjudice au défendeur ?—Ces critères continuent à s'appliquer aux requêtes en rejet de l'action pour retard injustifié présentées en vertu de la règle 167—La demanderesse n'a pas, lors de l'examen de l'état de l'instance, fourni d'explication valable pour justifier son retard excessif—Le protonotaire adjoint aurait dû rejeter sommairement l'action pour cause de retard—L'affaire devrait être considérée comme un examen de l'état de l'instance—Les considérations pertinentes lors de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à la Cour dans le cadre de l'examen de l'état de l'instance devraient s'appliquer—La demanderesse ne devrait pas être autorisée à poursuivre l'action, compte tenu du fait qu'elle n'a fourni aucune explication valable pour justifier son retard excessif de quatre ans—La défenderesse subira probablement un grave préjudice en raison du retard excessif et injustifié dont la demanderesse s'est rendue responsable—L'appel est rejeté—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 167, 382.

MULTIBOND INC. C. DURACOAAT POWDER MANUFACTURING INC. (T-1703-94, juge McGillis, ordonnance en date du 4-10-99, 11 p.)





*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Public Works and Government  
Services Canada — Publishing  
45 Sacré-Cœur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services  
gouvernementaux Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Cœur,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9